



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA  
Diritto dei contratti  
Ciclo XXVI

*La divisione ereditaria*

Settore scientifico disciplinare di afferenza  
Ius 01

Presentata da: Dott. Marco Caddeo

Coordinatore Dottorato Chiar.ma Prof.ssa Valeria Caredda

Tutor Chiar.mo Prof.ssa Maria Giovanna Falzone

Esame finale anno accademico 2013 – 2014





*La presente tesi è stata prodotta durante la frequenza del corso di dottorato in Diritto dei Contratti presso l'Università degli Studi di Cagliari, a.a. 2012/2013 - XXVI ciclo, con il supporto di una borsa di studio finanziata con le risorse del P.O.R. SARDEGNA F.S.E. 2007-2013 - Obiettivo competitività regionale e occupazione, Asse IV Capitale umano, Linea di Attività 1.3.1 "Finanziamento di corsi di dottorato finalizzati alla formazione di capitale umano altamente specializzato, in particolare per i settori dell'ICT, delle nanotecnologie e delle biotecnologie, dell'energia e dello sviluppo sostenibile, dell'agroalimentare e dei materiali tradizionali".*

*Marco Caddeo gratefully acknowledges Sardinia Regional Government for the financial support of her PhD scholarship (P.O.R. Sardegna F.S.E. Operational Programme of the Autonomous Region of Sardinia, European Social Fund 2007-2013 - Axis IV Human Resources, Objective 1.3, Line of Activity 1.3.1.).*

*Studying the division means trying to describe a complex phenomenon that accommodation dogmatic created many disagreements in doctrine and jurisprudence, and today, despite the debate on the subject has reached the landing at least reassuring, never fails to impress for a certain vitality.*

*The main purpose of this work is to analyze, with no claim to completeness, the division in modern key, both from a structural point of view that from a functional point of view.*

*Made a brief introduction on the history and evolution of legal profiles of the institute, it will switch you to the analysis of the essential elements that combine to describe the situation, to analyze its effects, and to place it, only if possible, within the categories of law developed by the doctrine and jurisprudence.*

*The second aspect of investigation, however, will focus on the study of the case divisional functionally analyzing in detail what are the various ways in which it is possible to proceed to division, and what are the critical issues relating to each divisional scheme, with particular attention to the division of the estate, which has always been, to its inherent complexity, the paradigm to refer to, and the ground of comparison of various theories proposed, in light of recent legislative changes, albeit marginal, report the current attention to a phenomenon instrumental in the distribution of wealth, perhaps too much overlooked.*

## INDICE - SOMMARIO

### *1. Premessa*

## CAPITOLO I

### **La divisione nella dottrina.**

*1. –La divisione: dalle origini al Codice Civile del 1865.*

*2. –La dottrina civilistica moderna: gli studi di Deiana e il cambio di prospettiva.*

*2.1. –Segue: le teorizzazioni di Burdese e Miraglia.*

*2.2. –La tesi “estensiva” proposta da Amadio.*

## CAPITOLO II

### **Contorni del fenomeno divisorio e disciplina**

*1. –Premessa*

*2. –Comunione ordinaria ed ereditaria: differenze e peculiarità.*

*2.1 –La collazione dei beni donati.*

*2.2 –L'imputazione dei debiti ed i prelevamenti.*

*2.3 –Il retratto successorio e il diritto di prelazione nell'impresa familiare.*

*2.4 –l'azione di riduzione.*

*3. –Il diritto alla divisione: natura e limitazioni legali e pattizie.*

## **CAPITOLO III**

### **Gli elementi costitutivi della divisione**

1. *–Premessa.*
2. *–Lo scioglimento della comunione come elemento caratterizzante della divisione.*
  - 2.1. *–Divisione senza comunione: le ipotesi della dottrina.*
    - 2.1.1. *–La divisione del testatore.*
    - 2.1.2. *–Il patto di famiglia.*
3. *–L'apportionamento proporzionale: derogabilità e limiti;*
  - 3.1. *–Divisione di immobile non comodamente divisibile.*
  - 3.2. *–Proporzionalità e carattere oggettivo della stima;*
  - 3.3 *–Tutela del principio di proporzionalità.*
    - 3.3.1. *–L'azione di rescissione oltre il quarto e la prestazione del supplemento.*
    - 3.3.2. *–La garanzia per evizione tra i coeredi.*
4. *–Natura ed effetti della divisione: l'insanabile contrasto tra teorie dichiarative e teorie costitutive.*
5. *–Atti diversi dalla divisione ex art. 764 c.c..*
  - 5.1. *Segue: la vendita di quota tra coeredi e la transazione fatta in luogo della divisione.*

## **CAPITOLO IV**

### **Modelli di divisione ed ambiti applicativi**

1. *–Il contratto di divisione: peculiarità.*
  - 1.1. *–L'accordo.*

- 1.2. *–L’oggetto.*
- 1.3. *–La causa.*
- 1.4 *–La forma.*
- 2. *–Divisione giudiziale.*
  - 2.1. *–Il giudizio di divisione.*
  - 2.2. *–Strumenti per prevenire il contenzioso.*
  - 2.3. *–Divisione e mediazione obbligatoria.*
  - 2.4. *–La nuova disciplina della divisione su “domanda congiunta”.*
- 3. *–Regolamenti divisionali alternativi al contenzioso.*
  - 3.1. *–Assegno divisionale semplice.*
  - 3.2. *–Divisione del testatore.*

### **Premessa.**

Studiare la divisione significa cercare di descrivere un fenomeno complesso la cui sistemazione dogmatica ha creato non pochi dissidi in dottrina e giurisprudenza ed ancora, nonostante il dibattito in materia abbia raggiunto degli approdi almeno rassicuranti, non manca di stupire per una certa vitalità.

Scopo principale di questo lavoro è di analizzare, senza pretese di esaustività, la fattispecie divisionale in chiave moderna, sia da un punto di vista strutturale che da un punto di vista funzionale.

Fatta una breve premessa sui profili storici e sull'evoluzione giuridica dell'istituto, si passerà quindi all'analisi degli elementi essenziali che concorrono a descrivere la fattispecie, ad analizzarne gli effetti, ed a collocarla, solo ove possibile, all'interno delle categorie di diritto elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Il secondo profilo di indagine, invece, avrà ad oggetto lo studio della fattispecie divisionale sul piano funzionale, analizzando nel dettaglio quali siano le varie modalità attraverso le quali sia possibile addivenire alla divisione, e quali siano gli aspetti di criticità relativi ad ogni schema divisionale, con particolare attenzione per la divisione ereditaria, la quale ha da sempre rappresentato, per la sua intrinseca complessità, il paradigma cui fare riferimento, ed il terreno di confronto delle varie teorie proposte, anche alla luce delle recenti modifiche legislative che, seppure marginali, segnalano l'attuale attenzione per un fenomeno strumentale alla distribuzione della ricchezza, forse troppo trascurato.



## CAPITOLO I

### La divisione nella dottrina

#### 1. La divisione: dalle origini al Codice Civile del 1865.

La divisione è istituito dalle origini risalenti nel tempo<sup>1</sup>.

Anche se nel diritto romano non venne sviluppata una concezione teorica o astratta della divisione, il fenomeno non era certo sconosciuto.

Del resto, tralasciando in questa sede le testimonianze precedenti, già il periodo arcaico conosceva forme di comunione o *consortium*<sup>2</sup>, delle quali poteva disporsi la divisione sia per accordo volontario delle parti, che tramite l'esercizio di apposite azioni (prima *l'actio familiae erciscundae*, riservata alla divisione ereditaria, poi *l'actio communi dividundo*).

In epoca classica il *consortium* cede il passo alla *communio*, intesa come contitolarità di diritti assoluti su un bene o su tutto il patrimonio, anch'essa divisibile o per intesa delle parti<sup>3</sup> o giudizialmente<sup>4</sup>.

---

1 Per una ricostruzione storica delle origini dell'istituto, MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, p. 1 ss..

2 Secondo Gaio il *consortium* poteva essere costituito in due sole forme: il *consortium fratrum suorum* ed il *consortium ad exemplum fratrum suorum*. Il primo si costituiva per via ereditaria alla morte del *pater familias* tra gli *heredes sui* che gli succedevano anche *ab intestato*, e rappresentava una forma di contitolarità integrale e solidale del patrimonio, nella quale ogni consorte può godere, gestire e disporre dei beni comuni riversando gli effetti del suo agire sugli altri consorti. Il secondo, invece, non si costituiva per via ereditaria ma volontaria, e tra estranei alla *familia*.

3 Non è irrilevante precisare che alla divisione volontaria non viene attribuita natura contrattuale, non rientrando il contratto di divisione tra quelli nominati, né potendo rientrare tra quelli innominati. Il patto di divisione, inoltre, produce solo effetti obbligatori, essendo necessario procedere in un momento successivo al trasferimento della proprietà con *in iure cessio*, *mancipatio*, *traditio*, di modo che ogni contitolare divenga proprietario esclusivo dei beni a lui spettanti.

4 La divisione giudiziale si esercita mediante tre azioni divisorie: *l'actio familiae erciscudae*, destinata a sciogliere le comunioni ereditarie; *l'actio communi dividundo*, con al quale si pone fine alla comunione non ereditaria o si divide una singola cosa comune; *l'actio finium regundorum*, volta a dirimere le controversie insorte tra vicini in ordine ai confini. Tale classificazione si rinviene in Gaio, D. 10.3.2.1.

Pur nelle varie evoluzioni succedutesi nel tempo, la divisione romanistica si caratterizza per la sua natura di atto con finalità traslativa la quale potrà essere soddisfatta sia mediante un separato atto di trasferimento nel caso di patto volontario con effetti obbligatori, sia nel caso di intervento giudiziale, con l'*adiudicatio*.

Nel diritto intermedio la divisione è scarsamente considerata.

Eppure è proprio in questo periodo storico che gli interpreti iniziano a porre le basi per l'abbandono della ricostruzione romanistica che configurava la divisione come atto essenzialmente giudiziale e traslativo, adottando una ricostruzione in chiave dichiarativa degli effetti<sup>5</sup>, che trova definitiva consacrazione solo nelle riflessioni del Pothier<sup>6</sup>.

Quest'ultimo, infatti, superò la configurazione di matrice romanistica della divisione - la quale aveva portato alla sua equiparazione alla permuta o alla vendita - per adottare una prospettiva radicalmente diversa: la divisione è un atto dall'effetto dichiarativo, ed in ciò si distingue dalla permuta, in quanto i partecipanti non acquistano alcunché l'uno dall'altro.

Il pensiero dell'A. ha influenzato fortemente la configurazione dell'art. 883 del Code Civil, dedicato alla natura giuridica ed agli effetti della divisione e, per l'effetto, quasi tutte le esperienze di codificazione preunitarie italiane che, salvo rare eccezioni, si sono ispirate alla codificazione d'oltralpe.

Tra la fine del 1800 ed i primi del novecento la ricostruzione dogmatica della divisione quale atto avente natura dichiarativa viene messa ancora in discussione dagli esegeti del codice civile napoleonico.

In particolare, secondo la dottrina maggioritaria, di cui Laurent<sup>7</sup> è il massimo esponente, la divisione avrebbe natura traslativa, mentre la

---

5 Introduce importanti elementi di novità nella ricostruzione della fattispecie REVIGNY, MS. BN. lat. 14350. fol. 356 ra, per il quale la divisione non comporta un trasferimento della proprietà, ma un trasferimento del "corpus". Con la *divisio* ciascun dividente ottiene, cioè, la propria parte materiale, ma solo una parte di essa verrebbe trasferita dal coerede al dividente con effetto traslativo essendo l'altra quota già stata, fin dall'inizio della comunione, in proprietà dell'assegnatario.

6 POTHIER, *Traité du contrat de vente, nouv. éd.*, par M. Bernardi, Paris, 1806, p. 358.

7 LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles - Paris, 1887, t. VIII, p. 214 e 410.

dichiaratività desumibile dalla norma codicistica sarebbe solo una finzione giuridica.

Tale posizione di cesura con il precedente assioma della dichiaratività, che ormai sembrava dato acquisito ed incontestabile, stimola la riflessione di tesi variegata, alcune delle quali cercano di combinare entrambi gli effetti.

In Italia l'esegesi al codice civile del 1865 si sviluppa con parecchio ritardo, ed ovviamente è debitrice, in larga parte, delle linee di pensiero già affermatesi in Francia qualche decennio prima.

L'oggetto del dibattito è sempre il medesimo: la natura giuridica della divisione.

Forti<sup>8</sup> riconosce espressamente la natura contrattuale della divisione, ma la qualifica come contratto traslativo, e precisamente come contratto reale.

Ricci<sup>9</sup> riconosce alla divisione natura dichiarativa aderendo alla tesi, peraltro minoritaria, per la quale anche nel diritto romano la divisione avesse tale natura.

Sono a favore della natura dichiarativa pur con peculiari sfumature Borsari<sup>10</sup>, De Filippis<sup>11</sup>, Pacifici Mazzoni<sup>12</sup>, Barassi<sup>13</sup>, Chironi<sup>14</sup>, Losana<sup>15</sup>, Coviello<sup>16</sup>, e Ramponi<sup>17</sup>.

---

8 FORTI, *Trattati inediti di giurisprudenza*, Firenze, 1864, p. 281.

9 RICCI, *Corso teorico - pratico di diritto civile*, rist. III ed., vol. IV., *Delle successioni (continuazione e fine) e delle donazioni*, Torino-Milano-Roma-Napoli, 1912, p. 213 ss..

10 BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. III, parte I, Roma Napoli, 1874, p. 1299, il quale valorizza a sostegno della propria posizione il portato letterale dell'espressione "si reputa" utilizzata dal legislatore nell'art. 1034 del c.c. del 1865.

11 DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, vol. XII, *Successione*, Milano, s.d., p. 200.

12 PACIFICI MAZZONI, *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza. Trattato delle successioni*, III ed., parte II, vol. VI, Firenze, 1899, p. 322.

13 BARASSI, *L'art. 2077 cod. civ. e la pretesa natura dichiarativa della divisione secondo l'art. 1034*, in *Foro it.*, 1901, I, c. 1366.

14 CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II ed., vol. II, Milano Torino Roma, 1912, p. 440.

15 LOSANA, *Le disposizioni comuni alle divisioni legittime e testamentarie secondo il codice civile italiano*, II ed., Torino - Milano - Roma - Napoli, 1911, p. 562.

Aderiscono a posizioni contrarie Polacco<sup>18</sup>, che reputa il principio sancito nell'art. 1034 c.c. una finzione, e Gorla<sup>19</sup>, che ritiene che la divisione abbia solo efficacia retroattiva e non dichiarativa.

## **2. La dottrina civilistica moderna. Gli studi di Deiana ed il cambio di prospettiva.**

Una trattazione a parte merita la riflessione del Deiana, la quale ha l'enorme pregio di aver conferito alla divisione una precisa collocazione sistematica ed una autonoma qualificazione, accantonando definitivamente le teorie che proponevano l'assimilazione dell'istituto ai contratti di scambio, ed in particolare alla permuta ed alla vendita.

Se infatti, rileva l'A. con lucidità, l'oggetto del contratto è lo scambio tra i condividenti dei diritti di proprietà siamo dinnanzi ad una permuta; se, invece, il contratto mira a tradurre la quota ideale di ognuno in quota concreta che rispetti la proporzionalità originaria tra quote ideali, si tratta di divisione.

Gli studi del Deiana rappresentano un punto di riferimento fondamentale nella dottrina che si è occupata di studiare il fenomeno divisorio, ed anche chi sostiene posizioni differenti non può fare a meno di studiarne gli scritti.

Altri Autori che hanno contribuito negli anni quaranta in maniera determinante al dibattito sulla natura della divisione sono Cicu<sup>20</sup>, Mirabelli<sup>21</sup>, Dossetto<sup>22</sup> e Mengoni<sup>23</sup>.

16 COVIELLO, *Della trascrizione*, II ed., Napoli, 1914, vol. I, p. 286.

17 RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli. 1922, p. 733 ss.

18 POLACCO, *Delle successioni*, II ed., a cura di A. Ascoli e E. Polacco, vol. II, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Milano - Roma. 1937, p. 233 e ss.

19 GORLA, *La riforma della trascrizione secondo il testo unico delle tasse ipotecarie 30 dicembre 1923*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, p. 228, nota 1.

<sup>20</sup> CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1947. Il pensiero dell'A. è sviluppato anche in CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, II ed. aggiornata, in *Tratt. dir. civ. comm. diretto da Cicu e Messineo*, Milano, 1961, p. 385 ss..

<sup>21</sup> MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, in *Arch. giur. Serafini*, 1949, p. 7 ss..

<sup>22</sup> DOSSETTO, *Teoria della comunione. Studio sulla comunione dei diritti reali*, Padova, 1948; DOSSETTO, *Comunione e divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 486 ss..

Anche la moderna dottrina civilistica, successiva all'emanazione del codice civile, si è occupata di studiare il fenomeno divisorio.

L'attenzione degli interpreti si è concentrata su alcuni snodi fondamentali.

In primo luogo, partendo dalla enorme frammentazione della disciplina e dall'assenza di una definizione espressa ed unitaria di divisione, ci si è domandati se fosse opportuno parlare di un modello unitario ed in tal caso quali fossero i contorni dell'istituto, anche per poterlo distinguere dagli atti che il legislatore equipara, solo a fini rimediali, alla divisione vera e propria.

Questo primo quesito è stato risolto in maniera positiva dalla dottrina maggioritaria, che ha elaborato una nozione di divisione largamente condivisa, il cui nucleo essenziale è lo scioglimento della comunione mediante apporzamento *pro quota* dei dividendi.

In secondo luogo, la dottrina si è interrogata sulla natura contrattuale della divisione convenzionale (distinta da quella giudiziale).

Si tratta, secondo le prospettazioni ormai acquisite<sup>24</sup>, di un vero e proprio contratto, pur con le sue peculiarità.

Maggiori dubbi permangono sulla natura giuridica, il cui studio, esattamente come in epoca classica, è stato ed è tuttora condizionato dall'opzione di fondo sul piano degli effetti della divisione, se dichiarativi o traslativi, essendo stato il contenuto dell'art. 1034 del codice civile del 1865 integralmente trasfuso nell'art. 757 del codice vigente<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950.

<sup>24</sup> DEIANA, *Concetto e natura del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 15. Dello stesso A., *Problemi e riforma in tema di divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, p. 420 ss.; *Per la futura soppressione dell'art. 757 cod. civ. (note in vista della revisione del codice)*, in *Foro pad.*, 1947, III, c. 67 ss.. MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, cit., p. 16; CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 409; GAZZARA, voce "*Divisione della cosa comune (diritto privato)*", in *Enc. dir.*, vol. XIII, s.l., ma Milano, s.d., ma 1964, p. 420; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, s.d., ma 1977, p. 1977.

<sup>25</sup> L'art. 1034 del codice civile del 1865, al Libro III, Titolo II, capo VI, intitolato "*Degli effetti della divisione e della garanzia delle quote*" recitava: "*Ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanti fra i coeredi, e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari*".

Nell'ambito delle tesi "dichiarative", il contratto di divisione è stato ricondotto invariabilmente alla discussa categoria dei negozi di accertamento<sup>26</sup>, al meccanismo della surrogazione reale<sup>27</sup>, ed alla "proprietà incerta"<sup>28</sup>.

Chi invece aderisce alle tesi "traslative o costitutive" rileva che il passaggio dalla proprietà collettiva a quella individuale non può prescindere dalla costituzione in capo all'assegnatario di un nuovo diritto diverso rispetto a quello preesistente, e che il dettato dell'art. 757 c.c. dal quale si argomenta per sostenere la natura dichiarativa della divisione, rappresenta soltanto una finzione giuridica.

### **2.1. Segue: Le teorizzazioni di Burdese e Miraglia.**

Più recenti sono le posizioni – che potremo definire “intermedie” - di Burdese<sup>29</sup> e Miraglia<sup>30</sup>.

Per il primo, che ritiene inutile il tentativo di sussumere in un concetto unitario la natura giuridica dell'istituto, per via della sua natura complessa, la divisione avrebbe un contenuto misto, modificativo e traslativo allo stesso tempo, una efficacia dichiarativa limitata ai soli beni ereditari caduti in comunione, ed una funzione genericamente distributiva.

Per la seconda, alla quale si deve l'analisi in chiave critica dell'istituto soprattutto in punto di patologie e rimedi<sup>31</sup>, sotto il profilo

---

26 CARNELUTTI, *"Nota sull'accertamento negoziale"*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 20 e ss., per il quale “*il contratto, come il giudizio di divisione, logicamente non serve tanto a far diventare ciascuno dei condomini proprietario di una parte dei beni, che prima erano in proprietà anche degli altri, sibbene a far sapere quale tra essi di ciascun lotto di beni debba reputarsi proprietario fin dal momento in cui al comunione si è costituita*”.

27 CICU, *Successioni per causa di morte*, cit. p. 394 ss., per il quale con il meccanismo della surrogazione alla quota astratta si sostituirebbero i beni concretamente assegnati ad esito dell'apporzionamento divisionale.

28 BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici (5)*, Art. 110 - 1139, in *Comm. cod. civ. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1972, p. 342 e ss.

29 BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, s.l., ma 1980, p. 209;

30 MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Volume 27 di *pubblicazioni della scuola di perfezionamento in diritto civile dell'università di Camerino*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1981, p. 112.

effettuale, la divisione sarebbe la sintesi di due effetti: l'uno costitutivo, l'altro estintivo.

L'effetto costitutivo si produrrebbe a seguito della divisione, in quanto solo da questo momento il condividente succederebbe al *de cuius* nella titolarità esclusiva sulla parte dei beni assegnati in concreto.

L'effetto estintivo, invece, deriverebbe dalla contestuale "*costituzione dei molteplici diritti di proprietà e di un insieme di rapporti obbligatori*".

La conseguenza di tale interpretazione è che il comunista, in costanza di comunione, sarebbe titolare "*in potenza di un diritto individuale su una parte dei beni comuni*".

## **2.2. Segue: la tesi “estensiva” proposta da Amadio.**

Di recente, un altro studioso, animato dalla volontà di provare a superare le criticità di ognuna delle tesi in precedenza proposte, ha tentato una ricostruzione della categoria che si discosta dalle teorizzazioni e dall'apparato concettuale e dogmatico classico, e nella quale l'indice minimo che accomuna tutti i fenomeni divisionali è rinvenuto nella funzione distributiva, da intendersi in senso lato.

L'Autore<sup>32</sup> evidenzia come tradizionalmente la divisione sia stata ricostruita quale modalità tipica di scioglimento della comunione mediante apporzionamento.

Eppure, la preesistenza di uno stato di contitolarità non connota la causa tipica della divisione, rivelandosi a ben guardare elemento non essenziale, dato che l'ordinamento conosce una serie di ipotesi nelle quali lo scioglimento della comunione non dà luogo a divisione in senso tecnico, perché manca l'apporzionamento in funzione di quota.

Si tratta delle ipotesi del perimento della cosa comune; dell'usucapione da parte del contitolare (art. 714 c.c.), o di un terzo; della donazione di quota tra compartecipi; dell'acquisto della quota

---

<sup>31</sup> L'A. dedica particolare attenzione allo studio dei rimedi della rescissione per lesione e della garanzia per evizione, analizzandone ratio e funzione in chiave critica.

<sup>32</sup> AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporzionamento nel negozio divisorio*, in *Contratto di divisione ed autonomia privata, I Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2008, p. 28 ss.

per successione *mortis causa* tra coeredi; delle ipotesi in cui opera l'accrescimento; della rinunzia abdicativa.

Il preesistente stato di comunione non sarebbe elemento tipico connaturato alla causa neppure nella divisione ereditaria, come dimostra la previsione della divisione del testatore, qualificata dalla dottrina dominante come fenomeno sostanzialmente divisorio perché distributivo, nonostante manchi del tutto il momento logicamente preordinato della comunione, e quindi la necessità del suo scioglimento.

L'unico elemento comune a tutti i fenomeni divisionali, conclude l'Autore, sarebbe l'apporzionamento in funzione della quota.

Ciò permette di recuperare alla categoria anche quelle ipotesi distributive prive dell'antecedente logico "comunione" come la divisione del testatore, e comprendere nella più ampia categoria anche gli atti equiparati alla divisione, od istituti che possano avere profili divisionali quali la collazione ed il patto di famiglia.

L'Autore si spinge oltre.

La funzione distributiva si affiancherebbe agli altri due schemi classici della corrispettività e della liberalità, quali cause giustificative delle attribuzioni patrimoniali.

Nel segno dell'"apporzionamento distributivo" si potrebbero perciò ricondurre al fenomeno divisorio anche quelle fattispecie che realizzino tale finalità con meccanismi indiscutibilmente traslativi, ponendo nel nulla le interferenze derivanti dalla strenua difesa del principio della dichiaratività della divisione<sup>33</sup>.

La fattispecie divisoria potrebbe pertanto sostanziarsi in una serie di strutture definite da Amadio "ad effetti variabili", accomunate tutte dalla loro idoneità al perseguimento dell'apporzionamento.

Come vedremo tale teoria, seppure ha il merito di aver riproposto in chiave moderna l'analisi di alcuni tra i punti più discussi della dogmatica divisionale, è andata incontro a diverse critiche.

---

33 Si pensi all'ipotesi del conguaglio ex art. 728 c.c., all'attribuzione dell'intera massa ad un coerede, con tacitazione in denaro dei diritti degli altri compartecipi ex art. 720 c.c., alla vendita all'incanto, o anche senza incanto, nel concorso di un accordo unanime, con successiva ripartizione del ricavato.



## CAPITOLO II

### Contorni del fenomeno divisorio e disciplina

#### 1. Premessa

L'analisi storica e la breve disamina delle principali ricostruzioni teoriche proposte dalla dottrina e confermate dalla giurisprudenza ha rivelato la natura complessa del fenomeno divisionale e la sua tortuosa evoluzione, nel cammino verso il riconoscimento di una piena autonomia dogmatica.

Nel XX secolo si è passati, infatti, dall'assimilazione convinta della divisione ad altri schemi contrattuali tipici, *in primis* alla permuta, al riconoscimento di effetti propri e di una propria sfera di autonomia, fino alla configurazione di una più ampia funzione distributiva, che raccoglierebbe tutte le fattispecie che mirano a realizzare un apporzionamento proporzionale, a prescindere dallo schema negoziale adottato e, per alcuni, a prescindere dallo scioglimento di un preesistente stato di comunione.

La spinta evolutiva verso l'allargamento del "tipo divisione" ad altre figure ricorrenti nella prassi si è manifestata in primo luogo con l'abbandono della tradizionale distinzione tra divisione in natura e divisione civile, che oggi ha una valenza esclusivamente classificatoria, e l'inclusione, nel più ampio genere, delle ipotesi nelle quali l'interesse dei condividenti ad un corretto apporzionamento viene raggiunto con l'utilizzo dello strumento tecnico del conguaglio, anche se formato con denaro non appartenente all'asse ereditario, e nell'ammettere -per conseguenza- la derogabilità del principio dell'omogeneità almeno qualitativa nella formazione delle quote.

Testimonianze evidenti della stessa spinta verso l'abbandono della rigidità che aveva contraddistinto le prime teorizzazioni sono le diverse interpretazioni della norma di cui all'art. 764 c.c. fornite dalla dottrina, norma che prevede la categoria degli atti diversi dalla divisione, ma ad essa equiparati a fini rimediali.

Tale categoria, i cui confini sono molto labili, ha imposto un'attenta riflessione volta ad individuare quali siano gli elementi strutturali che non possono mancare affinché si possa parlare di divisione, e quali di questi debbano necessariamente concorrere nel definire il tipo.

In questo quadro, si inserisce da una parte lo studio della divisione del testatore che, per la sua natura peculiare è stata sovente utilizzata per provare a sovvertire la configurazione tradizionale ed adottare un approccio volto all'inclusione nel *genus* divisione di figure che condividevano con essa solo alcuni caratteri; dall'altra lo studio di singole figure contrattuali quali la transazione, con la ormai nota distinzione condotta sul piano causale tra divisione transattiva e transazione divisoria, cui si riferirà più avanti nel corso della trattazione.

La descritta complessità e l'oggettiva difficoltà di ricondurre a coerenza il quadro delineato è dipesa, in primo luogo, dalla mancanza di una nozione espressa di divisione.

L'art. 713 c.c., che apre il capo dedicato all'istituto, stabilisce, infatti, che i coeredi possano sempre domandare la divisione, ma non dice che cosa debba intendersi per divisione, né tale nozione è rinvenibile in altre disposizioni.

La nozione di divisione, pertanto, deve essere ricostruita dagli interpreti con riferimento alle norme, pur ad altri fini ad essa dedicate, avendo cura di distinguere tra elementi che concorrono a descrivere il tipo ed elementi che, invece, attengono solo e soltanto a profili operativi, funzionali, o sono volti al più a disciplinare la patologia contrattuale.

Ecco il primo, comprensibile, ostacolo all'unicità delle teorizzazioni: l'interprete, nel corso dei secoli, ha dovuto ricavare i contorni del tipo dalla complessa disciplina codicistica, selezionando gli elementi rilevanti da un coacervo di norme, le più disparate, alcune delle quali di carattere cogente, altre di natura derogabile, ma non per questo meno importanti per descrivere la divisione.

Il presente studio, in ogni caso, non persegue un intento meramente classificatorio, ma piuttosto quello di cogliere le ricadute sul piano pratico applicativo delle diverse classificazioni.

Non è, per esempio, indifferente ammettere o meno l'applicabilità ad una fattispecie che determini un'apportionamento - inteso in senso lato - del rimedio speciale della rescissione per lesione o della garanzia per evizione o, ancora, della speciale disciplina prevista in materia divisoria per i vizi della volontà (art. 761 c.c.), in alternativa a quella prevista ordinariamente per i contratti.

Altra parte della complessità sopra descritta è connaturata al rapporto di contitolarità che è antecedente logico della divisione: non vi sarebbe ragione di dividere se prima non si condivide.

Al riguardo, basti rilevare come già a monte di ogni riflessione in materia di divisione, l'inquadramento dogmatico e sistematico delle ipotesi di comunione di diritti abbia creato non poche perplessità.

La soluzione dell'apparente antinomia tra l'unicità del diritto e la pluralità dei suoi titolari è stata alternativamente risolta con la proposizione delle varie teorie<sup>34</sup>:

a) della proprietà plurima parziaria o integrale, per le quali si avrebbe rispettivamente il frazionamento o la moltiplicazione del diritto, del quale la quota è misura e limite per il suo esercizio;

b) dell'ente collettivo;

c) della comunione come modo di essere della proprietà.

Le difficoltà nella ricostruzione teorica della contitolarità di diritti si riverberano sulla divisione, strumento tipico attraverso il quale la comunione si estingue, lasciando il posto a singoli diritti in capo ai condividenti.

Se infatti non è chiaro a livello dogmatico come un diritto possa appartenere contemporaneamente a più condividenti che ne esercitano seppur *pro quota* la titolarità, le stesse perplessità si trasferiscano al momento della divisione, qualora quella comunione debba essere risolta.

Prova testuale di questo legame, oltre al dato empirico che emerge nella quotidianità degli scambi, è la collocazione sistematica della disciplina della comunione e della divisione, contenuta in due gruppi di norme che, pur separati sono comunicanti e connessi sul piano logico.

L'una è contenuta agli artt. 1111-1116 c.c., Titolo VII del Libro III, e regola le ipotesi di comunione ordinaria della proprietà o di altri

---

<sup>34</sup> Per una rassegna delle varie teorie citate vedi GUARINO, *voce Comunione (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 247 ss.; BRANCA, *Comunione e condominio negli edifici*, in *Comm. del cod. civ. a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1982, pp. 11 ss.; LENER, *La comunione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. III, La proprietà, t. II, Torino, 2002, II ed. cit., p. 266 ss.; MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, pp. 47 ss.; MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1986, pp. 14 e ss..

diritti reali; l'altra è contenuta nel Titolo IV del Libro secondo del codice civile, che regola la divisione ereditaria.

Si tratta di due gruppi di norme il cui coordinamento è suggerito dallo stesso legislatore.

L'art. 1116 c.c., infatti, richiama espressamente per la divisione delle cose comuni le norme della divisione ereditaria, con il solo limite che non siano in contrasto con quelle degli articoli dedicati alla comunione ordinaria<sup>35</sup>; sull'altro versante, è evidente che, per quanto non disciplinato con riferimento alla comunione ereditaria, si dovrà fare riferimento alle norme sulla comunione in generale, essendo il rapporto di "species a genus"<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Aldilà delle disposizioni comuni, che trovano enunciazione in entrambi i gruppi di norme in ordine alla facoltà di chiedere lo scioglimento della comunione (art. 1111 comma 1 e art. 713 comma 1 c.c.), alla sospensione della divisione per ordine del giudice (art. 1111 comma 1 e art. 717 c.c.) ed al diritto alla divisione in natura (art. 1114 e art. 718 c.c.), non sarebbero applicabili alla divisione delle cose comuni le norme dettate al Capo II ed al Capo III del Titolo IV "Della divisione", riguardanti la collazione ed il pagamento dei debiti ereditari, e gli artt. 713 commi 1, 2, 3 e 4, 715, 719, 724, 725, 731, 733, 734 e 735 c.c. Ancora, come vedremo, è stata reputata in contrasto con le disposizioni sulla comunione in generale l'art. 732 c.c.. In riferimento a quest'ultima norma, per l'opinione contraria vedi MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 25 ss..

<sup>36</sup> BONILINI, *Divisione*, in *Digesto civ.*, VI, Torino, 1990, p. 483, il quale giustamente osserva che "la disciplina dello scioglimento di qualsivoglia comunione di diritti non può che ricavarsi dal complesso delle disposizioni sparse nel codice civile, salvo dover segnalare che alcune norme non potranno che trovare applicazione nel ristretto ambito della contitolarità per la quale sono state poste in essere, in base a considerazioni tecnico giuridiche, o logiche, facilmente individuabili". Sul perché di questa inversione logico sistematica voluta dal legislatore, per la quale il corpus normativo della divisione si rinviene non subito dopo la disciplina della comunione, ma nel libro delle successioni, la dottrina si è variamente interrogata, adducendo a giustificazione quella storica, trattandosi di un'impostazione già seguita nel codice civile del 1965 e in quello napoleonico, e dettata dall'antica centralità della divisione ereditaria, che ha costituito il modello di riferimento nella regolamentazione della divisione. Sul punto, DOGLIOTTI, *Comunione e Condominio*, in *Trattato di diritto civile diretto da Sacco*, Torino, 2006, p. 120, BIANCA, *Diritto civile, VI, La proprietà*, Milano, 1999, p. 536. Nel senso che comunione ordinaria ed ereditaria non stiano in rapporto di genere a specie ma siano istituti distinti, REGINE, *Comunione ereditaria e diritti di credito*, nota a Cass., 13 ottobre 1992, n. 11128, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 586 ss..

Il coordinamento non è immediato come parrebbe suggerire la norma, e dovrà tenere conto della maggiore complessità e delle peculiarità della comunione ereditaria rispetto a quella ordinaria, trattandosi di due insiemi di norme che, seppur abbiano un'area di intersezione, si riferiscono a due fenomeni assimilabili solo con finalità classificatorie e che, pur riconducibili alla comune categoria delle contitolarità, in realtà presentano tratti ben distinti.

Senza ombra di dubbio, se la disciplina della comunione ordinaria può rappresentare la base normativa per ogni fenomeno di contitolarità, la comunione ereditaria si connota per tratti particolari, che coinvolgono e presuppongono istituti e meccanismi tipici del diritto successorio.

Prima di procedere con l'analisi del tipo "divisione", perciò, è bene dar conto di quelle che sono le principali differenze tra la comunione ordinaria e la comunione ereditaria.

Si terranno da parte le ipotesi di comunione legale, sulle quali in questa sede non è richiesto di soffermarsi, se non per ricordarne l'esistenza, e la sussumibilità nella generale disciplina prevista dal legislatore, da integrare con la disciplina speciale prevista per ognuna di esse.

## **2. Comunione ereditaria e ordinaria: differenze e peculiarità.**

La prima rilevante differenza tra la comunione ordinaria e quella ereditaria attiene alla natura della contitolarità, incidentale in quella ereditaria e volontaria in quella ordinaria, almeno per l'opinione prevalente<sup>37</sup>.

La comunione ereditaria, infatti, sorge come effetto naturale della morte del *de cuius*, nel caso in cui più soggetti siano chiamati congiuntamente a succedergli per testamento o per legge, o nel concorso di entrambi nella titolarità dei beni o dei diritti che

---

<sup>37</sup> Sull'istituto della comunione tra i tanti, BUSNELLI, voce *Comunione ereditaria*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 277 ss.; CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 363 ss.; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 1 ss.; PALAZZO, voce *Comunione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1988, p. 158 ss.; AZZARITI, *Comunione e divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. priv., diretto da Rescigno*, vol. VI, *Successioni*, t. II, Torino, 1997, II ed., p. 391 ss.; FORCHIELLI ANGELONI, *Della divisione. Art. 713-768*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, II ed., 2000, p. 41 ss..

compongono il suo patrimonio, e questi manifestino in modo espresso o tacito la loro volontà di accettare la chiamata.

E' bene precisare che la fonte della delazione – testamentaria, per legge o “mista”, nel concorso di entrambe - è indifferente ai fini della nascita di uno stato di contitolarità: la costituzione della comunione prescinde dalla volontà dei partecipanti, i quali divengono condividenti per il semplice fatto di essere divenuti, prima ancora, eredi<sup>38</sup>.

Si tratta di una tipologia di comunione “transitoria” il cui scopo è quello di assicurare la corretta amministrazione e l'ordinato godimento del compendio ereditario in attesa dello scioglimento.

La comunione ordinaria, invece, nasce da una spontanea manifestazione di autonomia privata o, in alcuni casi, per legge.

Anche l'oggetto è differente: la prima, ha un carattere tendenzialmente universale<sup>39</sup>, perché comprende tutti i beni del defunto (*universum ius defuncti*), ha un oggetto spesso variegato e multiforme (beni mobili, immobili, diritti di credito<sup>40</sup>, posizioni

---

<sup>38</sup> BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici. Art. 1100-1139*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1982, VI ed., p. 39, contrariamente all'opinione prevalente, ritiene che la comunione ereditaria non possa considerarsi neppure incidentale in senso stretto, poiché l'insorgere della comunione deriverebbe anche dall'accettazione dell'eredità da parte dei chiamati. Si tratterebbe pertanto di un genere diverso da quelli tradizionalmente codificati. Vera e propria comunione incidentale sarebbe quella tra collegatari, nella quale anche l'acquisto si perfeziona senza bisogno di alcuna manifestazione di volontà da parte del chiamato. Per una critica sul punto vedi BUSNELLI, *voce Comunione ereditaria*, cit., p. 278, che precisa come l'accettazione dell'eredità “non rappresenta un autonomo presupposto della comunione, ma altro non è che un elemento interno formativo della fattispecie complessa acquisto dell'eredità”. Sulla stessa linea di pensiero LENER, *La comunione*, cit., p. 332, in quale ricorda che chi accetta l'eredità, a rigore, potrebbe anche trovarsi nella oggettiva impossibilità di sapere se questa sarà o meno una coeredità.

<sup>39</sup> Sono derogatorie rispetto al principio enunciato le ipotesi di divisione oggettivamente parziale, nelle quali l'effetto divisionale si produce con riguardo ad alcuni beni o gruppi di beni, mentre per i restanti residua lo stato di comunione ereditaria.

<sup>40</sup> Sul tema dell'appartenenza o meno alla comunione ereditaria dei crediti del defunto non vi è uniformità di vedute. Secondo un orientamento più risalente i debiti ed i crediti si dividerebbero automaticamente tra i coeredi in funzione delle rispettive quote, sulla base del noto principio *nomina ed debita ipso iure dividuntur*. In tal senso vedi FORCHIELLI e ANGELONI, *Divisione*, cit., p. 43. Tale

debitorie<sup>41</sup>, diritti potestativi ecc.), che nella maggior parte dei casi complica l'iter divisionale; la seconda invece ha un carattere che potremmo definire "atomistico", perché l'oggetto, salva diversa volontà delle parti<sup>42</sup>, è rappresentato da singoli diritti reali.

Non a caso la comunione ordinaria ha ad oggetto diritti uguali o addirittura il "medesimo diritto", mentre nella successione ereditaria la comunione di instaura anche tra diritti "diseguali" (per esempio nuda proprietà e diritto di usufrutto o abitazione o superficie).

Ancora, nella comunione ereditaria si innestano profili tipicamente successori derivanti dalla necessaria applicazione degli istituti della collazione, dell'imputazione, delle azioni a tutela dei legittimari, sconosciuti alla comunione ordinaria, e di quelle previste a tutela dei creditori dell'eredità.

Al coerede, in questo senso, sono attribuite dalla legge una serie di situazioni giuridiche che trovano ragione nel perseguimento delle finalità tipiche della successione: assicurare quanto prima la corretta ed equa distribuzione dei beni appartenuti al defunto tra tutti i soggetti che decidono di far propria la chiamata successoria, ed evitare situazioni nelle quali il patrimonio ereditario rimanga privo di una titolarità effettiva, seppure *pro quota*, che ne assicuri il godimento, lo sfruttamento economico e permetta di conservarne la funzione di

---

orientamento è stato oggetto di una recente revisione culminata con la pronuncia della Cassazione a sezione unite n. 24657/2007 che ha affermato il principio contrario, secondo cui i crediti del *de cuius* non si dividono automaticamente tra i coeredi in ragione delle rispettive quote ma entrano a far parte della comunione ereditaria. Vedi Cass. S.U., 28 novembre 2007, n. 24657, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 165, con nota di CARBONE, *Crediti ereditari e litisconsorzio necessario*. Nello stesso senso, Cass., 13 ottobre 1992, n. 11128; Cass., 21 gennaio 2000, n. 640; Cass., 5 ottobre 2006, n. 19062, tutte in *De Jure*.

<sup>41</sup> Meno controversa è la tesi dell'estraneità dei debiti alla comunione ereditaria, confermata dal disposto dell'art. 752 c.c., in base al quale "*i coeredi contribuiscono tra loro al pagamento dei debiti e pesi ereditari in proporzione delle loro quote ereditarie...*"

<sup>42</sup> In caso di concorso di comunioni ordinarie su beni diversi, le parti potrebbero comunque accordarsi per addivenire allo scioglimento delle singole comunioni in unico atto. In questo caso il negozio utilizzato per realizzare l'effetto divisorio avrà natura di permuta, nella quale il reciproco trasferimento avrà ad oggetto la quota a ciascuno spettante su ognuna delle masse in comune. In tal senso CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 704.

garanzia patrimoniale generica in favore dei creditori o degli aventi diritto.

Si pensi, in tal senso, all'obbligo di collazione dei beni ricevuti dal *de cuius* in donazione (art. 752 c.c.), all'obbligo di imputare alla propria quota i debiti verso il defunto o verso gli altri coeredi in pendenza del rapporto di comunione (art. 724, comma 2 c.c.), al diritto al retratto successorio in caso di alienazione della quota ereditaria da parte di un coerede (art. 732 c.c.), all'obbligo di pagare i debiti ereditari ed in particolare alla possibilità per i creditori ereditari di richiedere la separazione dei beni dell'eredità onde evitare che, in caso di accettazione pura e semplice e della conseguente confusione dei patrimoni del *de cuius* e dell'erede, possano essere pregiudicati nel concorso con i creditori del singolo erede (art. 512 ss. c.c.).

### **2.1. Segue: la collazione dei beni donati.**

L'art. 737 c.c. recita: *“I figli legittimi e naturali e i loro discendenti legittimi e naturali e il coniuge che concorrono alla successione devono conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione, direttamente o indirettamente, salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati. La dispensa non produce effetti se non nei limiti della disponibile.”*

Il coerede può adempiere all'obbligo suddetto in due modi: o per imputazione, imputando, appunto, il valore della donazione al tempo dell'apertura della successione alla sua porzione, e permettendo agli altri coeredi di prelevare dalla massa comune beni in proporzione delle loro rispettive quote, o in natura, con la restituzione del bene ricevuto in donazione alla massa ereditaria.

Nel primo caso non si ha un effettivo incremento dell'asse ereditario, trattandosi di un'operazione meramente “contabile” che permette di riequilibrare le quote spettanti ai singoli eredi senza di fatto realizzare alcuno spostamento patrimoniale; nel secondo, invece, la massa dividenda si accresce del valore del bene conferito.

Il fondamento della collazione deriva dalla considerazione che l'ordinamento riserva alle donazioni perfezionate in vita dal *de cuius* in favore di persone legate da stretti vincoli di parentela.

Si ritiene, infatti, che tali donazioni debbano reputarsi alla stregua di anticipazioni della futura quota ereditaria, se non il saldo della stessa.



Il chiamato all'eredità che ha ricevuto prima dell'apertura della successione beni in donazione dal *de cuius* può decidere, o di accettare l'eredità (ed in questo caso sarà tenuto ad adempiere all'obbligo di conferimento), oppure potrà rinunciare all'eredità e ritenere il bene ricevuto in donazione, anche se questo superi in valore la quota che gli sarebbe spettata nel riparto divisionale, purché, si intende, non si realizzi in questo modo alcuna lesione dei diritti dei legittimari.

La collazione, dunque, si configura quale operazione strumentale alla divisione dell'asse ereditario, presuppone l'esistenza di una comunione ereditaria, ed è finalizzata a correttamente determinare il patrimonio da dividere<sup>43</sup>.

Per la giurisprudenza prevalente<sup>44</sup>, l'istituto potrà trovare applicazione solo nel caso in cui vi sia un *relictum*, o quando questo sia ricostruito a seguito del proficuo esito dell'esperimento dell'azione di riduzione da parte dei legittimari.

In caso di cessione o subentro nella quota spettante al coerede donatario, l'obbligo di collazione non si trasferisce al soggetto cessionario o subentrante.

Spetterà sempre al coerede alienante intervenire nella divisione per effettuare la collazione del bene ricevuto in donazione dal *de cuius*.

## **2.2. L'imputazione dei debiti ed i prelevamenti.**

Altra operazione tipica della divisione ereditaria, ed assente nella divisione della comunione ordinaria, è l'imputazione dei debiti (art. 724 e 725 c.c.).

---

<sup>43</sup> In questo senso sia consentito il rinvio al mio *Collazione volontaria, dispensa da collazione e figure affini*, in *Diritto Successorio. Approfondimenti tematici*, a cura di FALZONE CALVISI, Vol. II, Milano, 2013, p. 179 ss..

<sup>44</sup> Cass., 5 marzo 1970, n. 543, Cass., 1 aprile 1974, n. 913, tutte in *De Jure*. Tale impostazione è criticata da parte della dottrina, che ammette ed anzi reputa ancora più importante l'operare della collazione nei casi in cui non vi sia *relictum*. In questo caso l'obbligo potrebbe essere adempiuto solo in natura, e laddove il donatario non voglia conferire il bene, il donatario sarebbe tenuto a colmare la differenza restituendo ai coeredi discendenti il corrispondente conguaglio. Resta comunque altamente improbabile, sul piano pratico, che il coerede beneficiato si determini ad accettare l'eredità sapendo che ne trarrà solo svantaggio. In tal senso vedi FORCHIELLI e ANGELONI, *Divisione*, cit., 412 ss..

Prima che si possa procedere al riparto divisionale, infatti, ogni coerede deve imputare alla propria quota sia i debiti che egli aveva nei confronti del *de cuius*, sia quelli eventualmente vantati dagli altri coeredi nei suoi confronti, e maturati per la gestione della comunione ereditaria.

Anche tale operazione è finalizzata a ristabilire l'equilibrio delle quote tra i coeredi prima di procedere al vero e proprio apporzionamento e pertanto, il coerede non può posticiparla oltre, pena il mancato avanzamento del procedimento divisionale.

L'imputazione configura un mezzo speciale di pagamento in senso lato, quale strumento estintivo-sattisfattivo dell'obbligazione a struttura latamente compensativa<sup>45</sup>.

### **2.3. Il retratto successorio e il diritto di prelazione nell'impresa familiare.**

L'art. 732 c.c. recita: *“Il coerede che vuole alienare ad un estraneo la sua quota o parte di essa, deve notificare la proposta di alienazione, indicandone il prezzo, agli altri coeredi, i quali hanno diritto di prelazione. Questo diritto deve essere esercitato nel termine di due mesi dall'ultima delle notificazioni. In mancanza della notificazione i coeredi hanno diritto di riscattare la quota dall'acquirente e da ogni successivo avente causa, finché dura lo stato di comunione ereditaria. Se i coeredi che intendono esercitare il diritto di riscatto sono più, la quota è assegnata a tutti in parti uguali”*.

Secondo la dottrina prevalente<sup>46</sup> l'istituto è volto a favorire la concentrazione dei beni oggetto della comunione ereditaria, nelle mani di pochi soggetti, al fine di agevolare le operazioni divisionali, consentire un razionale sfruttamento economico del patrimonio ereditario che subisce un minor frazionamento, e ridurre l'insorgere di liti tra coeredi.

L'art. 732 c.c., contenendo una limitazione alla libera disponibilità del diritto di proprietà, sarebbe di stretta interpretazione e non applicabile in via analogica alle comunioni ordinarie<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> FORCHIELLI e ANGELONI, *Divisione*, cit., p. 185.

<sup>46</sup> D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, p. 2208 ss.; LOI, voce *Retratto*, dir. vig., in *Enc. dir.*, Milano, 1985, vol. XL, p. 25.

<sup>47</sup> Fatta eccezione, s'intende, per i casi espressamente contemplati dal legislatore, come quello di cui all'art. 230 bis quinto comma c.c. in materia di impresa familiare.

La norma in questione, infatti, non rientrerebbe tra quelle della divisione ereditaria applicabili ex art. 1116 c.c. alla comunione ordinaria, perché in contrasto con l'art. 1103 c.c. che sancisce il generale principio di disponibilità del diritto da parte del comunista, senza alcun vincolo di prelazione<sup>48</sup>.

Presupposto per l'applicabilità del retratto sarebbe l'esistenza di una comunione di natura ereditaria.

---

Per una critica, vedi MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 25, la quale sostiene che in realtà nessuna limitazione al potere di disposizione della quota deriverebbe dall'ammettere anche nelle comunione ordinarie il meccanismo del retratto, perché a ben vedere, l'unica limitazione si riflette sulla posizione giuridica dell'acquirente, privandolo della qualità di contraente. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 27 marzo 2015 n. 6293, in *De Jure*, per la quale "Il retratto successorio non si applica nella situazione di comunione ordinaria conseguente alla congiunta attribuzione di un bene ad alcuni coeredi in sede di divisione, non potendo, peraltro, operare in tal caso l'art. 732 cod. civ. in virtù del rinvio di cui all'art. 1116 cod. civ., in quanto per la comunione ordinaria vige il principio di libera disposizione della quota, ai sensi dell'art. 1103 cod. civ.". Cass., 23.02.2007, n. 4224, in *Giust. Civ.*, 2008, 11, p. 2584, con nota di RISPOLI.

<sup>48</sup> Cass., 1 agosto 1947, n. 135, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, p. 191, con nota di NATOLI; Cass., 5 luglio 1956, n. 2547, in *De Jure*. A fronte di una assoluta conformità di opinione in relazione alla non applicabilità dell' art. 732 alle comunioni ordinarie, si segnala in giurisprudenza un unico - ed assai risalente precedente - secondo il quale sarebbe possibile l' applicazione alle comunioni ordinarie della disposizione di cui all' art. 732 c.c. *Ai sensi dell' art. 1116 c.c. si applicano alla divisione delle cose comuni le norme sulla divisione dell' eredità: e tra queste deve ritenersi pure applicabile la disposizione di cui all' art. 732 c.c. sul diritto di prelazione e di riscatto da parte di ogni comproprietario nel caso di vendita di quota.* (Pretura di Cagliari 9 dicembre 1946, in *Rep. Foro It.*, 1946, p. 425) Per questi motivi l' istituto della comunione ereditaria - così come sottoposta ad i vincoli dell' art. 732 c.c.- è stata più volte "sospettata" d' essere, in contrasto con l' art. 3 Cost. In particolare, i sostenitori di tale tesi, hanno evidenziato la disparità di trattamento intercorrente tra coloro che partecipano ad una comunione ereditaria e coloro che partecipano ad una comunione ordinaria. Disparità dovuta dalle differenze di disponibilità della propria quota. Tuttavia la Giurisprudenza di legittimità ha correttamente rilevato come l' ambito di tutela offerto dall' art. 3 Cost. sia esclusivamente quello relativo a trattamenti diversi in uguali situazioni. Non si può sostenere, perciò, che la situazione derivante da una comunione ereditaria sia la medesima di quella derivante da una comunione ordinaria. E così la Suprema Corte ha affermato, principio non più recente ma ancora valido: "il limite posto dall' art. 732 al diritto di disporre liberamente della quota al fine di evitare l' ingresso di estranei nella comunione ereditaria, non si pone in contrasto con l' art. 3 Cost.". In tal senso vedi Cass., 6 maggio 1980, n. 2978 in *De Jure*.

Ne consegue che l'art. 732 c.c. non troverà applicazione nel caso di divisione del testatore<sup>49</sup>.

Il retratto è parimenti escluso in caso di comunione che abbia origine da una divisione ereditaria oggettivamente parziale oppure da una divisione c.d. "a stralcio" con la quale uno o più beni siano stati assegnati in comune a più eredi.

In giurisprudenza è abbastanza ricorrente l'affermazione che il diritto di retratto successorio può attuarsi soltanto nel caso di alienazione della quota ereditaria, o di parte di essa, e non anche quando sia stato alienato un cespite determinato.

In tal caso, infatti, l'efficacia dell'alienazione, con effetti puramente obbligatori, sarebbe subordinata alla successiva assegnazione del bene al coerede medesimo a seguito della divisione.

Pertanto non potrebbe di fatto sorgere il pregiudizio che la norma sul retratto vuole impedire si produca, e cioè l'intromissione di estranei nella comunione ereditaria<sup>50</sup>.

In questo caso spetta comunque il diritto al retratto se dai connotati concreti della fattispecie emerge l'intento dei contraenti di sostituire nella comunione ereditaria il terzo estraneo al coerede alienante e di considerare pertanto, in vista di tale finalità, il bene o i beni oggetto della traslazione in funzione rappresentativa e come indice espressivo della quota o di parte di essa.<sup>51</sup>

Per stabilire se si è in presenza di una vendita di quota ereditaria, in caso di alienazione dell'unico cespite ereditario, "*occorre accertare se le parti abbiano inteso, comunque, rendere partecipe l'acquirente di tutti i rapporti e di tutte le situazioni giuridiche attive e passive che fanno capo alla comunione ereditaria*"<sup>52</sup>.

Il diritto di prelazione è diritto personalissimo intrasmissibile agli eredi.

Qualora, in virtù di successione di uno dei coeredi, sugli stessi beni vengano a coesistere due o più comunioni ereditarie, l'identità

---

<sup>49</sup> Cass., 15 ottobre 1992, n. 11290, in *Vita Notarile*, 1993, p. 274; Cass., 26 ottobre 1967, n. 2674, in *Riv. not.*, 1969, n. 85.

<sup>50</sup> Cass., 2 agosto 1990, n. 7749; Cass., 15 giugno 1988, n. 4092, tutte in *De Jure*.

<sup>51</sup> Cass., 7 dicembre 1999, n. 13704, in *De Jure*.

<sup>52</sup> Cass., 24 maggio 1973, n. 1537, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 319; Cass., 25 maggio 1982, n. 3181, in *De Jure*.

parziale o totale dei beni oggetto di comunione non esclude che ciascuna di esse abbia un proprio ed autonomo titolo.

Ne consegue che, ai fini del diritto di prelazione, la posizione di “coerede” si determina in base all’eredità dalla quale essa derivi e lo stesso deve considerarsi estraneo rispetto ad un titolo successorio diverso<sup>53</sup>.

Qualsiasi titolo di acquisto successivo, comportando un trasferimento della quota dall’originario titolare (cedente) ad un soggetto diverso (cessionario), realizza un’irreversibile alterazione parziale della struttura soggettiva della comunione originaria, privando di fondamento l’esperienza del retratto.

Non rileva in senso contrario osservare che il successore a titolo universale subentra nelle posizioni giuridiche anche passive del suo dante causa, una volta appurato che la soggezione a retratto è connessa non già alla mera partecipazione alla comunione ma al particolare titolo di acquisto di essa<sup>54</sup>.

Il legislatore ha inteso limitare l’operatività del retratto al nucleo originario costituito da coloro che partecipano della comunione la cui quota è oggetto di alienazione.

L’espressione “coeredi” contenuta nell’art. 732 c.c. indica pertanto coloro che succedono direttamente al *de cuius*.

Secondo dottrina<sup>55</sup> e giurisprudenza<sup>56</sup> maggioritarie, tra i coeredi richiamati dalla norma sul retratto rientrerebbero anche il comunista che diventi tale per rappresentazione o per sostituzione ordinaria, trattandosi di istituti che suppliscono alla impossibilità del primo chiamato di rispondere alla delazione, o almeno di rispondere in senso

---

<sup>53</sup> Cass., 12 marzo 1974, n. 674, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 319; Cass., 22 ottobre 1992, n. 11551, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 687; Cass., 11 maggio 1993, n. 5374, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1369.

<sup>54</sup> TRIOLA, *La prelazione legale*, Milano, 2003, p. 40. In giurisprudenza, Cass., 7 settembre 1978, n. 4048, in *De Jure*.

<sup>55</sup> AZZARITI, “*In tema di retratto successorio*”, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, p.111; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 5. Il comunista per rappresentazione beneficia di una delazione, seppure indiretta, che promana dall’originario *de cuius*; il sostituito è anch’egli delato dall’originario *de cuius*, anche se la sua delazione è condizionata alla mancata accettazione del primo istituito.

<sup>56</sup> Cass., 11 maggio 1993, n. 5374; Cass., 5 febbraio 1974, n. 309, entrambe in *De Jure*.

positivo, senza alcun mutamento del titolo in base al quale la chiamata medesima avviene.

In conclusione, ai fini della spettanza del diritto di prelazione ex art. 732 c.c. si considera ereditaria la comunione che trae origine direttamente dalla successione del *de cuius*, con la conseguenza che, in caso di decesso di uno dei coeredi, oppure di alienazione della quota ereditaria da parte di uno dei coeredi, nei confronti degli eredi subentrati al coerede deceduto e nei confronti dell'avente causa del coerede alienante, non opera il diritto di prelazione ereditaria.

Discussa è la *ratio* dell'istituto della prelazione previsto in materia di impresa familiare dall'art. 230 bis, quinto comma c.c.

Diversa dall'ipotesi del retratto che, pur collocata nel capo relativo alla divisione ereditaria, con essa nulla condivide, se non, appunto, la natura di istituto tipicamente successorio, l'ipotesi in questione, invece, opera proprio laddove vi sia una divisione del compendio produttivo familiare.

La norma recita: “*In caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda*”, i familiari che prestano in modo continuativo la loro attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare “*hanno diritto di prelazione sull'azienda*”.

Se parte della dottrina<sup>57</sup> ritiene che il fondamento della previsione normativa sia da rinvenire nella salvaguardia dell'interesse del gruppo familiare a proseguire un'attività economico - produttiva, altra parte<sup>58</sup>, invece, ritiene che ad essere tutelato sia il diritto al lavoro dei familiari partecipanti, i quali vengono favoriti nell'acquisto della titolarità dell'azienda e incoraggiati alla continuazione della stessa.

Si tratta di un diritto azionabile su richiesta e con corresponsione di eventuali conguagli da parte del soggetto assegnatario, in linea con quanto disposto dagli artt. 720 e 722 c.c..

---

<sup>57</sup> BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *Riv. not.*, 1981, I, p. 810.

<sup>58</sup> BALESTRA, *L'impresa familiare*, Milano, 1996, p. 313; ARENIELLO, *Impresa familiare: la prelazione nella divisione ereditaria. L'esercizio della prelazione*, in *Riv. not.*, 2002, p. 80.

In ordine all'individuazione dei presupposti soggettivi e oggettivi, per la tesi prevalente<sup>59</sup> la prelazione spetterebbe solo ai partecipanti all'impresa che, al contempo, presentino anche la qualità di eredi: si tratterebbe di un diritto ad essere preferiti nell'assegnazione dell'azienda rispetto ai coeredi non partecipanti.

Recentemente si è affermata una tesi meno restrittiva<sup>60</sup> che, dando maggior risalto alla tutela del lavoro svolto dai familiari nell'impresa, estende la prelazione anche ai partecipanti non coeredi dell'imprenditore, alle condizioni stabilite dai condividenti, attraverso la quantificazione in denaro della porzione rappresentata in azienda.

Il diritto di prelazione in favore dei collaboratori dell'impresa familiare è escluso nel caso in cui il titolare dell'azienda abbia disposto a titolo di legato o mediante divisione del testatore delle proprie sostanze: è evidente che la volontà espressa in sede testamentaria dal *de cuius* oblitera l'operatività della prelazione.

#### **2.4. L'azione di riduzione.**

Altro istituto tipico delle successioni, strettamente connesso con la comunione e la divisione ereditaria, è l'azione di riduzione, la cui *ratio* è volta a tutelare la posizione dei legittimari ed il loro diritto a ricevere, sia in caso di successione testamentaria o legittima, o nel concorso di entrambe, una quota dell'eredità come determinata per legge.

Può capitare, infatti, che il *de cuius* esaurisca tutto il suo patrimonio in vita con donazioni, oppure ne disponga *mortis causa* eccedendo la quota disponibile, con conseguente violazione dei diritti dei legittimari.

Poiché le suddette attribuzioni patrimoniali sono destinate a produrre i loro effetti fino a che non vengano aggredite con l'esperimento dell'azione di riduzione, è evidente che in questi casi la comunione ereditaria potrà sorgere tra i legittimari ed i beneficiari delle disposizioni lesive solo dopo il vittorioso esercizio dell'azione di riduzione.

---

<sup>59</sup> DE RUBERTIS, *La prelazione di cui all'art. 230-bis del c.c.*, in *Vita not.*, 1983, p. 1239; FURGIUELE, *Contributo alla studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984, p. 23.

<sup>60</sup> PROSPERI, *Impresa familiare (art. 230-bis cod. civ.)*, in *Codice civ. comm.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2006, p. 307.

La sentenza che accoglie la domanda di riduzione determina, nei confronti del legittimario vittorioso, l'inefficacia *ex tunc*, con effetto retroattivo al momento dell'apertura della successione, dell'istituzione di erede, della disposizione di legato o della donazione lesiva, nella misura necessaria e sufficiente a tutelare il diritto alla quota di riserva.

Si tratta di un'azione di accertamento costitutivo: accertata l'esistenza della lesione della legittima e verificata la sussistenza delle altre condizioni cui l'esperimento dell'azione è vincolata, consegue in via automatica la modificazione giuridica del contenuto del diritto del legittimario<sup>61</sup>.

La pronuncia di riduzione determina il più delle volte<sup>62</sup> l'instaurarsi della comunione sulla massa ereditaria con effetti diversi a seconda del tipo di disposizione colpita da inefficacia (istituzione di erede, disposizione di legato o donazione).

Se la lesione dei diritti di riserva si sia prodotta per il tramite di una o più disposizioni a titolo universale, per effetto del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, si crea un nuovo stato di comunione ereditaria (se a subire gli effetti della pronuncia sia un unico erede) oppure si realizza un allargamento dell'originaria comunione al legittimario che ha agito in riduzione (laddove già prima dell'esperimento dell'azione sussistesse uno stato di comunione ereditaria).

Considerato che il legislatore prevede all'art. 735 comma 1 c.c. la nullità della divisione nella quale il testatore non includa tra i partecipanti uno o più dei legittimari, in caso di preterizione e successiva impugnazione delle disposizioni lesive della legittima da parte del beneficiario preterito, il sorgere di una nuova comunione ereditaria determina la nullità dell'eventuale divisione perfezionata dagli originari dividendi.

Qualora invece il legittimario non sia stato totalmente escluso ma semplicemente leso nei suoi diritti di legittima, l'eventuale

---

<sup>61</sup> Cass., 25 aprile 1960, n. 918, in *De Jure*.

<sup>62</sup> Non si avrà comunione per effetto del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione qualora ad essere interamente ridotta sia una disposizione lesiva nei confronti dell'unico legittimario, dopo che il testatore abbia esaurito la disponibile. In questo senso, TORRONI, *Divisione ordinaria e divisione ereditaria: rilevanza della distinzione e casistica*, in *Contratti ed autonomia privata*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Sole 24 ore, 2009, nota 53.



accoglimento dell'azione di riduzione determinerà in suo favore l'acquisto di una quota di eredità all'interno della comunione che, sommata a quella già ottenuta, sia in grado di soddisfare integralmente i suoi diritti di riserva.

Si pone a questo punto un problema: è possibile procedere alla divisione dei beni ereditari in pendenza del giudizio con il quale uno o più legittimari hanno esperito l'azione di riduzione?

La dottrina ritiene che la tempestiva proposizione dell'azione di riduzione non integri una causa di sospensione della divisione<sup>63</sup>.

Almeno in via prudenziale, però, sembra ragionevole estendere in via analogica al legittimario che agisce in riduzione e si premura di trascrivere la domanda giudiziale ex art. 2652 n. 8 c.c., la disciplina riservata dall'art. 1113 comma 3 c.c. ai creditori iscritti, i quali devono essere chiamati ad intervenire affinché la divisione possa produrre effetto nei loro confronti.

Qualora, invece, ad essere aggredito con l'azione di riduzione sia un legato di specie, la dichiarazione di parziale inefficacia del lascito darà luogo al costituirsi di una nuova situazione di contitolarità tra il legatario originario ed il legittimario vittorioso in riduzione.

Trattandosi però di una comunione che ha ad oggetto beni individuati (e non l'universalità dei beni del defunto) tale situazione di contitolarità non avrà i connotati della comunione ereditaria<sup>64</sup>.

Sul rapporto intercorrente tra l'azione di riduzione e quella di divisione la giurisprudenza di recente si è pronunciata confermando l'autonomia delle due azioni, con la conseguenza che la prima non può ritenersi implicitamente proposta con la seconda, la quale presuppone il già avvenuto recupero alla comunione ereditaria dei

---

<sup>63</sup> A tale conclusione si giunge in primo luogo sul rilievo che le cause di sospensione della divisione devono considerarsi "eccezionali" rispetto al principio generale sancito dall'art. 713 c.c., ed in secondo che l'azione di riduzione deve esercitarsi nei soli confronti del beneficiario delle disposizioni lesive della quota del legittimario, il quale, in caso di esito positivo dell'azione giudiziale, succede non nella quota dell'eredità, bensì nella porzione attribuita, in sede di divisione, al soggetto passivo dell'azione di riduzione. In tal senso, TORDO CAPRIOLI, *Attività negoziale e funzione notarile*, Milano, 1996, p. 512.

<sup>64</sup> MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 2000, p. 286.

beni che ad essa siano stati eventualmente sottratti dal testatore con un atto che abbia violato la riserva per legge in favore dei legittimari<sup>65</sup>.

### **3. Il diritto alla divisione: natura e limitazioni legali e pattizie.**

Lo studio della comunione, nelle varie forme in cui essa è conosciuta dall'ordinamento, ha svelato senza tema di smentita che nelle intenzioni del legislatore la situazione di contitolarità è soltanto transitoria, e funzionale ad assicurare l'imputazione soggettiva e lo sfruttamento di beni che, altrimenti, rischierebbero di venire travolti dalle problematiche legate alla contitolarità.

In tal senso il legislatore si pronuncia espressamente nell'art. 1111 c.c. in materia di comunione ordinaria e si ripete nell'art. 713 c.c. in materia di divisione, attribuendo al condividente il diritto di chiedere sempre - ovvero finché dura lo stato di comunione - lo scioglimento della stessa<sup>66</sup>.

Se sulla natura potestativa del diritto non paiono esserci dubbi, dato che all'esercizio da parte di uno dei condividenti corrisponde necessariamente una situazione di soggezione da parte degli altri, i quali, pur non d'accordo, dovranno rassegnarsi all'idea di addivenire pattiziamente o, se necessario, giudizialmente, al riparto proporzionale dei beni, l'attuazione in concreto del diritto, a dispetto della forte enunciazione della norma, può essere impedita al ricorrere di circostanze particolari, tassativamente indicate dal codice civile.

Si tratta delle ipotesi di sospensione della divisione.

Alcune trovano la propria fonte nella espressa volontà dal testatore, il quale potrebbe impedire la divisione o quando tutti gli eredi o alcuni di essi siano minori di età, fino all'anno successivo al compimento della maggiore età dell'ultimo nato, o qualora lo ritenga necessario per evitare che si produca un danno irreparabile per i coeredi.

In quest'ultima ipotesi, il vincolo di sospensione, che può riguardare anche soltanto alcuni dei beni comuni, non può estendersi oltre il quinquennio dall'apertura della successione.

---

<sup>65</sup> Tribunale Teramo, 4 febbraio 2015 n. 166, in *De Jure*.

<sup>66</sup> L'imprescrittibilità del diritto a chiedere la divisione è pacifica, e desunta sia dal suo carattere facoltativo, sia dall'avverbio "sempre" che ne qualifica da un punto di vista temporale l'esercizio, sia dall'inefficacia di un patto di indivisione superiore ai dieci anni.

In entrambe le ipotesi la volontà del testatore può essere travolta dalla statuizione (su istanza di parte) dell'autorità giudiziaria, la quale accerti la sussistenza di gravi motivi per i quali è necessario anticipare il compimento della divisione.

Sulla *ratio* di entrambe le previsioni non vi è accordo, anche se l'opinione prevalente<sup>67</sup> ritiene che debba essere individuata nella facoltà concessa al testatore, nell'esercizio della sua autonomia testamentaria, di soddisfare l'interesse all'unità del patrimonio ereditario per il tempo più lungo possibile, e che si tratti di un onere testamentario, rientrante tra le norme date dal testatore per la divisione ex art. 733 comma 1 c.c.<sup>68</sup>.

In ordine alle limitazioni convenzionali del diritto a procedere alla divisione merita un rapido cenno il c.d. "patto di indivisione" con il quale tutti o solo alcuni dei condividenti (o i coeredi) possono rinunciare all'esercizio del diritto alla divisione per un periodo non superiore ai dieci anni, peraltro prorogabile con una nuova manifestazione di volontà.

La dottrina si è interrogata sull'efficacia da attribuire a tale pattuizione: per alcuni avrebbe carattere reale<sup>69</sup>, dato che la norma prevede che esso sia produttivo di effetti anche nei confronti degli aventi causa dai condividenti/coeredi; per altri efficacia obbligatoria negativa<sup>70</sup>, imponendo ai partecipanti un *non facere*; altre volte, infine, è stato affermato il carattere costitutivo di un'obbligazione *propter rem*<sup>71</sup>.

Ipotesi di sospensione legale della divisione è quella contemplata dall'art. 715 primo comma c.c. per le ipotesi nelle quali tra i condividenti vi sia un concepito.

La norma condiziona al momento della nascita la possibilità di agire per la predisposizione del riparto divisionale.

---

<sup>67</sup> FORCHIELLI ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 82; BONILINI, voce *Divisione*, cit., p. 487.

<sup>68</sup> BONILINI, voce *Divisione*, cit., p. 487; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 70.

<sup>69</sup> FEDELE, *La comunione*, Torino, 1986, p. 348.

<sup>70</sup> SALIS, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1939, p. 205.

<sup>71</sup> BRANCA, *Comunione e condominio negli edifici*, cit., p. 247; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 280.

Allo stesso modo, la divisione è impedita nel caso in cui penda un giudizio sulla legittimità o sulla filiazione naturale di colui che, in caso di esito favorevole, sarebbe chiamato a succedere (o in pendenza della procedura amministrativa di riconoscimento dell'ente istituito erede).

Altra ipotesi di impedimento alla divisione è quella prevista dall'art. 717 c.c. che attribuisce ai partecipanti alla comunione la possibilità di adire l'autorità giudiziaria per richiedere la sospensione, per un periodo comunque non superiore ai cinque anni, della divisione dell'eredità o di alcuni beni, qualora dalla tempestiva esecuzione possa derivare un pregiudizio al patrimonio ereditario.

Da quanto finora detto, è chiaro che le limitazioni legali o convenzionali al diritto di chiedere la divisione trovano giustificazione solo nella prevalenza di superiori interessi meritevoli di tutela.



### **CAPITOLO III**

#### **Gli elementi costitutivi della divisione.**

##### **1. Premessa.**

La mancanza di una definizione normativa di divisione, come detto, ha costretto gli interpreti a comporne una traendo dalla disciplina descritta gli elementi costitutivi del tipo.

Pur con qualche variazione, la definizione corrente fa perno sui seguenti elementi:

- a) cessazione di un preesistente stato di comunione;
- b) apporzionamento proporzionale, inteso come conversione di quote astratte di contitolarità in quote concrete di titolarità esclusiva su singoli beni o porzioni di essi, nel rispetto del principio di proporzionalità tra quote astratte e quote concrete in rapporto con il valore della massa da dividere;
- c) sul piano degli effetti, effetto estintivo ed effetto attributivo-distributivo con efficacia retroattiva.

##### **2. Lo scioglimento della comunione come elemento caratterizzante della divisione.**

Partiamo dall'analisi del primo elemento ritenuto essenziale al tipo divisione: lo scioglimento di una comunione.

Sul punto, non può trascurarsi di constatare che l'art. 1111 c.c. detta una norma identica a quella dell'art. 713 c.c., pur se con diversa formulazione.

La prima, infatti, attribuisce ai comunisti il diritto di ottenere in ogni momento lo scioglimento della comunione; la seconda, invece, attribuisce ai coeredi il diritto di richiedere sempre la divisione del compendio in comune.

Aldilà del tenore letterale, che sembra utilizzare i termini scioglimento della comunione e divisione come sinonimi, parrebbe ragionevole argomentare da entrambe le norme che elemento essenziale della divisione sia lo scioglimento della comunione.

In realtà sul punto le certezze non sono granitiche e, ad ogni modo, lo scioglimento della comunione, pur considerato essenziale, non è sufficiente a descrivere il concetto di divisione nella sua totalità.

Basti pensare alle ipotesi nelle quali allo scioglimento della comunione si addiène senza una divisione in senso tecnico per concentrazione in capo ad un singolo comunista di tutte le quote o per alienazione di tutte le quote ad un unico acquirente estraneo alla comunione.

Non paiono derogare a questa impostazione le ipotesi previste dall'art. 720 c.c. nelle quali, ad esito del procedimento divisorio, un bene indivisibile sia assegnato per intero ad un gruppo di comunisti che ne abbia fatto richiesta, continuando a sussistere tra loro uno stato di comunione; o più in generale le ipotesi nelle quali i condividenti si accordino per il mantenimento di una comunione parziale in senso soggettivo (se a restare in comunione siano solo alcuni dei coeredi) o oggettivo (se a restare in comunione siano solo alcuni tra i beni ereditari).

In entrambi i casi la comunione originaria si è sciolta e ne è nata un'altra differente dalla prima.

Si tratta delle ipotesi della divisione oggettivamente o soggettivamente parziale, che è pur sempre divisione.

Peraltro, la "nuova comunione", almeno nel caso di divisione soggettivamente parziale, avrebbe natura differente (ordinaria e non più ereditaria)<sup>72</sup>, e potrebbe essere sciolta a sua volta con una divisione.

Se dunque corrisponde al vero che presupposto della divisione è lo scioglimento della originaria comunione, non si può affermare con uguale certezza il contrario, e cioè che allo scioglimento di una situazione di contitolarità si possa addivenire solo e soltanto tramite atti che abbiano i connotati della divisione.

Conferma ne sia la previsione dell'art. 764 c.c. che individua la categoria degli atti diversi dalla divisione, per i quali la diversità sta propria nel fatto che pur non avendo i connotati classici della divisione in senso tecnico, permettono comunque di realizzare la

---

<sup>72</sup> BURDESE, *Comunione e divisione ereditaria*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, p. 6; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 85; MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1986, p. 145, ritengono tutti che in caso di divisione oggettivamente parziale, i beni comuni esclusi dalla prima divisione rimangano in regime di comunione ereditaria, con la conseguenza che al suo scioglimento saranno applicabili i principi, anche di carattere processuale propri della divisione ereditaria.

stessa funzione distributiva che è connaturata alla fattispecie divisionale.

Questa identità di funzione giustifica l'estensione del rimedio rescissorio ex art. 763 c.c..

Preso atto della eterogeneità delle fattispecie nelle quali, in via mediata o immediata si realizza uno scioglimento di una precedente comunione, la dottrina si è interrogata su quali tra queste possano essere ricomprese a pieno titolo nella categoria generale e quali invece debbano essere escluse.

A tal fine è stata elaborata<sup>73</sup> la seguente tripartizione, che ritengo di condividere:

1. atti che sono divisori in senso tecnico (si pensi al caso paradigmatico della divisione in natura);

---

<sup>73</sup> Per MIRABELLI, rientrano nell'accezione più ampia di "negozio divisorio": 1) l'assegnazione di beni in natura, appartenenti alla comunione, in proporzione delle quote spettanti ai vari partecipanti denominata divisione naturale; 2) l'assegnazione ai vari partecipanti di beni in natura, di valore vario, con l'obbligo per alcuni di versare ad altri opportuni conguagli per mantenere tra i valori dei beni assegnati la proporzione esistente tra le quote; 3) l'assegnazione di tutti i beni della comunione ad uno o più partecipanti, ed il versamento agli altri di una somma pari al valore di detti beni, con la detrazione del valore delle quote spettanti a questi ultimi; 4) il trasferimento di tutti i beni della comunione a terzi e la divisione tra i partecipanti del prezzo ottenuto; 5) l'assegnazione dei beni in comunione, in uno dei modi sopraelencati, a gruppi di partecipanti che rimangono tra loro in comunione; 6) l'acquisto dei beni della comunione, ai pubblici incanti, da parte di uno o più condomini o da parte di uno o più terzi, e la divisione del prezzo ottenuto tra i partecipanti; 7) la permuta di cose indivise, che ricorre quando ognuno dei partecipanti ad una comunione trattiene per intero il bene o i beni che egli possiede a titolo di comproprietà, trasforma tale titolo in proprietà esclusiva e rinuncia ai suoi diritti sui beni posseduti dagli altri comproprietari, i quali a loro volta si appropriano dei beni già da ciascuno di essi posseduti, ma solo ed esclusivamente nel caso in cui ognuno accetti i beni come valore proporzionale alla quota della quale era titolare. Nel caso in cui, invece, ognuno rinunci espressamente, a titolo di pacifico accomodamento, ad ogni sua ulteriore pretesa si ricadrà nello schema della transazione; 8) cessione che uno dei partecipanti alla comunione effettui del proprio diritto di comproprietà a favore di uno o più partecipanti alla comunione, ricevendo quale corrispettivo una somma di denaro, senza che a tale atto partecipino tutti i comunisti, solo se in qualche modo, le modalità del trasferimento e il prezzo pagato vengano in considerazione all'atto della divisione, per cui il corrispettivo del diritto ceduto è stato dato ed accettato in conto di quota (in caso contrario la fattispecie ricadrebbe nella vendita di quota).



2. atti equiparati alla divisione: atti che, unitamente allo scopo non occasionale di sciogliere la comunione, presentano anche l'elemento della attribuzione di valori corrispondenti alla quota;

3. atti o fatti che, pur avendo la forza di far cessare la comunione, nulla hanno in comune con il fenomeno divisorio, perché non sono preordinati alla divisione e non attribuiscono ai singoli condividenti valori corrispondenti alla loro quota astratta. In altri termini, e più semplicemente, difettano del risultato distributivo.

In quest'ultima categoria rientrano a mero titolo esemplificativo:

a) l'atto con il quale uno dei due compartecipi cede gratuitamente la propria quota all'altro;

b) le convenzioni preliminari di divisione;

c) gli accordi divisorii parziali, quelli cioè nei quali i condividenti raggiungono l'accordo in ordine ad alcuni punti della divisione.

Se ai primi si applica per intero la disciplina prevista per la divisione, ai secondi si applicheranno solo le norme della disciplina divisoria esplicitamente richiamate, mentre i terzi, non avendo nulla in comune con la divisione, nulla condideranno della sua disciplina.

Per questi ultimi sarà necessaria un'analisi mirata volta ad individuare quale sia il profilo causale prevalente e quale, di riflesso, la disciplina da applicare, in ossequio ai generali principi interpretativi.

### **2.1. Divisione senza comunione: le ipotesi della dottrina.**

Come già anticipato, recente dottrina<sup>74</sup> ha proposto una ricostruzione differente della divisione, affermando che tra i suoi caratteri costitutivi non vi sarebbe quello di dar luogo allo scioglimento di una preesistente comunione.

L'Autore delinea una nuova categoria di divisione "senza comunione", all'interno della quale dovrebbero confluire, a suo parere, tutti gli atti o i negozi accomunati da una funzione distributiva proporzionale, quest'ultima accostabile alle categorie generali della funzione corrispettiva e liberale.

---

<sup>74</sup> Vedi Cap. I, par. 2.2.

All'interno della categoria l'Autore riconduce la divisione del testatore, la collazione, il patto di famiglia e, spingendosi oltre, anche lo scioglimento degli enti associativi e della comunione coniugale.

### **2.1.1. La divisione del testatore.**

La tesi richiamata è stata sottoposta a critiche molto decise<sup>75</sup>, soprattutto nella parte in cui pretende di ricavare dalla natura della divisione del testatore la conclusione di ordine generale che il contratto di divisione non annovera tra i suoi elementi di base la cessazione della comunione.

In questo senso si sottolinea come, nonostante le affinità lessicali e le innegabili comunanze funzionali, la divisione del testatore non possa essere considerata divisione in senso proprio<sup>76</sup>.

Del resto, a conferma della radicale differenza della divisione del testatore rispetto alla divisione in senso tecnico, anche l'elemento dell'apporzionamento proporzionale, quest'ultimo ritenuto da Amadio vero ed unico elemento essenziale della categoria, si configura in modo del tutto anomalo, in particolare nell'ipotesi di divisione senza predeterminazione di quote astratte.

In questo caso, infatti, manca del tutto l'elemento costitutivo della distribuzione proporzionale alla quota, ed anzi si verifica una sorta di inversione, dato che la quota astratta di coeredità potrà essere determinata solo a posteriori, sulla base del valore dei beni oggetto di apporzionamento concretamente attribuiti dal testatore.

In altri termini, nella divisione del testatore il fenomeno che si riscontra è quello dell'attribuzione di una quota in funzione del valore dell'apporzionamento, non già come nel contratto di divisione, quello di un apporzionamento in funzione proporzionale alla quota astratta preesistente.

Ancora, la labilità dei legami della divisione del testatore senza predeterminazione di quote alla divisione in senso tecnico è confermata dall'inapplicabilità alla stessa della disciplina della

---

<sup>75</sup> Per una efficace sintesi degli argomenti addotti a contrario dalla dottrina vedi, LUMINOSO, *Divisione e sistema del contratti*, in *Contratti ed autonomia privata*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Sole 24 ore, 2009, p. 8 e ss..

<sup>76</sup> LUMINOSO, op. cit., p. 22, ricorda come sia insegnamento comunemente accettato che l'identità di un istituto giuridico vada desunta non soltanto dai suoi elementi di ordine funzionale, ma anche da quelli di ordine strutturale.

divisione ereditaria, in particolare delle regole sulla rescissione per lesione e di quelle sulla garanzia per evizione (che operano invece per l'altro tipo di divisione testamentaria) e neppure opera il principio della nullità per mancata partecipazione di uno dei compartecipi (che il legislatore richiama all'art. 735 comma 1 per la sola divisione con predeterminazione di quote).

Più in generale, si è eccepita, con impostazione che ritengo di condividere, l'impossibilità di *“identificare in toto lo schema funzionale generico (che funge da criterio unificatore del raggruppamento) con la causa specifica che contraddistingue ciascun tipo negoziale (...) Può anche proporsi quindi l'inclusione delle diverse figure negoziali sopra ricordate – e di altre ancora – entro un unico generico “schema funzionale distributivo”, purché tuttavia non si perda di vista che ognuna di tali figure corrisponde ad un distinto tipo negoziale in ragione degli elementi specializzanti che lo caratterizzano e che trovano loro sintesi nella causa specifica”*<sup>77</sup>.

Quindi, se da un lato la costruzione di una nuova categoria funzionale distributiva, da affiancare a quelle liberale e corrispettiva, ha un'innegabile utilità, essa di per se non basta per definire in modo esaustivo la causa del contratto, né per costruire un autonomo tipo contrattuale, soprattutto se il tipo serve per *“consentire l'intervento della fonte legale nella costruzione del regolamento contrattuale, sia mediante norme dispositive, sia mediante norme imperative”*.<sup>78</sup>

Inoltre, il riferimento alla funzione distributiva, aldilà di ogni più ampia considerazione, così come formulato, è ritenuto eccessivamente generico, perché gli elementi peculiari che caratterizzano le varie figure, nelle quali la funzione distributiva potrebbe essere ravvisata, sono tali da distanziarle notevolmente e da rendere molto complessa la loro riconduzione ad unità.

In questo senso, parte della dottrina ritiene che la situazione di contitolarità dei beni in capo ai condividenti sia viceversa elemento tipico della divisione<sup>79</sup>, ed anzi che si possa parlare di divisione solo qualora vi sia una contitolarità attuale in capo ad un gruppo di

<sup>77</sup> LUMINOSO; op. cit., p. 23.

<sup>78</sup> GITTI, *La “tenuta” del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 497.

<sup>79</sup> VENOSTA, *Libro II – Titolo IV: Della Divisione, art. 713*, in *Commentario al Codice Civile*, Utet, 2009, p. 18 e ss..

soggetti, e tale contitolarità venga sciolta con la formazione preferenziale di quote in natura, e solo eccezionalmente con l'assegnazione di denaro in funzione di quota.

Quando, invece, manchi la contitolarità attuale, il criterio strutturale che presiede allo scioglimento del centro collettivo di interesse è quello opposto della attribuzione di una somma di denaro, mentre la ripartizione in natura ha carattere eccezionale<sup>80</sup> (per es. nello scioglimento degli enti collettivi)

In questi casi sarebbe più corretto parlare di liquidazione.

### 2.1.2. Il patto di famiglia.

Amadio prosegue saggiando la bontà della sua ricostruzione, che distingue tra divisione (scioglimento di una comunione con apporzionamento) e liquidazione (apporzionamento senza comunione) con riferimento al patto di famiglia, altro istituto nel quale l' A., tra gli altri<sup>81</sup>, riconosce alla categoria dei negozi con funzione distributiva da lui elaborata.

---

<sup>80</sup> VENOSTA, ult. op. cit., p. 16., nota 26.

<sup>81</sup> Che il patto di famiglia abbia una funzione *latu sensu* divisoria, o distributiva, è affermato da molti. AVAGLIANO, *Patto di famiglia e impresa*, in *Riv. notariato*, 2007, I, 21; BONAFINI, *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 1207 ss.; DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e quale spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. notariato*, 2006, I, p. 898; VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 463; ZOPPINI, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, ivi, 2007, II, p. 288 ss., mette in rilievo il carattere meramente eventuale sia della funzione divisoria del patto di famiglia, la quale "*presuppone che i legittimari siano più di due*", sia dello stesso effetto attributivo, potendo i legittimari rinunciare al loro credito. Seguono più da vicino la proposta di AMADIO: IEVA, *Art. 768 quater*, in *Commentario*, a cura di DELLE MONACHE, in *Leggi civ. commentate*, 2007, p. 54; GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 218 ss. Altri scrittori tendono a negare rilievo e consistenza alla funzione divisionale: PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 267; PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 154 ss.; PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. notariato*, 2006, I, p. 429 ss.; SICCHIERO, *la causa del patto di famiglia*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 1281; CAROTA, *Il contratto con causa successoria*, Padova, 2008, p. 199, parla di "*una funzione solo latamente assimilabile a quella divisoria tipica, se è vero che con la divisione è incompatibile*

In particolare, l'A. afferma che il patto “ *appare perfettamente riproduttivo del meccanismo divisionale tipizzato dal legislatore all'art. 720 del codice: il cui esito ultimo (...) coincide in tutto e per tutto col risultato tipico realizzato dal patto di famiglia.*<sup>82</sup>”

Le disposizioni degli artt. 720 e 768 bis ss. c.c. individuano due regolamenti di interessi tra i quali vi sono evidenti rassomiglianze.

Ciò però non è ritenuto sufficiente a far convergere gli istituti all'interno della stessa categoria giuridica, e neppure ad affermare che gli interessi che i due istituti intendono regolare siano gli stessi.

Se la tecnica divisionale di cui all'art. 720 c.c. non è di generale applicazione, dato che essa può essere utilizzata solo al ricorrere di particolari requisiti che la norma stessa impone, l'assegnazione dell'azienda o della partecipazione ad un discendente con l'obbligo per questi di liquidare in denaro i legittimari, invece, costituisce l'essenza stessa del patto di famiglia.

E' quindi possibile ipotizzare che l'art. 720 c.c. non costituisca altro che un'ipotesi eccezionale di divisione mediante liquidazione, ma pur sempre divisione, proprio perché il bene appartiene già ai dividendi.

Al contrario, nel patto di famiglia, né il disponente ha il diritto di disfarsi dell'azienda o della partecipazione; né alcuno dei discendenti ha il diritto di esserne assegnatario; né, quindi, il titolare attuale, se desidera stipulare il patto, è in alcun modo condizionato nella scelta del discendente da beneficiare, potendo scegliere liberamente anche un discendente che non sarebbe legittimario se in quell'istante si aprisse la successione.

Nel patto di famiglia, quindi, non è ravvisabile, per questi motivi, alcuna funzione divisionale, ed anzi al contrario il patto di famiglia serve proprio a sottrarre l'azienda alle incertezze della divisione.

Si intende assicurare la continuità familiare nella gestione dell'azienda, ed a tal fine si esclude definitivamente l'azienda dalla successione, e quindi dalla divisione, assicurando però ai legittimari, anche a fronte della privazione delle azioni di riduzione e collazione,

---

*lo scambio, perché invece nel patto di famiglia l'aspetto distributivo si attua anche attraverso lo scambio”.*

<sup>82</sup> AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit., .p. 873.

l'attribuzione di un beneficio monetario equivalente a quello che essi avrebbero conseguito eventualmente in natura, in esito alla divisione.

Il patto quindi, al più, potrà essere considerato alla stregua di un'operazione sostitutiva della divisione, funzionalmente più vicino alla divisione del testatore (che come detto, non è vera divisione) piuttosto che alla divisione in senso tecnico<sup>83</sup>.

### **3. L'apporzionamento proporzionale: derogabilità e limiti.**

Passiamo ora ad analizzare il secondo elemento costitutivo della divisione: l'apporzionamento proporzionale.

Tra il valore delle quote dei conviventi ed il valore delle porzioni in cui l'asse viene ripartito deve sussistere un identico rapporto aritmetico rispetto al totale.

Inoltre, a ciascun convivente deve essere assegnata una porzione che corrisponda, in termini di rapporto con l'intero asse, al valore percentuale della sua partecipazione alla comunione.

Conferma dell'esistenza del principio di proporzionalità sono le norme contenute agli artt. 726 comma 2 c.c. per il quale *“eseguita la stima, si procede alla formazione di tante porzioni quanti sono gli*

---

<sup>83</sup> L'Autore (VENOSTA, op. cit., p. 23) ricava una conferma a tale impostazione anche dall'analisi della disciplina astrattamente applicabile al patto di famiglia nel caso in cui l'assegnatario di una partecipazione subisca l'evizione, giungendo alla conclusione che preso atto della funzione traslativa del patto, che si realizza appunto nel trasferimento della quota o della partecipazione dal disponente all'assegnatario, si dovrebbe far ricorso alla disciplina della vendita e non a quella della divisione. Ciò perché se nel patto di famiglia l'evizione del bene assegnato pregiudica irrimediabilmente l'intera operazione, nella divisione, al contrario, la speciale tutela contro l'evizione ha come finalità quella di preservare l'assetto divisionale ristabilendo la proporzionalità quantitativa. In questo senso anche MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, p. 185 e MORA, op. cit., p. 345, ad avviso del quale il solo scopo della garanzia che i conviventi si debbono *“è il ripristino del criterio oggettivo della proporzionalità tra porzioni e quote, pregiudicato da una pretesa altrui”*. In questo senso è evidente che l'evizione di tutti i beni assoggettati a divisione, renderebbe nulla la divisione. Anche sull'applicabilità al patto di famiglia del rimedio divisorio della rescissione *ultra quartum* ex art. 763 c.c. esprime parere negativo, ricordando come la disciplina del patto di famiglia prevede espressamente che esso, diversamente dalla divisione, sia impugnabile per errore, mentre la rescissione si connette strettamente con la non impugnabilità per errore. Sulla non rescindibilità *ultra quartum* anche SICCHIERO, op. cit., p. 1281, nota 71, seppur per motivi differenti.

*eredi o le stirpi dividendi in proporzione delle quote*"; 727 c.c. *“le porzioni devono essere formate (...) comprendendo una quantità di mobili, immobili e crediti di eguale natura e qualità, in proporzione all’entità di ciascuna quota*"; 729 c.c. *“l’assegnazione delle porzioni eguali è fatta mediante estrazione a sorte. Per le porzioni diseguali si procede mediante attribuzione”*.

Ora, dato per assodato che alla base della divisione vi sia un principio inderogabile di proporzionalità in senso quantitativo - riferito al valore monetario da attribuire alla singola porzione al momento della divisione - si tratta di capire se tale principio debba o possa essere inteso anche in senso qualitativo.

In altri termini, bisogna capire se appartenga all’essenza della divisione anche la distribuzione omogenea dei singoli beni in natura, o almeno dei beni appartenenti alle singole categorie.

Alcune norme sembrano presupporre un principio di omogeneità (o proporzionalità qualitativa, la dizione è indifferente ai nostri fini) nella formazione delle quote.

Si pensi all’art. 718 c.c. *“ciascun erede può chiedere la sua parte in natura dei beni mobili e immobili dell’eredità, salvo le disposizioni degli articoli seguenti”*; all’art. 727 c.c.<sup>84</sup>, al 1114 c.c. *“la divisione ha luogo in natura, se la cosa può essere comodamente divisa in parti corrispondenti alle quote dei partecipanti”*.

La risposta a tale quesito è senza ombra di dubbio negativa<sup>85</sup>.

---

In giurisprudenza, di recente, sul principio di omogeneità delle quote, Cass., sez. II, 19.11.2013 n. 25946, in *De Jure*: *“In tema di divisione, il principio della omogeneità delle porzioni, dettato, dall’art. 727 cod. civ. ed applicabile anche alle comunioni ordinarie ex art. 1116 cod. civ., postula che la comunione abbia ad oggetto una pluralità di beni di diversa qualità, essendo diretto ad attuare il diritto dei dividendi a conseguire una frazione di valore proporzionalmente corrispondente a quella spettante singolarmente sull’unica massa da dividere, sicché esso non è applicabile alla comunione avente ad oggetto un unico immobile”*. Nello stesso senso vedi anche: Cass. civ., sez. II, 12 gennaio 2011 n. 573; Cass. civ., sez. II, 16 giugno 2008 n. 16219, tutte in *De Jure*.

<sup>85</sup> La dottrina prevalente rigetta ormai la distinzione tra divisione in natura e divisione civile (della quale sarebbero esempi la divisione con conguaglio o attuata mediante vendita del bene e distribuzione del ricavato) perché ritenuta irrilevante e meramente classificatoria, affermando al contrario il carattere unitario della divisione, FORCHIELLI ANGELONI, *Della Divisione*, op. cit., p. 29 ss.; FRAGALI, *La comunione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, II, Milano, 1983, p. 486 ss.; LUMINOSO, op. cit., p. 6.; MIRAGLIA,

Il senso di tali norme non è certo quello di escludere dalla categoria della divisione quelle ipotesi nelle quali il riparto non avvenga tassativamente con la distribuzioni tra i condividenti di uguali porzioni degli stessi diritti sugli stessi beni.

Ed anzi, il principio del riequilibrio delle quote attraverso il meccanismo dei conguagli è considerato di pari rango rispetto a quello della formazione delle porzioni in natura, principio, quest'ultimo, dal quale discende per il condividente la mera facoltà di richiedere l'assegnazione di una quota parte dei beni in natura.

Inoltre, alla stregua dell'art. 720 c.c. va considerata divisione anche quella che contempla l'attribuzione dell'unico bene ereditario, non comodamente divisibile in natura, ad uno dei condividenti con addebito dell'eccedenza nella quota di questi.

In sintesi, appartengono allo schema della divisione sia le ipotesi nelle quali la ripartizione avvenga in natura, sia quelle nelle quali la ripartizione avvenga con l'utilizzo dei conguagli formati anche con beni o denaro non proveniente dall'asse<sup>86</sup>, sia le ipotesi di vendita del bene ad un terzo e distribuzione del ricavato<sup>87</sup>.

---

*Divisione contrattuale e garanzia per evizione, cit., p. 38, per la quale “non appare di alcuna utilità la tradizionale distinzione tra divisione in natura e divisione c.d. civile (...) destinata a rimanere priva di conseguenze pratiche in ordine alla disciplina applicabile, non designando fenomeni giuridicamente autonomi. La divisione civile si rivela una nozione meramente descrittiva, che indica una tecnica divisionale diversa dal puro frazionamento in natura”.*

<sup>86</sup> CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 364: “Il mezzo più semplice e normale per effettuare il conguaglio è il denaro. Nella divisione ereditaria il conguaglio può trovarsi nella stessa eredità. Ma, come nella divisione di cosa comune il conguaglio può essere effettuato con danaro fornito dal patrimonio dello stesso condividente o da un terzo, senza che perciò venga meno il concetto di divisione, così nella divisione ereditaria il conguaglio può essere effettuato con danaro non ereditario, ma di proprietà del coerede tenuto al conguaglio, o di proprietà di terzi”. FORCHIELLI, op. ult. cit., p. 218; GIANNATTASIO, *Delle successioni, divisione-donazione*, Torino, 1964, p. 61; MIRAGLIA, op. ult. cit., p. 81, che estende il principio “per analogia a tutti i beni o utilità ai quali si fa ricorso in funzione di conguaglio”; MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria. La divisione*, cit., p. 231, sostiene che “anziché attribuire al conguaglio un carattere prettamente contenutistico, è preferibile utilizzare un criterio teleologico, intendendo così per conguaglio ogni bene che consente di conseguire, da parte dei condividenti, il risultato del tipo contrattuale divisorio”. Quanto all'utilizzabilità, in funzione di conguaglio, di beni non appartenenti all'asse, sembra decisiva la considerazione che “se il bene (compreso il denaro) appartiene all'asse non si tratta



Il principio della proporzionalità in natura, pur chiamato ad operare in prima istanza, può essere derogato<sup>88</sup> in favore della ripartizione con conguaglio o con altre modalità divisionali frutto che l'autonomia privata<sup>89</sup> individui, purché queste ultime siano in grado di raggiungere lo scopo divisorio dell'apporzionamento proporzionale.

E così, se il coerede reclama la sua quota in natura del patrimonio ereditario, nei limiti del possibile, deve essere accontentato, dato che il criterio del conguaglio per equivalente in denaro è sussidiario e correttivo delle inevitabili disuguaglianze delle porzioni o della oggettiva indivisibilità totale o parziale dei beni.

Il carattere dispositivo dell'apporzionamento in natura non implica di per sé che le parti siano libere di costruirsi un proprio concetto di divisione.

Esse possono realizzare la funzione divisionale anche attraverso schemi diversi dalla divisione, ma se intendono dare luogo ad una vera

*di conguaglio in senso tecnico, bensì di un elemento che al pari di tutti gli altri elementi concorre a formare la porzione*". In questo senso, VENOSTA, op. cit., p. 10, n. 10.

<sup>87</sup> In tal caso la divisione ha ad oggetto la distribuzione del denaro ricavato, o meglio il credito relativo al prezzo della vendita, ed è una divisione in natura. MIRAGLIA, op. ult. cit., p. 34, "*se all'asta prendono parte anche soggetti estranei ed uno di questi si aggiudica il bene si attua, ovviamente, una compravendita, che comporta la sostituzione del bene alienato con il corrispettivo in danaro; se invece assegnatario del bene è un coerede, questi lo acquista "causa divisionis" direttamente dal "de cuius" ed il danaro che egli verserà agli altri condividenti non ha natura di corrispettivo ma di conguaglio divisorio*". Parlano di "*divisione del prezzo*" DOSSETTO, *Comunione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 874; MORA, op. cit., p. 19.

<sup>88</sup> Sui limiti di tale deroga vedi VENOSTA, op. cit., p. 89, il quale precisa che se il bene è di fatto indivisibile, a rigore non si può parlare di deroga - almeno in senso tecnico - al principio della ripartizione dei beni in natura, ma di applicazione di una differente disciplina prevista dalla legge all'art. 720 c.c.; stesso discorso dovrebbe valere per la vendita del bene deliberata dai condividenti per ripianare i debiti ereditari che, pur essendo - questa sì - una deroga al principio generale, è comunque disciplinata dalla legge, e pertanto non crea particolari problemi.

<sup>89</sup> Alcuni autori sono orientati a riconoscere margini molto larghi all'autonomia privata nel derogare al principio della ripartizione in natura. FORCHIELLI, op. ult. cit., p. 79 sostiene che "*i diritti derivanti dalla successione ereditaria, specie se di natura patrimoniale, dopo l'apertura della successione (...) sono tutti rinunciabili, non esclusi i diritti degli eredi legittimari. Appare quindi del tutto ovvio e naturale che il condividente possa rinunciare alla divisione in natura*".

e propria divisione debbono porne in essere gli elementi costitutivi fra i quali sembra esservi l'apporzionamento in natura, salvo che esso risulti impossibile e salva la facoltà, che invece deve essere riconosciuta alla parti, di realizzare una ripartizione dei beni assoggettati a divisione, che non sia perfettamente simmetrica rispetto alle quote.

Si delinea un sistema *“fondato su un principio assoluto di proporzionalità quantitativa e su un criterio prevalente di proporzionalità qualitativa, il quale si esprime attraverso la proporzionale attribuzione in natura dei beni ereditari alle varie porzioni e cede solo di fronte alla oggettiva impossibilità, ovvero ad una difficoltà razionalmente giustificabile, della sua piena applicazione e nei limiti in cui tali circostanze giustificative sussistono”*<sup>90</sup>.

L'analisi sul principio di omogeneità (o proporzionalità qualitativa) si arricchisce di un ulteriore spunto che merita di essere considerato.

Accanto all'omogeneità prevista dagli artt. 718 e 1114 c.c. che potremmo definire “relativa”, poiché assolutamente derogabile come dimostrato anche dalle ipotesi di divisione con conguaglio o di immobile non comodamente divisibile, un Autore<sup>91</sup> prefigura l'esistenza di un'omogeneità da intendersi “assoluta” ed inderogabile, che connota la divisione ed attiene non tanto al profilo dei beni con i quali si compone la singola quota, ma piuttosto dei diritti che su tali beni vengono attribuiti.

Per chiarire meglio il punto, si pensi all'ipotesi nella quale due condividenti siano comproprietari di un bene immobile e, in sede divisoria decidano di formare quote proporzionali con la costituzione di un diritto di usufrutto in favore dell'uno e con l'attribuzione della nuda proprietà in favore dell'altro.

Per Mora, *“un atto di divisione che scinda, o sciolga, il diritto di (com)proprietà in due nuovi diritti (...) è atto costitutivo di nuovi diritti e come tale non retroattivo”*. Se, connotato tipico della

---

<sup>90</sup> VENOSTA, op. ult. cit. p. 12.

<sup>91</sup> MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria. La divisione*, cit., p. 236 ss., il quale però nega espressamente che il contratto di divisione abbia natura costitutiva. Nello stesso senso, PUGLIESE, *Usufrutto uso e abitazione*, Torino, 1972, p. 176, nota 3.

divisione è il prodursi dell'effetto retroattivo che fa retroagire gli effetti al momento della costituzione della comunione, non può ammettersi la costituzione di un nuovo diritto, perché si verificherebbe un'evidente conflitto con il titolo che ha dato luogo alla comunione.

Quando, dunque, si deroga al principio di omogeneità "assoluta" dei diritti sui beni che compongono le quote, secondo l'Autore, si esce dallo schema tipico del contratto di divisione per confluire nella categoria degli atti equiparati alla divisione.

### **3.1.Divisione di immobile non comodamente divisibile.**

Nell'ambito del ragionamento sulla configurazione dell'apporzionamento proporzionale, si colloca l'ipotesi legislativa della divisione di immobile non comodamente divisibile.

Si tratta, infatti, di una delle ipotesi dalle quali è dato desumere come il criterio di proporzionalità in senso qualitativo non sia assoluto, ma patisca delle deroghe che possono trovare giustificazione nelle oggettive difficoltà connaturate al riparto divisionale<sup>92</sup>.

La disciplina contenuta negli artt. 720 e ss. c.c. regola le ipotesi in cui oggetto del compendio ereditario da dividere siano uno o più beni immobili non divisibili, meglio non comodamente divisibili.

Il concetto di incomoda divisibilità postula – dal punto di vista strutturale – che il frazionamento dei beni non sia attuabile mediante determinazione di quote suscettibili di autonomo e libero godimento e – dal punto di vista economico funzionale – che la divisione non consenta il mantenimento, sia pure in misura proporzionale, della funzionalità che aveva il tutto, tenuto conto della normale destinazione ed utilizzazione del bene stesso<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> La norma ha natura derogatoria rispetto ai due principi cardine delle operazioni divisionali in materia successoria: il primo impone che la divisione debba sempre farsi in natura, cioè -laddove possibile- senza alcun frazionamento, ma con l'immediata assegnazione di beni di identico valore ai dividendi (art. 718 c.c.); il secondo impone che le porzioni dei singoli dividendi siano omogenee dal punto di vista qualitativo (art. 727 c.c.), cioè preferibilmente composte da beni o parte di essi della medesima natura, nel rispetto delle quote di ciascun assegnatario.

<sup>93</sup> In dottrina, VENOSTA, *Delle Successioni, artt. 713 – 768 octies*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Gabrielli, vol. III, Torino, 2010, p. 96 ss; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, p. 200 ss.; FORCHIELLI e ANGELONI, *Divisione, Successioni art. 713 – 768*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja*

Nonostante gli articoli in questione si riferiscano espressamente ai beni immobili, nessuno dubita oramai che la disciplina sia applicabile a qualunque bene, e segnatamente ai mobili<sup>94</sup>, alle aziende<sup>95</sup> ed alle universalità di mobili<sup>96</sup>.

Inoltre, per effetto del richiamo operato dall'art. 1116 c.c., le disposizioni degli articoli in commento si applicano in quanto compatibili allo scioglimento di ogni tipo di comunione, non solo di quella ereditaria<sup>97</sup>.

La *ratio* della norma è chiara: tutelare da una parte l'interesse di ogni singolo dividendo a vedersi assegnata una quota in proprietà esclusiva di cui possa effettivamente fruire, dall'altra l'interesse della

---

*Branca*, a cura di Galgano, II, Bologna, p. 123 ss.. Con riguardo alla divisione ereditaria il legislatore non fa esplicito riferimento alla categoria dei beni indivisibili che invece definisce con estrema chiarezza concettuale in sede di comunione ordinaria nell'art. 1112 c.c., articolo che ricalca la definizione romanistica di beni indivisibili, e cioè *quae sine interitu dividi non possunt* (D. 6, I, 36, I). Come sostenuto da un costante orientamento giurisprudenziale. In giurisprudenza, di recente, con massima particolarmente esplicitiva, Trib. Monza, sez. II, 27.05.2013, in *De Jure*: *“Il concetto di comoda divisibilità di un immobile cui fa riferimento l'art. 720 c.c., postula che il frazionamento del bene sia attuabile in tante porzioni separate, ciascuna delle quali suscettibile di autonomo godimento da parte di ciascun dividendo secondo l'ordinaria normale funzione dell'intero. È quindi necessario che la divisione in natura possa avvenire senza dover fronteggiare problemi tecnici eccessivamente costosi, e inoltre, sotto l'aspetto economico-funzionale, che la divisione non incida sull'originaria destinazione del bene e non comporti un sensibile deprezzamento del valore delle singole quote rapportate proporzionalmente al valore dell'intero, tenuto conto della normale destinazione ed utilizzazione del bene stesso. Perché dunque possa procedersi alla divisione del bene comune occorre: 1) che il bene sia naturalmente suscettibile di divisione fisica; 2) che sia possibile formare in concreto porzioni suscettibili di autonomo e libero godimento; 3) che tale divisione non comporti la creazione di servitù, pesi o limitazioni eccessivi, e non richieda opere complesse e di notevole costo; 4) che la divisione non conduca ad un sensibile deprezzamento del valore delle porzioni rispetto al valore dell'intero. Detti principi, dettati in materia di divisione ereditaria, sono applicabili anche alla comunione ordinaria, stante il richiamo dell'art. 1116 c.c.”*

<sup>94</sup> Cass., 4 dicembre 1991, n. 13036, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1752.

<sup>95</sup> Cass., 26 aprile 1983, n. 2861, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1957, per le quali l'incomoda divisibilità del bene azienda deriverebbe dalla necessaria perdita dell'avviamento commerciale nel caso di frazionamento della medesima.

<sup>96</sup> Cass., 4 dicembre 1991, n.13036, cit.

<sup>97</sup> Cass., 18 ottobre 2001, n. 12758, in *De Jure*.

collettività a che la cessazione dello stato di comunione non comporti una diminuzione significativa del valore o della utilizzabilità del singolo bene.

Se è pacifico che l'art. 720 c.c. non trovi applicazione nelle ipotesi in cui, pur essendo il patrimonio ereditario composto da uno o più beni non comodamente divisibili, sia possibile addivenire alla divisione con la semplice assegnazione di ciascuno di essi ai singoli dividendi (in ossequio al principio della divisione in natura), qualche dubbio solleva il rapporto che corre tra l'art. 720 c.c. e il principio della omogeneità delle quote.

L'art. 727 c.c. infatti, detto che le porzioni devono formarsi comprendendo una quantità di immobili, mobili e crediti di eguale natura e qualità, in proporzione all'entità di ciascuna quota, fa salvo il disposto degli artt. 720 e 722 c.c.

Gli articoli in questione dunque rappresentano una deroga legale al principio di omogeneità delle quote<sup>98</sup>, e concorrono, letti in combinato disposto, a descrivere ampiezza e contorni del principio stesso.

Dottrina e giurisprudenza sono giunte, dopo anni di travaglio, ad una ricostruzione abbastanza soddisfacente e solida della nozione di non comoda divisibilità.

In primo luogo si è concordi nel ritenere tale concetto di matrice giuridica e non naturalistica: la indivisibilità è sempre giuridica, anche se in certi casi ha un appoggio evidente nella natura intrinseca della cosa.

La comoda divisibilità sarebbe il frutto della combinazione di due criteri: da una parte quello funzionale, per il quale le singole porzioni devono poter assolvere la medesima funzione del tutto originario; dall'altra quello economico, per il quale la singola porzione deve consentire al dividendo un godimento ugualmente comodo e

---

<sup>98</sup> Di opinione contraria BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. di diritto civile it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1980, p. 158, che afferma come il principio di omogeneità delle quote debba essere comunque rispettato, e che “*solo quando esista un unico bene (...) indivisibile o non comodamente divisibile, ovvero ne esistano più ma che non possano considerarsi di eguale natura e qualità o che non possano distribuirsi tra tutti i dividendi in proporzione – è a ritenersi, sia pure solo approssimativamente – di quanto spetta a ciascuno o a ciascuna stirpe, varranno le disposizioni dell'art. 720, fatte appunto salve dall'art. 727*”.

indipendente da quello delle altre parti, e che impone che la somma del valore delle singole parti non sia sensibilmente inferiore al valore originario del tutto.

Alcune pronunce -per vero minoritarie- hanno sostenuto che tra i due citati criteri vi sarebbe un vincolo di gradualità logica, per il quale l'accertata impossibilità di soddisfare il criterio funzionale renderebbe superflua la valutazione alla luce del criterio economico<sup>99</sup>.

Si ritiene inoltre che nel giudizio sulla comoda divisibilità del bene debba essere condotto alla stregua di parametri oggettivi, non rilevando apprezzamenti di natura soggettiva<sup>100</sup>.

Peculiare è l'ipotesi in cui la porzione del bene a seguito di divisione avrebbe sì una propria autonomia funzionale, ma diversa da quella del bene originario. Si discute se in questi casi possa parlarsi di indivisibilità oppure no.

Alcune pronunce, peraltro condivisibili, fanno riferimento al concetto di "normale od usuale destinazione del bene", escludendo quindi la necessità di una perfetta coincidenza tra l'utilizzazione in atto per il bene intero e quella che risulterà possibile o conveniente per le frazioni di esso<sup>101</sup>, purché -sia chiaro- la nuova utilizzazione non comporti comunque una sensibile diminuzione di valore economico del bene. Giova precisare che il deprezzamento può anche essere indiretto, quando dipende dalla necessità di realizzare opere costose per il frazionamento, pur in se capaci di assicurare - come effetto finale - il mantenimento del valore originario del bene.

Il giudizio sulla divisibilità o meno del bene deve essere attualizzato al momento della divisione, tenendo conto della concreta situazione di fatto<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> *Ex multis*, Cass., 11 marzo 1997, n. 2170, in *De Jure*.

<sup>100</sup> Cass., 16 aprile 1981, n. 2309, in *De Jure*, che ha cassato la sentenza di merito in cui si era affermata la indivisibilità con la sola motivazione che non sarebbe stata concepibile una coabitazione fra i condividenti; Cass., 19 maggio 1980, n. 3072 in *De Jure*, ove si afferma essere "irrilevante ogni valutazione di altri interessi particolari di chi si opponga alla divisione in natura, quale quello di aggregare per intero il bene da dividere ad altro immobile di proprietà esclusiva".

<sup>101</sup> Cass., 29 maggio 2007, n. 12498, in *Giur.it.*, 2007, I, 1, 2438; App. Roma, 20 settembre 2006, n. 3905, in *Guida dir.*, 2006, n. 38; Cass., 14 maggio 2004, n. 9203, in *Riv. notariato*, 2005, p. 113; Cass., 30 luglio 2004, n. 14540, in *De Jure*.

<sup>102</sup> Permane qualche dubbio, nel pensiero di parte della dottrina, relativamente ai casi in cui l'indivisibilità, pur non attuale, sia imminente, certa o altamente

La disciplina divisoria fin qui vista si estende ad altre due ipotesi previste dal legislatore. La prima - contenuta nell'art. 720 c.c. - raccoglie i casi in cui il frazionamento del bene recherebbe pregiudizio alle ragioni della pubblica economia o dell'igiene, la seconda i casi in cui il frazionamento è vietato per legge a tutela dell'interesse della produzione nazionale (art. 722 c.c.).

Nella prima ipotesi l'accertamento dell'indivisibilità sarà frutto di una valutazione discrezionale del giudice di merito, basata sull'attuale e concreta lesione degli interessi pubblici all'economia ed all'igiene<sup>103</sup>. La natura degli interessi in gioco non esclude – nell'opinione della prevalente dottrina – il carattere derogabile della norma. Il contratto divisorio sarà affetto da nullità ex art. 1418, comma 1 c.c. solo quando il contrasto con le ragioni della pubblica economia e dell'igiene sia talmente grave da renderne inaccettabile la sopravvivenza<sup>104</sup>.

Nella seconda ipotesi la valutazione di indivisibilità è compiuta *a priori* dall'ordinamento: in questo caso si applicherà la disciplina speciale che la regola e, solo in difetto, quella generale prevista agli artt. 720 e 722 c.c..

Tra le ipotesi di indivisibilità legale, in questa sede merita ricordare quelle tipiche dell'economia rurale<sup>105</sup>, volte ad evitare la cd. polverizzazione fondiaria.

probabile. Vedi BURDESE, cit., p. 153; FORCHIELLI ANGELONI, *Della divisione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000, p. 138; GIANNATTASIO, *Delle successioni, divisione donazione*, Torino, 1964, p. 39. In giurisprudenza, Cass., 16.08.1993, n. 8743, in *Vita notarile*, 1994, I, p. 219.

<sup>103</sup> La dottrina prevalente è però orientata a ritenere il carattere privatistico e non pubblicistico del criterio in esame: BURDESE, cit., p. 153; FORCHIELLI, cit., p. 127 ss.; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 203.

<sup>104</sup> BRANCA, *Comunione e condominio negli edifici*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 328; COMPORI, *L'art. 720 cod. civ. e la sua applicabilità alla divisione della comunione volontaria*, in *Foro it.*, 1960, I, cc. 2042.

<sup>105</sup> L'art. 5 bis del d.lgs. 18.05.2001, n. 228 sulla modernizzazione del settore agricolo, ha abrogato la disciplina codicistica della "minima unità culturale" (artt. 846, 847, 848 c.c.) introducendo la nozione di "compendio unico". Il compendio è considerato indivisibile per dieci anni dal momento della sua costituzione, e sono nulli gli atti tra vivi e le disposizioni testamentarie che hanno per effetto il frazionamento del medesimo. Inoltre, il vincolo di indivisibilità deve essere

Soffermiamoci ora sui criteri fissati dal legislatore per la divisione di beni non comodamente divisibili.

L'art. 720 c.c. richiede che vengano preferibilmente assegnati per intero, con addebito dell'eccedenza, nella porzione di uno dei coeredi aventi diritto alla quota maggiore, o anche nelle porzioni di più coeredi, se questi ne richiedono congiuntamente l'attribuzione.

Il primo problema interpretativo riguarda l'avverbio *preferibilmente*, che parrebbe implicare un'ampia valutazione discrezionale da parte del giudice, chiamato a decidere se sia il caso di assegnare il bene per intero oppure no ai condividenti richiedenti<sup>106</sup>. Quando nessuno dei coeredi abbia prestato il proprio consenso all'accettazione, si farà luogo alla vendita all'incanto, quale *extrema ratio*<sup>107</sup>.

Per un orientamento intermedio, supportato da alcune pronunce giurisprudenziali<sup>108</sup>, la decisione del giudice di discostarsi dai criteri

espressamente menzionato a cura del notaio rogante nell'atto di costituzione del compendio, e trascritto nei pubblici registri immobiliari. Il comma 6 dell'articolo citato prevede che, qualora nei dieci anni "*i beni disponibili nell'asse ereditario non consentano la soddisfazione di tutti gli eredi secondo quanto disposto dalla legge in materia di successioni o dal dante causa, si provvede all'assegnazione del compendio di cui al presente articolo all'erede che la richieda, con addebito dell'eccedenza*".

<sup>106</sup> Nel caso in cui il giudice decida di discostarsi dal criterio preferenziale indicato dalla norma dovrà motivare la sua scelta. Trattandosi di un accertamento di fatto, tale scelta sarà sottratta al sindacato di legittimità, a condizione che sia adeguatamente motivata. In giurisprudenza vedi App. Roma, 1 marzo 2011, n. 836; Cass., 13 maggio 2010, n. 11641 in *Riv. notariato*, 2011, 1, II, p. 181 con nota di Musolino; Cass., 13 maggio 2010 n. 11641, in *Foro. It.*, 2011, 1, I, p. 173 con nota di Lombardi. Cass., 25 settembre 2008, n. 24053; Cass., 16 febbraio 2007, n. 3646; Cass., 19 marzo 2003, n. 4013, tutte in *De Jure*.

<sup>107</sup> Cass., 22 marzo 2004, n. 5679, Cass., 1 marzo 1995, n. 2335, Cass., 4 maggio 1994, n. 4270, tutte in *De Jure*.

<sup>108</sup> Cass., 11 luglio 1995, n. 7588, in *Giur. It.*, 1996, I, p. 615; Cass., 1.08.1990, n. 7716, Cass., 21 febbraio 1985, n. 1528, Cass., 13 luglio 1983, n. 4775, tutte in *De Jure*. In quest'ultima sentenza, in particolare, la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva preferito la richiesta del singolo condividente titolare della quota di un terzo rispetto alla richiesta congiunta degli altri titolari dei due terzi, dando prevalenza all'interesse del primo alla prosecuzione dell'esercizio della sua attività commerciale nell'immobile in questione. La Corte ha ritenuto che tale preferenza non fosse fondata sull'interesse comune dei condividenti. *Contra*, di recente, Cass.,



legali dovrebbe essere sempre sostenuta da motivi gravi ed attinenti all'interesse dei conviventi.

La dottrina prevalente<sup>109</sup>, invece, sostiene un orientamento restrittivo, escludendo qualsiasi discrezionalità da parte del giudice, chiamato dunque alla sola applicazione dei criteri indicati per legge.

Del resto, è di tutta evidenza che l'esercizio di un potere discrezionale senza restrizione alcuna da parte del giudicante finirebbe per ledere la prevalenza del principio della divisione in natura, al cospetto del quale la disciplina dell'art. 720 c.c. è derogatoria, eccezionale ed, in quanto tale, di stretta interpretazione. A sostegno, anche un argomento letterale, per cui "preferibile" significa "che deve essere preferito" e non che "può essere preferito", emendando qualsiasi margine di discrezionalità.

L'unico margine di deroga alla norma potrebbe ravvisarsi nel contrasto dei principi generali sulla divisione con altri principi di pari rango o superiori, come quelli costituzionali<sup>110</sup>.

Non pare esservi dubbio alcuno che la discrezionalità del giudicante riviva nelle ipotesi in cui più coeredi, titolari di quote identiche, chiedano tutti l'assegnazione. La decisione dovrà essere adeguatamente motivata, per permettere alle parti in causa un

25 settembre 2008, n. 24053, in *De Jure*, che ha convalidato l'assegnazione di un immobile al coerede titolare di una quota minore sulla base dell'interesse individuale prevalente di quest'ultimo, privo altrimenti della casa di abitazione.

<sup>109</sup> BURDESE, cit., p. 158 ss.; COMPORTI, cit., c. 2043 ss.; DOGLIOTTI, *Comunione e condominio*, in *Tratt. di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2006, 126; FORCHIELLI, cit., p. 153 ss.; MIRAGLIA, cit., p. 205 ss.; PASQUILI, *Comunione ereditaria e operazioni divisionali: i criteri, ex art. 720 cod.civ., di individuazione dei conviventi cui assegnare l'intero bene in presenza di più immobili indivisibili*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, I, p. 33; MUSOLINO, *L'orientamento della giurisprudenza in tema di immobile non divisibile*, in *Riv. notariato*, 2001, p. 622; PIERI, *nota a commento di Cass., 11 luglio 1995*, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, p. 615; ALVINO, *L'art. 720 c.c. ed i criteri di scelta per l'attribuzione del bene non comodamente divisibile*, in *Giust. Civ.*, 1973, I, p. 1511.

<sup>110</sup> In quest'ottica, apprezzabili devono ritenersi le decisioni che hanno fatto prevalere il diritto all'abitazione (Cass., 25 settembre 2008, n. 24053, cit.) e quello del coniuge affidatario dei figli minori (Trib. Bologna, 21 gennaio 1993, in *Nuova giur. comm.*, 1994, I, p. 700, con nota di Tafuro, *Ammissibilità dell'azione di divisione della casa coniugale*).

sindacato razionale della scelta<sup>111</sup>; nel caso in cui non sia possibile ricavare alcun criterio oggettivo di preferenza, nell'opinione dei più, si procederà al sorteggio (e non alla vendita all'incanto) ex art. 729 c.c.<sup>112</sup>.

Parimenti, sembra assodato che il giudizio di comparazione tra le quote sia relativo, cioè limitato alle quote dei coeredi dividendi che effettivamente chiedono l'assegnazione, a prescindere dal fatto che tra essi figurino o no il maggior quotista in assoluto<sup>113</sup>.

Sempre sulla base dei principi generali in materia divisoria, è possibile dare soluzione al caso in cui l'asse ereditario sia composto da più beni indivisibili, ma numericamente non sufficienti ad assicurare un'equilibrata distribuzione per quote tra i dividendi.

Se l'unico richiedente è il quotista maggiore, i beni andranno a lui assegnati; se i richiedenti sono molteplici, l'assegnazione terrà conto del valore del singolo cespite, cosicché il bene di maggior valore verrà attribuito al quotista maggiore, e gli altri, in un'ipotetica scala, ai quotisti via via minori<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Cass., 27 ottobre 2000, n. 14165, in *Riv. notariato*, 2001, p. 660, con nota di Musolino; Cass., 1 marzo 1995, n. 2335; Cass., 10 aprile 1990, n. 2990, entrambe in *De Jure*. In dottrina, BURDESE, cit., p. 159; CICU, *La divisione ereditaria*, cit., p. 58; DOGLIOTTI, cit., p. 127; FORCHIELLI, cit., p. 151. *Contra*, COMPORTI, cit., c. 2044, il quale suggerisce la vendita all'asta.

<sup>112</sup> BURDESE, cit., p. 159; FORCHIELLI, cit., p. 150.

<sup>113</sup> Un'interpretazione differente, del resto, con la vendita all'incanto del bene pur in presenza di una qualche richiesta di assegnazione -pur non proveniente dal maggior quotista- tradirebbe l'intenzione del legislatore di rendere l'applicazione della norma il più aderente possibile al principio della divisione in natura. Assunto convalidato dall'ultima parte dell'articolo in commento, che ammette la vendita all'incanto solo <<se nessuno dei coeredi è a ciò disposto>>.

<sup>114</sup> BURDESE, cit., p. 160; DOGLIOTTI, cit., p. 126; FORCHIELLI, cit., p. 104. In senso opposto si è espressa di recente la Suprema Corte (Cass., 9 novembre 2004, n. 21294, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1519, con nota di TEDESCO, *Sulla preferenza accordata dall'art. 720 c.c. al titolare della maggiore quota in ipotesi di comunione ereditaria comprendente più beni indivisibili*) la quale, in un caso in cui l'asse ereditario era composto da due immobili indivisibili e le quote di spettanza di ciascun coerede su ciascun bene erano diverse, ha affermato doversi tener conto <<della quota spettante su ogni singolo immobile, nel senso che deve farsi riferimento, al fine del raffronto quantitativo tra le due diverse quote in gara, al valore della quota che ogni dividendo vanta su ciascuno degli immobili, sicché i due immobili vanno attribuiti a un solo dividendo, qualora questi risulti essere il

Altra ipotesi che si presenta nella pratica è quella in cui ad affrontarsi sono due domande di assegnazione del bene, la prima del singolo erede titolare della quota maggiore, la seconda di altri coeredi che, insieme, compongono una quota collettiva addirittura maggiore della prima.

La dottrina sul punto è divisa: per alcuni<sup>115</sup> si dovrebbe preferire il titolare individuale, in nome del principio del *favor divisionis* ed del tenore letterale della norma, che parrebbe relegare in subordine l'attribuzione congiunta a più condividenti; altri autori<sup>116</sup>, invece, replicano che il *favor divisionis* non varrebbe di fronte alla decisione libera e volontaria di alcuni coeredi di rimanere in comunione, per cui l'unico criterio dirimente sarebbe quello quantitativo puro.

La giurisprudenza<sup>117</sup> adotta una posizione mediana, condivisibile per la sua prudenza, affermando il principio del *favor divisionis*, salvi i casi in cui per ragioni di opportunità debba essere accolta la richiesta congiunta di attribuzione da parte degli altri aventi diritto. Alcuni principi potrebbero orientare la scelta del giudice: a) la rilevanza dello scostamento di valore tra quota individuale e quota collettiva; b) più o meno elevato grado di frazionamento della quota collettiva; c) le garanzie di maggior valorizzazione del bene; d) la maggiore congruenza rispetto alla sua destinazione pregressa; e) l'eventuale sospetto che la richiesta congiunta possa avere carattere elusivo o fraudolento (i richiedenti potrebbero già essersi accordati per una successiva divisione, in frode al diritto di preferenza del maggior quotista).

---

maggior quotista dell'uno e dell'altro bene, altrimenti ciascun immobile va attribuito a quel condividente che, in relazione ad esso, risulti avere la quota maggioritaria>>.

<sup>115</sup> BRANCA, cit., p. 329; COMPORI, cit., c. 2044; DOGLIOTTI, cit., p. 126; GIGLIOTTI, *Profili sostanziali della divisione giudiziale di immobili ereditari non comodamente divisibili*, in *Giust. civ.*, 1993, II, p. 533.

<sup>116</sup> FORCHIELLI, cit., p. 149 ss.; GIANNATTASIO, cit., p. 40 ss.; MIRAGLIA, cit., p. 206.

<sup>117</sup> Cass., 4 aprile 2008, n. 8827, in *De Jure*; Cass., 24 febbraio 1999, n. 1566, in *Riv. notariato*, 2000, p. 114, con nota di ZAPPONE, *La divisione degli immobili non comodamente divisibili, assegnazione al maggior quotista ex art. 720 c.c.*; Cass., 20 agosto 1991, n. 8922, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, p. 1099; Cass., 13 luglio 1987, n. 6105 e Cass., 7 febbraio 1980, n. 864, in *De Jure*.

Se non permane alcun dubbio sulla necessità dell'accettazione dell'attribuzione dei beni indivisibili<sup>118</sup>, si discute, invece, sulla necessità di un'espressa richiesta di assegnazione dei medesimi da parte del dividente/i interessati affinché il giudice possa procedere in tal senso. L'opinione maggioritaria<sup>119</sup> propende per la soluzione positiva, il che non esclude in assoluto che il giudicante possa prendere egli stesso l'iniziativa e proporre al maggior quotista l'assegnazione del bene, o interpellare tutte le parti per verificare se ve ne sia almeno una interessata ad accettare l'assegnazione, prima di ricorrere al rimedio estremo della vendita all'incanto.

L'espressa richiesta è necessaria nei casi di attribuzione congiunta, non potendo il giudice farsi carico di accorpere più quote individuale a sua discrezione.

Come prescritto dalla norma, l'eccedenza deve essere addebitata d'ufficio all'assegnatario e costituisce debito di valore da determinarsi al momento della divisione, in modo analogo a quello che avviene per i conguagli fondati sull'art. 728 c.c.<sup>120</sup>

In conclusione, dinnanzi all'alternativa tra attribuzione unitaria e vendita, la legge accorda preferenza incondizionata all'attribuzione, configurando la vendita quale *extrema ratio* alla quale ricorrere solo

---

<sup>118</sup> In applicazione dei principi generali, non pare accettabile che un soggetto possa risultare assegnatario di un bene eccedente la quota di sua spettanza contro la sua volontà, e chiamato ad adempire all'obbligazione del pagamento in compensazione, a volte molto gravosa. Contra, CICU, cit., p. 58, per il quale il giudice potrebbe imporre d'imperio l'attribuzione al singolo coerede anche contro la sua volontà, con l'unica avvertenza che in caso di contestazione la decisione deve essere rimessa al collegio.

<sup>119</sup> BURDESE, cit., p. 160; COMPORI, cit., c. 2043; FORCHIELLI, cit., p. 156 ss.; GIGLIOTTI, cit., p. 530, che attribuisce "al coerede maggior quotista un potere di rifiutare l'assegnazione proposta dal giudice". Sulle modalità pratiche della richiesta, alcune sentenze hanno ritenuto valida la richiesta formulata dal procuratore alla lite, anche se privo di apposita procura sostanziale, soluzione questa alquanto discutibile visto il carattere dispositivo dell'atto. Sul punto vedi in generale ANDOLINA, *Note sull'oggetto del giudizio divisorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, II, p. 614 ss.; BURDESE, cit., p. 160; FORCHIELLI, cit., p. 156 ss.; GIANNATTASIO, cit., p. 41. Sul piano processuale, è pacifico che la richiesta di attribuzione, attenendo alle modalità di attuazione della divisione, non costituisce domanda nuova e possa essere proposta per la prima volta anche nel giudizio di appello. Così da ultimo, Cass., 28 maggio 2008, n. 14008, in *Guida al diritto*, 2008, 41, p. 55.

<sup>120</sup> Cass., 28 marzo 2001, n. 4518 e Cass., 15 maggio 1998, n. 4910, in *De Jure*.

quando nessuno dei conviventi, indipendentemente dalla misura delle quote in concorso, sia disponibile a ricevere per intero l'immobile indivisibile.

### **3.2. Proporzionalità e carattere oggettivo della stima.**

Connesso al principio di proporzionalità è quello del carattere oggettivo della stima dei valori.

L'art. 726 comma 1 c.c. prescrive che nella valutazione del patrimonio ci si attenga al valore venale, e cioè al valore di scambio che il bene avrebbe in una libera e normale contrattazione di mercato.

La stima dovrà essere riferita al momento della divisione.

In dottrina vi è un consenso piuttosto diffuso sulla possibilità di derogare, nella divisione contrattuale, al criterio di stima del valore venale<sup>121</sup>.

Il punto non è irrilevante, ed anzi ha delle importanti ricadute sul piano dei rimedi applicabili in caso di lesione *ultra quartum* di uno o più dei conviventi.

Intanto, è bene precisare che le parti possono ripartirsi i beni omettendo la stima, “*restando presidiato il diritto del convivente dall'azione di rescissione ex art. 763 c.c.*”<sup>122</sup>.

Se le parti non hanno esplicitato alcun criterio di stima e taluno dei conviventi agisce in rescissione, il valore cui fare riferimento per accertare l'effettiva lesione è senza ombra di dubbio quello venale.

Se invece le parti abbiano esplicitato un criterio diverso, ci si deve chiedere se tale criterio di stima valga come parametro per stabilire se vi sia stata o no lesione.

Sembra di poter concordare con l'opinione positiva, anche se i margini di incertezza non sono pochi, e derivano dalla necessità di riconoscere nel criterio convenzionale di stima alternativo al valore

---

<sup>121</sup> MORA, op. cit., p. 278. MIRAGLIA, op. ult. cit., p. 219; MINERVINI, op. cit., p. 30, dice espressamente che “*i beni vanno stimati alla stregua di un criterio “oggettivo”, anche differente da quello indicato nel codice*”, *sul presupposto che il criterio del valore venale non è di ordine pubblico, e (...) pertanto la stima può essere effettuata, su accordo delle parti, anche in deroga a tale criterio*”

<sup>122</sup> MIRAGLIA, op. ult. cit., p. 219.

venale la sua idoneità ad assicurare un riparto omogeneo ed un equo apporzionamento proporzionale<sup>123</sup>.

Per l'ipotesi in cui i condividenti abbiano volontariamente derogato al criterio di stima ordinario, attribuendo in sede divisionale porzioni o conguagli non corrispondenti alle rispettive quote, la dottrina<sup>124</sup> ha ritenuto possibile configurare un'ipotesi di *negotium mixtum cum donatione*, a patto che il mancato rispetto della proporzionalità sia effettuato *animus donandi*, a favore di uno o più condividenti.

### **3.3. Tutela del principio di proporzionalità: l'azione di rescissione oltre il quarto e la prestazione del supplemento.**

Finora si è sostenuto, in linea con la dottrina maggioritaria, che uno degli elementi essenziali della divisione sia l'apporzionamento proporzionale, pur nei limiti già descritti nel paragrafo precedente.

La centralità di tale profilo, che confluisce nella causa e ne connota la funzione tipica, è confermata dalla particolare disciplina della rescissione per lesione ex art. 763 c.c..

La norma prevede che la divisione – anche quella del testatore – possa essere rescissa qualora alcuno dei coeredi dimostri di essere stato leso oltre il quarto<sup>125</sup>, assicurando una tutela incisiva della corrispondenza oggettiva tra le quote astratte ed i valori assegnati ad esito del riparto divisionale.

Dalla disciplina del rimedio in questione, affiora un altro principio ricorrente, ovvero quello del *favor divisionis* e della tutela dei terzi: il legislatore, per fare salvi gli effetti della divisione viziata da uno squilibrio che giustificherebbe l'applicazione del rimedio rescissorio,

<sup>123</sup>Per una efficace ricostruzione sul punto si veda MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, p. 28 ss..

<sup>124</sup>CARUSI, *Le divisioni*, in *Collana di studi notarili*, diretta da Gallo Orsi, Torino, 1978, p. 114 ss..

<sup>125</sup>Come rileva MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 98, “la valutazione del valore dei beni da dividere non è oggetto di un procedimento di tipo deterministico, in quanto la stima, se pure fosse condotta con criteri tecnici e con il massimo rigore scientifico, anche da parte di un perito, conduce pur sempre a risultati di tipo probabilistico”. Non essendo, pertanto, possibile ottenere una perfetta proporzionalità tra quote astratte e concrete, se non vi fosse un margine di tolleranza, in ossequio al principio di proporzionalità, la divisione sarebbe continuamente esposta ad impugnative per difetto funzionale.

conferisce al condividente che sia stato citato in giudizio ex art. 763 c.c., la facoltà di offrire un supplemento a tacitazione della lesione.

L'analisi della disciplina dell'azione di rescissione della divisione porta ad escludere che tale rimedio possa essere assimilato a quello previsto dall'art. 1448 c.c..

In primo luogo, la soglia di rilevanza della lesione è inferiore rispetto a quella del rimedio previsto per i contratti di scambio (un quarto in luogo della metà); in secondo luogo, mancano i requisiti dello stato di bisogno e dell'approfittamento<sup>126</sup>; in terzo luogo, è pure diverso il termine di prescrizione della relativa azione, biennale a fronte di quello annuale previsto per il generale rimedio in materia contrattuale<sup>127</sup>; infine, mentre per l'azione di rescissione della divisione, in ossequio al *favor divisionis*, si ammette la possibilità della convalida, nel secondo caso è pacificamente esclusa<sup>128</sup>.

Altro aspetto che merita una riflessione è quello relativo alla rinunciabilità, da parte del condividente leso, all'esercizio del rimedio rescissorio in presenza di una lesione oltre il quarto.

Si tratta dell'ipotesi nella quale il condividente, consapevole che la porzione attribuitagli in seguito al riparto divisionale è inferiore di oltre un quarto rispetto a quella che gli sarebbe dovuta spettare, rinunci a far valere le proprie ragioni.

---

<sup>126</sup> Se nella divisione ad essere tutela è l'oggettivo squilibrio delle quote assegnate in esito al riparto, nei contratti invece la sproporzione tra le prestazioni rileva solo se non è stata voluta dalla parte svantaggiata.

<sup>127</sup> Il termine di prescrizione inizia a decorrere dalla conclusione della divisione e, in caso di divisione parziale, dal successivo atto di divisione totale. Sul punto v. CICU, *Successione per causa di morte*, cit. p. 501, nota 38.

<sup>128</sup> Sulla convalida del contratto rescindibile meritano un cenno le osservazioni di SACCO, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco e De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004, p. 555, il quale sottolinea come il realtà l'art. 1451 c.c. sia mal congegnato, ed il divieto di convalida presenti vari aspetti di "erosione", ben potendo per esempio il contraente leso conferire efficacia definitiva al contratto astenendosi per un anno dall'impugnativa. Sono contrari alla possibilità di convalida della divisione rescindibile CASULLI, voce *Divisione ereditaria (diritto civile)*, in *Nov.dig. it*, VI, Torino, 1960, p. 55; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, 2° ed., Napoli, 1962, p. 389; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, cit. p. 182. In senso favorevole alla convalida, CICU, *La divisione ereditaria*, cit., p. 104; MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit. p. 37, nota 52.

L'ammissibilità o meno della rinuncia all'azione di rescissione si lega a doppio filo ad un altro interrogativo, e cioè se la disciplina divisoria della rescissione, e la previsione di una soglia inferiore rispetto a quella prevista dal generale rimedio in materia contrattuale, sia stata posta dal legislatore a tutela di un interesse privato dei conviventi o, più a monte, a presidio di un interesse generale.

Parte della dottrina<sup>129</sup> ritiene che, essendo l'apportionamento proporzionale elemento connaturato alla causa tipica della divisione, e non potendo le parti spingersi fino ad alterare i profili funzionali di un contratto tipico (se non dando vita ad un contratto atipico, sottoposto al vaglio di meritevolezza dell'interesse perseguito di cui all'art. 1321 comma 2 c.c.), l'azione di rescissione non ammetterebbe la rinuncia, perché posta a tutela e presidio di un interesse pubblico.

Passando agli aspetti più importanti relativi alla disciplina del rimedio ed alla sua operatività, è bene precisare che l'azione deve essere esperita dal convivente che si assuma lesa nei confronti di tutti i conviventi o i loro aventi causa, trattandosi di un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

---

<sup>129</sup> SESTA, *Comunione di diritti. Scioglimento. Lesione. Dalla coeredità alle comunioni, ordinaria e speciali: la tutela del convivente*, Napoli, 1988, p. 190. In senso critico a questa impostazione, MORA, *Comunione e divisione ereditaria*, IV, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, p. 340 ss., il quale ritiene che se la lesione oltre il quarto fosse stata prevista a tutela di un interesse generale, il legislatore avrebbe previsto una sanzione più grave di quella contemplata, non avrebbe ammesso la possibilità del supplemento, ed avrebbe previsto un termine prescrizione più ampio, simile a quello dell'azione di annullamento. Conseguentemente – conclude l'A. – “qualora i conviventi decidano di rinunciare ad un'eventuale azione di rescissione per lesione, e, qualora la lesione sussista, pongono in essere un contratto che, prescindendo dalla causa successoria, attribuisce porzioni secondo un criterio che deroga alla previsione del tipo legale del contratto di divisione”. Sulla stessa linea di pensiero MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 104, per la quale “l'azione di rescissione non può essere proposta quando l'atto implica una rinuncia alla sua esperibilità”. E' il caso delle ipotesi nelle quali il minor valore della porzione ereditaria è l'effetto di una donazione indiretta, o di una decurtazione voluta dai conviventi, per esempio per compensazione dei crediti del convivente verso il *de cuius*, o ancora quando l'atto estintivo della comunione è per sua natura non rescindibile, come nei casi di transazione ex art. 764 comma 2 c.c. o di vendita a rischio e pericolo di quota ereditaria ex art. 765 c.c..



Per valutare se sussista, ed in che termini, una lesione della quota è necessario procedere alla stima dei beni secondo il loro valore ed il loro stato al momento della divisione<sup>130</sup>.

Alla sentenza costitutiva di rescissione della divisione per lesione consegue la perdita di effetti del riparto divisionale con efficacia retroattiva, e la ricostituzione dell'originaria comunione.

Il condividente possessore di buona fede ha diritto a fare propri i frutti fino alla data della domanda giudiziale, in applicazione analogica del disposto dell'art. 1148 c.c., ed al rimborso dei miglioramenti effettuati, ex art. 1150 c.c..

Merita un cenno l'interessante interrogativo posto da Mora<sup>131</sup>, sull'applicabilità o meno alla divisione della disciplina della rescissione per lesione in stato di pericolo, visto che nessun cenno a riguardo si ricava dal codice.

L'Autore stesso riconosce come assai improbabile l'ipotesi in cui uno dei condividenti stipuli con gli altri condividenti un contratto di divisione a condizioni inique per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona; ad ogni modo, qualora si dovesse configurare un'ipotesi di tal genere, se ad essere viziata sia la volontà dei contraenti, si applicherebbe la disciplina dell'annullamento o della nullità; se vi fosse invece una lesione oltre il quarto, si applicherebbe l'art. 763 c.c..

Il coerede contro il quale è proposta l'azione di rescissione può troncarne il corso mediante la dazione di un supplemento in denaro o in natura ex art. 767 c.c..

Diversamente dai rimedi previsti in tema di rescissione *ultra dimidium* e di risoluzione per eccessiva onerosità, il rimedio non è

---

<sup>130</sup> Tale momento nella divisione contrattuale coincide con la stipula del contratto, mentre nella divisione giudiziale, normalmente, precede il momento in cui la divisione si perfeziona. Per ovviare a tale inconveniente, si è deciso di fare riferimento per la stima al momento in cui si procede alle relative operazioni peritali. Tale stima, insensibile alle prevedibili e normali fluttuazioni del mercato, potrà essere rivisitata solo nel caso di eventi straordinari ed imprevedibili che possano incidere in modo determinante sulla stima dei beni che compongono il compendio ereditario (si pensi per esempio alla stima compiuta su un fondo agricolo che nelle more nel procedimento giudiziale diventi edificabile).

<sup>131</sup> MORA, *Comunione e divisione ereditaria*, cit., p. 342.

diretto a ricondurre ad equità il contratto, ma piuttosto ad ovviare alla sperequazione prodottasi nell'assegnazione delle quote.

Il supplemento può essere proposto dal convenuto in rescissione sia nel corso del giudizio, che anche dopo la pronuncia di rescissione, purché prima che sia stata perfezionata la nuova divisione.

Il supplemento deve reintegrare il diritto quotate dell'attore e non limitarsi a ridurre la lesione nei limiti del quarto.

La stima deve avere riguardo al loro stato e valore al tempo della divisione anche se, ai fini della valutazione della procedibilità della relativa azione, la lesione deve sussistere anche al momento della domanda giudiziale.

Altra questione controversa è se il bene offerto in supplemento debba essere stimato al momento della divisione o al momento della restituzione<sup>132</sup>.

Il supplemento ha natura restitutoria, non risarcitoria. Non costituisce pertanto debito di valore<sup>133</sup>.

Può essere costituito sia da beni ereditari o da una loro parte, sia da un bene estraneo alla comunione, purché idoneo ad eliminare la lesione economica sofferta dalla parte attrice.

### **3.3.2. La garanzia per evizione tra i coeredi.**

Altro rimedio legato a doppio filo alla necessaria tutela della proporzionalità tra le quote astratte e quelle concrete assegnate ai conviventi è offerto dalla garanzia per evizione.

La dottrina<sup>134</sup> maggioritaria, infatti, è concorde nel ritenere che il fondamento della disciplina speciale della garanzia per evizione che

---

<sup>132</sup> Sostiene la prima tesi MIRAGLIA; *La divisione ereditaria*, cit., p. 110. *Contra*, CICU, *Successioni*, cit., p. 493; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 188; MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., p. 207; PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 996.

<sup>133</sup> CICU, *Successioni*, cit., p. 493, nota 25.

<sup>134</sup> MENGONI, *Divisione testamentaria*, cit., p. 119; AZZARITI, *La divisione*, cit., p. 421; BURDESE, *Divisione ereditaria*, cit., p. 212; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 162. GAZZARA, voce *Divisione*, cit., p. 426. MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 113, evidenzia come questa ricostruzione abbia il pregio di adattarsi ad ogni tipo di divisione, "sia negoziale che giudiziale che testamentaria" e, ancorando l'esperibilità del rimedio al solo profilo della disfunzione oggettiva, "elimina in radice la rilevanza di elementi soggettivi incidenti sull'evento evizionale nelle diverse forme dell'errore, della colpa o, in genere, della

impone ai condividenti di prestarsi tutela reciproca per le molestie ed evizioni derivanti da causa anteriore alla divisione, sia da rinvenire in un difetto funzionale del riparto, consistente nella violazione del principio di eguaglianza relativa delle attribuzioni, e che il carattere conservativo del rimedio risiederebbe nel *favor divisionis*<sup>135</sup>.

Questa ricostruzione, per la verità, è stata sottoposta a diverse critiche, ben sintetizzate nella posizione della Miraglia, per la quale “*la circostanza che anche la minima lesione evizionale debba essere sanata accredita un fondamento diverso da quello della rescindibilità per lesione della divisione, che può essere identificato nel vizio della estraneità del bene alla massa ereditaria ovvero, come sembra preferibile, nel vizio della mancanza di legittimazione a disporre di beni appartenenti ad altri*”.

L’Autrice ricollega con puntuale analisi il carattere conservativo del rimedio piuttosto che al principio del *favor divisionis* alla natura non sinallagmatica della divisione.

Mentre nei contratti di scambio, infatti, la prestazione della garanzia è volta a ripristinare la situazione anteriore alla sua conclusione con effetti risolutivi e risarcitori, nella divisione essa mira ad attuarne la funzione tipica, non irrimediabilmente compromessa, mediante il versamento di conguagli.

La garanzia non comporta l’obbligo di risarcire il danno perché l’evizione non è causata da un inadempimento da parte dei condividenti, che non risultano gravati da alcun obbligo di trasferimento della proprietà dei beni comuni.

Piuttosto, la garanzia trova la propria fonte in un’obbligazione *ex lege*, che sorge in capo ad ogni condividente per effetto e dal momento della divisione.

Oltre alle ipotesi di evizione totale o parziale, la tutela è dovuta anche per le molestie, ovvero le pretese giuridiche avanzate da terzi sul bene, tendenti ad impedire al coerede il pacifico godimento dei medesimi.

Il danno subito dal coerede, oggetto di rimborso proporzionale consiste, nell’ipotesi di evizione, nel valore del bene ovvero, se

---

*responsabilità contrattuale dei condividenti, facendo sistema con l’assenza di sanzioni di natura risarcitoria a carico dei coeredi non evitti*” Per una critica a tale impostazione vedi MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 113 e ss..

<sup>135</sup> MIRAGLIA, cit., p. 114.

l'evizione è parziale, nel minor valore della porzione residua; in caso di molestie, nell'ammontare delle spese giudiziali e stragiudiziali sostenute per contrastare le pretese del terzo nonché in ogni altro danno causalmente connesso<sup>136</sup>.

L'obbligazione può essere derogata convenzionalmente o per disposizione testamentaria.

#### **4. Natura ed effetti della divisione: l'insanabile contrasto tra teorie dichiarative e teorie costitutive.**

Proseguendo nell'analisi della divisione, non si può fare a meno di soffermarsi sul dibattito sorto intorno alla corretta qualificazione della sua natura e dei suoi effetti.

Tale dibattito prende le mosse dal disposto dell'art. 757 c.c. che recita: *“Ogni coerede è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per l'acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari”*.

La norma è stata interpretata nel senso che ogni dividente, ad esito del riparto divisionale, deriva l'acquisto dei beni componenti la sua quota direttamente dal *de cuius*, di cui è considerato diretto ed immediato successore per la porzione assegnatagli, enunciando di fatto un principio di retroattività dell'acquisto per tale via perfezionato fin dal momento dell'apertura della successione.

Dal dettato normativo, nell'opinione di parte della dottrina<sup>137</sup> deve essere desunta la natura dichiarativa della divisione<sup>138</sup>, dalla quale deriva, come implicazione logica, il carattere retroattivo dell'acquisto, non potendo ammettersi una successione che si verifichi nel momento in cui il soggetto dalla quale promana non è più in vita.

Questa impostazione verrebbe confermata dal disposto dell'art. 2646 c.c., che assoggetta a trascrizione gli atti di divisione e le relative domande giudiziali, ma per effetti diversi da quelli descritti nell'art.

---

<sup>136</sup> FORCHIELLI e ANGELONI, *Divisione*, cit., 702; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 215.

<sup>137</sup> AZZARITI, *La divisione*, in Tratt. dir. priv., diretto da Rescigno, VI, Torino, 1982, p. 417; BONILINI, op. cit., p. 485; BRANCA, op. cit., p. 342 ss.; CICU, op. cit., p. 367 ss..

<sup>138</sup> Tale natura si spiegherebbe storicamente con la opportunità di non duplicare l'imposizione gravante sui trasferimenti immobiliari.

2644 c.c., riguardo agli atti dispositivi; e nell'art. 2825 c.c. a norma del quale le ipoteche costituite dai singoli comunisti producono effetto, dopo la divisione, a carico dei beni che siano stati assegnati a quello fra i condividenti che aveva costituito l'ipoteca<sup>139</sup>.

Le teorie richiamate manifestano il disagio di dover conciliare l'asserita natura dichiarativa con lo stato di comunione che, pur considerato transitorio ed intermedio, esiste, e di certo non corrisponde allo stato che consegue alla divisione<sup>140</sup>.

Per superare tali difficoltà taluno<sup>141</sup> ha provato a configurare la comunione come ente *universitas* nella quale la proprietà dei singoli sarebbe già espressa in potenza, e quest'ultima diverrebbe effettiva solo attraverso l'accertamento contenuto nella divisione.

Altra dottrina<sup>142</sup> ha ritenuto che con la divisione si verifica un fenomeno di surrogazione reale che *“non modifica il diritto*

---

<sup>139</sup> BRANCA, op. cit., p. 342 ss..

<sup>140</sup> BONILINI, op. cit., p. 485, ad esempio, rileva che *“comunque si rimiri la norma in esame, non si appanna il dato reale della incancellabilità della parentesi della indivisione, che è antecedente logico e cronologico della divisione, e che l'art. 757 c.c. è un'altra, inequivoca conferma della volontà legislativa di attribuire alla comunione carattere istituzionalmente transitorio”*, CICU, op. cit., p. 373, segnala che *“se invece il principio dichiarativo (...) implicava che con la divisione la situazione esistente durante la comunione dovesse cancellarsi e sostituirsi con la situazione definitiva, restava pur sempre aperto il problema del come si operasse il passaggio dall'una all'altra situazione”*; BRANCA, op. cit., p. 345, *“quando i comunisti dovessero considerarsi proprietari attuali del bene comune, difficilmente la teoria dichiarativa si reggerebbe dinnanzi al fatto che con la divisione chi era proprietario di una quota o per quota diviene proprietario di una cosa ormai determinata: come negare il fenomeno dell'acquisto di un oggetto diverso da quello che s'aveva? La dichiaratività non sarebbe più giustificabile logicamente ed al massimo si dovrebbe pensare ad una retroattività in senso stretto”*. In giurisprudenza, Cass., 29 aprile 2003, n. 6653, in *De Jure*, per la quale *“per quanto possa operare la fictio della retroattività (...) e lo stato di indivisione debba considerarsi come non mai sorto, la comunione è stata, tuttavia, per tutto il tempo della sua durata, una realtà di fatto e di diritto, per la quale si sono prodotti effetti materiali e giuridici la cui rilevanza non può essere pretermessa”*.

<sup>141</sup> BRANCA, op. cit., p. 345 ss.

<sup>142</sup> CICU, op. cit., p. 373. Nello stesso senso, CASULLI, GAZZARA, MESSINEO, opere e collocazioni da ultimo citate. Questa opinione si appoggia su un'interpretazione estensiva dell'art. 2825 c.c. il quale, nel disporre che l'ipoteca data sulla quota durante la comunione si trasferisce sul singolo bene che il concedente ha ricevuto con la divisione, detterebbe un principio più generalmente

*preesistente durante la comunione, che resta diritto di proprietà. Modifica soltanto l'oggetto di esso.”*

Tra i sostenitori della natura dichiarativa, alcuni autori sono giunti a qualificare la divisione come vero e proprio negozio di accertamento<sup>143</sup>.

Alle teorie che sostengono la natura dichiarativa della divisione si sono contrapposte quelle che, invece, ne affermano, anche se con diverse sfumature, la natura costitutiva<sup>144</sup>.

---

valido e riferibile allo stesso diritto di proprietà, che resterebbe il medesimo pur modificandosene l'oggetto.

<sup>143</sup> BRANCA, op. cit., p. 345; GIANNATTASIO, op. cit. p. 360. Contro questa impostazione si sono pronunciati espressamente CASULLI, op. cit. p. 54 sul presupposto che *“la sua funzione non è quella di eliminare un'incertezza con l'accertare l'oggetto ed i limiti del diritto di ciascun partecipante alla comunione, ma di determinare soltanto quali beni formano la sua quota”*. Negano che la divisione abbia natura di negozio di accertamento, e più in generale che abbia funzione dichiarativa GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, p. 54; CORRADO, *Negozio di accertamento*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 200; DI PAOLO, *Negozio di accertamento*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, p. 55, nota 10; FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 228 ss.; RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 25. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 503 sostiene che l'atto di accertamento è caratterizzato da un effetto preclusivo sostanziale e che esso può *“conseguire questo risultato, di rendere irrilevante per il diritto la contestazione sulla situazione giuridica accertata, solo in virtù di un effetto non meramente dichiarativo. Qualora condizione di validità dell'effetto, come è dei fatti dichiarativi, fosse la coincidenza con lo stato giuridico precedente, sarebbe sempre possibile perpetuare la contestazione portandola sulla validità dell'accertamento”*. A questa stregua, dovrebbe negarsi la qualificazione della divisione come atto di accertamento, in quanto difetta della richiesta efficacia preclusiva, dato che può essere impugnata per rescissione.

<sup>144</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2° ed., ristampa a cura di Crifò, Camerino, 1994, p. 30, ove si discorre *“non già di successione ma di acquisto costitutivo, giacché il rapporto giuridico non permane identico, ma subisce una trasformazione oggettiva (...). La divisione opera un acquisto costitutivo a parti invertite, in confronto con la messa in comune che iniziò la comunione”*. Nello stesso senso anche BIANCA, op. cit., p. 486; CAPOZZI, op. cit., p. 707 ss.; FORCHIELLI, op. cit., 63, individua nella divisione un effetto, da una parte *“sostanzialmente traslativo”*, dall'altra parte, distributivo; MINERVINI, op. cit., p. 63, afferma che *“la divisione è un negozio costitutivo, modificativo della struttura dei rapporti giuridici preesistenti, anche se non traslativo”*; LUMINOSO, op. cit., p. 14, afferma che la natura costitutiva della divisione si spiega proprio in quanto *“la situazione giuridica preesistente alla divisione (ossia la contitolarità indivisa pro*

Merita un cenno un'altra teoria abbastanza recente, per la quale il negozio divisorio non andrebbe incluso ne tra i negozi traslativi, ne tra quelli dichiarativi, ed il cui affetto tipico sarebbe quello di sostituire al rapporto di comunione una molteplicità di proprietà solitarie, il cui contenuto è quantitativamente determinato dalla quota.

L'effetto divisorio dovrebbe essere ricavato dalla sintesi dell'effetto estintivo della comunione e di quello costitutivo delle singole proprietà individuali<sup>145</sup>.

Tutte queste teorie, per quanto apprezzabili nello sforzo di trovare un'adeguata collocazione di sistema dell'art. 757 c.c., per parte della dottrina non sembrano cogliere nel segno, o almeno non interamente.

La norma in oggetto non si limita a negare che vi sia successione tra i condividenti, ma dispone anche e principalmente che ciascun erede, in esito alla divisione, succede immediatamente al *de cuius* nella titolarità di tutti i singoli beni che gli sono stati assegnati<sup>146</sup>.

Con riferimento ai singoli beni, quindi, la divisione non è che l'elemento terminale della complessa fattispecie successoria, di cui la morte dell'autore costituisce l'elemento iniziale<sup>147</sup>.

*quota dei beni ereditari) è diversa dalla situazione che si instaura in conseguenza della divisione (proprietà esclusiva della porzione)".*

<sup>145</sup> MIRAGLIA, *Divisione contrattuale*, cit. p. 110 ss.. In tale prospettazione, il fatto costitutivo della comunione attribuisce a ciascun comunista una posizione giuridica di "spettanza", definita come titolarità in potenza di un diritto individuale su una parte dei beni comuni; tale "spettanza di proprietà è dunque collegata al titolo originario di partecipazione alla comunione", mentre "il passaggio dalla titolarità indivisa è effetto costitutivo perché la proprietà sorge ex novo soltanto con la divisione, sia pure in virtù della spettanza di proprietà di ogni comunista".

<sup>146</sup> In questo senso concorda anche MIRAGLIA, *Divisione contrattuale*, cit., p. 114 ss. MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*, cit., p. 152 ss., ricorda che "non è con la divisione che si attua il fenomeno trasmissivo dei beni ereditari. Il trasferimento del diritto si verifica, infatti, dal patrimonio del *de cuius* alla comunione e non dalla comunione al singolo contitolare tramite divisione. Non si può pertanto attribuire alla divisione natura traslativa in quanto in essa non vi è nessun dante causa o avente causa. Il titolo di acquisto è rappresentato dal medesimo titolo che ha costituito la comunione e, conseguentemente, non solo una vicenda successoria mortis causa ma anche, eventualmente, un titolo anteriore, qualora alla comunione fosse preesistito un diritto esclusivo di uno dei partecipanti".

<sup>147</sup> LUMINOSO, op. cit., p. 13, osserva che "il titolo di acquisto dei beni assegnati in proprietà solitaria al condividente non è costituito dalla divisione ma dalla vocazione ereditaria o dal diverso titolo costitutivo della comunione (non

La divisione non è altro che il mezzo tecnico attraverso il quale la fattispecie successoria giunge a compimento.

Nella successione ereditaria operano due distinte fattispecie, di cui una più ridotta composta dalla morte del *de cuius* e dall'accettazione dell'eredità da parte dei chiamati, dalla quale scaturisce la comunione ereditaria, e l'altra più ampia, completata dalla divisione.

La prima fattispecie è autonoma e perfetta<sup>148</sup> ma, qualora sopravvenga la divisione, viene non tanto sostituita quanto piuttosto

---

*ereditaria). La divisione non è considerata e trattata dalla legge quale titolo di acquisto dei diritti che, per effetto di essa, entrano nel patrimonio dei condividenti”.*

<sup>148</sup> A ciò si lega, come già anticipato, un generale disfavore del legislatore per la permanenza dello stato di comunione, le cui ragioni non vanno limitate al rilievo che lo stato di contitolarità sarebbe foriero di contrasti e conflitti tra i partecipanti. “Va piuttosto considerato che, nel nostro ordinamento, forse anche a causa di una certa sua matrice individualistica, la condizione per così dire e “normale” delle situazioni giuridiche soggettive è di essere imputate, appunto, a soggetti individuali (singole persone fisiche o giuridiche) e non a universitates di soggetti collettivamente considerati. Inoltre, la necessità di concordare le scelte su certe forme di utilizzo o di gestione del bene, o quantomeno di raggiungere in ordine ad esse la maggioranza dei consensi (quando pure ciò sia possibile), rischia di costituire ostacolo insormontabile alla assunzione di decisioni talora necessarie, e comunque ragione di nocive diseconomie soprattutto con riferimento alla speditezza della circolazione dei beni”. In questo senso VENOSTA, op. cit., p. 41, nota 81; Analizzano questi profili anche GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in Tratt. Cicu Messineo, Milano, 1995, p. 674 ss. il quale sottolinea come “sotto il profilo dei principi profondi la proprietà si configura come il veicolo istituzionale delle condotte soggettive ed ideosincroniche e, storicamente giova ricordare come la dottrina dell’ottocento si sia impegnata a sottolineare questo suo carattere, sotto il nome di assolutezza, con toni persino eccessivi”. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 156 ss., osserva che “il paradigma comune sotto cui si suole presentare l’istituto della proprietà, è costituito dalla situazione che fa capo ad un solo soggetto, persona fisica o giuridica: proprietà (privata individuale) con un solo proprietario (proprietà solitaria) (...). Non ci vuole molto ad intendere che il paradigma della proprietà solitaria si altera notevolmente tosto che all’unico soggetto si sostituisce una pluralità di soggetti. Sorge, anzi, un ostacolo difficilmente sormontabile, che è quello di conciliare l’unità della situazione giuridica colla pluralità dei soggetti”. “In altre parole, sembra potersi affermare con ragionevole certezza che, vuoi per ragioni storiche connesse con il principio di assolutezza del diritto di proprietà, vuoi per ragioni economiche prevalenti in un sistema fondato ormai sulla efficienza della circolazione e degli scambi, la proprietà solitaria costituisce il paradigma “preferito” dal legislatore, rispetto al quale la comunione si presenta come situazione naturalmente transitoria, necessitata nel caso della comunione



assorbita da quest'ultima, fatti salvi gli effetti giuridici già prodottisi<sup>149</sup>, che meritano di essere conservati e tutelati.

Si tratta, in sostanza di una fattispecie complessa a formazione progressiva che muove dall'acquisto della qualità di erede all'acquisto della titolarità esclusiva dei beni ereditari, ed i cui effetti retroagiscono al momento in cui è venuto in essere il primo elemento della fattispecie, in accordo con l'art. 757 c.c.<sup>150</sup>.

In questa prospettiva, dunque, la natura della divisione si coglie solo se la si considera elemento eventuale di una più ampia fattispecie traslativa, in forza della quale il successore subentra al proprio dante

---

*ereditaria, frutto di autonomia guardata con sospetto nel caso della comunione volontaria: basti riflettere al fatto che occorre il consenso di tutti per costituirla, ma basta il desiderio di uno per scioglierla*", così VENOSTA, op. cit., p. 42, nota 82. Negano che vi sia un disfavore legislativo nei confronti della comunione MIRAGLIA, op. ult. cit., p. 42; FRAGALI, op. cit., p. 473 sulla base della considerazione che *"l'ordinamento non può essere più inteso, se pure poteva esserlo prima, di tendenza esclusivamente individualistica, e pronto ad esaltare soltanto ciò che è espressione di un particolarismo"*.

<sup>149</sup> MINERVINI, op. cit, p. 52 ss., ritiene preferibile l'opinione per la quale la retroattività degli effetti della divisione concerne solo la titolarità dei beni e non cancella totalmente il preesistente stato di comunione e gli effetti che questo ha prodotto. MIRAGLIA, al contrario, sostiene che la divisione cancellerebbe lo stato di comunione. Si spinge oltre BURDESE, *La comunione ereditaria*, cit. p. 207 ss..

<sup>150</sup> Sul piano dogmatico generale, i dubbi possono dipendere dalla circostanza che solitamente i fatti che costituiscono in capo al soggetto una legittimazione a disporre non si considerano parte di un'unica fattispecie insieme con l'atto di disposizione che su di essi è fondato, onde fugare il pericolo di un *regressus ad infinitum*; ed anzi si dice che *"il fatto giuridico, una volta prodotto l'effetto, si esaurisce"*, mentre è l'effetto che confluisce nella successiva fattispecie. In tal senso vedi PUGLIATTI, *La trascrizione*, in Tratt. di dir. civ. comm., diretto da Cicu Messineo, Milano, 1957, p. 408, nota 26, ove si conclude appunto che *"ove così non fosse, le fattispecie, particolarmente quelle traslative di diritti reali, si dilaterrebbero sempre di più, e la storia di un acquisto, invece di concentrarsi in alcuni episodi ben individuati, rischierebbe di coincidere (...) colla storia dell'umanità, sia pure in una direzione particolare e per un fatto di limitata portata"*. Che una determinata situazione possa, in virtù del principio di relatività delle qualificazioni giuridiche, considerarsi effetto di una certa fattispecie ed elemento costitutivo di un'altra è generalmente riconosciuto: BETTI, op. cit., p. 10; CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 287; MAIORCA, *Fatto giuridico, fattispecie*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 120; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 42 ss..

causa nelle medesime situazioni giuridiche di cui questi era già titolare, e non in altre che vengano costituite *ex novo*.

Per Venosta<sup>151</sup>., non vi sarebbe né un effetto costitutivo, né tantomeno un effetto estintivo: infatti, lo stato di comunione viene meno solo *pro futuro*, e gli effetti già prodottisi non vengono cancellati né per il futuro né, tantomeno, per il passato.

Il rapporto che si instaura tra le due fattispecie è un rapporto di continenza, nel senso che la seconda, la divisione, contiene la prima, la quale però mantiene la propria autonoma capacità di produrre certi effetti definitivi anche dopo che la seconda si è perfezionata<sup>152</sup>.

L'atto conclusivo della fattispecie successoria può avere indifferentemente carattere negoziale (contratto di divisione) o autoritativo processuale (sentenza di divisione), ma non muta la funzione specificativa o determinativa dell'oggetto all'interno di una fattispecie che nel suo complesso ha natura traslativa, determinando una vicenda giuridica successoria.

### **5. Atti diversi dalla divisione ex art. 764 c.c..**

Per completare quanto detto finora sulla divisione in generale, e sui contorni del tipo, è necessario analizzare la categoria degli atti diversi dalla divisione, ma ad essa equiparati ai fini dell'applicazione del rimedio rescissorio<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> Una conferma in questo senso è data dal regime dei frutti, separati o meno, che restano acquisiti alla comunione e non competono all'assegnatario del bene che li aveva prodotti, e nel regime dei crediti per anticipazioni sopportate dai singoli comunisti nell'interesse della massa, o dei diritti reali costituiti in favore di terzi durante la comunione, che sopravvivono alla divisione.

<sup>152</sup> In tal senso, VENOSTA, op. cit., p. 50 ss.. L'A. analizza la posizione del coerede prima della divisione per escludere che egli abbia, nei confronti della futura divisione, un diritto all'acquisto, né un'aspettativa di diritto.

<sup>153</sup> L'espressione "atti diversi dalla divisione" è adottata da MIRAGLIA, op. cit., p. 127, la quale ricorda come la dottrina, a suo parere, abbia per diverso tempo impropriamente continuato a riferirsi a tali atti con l'espressione di "atti equiparati alla divisione", in questo modo accreditando l'idea che "*l'equiparazione operata dall'art. 764 c.c. sia il portato della natura intrinseca di detti atti (identificata in genere nella funzione distributiva e di apporzionamento) e non piuttosto una scelta operata dal legislatore per dirimere un conflitto di disciplina in tema di rescindibilità, generata proprio dalla loro diversità rispetto alla divisione*".

L'art. 764 comma 1 c.c., infatti, estende il rimedio della rescissione per lesione “*contro ogni altro atto che abbia per effetto di far cessare tra i coeredi la comunione dei beni ereditari*”.

In dottrina non si segnala accordo sui confini della categoria: per alcuni autori vi rientrerebbero tutte le forme di divisione diverse da quella in natura<sup>154</sup>; per altri, gli atti strutturalmente diversi dalla divisione (vendita, permuta) ma dotati di funzione distributiva e di apporzionamento<sup>155</sup>; per altri ancora, i negozi indiretti, caratterizzati dalla divergenza tra lo scopo pratico che le parti vogliono raggiungere e la funzione tipica dello schema contrattuale adottato<sup>156</sup>; alcuni autori, infine, vi riconducono gli atti onerosi che hanno il mero effetto di far cessare la comunione tra i coeredi a prescindere dalla loro funzione paradivisoria<sup>157</sup>.

<sup>154</sup> FORCHIELLI, ANGELONI, *Divisione*, cit., p. 30 ss.; GAZZARA, voce *Divisione*, cit., p. 427; DE CESARE, GAETA, *La divisione ereditaria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, I, Padova, 1994, p. 31 ss..

<sup>155</sup> MIRABELLI, voce *Divisione*, cit., p. 36 ss.; CICU, *Successioni*, cit., p. 495 ss.; CASULLI, voce *Divisione ereditaria*, cit., p. 55; GAZZARA, voce *Divisione*, cit., p. 427; BONILINI, voce *Divisione*, cit., p. 495; MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 540; LENER, *La comunione*, cit., p. 328; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 237; MOSCATI, voce *Divisione*, profili generali, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, pp. 3 e 6; SESTA, *Comunione di diritti*, cit., p. 135 ss; MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 113 ss.. Per una critica a tale impostazione LUMINOSO, op. cit., p. 20, il quale giustamente rileva che, adottando tale impostazione estensiva, la categoria degli atti equiparati “*finisce con lo scomparire, poiché questi atti, rivestendo i caratteri di veri e propri contratti divisori, ricadono entro i confini della divisione e rimangono assoggettati non solo alla rescissione ma a tutta la disciplina della divisione*”. In quest’ottica – prosegue l’A. - rimarrebbero “*esclusi dalla tutela rescissoria gli atti che non danno luogo ad una attribuzione di valori proporzionali alla quota, come ad esempio la rinuncia abdicativa, la donazione delle quote a favore di un contitolare o di un terzo, e soprattutto gli atti a titolo oneroso in cui le parti non abbiano inteso fissare il corrispettivo in vista di una proporzionalità di valore delle rispettive quote*”.

<sup>156</sup> CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 697; MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., p. 194.

<sup>157</sup> TORRENTE, *Nota a Cass.*, 4 luglio 1942, n. 1890, in *Foro it.*, 1943, I, c. 232 ss.; PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da D’Amelio e Finzi, Firenze, 1949, p. 473; AZZARITI, *La divisione*, cit., p. 427 ss.; FRAGALI, *La comunione*, cit., cit., p. 117; PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di Iudica Zatti, Milano, p. 997; MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia*

Buona parte delle incertezze nella definizione della categoria degli atti diversi dalla divisione sono specchio delle perplessità che, a monte, caratterizzano la definizione del tipo divisionale.

Chi si professa sostenitore delle tesi più restrittive, adotta un'interpretazione letterale della norma, e considera tali atti diversi dalla divisione perché non caratterizzati dal concorso degli elementi tipici del apporzionamento proporzionale e dello scioglimento della comunione, limitando l'assimilazione all'applicazione del solo rimedio rescissorio.

Chi, invece, adotta una prospettiva più aperta, utilizza questa norma per giustificare l'ingresso all'interno della più ampia categoria dei negozi distributivi anche di quelle fattispecie che perseguono l'intento distributivo seppur con schemi – tipici, atipici o misti – parzialmente diversi dalla divisione.

La *ratio* dell'equiparazione a fini rimediale è comunemente identificata nella funzione distributiva e di apporzionamento perseguita dagli atti in discorso, considerata quale indefettibile presupposto logico – sistematico per l'applicazione di un rimedio fondato sulla lesione del diritto quotate<sup>158</sup>.

Neppure vi è accordo su quale debba essere, ai fini dell'equiparazione ex art. 764 c.c., l'estensione dell'effetto estintivo della comunione degli atti in questione.

Parte della dottrina ritiene che esso debba essere integrale<sup>159</sup>, altra parte, invece, che esso possa essere limitato ai coeredi che hanno posto in essere l'atto<sup>160</sup>, ed altra parte, che proprio la limitatezza dell'effetto estintivo sia il connotato tipico<sup>161</sup>.

---

*per evizione*, cit., p. 26 ss., id., *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 cod. civ.*, Milano, 1995, p. 77 ss..

<sup>158</sup> E' questa l'opinione prevalente: tra i tanti, MIRABELLI, *voce Divisione*, cit., p. 36; CICU, *Successioni*, cit., p. 101; MOSCARINI, *Gli atti equiparati*, cit., p. 540; GAZZARA, *voce Divisione*, cit., p. 427; FORCHIELLI e ANGELONI, *Divisione*, cit., p. 30 ss.; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., pp. 86 e 237.

<sup>159</sup> Si tratta di un presupposto ricorrente in tutti gli A. che ricostruiscono gli atti diversi ex art. 764 c.c. come surrogati della divisione. Tra i tanti BUSNELLI, *voce Comunione ereditaria*, cit.,

<sup>160</sup> MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 122; MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 cod. civ.*, p. 61 ss..

<sup>161</sup> MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, cit., p. 540.

### **5.1. Segue: la vendita di quota tra coeredi e la transazione fatta in luogo della divisione.**

Il dibattito sulla categoria degli atti diversi dalla divisione ma ai quali si applica il rimedio rescissorio si è arricchito e completato con lo studio e l'approfondimento delle due ipotesi della vendita di quota tra coeredi ex art. 765 c.c. e della transazione fatta in luogo della divisione ex art. 764 c.c..

Entrambe le fattispecie, per le quali il legislatore esclude espressamente si possa applicare il rimedio rescissorio, sono state utilizzate per ricavare, a contrario, spunti utili a definire la categoria degli atti rescindibili.

L'art. 765 c.c. dispone che *“l'azione di rescissione non è ammessa contro la vendita del diritto ereditario fatta senza frode a uno dei coeredi, a suo rischio e pericolo, da parte di altri coeredi o di uno di essi”*.

Secondo la dottrina più recente<sup>162</sup>, l'esclusione deriverebbe dalla mancanza, in questa fattispecie, della finalità di apporzionamento, che renderebbe nei fatti incoerente l'applicazione di un rimedio che per converso trova la sua giustificazione nella sproporzione tra quota astratta e quota concreta.

Non mancano tesi contrarie<sup>163</sup>, per le quali tale ricostruzione sarebbe *“affetta da un'evidente petizione di principio”* ed inoltre renderebbe nei fatti superfluo l'enunciato normativo, dato che l'esclusione del rimedio rescissorio potrebbe già essere ricavata in via interpretativa.

Inoltre, tale impostazione sarebbe contraddetta dalla stessa enunciazione della norma, dalla quale è dato evincere che se la vendita della quota è fatta con frode, il contratto, a contrario, è rescindibile per

---

<sup>162</sup> MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, cit., p. 553 ss.; BURDESE, *Nuove prospettive per la qualificazione del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 627; MOSCATI, voce *Divisione*, cit., p. 7; MINERVINI, *Divisione contrattuale*, cit., p. 173; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 697 ss., pur evidenziando la natura aleatoria della vendita riconduce la sua irrescindibilità alla mancanza del requisito della proporzionalità.

<sup>163</sup> Sul punto vedi MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 132.

lesione *ultra quartum*<sup>164</sup>, sebbene non risulti riaccreditato alcun intento apporzionatorio tra le parti.

Le riferite perplessità interpretative non sembrano però intaccare, nelle convinzioni dei più, la *ratio* della norma per la quale, in sintonia con i principi tipici della materia divisoria, ciò che conta ai fini dell'applicazione del rimedio è il risultato economico perseguito dalle parti, ciò a prescindere dalle differenze causali dell'atto utilizzato per perseguirlo.

Pertanto, anche il coerede che sia parte di una compravendita di quota ereditaria sarà sottoposto alla medesima disciplina prevista per il divisionario in materia rescissoria: non potrà impugnare il contratto per errore sulla stima o sulla consistenza della quota a meno che la lesione non sia superiore al quarto.

Identiche perplessità interpretative si rinvengono in ordine al secondo comma dell'art. 764 c.c. che, nel delimitare l'ambito di operatività del rimedio rescissorio, ne esclude l'operatività nel caso della *“transazione con la quale si sia posto fine alle questioni insorte a causa della divisione o dell'atto fatto in luogo della medesima, ancorché non fosse a riguardo incominciata alcuna lite”*.

La disciplina speciale della patologia divisionale, deve essere studiata in complemento con la disciplina della patologia contrattuale in generale e con quella del contratto di transazione in particolare, la quale esclude la rescindibilità del contratto per causa di lesione (art. 1970 c.c.).

Si rende necessario, dunque, stabilire quale sia l'area di intersezione tra la divisione e la transazione.

Il problema, per la verità, non sfuggiva già al codice del 1865 che, all'art. 1939 recitava: *“L'azione di rescissione si ammette contro qualunque atto, che abbia per oggetto di far cessare tra i coeredi la comunione degli effetti ereditari, ancorché fosse qualificato con titoli di vendita, di permuta, di transazione, od in qualunque altra maniera... (...) ma dopo la divisione o dopo l'atto fatto in luogo della medesima, l'azione di rescissione non è più ammessa contro la*

---

<sup>164</sup> La rescindibilità *ultra quartum* della vendita fatta con frode non è controversa. E' controversa, semmai, la sua giustificazione. Sul punto vedi MOSCARINI, op. cit., p. 557; MIRABELLI, voce *Divisione*, cit., 37; FORCHIELLI e ANGELONI, *Divisione*, cit. p. 756; MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 cod. civ.*, cit., p. 68 ss.; AZZARITI, *La divisione*, cit. p. 428.

*transazione fatta sopra le difficoltà reali che presentava il primo atto, ancorché non fosse cominciata alcuna lite sopra tale oggetto”.*

L'intento del legislatore era chiaro: da un lato, garantire la rescindibilità della divisione e di qualunque altro atto che potesse produrre effetti divisorii, e quindi astrattamente anche la divisione; dall'altro, impedire il travolgimento degli effetti della transazione stipulata successivamente alla divisione o ad altro atto con effetti divisorii per porre fine, con reciproche concessioni, alle difficoltà reali insorte in sede di apporzionamento.

La soluzione adottata è stata sottoposta a critica dagli interpreti, soprattutto perché il discrimine tra la transazione rescindibile e quella non rescindibile veniva individuato nel momento temporale di stipulazione dell'atto (prima o dopo la divisione o l'atto con effetti ad essa parificabili)<sup>165</sup>, prestando di fatto il fianco ad attività elusive dei dividendi, i quali adottavano la maschera della transazione per sottrarre attività negoziali con finalità divisoria all'applicazione del rimedio della rescissione.

La soluzione adottata dal codice del 1942 sembra invece più corretta, dal momento che pare individuare quale criterio discrezionale non tanto l'elemento temporale della conclusione del negozio posto in essere dai dividendi, quanto piuttosto la sua sostanza.

E' bene precisare che la transazione, per espressa dizione normativa, non può essere impugnata per lesione (art. 1970 c.c.).

Il senso della previsione è stato rinvenuto da autorevole dottrina<sup>166</sup> più che in una radicale incompatibilità tra la causa transattiva ed il rimedio rescissorio, in una scelta di politica legislativa, con la quale si è inteso, evidentemente, garantire massima stabilità alla transazione.

D'altra parte è anche vero che la disciplina del rimedio rescissorio prevista in materia di divisione, è diversa e più ampia rispetto a quella

---

<sup>165</sup> In questo senso, nel vigore del precedente codice civile, BIGIAMI, “*Divisione transattiva e transazione divisoria*”, in *Temi emil.*, 1930, I, 1, p. 121, parlava di transazione interdivisoria e post divisoria, distinzione ripresa successivamente anche da FORCHIELLI, *Divisione*, cit., p. 517.

<sup>166</sup> MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 332, il quale afferma che “...è errata l'opinione di coloro che considerano la rescissione per lesione incompatibile con il contenuto della transazione...”, dovendo, invece, l'esclusione discendere solo quando l'ammissibilità del rimedio rescissorio osti “*gravemente alla soddisfazione*” dell'esigenza della “*pacifica composizione delle controversie*”.

del rimedio generale contrattuale, laddove alla sproporzione *ultra quartum*, si sostituisce la soglia più restrittiva del mezzo, e rilevano gli stati soggettivi del contraente, e l'approfittamento dell'altra parte<sup>167</sup>.

La divisione e gli atti equipollenti "declinano, nel disegno legislativo, una maggiore attitudine alla rescindibilità"<sup>168</sup>.

Ora, se è vero quanto abbiamo detto, resta da capire per quale motivo il legislatore abbia voluto ribadire all'art. 764 comma 2 c.c. l'inapplicabilità alla transazione del rimedio rescissorio, se tale conseguenza si poteva ben ricavare dalla disciplina generale.

E' chiaro che la risposta a tale quesito ruota intorno allo studio ad all'analisi delle reciproche interferenze tra la causa transattiva e quella divisoria.

Se il legislatore ha ritenuto necessario enunciare il principio per il quale la rescissione non si applica alle transazioni relative a questioni insorte a causa della divisione o dell'atto fatto in luogo della medesima, è evidente che devono esistere delle transazioni che, a dispetto dell'art. 1970 c.c., possono essere sottoposte all'applicazione del rimedio rescissorio.

Questa considerazione è stata tradotta dagli interpreti nella distinzione tra divisione transattiva e transazione divisoria.

Secondo l'opinione prevalente<sup>169</sup>, la linea di confine tra le due fattispecie sarebbe la seguente: mentre la divisione transattiva ha natura di negozio divisorio in quanto non ha la funzione di comporre una lite, ma di superare amichevolmente questioni afferenti le operazioni divisionali, la transazione divisoria sarebbe una vera e propria transazione dato che il negozio, concluso durante o

---

<sup>167</sup> Il diverso fondamento dell'azione di rescissione nella divisione è oggetto di studio di CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, p. 94 e 95; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., 181 ss., si spinge oltre affermando che "...la rescissione della divisione (...) si può dire che non abbia in comune con altre figure di rescissione altro che il nome...". SACCO, *Il contratto*, cit., p. 366.

<sup>168</sup> TRIMARCHI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Contratto di divisione ed autonomia privata*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Sole 24 ore, 2009, p. 157, il quale rileva che "rispetto alla linea mediana della rescissione, la divisione e la transazione sono situate a poli opposti: l'una rappresenta, infatti, il tipo contrattuale più facilmente rescindibile, l'altra quello meno rescindibile, essendo addirittura preclusa la rescissione".

<sup>169</sup> *Ex multis*, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 710; BONILINI, voce *Divisione*, cit., p. 495; BIANCA, *Diritto civile, 4, La proprietà*, cit., p. 498 ss..



successivamente alla divisione, ha la funzione di comporre (o di prevenire) una lite sorta sull'esistenza o sull'entità del diritto di chi pretende di partecipare al riparto, determinando altresì l'effetto della cessazione della comunione.

Seppur stilisticamente elegante e sicuramente esplicativa, la distinzione rischia però di rimanere sul piano astratto.

Nella prassi, infatti, non è per nulla semplice individuare quale sia la causa prevalente, se quella divisoria o quella transattiva.

In questa indagine, può essere d'aiuto il portato della giurisprudenza<sup>170</sup>, la quale, nel cercare di individuare dei caratteri distintivi più concreti, ha avuto più volte l'occasione di ribadire che ricorre la fattispecie della divisione transattiva quando i contraenti superano e compongono in vi amichevole controversie insorte in sede di divisione e l'atto negoziale di scioglimento della comunione comunque assegna ai condividenti parti concrete corrispondenti alla quote di diritto a ciascuno spettanti, in guisa che anche mercé il ricorso a conguagli a carico dei condividenti stessi vi sia, per l'appunto, la corrispondenza tra porzione materiale assegnata e parte ideale detenuta dal condividente sino al momento dello scioglimento della divisione.

Sempre ad avviso della giurisprudenza, ricorre invece la fattispecie della transazione divisoria quando i contraenti, al fine di comporre o prevenire una lite concernente l'esistenza o la misura del diritto dei condividenti, "*procedono all'attribuzione di beni o di un bene senza tener conto delle quote di partecipazione, conseguendo l'effetto solutorio della comunione*".

Minimo comune denominatore di entrambe le fattispecie è un contrasto che cessa di esistere con il risultato finale dello scioglimento della comunione.

Mentre però nella divisione transattiva (e quindi, divisione a tutti gli effetti) allo scioglimento della comunione si addiène con la formazione di porzioni proporzionali alle quote astratte, in ciò sostanziandosi la causa divisoria, nella transazione divisoria allo scioglimento della comunione si addiène assegnando porzioni concrete che non corrispondono alle quote astratte, o addirittura senza procedere al preventivo calcolo del rapporto tra quote astratte e

---

<sup>170</sup> Cass., 6 agosto 1997, n. 7219, in *De Jure*.

porzioni concrete, perché la causa del negozio è insensibile a quella divisoria, limitandosi a produrne solo uno degli effetti tipici, e cioè lo scioglimento della comunione<sup>171</sup>.

La norma contenuta nel secondo comma dell'art. 764 c.c. quindi è il frutto dello sforzo innovativo voluto dal legislatore del codice del 1942 il quale ha inteso connettere la rescindibilità propria della divisione a qualunque atto di scioglimento della comunione quand'anche consista in una transazione purché, in quest'ultimo caso, solo quando questa sia destinata a produrre non solo l'effetto tipico dello scioglimento della comunione, ma anche quello dell'apporzionamento in funzione di quota.

Diversamente, il rimedio rescissorio non potrà trovare applicazione.

L'ambito di operatività del rimedio rescissorio così delimitato dagli artt. 763 e 764 c.c. riguarda qualsivoglia divisione, a prescindere dal titolo che abbia determinato lo stato di comunione, e ciò soprattutto in considerazione del carattere unitario del fenomeno divisorio.

---

<sup>171</sup> Sempre secondo Cass., 6 agosto 1997, cit., "...il discrimine tra le due figure negoziali non è la composizione di una controversia insorta in sede divisionale, ma, essenzialmente, l'obliterazione o non delle ragioni proporzionali di partecipare alla comunione che comunque si intende, anche parzialmente, sciogliere". Vedi anche Trib. Napoli, 18 febbraio 2002, in *Giur. Nap.*, 2002, p. 436, per la quale "La transazione divisoria, che per espressa previsione dell'art. 764 comma 2 c.c., non è rescindibile in caso di lesione oltre il quarto, si differenzia dalla divisione transattiva, in quanto, oltre a porre in essere una divisione (parziale o totale) dell'asse, ed a prevenire o a porre termine ad una lite tra i condividenti, perviene alla formazione delle quote senza il ricorso a criteri aritmetici, ma in maniera bonaria e senza corrispondenza tra entità delle porzioni e misura delle quote spettanti ai comunisti".

## CAPITOLO IV

### Modelli di divisione ed ambiti applicativi

#### 1. Il contratto di divisione: peculiarità.

Come abbiamo già riferito nei paragrafi precedenti, il contratto di divisione deve senza ombra di dubbio la sua corretta elaborazione agli studi del Deiana<sup>172</sup>, il quale, adottando una prospettiva incentrata sulla ricerca della funzione tipica dello schema negoziale, ha avuto il merito di distinguerlo nettamente da quello di permuta, con il quale, fino a circa settant'anni fa, veniva sovente confuso, e di intraprendere il cammino verso il riconoscimento dell'autonomia del tipo.

Se infatti, rileva giustamente l'A., l'oggetto del contratto è lo scambio tra i condividenti dei diritti di proprietà siamo dinnanzi ad una permuta; se invece il contratto mira a tradurre la quota ideale di ognuno in quota concreta che rispetti la proporzionalità originaria tra quote ideali, si tratta di divisione.

La dottrina successiva, anche sulla spinta delle applicazioni pratiche, ha esteso il concetto di "apporzionamento proporzionale" che descrive in estrema sintesi la causa del contratto di divisione sino ad includere nel *genus* oltre alle ipotesi di divisione naturale (da Deiana considerata l'unica possibile) anche quelle di divisione c.d. civile, nelle quali l'apporzionamento proporzionale viene raggiunto attraverso l'utilizzo di meccanismi alternativi come quello del conguaglio, o con l'attribuzione di beni non facenti parte dell'asse ereditario in funzione di riequilibrio, perché aldilà di ogni altra considerazione, sempre animato dalla volontà delle parti di ottenere la titolarità esclusiva di una porzione di beni proporzionale alla quota astratta originariamente spettantegli.

Secondo questo orientamento, rientrano nel *genus* divisione la ripartizione attuata mediante conguagli (art. 728 c.c.), la licitazione dei beni in natura con attribuzione all'altro o agli altri condividenti di somme di denaro (artt. 757, 720 e 719 c.c.), la vendita dei beni ad un terzo con distribuzione del ricavato tra i condividenti (art. 720 c.c.), l'assegnazione convenzionale di beni comuni ad uno solo dei

---

172 G. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, cit., p. 420 ss.; *Per la futura soppressione dell'art. 757 cod. civ. (note in vista della revisione del codice)*, cit., p. 67 ss..

condividenti e l'attribuzione da parte di questi agli altri di beni in natura estranei alla comunione (art. 719 e 720 c.c.).

Nonostante le varie configurazioni che il contratto di divisione può assumere nella pratica, e nonostante l'assenza di una nozione codicistica, non vi sono più dubbi che quello di divisione sia un contratto tipico.

Vediamo di analizzare in estrema sintesi gli elementi caratterizzanti del contratto di divisione e le sue peculiarità.

### **1.1. L'accordo.**

Il contratto di divisione appartiene alla categoria dei contratti consensuali, nei quali gli effetti tipici si producono al perfezionarsi dell'accordo.

Dal punto di vista soggettivo, nella divisione i contraenti sono, in primo luogo, i condividenti, o i loro rappresentanti<sup>173</sup>.

Il contratto potrà essere bilaterale o plurilaterale, a seconda del numero dei condividenti che devono intervenire, e cioè due o più di due.

Non diverge dallo schema divisionale classico neppure la divisione per gruppi, nella quale la parte contraente non è portatrice degli interessi di un singolo condividente, ma di un gruppo di condividenti (parte plurisoggettiva), all'interno del quale permane - tra i singoli partecipanti al gruppo - lo stato di comunione<sup>174</sup>.

Tutte le parti, unisoggettive o plurisoggettive, devono prestare necessariamente il loro consenso al piano divisionale. La presenza e la partecipazione contemporanea di tutti i condividenti, infatti, è elemento essenziale del tipo divisione, e concorre a comporne la causa.

L'accordo della parti d'altronde è connesso al diritto potestativo di ciascun condividente di chiedere lo scioglimento della comunione, cui corrisponde, dal lato passivo, una situazione di soggezione - e non di obbligo a contrarre - per coloro che vengano invitati a dividere.

---

<sup>173</sup> Per MORA, *La divisione contrattuale*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da BONILINI, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 215, la divisione non rientra tra gli atti personalissimi.

<sup>174</sup> Sul punto, MIRABELLI, voce *Divisione*, *dir. civ.*, in *Noviss. dig. it.*, VVI, Torino, 1964, p. 34.

La mancanza di un solo condividente, in linea con quanto previsto dall'art. 784 c.p.c. che, in relazione al procedimento di divisione giudiziale prevede il litisconsorzio necessario tra i partecipanti alla comunione, determina la nullità del contratto<sup>175</sup>.

La manifestazione del consenso, ed il suo perfezionamento non si sottrae alla disciplina generale, pur con qualche peculiarità.

L'accordo tra i condividenti deve essere espresso e, potrebbe desumersi anche da fatti concludenti, eccezion fatta per l'ipotesi nella quale la divisione riguardi beni immobili, sottoposta a vincolo di forma ex art. 1350 n. 11 c.c..

Dal punto di vista temporale, il consenso alla stipulazione del contratto può essere prestato simultaneamente o separatamente da ciascun condividente mediante adesione successiva alla proposta formulata da uno o più compartecipi, fino al perfezionamento di tutte le accettazioni, momento entro il quale è possibile sia la revoca dell'originaria proposta che delle accettazioni già intervenute<sup>176</sup>.

Il contratto divisorio può essere a formazione istantanea se le parti contraenti trovano *uno actu* l'accordo su tutte le fasi dell'*iter* divisionale - stima, formazione delle porzioni e loro assegnazione - o a formazione progressiva se il consenso si perfeziona in momenti successivi a chiusura di ogni singola fase.

Gli accordi che si concludono durante l'*iter* procedurale generalmente non possono essere qualificati come autonomi contratti, ma piuttosto semplici accordi preliminari con funzione preparatoria dell'accordo finale.

Qualora le parti non raggiungano l'accordo su una determinata fase e ciò conduca alla divisione giudiziale, gli accordi precedenti non hanno alcun valore vincolante, poiché - come detto - meramente preparatori<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Alla nullità come conseguenza della mancata partecipazione di uno o più dei condividenti si oppone MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 77 ss., il quale sostiene che una divisione di tal fatta sarebbe non nulla ma inefficace nei confronti del condividente pretermesso, il quale potrebbe pertanto opporsi chiedendo a sua volta la divisione giudiziale, o approvarla e ratificarla. Tale tesi si basa sul presupposto che il rimedio previsto dall'ordinamento per il caso di disposizione di posizioni giuridiche che non rientrano nella sfera di operatività dei contraenti è l'inefficacia, non l'invalidità del contratto.

<sup>176</sup> Cass., 6 ottobre 2000, n. 1335, in *De Jure*.

<sup>177</sup> CICU, *Successioni*, cit., p. 416 ss..

Non è impossibile che, per espressa volontà delle parti, si raggiungano degli accordi su uno o più elementi preliminari, con efficacia vincolante per tutte le parti: si pensi, per esempio, all'ipotesi nella quale le parti decidano di impegnarsi a rispettare determinate modalità divisionali, ponendo in essere un contratto ad efficacia obbligatoria<sup>178</sup>.

Natura contrattuale deve essere riconosciuta sia alle ipotesi nelle quali le parti rimettano all'autorità giudiziaria la soluzione del conflitto insorto sulla singola fase divisionale per poi proseguire amichevolmente l'*iter* divisionale, sia alle ipotesi di conversione della divisione giudiziale in divisionale consensuale, laddove il provvedimento dell'autorità giudiziaria si limiti a recepire i contenuti dell'accordo già raggiunto nelle more del processo dalle parti.

In linea di massima si può affermare che, mentre le norme regolatrici del procedimento giudiziale sono inderogabili, perché poste a presidio di interessi generali ed indisponibili dalle parti, quelle sulla divisione volontaria ben possono essere derogate - salvo alcune eccezioni<sup>179</sup> - per accordo unanime della parti, perché poste unicamente a tutela di interessi privati, senza che tale deroga, si intende, determini il venir meno della causa tipica del contratto divisorio.

Per esempio, è valido e produttivo di effetti il contratto con il quale le parti raggiungano l'accordo sulla formazione delle porzioni e sulla loro assegnazione, tralasciando la fase di stima del valore dei beni; per converso, il raggiungimento dell'accordo su tutte le fasi tipiche del procedimento divisionale non elide il rischio che gli effetti dell'accordo possano essere revocati per l'operare del rimedio della rescissione per lesione ex art. 763 c.c..

---

<sup>178</sup> CICU, *Successioni*, cit., p. 416 ss.; GAZZARA, voce *Divisione*, cit., p. 425; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 122.

<sup>179</sup> E' considerata generalmente inderogabile la norma di cui all'art. 722 c.c. che stabilisce l'indivisibilità di alcuni beni nell'interesse della produzione nazionale e almeno in parte la norma contenuta nell'art. 720 c.c. sull'assegnazione dei beni non comodamente divisibili. Sul punto vedi MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 154.

### 1.2.L'oggetto.

In estrema sintesi, essendo la divisione finalizzata a sciogliere una preesistente comunione, l'oggetto del contratto di divisione corrisponde, nella maggior parte dei casi, con l'oggetto della precedente comunione<sup>180</sup>, attorno alla quale ruota il concreto programma divisionale voluto dalle parti.

In linea con la disciplina generale, l'oggetto della divisione dovrà essere possibile, lecito, determinato o almeno determinabile ex art. 1346 c.c.<sup>181</sup>.

Tra le ipotesi di impossibilità parziale dell'oggetto alcune sono previste direttamente dal legislatore.

Si pensi alle norme contenute negli artt. 720, 722 e 1112 c.c., che assoggettano a vincolo di indivisibilità alcune tipologie di beni in ragione della necessità di perseguire un interesse sovraordinato e meritevole di tutela che, in caso di divisione, verrebbe travolto (pubblica economia, igiene, produzione nazionale, o pregiudizio per l'uso naturale cui le cose sono destinate).

Ciò non significa che tali beni non siano divisibili in assoluto: per essi sarà possibile procedere a divisione solo con le modalità previste dal legislatore.

L'oggetto del contratto varia a seconda della tipologia di comunione che le parti intendono sciogliere.

Nella comunione ordinaria, infatti, solitamente si tratta di un diritto reale; nella comunione ereditaria, invece, esso comprende la

---

<sup>180</sup> MORA, *La divisione contrattuale*, cit., p. 218 e ss., nota 13, ritiene si debba aderire all'opzione ermeneutica per la quale l'oggetto del contratto andrebbe meglio individuato certamente con il bene oggetto della comunione, ma non nella sua staticità, quanto piuttosto nella dinamica del programma predisposto dai condividenti a fini divisionali.

<sup>181</sup> E' impossibile la divisione di beni inesistenti o periti, o che non siano in comunione, o che non lo siano al momento della divisione. Parrebbe invece ammissibile la divisione di cosa futura, sempre in quanto la cosa sia suscettibile di venire ad esistenza. Come per le ipotesi di vendita obbligatoria, in questo caso il contratto di divisione sarà efficace fin dalla sua stipulazione, ma gli effetti saranno cronologicamente posposti alla venuta ad esistenza del bene dividendo. In giurisprudenza, in questo senso vedi Cass., 12 dicembre 1974, n. 4231, in *Riv. giur. edilizia*, 1975, I, p. 510, per l'ipotesi di un fabbricato da costruirsi ad opera dei comproprietari del suolo comune, con identificazione degli appartamenti di proprietà esclusiva a ciascuno spettanti. Nello stesso senso, Cass., 30 marzo 1968, n. 998, Cass., 10 maggio 1978, n. 2263, entrambe in *De Jure*.

totalità delle posizioni giuridiche attive o passive riferibili al *de cuius* al momento dell'apertura della successione.

### 1.3. La causa.

La causa del contratto di divisione, da intendersi come funzione economica individuale secondo i più moderni assunti<sup>182</sup>, è quella di sciogliere la preesistente comunione realizzando in favore dei condividenti un'attribuzione in proprietà esclusiva dei beni in modo proporzionale rispetto alle quote astratte vantate da ciascuno.

Il fatto che questa definizione del profilo causale oggi venga accolta dalla dottrina quasi unanime, non deve ingannare sulle difficoltà del percorso dogmatico che ha condotto alla sua piena affermazione, di cui abbiamo dato conto in precedenza.

Sia in questa sede sufficiente ricordare che, in materia di divisione contrattuale, le incertezze ricorrenti nella dogmatica moderna derivano in larga misura dalle peculiarità del tipo, dell'esistenza del quale nessuno ormai pare dubitare, nonostante l'assenza di una definizione normativa<sup>183</sup>, e della sua naturale elasticità.

Se da una parte lo schema divisionale può comporsi anche di elementi tipici di altri contratti (si pensi alla permuta, alla transazione, alla compravendita o alla donazione), dall'altra il risultato distributivo può verificarsi anche per una serie di fatti giuridici che poco o nulla hanno a che fare con la divisione, pur realizzandone, di fatto, la stessa finalità, cioè lo scioglimento della comunione.

Ciò che si può in sintesi riferire del dibattito sui confini del contratto divisorio è che gli interpreti, in difficoltà nel cogliere l'esatta nozione del tipo, e privi di un riferimento normativo, hanno oscillato tra posizioni più rigorose per le quali sarebbe possibile parlare di

---

<sup>182</sup> FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 372. Per la "contraria" teoria oggettivistica della causa del contratto, che affermando l'identificazione della causa con la funzione economica sociale del contratto finiva per farla coincidere con il tipo, con l'inevitabile appiattimento della causa in concreto con quella astratta vedi BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1952, II ed., ristampa, p. 172 ss.; BETTI, voce *Causa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. II, Torino, 1959, p. 33 ss..

<sup>183</sup> SESTA, *Comunione di diritti. Scioglimento. Lesione.*, cit., p. 132 ritiene che l'assenza nel nostro codice civile di una definizione del contratto di divisione non sia particolarmente significativa, in quanto la determinazione del tipo non può dipendere dalla semplice definizione datane dal legislatore.



divisione solo in presenza dello scioglimento della comunione con distribuzione proporzionale dei beni, e posizioni meno rigide, volte a comprendere nella medesima categoria anche fattispecie accomunate dal perseguimento del solo risultato distributivo.

Alla luce della causa contrattuale sopra enunciata, proviamo a condurre un'analisi del tipo "divisione".

Che l'accordo divisorio abbia natura contrattuale nessuno nega, dato che rientra perfettamente nel paradigma dell'art. 1321 c.c. per il quale si definisce contratto l'accordo di due o più parti volto a costituire, modificare o estinguere una situazione giuridica patrimoniale.

Altro punto sul quale la dottrina è sostanzialmente conforme è che si tratti di un contratto consensuale ad efficacia reale poiché il perfezionamento del consenso determina *uno actu* l'estinzione della comunione e l'insorgenza delle proprietà solitarie in capo ai singoli dividendi.

Il contratto di divisione è, inoltre, spesso accostato alla categoria dei contratti plurilaterali ex art. 1420 c.c. perché anch'esso caratterizzato sul lato soggettivo dalla pluralità di parti coinvolte e dall'identità degli effetti per tutti i partecipanti.

Per la dottrina prevalente<sup>184</sup> non vi sarebbero, però, ulteriori affinità, data l'inapplicabilità della disciplina di cui agli artt. 1420 (nullità del contratto plurilaterale), 1446 (annullabilità nel contratto

---

<sup>184</sup> In questo senso, FORCHIELLI ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 17; BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., p. 357; MIRAGLIA, *Sull'applicabilità alla divisione delle cose comuni delle norme sulla divisione dell'eredità: gli artt. 732, 757 e 758*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 93. FERRI, *Lezioni sul contratto. Corso di diritto civile*, Bologna, 1987, VI ed., p. 181 qualifica il contratto di divisione come plurilaterale quando i comunisti siano più di due, dovendo tutti intervenire necessariamente all'atto a pena di nullità. Negano la comunione di scopo al contratto di divisione MIRABELLI, *Delle obbligazioni, II, Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, p. 20; BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p. 57; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 464. Sostiene la riconducibilità della divisione tra i contratti con comunanza di scopo, pur senza particolari argomentazioni FRAGALI, *La comunione*, cit., p. 504; individua la comunione di scopo nello scioglimento della comunione con formazione di porzioni corrispondenti al valore della quota BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 118. Per MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1962, p. 149, la comunanza di scopo consiste nell'estinzione dei rapporti giuridici di comunione di diritti, per sostituirvi altrettanti rapporti di diritto solitario

plurilaterale), 1459 (risoluzione nel contratto plurilaterale), e 1466 c.c.(impossibilità nel contratto plurilaterale), disciplina che richiede l'esistenza di una comunione di scopo, sulla quale la dottrina più attenta<sup>185</sup> ha elaborato la distinzione tra contratti di scambio, nei quali le parti perseguono scopi contrapposti e la prestazione di ciascuna va direttamente ed esclusivamente a vantaggio dell'altra parte, e contratti associativi, nei quali la prestazione di ciascun contraente è preordinata al conseguimento di uno scopo comune.

Anche la natura sinallagmatica del contratto di divisione è stata a lungo discussa, ed il dibattito parrebbe risolto con l'adesione alla soluzione negativa, sulla scorta di diverse considerazioni.

La posizione giuridica di ognuno dei dividendi è parallela a quella degli altri, non dovendo i partecipanti alla divisione effettuare reciproche prestazioni l'uno nei confronti degli altri: la divisione non è contratto a prestazioni corrispettive<sup>186</sup> poiché pur ammettendo l'esistenza di prestazioni in capo ai dividendi<sup>187</sup>, queste non sono legate tra loro tra un vincolo di interdipendenza funzionale, che invece sussiste tra le singole posizioni e il tutto, come riflesso dell'apporzionamento proporzionale della divisione.

---

<sup>185</sup> FERRI, *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 679.

<sup>186</sup> In questo senso LUMINOSO, cit., p. 17, il quale fa discendere la non corrispettività della natura della divisione, intesa quale "atto di disposizione senza attribuzione patrimoniale". Per l'A., in ogni caso, non sembra possibile "assimilare all'interdipendenza che caratterizza le prestazioni del contratto sinallagmatico – comunemente intesa nel senso che ciascuna prestazione costituisce la causa giustificativa dell'altra – la connessione esistente tra le assegnazioni divisorie che (...) è fondata tra ciascuna assegnazione e il tutto come riflesso della proporzionalità distributiva che contrassegna il profilo funzionale della divisione". Negano che la divisione sia un contratto a prestazioni corrispettive: CASULLI, voce *Divisione ereditaria (diritto civile)*, cit., p. 54; BRANCA, *Comunione, Condominio negli edifici*, cit., p. 357; FRAGALI, *La comunione*, cit., p. 5050; MIRAGLIA, *La divisione contrattuale*, cit., p. 162; MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 238.

<sup>187</sup> La soluzione del problema, ancora una volta, varia a seconda che si sostenga la natura traslativa (in questo caso le prestazioni coinciderebbero con le attribuzioni reciproche tra dividendi) o dichiarativa della divisione (nessuna prestazione in capo ai dividendi). A prescindere dalla posizione dogmatica assunta, MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 95 rileva giustamente che dalla divisione scaturiscono delle prestazioni, per quanto accessorie, quali quella di prestare il conguaglio, di rimettere i documenti relativamente ai beni e diritti assegnati, di immettere nel possesso il dividendo assegnatario.

In senso contrario, parte della dottrina<sup>188</sup> sostiene che la corrispettività andrebbe individuata nelle reciproche rinunzie dei singoli ai diritti di comproprietà sui beni attribuiti agli altri dividendi.

In altri termini, la prestazione imposta in capo al partecipante coinciderebbe con la perdita del diritto *pro quota* sull'intero, identificata a sua volta con il "sacrificio" imposto al contraente e funzionalizzato al perseguimento dell'interesse dell'altro<sup>189</sup>.

In realtà, anche la disciplina dei rimedi della rescissione per lesione e della garanzia per evizione confermano l'assenza di un nesso sinallagmatico tra le assegnazioni.

Il primo rimedio, infatti, è previsto non tanto per ovviare ad uno squilibrio tra l'assegnazione del dividendo leso e le assegnazioni a favore degli altri dividendi, ma piuttosto per recuperare l'equilibrio tra l'assegnazione concreta e la quota proporzionale spettante al singolo.

Stesso discorso può essere fatto per la garanzia per evizione, per la quale il dividendo che abbia subito l'evizione non può per ciò solo richiedere l'annullamento della divisione, dato che l'attribuzione di quel bene non si pone in termini di corrispettività con le attribuzioni fatte agli altri dividendi.

Nella divisione non si configurano prestazioni a carico dei dividendi, il cui mancato adempimento o l'impossibilità sopravvenuta possano comportare la risoluzione del contratto.

In questo senso, è opinione pacifica in dottrina<sup>190</sup> che alla divisione contrattuale non possa applicarsi il rimedio della risoluzione

---

<sup>188</sup> BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 121.

<sup>189</sup> Per una critica vedi MORA, *La divisione contrattuale*, cit., p. 242 che sottolinea come in realtà in questo caso il sacrificio a carico del dividendo che rinuncia al diritto *pro quota* sul tutto non comporta solo un sacrificio in funzione del vantaggio dell'altro dividendo, ma un vantaggio diretto e solitario per lo stesso rinunciante.

<sup>190</sup> MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, cit., p. 64; GAZZARA, voce *Divisione*, cit., p. 425 ritiene incompatibile l'inadempimento con il contenuto e l'essenza stessa della divisione; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 7, MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, cit. p. 153, MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., p. 171 per l'assenza di prestazioni corrispettive; MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 93 ss. e p. 102, per la mancanza di sinallagmaticità della divisione, nonostante la sua natura

per inadempimento, neppure nell'ipotesi in cui il condividente obbligato a versare il conguaglio non adempia alla prestazione.

L'inadempimento, sostiene l'orientamento maggioritario, rileverebbe solo nei rapporti interni tra la parte debitrice e quella creditrice del conguaglio. Quest'ultima, accettando il pagamento differito del conguaglio, si accolla il rischio dell'insolvenza. Ciò a prescindere dalla circostanza che il credito da conguaglio divisorio sia assistito dalla garanzia ipotecaria di cui all'art. 2817 n. 2 c.c..

Per il debito nascente dall'evizione l'insolvenza di uno dei condividenti non consente all'evitto di chiedere la risoluzione del contratto: ex art. 759, comma 2 c.c. la parte del coerede insolvente va ripartita tra l'eredità che ha subito l'evizione e gli altri coeredi che abbiano adempiuto.

Ancora, nella divisione non si pone il problema della risolubilità per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 in quanto, pur ammettendo che esistano delle prestazioni a carico dei condividenti, non si possono configurare la continuità ed il differimento delle stesse richiesti dalla norma in questione.

Nello stesso senso, si tende ad escludere la proponibilità dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c..

Per quanto riguarda i profili di nullità e annullabilità del contratto di divisione, il venir meno del vincolo giuridico di una delle parti (si pensi all'ipotesi del coerede apparente) ne determina l'invalidità solo nel caso in cui le parti siano due, mentre se il contratto è plurilaterale, restano valide le assegnazioni operate a favore degli altri partecipanti che, in aggiunta, matureranno il diritto ad un supplemento, avente ad oggetto i beni indebitamente assegnati.

Altro carattere da verificare è quello dell'onerosità, in alternativa alla sostenuta gratuità della divisione.

I sostenitori della natura dichiarativa della divisione, salvo sporadiche eccezioni, ne fanno derivare la non onerosità del contratto<sup>191</sup>.

---

onerosa; BONILINI, voce *Divisione*, cit., p. 491 e 493, nonostante l'affermata natura onerosa e sinallagmatica.

<sup>191</sup> Fanno discendere dalla natura dichiarativa della divisione la non onerosità del contratto LOSANA, *Le disposizioni comuni*, cit., p. 406, COVIELLO, *Delle successioni, parte generale*, Napoli, 1935, p. 539; e GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 7. In senso contrario, reputano la divisione onerosa ancorché

Coloro che optano per la natura traslativa della divisione, viceversa, considerano la divisione un contratto oneroso.

Aldilà di ogni considerazione sulla natura traslativa o dichiarativa della divisione, di cui abbiamo già riferito, è evidente come se per oneroso si intende il contratto nel quale le prestazioni dei contraenti comportano per ognuno di essi un sacrificio patrimoniale, nella divisione si stenta a rinvenire l'onerosità.

Il condividente infatti, ricevendo beni corrispondenti al valore della quota spettantegli non sopporta alcun sacrificio.

Al più si potrebbe optare per una classificazione del contratto come atto neutro<sup>192</sup>, non oneroso ma nemmeno gratuito, poiché nessuno dei condividenti effettua liberalità a favore degli altri.

In quest'ultimo senso si pronuncia Luminoso<sup>193</sup>, che riconduce la divisione alla categoria di atti definiti "incolori" dal punto di vista economico, in quanto "non fanno conseguire un sostanziale vantaggio al loro destinatario né comportano un sostanziale sacrificio economico per lo stesso". Tali atti vengono anche denominati "disposizioni senza attribuzione" o "obbligazioni senza sacrificio".

### **Forma.**

La divisione che abbia per oggetto anche un solo bene immobile deve essere fatta per atto scritto sotto pena di nullità *ex art.* 1350 n. 11<sup>194</sup>.

---

dichiarativa CICU, *Successioni*, cit., p. 415; GAZZARA, voce *Divisione*, cit., p. 422; BRANCA, *Comunione*, cit., p. 314.

<sup>192</sup> In questo senso MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, cit., p. 156; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, cit., p. 7.

<sup>193</sup> LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, cit., p. 17, che fa discendere dalla suddetta qualificazione una serie di corollari: 1) impossibilità o estrema difficoltà di configurare un'impugnazione della divisione mediante azione revocatoria, l'inapplicabilità di norme del tipo di quella di cui all'art. 534 comma 2 o all'art. 1445 c.c., e la pratica inapplicabilità o quasi della disciplina sulle clausole abusive nei contratti del consumatore.

<sup>194</sup> In ordine alla estensione del vincolo formale richiesto per i beni immobili anche ai beni mobili registrati, la dottrina argomenta in favore dell'estensione *ex art.* 2685 c.c.. In questo senso si vedano tra i tanti, CASULLI, voce *Divisione ereditaria (diritto civile)*, cit., p. 44; CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 417; GAZZARA, voce *Divisione ereditaria (diritto privato)*, cit. p. 424. Ciò nonostante la forma scritta sia richiesta per tali atti ai soli fini della trascrizione nei Pubblici

Se invece comprende solo beni mobili, il contratto si perfeziona anche con il semplice consenso verbale delle parti, salvo l'interesse di ciascun condividente all'immissione nel possesso dei beni assegnatigli, per evitare che su di essi vengano acquistati diritti da terzi di buona fede ex art. 1153 c.c..

La forma scritta, strumentale alla trascrizione della divisione ex art. 2646 e 2685 c.c., è quella dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente.

La trascrizione non è richiesta agli effetti dell'art. 2644 c.c. : sono perciò fatti salvi gli effetti prodotti riguardo ai terzi che abbiano acquistato dal partecipante diritti in base ad atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della divisione medesima.

La trascrizione è invece richiesta in ossequio al principio della continuità delle trascrizioni ex art. 2650 c.c. per gli atti di cui all'art. 2646 comma 1, dai quali risulti l'acquisto, in ordine a singoli beni, a favore dei condividenti, di una situazione giuridica diversa da quella ad essi spettante in regime di comunione.

La trascrizione, inoltre, è necessaria per rendere edotti i terzi del mutamento giuridico, con gli effetti di cui all'art. 1113 c.c.. In questi casi, in mancanza di precedenti trascrizioni su beni comuni, o di atto di opposizione, contro l'atto di divisione sia i creditori che gli aventi causa di alcuno dei partecipanti non hanno alcun rimedio se non quello dell'azione revocatoria.

## **2. Divisione giudiziale.**

Come è già stato rilevato a più riprese nel corso della trattazione, la materia divisoria è tra quelle che animano con vigore il contenzioso civile, dando luogo a cause che spesso si protraggono per decenni, senza soluzione, tra infiniti rinvii.

In una prospettiva pragmatica e di eventuale riforma, non può farsi a meno, dunque, di analizzare il procedimento divisorio, anche

---

Registri, e non sia costitutiva dell'acquisto o della divisione. Vedi MORA, *La divisione contrattuale*, cit., p. 216, nota 16. Per Cass., 7 gennaio 1946, n. 7, in *De Jure*, la sottoscrizione da parte di ciascun comproprietario assegnatario di un lotto di una planimetria allegata ad una perizia di beni immobili non soddisfa in requisito formale; per Cass., 20 maggio 1944, n. 399, in *De Jure*, non integra del pari il requisito formale nemmeno una richiesta di volturazione e di intestazione avanzata all'ufficio fiscale dai singoli condividenti assegnatari.

alla luce delle recenti modifiche introdotte nel "Decreto del fare", ed ispirate dalla necessità di smaltire parte del contenzioso accumulato nelle sezioni tribunalizie.

Si tratta, è bene precisarlo sin d'ora, di interventi troppo limitati per rappresentare una valida soluzione alle problematiche che caratterizzano l'istituto e le sue applicazioni.

Di certo sulla celerità dei procedimenti di scioglimento delle comunioni incide la complessità della materia, che unisce alle canoniche dinamiche processuali problematiche di natura squisitamente tecnica, con il necessario coinvolgimento di soggetti terzi in funzione di ausiliari del Giudice (consulenti tecnici, valutatori, stimatori, notai).

Il carattere soggettivamente universale della divisione crea le prime complicazioni: poiché è necessario che al procedimento di divisione partecipino tutti i comunisti, gli eventuali creditori oppositori, o gli aventi causa, alle difficoltà per chi agisce di individuare tutti i legittimati passivi dell'azione, si uniscono quelle derivanti dalla necessità non infrequente di procedere alla integrazione del contraddittorio nei confronti di "nuovi" dividendi, o alla riassunzione del processo per il verificarsi nelle more di una causa di interruzione (la più frequente è la morte di uno dei dividendi/coeredi) o di sospensione, comprese quelle tipiche previste dalla legge.

A ciò si aggiunga che, prima di procedere alla ripartizione è necessario, in ossequio al principio di universalità oggettiva della divisione, salvo casi particolari<sup>195</sup>, ricostruire con la massima precisione la massa dividenda per evitare la successiva emersione di nuovi beni da dividere; in caso di immobili, inoltre, è necessario procedere all'allineamento delle risultanze del catasto e della conservatoria, al fine di ricostruire la continuità delle trascrizioni assicurando in questo modo la stabilità delle future assegnazioni.

---

195 E' bene precisare, infatti, che la divisione oggettivamente parziale è ammessa dall'ordinamento quando i coeredi siano d'accordo, o anche quando un coerede chieda giudizialmente lo scioglimento parziale, limitatamente ad alcuni beni, e gli altri coeredi accettino il contraddittorio, non estendendo in via riconvenzionale la domanda all'intera comunione. In giurisprudenza, sul punto vedi Cass., 12 febbraio 1980, n. 1012, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1643.

Spesso, nel corso del processo, si rende necessario risolvere, prima della formazione del progetto e della assegnazione delle quote, conflitti di diritti interni (tra condividenti) o esterni (tra la comunione ed i terzi) alla massa ereditaria, con l'avvio di parentesi processuali che si innestano nel processo principale: si pensi alle ipotesi sempre più frequenti del coerede nel possesso esclusivo di uno o più beni ereditari che chieda l'accertamento in suo favore dell'intervenuto acquisto per usucapione, o di immobili oggetto di divisione che, nelle more del giudizio, vengano occupati abusivamente da terzi che dichiarino di vantare diritti opponibili alla massa ereditaria.

Anche il carattere potestativo del diritto alla divisione, e la sua imprescrittibilità giocano un ruolo rilevante nel determinare il quadro al quale si accenna.

E' innegabile, infatti, che il fattore tempo incida pesantemente sulle sorti del procedimento divisionale.

Maggiore è il protrarsi dello stato di comunione, minori le possibilità di addivenire ad una soluzione condivisa in tempi rapidi, per l'innestarsi di fenomeni modificativi delle situazioni giuridiche comprese nella comunione.

Questi elementi di attrito si amplificano, nella divisione ereditaria, laddove spesso entrano in gioco all'atto della divisione gli istituti della collazione, dell'azione di riduzione, dell'imputazione, o del retratto.

Un'attenzione particolare merita la divisione giudiziale: qualora i comunisti non raggiungano un accordo sarà necessario ricorrere all'autorità giudiziaria per vedere realizzato il proprio piano di interessi.

Il ricorso all'autorità giudiziaria non è vincolato all'esperimento da parte di tutti o alcuni tra i comunisti del previo tentativo di divisione consensuale.

L'assunto, appare meno solido alla luce dell'introduzione dell'istituto della mediazione in materia civile e commerciale, avvenuta nel 2010, poi revocato a seguito delle censure mosse all'istituto medesimo dalla Corte Costituzionale, ed infine reintrodotta, con alcune varianti, proprio con il "decreto del fare" nell'estate del 2013.

Infatti, sia nella vecchia che nella nuova configurazione, la materia divisoria è considerata tra quelle per le quali il previo esperimento del tentativo di conciliazione dinnanzi ai deputati



organismi di mediazione è obbligatorio e costituisce condizione di procedibilità della successiva azione giudiziaria.

Di fatto, una sede in cui si possa tentare la soluzione bonaria della controversia prima di ricorrere all'operato del giudice esiste ed è imposta dalla legge.

Ciò non è sufficiente a decretare il successo della mediazione: statisticamente il comunista/coerede che decida di ricorrervi lo fa non tanto perché animato dalla reale volontà di scongiurare il contenzioso, quanto piuttosto perché "obbligato" ed in un'ottica già orientata al promuovimento della successiva azione giudiziale<sup>196</sup>, considerata la sede più idonea per dirimere le controversie insorte.

Fatta questa doverosa premessa, analizziamo più da vicino il giudizio divisorio, partendo dalla sua natura alquanto peculiare.

Sul punto la dottrina<sup>197</sup> è divisa, ed il dibattito è alimentato dalla struttura complessa del giudizio, che si compone di una prima fase nella quale è necessario verificare sussistenza ed entità del diritto affermato dai partecipanti alla divisione, e di una seconda fase diremmo operativa o esecutiva, volta alla ripartizione del compendio ed all'approvazione del progetto divisionale.

In entrambe le fasi, l'intervento del Giudice può essere più o meno incisivo, a seconda del sorgere o meno di contestazioni sollevate dalle parti, le quali andranno - queste sì - risolte con sentenza.

Per il primo orientamento dottrinale, il giudizio divisorio avrebbe natura contenziosa, esercitandosi un'ordinaria azione civile<sup>198</sup>.

---

196 Il tentativo di mediazione in materia di divisione ereditaria è condizione di procedibilità della successiva azione giudiziaria.

197 Per una recente sintesi v. LOMBARDI, *Orientamenti giurisprudenziali sul procedimento di scioglimento delle comunioni*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1220.

198 CARATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, p. 416; ALLORIO, *Saggio "polemico" sulla giurisdizione volontaria*, ora in A. A., *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, p. 27, già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 487; SCHIAVONE, *Ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di stralcio di quota e giudizio divisorio*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, p. 711; CERINO CANOVA, *Correzione del progetto di divisione dichiarato esecutivo (articolo 789 codice di proc. civile)*, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 203, il quale aderisce esplicitamente alle conclusioni di Allorio in ordine alla funzione decisoria del provvedimento ex art. 789 c.p.c..

Il secondo orientamento<sup>199</sup> critica la prima impostazione sostenendo che l'azione non è rivolta ad ottenere l'irrogazione di una sanzione alla violazione di un obbligo, ma solo la soddisfazione del diritto potestativo allo scioglimento della comunione.

Inoltre, trattandosi di un giudizio non necessariamente destinato a concludersi con una sentenza (potendo anche essere definito *aliunde* nell'ipotesi di intervenuto accordo tra le parti sulla formazione dei lotti, deciso mediante ordinanza dichiarativa dell'esecutività del progetto di divisione o, ancora, trasferito dalle aule giudiziarie allo studio del notaio delegato per ritornare dinanzi al giudice soltanto ai fini dell'emanazione di un decreto concesso pressoché automaticamente), la natura contenziosa non sarebbe sostenibile. Il giudizio avrebbe, al contrario, natura di procedimento di volontaria giurisdizione.

La giurisprudenza ha assunto una posizione pragmatica, stante l'affermazione, anche di recente, del principio per il quale il procedimento di divisione può svolgersi in forme contenziose o non contenziose a seconda dell'atteggiamento delle parti a seguito della formazione del progetto di divisione<sup>200</sup>.

L'adesione all'uno o all'altro orientamento non è di poco momento: si pensi, per esempio, alle conseguenze che l'affermazione della natura contenziosa comporta in materia di applicazione anche al giudizio divisorio delle norme sulle preclusioni assertive ex art.167, 183 e 345 c.p.c.<sup>201</sup>.

---

199 GAZZARA, voce *Divisione ereditaria (diritto privato)*. cit., p. 432; CASULLI, voce *Divisione ereditaria (diritto civile)*, cit., p. 45; FAZZALARI, voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 368; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, p. 25.

200 Cass. ord. 22 giugno 2011, n. 13701: su tale pronuncia v. le considerazioni di SCARPA, *Scioglimento di comunioni e approvazione del progetto di divisione*, in *Immobili e proprietà*, 2012, n. 4.

201 GIORDANO, *Giudizio di scioglimento delle comunioni e preclusioni assertive*, in *Riv. giur. merito*, n. 5/2012, in *De Jure*. La tensione si percepisce anche nell'atteggiamento ondivago della giurisprudenza in tale materia, dettato dall'incontro - scontro di due esigenze: da un lato quella di estendere anche al procedimento di scioglimento delle comunioni i principi relativi alle preclusioni (ormai di interesse pubblico generale), per evitare deprecabili allungamenti dei tempi processuali, dall'altro l'esigenza di permettere la giusta soddisfazione degli interessi dei singoli condividenti.

I giudici della Suprema Corte, pronunciandosi a sezioni unite con sentenza n. 4109 del 20 giugno 2006<sup>202</sup> hanno affermato che anche al giudizio divisorio si applicano i principi di cui agli artt. 36 e 167 c.p.c., in tema decadenza dal potere di proporre domande riconvenzionali non formulate in sede di comparsa di costituzione, in relazione a domande di accertamento di nullità o di simulazione di atti di disposizione posti in essere dal *de cuius*, evidenziando che in tema di giudizio di divisione ereditaria, le caratteristiche del relativo procedimento, rappresentate dalla finalità che esso persegue, di porre fine alla comunione con riferimento all'intero patrimonio del *de cuius*, e dalla possibilità che esso si concluda, non con sentenza, ma con ordinanza che, sull'accordo delle parti, dichiara esecutivo il progetto divisionale, non sono di per sé sufficienti a giustificare deroghe alle preclusioni tipiche stabilite dalla legge per il normale giudizio contenzioso.

Di conseguenza, la S.C. ha ritenuto inammissibili ai sensi dell'art. 167 comma 2 c.p.c., le domande di nullità o di simulazione dirette a far rientrare determinati beni nell'asse ereditario proposte, per la prima volta, in sede di discussione del progetto divisionale.

In forza dello stesso principio si pronuncia una recente decisione di merito<sup>203</sup> la quale, pur premettendo che nel giudizio di divisione ereditaria di un bene non divisibile, le migliorie apportate da uno dei conviventi allo stesso vengano a far parte, per il principio dell'accessione, al bene stesso, con la conseguenza che di esse deve tenersi conto ai fini della stima del bene, nonché della determinazione delle quote e della liquidazione dei conguagli, conclude per l'autonomia dell'azione di rendiconto e quella di pagamento delle migliorie rispetto alla domanda di scioglimento della comunione, sicché la domanda riconvenzionale con la quale si intende chiedere il rendiconto o il pagamento delle migliorie deve essere proposta, a pena di inammissibilità nei limiti di cui all'art. 167 c.p.c..

---

202 Si tratta, più precisamente, di Cass., sez. un., 20 giugno 2006, n. 14109, in *Riv. not.*, 2007, 948 ed in *Corr. mer.*, 2006, n. 12, p. 1427, con nota critica di Travaglino.

203 Trib. Bari, sez. II, 6 ottobre 2011, n. 3105, in [www.giurisprudenzabarese.it](http://www.giurisprudenzabarese.it). In ordine alla possibilità di far valere da parte del convivente il quale abbia apportato migliorie sul bene in comunione il proprio diritto al rimborso delle spese sostenute v., sempre in sede di merito, Trib. Chieti 10 febbraio 2009, n. 93, in *PQM*, n. 2, p. 62.

Stessa sorte spetta all'azione promossa dal condividete che, avendo pagato un debito solidale, richieda nei confronti degli altri condividenti un incremento proporzionale della propria quota<sup>204</sup>.

In ordine ai rapporti tra azione di divisione e azione di riduzione si è già detto. Le azioni in questione sono fra loro autonome e diverse: la prima presuppone la qualità di erede e tende all'attribuzione di una quota ereditaria, mentre la seconda implica la qualità di legittimario leso nella quota di riserva ed è finalizzata alla riduzione delle disposizioni testamentarie o delle donazioni lesive della legittima.

Pertanto, non essendo la domanda di riduzione implicitamente inclusa in quella di divisione, una volta proposta la domanda di divisione, quella di riduzione è da ritenere nuova e, come tale, inammissibile<sup>205</sup>.

Stesse considerazioni valgono per l'azione di reintegrazione della quota di legittima.<sup>206</sup>

In ordine alla domanda di collazione, invece, la giurisprudenza ha ritenuto, in sostanza, di poter qualificare la proposizione della stessa in termini di mera *emendatio libelli*<sup>207</sup>.

La tendenziale estensione del principio favorevole all'applicazione delle preclusioni del procedimento contenzioso anche al giudizio di divisione è verificata anche con riferimento alla domanda volta all'inserimento di ulteriori beni originariamente non indicati nell'atto introduttivo del giudizio<sup>208</sup> o alla richiesta di una

---

204 Trib. Messina, sez. II, 9 marzo 2005, in *De Jure*. Non essendo implicitamente contenuta in quella di divisione, l'azione di reintegrazione della quota di legittima non è proponibile per la prima volta nel giudizio di appello, trattandosi di domanda nuova, caratterizzata da *causa petendi* e *petitum* diversi da quelli della domanda di divisione proposta inizialmente

205 Cass. 10 novembre 2010, n. 22885 in *De Jure*.

206 Cass. 29 marzo 2000, n. 3821, in *Riv. not.*, 2001, 700.

207 Trib. Reggio Calabria 10 novembre 2004, in *De Jure*. La domanda di collazione proposta nel giudizio di divisione ereditaria, riguardo a somme che si assumono prestate in vita dal *de cuius* al coerede, è inammissibile e la relativa produzione documentale si considera *tamquam non esset*, quando è formulata oltre la prima udienza di trattazione e dopo che il giudice abbia provveduto sulle richieste istruttorie

208 Cass. 28 aprile 2011, n. 9472, in *De Jure*, la quale ha annullato la pronuncia del giudice di secondo grado che, in controversia per la divisione di un immobile, composto da un fabbricato e da un'area esterna allo stesso, aveva ritenuto una mera modalità divisionale la domanda prospettata per la prima volta in appello di

diversa formazione delle quote rispetto a quanto domandato nell'atto introduttivo<sup>209</sup>.

In senso difforme, tuttavia, si è espressa la stessa S.C. in pronunce meno recenti<sup>210</sup>.

Diversamente, non può considerarsi nuova e perciò preclusa, la domanda di simulazione dell'atto di vendita di un bene effettuato dal *de cuius* in favore di uno dei coeredi e la conseguente domanda di collazione del beni alla massa, in quanto entrambe sono volte a far rientrare nell'asse ereditario il bene fittiziamente compravenduto<sup>211</sup>.

Al contrario, anche nella giurisprudenza più risalente è stato precisato che integra domanda nuova inammissibile nel corso del giudizio l'istanza volta alla divisione di un asse ereditario, pur tra le stesse parti del giudizio, diverso da quello oggetto dell'originaria domanda di divisione<sup>212</sup>.

Sotto un distinto profilo, il rigore della giurisprudenza di legittimità in tema di preclusioni nel giudizio di scioglimento delle comunioni è stato espresso anche con riferimento al mutamento della *causa petendi* ritenuto idoneo, sebbene vengano in rilievo diritti c.d.

procedere alla divisione anche dell'area esterna adibita a giardino comune al fabbricato.

209 Cass. 28 dicembre 2011, n. 29372, in *De Jure*. La deduzione del fatto che un convivente sia tenuto alla collazione di un bene donato, costituendo eccezione in senso proprio poiché diretta a paralizzare la pretesa di tale convivente a partecipare alla divisione secondo quanto gli spetterebbe ove tale donazione non avesse avuto luogo, resta assoggettata alle preclusioni stabilite dall'art. 167 comma 2 c.p.c.

210 Cass. 12 maggio 1999, n. 4698, in *De Jure*. Nel giudizio di reintegra nella quota di riserva e di divisione dell'asse ereditario, non costituisce domanda nuova, pertanto inammissibile ai sensi dell'art. 345 c.p.c., la richiesta diretta a ricomprendere nel *relictum* i beni oggetto di una determinata donazione, poiché si tratta di questione da risolvere incidentalmente ed anche d'ufficio ai soli fini dell'esatta ricostruzione del *relictum* e la richiesta integra, pertanto, una mera sollecitazione del potere-dovere del giudice di decidere, è implicitamente contenuta nella domanda introduttiva, non amplia il *thema decidendum* e non soggiace pertanto alle preclusioni previste per le domande nuove.

211 Cass. 20 febbraio 2003, n. 2568, la quale pone in particolare evidenza lo scopo del giudizio di divisione onde motivare l'orientamento affermato; Cass. 13 dicembre 2005, n. 27410. Cass. 17 giugno 2011, n. 13385, in *De Jure*.

212 Cass. 13 giugno 1973, n. 1718, in *De Jure*.

autodeterminati, ad integrare una vera e propria *mutatio* e non già una mera *emendatio libelli*.

Si pensi all'ipotesi in cui gli eredi invochino in primo grado, come titolo successorio, il proprio diritto di rappresentazione rispetto al genitore che ha rinunciato all'eredità e poi, in grado di appello, ribadiscano la domanda di divisione sul diverso presupposto per cui, non avendo il genitore redatto l'inventario nei termini di legge ed essendo il medesimo nel possesso dei beni ereditari, la sua rinuncia sarebbe da ritenere priva di effetto<sup>213</sup>.

Non costituisce domanda nuova, nel giudizio di divisione avente ad oggetto un bene immobile, quella con cui si introduca per la prima volta in grado di appello un tema d'indagine riguardante la stima del bene, atteso che essa non modifica né l'oggetto né la *causa petendi* del giudizio, costituendo la stima del bene momento necessario per procedere alla divisione<sup>214</sup>.

La richiesta di attribuzione dell'intero compendio immobiliare ai sensi dell'art. 720 c.c.<sup>215</sup>, ossia quando il compendio sia indivisibile o non comodamente divisibile sicché deve derogarsi alla regola generale del diritto di ciascun condividente al diritto di una quota in natura<sup>216</sup>,

---

213 Cass. 20 settembre 2010, n. 19884, in *De Jure*. Conf. Cass. 17 giugno 1991, n. 6838, in *De Jure*. Proposta in primo grado domanda di divisione ereditaria sulla base di un testamento pubblico, costituisce domanda nuova, come tale inammissibile in appello, quella diretta ad ottenere la divisione in forza di un testamento olografo del *de cuius*, trattandosi di domanda fondata su di una diversa *causa petendi*, costituita da una distinta manifestazione di volontà del *de cuius*, esplicitata in forme e tempi diversi e con diverse connotazioni e garanzie anche sul piano probatorio.

214 Cass. 22 ottobre 2010, n. 21791, in *De Jure*.

215 In arg. cfr. ALVINO, *L'art. 720 c.c. ed i criteri di scelta per l'attribuzione del bene non comodamente divisibile*, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 1511 ss.; ANDOLINA, *Istanza di attribuzione per intero di immobile non comodamente divisibile e giudizio divisorio*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, p. 1115 ss.; GAROFALO, *Assegnazione di beni indivisibili a coeredi con quote diseguali*, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 61 ss.; TEDESCO, *Sulla preferenza accordata dall'art. 720 c.c. al titolare della maggiore quota in ipotesi di comunione ereditaria comprendente più beni indivisibili*, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1521.

216 Proprio la natura derogatoria della norma comporta che la non comoda divisibilità di un immobile può essere ritenuta solo ove risulti rigorosamente accertata la ricorrenza dei suoi presupposti, i quali consistono, sotto l'aspetto strutturale (a parte l'ipotesi estrema della irrealizzabilità fisica del frazionamento), nella impossibilità di formare in concreto porzioni suscettibili di autonomo e libero godimento, non compromesso da servitù, pesi o limitazioni eccessivi, e non

attiene alle modalità di attuazione della divisione<sup>217</sup> e non costituisce domanda nuova, potendo essere proposta per la prima volta anche in appello<sup>218</sup>. Peraltro, si è precisato che, qualora nel giudizio di primo grado una delle parti abbia formulato domanda di attribuzione dell'intero compendio, mentre l'altra si sia limitata ad opporsi alla divisione, quest'ultima non potrà più proporre la domanda di

---

richiedenti opere complesse e di notevole costo; sotto l'aspetto economico funzionale, nel sensibile deprezzamento del valore delle porzioni rispetto al valore dell'intero, tenuto conto dell'usuale destinazione e della pregressa utilizzazione del bene stesso (v., tra le tante, Cass., 29 maggio 2007, n. 12498; Cass. 30 luglio 2004, n. 14540; Cass. 7 febbraio 2002, n. 1738; Cass. 23 ottobre 2001, n. 12998; Cass. 24 novembre 1998, n. 11891; Cass. 15 febbraio 1990, n. 1104; Cass. 11 agosto 1990, n. 8201; Cass. 30 gennaio 1979, n. 673, tutte in *De Jure*. Cass. 16 luglio 1971, n. 2328, in *Giur. it.*, 1972, I, p. 501). Nella recente giurisprudenza di merito si è osservato che in tema di scioglimento di comunione, il principio in base al quale la divisione deve avere luogo, di massima, in natura non esclude la possibilità del ricorso al correttivo del conguaglio in danaro previsto dall'art. 728 c.c. atteso che in tema di divisione giudiziale di compendio immobiliare ereditario, l'art. 718 c.c. — il quale riconosce a ciascun coerede il diritto di conseguire in natura la parte dei beni a lui spettanti con le modalità stabilite nei successivi artt. 726 e 727 c.c. — trova deroga, ai sensi dell'art. 720 c.c., non solo nel caso di mera non divisibilità dei beni, ma anche in ogni ipotesi in cui gli stessi beni non siano comodamente divisibili, evidenziandosi che detta situazione, ricorre nella fattispecie in cui, pur risultando il frazionamento materialmente possibile sotto l'aspetto squisitamente strutturale, non siano tuttavia realizzabili porzioni suscettibili di formare oggetto di autonomo e libero godimento, non compromesso da servitù, pesi o limitazioni eccessive, non richiedenti opere complesse o di notevole costo, ovvero porzioni, che, sotto l'aspetto economico-funzionale, risulterebbero sensibilmente deprezzate in proporzione al valore dell'intero bene (Trib. Bari, sez. I, 7 settembre 2009, n. 2575, in *De Jure*). Se nessuno dei condividenti fa istanza ex art. 720 c.c. il giudice istruttore dovrà invece disporre la vendita del bene in comunione (Cass. 13 maggio 2010, n. 11641, in *Foro it.*, 2011, I, p. 173, con nota di R. Lombardi ed in *Riv. not.*, 2011, p. 181, con nota di Musolino).

217 In tema di divisione ereditaria il principio che vuole l'attribuzione ai condividenti di beni in natura, in proporzione dell'entità di ciascuna quota, trova eccezione quando oggetto della divisione sia un solo immobile indivisibile o non comodamente divisibile e, nell'attribuire l'immobile per intero ad uno dei condividenti, peraltro, il giudice può discrezionalmente scegliere il condividente cui assegnarlo, indicando i motivi in base ai quali ha ritenuto di dover dare la preferenza all'uno piuttosto che all'altro degli aspiranti all'assegnazione (App. Roma, sez. III, 1 marzo 2011, n. 836).

218 Cfr., tra le altre, Cass. 3 maggio 2010, n. 10624; Cass. 28 maggio 2008, n. 14008; Cass. 14 maggio 2008, n. 12119, in *De Jure*.

attribuzione per la prima volta in grado di appello<sup>219</sup>. In sostanza, le richieste, nei giudizi di divisione, di attribuzione di beni determinati, poiché attengono alle modalità di attuazione dello scioglimento della comunione, non danno luogo a “domande” in senso proprio, sicché possono senz'altro essere formulate per la prima volta in appello<sup>220</sup>.

Inoltre, secondo un recente precedente di merito, nell'ipotesi di controversia avente ad oggetto domanda di divisione giudiziale, anche il passaggio dalla domanda di attribuzione del bene immobile a quella di vendita del medesimo, non è sottoposta alle preclusioni di legge, trattandosi di mere modalità delle divisione che possono essere sempre richieste e modificate senza preclusioni<sup>221</sup>.

---

219 Cass. 3 maggio 2010, n. 10624, cit.

220 Cass. 11 giugno 2007, n. 13654, in *De Jure*. In termini simili v. già Trib. Pavia 23 maggio 1986, in *De Jure*.

221 Trib. Tivoli 30 novembre 2010, n. 1643, in *De Jure*.



### 2.1. Il giudizio di divisione.

La disciplina del giudizio di scioglimento delle comunioni è contenuta nel libro IV, titolo V del codice di procedura civile, agli artt. 784 e ss, ed è inserita tra i procedimenti speciali.

L'art. 784 c.c. apre con l'enunciazione del principio del litisconsorzio necessario in materia divisoria, per il quale la domanda di divisione deve essere necessariamente proposta nei confronti di tutti i coeredi (nel caso di scioglimento di comunione ereditaria) o nei confronti di tutti i condomini (nel caso di comunione ordinaria) e dei loro creditori oppositori, se presenti.

Qualora, infatti, la sentenza venisse adottata ad esito di un contraddittorio solo parziale, essa sarebbe *inutiliter data*, cioè inidonea a produrre alcun effetto.

Il difetto di contraddittorio può essere rilevato in ogni stato e grado del giudizio anche d'ufficio dal Giudice il quale, per la disciplina di cui agli artt. 102 e 310 c.p.c. dovrebbe concedere alle parti un termine per l'integrazione del medesimo, la cui inosservanza condurrebbe all'estinzione del processo.

Dal punto di vista soggettivo, è evidente che il principio del litisconsorzio necessario non importa la partecipazione al giudizio di chi non sia coerede o di colui che pur chiamato, abbia rinunciato all'eredità, e neppure del legittimario pretermesso, almeno fino a quando, con l'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione, non abbia conseguito la qualità di erede.

Devono, invece, partecipare al giudizio di divisione i successori a titolo universale del coerede, i coeredi in rappresentazione, l'erede indicato dal testatore in sostituzione del primo chiamato, e lo Stato, nel caso in cui uno dei dividendi sia deceduto senza lasciare alcun erede.

Tra i soggetti che devono partecipare al giudizio di divisione la dottrina annovera, seppur non unanimemente, l'usufruttuario anche *ex lege* di quota<sup>222</sup>, il coerede istituito sotto condizione risolutiva<sup>223</sup> e

---

222 MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., p. 133. La giurisprudenza distingue tra divisione giudiziale, per la quale è obbligatoria in caso di comunione ereditaria la partecipazione dell'usufruttuario purché rivesta anche la qualità di erede, e divisione convenzionale, per la quale non è obbligatoria "*dovendo ritenersi consentito ai comproprietari, nell'esercizio della loro autonomia negoziale,*

l'acquirente della quota ereditaria in caso di cessione in suo favore da parte di uno o più coeredi<sup>224</sup>.

Accanto a coloro che devono necessariamente partecipare alla divisione pena l'inefficacia della sentenza che definisca il giudizio, vanno menzionati i creditori e gli aventi causa opposenti dei partecipanti, i quali ex art. 1113 c.c. devono essere chiamati ad intervenire in ragione della loro particolare posizione giuridica, ed a tutela dei propri interessi.

Il mancato coinvolgimento di queste categorie di soggetti nel giudizio divisorio, però, non comporta la nullità radicale della divisione, ma l'inefficacia relativa del piano divisionale nei loro confronti, qualora questi ultimi abbiano trascritto l'opposizione o trascritto il titolo anteriormente alla trascrizione dell'atto di divisione o della domanda giudiziale<sup>225</sup>.

Passiamo ora all'analisi del procedimento divisionale "tout court" .

L'azione si introduce con atto di citazione, che deve contenere oltre alla domanda volta ad ottenere la divisione, anche l'indicazione,

*di pattuire tra di essi lo scioglimento della comunione stessa...*" Cass., 8 giugno 2001, n. 7785, in *De Jure*.

223 MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 113. In questo caso, qualora si realizzi l'evento dedotto in condizione, la divisione sarà inefficace limitatamente ai beni al medesimo assegnati, i quali dovranno confluire di nuovo nella massa ereditaria per essere divisi tra gli altri coeredi.

224 Per l'opinione più risalente nel tempo, ormai minoritaria, legittimato alla divisione sarebbe comunque il coerede alienante, poiché la cessione della quota non comporterebbe la dismissione della qualità di erede, e poiché in sede divisionale potrebbe essere necessario regolare rapporti -anche debitori - non compresi nella originaria cessione. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 430. La dottrina dominante, come detto, ritiene invece legittimato ad agire in divisione solo l'acquirente della quota, quale unico portatore di un interesse attuale e concreto allo scioglimento della comunione. Tra i tanti, MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit. p. 131; MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 113.

225 Più diffusamente, in arg., tra gli altri, ALVINO, *La presenza del cessionario, quale litisconsorte necessario, nel giudizio di divisione ereditaria*, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1511 ss.; BALBI, *Domande assorbite in appello e integrità del contraddittorio nel giudizio di impugnativa della divisione*, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, p. 633 ss.; COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979; PAVANINI, *Il litisconsorzio nei giudizi divisorii*, Padova, 1948; TEDESCO, *Sul litisconsorzio necessario nei giudizi divisorii con riguardo ai creditori opposenti*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 3258.

almeno in forma generica, dei beni che compongono la massa in comunione.

La domanda deve essere trascritta ai fini dell'osservanza del principio di continuità delle trascrizioni, secondo quanto previsto dall'art. 2650 c.c.; soddisfa, inoltre, l'esigenza di tutelare gli aventi causa da uno o più condomini che abbiano trascritto il loro titolo anteriormente alla trascrizione della divisione; i creditori ipotecari di uno o più coeredi; i creditori chirografari che abbiano trascritto l'opposizione alla divisione prevista dall'art. 1113 c.c..

## **2.2. Strumenti per prevenire il contenzioso.**

Come si è cercato di dimostrare nei precedenti paragrafi, il ricorso alla divisione giudiziale comporta per i condividenti non poche complicazioni.

Se è vero che ciò consegue in generale all'avvio di ogni parentesi processuale, nei giudizi finalizzati allo scioglimento delle comunioni, ed in particolare di quella ereditaria, le complessità sono se possibile amplificate.

Alle difficoltà che derivano dalla normativa, per larghi tratti lacunosa, si affiancano quelle connaturate agli accertamenti tecnici da compiersi sul patrimonio dividendo nelle varie fasi del procedimento, che si traducono nell'allungamento dei tempi processuali e nella conseguente immobilizzazione dei beni, con pregiudizio per gli interessi dei condividenti.

A ciò si aggiungano gli elevati costi di accesso alle aule di Tribunale e di assistenza legale.

In questo scenario, compito doveroso dell'interprete e dell'operatore del diritto è di indagare quali siano le strade alternative alla divisione giudiziale, e se la loro praticabilità possa essere incentivata, anche in un'ottica di sistema dato che il legislatore, soprattutto negli ultimi tempi, ha cercato di porre rimedio al cospicuo arretrato civile con strumenti di tutela alternativi, disincentivando il ricorso al contenzioso.

In materia di divisione ereditaria, in particolare, si è cercato di ovviare alle criticità in questione intervenendo su due profili distinti, sui quali è opportuno spendere qualche cenno.

Da una parte, le cause di divisione sono state inserite tra quelle per le quali le parti hanno l'obbligo di esperire a pena di improcedibilità della domanda giudiziale un previo tentativo di mediazione.

Dall'altra, si è intervenuti su alcuni aspetti della disciplina e del procedimento divisionale, delegando ai notai ed agli avvocati alcune competenze prima attribuite esclusivamente al Giudice.

### **2.3. Divisione e mediazione obbligatoria.**

Al fine di promuovere la soluzione non contenziosa dello scioglimento della comunione, il legislatore, nel reintrodurre la mediazione quale istituto di soluzione delle controversie alternativa al contenzioso, la cui formulazione originaria era caduta sotto la scure di incostituzionalità per eccesso di delega<sup>226</sup>, ha reinserto la divisione tra le materie per le quali è obbligatorio a pena di improcedibilità della domanda giudiziale esperire il tentativo di mediazione e conciliazione dinanzi ad uno tra gli organismi competenti presenti a livello territoriale.

Il procedimento prende avvio su istanza della parte interessata e può concludersi con la formalizzazione di un accordo che costituirà titolo esecutivo, oppure con il mancato accordo, che aprirà le porte del giudizio.

Nel caso in cui il fallimento del tentativo di conciliazione sia dipeso dalla mancata comparizione di una delle parti invitate, pur regolarmente convocate, il Giudice potrà valutare tale condotta nel successivo giudizio, anche e soprattutto in punto di condanna alle spese.

### **2.4. La nuova disciplina della divisione su “domanda congiunta”.**

Con D.L. 21 giugno 2013 n. 69 (c.d. «decreto del fare») recante “*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*” (convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013 n. 98) è stata introdotta la divisione a domanda congiunta.

---

<sup>226</sup> Corte Cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Gazzetta Ufficiale* 12 dicembre 2012.

L'art. 77 del D. L. n. 69 prevede l'inserimento dopo il procedimento contenzioso di divisione di un nuovo procedimento di divisione, da collocarsi nell'ambito della volontaria giurisdizione:<sup>227</sup>

Il nuovo istituto è stato introdotto per agevolare la divisione dei patrimoni comuni e, quindi, la messa in commercio di beni che potrebbero rimanere immobilizzati – a scapito della loro produttività - nelle more del giudizio ordinario.

---

<sup>227</sup> *Quando non sussiste controversia sul diritto alla divisione né sulle quote o altre questioni pregiudiziali gli eredi o condomini e gli eventuali creditori e aventi causa che hanno notificato o trascritto l'opposizione alla divisione possono, con ricorso congiunto al tribunale competente per territorio, domandare la nomina di un notaio ovvero di un avvocato aventi sede nel circondario al quale demandare le operazioni di divisione. Le sottoscrizioni apposte in calce al ricorso possono essere autenticate, quando le parti lo richiedono, da un notaio o da un avvocato. Se riguarda beni immobili, il ricorso deve essere trascritto a norma dell'articolo 2646 del codice civile. Si procede a norma degli articoli 737 e seguenti del presente codice. Il giudice, con decreto, nomina il notaio eventualmente indicato dalle parti e, su richiesta di quest'ultimo, nomina un esperto estimatore.*

*[II] Quando risulta che una delle parti di cui al primo comma non ha sottoscritto il ricorso, il professionista incaricato rimette gli atti al giudice che, con decreto, dichiara inammissibile la domanda e ordina la cancellazione della relativa trascrizione. Il decreto è reclamabile a norma dell'articolo 739.*

*[III] Il professionista incaricato designato, sentite le parti e gli eventuali creditori iscritti o aventi causa da uno dei partecipanti che hanno acquistato diritti sull'immobile a norma dell'articolo 1113 del codice civile, nel termine assegnato nel decreto di nomina predispose il progetto di divisione o dispone la vendita dei beni non comodamente divisibili e dà avviso alle parti e agli altri interessati del progetto o della vendita. Alla vendita dei beni si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni relative al professionista delegato di cui al Libro terzo, Titolo II, Capo IV, Sezione III, § 3-bis. Entro trenta giorni dal versamento del prezzo il professionista incaricato predispose il progetto di divisione e ne dà avviso alle parti e agli altri interessati.*

*[IV] Ciascuna delle parti o degli altri interessati può ricorrere al Tribunale nel termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione dell'avviso per opporsi alla vendita di beni o contestare il progetto di divisione. Sull'opposizione il giudice procede secondo le disposizioni di cui al Libro quarto, Titolo I, Capo III bis; non si applicano quelle di cui ai commi secondo e terzo dell'articolo 702-ter. Se l'opposizione è accolta il giudice dà le disposizioni necessarie per la prosecuzione delle operazioni divisionali e rimette le parti avanti al professionista incaricato.*

*[V] Decorso il termine di cui al quarto comma senza che sia stata proposta opposizione, il professionista incaricato deposita in cancelleria il progetto con la prova degli avvisi effettuati. Il giudice dichiara esecutivo il progetto con decreto e rimette gli atti al professionista incaricato per gli adempimenti successivi.*

Presupposti essenziali del procedimento di divisione su domanda congiunta che, dalla enunciazione della norma sembra applicabile sia alla scioglimento della comunione ordinaria che ereditaria, sono in primo luogo l'assenza di contestazioni in merito al diritto alla divisione ed alla formazione delle quote e l'inesistenza di altre questioni pregiudiziali o incidentali alla divisione, che debbano essere necessariamente demandate al giudice.

Lo strumento è rivolto, in sostanza, a risolvere le ipotesi più semplici di scioglimento delle comunioni, cioè quelle che presentano una complessità giuridica molto limitata.

In questi casi, su ricorso congiunto delle parti (tra le quale rientrano, eventualmente, anche i creditori oppositori e gli eventuali aventi causa) il giudice può autorizzare la nomina di un professionista (notaio o avvocato) che si occupi di predisporre il progetto divisionale ed eventualmente la vendita dei beni immobili non comodamente divisibili.

In mancanza di opposizione, il progetto divisionale viene reso esecutivo da parte del giudice con decreto.

Indice della natura del procedimento è il richiamo della normativa alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio per la nomina del notaio o dell'avvocato.

Quest'ultimo, difatti, svolge il ruolo di terzo mediatore tra le parti, nel momento in cui le stesse non riescano a mettersi d'accordo sul contenuto e sull'attribuzione dei singoli lotti, mentre lo sono sulla consistenza della comunione e sulle quote: si deve escludere perciò che possono essere presentate, insieme alla domanda congiunta di divisione, quelle di collazione, simulazione, nullità o falsità del testamento.

L'introduzione del procedimento non contenzioso di divisione, accanto a quello già presente nel codice di procedura civile, non fa che rafforzare la tesi della natura contenziosa di quest'ultimo giudizio, dall'inizio alla fine, nel cui ambito viene dato certamente ampio spazio a tentativi di chiudere la controversia in via non contenziosa: prima dell'inizio del giudizio, con la mediazione obbligatoria, dopo l'inizio del giudizio, in sede di svolgimento delle operazioni di

divisione davanti al notaio o ad altro professionista ed ora anche davanti al giudice, grazie al nuovo art. 185-bis c.p.c.<sup>228</sup>

Quest'ultima disposizione è di certo applicabile anche al giudizio di divisione se lo si considera un procedimento a cognizione piena, con momenti di specialità dovuti alla peculiarità della materia che accoglie, il quale, tuttavia, segue per il resto la disciplina del secondo libro del codice di procedura civile.

Torniamo alla divisione su domanda congiunta per mettere in evidenza alcune peculiarità di questo procedimento non contenzioso.

L'accordo tra i condividenti, desumibile dall'atto introduttivo, che deve essere sottoscritto, a pena di inammissibilità, da tutti i condomini e dagli eventuali creditori iscritti o aventi causa che abbiano notificato o trascritto l'opposizione alla divisione, ha una duplice valenza, procedimentale immediata e sostanziale, con efficacia posticipata al termine delle operazioni divisionali e condizionata al buon esito delle medesime: la prima concerne la nomina del professionista incaricato della divisione; la seconda la conclusione dell'accordo di divisione sul progetto predisposto dal professionista incaricato.

L'ultimo comma dell'art. 791 bis dispone che, in caso di mancata opposizione, il professionista depositi in cancelleria il progetto con la prova degli avvisi effettuati e che conseguentemente il giudice dichiari con decreto l'efficacia esecutiva dell'accordo.

La semplificazione nella conclusione dell'accordo di divisione costituisce la principale giustificazione dell'introduzione del nuovo procedimento, che in caso contrario potrebbe risultare una sorta di duplicazione di quanto già previsto all'art. 730 c.c. che prevede la possibilità di deferire ad un notaio, nominato in mancanza di accordo con decreto del tribunale, la formazione di porzioni in sede di divisione ereditaria, strada praticabile anche in caso di divisione ordinaria secondo il disposto dell'art. 1116 c.c.

---

<sup>228</sup> 185-bis. (*Proposta di conciliazione del giudice*) Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricsuzione o astensione del giudice.

L'art. 730 c.c. non autorizza a ritenere che, compiute le operazioni divisionali, le parti non debbano procedere alla sottoscrizione del negozio di divisione.

Altra differenza tra i due procedimenti stragiudiziali sta nella previsione nella nuova disciplina di un processo contenzioso semplificato per il caso in cui vi siano contestazioni al progetto di divisione: l'art. 791-bis rinvia alle disposizioni del Libro IV, Titolo I, Capo III bis, cioè al procedimento sommario di cognizione; l'art. 730 si limita invece a disporre che tutte le contestazioni siano rimesse insieme all'autorità giudiziaria.

Pur non potendo le parti intraprendere il procedimento ove abbiano contestazioni da muovere intorno all'esistenza del diritto alla divisione, nulla vieta che esse si siano attivate giudizialmente dopo o contemporaneamente alla proposizione della divisione su domanda congiunta.

Nel primo caso l'accoglimento della domanda farebbe venir meno la validità dell'accordo; nel secondo caso l'avvio del processo comporta l'interruzione delle operazioni divisionali che si stanno svolgendo davanti al professionista, per il venire meno della condizione essenziale che consente di accedere al procedimento di divisione su domanda congiunta, l'accordo delle parti.

In entrambi i casi si deve agire ai sensi degli artt. 784 e ss. c.p.c..

Il procedimento per la nomina del notaio o avvocato si svolge ai sensi degli artt. 737 e ss. c.p.c.<sup>229</sup>

Il primo comma del nuovo art. 791 bis richiede che il ricorso introduttivo sia presentato congiuntamente da tutti i condomini, oltre che dagli eventuali creditori iscritti ed aventi causa che abbiano notificato o trascritto l'opposizione, con la possibilità di autenticazione delle firme da parte di un notaio o avvocato a richiesta delle parti: il

---

<sup>229</sup> In proposito, nel parere reso dal Consiglio Nazionale Forense sul «decreto del fare», si proponeva l'estensione della possibilità di delegare le operazioni di divisione oltre che ad avvocati anche a commercialisti, figure professionali già utilmente impegnate in attività del medesimo genere (si fa riferimento alle attività loro delegate nelle procedure concorsuali ed esecutive). Il legislatore ha accolto solo in parte tale suggerimento, ritenendo non appropriato per i dottori commercialisti il compito di procedere alle operazioni divisionali.



comma 3 stabilisce la sanzione di inammissibilità della domanda in caso di mancata sottoscrizione del ricorso da una delle parti suddette.

Questa disposizione deve essere coordinata con art. 1113 c.c., ove in particolare è previsto che: i creditori e gli aventi causa da un partecipante possono intervenire nella divisione a proprie spese, ma non possono impugnare la divisione già eseguita, a meno che abbiano notificato un'opposizione anteriormente alla divisione stessa (comma 1); devono essere chiamati a intervenire, perché la divisione abbia effetto nei loro confronti, i creditori iscritti e coloro che hanno acquistato diritti sull'immobile in virtù di atti soggetti a trascrizione e trascritti prima della trascrizione dell'atto di divisione o della trascrizione della domanda di divisione giudiziale (comma 3).

La *ratio* della norma è quella di tutelare i creditori e gli aventi causa di un condividente che dalla divisione potrebbero avere un danno, se al loro debitore o dante causa venisse assegnata una porzione di valore più basso rispetto al valore della relativa quota indivisa oppure un bene diverso rispetto a quello di cui il dante causa abbia disposto (in considerazione anche del dettato dell'art. 2825 c.c.).

Ai creditori ed agli aventi causa intervenuti è data facoltà di impugnare la divisione non ancora eseguita<sup>230</sup> e, se hanno proposto opposizione nel rispetto delle condizioni di cui ai c. 1 e 2 dell'art. 1113 c.c., di impugnare anche la divisione già eseguita, purché dimostrino che di aver ricevuto un pregiudizio dalla stessa divisione<sup>231</sup>

I creditori e gli aventi causa di cui all'art. 1113, comma 3 non sono parti necessarie alla divisione, giudiziale o stragiudiziale che sia, perché non sono contitolari del diritto di proprietà sul patrimonio comune, ma se non sono chiamati ad intervenire possono far valere l'inefficacia della divisione pregiudizievole nei loro confronti; ove essi, pur chiamati, decidessero di non intervenire, perderebbero il diritto di impugnare la divisione, perché con il loro comportamento passivo dimostrerebbero di non avere interesse alla sorti del patrimonio comune.

Se il ricorso non viene sottoscritto da tutti i condomini, il notaio deve rimettere gli atti al giudice che dichiara inammissibile la domanda con decreto reclamabile ai sensi dell'art. 739 c.p.c.

---

<sup>230</sup> Cass. 9 novembre 2012 n. 19529, in *De Jure*.

<sup>231</sup> Cass. 21 maggio 2004 n. 9765; Id. 9 novembre 2012 n. 19529, in *De Jure*.

Se la comunione ha ad oggetto beni immobili, si deve ritenere soggetto a trascrizione il decreto con cui il giudice dichiara esecutivo il progetto di divisione, dato che secondo la costante giurisprudenza la trascrizione della domanda giudiziale, a differenza di quella degli atti e dei provvedimenti, è ammessa soltanto nei casi tassativamente indicati (articoli 2652 e 2653 c. c.)<sup>232</sup>

Nel termine indicato dal decreto di nomina, il professionista predispone il progetto di divisione o dispone la vendita dei beni non comodamente divisibili e dà avviso alle parti e agli altri interessati del progetto o della vendita.

Alla vendita dei beni si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni relative al professionista delegato di cui al Libro III, Titolo II, Capo IV.

Effettuata la vendita, entro trenta giorni il notaio predispone il progetto di divisione e ne dà avviso ai condomini.

Nel termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione dell'avviso le parti possono opporsi alla vendita di beni o contestare il progetto di divisione.

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

Per favorire la rapida definizione della parentesi contenziosa, viene esclusa la facoltà del giudice di passare dal procedimento sommario a quello a cognizione piena; quest'ultima eventualità si può avere solo nel caso in cui l'ordinanza conclusiva sia impugnata, essendo essa soggetta ad appello ordinario, però con la più ampia possibilità di introdurre novità.

L'appello previsto dall'art. 702 quater non è soggetto a filtro ed è consentita la richiesta di nuovi mezzi di prova e nuovi documenti che sono ammissibili purché il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione.

Oggetto dell'opposizione non possono essere contestazioni relative al diritto di divisione ovvero alle quote, che, come sopra detto, debbono essere mosse ai sensi dell'art. 784 e ss. c.p.c. e che comportano l'immediata interruzione delle operazioni di divisione davanti al professionista incaricato.

---

<sup>232</sup> Si veda più ampiamente sul punto: Trib. Napoli 15 gennaio 2010; Cost. 23 febbraio 2011, n. 47, in *Foro it.*, 2011, I, p. 1981.

Se l'opposizione è accolta il giudice dà le disposizioni necessarie per la prosecuzione delle operazioni divisionali e rimette le parti avanti al notaio.

Se l'opposizione non viene proposta, il notaio deposita in cancelleria il progetto con la prova degli avvisi effettuati.

Il giudice, dopo aver eseguito un controllo esclusivamente di regolarità formale, dichiara esecutivo il progetto con decreto.

Si prevede, inoltre, che vengano rimessi gli atti al notaio per gli adempimenti successivi: probabilmente con tale espressione si intende, prima di tutto, l'estrazione a sorte di lotti uguali tra di loro.

E' lecito ritenere che le parti possano fare opposizione avverso il processo verbale dal quale risulta l'attribuzione delle quote: in questo caso si procede, per applicazione analogica, secondo le modalità di cui al comma quinto dello stesso art. 791 bis.

Considerando che il decreto assolve ad una funzione di semplice controllo formale della regolarità del procedimento di divisione e di conferimento dell'efficacia esecutiva all'accordo delle parti, a cui si deve far risalire l'effetto divisorio, potrebbe concludersi per la sua impugnabilità come parte di un negozio giuridico illegittimo, cioè con l'azione di nullità o con altri mezzi di tutela negoziale, quale l'azione di rescissione.

Infine, non essendosi formato alcun giudicato sul punto, nulla toglie che anche successivamente alla chiusura dell'accordo i condividenti possano muovere contestazioni al diritto alla divisione: l'accertamento di una differente misura di ciascuna quota o la modificazione del numero dei condividenti comporta la necessità di procedere ad una nuova divisione; il rigetto della domanda, su richiesta del convenuto, porta alla conferma dell'accordo.

### **3. Regolamenti divisionali alternativi alla divisione contrattuale e giudiziale: assegno divisionale semplice e qualificato.**

Proseguendo la nostra indagine, che ci ha condotto dalla divisione contrattuale fino a quella giudiziale, è lecito domandarsi se vi siano strumenti alternativi che permettano di definire un complessivo regolamento divisionale senza ricorrere allo strumento tipico del contratto o al giudicato civile.

La risposta al quesito non è irrilevante, ed anzi appare di strettissima attualità, in un contesto nel quale gli interpreti si interrogano sulla efficacia degli strumenti fino ad oggi utilizzati per assicurare il passaggio generazionale della ricchezza, sia *inter vivos* che *mortis causa*, e che manifesta spinte centripete verso l'abbandono degli istituti classici (e tra questi del testamento, o almeno della sua tradizionale configurazione) in favore di schemi nuovi di trasferimento della ricchezza (si pensi, per esempio, al *trust* o al patto di famiglia).

E' un dato innegabile che in materia successoria l'ordinamento riconosca ampi margini di autonomia al testatore.

Vogliamo riferirci, in primo luogo, alle fattispecie codificate negli artt. 733 e 734 c.c, nelle quali è data al testatore la possibilità di modellare la futura divisione delle sue sostanze tra gli aventi diritto.

Nella prima, qualificata comunemente con l'espressione assegno divisionale semplice, il testatore predispone nell'atto di ultima volontà una o più disposizioni con le quali intende "guidare" la futura divisione tra i coeredi, dettando delle regole per la formazione delle porzioni.

Siamo dinnanzi ad una fattispecie a formazione progressiva nella quale le disposizioni elaborate dal testatore hanno efficacia puramente obbligatoria, dato che l'effetto divisionale non può prescindere dalla successiva iniziativa dei coeredi, volta a darne attuazione.

Sulla natura del vincolo, la dottrina ha proposto diverse teorie.

La tesi prevalente configura l'assegno divisionale semplice come legato obbligatorio<sup>233</sup>, anche se non sono mancate opinioni difformi.

---

233 MENGONI, *Divisione testamentaria*, cit., p. 71 e ss.. *Contra*, v. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 586, secondo il quale "una volta compresi nella quota, il bene o i beni, secondo le "norme" del testatore, essi sono acquistati dal dividente a titolo di eredità e non a titolo di legato". Secondo un altro orientamento, l'assegno divisionale semplice costituirebbe un onere. In tal senso v. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *La proprietà*, cit., p. 539; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. II, cit., p. 773; MORELLI, *Comunione e divisione ereditaria*, cit. p. 297; PALAZZO, *Successioni*, t. II, cit., p. 956 e 1012. Secondo BURDESE, *Divisione ereditaria*, cit., p. 133, si sarebbe in presenza di una disposizione testamentaria *sui generis*, preparatoria della formazione delle concrete porzioni spettanti ai coeredi, *pro quota*. Nello stesso senso, AMADIO, *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova, 1994, p. 103, il quale qualifica l'assegno divisionale semplice come "disposizione testamentaria sui

Circa il contenuto delle norme che il testatore può dettare, esso può essere il più vario, con il solo limite di non determinare una sostanziale alterazione del valore delle singole porzioni in corrispondenza del valore delle quote astratte previamente fissate dal testatore.

Il testatore può, dunque, sacrificare il diritto alla divisione in natura riconosciuto a ciascun convivente dall'art. 718 c.c., sia derogare al disposto dell'art. 727 c.c., non rispettando il canone dell'omogeneità delle porzioni.

Questo ampio potere di deroga trova giustificazione nel generale principio di disposizione delle proprie sostanze, sia in senso quantitativo che qualitativo, con l'unico limite dei diritti spettanti ai legittimari.

Seppure la norma si riferisca soltanto alla fase di formazione delle porzioni, è opinione comune che la stessa vada interpretata in maniera estensiva, nel senso che il testatore potrà dettare norme in ordine al modo di condurre tutte le operazioni divisorie<sup>234</sup>.

L'unico limite cui la legge subordina la validità delle norme dettate dal testatore è quello della proporzionalità del valore delle

---

*generis, a contenuto normativo, preparatoria del successivo riparto*". Secondo CRISCUOLI, *Il testamento*, Padova, 1991, p. 209 – 210, l'assegno divisionale semplice costituisce una disposizione testamentaria complementare e strumentale rispetto ad altre disposizioni testamentarie principali o rispetto alla delazione legittima.

234 Per FORCHIELLI – ANGELONI, *Divisione*, cit. p. 289 – 290, il testatore potrà ad esempio, in deroga all'art. 729 c.c., esonerare dal sorteggio le porzioni uguali o imporre il sorteggio delle porzioni diseguali. Potrà, ancora, dettare norme con riguardo alla divisione di una comunione dipendente da una successione ab intestato, non potendosi impedire che il testatore utilizzi il testamento al solo fine di dettare norme per la divisione, restando invece la successione affidata alla vocazione legittima. Per MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 585, il testatore potrebbe anche dettare norme indirette, nel senso che egli può escludere dalla porzione di un dato convivente, un determinato bene il quale, automaticamente viene ad essere assegnato ad altro convivente. Per CORONA, *Funzione del testamento e riconducibilità delle disposizioni di esclusione del successibile ex lege (non legittimario) all'assegno divisionale semplice c.d. indiretto*, in *Riv. giur. sarda*, 1992, p. 53 e ss., il testatore potrebbe addirittura disporre un assegno divisionale semplice con il quale uno o più eredi legittimi vengano esclusi da qualsiasi apporzionamento, assegno che l'A. Qualifica come “*assegno divisionale semplice negativo*”, e che a Suo avviso si traduce in una clausola di esclusione dalla propria successione.

porzioni formate dal testatore con il valore astratto delle quote astratte di eredità.

L'assegno divisionale semplice ha una funzione meramente secondaria ed esecutiva rispetto alla istituzione ereditaria in definita quota astratta, che prevale sull'assegno divisorio.

Anche tale limite, però, non deve intendersi in modo rigoroso.

Ammettere, infatti, che ogni impercettibile scarto (per difetto) del valore della porzione risultante dall'applicazione delle prescrizioni dettate dal testatore rispetto al valore della corrispondente quota astratta renda non vincolanti tali prescrizioni, sarebbe in contrasto con la regola dettata dall'art. 763 c.c., comma 2, per il quale la divisione testamentaria è rescindibile solo quando il valore dei beni assegnati ad alcuno dei coeredi sia inferiore di oltre un quarto all'entità della quota ad esso spettante.

Dal punto di vista pratico, poi, all'interpretazione rigorosa conseguirebbe l'inconveniente di rendere poco incisiva la validità di ogni prescrizione divisoria voluta dal testatore sul valore delle porzioni, rendendo incerta ogni valutazione estimatoria ed aumentando la litigiosità dei dividendi.

Secondo la dottrina maggioritaria<sup>235</sup>, pertanto, sarebbe preferibile ricondurre la rilevanza degli scarti di valore al criterio guida della rescindibilità della divisione.

Perciò, se tali scostamenti saranno contenuti entro il quarto, nessun pregiudizio si avrà per la validità delle disposizioni dettate dal testatore; se eccedenti il quarto, le disposizioni divisorie dovranno essere ricondotte ad equità, in applicazione analogica dei criteri che regolano la riduzione rescissoria, con l'eventuale prestazione di conguagli in denaro.

Il comma 2 dell'art. 733 c.c. introduce una eccezione al principio della natura personalissima del testamento, che consiste nella possibilità riconosciuta al testatore di delegare ad un terzo (diverso dall'erede o dal legatario, in evidente conflitto di interesse) il compito di formare il progetto divisorio, procedendo alla stima dei beni, alla formazione, alla assegnazione e ad ogni altra operazione strumentale divisoria.

---

235 Per FORCHIELLI – ANGELONI, *Divisione*, cit. p. 292 – 293.

Se nessun dubbio solleva la riconducibilità alle ipotesi dell'assegno divisionale semplice del caso in cui il testatore abbia inteso delegare al terzo solo la fase di stima del compendio ereditario, dato che la divisione si perfezionerà solo con la formazione e l'assegnazione delle porzioni, qualche problema in più si pone per l'ipotesi in cui, invece, il testatore abbia deciso di delegare il terzo dell'intero *iter* divisorio, dalla stima fino all'assegnazione.

In questi casi, infatti, la fattispecie potrebbe più correttamente essere configurata come una divisione testamentaria *per relationem* in senso tecnico, perché provvista di efficacia reale<sup>236</sup>.

Conformemente ai principi che regolano l'arbitraggio il terzo deve procedere con *arbitrium boni viri*, e deve rispettare la volontà del testatore, sia per quanto attiene al valore ed alla qualità delle porzioni sia per quanto attiene ad eventuali prescrizioni specifiche circa il modo di procedere alle operazioni divisorie, con l'unico limite della manifesta *iniquitas*.

Si pensi ai casi in cui il terzo arbitratore: 1) componga porzioni assai eterogenee quando avrebbe potuto agevolmente comporre porzioni omogenee o tendenzialmente omogenee; 2) assegna ad una porzione beni immobili lontanissimi fra loro quando avrebbe potuto assegnare alla stessa porzione beni immobili contigui o addirittura confinanti; 3) assegna i gioielli e gli altri ricordi di famiglia ad una sola porzione senza che questo sia reso necessario da particolari composizioni dell'asse dividendo.

**3.2. La divisione del testatore.** Diversa e sicuramente più incisiva è l'ipotesi degli assegni divisionali qualificati prevista dall'art. 734 c.c., più comunemente conosciuta come divisione del testatore.

In questo caso al testatore è data la facoltà di predisporre un regolamento divisionale completo ed autosufficiente, destinato ad operare con efficacia reale al momento dell'apertura della successione.

Ogni chiamato all'eredità che dovesse accettare diverrà immediato titolare della porzione del patrimonio ereditario individuata dal testatore nell'atto di ultima volontà.

L'autonomia del testatore, dunque, trova in questa fattispecie la sua massima espressione, tanto da essere in grado di escludere, al

---

236 FORCHIELLI – ANGELONI, *Divisione*, cit. p. 298 e ss.

momento della sua morte, che si formi una comunione incidentale tra i coeredi.

Con la disposizione di cui all'art. 734 c.c. il legislatore ha voluto generalizzare la *divisio inter liberos* prevista dal codice del 1865, laddove la facoltà di dividere tra i coeredi le sostanze ereditarie era consentita al solo ascendente a beneficio dei figli e dei propri discendenti.

Le difficoltà incontrate dagli studiosi nella ricostruzione della divisione del testatore, come si è già avuto modo di riferire, nascono infatti dalla diffusa qualificazione della causa della divisione in termini di scioglimento di un preesistente stato di comunione attraverso apporzamento proporzionale alle quote astratte dei singoli coeredi.

Nella divisione del testatore mancherebbe uno degli elementi tipici, e questo rilievo ha condotto la dottrina maggioritaria a negare che l'ipotesi di cui all'art. 734 c.c. possa essere ricondotta alla categoria della divisione.

La dottrina formatasi sotto il vigore del precedente codice cercò di superare le stesse perplessità con il ricorso all'espedito concettuale per il quale all'apertura della successione si formerebbe, anche se solo per un istante, uno stato di comunione ereditaria, che in un momento immediatamente successivo verrebbe sciolto per il tramite del regolamento divisionale.

La fattispecie realizzerebbe una singolare inversione logica per la quale prima ancora dell'instaurarsi della comunione ereditaria avrebbe a formarsi il titolo che ne determinerà lo scioglimento, ovvero il regolamento negoziale di fonte testamentaria.

La tesi in oggetto portava con sé come importante conseguenza la configurazione di un duplice trasferimento delle sostanze ereditarie, il primo dal patrimonio del *de cuius* alla comunione ereditaria, il secondo da questa al patrimonio di ciascun assegnatario.

Non è in dubbio che l'istituto in analisi, per le sue peculiarità, porti con sé una carica eversiva volta a sovvertire alcuni rassicuranti approdi in materia di causa del contratto di divisione, sprigionatasi nella corrente di pensiero dell'Amadio<sup>237</sup> per il quale, la divisione del

---

<sup>237</sup> Per l'analisi in chiave critica del pensiero dell'A. vedi Cap. I, par. 4.



testatore sarebbe la prova codificata che lo scioglimento di una comunione non è elemento essenziale del tipo e della funzione divisionale.

L'Autore rileva che il testatore, nell'affidare alla scheda un compiuto regolamento divisionale, non ha in animo di sciogliere una comunione che non è ancora sorta al momento della redazione del testamento e non ha tempo di sorgere al momento dell'apertura della successione, per l'immediato operare del regolamento divisionale.

Il testatore, al contrario, è mosso da uno scopo distributivo ed intende formare ed assegnare dei beni che siano di valore proporzionale alle quote di eredità dallo stesso determinate.

Lo stesso scopo distributivo sarebbe rinvenibile sia nella divisione contrattuale che in quella giudiziale, e di fronte al comune dato teleologico perderebbe importanza la struttura adottata per perseguirlo.

In altri termini, il *proprium* di un fenomeno tipicamente divisionale andrebbe colto non tanto nella struttura scelta per attuarlo, ma nello scopo perseguito: la divisione diventa in tal modo categoria funzionale e non strutturale.

L'analisi del fenomeno in chiave teleologica conduce nell'opinione dei sostenitori di questa tesi al completo ribaltamento di prospettiva rispetto alla dottrina tradizionale: l'apporzionamento non è meramente strumentale allo scioglimento della comunione, ma rappresenta il fine ultimo del testatore come dei condividenti, intorno al quale è possibile creare una categoria funzionale caratterizzata dallo scopo distributivo.

In quest'ottica, nella divisione del testatore, il parametro di riferimento per le operazioni di apporzionamento non può essere rappresentato dalla quota di contitolarità del condividente dato che, non essendosi formata alcuna situazione di comunione, non esiste nessuna quota astratta cui fare riferimento; sarebbe viceversa rappresentato dalla quota di coeredità, ovvero quella che il testatore ha in mente nel formare le porzioni ereditarie.

Nell'inquadramento dell'istituto della divisione del testatore nell'ambito della teoria del testamento è stato d'ostacolo, in più di una circostanza, l'assimilazione tra la divisione del testatore e l'*institutio ex re certa*.

Lo studio dei due istituti è sempre stato condotto in parallelo, ingenerando dubbi e perplessità.

Occorre ristabilire il reale rapporto tra i due istituti.

Di certo, si può sostenere che l'elemento minimo che gli accomuna è che entrambi possono essere utilizzati dal testatore per assegnare beni determinati nel quadro di una successione a titolo universale: “*se il testatore può assegnare una porzione concreta di beni in funzione di quota, a maggior ragione può assegnarla come concretamento di una quota astrattamente predeterminata*”.<sup>238</sup>

L'assimilazione però trova un limite invalicabile sul piano funzionale.

Con l'*institutio ex re certa* il testatore attribuisce sostanze ereditarie ed in questo modo istituisce eredi. E' inammissibile, pertanto, che un'attribuzione *ex art. 588 comma 2 c.c.* abbia ad oggetto beni non ereditari, giacché in tal caso essa non avrebbe alcun significato istitutivo.

Analogamente, non si pone alcun problema relativo ai conguagli, giacché non vi sono necessità perequative dovute all'apporzionamento.

Infine, il testatore è tenuto al rigoroso rispetto dei principi in materia di composizione della quota spettante ai legittimari.

Considerazioni diverse varrebbero per il regolamento divisionale di fonte testamentaria: presupponendo già realizzata la fase istitutivo/attributiva, esso risponde solo a logiche squisitamente distributive, dovendo mirare all'apporzionamento, ossia all'assegnazione di utilità di valore corrispondente alle quote determinate dal testatore.

In tal caso, dunque, l'assegnazione non qualifica quali eredi i beneficiari, già espressamente istituiti in quote astratte, ma consente di operare il riparto delle sostanze ereditarie secondo il programma divisionale.

Il concetto di divisione è più ampio e complesso di quello di attribuzione, e ciò in quanto esso comprende non soltanto l'assegnazione di beni determinati in funzione di quota (elemento prevalente nella *institutio ex re certa*) ma altresì il compimento di una

---

<sup>238</sup> MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 33.

serie di operazioni diverse ed ulteriori, finalizzate all'assegnazione di valori corrispondenti e proporzionali alla quota.

Le ragioni per le quali la riflessione in ordine alla divisione del testatore sia stata spesso attratta nell'ottica della fase attributiva, non riconoscendo ad essa autonomi significati funzionali, risiedono nella convinzione secondo cui la funzione del testamento sia unicamente quella di attribuire le sostanze del testatore per il tempo in cui avrà cessato di vivere: ogni altra disposizione testamentaria risulta intimamente connessa, sul piano genetico e funzionale, alle attribuzioni operate dal testatore, ed in tale prospettiva va spiegata<sup>239</sup>.

In realtà, la divisione del testatore sarebbe caratterizzata dalla coesistenza di una struttura attributiva e di una funzione distributiva: le disposizioni si compongono in vista di un unico effetto giuridico – l'acquisto immediato di beni determinati a titolo di apporzionamento ereditario – divenendo così elementi costitutivi di un unico negozio di disposizione, e dunque elementi organici di un'unica causa negoziale, il che ne consente l'inquadramento nell'ambito della teoria generale delle disposizioni a titolo universale.

Emerge, dunque, un'accezione più ampia della causa del testamento, comprendente tutte le disposizioni attraverso le quali è dato al testatore di regolare i propri interessi patrimoniali per il tempo dopo la morte.

Ridisegnata in questo modo la funzione del testamento, anche il regolamento divisionale di fonte testamentaria acquista significati propri nella predisposizione dell'assetto successorio in senso ampio: esso realizza una funzione distributiva, diretta all'assegnazione di beni proporzionali alla quota.

V'è di più: il regolamento divisionale integra una disposizione negoziale autonoma, avente una propria unitarietà in funzione dello

---

<sup>239</sup> La natura esclusivamente attributiva del negozio testamentario è fondata sulla rigorosa interpretazione del combinato disposto degli artt. 587 e 588 c.c.: per i quali il testamento è atto revocabile con cui taluno dispone delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato attraverso gli istituti tipici dell'istituzione di erede e del legato. Nell'orientamento tradizionale, pertanto, funzione attributiva del testamento e tipicità delle disposizioni rappresentano principi intimamente connessi.

scopo distributivo<sup>240</sup>, che può presupporre l'istituzione testamentaria di erede, ma può anche prescindere.

Si pensi alle seguenti ipotesi: 1) scheda testamentaria che richiama, per il momento attributivo istitutivo alla disciplina di legge, e contiene invece un regolamento divisionale; 2) due schede testamentarie, la prima che regola il momento istitutivo ed attributivo, la seconda solo il momento distributivo.

Occorre ora analizzare quali siano i limiti imposti la testatore che voglia predisporre un regolamento divisionale.

In primo luogo, bisogna domandarsi se ciascun erede assegnatario abbia diritto all'omogeneità nella composizione delle porzioni, in applicazione dei principi dettati, con riferimento alla divisione ordinaria, dagli artt. 718 e 727 c.c..

La prima norma prevede il diritto del coerede alla materiale divisione in natura dei beni ereditari.

La seconda disposizione fissa il principio della omogeneità qualitativa delle porzioni.

La dottrina maggioritaria<sup>241</sup> si pronuncia per l'inapplicabilità delle norme suddette, sul rilievo che le medesime abbiamo il proprio fondamento nella partecipazione alla comunione di ciascun convivente, che ne preclude la estromissione senza il suo consenso da alcuno dei beni in essa compresi.

Questo principio non può trovare applicazione alla divisione testamentaria, ove non sussiste uno stato di contitolarità.

Ne consegue che il testatore è arbitro di formare le porzioni come meglio crede<sup>242</sup>

Tale conclusione va ribadita anche quando l'apporzionamento abbia come destinatari i legittimari: in tale senso va letta la disposizione dell'art. 734 c.c. nella parte in cui prevede che la divisione può comprendere anche la parte non disponibile, e ciò è in linea con le considerazioni espresse in precedenza, volte ad

---

240 BURDESE, *La divisione testamentaria*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1980, p. 255.

241 AMADIO, *La divisione del testatore*, cit., p. 77.

242 FORCHIELLI, *La divisione*, cit., p. 202.

individuare il regolamento divisionale come negozio autonomo di fonte testamentaria.

Ad una simile conclusione conduce anche una considerazione di carattere sistematico: sul piano attributivo istitutivo l'ordinamento riconosce ampia libertà al testatore di comporre, con beni del proprio patrimonio, la quota spettante al legittimario (un esempio ne sia l'*istitutio ex re certa*, attraverso la quale la quota del legittimario viene individuata attraverso l'assegnazione di uno o più beni determinati, o il legato in conto o sostituzione di legittima).

Sarebbe pertanto illogico sostenere tale autonomia sul piano attributivo ed istitutivo, e negarla sul piano distributivo.

Un importante riscontro normativo alla conclusione formulata è rappresentato dall'art. 549 c.c. che, nel far divieto di gravare la quota di legittima con pesi o condizioni, fa salve le disposizioni date dal testatore in materia divisionale.

Sul piano quantitativo, l'autonomia del testatore nel formare le porzioni incontra il proprio principale limite nella stessa funzione distributiva riconosciuta al negozio in oggetto: se infatti scopo tipico dell'apporzionamento è l'attribuzione di beni di valore corrispondente alla quota di cui ciascuno è titolare, le assegnazioni compiute dal testatore dovranno essere coerenti con la vocazione dallo stesso operata nel testamento (ovvero determinatasi per legge, essendosi ritenuta ammissibile la divisione testamentaria di sostanze testamentarie devolutesi ab intestato).

La centralità dell'apporzionamento nella giustificazione causale della divisione del testatore importa, quale conseguenza sul piano disciplinare, l'applicazione delle disposizioni materiali dettate con riguardo alla divisione ordinaria.

L'assegnazione di beni di valore non corrispondente alla quota è patologica solo qualora essa implichi una contraddizione tra il momento attributivo/istitutivo e quello distributivo: si pensi per esempio al caso in cui, istituito erede in quota determinata un soggetto, il testatore lo apporzioni in misura insufficiente, con lesione oltre il quarto.

Ma la contraddizione tra momento attributivo ed apporzionamento può celare anche la volontà del testatore di revocare in tutto o in parte le sue precedenti disposizioni.

Si pensi al caso già citato di due schede testamentarie successive, al prima con un contenuto esclusivamente attributivo, e la seconda con il solo regolamento divisionale.

In questo caso, prima di ritenere applicabile il rimedio della rescissione per lesione, l'interprete dovrà verificare se nell'intento del testatore non vi fosse in realtà una volontà revocatoria dell'istituzione in precedenza effettuata.

Nell'ambito della propria libertà divisoria il testatore può anche determinarsi a distribuire parzialmente le proprie sostanze ereditarie: è il caso della c.d. divisione oggettivamente parziale.

Tale possibilità è espressamente prevista dal secondo comma dell'art. 734 c.c., a norma del quale “*se nella divisione fatta dal testatore non sono compresi tutti i beni lasciati al tempo della morte, i beni in essa non compresi sono attribuiti conformemente alla legge, se non risulti una diversa volontà del testatore*”.

In dottrina è stato rilevato che, se a norma dell'art. 588 comma 2 c.c. è data al testatore la facoltà di attribuire *ex certa re* soltanto parte delle proprie sostanze, a maggior ragione l'assegnazione parziale può avvenire anche in sede distributiva<sup>243</sup>.

Una divisione oggettivamente parziale può ricorrere oltre che nel caso in cui il testatore non abbia inteso estendere l'apporzionamento all'intero asse ereditario, anche nell'ipotesi, non infrequente, in cui, la predisposizione di un regolamento divisionale completo sia seguito dall'acquisto successivo di uno o più beni.

Attenta dottrina ha rilevato come il dettato normativo sia di infelice formulazione, perché parrebbe associare alla divisione oggettivamente parziale l'apertura della successione legittima.

In realtà anche in questo caso andrebbe valorizzata l'autonomia del momento distributivo rispetto a quello attributivo/istitutivo.

Alla stregua di questa valutazione, ricorre divisione oggettivamente parziale nel solo caso in cui essendo avvenuta una compiuta istituzione di erede (non rileva se per testamento o per legge) l'apporzionamento non abbia coinvolto l'intero asse ereditario.

In tal caso, con riguardo ai beni non compresi nel regolamento divisionale di fonte testamentaria si instaurerà una comunione

---

243 FORCHIELLI, *La divisione*, cit., p. 198.

ereditaria, che potrà essere sciolta a seguito di divisione contrattuale, la quale, per rispettare il proprio profilo funzionale, dovrà condurre ad apporzionamenti proporzionali alle quote in cui ciascun erede è stato istituito.

Al contrario, l'ipotesi alla quale il legislatore allude nella parte in cui dispone che, in mancanza di una diversa volontà testamentaria debba aprirsi la successione legittima, è quella in cui sia l'istituzione di erede ad essere non esaustiva<sup>244</sup>.

Si faccia il caso in cui il testatore, celibe e senza figli, istituisca eredi gli amici Primo, nella quota di un mezzo, e Secondo, nella quota di un quarto, procedendo poi alla distribuzione delle sostanze ereditarie nel rispetto delle quote così determinate.

In tal caso, ad essere parziale non è la divisione, ma l'istituzione di erede per cui, in mancanza di diversi indici riconducibili alla volontà del testatore, si aprirà la successione legittima<sup>245</sup>.

Analoga conseguenza di determinerà allorquando, avendo proceduto il testatore ad una completa istituzione di erede ed compiutamente distribuito in sede divisionale l'intero suo patrimonio, taluno degli eredi non voglia o non possa accettare, e non vi siano gli estremi per l'operare della rappresentazione o accrescimento<sup>246</sup>.

---

244 AZZARITI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 721; BURDESE, *La divisione testamentaria*, cit., p. 259.

245 Autorevole dottrina (FORCHIELLI, op. cit., p. 199) ha ritenuto di poter ricostruire diversamente il dato normativo, considerando che, laddove avesse voluto delimitare il campo di applicazione della vocazione legittima rispetto a quella testamentaria, il secondo comma dell'art. 734 c.c. sarebbe stato una mera ripetizione del principio sancito dall'art. 457 c.c., per il quale “non si fa luogo a successione legittima se non quando manchi, in tutto o in parte, quella testamentaria”. Ebbene, onde evitare di ritenere che il legislatore abbia inteso dettare due norme con il medesimo significato, si deve ritenere che “...coerentemente alla sua *sedes materiae*, il comma in esame, lungi dall'essere destinato a discriminare la successione legittima dalla successione testamentaria...sia preordinato alla più modesta funzione di precisare che i beni ereditari non investiti dalla divisione testamentaria restano soggetti alla disciplina divisoria comune, salvo che il testatore, valendosi del potere attribuitogli dall'art. 733 c.c., non abbia previsto il modo della loro ripartizione, pur non attuando concretamente quella ripartizione”. L'A. ritiene, pertanto, che la disposizione in oggetto provveda a colmare una lacuna tipicamente divisionale rispetto alla corrispondente vocazione testamentaria.

246 BURDESE, op. cit., p. 259.

L'ammissibilità della divisione oggettivamente parziale rende l'istituto in oggetto estremamente versatile. Il testatore potrà affidare al riparto testamentario la distribuzione dei cespiti in ordine ai quali teme possano sorgere liti tra coeredi, lasciando poi che la distribuzione delle restanti sostanze avvenga in sede contrattuale.

Nulla esclude che, operata la distribuzione di parte delle sostanze, il testatore detti altresì i principi cui i coeredi dovranno attenersi in sede di divisione contrattuale, nella quale ipotesi la scheda testamentaria comprenderà assegni divisionali semplici e qualificati.

Nello studio dei limiti imposti al testatore nella predisposizione del regolamento divisionale, un cenno merita sicuramente la questione relativa all'ammissibilità dei conguagli quale strumento offerto al testatore per compensare gli squilibri tra porzioni attribuite e quote a ciascun coerede spettanti.

L'orientamento tradizionalmente preclusivo della possibilità di ricorrere allo strumento tecnico del conguaglio deve ritenersi ormai definitivamente superato: il testatore, pertanto, ben potrà prevedere l'obbligo di uno dei coeredi di corrispondere una somma di denaro ad altro coerede al fine di compensare le sproporzioni (attuali o potenziali) tra entità attribuite e valore della quota, o ancora potrà assegnare un bene di non comoda divisibilità ad uno dei coeredi imponendogli di corrispondere ad altro coerede la somma di denaro proporzionale alla quota di sua spettanza.

Si tratta ora di capire se il testatore sia vincolato all'utilizzo del conguaglio solo in casi di stretta necessità ovvero sia libero di programmare le assegnazioni nel senso di prevedere che taluno dei coeredi sia apporzionato con beni ereditari, mentre altri conseguano denaro che sarà corrisposto dai coeredi pur in mancanza di stretta necessità del procedimento divisionale.

L'utilizzo del conguaglio (e più in generale, di denaro non ereditario) in sede di divisione testamentaria, è connaturato alla natura stessa della divisione testamentaria: essendo questa operazione squisitamente distributiva essa potrà richiedere, onde realizzare compiutamente la propria funzione, l'assegnazione di denaro non esistente nell'asse, che nel programma divisionale troverà la propria giustificazione.



In argomento giova rilevare come la funzione distributiva sia più ampia e complessa di quella meramente attributiva, comprendendo essa non solo l'attribuzione di beni del proprio patrimonio ma anche il compimento di operazioni diverse che ottengano comunque il risultato di attribuire concreti valori proporzionali a quello della quota, come appunto la disposizione dei conguagli<sup>247</sup>.

Può allora affermarsi che, in vista della peculiare operatività dell'operazione di apporzionamento di fonte testamentaria, il testatore ha un margine di autonomia nella formazione qualitativa delle porzioni maggiore di quello che è proprio dei condividenti in sede contrattuale e che l'utilizzo del conguaglio può assolvere, in tale contesto, ad un compito di “controllo e regolamento delle sopravvenienze” incidenti sul progetto divisionale di fonte testamentaria<sup>248</sup>.

Appare ora doveroso verificare se le considerazioni appena espresse in ordine al libero uso in sede divisionale dei conguagli, e più in generale di denaro non ereditario, possano essere ribadite anche qualora tra i condividenti vi siano legittimari.

Il nostro ordinamento, come è noto, ha accolto il principio dell'intangibilità quantitativa, ma non qualitativa, dei diritti dei legittimari: il *de cuius* ha quale unico limite alla propria autonomia il rispetto del *quantum* che la legge riserva ai suoi più stretti congiunti, potendo assegnare agli stessi qualsivoglia bene ricadente nell'asse.

Ciò posto, il solo temperamento all'indifferenza qualitativa delle sostanze assegnate al legittimario viene comunemente ravvisato nella natura ereditaria delle sostanze medesime: il testatore è libero di attribuire al legittimario beni di qualsivoglia natura, purché trattasi di beni ereditari.

Diversamente, attribuendo al legittimario beni non ereditari, si verificherebbe il risultato di degradare il diritto reale alla legittima in diritto di credito, la cui soddisfazione passerebbe per la necessaria cooperazione di un terzo soggetto.

In dottrina e giurisprudenza prevale la tesi per la quale, laddove il conguaglio risponda ad obiettive esigenze del regolamento

---

247 BOMBARDA, “*In tema di norme date dal testatore per la divisione, divisione fatta dal testatore e disposizione di conguagli*”, in *Giust. civ.*, 1975, p. 118.

248 ROMANO, *op. cit.*, p. 74.

divisionale, in via eccezionale esso possa essere ammesso anche quando la divisione del testatore sia destinata ai legittimari<sup>249</sup>.

A norma dell'art. 735 c.c. la divisione del testatore è nulla qualora essa non comprenda taluno degli eredi istituiti o dei legittimari.

La nullità dell'assetto divisionale per omesso apporzionamento di taluno degli eredi istituiti si giustifica in virtù della considerazione per la quale, nella distribuzione per quote di un compendio patrimoniale, comunque essa si realizzi, devono necessariamente essere compresi tutti gli aventi diritto, pena la mancanza di qualsiasi funzione divisionale.

L'opinione assolutamente prevalente, in sede tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, ritiene tuttavia che il mancato apporzionamento di erede istituito cagioni nullità della divisione solo allorquando si tratti di preterizione sostanziale, che ricorre nel caso in cui il testatore non abbia riservato beni sufficienti ad integrare la quota del coerede non apporzionato.

Deve, pertanto, reputarsi legittima l'ipotesi in cui il testatore divida solo parte dei propri beni tra taluni degli eredi, lasciando tuttavia beni sufficienti all'apporzionamento dei coeredi non considerati nel programma divisionale.

La divisione testamentaria soggettivamente parziale è consentita allorquando essa sia anche oggettivamente parziale: i coeredi non apporzionati vedranno integrata la propria quota attraverso l'assegnazione dei beni che non hanno formato oggetto del regolamento divisionale.

In tal senso può affermarsi che i coeredi preteriti possono anch'essi ritenersi apporzionati, benché collettivamente<sup>250</sup>.

---

249 Cass., 22 giugno 2005, n. 13380, in *Riv. not.*, 2006, 3, p. 777, secondo cui “*benché, per il principio di intangibilità della quota di riserva, i diritti del legittimario vadano soddisfatti con beni o denaro provenienti dall'asse ereditario pur senza l'osservanza di un criterio qualitativo, e ex art. 735 c.c. sia nulla (se si risolve in una preterizione del legittimario) nonché ridicibile (se leda la quota di riserva) la clausola con cui il testatore dispone che le ragioni ereditarie di un riservatario siano soddisfatte dagli eredi con una somma di denaro estranea al relictum, il de cuius che procede direttamente alla divisione dei beni ereditari può ricorrere allo strumento del conguaglio in denaro, per correggere le disuguaglianze in natura delle quote.*”

250 FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 210.

Il principio per il quale al piano di riparto debbano partecipare tutti gli aventi diritto non implica affatto che ciascuno di essi debba essere apporzionato in maniera immediata e diretta: la funzione distributiva, propria della divisione, può realizzarsi anche allorquando taluno degli apporzionamenti venga effettuata in modo indiretto<sup>251</sup>.

Così ricostruita la nozione di preterizione di erede istituito, occorre dare adeguata interpretazione alla norma dell'art. 735 c.c., nella parte in cui dispone che la divisione del testatore è nulla in caso di preterizione del legittimario.

I rapporti tra la disposizione in oggetto e la disciplina dettata a tutela dei legittimari hanno formato oggetto di differenti ricostruzioni in sede tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, ove si è diffusa un'interpretazione estremamente rigorosa del disposto normativo che, partendo considerazione del dato letterale, conclude nel senso della nullità della divisione ogni qual volta il piano di riparto operato dal testatore non assegni sostanze ereditarie ad uno dei legittimari.

La conclusione trova fondamento nel seguente ragionamento: la mancata considerazione nel programma distributivo di uno degli aventi diritto impedisce la realizzazione della causa divisionale, determinando la nullità del contratto; poiché il legittimario è sempre avente diritto, trovando la sua chiamata titolo nella legge (premessa minore); pertanto la divisione realizzata omettendo di apporzionare uno dei legittimari è sempre nulla.

Da questa ricostruzione deriva, sul piano sistematico, il riconoscimento al legittimario preterito in sede divisionale di una tutela più forte (l'azione di nullità) rispetto a quella riconosciuta al legittimario preterito in sede istitutiva (inefficacia relativa affidata all'esperimento dell'azione di riduzione)<sup>252</sup>.

Proprio in ragione di ciò nella giurisprudenza di legittimità si è sottolineato come l'azione ex art. 735 comma 1 c.c. faccia venir meno i presupposti per l'esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario<sup>253</sup>.

---

251 BILOTTI, *Appunti sulla divisione testamentaria*, cit., p. 687 e ss..

252 In senso critico, TAVASSI, “*Divisione testamentaria e preterizione divisoria*”, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 819 e ss..

253 Cass. SS.UU., 25 ottobre 2004, n. 20644, in *Giust. civ.*, 2005, 2, p. 351 “la divisione fatta dal testatore con preterizione di qualcuno dei legittimari è nulla ex

---

art. 735 comma 1 c.c.; tale nullità fa venire meno la base per l'esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario preterito dalla stessa divisione”.

## BIBLIOGRAFIA

ALLORIO, *Saggio "polemico" sulla giurisdizione volontaria*, ora in A. A., *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, p. 27, già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948.

ALVINO, *L'art. 720 c.c. ed i criteri di scelta per l'attribuzione del bene non comodamente divisibile*, in *Giust. civ.*, 1973, I.

ALVINO, *La presenza del cessionario, quale litisconsorte necessario, nel giudizio di divisione ereditaria*, in *Giust. civ.*, 1974, I.

AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporcionamiento nel negozio divisorio*, in *Contratto di divisione ed autonomia privata, I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2008.

AMADIO, *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova, 1994.

AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006.

ANDOLINA, *Istanza di attribuzione per intero di immobile non comodamente divisibile e giudizio divisorio*, in *Giur. it.*, 1960, I.

ANDOLINA, *Note sull'oggetto del giudizio divisorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, II.

ARENIELLO, *Impresa familiare: la prelazione nella divisione ereditaria. L'esercizio della prelazione*, in *Riv. not.*, 2002.

AVAGLIANO, *Patto di famiglia e impresa*, in *Riv. notariato*, 2007.

AZZARITI, "In tema di retratto successorio", in *Giur. it.*, 1975, I.

AZZARITI, *Comunione e divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. VI, Successioni, t. II, Torino, 1997, II ed..

AZZARITI, *La divisione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, VI, Torino, 1982.

BALBI, *Domande assorbite in appello e integrità del contraddittorio nel giudizio di impugnativa della divisione*, in *Giur. it.*, 1974, I.

BALESTRA, *L'impresa familiare*, Milano, 1996.

BARASSI, *L'art. 2077 cod. civ. e la pretesa natura dichiarativa della divisione secondo l'art. 1034*, in *Foro it.*, 1901, I.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2° ed., ristampa a cura di Crifò, Camerino, 1994.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1952, II ed., ristampa.

BETTI, voce *Causa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. II, Torino, 1959.

BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000.

BIANCA, *Diritto civile, VI, La proprietà*, Milano, 1999.

BIGIAMI, “*Divisione transattiva e transazione divisoria*”, in *Temi emil.*, 1930, I.

BILOTTI, *Appunti sulla divisione testamentaria (artt. 734 e 735 c.c.)*, in *Riv. not.*, 2002.

BOMBARDA, “*In tema di norme date dal testatore per la divisione, divisione fatta dal testatore e disposizione di congruagli*”, in *Giust. civ.*, 1975.

BONAFINI, *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contratto e impresa*, 2006.

BONILINI, *Divisione*, in *Dig. civ.*, VI, Torino, 1990.

BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. III, parte I, Roma Napoli, 1874.

BRANCA, *Comunione e condominio negli edifici*, nel *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982.

BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici (5), Art. 110 - 1139*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1972.

BURDESE, *Comunione e divisione ereditaria*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, 1988.

BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, s.l., ma 1980.

BURDESE, *La divisione testamentaria*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1980.

BURDESE, *Nuove prospettive per la qualificazione del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982.

BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *Riv. not.*, 1981, I.

BUSNELLI, voce *Comunione ereditaria*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961.

CADDEO, *Collazione volontaria, dispensa da collazione e figure affini*, in *Diritto Successorio. Approfondimenti tematici*, a cura di FALZONE CALVISI, Vol. II, Milano, 2013.

CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963.

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002.

CARATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995.

CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, s.d., ma 1977.

CARNELUTTI, "Nota sull'accertamento negoziale", in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I.

CAROTA, *Il contratto con causa successoria*, Padova, 2008.

CARUSI, *Le divisioni*, in *Collana di studi notarili diretta da Gallo Orsi*, Torino, 1978.

CASULLI, voce *Divisione ereditaria (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1960.

CERINO CANOVA, *Correzione del progetto di divisione dichiarato esecutivo (articolo 789 codice di proc. civile)*, in *Giur. it.*, 1976, I.

CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II ed., vol. II, Milano Torino Roma, 1912.

CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1947.

CICU, *Successioni per causa di morte. Parte Generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, II ed. aggiorn., in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu Messineo, Milano, 1961.

COMPORTE, *L'art. 720 cod. civ. e la sua applicabilità alla divisione della comunione volontaria*, in *Foro it.*, 1960, I, cc. 2042.

CORONA, *Funzione del testamento e riconducibilità delle disposizioni di esclusione del successibile ex lege (non legittimario) all'assegno divisionale semplice c.d. indiretto*, in *Riv. giur. sarda*, 1992.

CORRADO, *Negoziato di accertamento*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965.

COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979.

COVIELLO, *Della trascrizione*, II ed., Napoli, 1914, vol. I.

- COVIELLO, *Delle successioni, parte generale*, Napoli, 1935.
- CRISCUOLI, *Il testamento*, Padova, 1991.
- D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950.
- DE CESARE, GAETA, *La divisione ereditaria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, I, Padova, 1994.
- DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, vol. XII, *Successione*, Milano, s.d..
- DE RUBERTIS, *La prelazione di cui all'art. 230-bis del c.c.*, in *Vita not.*, 1983.
- DEIANA *Per la futura soppressione dell'art. 757 cod. civ. (note in vista della revisione del codice)*, in *Foro pad.*, 1947, III.
- DEIANA, *Concetto e natura del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939.
- DEIANA, *Problemi e riforma in tema di divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I.
- DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e quale spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. notariato*, 2006.
- DI COLA, *L'oggetto del giudizio di divisione*, Roma, 2011.
- DI PAOLO, *Negoziato di accertamento*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995.
- DOGLIOTTI, *Comunione e Condominio*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2006.
- DOSSETTO, *Comunione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959.
- DOSSETTO, *Comunione e divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I.
- DOSSETTO, *Teoria della comunione. Studio sulla comunione dei diritti reali*, Padova, 1948.
- FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.
- FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria*, Milano, 1970.
- FAZZALARI, voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970.
- FEDELE, *La comunione*, Torino, 1986.
- FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- FERRI, *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959.



FERRI, *Lezioni sul contratto. Corso di diritto civile*, Bologna, 1987, VI ed..

FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970.

FORCHIELLI ANGELONI, *Della divisione. Art. 713-768*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, II ed., 2000.

FORTI, *Trattati inediti di giurisprudenza*, Firenze, 1864.

FRAGALI, *La comunione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, II, Milano, 1983.

FURGIUELE, *Contributo alla studio della struttura delle prelezioni legali*, Milano, 1984.

GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1995.

GAROFALO, *Assegnazione di beni indivisibili a coeredi con quote diseguali*, in *Giur. it.*, 1988, I, 2.

GAZZARA, voce "*Divisione della cosa comune (diritto privato)*", in *Enc. dir.*, vol. XIII, s.l., ma Milano, s.d., ma 1964.

GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II.

GIANNATTASIO, *Delle successioni, divisione-donazione*, Torino, 1964.

GIGLIOTTI, *Profili sostanziali della divisione giudiziale di immobili ereditari non comodamente divisibili*, in *Giust. civ.*, 1993, II.

GIORDANO, *Giudizio di scioglimento delle comunioni e preclusioni assertive*, in *Riv. giur. merito*, n. 5/2012.

GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939.

GITTI, *La "tenuta" del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I.

GORLA, *La riforma della trascrizione secondo il testo unico delle tasse ipotecarie 30 dicembre 1923*, in *Riv. dir. civ.*, 1930.

GUARINO, voce *Comunione (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.

IEVA, *Art. 768 quater*, in *Commentario*, a cura di DELLE MONACHE, in *Leggi civ. commentate*, 2007.

LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles - Paris, 1887, t. VIII.

LENER, *La comunione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. III, *La proprietà*, t. II, Torino, 2002, II ed..

LENER, *La comunione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1982, vol. VIII, t. II.

LOI, voce *Retratto, dir. vig.*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, vol. XL.

LOSANA, *Le disposizioni comuni alle divisioni legittime e testamentarie secondo il codice civile italiano*, II ed., Torino - Milano - Roma - Napoli, 1911.

LUMINOSO, *Divisione e sistema del contratti*, in *Contratti ed autonomia privata*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Sole 24 ore, 2009.

MAIORCA, *Fatto giuridico, fattispecie*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961.

MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950.

MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962.

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962.

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

MIRABELLI, *Delle obbligazioni, II, Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980.

MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, in *Arch. giur. Serafini*, 1949.

MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, 2° ed., Napoli, 1962.

MIRABELLI, voce *Divisione, dir. civ.*, in *Noviss. dig. it.*, VVI, Torino, 1964.

MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981.

MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Volume 27 di pubblicazioni della scuola di perfezionamento in diritto civile dell'università di Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1981.

MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 cod. civ.*, Milano, 1995.

MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006.

MIRAGLIA, *Sull'applicabilità alla divisione delle cose comuni delle norme sulla divisione dell'eredità: gli artt. 732, 757 e 758*, in *Rass. dir. civ.*, 1980.

MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985.

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

MORA, *La divisione contrattuale*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da BONILINI, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009.

MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria. La divisione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, VI, diretto da BONILINI, Milano, 2009.

MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1986.

MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963.

MOSCATI, voce *Divisione, profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989.

MUSOLINO, *L'orientamento della giurisprudenza in tema di immobile non divisibile*, in *Riv. notariato*, 2001.

PACIFICI MAZZONI, *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza. Trattato delle successioni*, III ed., parte II, vol. VI, Firenze, 1899.

PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II.

PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di Iudica Zatti, Milano, 2000.

PALAZZO, voce *Comunione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1988.

PASQUILI, *Comunione ereditaria e operazioni divisionali: i criteri, ex art. 720 cod. civ., di individuazione dei condividenti cui assegnare l'intero bene in presenza di più immobili indivisibili*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, I.

PAVANINI, *Il litisconsorzio nei giudizi divisori*, Padova, 1948.

PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008.

PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. Notariato*, 2006, I.

PIERI, *nota a commento di Cass., 11 luglio 1995*, in *Giur. It.*, 1996, I, 1.

POLACCO, *Delle successioni*, II ed., a cura di A Ascoli e E. Polacco, vol. II, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Milano - Roma. 1937.

POTHIER, *Traité du contrat de vente, nouv. éd.*, par M. Bernardi, Paris, 1806.

*Processo camerale (Dir. proc. civ.)*, *Enc. dir.*, *Annali*, III, Milano 2010.

PROSPERI, *Impresa familiare (art. 230-bis cod. civ.)*, in *Codice civ. comm.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2006.

PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1949.

PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964.

PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. di dir. civ. comm.*, diretto da Cicu Messineo, Milano, 1957.

PUGLIESE, *Usufrutto uso e abitazione*, Torino, 1972.

RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli, 1922.

REGINE, *Comunione ereditaria e diritti di credito, nota a Cass.*, 13 ottobre 1992, n. 11128, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I.

REVIGNY, MS. BN. lat. 14350. fol. 356 ra.

RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987.

RICCI, *Corso teorico - pratico di diritto civile*, rist. III ed., vol. IV., *Delle successioni (continuazione e fine) e delle Donazioni*, Torino-Milano-Roma-Napoli, 1912.

RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

SACCO, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco e De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004.

SALIS, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1939.

SCARPA, *Scioglimento di comunioni e approvazione del progetto di divisione*, in *Immobili e proprietà*, 2012, n. 4.

SCHIAVONE, *Ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di stralcio di quota e giudizio divisorio*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1.

SESTA, *Comunione di diritti. Scioglimento. Lesione. Dalla coeredità alle comunioni, ordinaria e speciali: la tutela del condividente*, Napoli, 1988.

SICCHIERO, *La causa del patto di famiglia*, in *Contratto e impresa*, 2006.

TARANTINO, *Procedimenti in camera di consiglio e tutela dei diritti connessi*, in *Giusto proc. civ.*, 2011.

TAVASSI, “*Divisione testamentaria e preterizione divisoria*”, in *Rass. dir. civ.*, 1994.

TEDESCO, *Sul litisconsorzio necessario nei giudizi divisori con riguardo ai creditori opposenti*, in *Giust. civ.*, 2002, I.

TEDESCO, *Sulla preferenza accordata dall'art. 720 c.c. al titolare della maggiore quota in ipotesi di comunione ereditaria comprendente più beni indivisibili*, in *Giust. civ.*, 2005, I.

TORDO CAPRIOLI, *Attività negoziale e funzione notarile*, Milano, 1996.

TORRENTE, *Nota a Cass.*, 4 luglio 1942, n. 1890, in *Foro it.*, 1943, I.

TORRONI, *Divisione ordinaria e divisione ereditaria: rilevanza della distinzione e casistica*, in *Contratti ed autonomia privata*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Sole 24 ore, 2009.

TRIMARCHI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Contratto di divisione ed autonomia privata*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Sole 24 ore, 2009.

TRIOLA, *La prelazione legale*, Milano, 2003.

VENOSTA, *Delle Successioni*, artt. 713 – 768 octies, in *Commentario del Codice Civile*, Gabrielli (diretto da), vol. III, Torino, 2010.

VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I.

ZOPPINI, *Profili sistematici della successione “anticipata” (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II.

#### **GIURISPRUDENZA**

Cass., 13 ottobre 1992, n. 11128, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993.

Cass. S.U., 28 novembre 2007, n. 24657, in *Corr. Giur.*, 2008.

Cass., 21 gennaio 2000, n. 640, in *De Jure*.

Cass., 5 ottobre 2006, n. 19062, in *De Jure*.

Cass., 5 marzo 1970, n. 543, in *De Jure*.

Cass., 1 aprile 1974, n. 913, in *De Jure*.

Cass., 27 marzo 2015 n. 6293, in *De Jure*

Cass., sez. II., 23.02.2007, n. 4224, in *Giust. Civ.*, 2008.

Cass., 1 agosto 1947, n. 135, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947.

Cass., 5 luglio 1956, n. 2547, in *De Jure*.

- Cass., 6 maggio 1980, n. 2978 in *De Jure*.  
Cass., 15 ottobre 1992, n. 11290, in *Vita Notarile*, 1993.  
Cass., 26 ottobre 1967, n. 2674, in *Riv. not.*, 1969.  
Cass., 2 agosto 1990, n. 7749, in *De Jure*.  
Cass., 15 giugno 1988, n. 4092, in *De Jure*.  
Cass., 7 dicembre 1999, n. 13704, in *De Jure*.  
Cass., 24 maggio 1973, n. 1537, in *Giust. civ.*, 1974.  
Cass., 25 maggio 1982, n. 3181, in *De Jure*.  
Cass., 12 marzo 1974, n. 674, in *Giust. civ.*, 1974.  
Cass., 22 ottobre 1992, n. 11551, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993.  
Cass., 11 maggio 1993, n. 5374, in *Giust. civ.*, 1994.  
Cass., 7 settembre 1978, n. 4048, in *De Jure*.  
Cass., 11 maggio 1993, n. 5374, in *De Jure*.  
Cass., 5 febbraio 1974, n. 309, in *De Jure*.  
Cass., 25 aprile 1960, n. 918, in *De Jure*.  
Tribunale Teramo, 4 febbraio 2015 n. 166, in *De Jure*.  
Cass. civ., 12 gennaio 2011 n. 573; in *De Jure*.  
Cass. civ., 16 giugno 2008 n. 16219, in *De Jure*.  
Trib. Monza, sez. II, 27.05.2013, in *De Jure*.  
Cass., 4 dicembre 1991, n. 13036, in *Giur. it.*, 1992.  
Cass., 26 aprile 1983, n. 2861, in *Giust. civ.*, 1983.  
Cass., 18 ottobre 2001, n. 12758, in *De Jure*.  
Cass., 11 marzo 1997, n. 2170, in *De Jure*.  
Cass., 16 aprile 1981, n. 2309, in *De Jure*.  
Cass., 19 maggio 1980, n. 3072 in *De Jure*.  
Cass., 29 maggio 2007, n. 12498, in *Giur.it.*, 2007.  
App. Roma, 20 settembre 2006, n. 3905, in *Guida dir.*, 2006.  
Cass., 14 maggio 2004, n. 9203, in *Riv. notariato*, 2005.  
Cass., 30 luglio 2004, n. 14540, in *De Jure*.  
Cass., 16.08.1993, n. 8743, in *Vita notarile*, 1994.  
App. Roma, 1 marzo 2011, n. 836, in *De Jure*.  
Cass., 13 maggio 2010, n. 11641, in *Riv. notariato*, 2011.  
Cass., 13 maggio 2010 n. 11641, in *Foro. It.*, 2011.  
Cass., 25 settembre 2008, n. 24053; in *De Jure*.  
Cass., 16 febbraio 2007, n. 3646, in *De Jure*.  
Cass., 19 marzo 2003, n. 4013, in *De Jure*.  
Cass., 22 marzo 2004, n. 5679, in *De Jure*.  
Cass., 1 marzo 1995, n. 2335, in *De Jure*.

- Cass., 4 maggio 1994, n. 4270, in *De Jure*.  
Cass., 11 luglio 1995, n. 7588, in *Giur. It.*, 1996.  
Cass., 1 agosto 1990, n. 7716, in *De Jure*.  
Cass., 21 febbraio 1985, n. 1528, in *De Jure*.  
Cass., 13 luglio 1983, n. 4775, in *De Jure*.  
Cass., 25 settembre 2008, n. 24053, in *De Jure*.  
Cass., 11 luglio 1995, n. 7588, in *Giur. It.*, 1996.  
Trib. Bologna, 21 gennaio 1993, in *Nuova giur. comm.*, 1994.  
Cass., 27 ottobre 2000, n. 14165, in *Riv. notariato*, 2001;  
Cass., 1 marzo 1995, n. 2335, in *De Jure*.  
Cass., 10 aprile 1990, n. 2990, in *De Jure*.  
Cass., 9 novembre 2004, n. 21294, in *Giust. civ.*, 2005.  
Cass., 4 aprile 2008, n. 8827, in *De Jure*.  
Cass., 24 febbraio 1999, n. 1566, in *Riv. notariato*, 2000.  
Cass., 20 agosto 1991, n. 8922, in *Giur. It.*, 1992.  
Cass., 13 luglio 1987, n. 6105, in *De Jure*.  
Cass., 7 febbraio 1980, n. 864, in *De Jure*.  
Cass., 28 maggio 2008, n. 14008, in *Guida al diritto*, 2008.  
Cass., 28 marzo 2001, n. 4518, in *De Jure*.  
Cass., 15 maggio 1998, n. 4910, in *De Jure*.  
Cass., 29 aprile 2003, n. 6653, in *De Jure*.  
Cass., 4 luglio 1942, n. 1890, in *Foro it.*, 1943.  
Cass., 6 agosto 1997, n. 7219, in *De Jure*.  
Trib. Napoli, 18 febbraio 2002, in *Giur. Nap.*, 2002.  
Cass., 6 ottobre 2000, n. 1335, in *De Jure*.  
Cass., 12 dicembre 1974, n. 4231, in *Riv. giur. edilizia*, 1975.  
Cass., 30 marzo 1968, n. 998, in *De Jure*.  
Cass., 10 maggio 1978, n. 2263, in *De Jure*.  
Cass., 7 gennaio 1946, n. 7, in *De Jure*.  
Cass., 20 maggio 1944, n. 399, in *De Jure*.  
Cass., 12 febbraio 1980, n. 1012, in *Giust. civ.*, 1980.  
Cass. ord. 22 giugno 2011, n. 13701, in *Immobili e proprietà*, 2012.  
Cass., sez. un., 20 giugno 2006, n. 14109, in *Riv. not.*, 2007.  
Trib. Bari, sez. II, 6 ottobre 2011, n. 3105, in [www.giurisprudenzabarese.it](http://www.giurisprudenzabarese.it).  
Trib. Chieti 10 febbraio 2009, n. 93, in *PQM*, 2009.  
Trib. Messina, sez. II, 9 marzo 2005, in *De Jure*.

Cass. 10 novembre 2010, n. 22885 in *De Jure*.  
Cass. 29 marzo 2000, n. 3821, in *Riv. not.*, 2001.  
Trib. Reggio Calabria 10 novembre 2004, in *De Jure*.  
Cass. 28 aprile 2011, n. 9472, in *De Jure*.  
Cass. 28 dicembre 2011, n. 29372, in *De Jure*.  
Cass. 12 maggio 1999, n. 4698, in *De Jure*.  
Cass. 20 febbraio 2003, n. 2568, in *De Jure*.  
Cass. 13 dicembre 2005, n. 27410, in *De Jure*.  
Cass. 17 giugno 2011, n. 13385, in *De Jure*.  
Cass. 13 giugno 1973, n. 1718, in *De Jure*.  
Cass. 20 settembre 2010, n. 19884, in *De Jure*.  
Cass. 17 giugno 1991, n. 6838, in *De Jure*.  
Cass. 22 ottobre 2010, n. 21791, in *De Jure*.  
Cass. 29 maggio 2007, n. 12498; in *De Jure*.  
Cass. 30 luglio 2004, n. 14540; in *De Jure*.  
Cass. 7 febbraio 2002, n. 1738, in *De Jure*.  
Cass. 23 ottobre 2001, n. 12998, in *De Jure*.  
Cass. 24 novembre 1998, n. 11891, in *De Jure*.  
Cass. 15 febbraio 1990, n. 1104, in *De Jure*.  
Cass. 11 agosto 1990, n. 8201; in *De Jure*.  
Cass. 30 gennaio 1979, n. 673, in *De Jure*.  
Cass. 16 luglio 1971, n. 2328, in *Giur. it.*, 1972.  
Trib. Bari, sez. I, 7 settembre 2009, n. 2575, in *De Jure*.  
Cass. 13 maggio 2010, n. 11641, in *Foro it.*, 2011.  
App. Roma, sez. III, 1 marzo 2011, n. 836, in *De Jure*.  
Cass. 3 maggio 2010, n. 10624; in *De Jure*.  
Cass. 28 maggio 2008, n. 14008; in *De Jure*.  
Cass. 14 maggio 2008, n. 12119, in *De Jure*.  
1 Cass. 11 giugno 2007, n. 13654, in *De Jure*.  
Trib. Pavia 23 maggio 1986, in *De Jure*.  
1 Trib. Bari 12 ottobre 2004, in *De Jure*.  
Cass. 14 febbraio 1985, n.1258, in *De Jure*.  
Trib. Tivoli 30 novembre 2010, n. 1643, in *De Jure*.  
Cass. 19 marzo 1986, n. 1905, in *De Jure*.  
Cass., 8 giugno 2001, n. 7785, in *De Jure*.  
Cass. 9 novembre 2012 n. 19529, in *De Jure*.  
Cass. 21 maggio 2004 n. 9765, in *De Jure*.  
Cass., 9 novembre 2012 n. 19529, in *De Jure*.



Trib. Napoli 15 gennaio 2010; Cost. 23 febbraio 2011, n. 47, in *Foro it.*, 2011.

Cass. 20 giugno 1967, n. 1458, in *De Jure*.

Cass., 22 giugno 2005, n. 13380, in *Riv. not.*, 2006.

Cass. SS.UU., 25 ottobre 2004, n. 20644, in *Giust. civ.*, 2005.