

Cass., civ. sez. II, del 19 luglio 2016, n. 14756

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione degli articoli 111, 112, 183, comma IV, e 189 c.p.c., nonché 3, 24 e 111 Cost., in quanto il convenuto EC si era opposto, all'atto della costituzione, alla domanda di divisione, e non aveva modificato le sue conclusioni nel termine di cui all'articolo 183 c.p.c.

Ne conseguiva che la richiesta di assegnazione dal medesimo EC avanzata successivamente, nel corso del giudizio di primo grado, all'udienza del 21 ottobre 2008 immediatamente successiva al deposito della CTU, era tardiva.

Inoltre poiché il convenuto nel costituirsi in giudizio, si era opposto alla domanda di divisione, non poteva successivamente proporre la detta istanza, che si risolve in realtà nella proposizione di una domanda nuova, e come tale inammissibile.

Il motivo è infondato e pertanto deve essere rigettato.

La questione di diritto sottoposta all'attenzione del Collegio investe il tema relativo alla tempestività dell'istanza di attribuzione di cui all'art. 720 c.c., in relazione alla possibilità che venga avanzata nel corso del giudizio, ove già non proposta dai condividenti al momento dell'iniziale costituzione in giudizio, tema che si riconnette all'ancor più generale problematica della compatibilità con il processo di divisione del regime delle preclusioni che attualmente connota il processo ordinario di cognizione.

In effetti se deve ritenersi pacifica l'impossibilità di qualificare tale istanza come domanda autonoma, inserendosi chiaramente l'istanza finalizzata ad ottenere l'assegnazione del bene non comodamente divisibile, nell'ambito del già proposto giudizio di divisione, costituendo l'attribuzione dell'intero solo uno dei possibili esiti del giudizio, legato appunto alla condizione fattuale della infrazionabilità del bene in natura, la giurisprudenza risulta, divisa appare tra la tesi (in realtà più risalente nel tempo) per la quale si tratterebbe di un'eccezione, in quanto mezzo di opposizione alla domanda di vendita dell'immobile (cfr. Cassazione civile sez. II, 14 gennaio 1999, n. 319; Cassazione civile 2 giugno 1999 n. 5392; Cassazione civile 7 aprile 1960 n. 799; Cassazione civile 17 maggio 1973 n. 1407; e da ultimo Cassazione civile sez. II 14 maggio 2008 n. 12119), e quella che invece opta per la qualificazione in termini di specificazione della domanda (Cassazione civile sez. II, 28 novembre 1998, n. 12111; Cassazione civile 19 aprile 1988 n. 3066).

Con specifico riferimento alla questione concernente la possibilità di individuare un limite preclusivo alla proposizione dell'istanza de qua, l'adesione all'una o all'altra delle due opzioni non spiegava concreta rilevanza, essendosi tradizionalmente affermato che la stessa poteva essere liberamente proposta anche in grado di appello, trattandosi di orientamento giurisprudenziale chiaramente maturato nel regime processuale anteriore alle modifiche di cui alla legge n. 353 del 1990, laddove l'art. 345 c.p.c., nella sua previgente formulazione, consentiva in appello la libera proponibilità delle eccezioni, anche in senso stretto, così come

era legittima la emendatio libelli, con l'unico limite rappresentato dal divieto di proposizione di domande nuove.

L'affermazione in merito alla ampia possibilità di proporre l'istanza di cui all'art. 720 c.c. anche in grado di appello si rinviene anche nella più recente giurisprudenza della Corte, costituendo un principio che risulta ribadito in numerose occasioni (Cass. n. 14008/2008; Cass. n. 13654/2007; Cass. n. 14521/2012) trattandosi di una richiesta che amene semplicemente alle modalità di attuazione della divisione, senza che peraltro ci si sia anche interrogati in merito alla possibilità di mantenere fermo tale orientamento in seguito all'introduzione di un generalizzato regime di preclusioni.

Ai fini della risoluzione della vicenda in esame, non appare poi pertinente il richiamo, compiuto dalla difesa della ricorrente a Cass. n. 10624/2010, in quanto come si ricava dalla lettura della massima (" in tema di giudizio di divisione, la richiesta di attribuzione dell'intero compendio immobiliare ai sensi dell'art. 720 cod. civ. attiene alle modalità di attuazione della divisione e, pertanto, essendo diretta al già richiesto scioglimento della comunione, non costituisce domanda nuova e può essere proposta per la prima volta anche in appello; ove, peraltro, nel giudizio di primo grado una delle parti abbia formulato domanda di attribuzione dell'intero compendio, mentre l'altra si è limitata ad opporsi alla divisione, quest'ultima non può più proporre la domanda di attribuzione per la prima volta in grado di appello") trattasi di decisione che risulta chiaramente riferibile a fattispecie diversa da quella in esame, in quanto la richiesta di attribuzione proveniva da soggetto che in primo grado non l'aveva proposta, ed in presenza di una diversa richiesta che invece era stata accolta, essendosi implicitamente ribadita la regola della libera proponibilità dell'istanza anche in grado di appello, con l'unico limite (svincolato dalla disciplina delle preclusioni, ma legato piuttosto all'affermazione secondo cui sul diritto all'attribuzione vi era già stata una decisione ad opera del giudice di primo grado) che vi sia stata già altra istanza accolta in primo grado.

La qualificazione della richiesta de qua, ancorchè sub specie di modalità di attuazione della divisione, implica tuttavia evidentemente che alla stessa si correli anche una modificazione del thema decidendum, suscettibile potenzialmente anche di dover portare alla modifica del pur legittimo contenuto della sentenza impugnata, laddove l'istanza sia proposta per la prima volta in grado di appello.

Ed, infatti, anche a voler trascurare il pur possibile pericolo che l'istanza in oggetto celi intenti dilatori o sia strumentale a tattiche finalizzate lato sensu a determinare lo spostamento in avanti del tempo della definizione del processo di divisione (si pensi al caso in cui disposta la vendita del bene non comodamente divisibile in primo grado, l'appellante, pur non contestando la conclusione circa la condizione di indivisibilità del bene, proponga appello adducendo unicamente il proprio interesse all'attribuzione, imponendo al giudice, ove si reputi tale istanza ammissibile, di dover sospendere le operazioni di vendita, non potendosi peraltro nemmeno escludere che la parte che ne abbia fatto richiesta, possa poi successivamente rinunciare all'attribuzione, non essendo prevista la sua irrevocabilità) l'affermazione tradizionale della giurisprudenza non si confronta, almeno in maniera consapevole, con

quanto affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte in merito alla compatibilità del giudizio di divisione con il regime delle preclusioni (Cass. S.U. n. 14109/2006).

I principi affermati in tale circostanza sono stati poi ribaditi anche dalla successiva giurisprudenza della Corte la quale da ultimo ha affermato (Cass. n. 22274/13) che nel giudizio di divisione ereditaria, qualora l'attore - nel replicare alla domanda riconvenzionale di collazione proposta dal convenuto - deduca la nullità di altra donazione, effettuata dal "de cuius" in favore di costui, formula non già una mera precisazione della domanda, bensì un'eccezione di merito in senso proprio, che, come tale, deve essere proposta non con la memoria assertiva di cui al quinto comma dell'art. 183 cod. proc. civ.(nel testo applicabile "ratione temporis", anteriore alla novella di cui all'art. 2, comma 3, lettera c-ter, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni in legge 14 maggio 2005, n. 80), bensì entro l'udienza di trattazione, ai sensi del quarto comma del medesimo articolo. Nella motivazione il Collegio ha ricordato che, secondo quanto precisato alle Sezioni Unite, le caratteristiche del procedimento divisorio - rappresentate dalla finalità che esso persegue, di porre fine alla comunione con riferimento all'intero patrimonio del de cuius, e dalla possibilità che esso si concluda, in luogo che con sentenza, con ordinanza che, sull'accordo delle parti, dichiarare esecutivo il progetto divisionale - non sono di per sé sufficienti a giustificare deroghe alle preclusioni tipiche stabilite dalla legge per il normale giudizio contenzioso.

In linea con tale precedente si pone anche Cass. n. 29372/2011, che appare evidentemente diretta ad arrestare la tendenza che pur si era manifestata, anche dopo l'intervento delle SS.UU., di individuare delle maglie attraverso le quali far penetrare i nova nel giudizio di divisione (cfr. Cass. n. 13385/2011).

Ritiene il Collegio che debba darsi sicuramente continuità all'orientamento delle Sezioni Unite, ma che la soluzione da adottare con specifico riferimento ai limiti alla proposizione dell'istanza di attribuzione, non può tuttavia prescindere dalla specificità del giudizio di divisione, e soprattutto dall'incidenza che sul risultato della divisione possono avere le vicende soggettive che colpiscono i condividenti, ovvero quelle oggettive concernenti i beni coinvolti nel giudizio.

In tal senso appare del tutto condivisibile quanto affermato da Cass. n. 9367/2013, a mente della quale il giudizio di scioglimento di comunioni non è del tutto compatibile con le scansioni e le preclusioni che disciplinano il processo in generale, intraprendendo i singoli condividenti le loro strategie difensive anche all'esito delle richieste e dei comportamenti assunti dalle altre parti con riferimento al progetto di divisione ed acquisendo rilievo gli eventuali sopravvenuti atti negoziali traslativi, che modifichino il numero e l'entità delle quote; ne deriva il diritto delle parti del giudizio divisorio di mutare, anche in sede di appello, le proprie conclusioni e richiedere per la prima volta l'attribuzione, per intero o congiunta, del compendio immobiliare, integrando tale istanza una mera modalità di attuazione della divisione.

In tale ottica, la valutazione circa la comoda divisibilità del bene potrebbe essere sicuramente influenzata da eventuali atti di cessioni di quote intervenuti tra i condividenti, essendo evidente che la concentrazione delle quote in capo ad un numero di soggetti minore di quello

dei condividenti originari potrebbe far propendere per una divisione in natura che viceversa l'elevato numero originario degli aventi diritto non consentiva.

Ed, ancora, il sopravvenire di una disciplina urbanistica a carattere più restrittivo che vieti il frazionamento giuridico di determinati immobili, suscettibili invece di divisione in natura, ben potrebbe imporre ex post una valutazione di indivisibilità, sollecitando quindi le parti ad avvalersi della facoltà di cui all'art. 720 c.c. che l'iniziale prospettazione della divisione in natura aveva reso inattuale.

Si pensi ancora al caso in cui, anche a seguito della riforma della sentenza di primo grado ad opera del giudice di appello, si pervenga alla rideterminazione della consistenza dell'asse ereditario, escludendo dal novero dei beni comuni, alcuni cespiti in quanto ritenuti di proprietà esclusiva di terzi ovvero di uno dei condividenti. La diversa composizione della massa è evidentemente un fattore idoneo ad incidere sulla fattibilità della divisione in natura, e ben potrebbe, anche in questo caso sollecitare le parti a valutare se avvalersi della richiesta in esame, alla luce del manifestarsi delle condizioni previste dall'art. 720 c.c.

Infine, e tornando ad una fattispecie riconducibile al caso in esame, il condividente ben potrebbe all'esordio della controversia prospettarsi la divisibilità in natura, salvo poi ricredersi proprio in conseguenza delle valutazioni del consulente tecnico d'ufficio, che invece dia conto delle ragioni per le quali il bene o i beni non siano comodamente divisibili.

Pretendere che l'istanza di attribuzione debba essere necessariamente già contenuta negli scritti introduttivi del giudizio di divisione, oltre a trascurare la considerazione per la quale la richiesta appare necessariamente influenzata anche dalla valutazione economica del bene, occorrendo che la parte interessata possa valutare anche la convenienza economica dell'acquisto in via esclusiva della titolarità del cespite alla luce delle proprie condizioni economiche, esporrebbe il giudizio di divisione ad un'applicazione del tutto ingiustificata del cd. principio di eventualità.

Può pertanto affermarsi il principio secondo cui, *pur essendo il giudizio di divisione assoggettato al regime delle preclusioni di cui alla disciplina introdotta dalla legge n. 353 del 1990 (e successive modifiche), l'istanza di attribuzione di cui all'art. 720 c.c., pur essendo a sua volta tendenzialmente sottoposta al regime delle preclusioni, può essere avanzata per la prima volta, ed anche in grado di appello, ogni volta che le vicende soggettive dei condividenti ovvero quelle che attengano alla consistenza oggettiva o qualitativa della massa, denotino l'insorgere di una situazione di non comoda divisibilità, al fine di prevenire l'esito della vendita, che resta in ogni caso l'extrema ratio voluta dal legislatore.*