

Tizio, comproprietario per 4/6, Primo, per 1/6, Secondino, per 1/12, Secondina, per 1/12, sono proprietari di due appartamenti A e B

Tizio vorrebbe fare testamento e lasciare:

- 4/6 di A a Primo
- 4/6 di B a Secondino e Secondina

Di primo acchito, mi verrebbe da dire che è una normale divisione fatta dal testatore e tuttavia temo che non si possa fare in virtù di quanto la giurisprudenza dice per gli atti (inter vivos) di disposizione di una quota di un bene (esempio A) facente parte di una più ampia comunione (A e B): vengono considerati alla stregua di atti di cosa (totalmente o parzialmente altrui)

Se si trattasse di una donazione, ad esempio, rischierei di fare un atto nullo

Nel testamento la disposizione di cosa altrui è possibile solo con il legato e non con l'istituzione di erede

Come risolvere il problema?

- 1) 733 norme dettate dal testatore: e alla morte però dovrebbero fare la divisione pagando su tutto
Oppure
- 2) due "legati" ex art. 651 o 652 ?

E dov'è il problema? Sinceramente non lo vedo.

Il punto è (esplicitando quello che dice Salvatore e che implicitamente conferma Camillo) che secondo la giurisprudenza la disposizione di quota di un bene facente parte di una comunione più ampia non ha effetti immediati ma ha gli stessi effetti (obbligatori) della disposizione di cosa altrui

Nel caso di specie se ad esempio Tizio vendesse a Primo la quota di 4/6 di A e la quota di 4/6 di B a Secondino e Secondina, si tratterebbe di vendita ad effetti obbligatori (ad effetti reali differiti): il trasferimento si verificherebbe solo se a Tizio quella quota di 4/6 (o l'intero) venisse assegnata in divisione (cd. vendita dell'esito divisionale)

La giurisprudenza addirittura (ma coerentemente con questa interpretazione) per il caso di donazione parla di nullità: si tratterebbe infatti di donazione di cosa altrui

E' tesi ampiamente contestata (e disattesa) dal notariato (v. per tutti le "brevi" note in un recente studio CNN a firma Magliulo): però è orientamento dominante e consolidato in giurisprudenza

Tuttavia anche chi contesta la giurisprudenza (Magliulo e in dottrina mi sembra Branca) e ritiene che detta disposizione produca effetti traslativi immediati, conclude nel senso che questi effetti non riguardano la divisione alla quale deve sempre partecipare l'originario comunista

“traslando” il tutto in ambito di testamento:

L’assegnazione a titolo di eredità (sia che si tratti di institutio ex re certa; sia che si tratti di divisione ex 734)

può essere solo ad effetti reali immediati, non è prevista l’attribuzione a titolo ereditario con effetto

obbligatori: il testatore può attribuire solo cose sue, non cose altrui

L’unica possibilità di disposizioni ad effetti obbligatori sono i legati

di qui il problema...

Scusate, per cortesia, citate gli estremi delle sentenze. Perché così come impostato il discorso il discorso non sta in piedi. Perché il trasferimento a Tizio, della quota di 4/6, è immediato. Infatti lui partecipa alla divisione con la sua quota di 4/6. Che in questa sede gli possano essere assegnati altri beni, non ha nulla a che vedere sul trasferimento dei 4/6 originari.

La situazione è quella indicata al punto **2.3** dello studio CNN (che allego) *La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune*, n. 380/2009 C, a firma Magliulo

COMMISSIONE STUDI CIVILISTICI

Studio n. 380-2009/C

LA DONAZIONE DI QUOTA INDIVISA SU UN BENE FACENTE PARTE DI UNA PIÙ AMPIA MASSA COMUNE

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 17 settembre 2009

SOMMARIO: 1. Impostazione del problema - 2. Gli atti di disposizione sui beni indivisi - 2.1. Il concetto di quota indivisa - 2.2. L'atto di disposizione della quota sull'intera massa comune - 2.3. L'atto di disposizione della quota su singoli beni facenti parte della massa comune - 2.4. L'alienazione dell'esito divisionale - 2.5. L'atto di disposizione del singolo comproprietario sull'intero bene comune - 2.6. Il retratto successorio - 2.7. L'atto di disposizione di tutti i comproprietari sull'intero bene comune - 3. La donazione di bene altrui - 3.1. L'opinione tradizionale - 3.2. Il nuovo corso giurisprudenziale - 3.3. Irrilevanza della

questione della validità della donazione di bene altrui sull'idoneità della stessa a costituire titolo per l'usucapione abbreviata - 3.4. La mancanza della legittimazione a disporre e la validità dell'atto di disposizione nel sistema civilistico - 3.5. La donazione nella quale il donante ignori l'altruità del bene - 3.6. La donazione nella quale il donante conosca l'altruità del bene - 4. Conclusioni operative

1. Impostazione del problema

Il presente studio trae spunto da una decisione della corte di Appello di Reggio Calabria del 23 novembre 2006, la quale, confermando la corrispondente decisione del tribunale di Reggio Calabria del 30 aprile 2004, ha statuito che la donazione di una quota indivisa di un bene facente parte di una più ampia massa comune sarebbe nulla in quanto:

- 1) nelle more della divisione ereditaria, fintantoché dura lo stato di comunione, il coerede sarebbe titolare solo di una quota di eredità intesa come *universitas*, ma non potrebbe ritenersi proprietario *pro indiviso* di una quota ideale di un bene o di singoli beni specificamente individuati, poiché egli, per effetto della divisione, potrebbe non risultare mai proprietario di quei determinati beni;
- 2) in conseguenza egli, disponendo della propria quota su singoli beni della massa comune, disporrebbe in sostanza di cosa altrui;
- 3) laddove dunque l'atto di disposizione in questione fosse una donazione, questa *sarebbe affetta da nullità ex art. 771 c.c.*

Le questioni affrontate dalle menzionate decisioni giurisprudenziali sono di grande interesse.

Ed invero, sotto il profilo pratico, si tratta di questioni estremamente ricorrenti nella pratica, onde, laddove la tesi dei giudici calabresi risultasse fondata, la fattispecie in esame costituirebbe una notevole insidia per l'operatore del diritto, dalla quale occorrerebbe adeguatamente tutelarsi nella prassi negoziale.

Non meno interessante tuttavia è la questione sotto il profilo teorico poiché, come avremo modo di constatare nel prosieguo della presente trattazione, la soluzione dei problemi sottostanti

alla fattispecie in esame implica l'analisi del concetto di comunione e di quota indivisa e dei principi fondamentali che nel sistema positivo governano l'efficacia e la validità degli atti traslativi.

Sotto tale ultimo profilo non può farsi a meno di rilevare che la peculiare condizione dei beni indivisi rende notevolmente più complessa la problematica relativa all'atto di disposizione, potendo quest'ultimo assumere - in ragione dell'oggetto, dei soggetti intervenuti e della volontà delle parti - le configurazioni più varie.

Tuttavia, nonostante la notevole rilevanza pratica delle figure negoziali in esame, la disciplina dettata al riguardo dal legislatore è estremamente disorganica e frammentaria.

Da ciò deriva l'opportunità di tentare innanzitutto una ricostruzione sistematica della disciplina delle varie fattispecie dispositive aventi ad oggetto beni indivisi, per sottoporre ad attenta verifica l'affermazione delle corti calabresi di cui ai punti 1. e 2. in epigrafe riportati.

In secondo luogo, una volta portata a termine tale indagine, occorre sottoporre ad analisi il tradizionale divieto della donazione di beni futuri, al fine di valutare la fondatezza dell'affermazione di cui al punto 3. in epigrafe riportato.

2. Gli atti di disposizione sui beni indivisi

2.1. Il concetto di quota indivisa

In primo luogo l'atto di disposizione del bene indiviso può essere posto in essere dal singolo comproprietario con riferimento alla propria quota di partecipazione alla comunione.

Al riguardo l'art. 1103 c.c. vigente, sotto la rubrica «Disposizioni della quota», stabilisce che « Ciascun partecipante può disporre del suo diritto e cedere ad altri il godimento della cosa nei limiti della sua quota».

Tale norma sancisce una delle più rilevanti caratteristiche della c. d. *communio juris romani*, vale a dire di una disciplina della contitolarità dei diritti reali di tipo individualistico, originariamente elaborata dai giuristi romani e poi trasfusa nel nostro ordinamento, caratterizzata dalla spiccata autonomia di ciascun partecipante e dalla organizzazione del rapporto tra i vari comproprietari sulla base del concetto di quota ideale **(1)**.

Il legislatore, tuttavia, omette di fornire una disciplina esauriente dell'atto di disposizione della quota indivisa, lasciando così irrisolti una serie di problemi di notevole rilevanza e di difficile soluzione.

Non è chiaro innanzi tutto in cosa consista esattamente l'atto di disposizione della quota indivisa ed in particolare quale ne sia l'oggetto.

Le difficoltà derivano non solo dalla lacunosità della normativa al riguardo, ma anche dallo stesso concetto di condominio, che non a caso è stato definito come «il più travagliato istituto della teoria dei diritti reali» (2).

Vi è infatti alla base della nozione di comunione una contraddizione di fondo tra la pluralità dei titolari del medesimo diritto e l'unicità dell'oggetto su cui tale diritto insiste. La contraddizione diviene poi ancor più stridente se si considera che la proprietà, per espressa disposizione legislativa e per tradizione storica, è un diritto che vede nella pienezza e nell'esclusività del potere di godimento e di disposizione la sua caratteristica saliente (3).

Il contemperamento tra l'unicità del bene e la pluralità dei titolari è realizzato nella comunione di tipo romanistico, accolta dagli artt. 1100 e segg c.c., appunto attraverso il concetto di quota ideale. Ne consegue che individuare la natura giuridica dell'atto di disposizione della quota indivisa significa necessariamente addentrarsi nel discusso problema della natura giuridica della comunione.

La contraddizione insita nel concetto di comunione è persa a taluni insanabile al punto da negare l'esistenza stessa del diritto di proprietà durante lo stato di indivisione.

Poiché il diritto di proprietà è, per definizione, un diritto *esclusivo* - si afferma - deve conseguentemente ritenersi che ciascun partecipante non detenga la proprietà bensì un diritto *sui generis*, un'aspettativa di conseguire con la divisione un vero e proprio diritto di proprietà su una porzione materiale del bene comune (4).

Secondo tale orientamento, pertanto, l'atto di disposizione della quota indivisa non avrebbe ad oggetto il diritto di proprietà, di cui nessun comunista può dirsi titolare, bensì proprio questo particolare diritto caratteristico della comunione (5).

Per i detrattori della teoria in esame è stato tuttavia fin troppo facile controbattere che non sembra possibile ammettere che, durante lo stato di indivisione, sulla cosa comune non sussista alcun diritto di proprietà. A tale conclusione osta oltretutto, quanto ai beni immobili, l'art. 827 c.c. secondo il quale «I beni immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato» (6).

Altri hanno tentato di superare l'aporia insita nel concetto di comunione operando uno sdoppiamento dell'oggetto della situazione giuridica regolata. Si è sostenuto, in tale ottica, che ciascun partecipante sarebbe proprietario esclusivo, non già del bene materiale, bensì della quota ideale (7). Tale impostazione era poi testualmente avvalorata dal codice civile del 1865 che all'art. 679 disponeva: «ciascun partecipante ha la piena proprietà della sua quota e dei relativi frutti» (8).

L'atto di disposizione del singolo partecipante alla comunione veniva conseguentemente configurato come avente ad oggetto l'esclusiva proprietà della quota; proseguiva infatti il citato art. 679 c.c. abrogato: « Egli può liberamente alienare, cedere ed ipotecare tale quota, ed anche costituire altri nel godimento di essa, se non si tratti di diritti personali ».

Il ricorso all'artificioso e astratto concetto di proprietà esclusiva della quota ideale non è apparso tuttavia idoneo a spiegare compiutamente il fenomeno della comunione (9). Ed invero, se l'oggetto del diritto di ciascun partecipante non è la cosa comune nella sua materialità non si comprende chi sia il titolare del diritto di proprietà sulla stessa, che certamente, per le cose dette, non può considerarsi *res nullius* (10).

Da altra prospettiva (11) si è tentato di superare l'antinomia riconducendo ad unità la pluralità dei soggetti. In tale ottica titolare unico del diritto di proprietà sarebbe la collettività dei partecipanti, cui verrebbe attribuita dall'ordinamento soggettività giuridica distinta da quella dei singoli comproprietari, non diversamente da quanto avviene per le associazioni non riconosciute e per le società di persone (12).

Tale impostazione, pur muovendo dalla critica alla teoria della proprietà esclusiva della quota ideale, ne costituisce, in realtà, un ulteriore sviluppo. Ed invero l'attribuzione del diritto di proprietà ad un autonomo soggetto giuridico, costituito dalla collettività dei partecipanti, implica come conseguenza necessaria - anche se mai chiaramente espressa dai fautori della tesi in esame (13) - che ciascun comproprietario non possa considerarsi titolare del diritto di proprietà della cosa comune, bensì di un diritto avente ad oggetto la partecipazione *pro quota* al soggetto-comunione. L'atto di disposizione della quota indivisa, pertanto, non potrebbe che avere come referente un « bene di secondo grado» costituito dalla quota di partecipazione all'ente, non già la proprietà della cosa comune.

Tuttavia anche tale concezione della comproprietà offre il fianco a profonde critiche. Ed invero nella disciplina positiva della comunione mancano molte delle caratteristiche proprie della soggettività giuridica. Se è vero, infatti, che nella comunione, come nelle associazioni non

riconosciute o nelle società di persone, talune decisioni sulla gestione della cosa comune sono prese a maggioranza, è anche vero che per gli atti di disposizione dell'intero bene comune occorre il consenso di tutti i partecipanti. In altre parole manca del tutto, nella fase della disposizione del bene comune nella sua interezza, la *reductio ad unitatem* caratteristica della soggettività giuridica **(14)**.

Manca infine nella comunione ogni forma di autonomia patrimoniale **(15)** la quale costituisce una delle più rilevanti conseguenze della soggettività giuridica.

Infatti, quantunque i fautori della teoria in esame si sforzino di ravvisare nella comunione una sorta di autonomia patrimoniale **(16)**, deve rilevarsi come proprio le norme di diritto positivo escludono l'attendibilità di tale assunto.

Ed invero il codice di procedura civile, nell'ammettere il pignoramento dei beni indivisi anche quando non tutti i comproprietari sono obbligati verso il creditore (art. 599), consente al creditore pignorante di ottenere, quando è possibile, la «separazione della quota in natura» spettante al debitore (art. 600) **(17)**. Inoltre al creditore del singolo comproprietario è consentito addirittura, se non è possibile la «separazione» suddetta, di provocare la divisione dissolvendo lo stato di comunione (art. 600, comma 2 c.p.c.) **(18)**.

Infine lo stesso testo dell'art. 1103 c.c. sembra deporre contro la soggettività giuridica della comunione, laddove, a dispetto dell'impropria espressione adoperata nella rubrica, lascia intendere che l'atto di disposizione della quota abbia ad oggetto un diritto che insiste direttamente sulla cosa comune e non su un oggetto mediato costituito dalla quota di partecipazione all'ente-comunione **(19)**.

Altri interpreti hanno tentato una ricostruzione del concetto di comunione basandosi sulla nozione di limite al diritto di proprietà. Se è vero infatti che la proprietà è un diritto esclusivo, è anche vero che essa è suscettibile di subire limitazioni per la concorrenza di altri diritti che ne comprimano variamente il contenuto, salva la possibilità di riacquistare integralmente la propria pienezza non appena il limite venga meno (c.d. elasticità del diritto di proprietà).

Secondo tale impostazione ogni condomino sarebbe, pertanto, titolare di un distinto diritto di proprietà su tutta la cosa comune - che in conseguenza sarebbe oggetto di una pluralità di diritti di proprietà gravanti il bene nella sua interezza -, ma il diritto di ciascuno sarebbe limitato dalla concorrenza dell'analogo diritto degli altri partecipanti (c.d. teoria della proprietà plurima integrale) **(20)**.

La conferma della validità di tale assunto sarebbe data dall'art. 1102 c.c. secondo il quale ogni partecipante può servirsi della cosa comune nella sua interezza «purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto ».

In contrario è stato tuttavia osservato che il concetto di limite può essere utilizzato, senza alterare le caratteristiche strutturali del diritto di proprietà, soltanto se il diritto limitante non abbia il medesimo contenuto del diritto oggetto di limitazione. In caso contrario verrebbero meno le caratteristiche di pienezza ed esclusività che sono proprie del diritto di proprietà **(21)**.

Inoltre la tesi in esame mal si concilia con l'art. 1103 c.c., che individua nell'atto di disposizione del singolo partecipante non già l'alienazione del diritto di proprietà nella sua interezza, bensì l'alienazione di alcunché di parziale, diversamente da quanto accadeva nella comunione di tipo solidaristico vigente nell'antico diritto romano, nella quale il singolo aveva facoltà di alienare l'intero diritto salvo il potere degli altri partecipanti di opporsi all'alienazione prima che questa fosse effettuata **(22)**.

Alla stregua delle esposte considerazioni appare, pertanto, evidente che qualsiasi tentativo di spiegare la nozione di comunione attraverso operazioni di ingegneria dirette a costruire nuovi soggetti o nuovi oggetti giuridici è destinato a fallire, ponendosi in contrasto con le norme vigenti in materia.

L'unica ricostruzione che appare aderente alle norme del codice civile vigente è quella nota come «teoria della proprietà plurima parziaria ».

Secondo tale impostazione sulla cosa comune graverebbe un unico diritto di proprietà. Tale diritto, tuttavia, «spetta a tutti i condomini, i quali sono proprietari della cosa intera: ma spetta per una frazione, cioè il diritto di proprietà è diviso fra tutti in modo che a ciascuno spetta un diritto ch'è uguale a quello degli altri ed è uguale qualitativamente ad un pieno diritto di proprietà, ma ne differisce solo quantitativamente ... Questa teoria ... riesce a conciliare l'esclusività propria del diritto di proprietà, colla pluralità dei titolari. La conciliazione è appunto ottenuta in base al criterio della frazionarietà del diritto, per cui il potere di esclusione può esercitarsi da un condomino di fronte ai terzi, ma non può esercitarsi da un condomino di fronte all'altro, perché ciascun condomino, in quanto titolare di una frazione del diritto di proprietà, gode anche del potere di esclusività, ma ne gode nei confronti dei terzi estranei, non nei confronti degli altri condomini, perché di fronte a questi il suo potere si trova in certo senso controbilanciato e, neutralizzato da un potere di uguale natura» **(23)**.

Nondimeno tale particolarità non sembra possa giungere a snaturare il concetto di proprietà, il quale, del resto, non può essere definito *a priori*, ma va desunto dalla disciplina positiva. Orbene tale disciplina mostra di ritenere che il diritto di proprietà rimanga tale anche quando sia oggetto di contitolarità fra più soggetti, pur dovendosi in tal caso applicare la particolare disciplina di cui agli artt. 1100 e segg. c.c.

Lo stesso art. 832 c.c., nel definire la proprietà come il diritto di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, sancisce che tale diritto può essere esercitato solo « entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico » (24).

Certamente dal punto di vista economico la titolarità della piena ed esclusiva proprietà di una porzione materiale del bene comune è cosa ben diversa dalla titolarità di una quota indivisa del medesimo e tale circostanza, come vedremo, non è priva di rilevanza giuridica. Ma ciò non autorizza a ritenere che la situazione del titolare della quota indivisa non possa qualificarsi come diritto di proprietà.

La conferma della validità della teoria in esame si trae proprio dall'art. 1100 c.c., secondo il quale il fenomeno della comunione si verifica « quando la proprietà o altro diritto reale spetta in comune a più persone ».

Ne deriva che il singolo partecipante allorché compie un atto di disposizione sulla propria quota non dispone di un diritto diverso da quello comune, egli dispone in realtà dello stesso diritto comune « nei limiti della propria quota » come testualmente dispone l'art. 1103 c.c. (25).

2.2. L'atto di disposizione della quota sull'intera massa comune.

L'atto di disposizione del singolo partecipante alla comunione può avere ad oggetto la totalità dei diritti spettanti al disponente sopra la massa comune.

Il codice non disciplina espressamente l'efficacia di un siffatto negozio di disposizione. Tale disciplina può tuttavia agevolmente ricavarsi dal combinato disposto dell'art. 1103, che sancisce la facoltà di ciascun partecipante di disporre del suo diritto, con l'art. 1376, che afferma in via generale l'immediata efficacia traslativa dell'atto di disposizione in virtù del semplice consenso delle parti (c.d. principio consensualistico).

La disciplina codicistica in altre parole lascia chiaramente intendere che, a seguito dell'atto di cessione della totalità dei propri diritti sulla massa comune, il cedente resta estromesso dalla

comunione e viceversa il cessionario assume la posizione di partecipante alla comunione medesima in luogo del suo dante causa, con tutti i diritti e gli oneri a ciò connessi.

Tale conclusione, che alla stregua della vigente legislazione può sembrare ovvia, era invece oggetto di discussione sotto il vigore del codice del 1865, atteso che l'art. 679 del medesimo, in tema di atti di disposizione della quota indivisa, stabiliva che «l'effetto dell'alienazione o dell'ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione ».

La soppressione di tale norma non ha tuttavia eliminato ogni dubbio in ordine alla efficacia dell'atto di disposizione in oggetto.

Ed invero l'art. 1113 c.c. dispone che gli « aventi causa » da un partecipante possono intervenire nella divisione a proprie spese e che, se la divisione ha ad oggetto beni immobili, essi devono essere chiamati ad intervenire « perché la divisione abbia *effetto* nei loro confronti », sempreché abbiano trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione dell'atto di divisione o della trascrizione della domanda di divisione giudiziale.

La norma in oggetto pertanto afferma che l'intervento dell'« avente causa » da un partecipante non è indispensabile per la validità della divisione, in quanto la mancanza di tale intervento non costituisce motivo di nullità della stessa, ma tutt'al più di semplice inefficacia relativa nei confronti dell'avente causa pretermesso.

Orbene, se con l'espressione «avente causa» all'art. 1113 c.c. il legislatore avesse inteso indicare anche il cessionario della quota indivisa, vi sarebbe una palese contraddizione con l'immediata efficacia traslativa dell'atto di cessione della quota; ed invero se tale atto effettivamente producesse la surrogazione immediata del cessionario al cedente, la divisione effettuata senza l'intervento del cessionario dovrebbe essere considerata alla stessa stregua della divisione effettuata senza uno dei comunisti e, come tale, nulla **(26)** e non semplicemente inefficace.

La dottrina prevalente pertanto ritiene che, nel conflitto tra la lettera dell'art. 1113 c.c. e il principio dell'immediata efficacia traslativa dell'atto di cessione desumibile dagli artt. 1103 e 1376 c.c., debba prevalere il secondo e che conseguentemente l'espressione «avente causa» non possa essere riferita a colui che cede la totalità dei propri diritti sulla massa comune; in tale ipotesi infatti l'unico legittimato ad intervenire nella divisione, tra cedente e cessionario, è quest'ultimo, in mancanza del quale la divisione è radicalmente nulla **(27)**.

Siffatta conclusione, che è pressoché pacifica relativamente alla comunione ordinaria, è invece oggetto di discussione in relazione alla comunione ereditaria.

Ed invero alla qualità di coerede è connessa una serie di situazioni soggettive di indubbia rilevanza nella divisione ereditaria le quali, tuttavia, appaiono, almeno *prima facie*, strettamente connesse alla persona del coerede medesimo e non vengono pertanto trasferite all'acquirente per effetto della cessione, quali ad esempio l'obbligo della collazione.

A ciò si aggiunga che l'art. 713 c.c. attribuisce il potere di chiedere la divisione ai «coeredi» e non anche agli acquirenti della quota ereditaria.

Tali considerazioni hanno indotto parte della dottrina e la giurisprudenza meno recente **(28)** a ritenere che fra gli «aventi causa da un partecipante» di cui all'art. 1113 c.c. sia compreso, in ipotesi di comunione ereditaria, anche il cessionario della quota ereditaria, con la conseguenza che quest'ultimo, non avendo la qualità di coerede, non potrebbe essere considerato parte vera e propria del contratto di divisione, ma solo interessato al modo in cui questa viene effettuata; parte vera e propria della divisione rimarrebbe il coerede cedente.

Tale opinione non può essere condivisa.

Ed invero essa finisce con il conferire la legittimazione a chiedere la divisione a un soggetto che, avendo ceduto la propria quota, non ha più alcun interesse alla divisione medesima (o semmai ha un interesse del tutto marginale). Né può attribuirsi eccessivo rilievo alla lettera dell'art. 713 c.c., atteso che non si dubita che siano legittimati alla divisione ereditaria anche gli eredi del coerede che sia defunto dopo l'apertura della successione della cui divisione si tratta; ancorché essi non possano a rigore definirsi, rispetto a tale successione, «coeredi» **(29)**.

In realtà la legittimazione a chiedere la divisione deve riconoscersi, come più esattamente dispongono l'art. 1111 c.c. in tema di comunione in generale nonché l'art. 784 c.p.c., a ciascun partecipante alla comunione, sia esso tale *ab origine*, in quanto coerede, o sia divenuto tale a seguito di trasferimento della quota per atto tra vivi o per successione *mortis causa*.

Secondo una diversa impostazione, invece, «nella comunione ereditaria alla divisione devono partecipare entrambi i soggetti: l'alienante in quanto rimasto coerede, cioè in quanto talune posizioni attive, costituitesi o trasmessesi in suo capo con la successione permangono in lui nonostante l'alienazione ed in quanto a lui va riferita la particolare efficacia ricollegata alla divisione ereditaria dall'art. 757 c.c., l'acquirente in quanto divenuto condomino, cioè titolare di tutte le posizioni attive e passive che sono trasmissibili. In assenza della partecipazione di uno di tali soggetti la divisione è nulla» **(30)**.

Anche tale opinione non sembra avere colto nel segno.

La circostanza che, come dispone l'art. 757 c.c. « ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione» non può certo valere di per sé a rendere necessario l'intervento nella divisione del coerede cedente.

Se infatti il legislatore, operando probabilmente una *fictio juris*, ha disposto la retroattività della divisione, non si vede per quale motivo tale retroattività non debba valere direttamente anche con riferimento al cessionario della quota ereditaria; se da un lato il coerede si reputa pieno ed esclusivo proprietario del bene attribuito in divisione fin dall'apertura della successione, ben può ritenersi che egli con l'atto di cessione della quota ereditaria abbia disposto in favore del cessionario proprio di quella piena ed esclusiva proprietà che a quest'ultimo sarebbe stata attribuita con la successiva divisione.

In altre parole dall'art. 757 c.c. non deriva alcuna ragione pratica che giustifichi il necessario intervento del coerede cedente nella divisione.

Le situazioni soggettive personali del coerede che rilevano in sede di divisione, inoltre, non possono indurre a ritenere indispensabile in via generale l'intervento del medesimo nella divisione. In particolare con riferimento alla collazione, deve rilevarsi che quest'ultima opera solo qualora il *de cuius* abbia effettuato in vita delle donazioni a favore di soggetti a lui legati da particolari vincoli di parentela. A ciò si aggiunga che, anche quando l'obbligo della collazione sussista in concreto, l'intervento del coerede donatario al fine di conferire la donazione effettuata in suo favore non appare indispensabile quando la collazione debba essere effettuata per imputazione anziché in natura, ben potendo in tal caso provvedere ad effettuare l'imputazione direttamente il cessionario della quota ereditaria.

Alla stregua delle esposte considerazioni appare preferibile la tesi sostenuta da parte della dottrina (31) e dalla più recente giurisprudenza (32) secondo le quali anche in caso di comunione ereditaria unico litisconsorte necessario nella divisione, tra cedente e cessionario della quota ereditaria, è di regola quest'ultimo. Solo in casi eccezionali, come nell'ipotesi in cui occorra effettuare la collazione di una donazione effettuata dal *de cuius* in favore del cedente e la collazione stessa possa o debba essere effettuata in natura, è necessario anche l'intervento del cedente.

2.3. L'atto di disposizione della quota su singoli beni facenti parte della massa comune.

Qualora l'oggetto della comunione sia costituito da una pluralità di beni, può accadere che il partecipante disponga della propria situazione giuridica *pro quota* limitatamente ad un singolo bene tra quelli comuni.

Analogamente, anche quando la comunione investe un unico bene, il comproprietario può disporre della propria quota su una porzione materiale del bene comune.

Il silenzio del legislatore sul punto pone una serie di problemi di non facile soluzione.

Preliminarmente occorre chiedersi se, nell'ipotesi in cui la comunione abbia ad oggetto una pluralità di cespiti in forza di un unico titolo costitutivo, la situazione di comproprietà sia riferibile ad ogni singolo bene ovvero soltanto al complesso dei beni comuni.

Il problema assume particolare rilevanza in tema di comunione ereditaria, nella quale l'unificazione nella massa ereditaria dei rapporti giuridici facenti capo al *de cuius* appare particolarmente intensa.

Al riguardo si fronteggiano due scuole di pensiero opposte.

Secondo un orientamento, legato alla tradizione germanica **(33)**, il singolo coerede non può considerarsi titolare di una quota di comproprietà su ciascun bene ereditario, ma soltanto della quota sull'intero asse, unitariamente considerato **(34)**.

Conseguentemente la dottrina in esame tende a negare la possibilità di disporre della quota indivisa su un singolo bene ereditario **(35)**.

Si tratta verosimilmente dell'impostazione condivisa dai giudici calabresi nelle decisioni che hanno costituito lo spunto della presente indagine.

La dottrina che ritengo preferibile, facente capo alla tradizione romanistica **(36)**, sostiene al contrario che ciascun partecipante sia comproprietario *pro quota* di ogni singolo bene ereditario e che, in conseguenza, egli può liberamente compiere atti di disposizione della propria quota limitatamente al bene medesimo **(37)**.

Ed invero la prima teoria non trova alcun riscontro nel diritto positivo. Il codice civile vigente detta agli artt. 1100 e segg. una disciplina generale della comunione di diritti reali che trova applicazione, in quanto non sia derogata da norme speciali, anche alla comunione che si determina a seguito di successione ereditaria **(38)**.

Orbene tale disciplina, quanto alle facoltà spettanti a ciascun comunista, appare sempre riferita al singolo bene comune, la cui sorte in nessun caso viene legata alle vicende inerenti gli altri beni oggetto di comunione tra i medesimi soggetti in forza del medesimo titolo.

Così è, ad esempio, per la facoltà di uso della cosa comune disciplinata dall'art. 1102 c.c., la quale non può che riferirsi a ciascun bene oggetto di comunione (39). Analoghe considerazioni possono farsi per quanto concerne la facoltà del partecipante di rinunciare al proprio diritto per liberarsi dell'obbligo di contribuire alle spese necessarie per la conservazione ed il godimento della cosa comune, prevista dall'art. 1104 c.c.; non può, infatti, seriamente dubitarsi che tale rinuncia riguarda il solo bene fra quelli comuni per il quale il partecipante non intenda più contribuire (40).

D'altro canto nessuna norma particolare è dettata al riguardo con riferimento alla comunione ereditaria in deroga alla disciplina generale della comunione (41).

Una volta ammessa la facoltà del partecipante di disporre, sia in caso di comunione ereditaria che di comunione ordinaria, della propria quota sul singolo bene comune, resta da chiarire quale efficacia tale atto dispieghi sulla comunione esistente e sulla futura divisione della stessa.

Il problema nasce dalla considerazione che, in sede di divisione della massa comune, il bene oggetto di disposizione potrebbe essere assegnato ad altri partecipanti ed in tal caso non è chiaro se e quale diritto spetti al cessionario.

Da ciò alcuni autori (42), seguiti dalla prevalente giurisprudenza (43), hanno tratto la conseguenza che la fattispecie negoziale in esame non produca effetti reali immediati, essendo gli stessi subordinati alla circostanza che il bene oggetto di disposizione venga attribuito in sede di divisione al cedente (44).

Tale concezione costituisce un retaggio della disciplina dell'atto di disposizione della quota indivisa vigente nel codice civile del 1865 secondo la quale, come si è visto, l'effetto dell'alienazione era limitato «a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione» (art. 679 ultimo disposto).

Detto principio a sua volta è probabilmente connesso a quello dettato dall'art. 1034 del codice abrogato, che è stato riprodotto pressoché immutato nell' art. 757 c.c. del 1942. Ed invero poiché a seguito della divisione ciascun partecipante «è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione ... e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni», ne conseguirebbe che, nel momento in cui egli aveva disposto del bene che non gli sarebbe stato poi attribuito in sede di divisione, egli aveva praticamente disposto della cosa altrui.

In tale ottica si pone invero l'impostazione dei giudici calabresi nelle decisioni che hanno costituito lo spunto della presente indagine.

È un modo di ragionare profondamente sbagliato sia sul piano logico che su quello normativo, sul piano logico perché si finisce per valutare una fattispecie attuale (l'atto di disposizione della quota) alla stregua di un evento futuro e dall'esito incerto (la divisione); sul piano normativo perché l'art. 1103 c.c., come si è visto (45), non ha ripetuto il disposto dell'art. 769 c.c. 1865 ed ha pertanto ammesso in via generale l'immediata efficacia traslativa dell'atto di disposizione della quota indivisa, senza peraltro porre alcuna deroga quanto alla cessione della quota su un singolo bene fra quelli comuni.

L'art. 757 c.c., la cui interpretazione è peraltro controversa, non va dunque sopravvalutato, in quanto la circostanza che a seguito della divisione ciascun partecipante è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota, non toglie che, fintantoché la divisione non venga effettuata il cessionario della quota diviene comproprietario del bene in vece del suo dante causa (46).

Del resto se il citato art. 757 c.c. dovesse essere inteso nel senso qui criticato dovrebbe negarsi l'efficacia reale dell'atto di disposizione anche qualora questo abbia ad oggetto la quota su tutti i beni comuni ovvero la quota della comunione gravante su un unico bene. Ed invero in tale ultima ipotesi, qualora uno dei comproprietari ceda la sua quota sull'unico bene comune ad un terzo, non può dubitarsi che il cessionario potrebbe non ottenere in sede di divisione alcun diritto su porzione materiale del bene comune.

È infatti possibile che, trattandosi di bene indivisibile, il cessionario riceva soltanto una somma in danaro e che l'intero bene comune sia assegnato ad altro partecipante o venduto all'incanto (art. 720 c.c.).

Ma certamente ciò non autorizza a ritenere che l'atto di disposizione della quota non abbia efficacia reale immediata.

In realtà la possibilità che in sede di divisione il cessionario della quota non riceva alcuna porzione del bene comune è il rischio che corre in quanto tale ogni partecipante alla comunione, sia esso tale *ab origine* ovvero lo divenga a seguito di un atto di disposizione *ex art. 1103 c.c.*

Inoltre l'applicazione della teoria in esame, in materia di comunione ereditaria, conduce a risultati pratici inaccettabili.

Ed invero ogni qual volta si pone in essere un atto di disposizione avente ad oggetto quote di proprietà su beni ereditari, l'efficacia (reale ovvero obbligatoria) del negozio sarebbe incerta; infatti, in mancanza di un'espressa volontà delle parti diretta a considerare oggetto di cessione la

quota dell'eredità nel suo complesso, non è dato sapere con certezza se i beni considerati rappresentino la totalità dei cespiti ereditari o comunque una parte di rilevanza tale da rappresentare nell'intento delle parti la quota ereditaria, atteso che, considerata la mancanza di un sistema di pubblicità relativamente ai beni mobili, non è possibile sapere con certezza se nell'asse ereditario erano compresi beni mobili, magari di grande valore, che non sono stati oggetto di disposizione.

Alla stregua delle esposte considerazioni deve ritenersi che l'atto di cessione della quota indivisa sopra un singolo bene facente parte della massa comune abbia immediato effetto traslativo; il cessionario diviene pertanto comproprietario del bene medesimo e può in quanto tale esercitare le facoltà di uso e di amministrazione di cui agli artt. 1100 e segg c.c. ancorché naturalmente con riferimento al solo bene oggetto di disposizione e non anche agli altri beni comuni (47).

Ciò posto, resta tuttavia da chiarire quali conseguenze produca l'atto di disposizione in esame relativamente alla divisione della massa comune.

Al riguardo gli autori che si sono occupati *ex professo* del problema hanno assunto posizioni alquanto variegate.

Secondo un primo orientamento, che si ricollega alla regola adottata al riguardo dal diritto romano, si creerebbe, sul solo bene che è stato oggetto di disposizione *pro quota*, una nuova comunione intercorrente tra il cessionario e gli altri comproprietari, alla quale naturalmente non parteciperebbe l'alienante, che ha ormai ceduto la propria posizione sul bene medesimo.

L'originaria comunione continuerebbe pertanto a sussistere, tra gli originari partecipanti, esclusivamente con riguardo ai beni che non sono stati oggetto di disposizione *pro quota*.

Ne conseguirebbe che dovrebbe farsi luogo a due distinte divisioni; l'una, alla quale sarebbero legittimati il cessionario e gli originari comproprietari escluso il cedente, avrebbe ad oggetto il bene di cui si è disposto; l'altra, alla quale sarebbero legittimati gli originari comproprietari con esclusione del cessionario, avrebbe ad oggetto i residui beni (48).

Tale soluzione, tuttavia, appare in contrasto con la disciplina della divisione ereditaria (disciplina peraltro applicabile, in quanto compatibile, anche alla comunione ordinaria in forza del rinvio operato. dall'art. 1116 c.c.).

Gli artt. 726 e 727 c.c., infatti, lasciano chiaramente intendere che le porzioni da attribuire a ciascun dividendo debbano essere formate con tutti i beni facenti parte della massa comune e quindi anche con il bene del quale si è *pro quota* disposto *manente comunione* (49).

Né vale in contrario obiettare (50) che l'art. 727 c.c. si riferisce ai beni appartenenti alla medesima massa, laddove invece, a seguito dell'atto di disposizione *pro quota* sul singolo bene, si creerebbe una nuova ed autonoma massa comune.

Ed invero tale interpretazione finirebbe con l'attribuire al singolo condomino il potere di incidere notevolmente sulla sfera giuridica degli altri comproprietari, atteso che questi ultimi, per effetto dell'atto di disposizione della quota sul singolo bene, sarebbero costretti, per giungere allo scioglimento della comunione su tutti i beni appartenenti alla originaria massa comune, ad effettuare più divisioni (51), le quali peraltro potrebbero condurre a risultati sensibilmente diversi da quelli che avrebbe prodotto una divisione unica (52).

Ebbene una così rilevante deroga al principio della relatività dei contratti sancito dall'art. 1372, comma II, c.c. avrebbe richiesto una espressa previsione normativa in tal senso. Invece l'art. 1113 c.c. lascia supporre proprio il contrario laddove, disponendo che alla divisione possano partecipare gli «aventi causa da un partecipante», implicitamente ammette che la divisione resti unica anche qualora un comproprietario compia atti di disposizione del proprio diritto.

Sembra pertanto preferibile l'opinione di coloro i quali, in disaccordo con la tesi sopra esposta, sostengono che tutti i beni costituenti l'originaria massa comune vadano assoggettati ad un'unica divisione, alla quale il cessionario può, o secondo i casi deve, partecipare quale «avente causa da un partecipante», in base all'art. 1113 c.c. (53).

Se il bene oggetto di disposizione viene assegnato all'alienante, la situazione di comproprietà vantata dal cessionario risulterà definitivamente consolidata: «il diritto dell'acquirente da comunione, (cousufrutto etc.) col non alienante si converte in ... comunione col venditore» (54). Qualora invece il bene oggetto di disposizione venga assegnato ad un diverso convivente il cessionario perde ogni diritto sul bene cedutogli *pro quota*.

Tuttavia anche nell'ambito di tale orientamento non v'è concordia di opinioni circa i diritti spettanti in quest'ultimo caso al cessionario in sostituzione del bene che gli era stato *pro quota* ceduto.

Taluni infatti ritengono che il diritto del cessionario si trasferisca sugli altri beni assegnati nella divisione al suo dante causa, verificandosi così un fenomeno di surrogazione reale.

Tale assunto è motivato con l'applicazione estensiva o analogica dell'art. 2825, comma II (55) ovvero dell'art. 2825, comma IV c.c. (56).

In contrario è stato autorevolmente osservato (57) che la surrogazione reale è un fenomeno eccezionale che può verificarsi soltanto ove sia espressamente consentita dalla legge. Orbene l'art.

2825 c.c. al comma II ammette la surrogazione della cosa alla cosa nel solo caso di ipoteca concessa da uno dei comproprietari sulla propria quota, mentre il IV comma del medesimo articolo ammette la surrogazione del denaro alla cosa non solo a favore del creditore ipotecario, ma anche a vantaggio dei «cessionari di un partecipante». Da ciò traspare l'intento del legislatore di escludere l'estensibilità del principio di cui al II comma anche al di fuori dell'ipotesi di costituzione ipoteca sulla quota indivisa.

Del resto, si afferma, mentre in materia di diritti reali di godimento l'ordinamento offre numerosi esempi di surrogazione di denaro a cose e viceversa (cfr. gli artt. 1019 e 1020, nonché l'art. 2742 c.c.), non altrettanto può dirsi per la surrogazione di cosa a cosa.

In realtà il principio di cui all'art. 2825, comma II c.c. trova la sua giustificazione nel fatto che l'identità della cosa non ha rilevanza nell'ipoteca, giacché la stessa in definitiva ha soltanto la funzione realizzare una somma di denaro al fine di garantire un credito, poco importa che tale somma sia realizzata dalla vendita di un bene piuttosto di un altro.

Pertanto la dottrina in esame conclude nel senso che il cessionario, che vede il proprio diritto sul bene oggetto di disposizione frustrato dall'attribuzione dello stesso a un convivente diverso dal proprio dante causa, nulla può pretendere dall'alienante: «causa del contratto di alienazione è, fino a prova contraria, lo scambio del prezzo col diritto di comunione sulla singola cosa; in ciò esso esaurisce il suo effetto; perciò il compratore, che con la divisione resta senza niente, non può ripetere il prezzo pagato ... sotto questo aspetto, che è comunque secondario e mediato, il contratto è in certo senso aleatorio, se le parti non hanno manifestato una diversa volontà» (58).

Siffatta conclusione non appare, tuttavia, convincente.

Come si è visto la possibilità che in sede di divisione il cessionario della quota non riceva alcuna porzione del bene comune è il rischio che corre in quanto tale ogni partecipante alla comunione.

Il diritto alla porzione del bene in natura sancito dall'art. 718 c.c. può, infatti, essere sacrificato nei casi previsti dalla legge.

Ciò avviene, tipicamente, nell'ipotesi di beni immobili indivisibili disciplinata dall'art. 720 c.c.

Ma in tali casi il diritto del comproprietario sacrificato nel proprio diritto alla quota in natura è pur sempre compensato con l'attribuzione di una somma in danaro in sostituzione della porzione materiale del bene comune.

Allo stesso modo l'art. 2825, comma IV, c.c. dispone che se al partecipante che ha compiuto atti di disposizione sulla propria quota venga assegnata in divisione una somma di danaro in luogo di beni in natura, il cessionario può far valere le proprie ragioni su tale somma. Tali norme in realtà sono espressione di un principio più generale in forza del quale **ogni qual volta che il partecipante alla comunione, sia esso tale *ab origine* ovvero lo divenga a seguito di un atto di disposizione, non possa in sede di divisione conseguire alcuna parte in natura dei beni comuni, tale sacrificio deve essere compensato con l'attribuzione di una equivalente somma in danaro.**

Del resto l'art. 1113 c.c., nel prevedere che il cessionario possa, o secondo i casi debba, partecipare alla divisione, quale «avente causa da un partecipante», sembra presupporre che questi abbia diritto a ricevere un qualche ristoro della perdita del bene da lui *pro quota* acquistato. Diversamente opinando un suo intervento nella divisione non avrebbe senso.

Pertanto, trattandosi di bene immobile, qualora il cessionario che abbia trascritto il suo acquisto non venga chiamato ad intervenire, la divisione non ha effetto nei suoi confronti ed egli potrà continuare a ritenersi comproprietario del bene e ad esercitare tutti i poteri a ciò connessi (59).

Se invece viene chiamato ad intervenire in una divisione amichevole e ciononostante non interviene, l'atto sarà pienamente efficace, atteso che l'art. 1113 c.c. richiede non già l'effettivo intervento del cessionario nella divisione, bensì la semplice chiamata in causa (60). Conseguentemente qualora nella divisione il bene che è stato oggetto di disposizione venga assegnato ad un condividente diverso dal cedente, il cessionario perde ogni diritto sul bene stesso, salva comunque la facoltà di agire contro il cedente per ottenere il controvalore in danaro in base al principio generale sotteso agli artt. 720 e 2825, comma IV, c.c.

Qualora invece il cessionario intervenga alle operazioni divisionali e non si raggiunga un accordo con i condividenti, deve ritenersi che comunque la divisione contrattuale sottoscritta solo da questi ultimi sia valida.

Ed invero se, come si è visto, la divisione è valida nell'ipotesi in cui il cessionario non sia chiamato affatto a parteciparvi, a maggior ragione deve valere la stessa regola se, chiamato, non raggiunge un accordo con i condividenti, salva naturalmente, qualora nella divisione il bene che è stato oggetto di disposizione venga assegnato ad un condividente diverso dal cedente, la facoltà di agire successivamente contro quest'ultimo per ottenere il controvalore in danaro.

In tal caso tuttavia non è chiaro se la divisione sia affetta da inefficacia relativa o meno.

In base alla lettera della legge parrebbe, infatti, che la divisione sia comunque, non solo valida, ma anche pienamente efficace, atteso che l'art. 1113 c.c. pone come condizione di efficacia solo la chiamata in causa dell'avente causa, non anche il suo assenso all'atto di divisione.

In contrario potrebbe tuttavia osservarsi che l'art. 1113 c.c. nella sua formulazione letterale è stato evidentemente concepito con riferimento alla divisione giudiziale. In tale contesto infatti ciò che rileva, al fine di assicurare tutela all'avente causa da un partecipante alla comunione, è solo la chiamata in causa, atteso che il concreto assetto divisionale viene stabilito dal giudice.

In ipotesi di divisione contrattuale, invece, la tutela dell'avente causa non può ovviamente esaurirsi nel solo intervento alle operazioni divisionali, atteso che l'interesse di questo potrebbe essere pregiudicato dagli altri condividenti.

Nondimeno resta da chiarire se detta tutela debba realizzarsi, nelle intenzioni del legislatore, attraverso l'inefficacia relativa del contratto di divisione ovvero, come sembra preferibile, attraverso il potere attribuito all'avente causa dissenziente di rivolgersi al giudice.

Ed invero in tale ottica l'onere, posto a carico degli altri condividenti, di chiamare ad intervenire l'avente causa avrebbe appunto la funzione di rendere noto a quest'ultimo l'esistenza delle operazioni divisionali onde consentirgli di porre in essere tutte le iniziative atte a tutelare i propri interessi (61).

2.4. L'alienazione dell'esito divisionale

Alla stregua delle esposte considerazioni appare chiaro che per regola generale l'atto di disposizione di un diritto, sia esso un diritto pieno ed esclusivo sia esso un diritto di comproprietà, ha immediata efficacia traslativa.

Tale regola può subire eccezioni solo nei casi in cui vi è un oggettivo impedimento al trasferimento immediato del diritto, impedimento che può derivare innanzitutto dalla stessa volontà dei contraenti.

Le parti possono infatti espressamente subordinare l'atto di disposizione sul bene indiviso alla condizione che il bene di cui si è disposto sia assegnato all'alienante in sede di divisione (c.d. alienazione dell'esito divisionale o dell'effetto divisionale).

Ma, sempre in base alle esposte considerazioni, deve trattarsi di una condizione espressa non potendosi ritenere che l'alienazione della quota indivisa di un singolo bene di una più ampia massa comune sia *ex se* sottoposta a siffatta condizione **(62)**.

È opinione prevalente che tale fattispecie integri un'ipotesi di condizione in senso tecnico o, quanto meno, di *condicio iuris* **(63)**.

In contrario è stato obiettato **(64)** che in un contratto traslativo non è tecnicamente possibile dedurre in condizione la titolarità del diritto in capo all'alienante, trattandosi di requisito essenziale per il trasferimento del diritto stesso, che a sua volta costituisce un effetto essenziale dei contratti traslativi **(65)**.

L'osservazione non appare tuttavia convincente in quanto la mancanza della titolarità del diritto ceduto in capo all'alienante, come riconoscono anche i fautori della tesi qui criticata, non è requisito di validità, bensì requisito necessario al solo fine della produzione dell'effetto traslativo (v. *infra* § 3.4). Detta mancanza, peraltro, non determina nemmeno la totale inefficacia del contratto, atteso che nella vendita di cosa altrui sorge immediatamente per il venditore l'obbligo di far acquistare al compratore la proprietà *ex art. 1476, n. 2 c.c.*

Inoltre nel caso di specie il contratto è suscettibile di produrre effetti traslativi immediati per la quota di proprietà di cui il venditore è già titolare al momento della conclusione del contratto **(66)**.

La clausola che subordina gli effetti dell'atto all'esito divisionale può dunque esplicare la propria funzione proprio con riguardo a tali effetti.

Pertanto nulla vieta che le parti possano *ex professo* dedurre in condizione l'esito della futura divisione, trattandosi di elemento che presenta quelle caratteristiche di futurità e di incertezza che sono proprie della condizione **(67)**.

Ciò posto deve rilevarsi che nell'ambito dell'alienazione dell'esito divisionale si possono peraltro distinguere varie ipotesi.

La condizione può, infatti, essere configurata dalle parti come sospensiva ed allora non v'è dubbio che l'atto dispositivo non produce immediati effetti traslativi **(68)**.

È tuttavia possibile che l'atto sia sottoposto alla condizione risolutiva della mancata assegnazione del bene in oggetto all'acquirente in sede di divisione.

In questo caso non può dubitarsi che l'atto di disposizione produca effetti traslativi immediati anche se precari, in quanto suscettibili di venir meno all'avverarsi della condizione risolutiva.

L'efficacia dell'atto di alienazione dell'esito divisionale dipende inoltre anche dall'oggetto di un siffatto negozio.

L'alienazione può, infatti, essere riferita alla sola quota spettante al cedente sul bene comune. In tal caso se in sede di divisione tale bene viene assegnato per intero al cedente, al cessionario spetterà solo una quota dello stesso.

Se invece l'atto di disposizione si riferisce alla piena ed esclusiva proprietà del bene comune o comunque a tutto quanto verrà attribuito al cedente con la divisione, appare evidente che l'immediata efficacia traslativa è impedita anche dalla circostanza che il disponente, al momento dell'atto di alienazione, non ha la piena proprietà del bene alienato.

In tal caso, pertanto, anche qualora la condizione sia configurata dalle parti come risolutiva, l'atto non produrrà effetto traslativo relativamente alla quota di comproprietà non posseduta dal cedente, ma tutt'al più solo relativamente alla quota di cui il cedente sia già titolare al momento dell'atto di cessione **(69)**.

In tutte queste ipotesi si pone il problema se l'acquirente dell'esito divisionale sia legittimato a intervenire nella divisione quale «avente causa» da un partecipante ai sensi dell'art. 1113 c.c.

Anche su questo punto la dottrina è discorde.

Con riferimento all'ipotesi della condizione sospensiva taluni ritengono che fino all'avveramento di questa (e cioè fino alla divisione che attribuisca il bene di cui si è disposto al cedente) il cessionario dell'esito divisionale non possa considerarsi «avente causa» del cedente, in quanto egli non avrebbe alcun diritto sui beni comuni.

Egli pertanto non potrebbe né dovrebbe intervenire nella divisione **(70)**.

Altra dottrina sostiene, invece, la tesi contraria in quanto l'acquirente dell'esito divisionale sarebbe, «già prima della divisione, acquirente della *pars dominica*» **(71)**.

In realtà non può dubitarsi che in fatto l'acquirente dell'esito divisionale abbia interesse ad intervenire nella divisione per cercare di ottenere l'assegnazione del bene oggetto di disposizione al suo dante causa **(72)**.

Non è chiaro, tuttavia, se tale interesse assuma giuridica rilevanza, atteso che l'estrema equivocità dell'espressione «avente causa» contenuta nell'art. 1113 c.c. non consente di trarre al riguardo una conclusione attendibile.

La soluzione del problema, pertanto, va ricercata nel complesso dell'art. 1113 c.c. e non nella singola espressione «avente causa», di per sé inidonea a fornire una risposta certa.

Orbene l'art. 1113 c.c. consente o richiede l'intervento nella divisione non solo agli aventi causa, ma anche ai creditori di un partecipante.

Costoro non hanno alcun diritto immediato sui beni comuni, bensì una semplice aspettativa di conseguire il soddisfacimento del proprio credito, assistita dalla generica garanzia patrimoniale del debitore, qualora si tratti di creditori chirografari, e dalla garanzia specifica e privilegiata dell'ipoteca, qualora si tratti di creditori ipotecari.

Da ciò consegue che la facoltà di intervenire nella divisione non può essere collegata soltanto alla sussistenza di un diritto immediato sui beni comuni.

Tale facoltà, invece, deve essere riconosciuta anche a coloro che vantano un'aspettativa giuridicamente rilevante sui predetti beni.

Ciò posto appare chiaro che l'acquirente dell'esito divisionale non può considerarsi, fino all'avveramento della condizione sospensiva, sprovvisto di alcun diritto.

Se è vero, infatti, che gli effetti finali dell'atto di disposizione sono differiti, si producono immediatamente i c.d. effetti preliminari, vale a dire il costituirsi, in capo all'acquirente, della situazione giuridica denominata aspettativa del diritto. Tale situazione attribuisce immediatamente all'acquirente una serie di diritti strumentali quali la facoltà di compiere atti conservativi (art. 1356 c.c.) e di disporre dei beni acquistati, sia pure con efficacia subordinata al verificarsi della condizione (art. 1357 c.c.).

Orbene, se è consentita o addirittura richiesto l'intervento nella divisione dei creditori del partecipante, non può non riservarsi il medesimo trattamento anche all'acquirente dell'esito divisionale.

Qualora poi la condizione divisionale sia configurata come risolutiva, a maggior ragione sarà necessario l'intervento nella divisione dell'acquirente, atteso che costui entra a far parte immediatamente della comunione.

Ed anzi in tal caso, se l'alienazione ha avuto ad oggetto la totalità dei diritti del cedente sulla massa comune, l'intervento dell'acquirente nella divisione non può considerarsi necessario a pena di inefficacia relativa *ex art. 1113, comma III, c.c.*, bensì a pena di nullità.

Tuttavia la circostanza che l'acquisto in oggetto è suscettibile di essere risolto all'esito della divisione, rende necessario l'intervento anche del cedente. Costui, infatti, si trova in una posizione analoga a quella dell'acquirente di un diritto sotto condizione sospensiva. Egli, invero pur essendo sprovvisto di un diritto immediato sui beni comuni, è pur sempre titolare di un'aspettativa giuridicamente rilevante, come si evince dagli artt. 1356, comma II e 1358 c.c.

2.5. L'atto di disposizione del singolo comproprietario sull'intero bene comune.

Altra ipotesi di negozio dispositivo su beni indivisi, si verifica allorché il partecipante alla comunione aliena a titolo oneroso la piena ed esclusiva proprietà del bene comune, ovvero di uno dei beni comuni, ovvero di una porzione materiale del bene comune, senza peraltro subordinare l'efficacia dell'atto alla condizione dell'esito divisionale.

E' evidente che in questo caso il negozio non può avere immediatamente piena efficacia traslativa.

Occorre tuttavia chiedersi se il contratto produca effetti traslativi immediati almeno per la sola quota di comproprietà di cui il cedente sia titolare al momento dell'atto di disposizione.

Anche su questo punto il legislatore tace del tutto e la dottrina ha elaborato posizioni alquanto discordi.

Alcuni autori infatti sostengono che l'atto di alienazione in oggetto non produca effetti traslativi immediati nemmeno per la quota di cui l'alienante sia attualmente titolare. Tale atto, in altre parole, dovrebbe essere equiparato alla vendita di cosa totalmente altrui (73).

Non è certo un caso che tale tesi sia sostenuta dai fautori della teoria della comunione come soggetto giuridico autonomo.

In tale ottica, infatti, il diritto di proprietà sulla cosa comune è nella titolarità dell'ente comunione, non già del singolo partecipante. Quest'ultimo avrebbe pertanto un diritto qualitativamente e non quantitativamente diverso dalla proprietà esclusiva del bene comune, sicché chi aliena la proprietà esclusiva di un bene di cui è solo comproprietario alienerebbe in realtà un diritto di cui non è nemmeno in parte titolare (74).

Inoltre, si afferma, il bene oggetto di alienazione potrebbe essere attribuito per intero nella successiva divisione, con effetto retroattivo, ad un altro dividendo estraneo all'atto di disposizione.

Si è già visto tuttavia che la teoria della comunione come soggetto di diritto, per quanto autorevolmente sostenuta, non trova riscontro nel nostro ordinamento positivo.

Il diritto del singolo partecipante alla comunione è pur sempre un diritto di proprietà sulla cosa comune, sia pure frazionato nel suo contenuto.

Ne deriva che quando il comproprietario aliena la piena ed esclusiva proprietà del bene comune non può non trovare applicazione, per quanto possibile e salva una contraria volontà delle parti, il principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c.

L'atto pertanto produrrà immediato effetto traslativo quanto alla quota di cui il disponente è attualmente titolare, mentre tale effetto non potrà ovviamente prodursi per la residua quota **(75)**.

Né può assumere rilievo al riguardo l'esito della futura divisione, non potendo valutarsi una fattispecie attuale alla stregua di un evento futuro e dall'esito incerto.

Ciò posto resta da chiarire la disciplina applicabile al negozio in oggetto relativamente alla quota di proprietà di cui il cedente non è titolare al momento dell'atto di disposizione.

Nessun dubbio sussiste nel caso in cui la parziale alienità della cosa venduta è conosciuta dall'acquirente. In tale ipotesi infatti trova senz'altro applicazione per la quota non posseduta dal venditore l'art. 1478 c.c. e conseguentemente questi è tenuto a farla acquistare al compratore. Ed all'uopo egli può procedere sia acquistando la quota mancante dagli altri comproprietari sia ottenendo in divisione l'assegnazione della esclusiva proprietà della cosa comune **(76)**.

Qualora invece l'acquirente sia in buona fede è discusso se trovi applicazione estensiva o analogica l'art. 1480 c.c. (vendita di cosa parzialmente altrui), il quale sembra considerare espressamente la sola ipotesi in cui il venditore non sia proprietario di una porzione materiale della cosa venduta. In tal caso la legge dispone che il compratore può chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno solo qualora debba ritenersi, secondo le circostanze, che non avrebbe acquistato la cosa senza quella parte di cui non è divenuto proprietario; altrimenti può solo ottenere una riduzione del prezzo oltre al risarcimento del danno.

Gli autori che negano il trasferimento immediato della quota posseduta dal venditore ritengono coerentemente che l'art. 1480 c.c. non possa essere esteso al caso di specie, che andrebbe invece assimilato all'ipotesi di vendita di cosa interamente altrui con buona fede del compratore. Dovrebbe conseguentemente applicarsi l'art. 1479 c.c. e il compratore potrebbe chiedere in ogni caso la risoluzione del contratto **(77)**.

Altra parte della dottrina **(78)**, nell'affermare l'immediata efficacia traslativa del contratto relativamente alla quota posseduta dal venditore, ritiene invece che vada applicato anche al caso di specie l'art. 1480 c.c. Il compratore potrebbe pertanto chiedere la risoluzione del contratto solo qualora debba ritenersi che non avrebbe acquistato il bene *pro quota*.

Il problema non ha in realtà apprezzabile rilievo pratico, atteso che, anche se si considera applicabile al caso di specie l'art. 1480 c.c., non può dubitarsi che di regola il compratore potrà comunque chiedere la risoluzione del contratto.

Infatti l'acquisto di una quota di comproprietà non attribuisce al compratore il potere di disporre e di godere in modo pieno ed esclusivo di alcuna porzione della cosa venduta e tale circostanza fa sì che normalmente - in base all'*id quod plerumque accidit* - la prova dell'interesse a non acquistare il bene solo *pro quota* di cui all'art. 1480 c.c. è *in re ipsa*.

2.6. Il retratto successorio.

Le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti circa l'immediata efficacia traslativa che, di regola, consegue agli atti di disposizione su beni indivisi consentono di fare chiarezza anche in ordine all'ambito di applicazione del diritto di prelazione del coerede di cui all'art. 732 c.c.

Al riguardo la dottrina e la giurisprudenza, con una uniformità di orientamento che raramente è dato riscontrare, sostengono che il diritto di prelazione *ex art. 732 c.c.* non sussiste allorché oggetto di cessione sia, non già la quota *dell'universum jus defuncti*, bensì il singolo bene ereditario sia esso alienato per l'intero ovvero per la sola quota spettante al cedente **(79)**.

Pertanto si ritiene, con analoga concordia di opinioni, che l'indicazione di beni determinati quali oggetto di alienazione non sia di ostacolo alla sussistenza del retratto successorio allorché i contraenti abbiano considerato i singoli beni come misura della partecipazione dell'acquirente alla comunione ereditaria e, pertanto, in funzione di entità rappresentativa della quota **(80)**.

Ed invero *prima facie* questa interpretazione sembrerebbe confermata dalla lettera della legge, la quale parla di alienazione, da parte del coerede, della «sua quota o parte di essa».

Tuttavia a ben riflettere la genericità di tale espressione non consente di trarre conclusioni attendibili.

Per comprendere meglio l'esatta portata della norma in esame occorre invece individuare la *ratio* di tale disposizione.

È noto che il diritto di prelazione spettante al coerede in caso di alienazione della quota ereditaria «o parte di essa» fu reintrodotta dal codice vigente, non essendo esso previsto dal legislatore del 1865, il quale intese in tal modo privilegiare il principio della libertà di contrattazione **(81)**.

Nei lavori preparatori l'innovazione è giustificata dall'esigenza di «evitare che nei rapporti fra coeredi, il più delle volte legati da vincoli familiari che possono influire nell'attenuare contrasti; si intromettano estranei, portati all'intransigenza dall'interesse di sfruttare, il più possibile, l'intento speculativo perseguito con l'acquisto della quota» (82).

In buona sostanza il legislatore ha inteso evitare per quanto possibile l'ingresso nella comunione di soggetti estranei alla delazione ereditaria (83), anche se tale esigenza in dottrina è stata oggetto di valutazioni diverse, avendo ciascun interprete sottolineato l'uno o l'altro aspetto connesso (84).

Orbene la giurisprudenza e buona parte della dottrina sostengono l'inapplicabilità dell'art. 732 c.c. alla cessione del singolo bene ereditario, proprio in quanto detto negozio non produrrebbe alcun effetto traslativo immediato. Un atto siffatto, si afferma, non causerebbe l'intromissione nella comunione ereditaria del cessionario che la legge vuole evitare e non vi sarebbe pertanto ragione di applicare il retratto successorio.

Tuttavia alla stregua delle esposte considerazioni tale assunto non può essere condiviso, atteso che l'atto di disposizione relativo al singolo bene ereditario produce di regola effetto traslativo immediato della quota di comproprietà sullo stesso. Ed invero si ha comunque in tal caso l'intromissione del terzo acquirente nella comunione sia pure limitatamente al bene di cui si è *pro quota* disposto (85).

Né sembra sufficiente a escludere la sussistenza nella specie della *ratio legis* la circostanza che l'acquirente, non essendo partecipe della comunione ereditaria nel suo complesso, non è litisconsorte necessario nella divisione, ma solo «avente causa da un partecipante» con i più limitati poteri di cui all'art. 1113 c.c.

Ed invero il cessionario, pur non essendo litisconsorte necessario nella divisione, è pur sempre soggetto facoltizzato ad intervenire alla stessa o, qualora si tratti di beni immobili, soggetto che deve essere chiamato ad intervenirvi sia pure a pena di inefficacia e non di invalidità. In ogni caso inoltre l'acquirente è chiamato a partecipare alle decisioni inerenti alla gestione del bene di cui si è disposto.

Né possono essere sottaciuti gli inconvenienti pratici cui l'opinione qui criticata dà luogo nelle contrattazioni immobiliari. Ed invero se si accoglie l'opinione dominante l'efficacia reale ovvero obbligatoria del negozio di disposizione nonché la sussistenza o meno del diritto di prelazione del

coerede sarebbero subordinate a presupposti la cui sussistenza in concreto è di assai difficile accertamento.

A tal fine occorrerebbe infatti conoscere con esattezza la consistenza dell'asse ereditario per poter sapere se le parti hanno disposto *pro quota* di tutti beni ereditari o solo di parte di essi. Ma non basta, anche in quest'ultimo caso occorrerebbe interpretare la volontà delle parti per comprendere se, anche in relazione al rapporto tra il valore del bene oggetto di disposizione e quello dell'intero asse, non si sia considerato il singolo bene in funzione di entità rappresentativa della quota.

Si tratta evidentemente di valutazioni incerte ed opinabili che pongono in serio pericolo l'affidamento dei terzi e la sicurezza nelle contrattazioni.

2.7. L'atto di disposizione di tutti i comproprietari sull'intero bene comune.

Finalmente l'atto di disposizione può essere compiuto da tutti i comproprietari con riferimento alla piena ed esclusiva proprietà del bene comune.

L'ipotesi è disciplinata dall'art. 1108, comma III, c.c., secondo il quale « È necessario il consenso di tutti partecipanti per gli atti di alienazione o di costituzione di diritti reali sul fondo comune e per le locazioni di durata superiore ai nove anni ».

Tale regola, che potrebbe a prima vista sembrare ovvia, è in realtà il frutto di una precisa scelta del legislatore del '42 **(86)**.

Gli ordinamenti di altre epoche storiche e lo stesso diritto positivo offrono, infatti, non pochi esempi in cui il potere di disposizione sull'intero bene comune viene attribuito ai singoli comproprietari o a una maggioranza qualificata dei medesimi **(87)**.

Ciò posto è necessario chiedersi quale rapporto intercorra tra l'art. 1108 e l'art. 1103 c.c., che, come si è visto, sancisce il diritto di ciascun partecipante a disporre della propria quota.

Al riguardo la dottrina è concorde nel ritenere che il risultato dell'acquisto della piena ed esclusiva proprietà del bene comune può essere raggiunto sia attraverso l'alienazione, con il consenso di tutti i comproprietari, del diritto di proprietà nella sua interezza sia mediante l'alienazione, anche contestuale, di tutte le quote di ciascun partecipante.

Nel primo caso si avrà un unico negozio di alienazione, nel secondo caso, invece, vi saranno tanti contratti di alienazione quanti sono i comproprietari.

Sul piano pratico la differenza tra le due ipotesi è rilevante.

Ed invero trattandosi di contratto unico, di norma, tutte le cause di invalidità o di inefficacia che attengono alla quota del singolo partecipante si ripercuotono, o comunque possono ripercuotersi (88), sull'intero contratto, atteso che l'attribuzione traslativa è considerata in modo unitario dalle parti.

Nel caso, invece, di pluralità di contratti, di regola, in mancanza di una clausola negoziale che subordini l'efficacia di ciascun contratto a quella degli altri (89), tutte le cause di invalidità e di inefficacia che colpiscono il singolo atto dispositivo della quota non hanno alcuna influenza sui negozi posti in essere dagli altri comproprietari (90), con la conseguenza che il cessionario potrebbe vedersi costretto ad acquistare solo alcune quote di comproprietà e non l'intero.

Si tratta pertanto di due fattispecie diverse, l'una disciplinata dall'art. 1108 e l'altra dall'art. 1103 c.c.

Tuttavia, pur essendo tale distinzione chiara in astratto, non sempre è facile in concreto stabilire se le parti abbiano inteso porre in essere un contratto di alienazione unico, ovvero una pluralità di atti dispositivi delle quote ancorché contestuali, specie in mancanza di una espressa indicazione dei contraenti in un senso o nell'altro.

Al riguardo la dottrina è divisa.

Alcuni autori ritengono che, qualora non risulti provato lo specifico intento di vendere il diritto sulla cosa comune nella sua interezza, le posizioni di venditori devono essere considerate scindibili, in quanto il consenso all'alienazione prestato da tutti i comproprietari non potrebbe di per sé essere considerato come consenso all'alienazione del diritto nella sua interezza (91).

Inoltre, si afferma, un'espressa indicazione normativa in tal senso potrebbe trarsi dagli artt. 1419 c.c., in tema di nullità parziale del contratto, e 1420 C.C., in materia di nullità del contratto plurilaterale, e più in generale dal principio *utile per inutile non vitiatur* di cui tali norme sono espressione (92).

Pertanto anche se l'operazione viene effettuata in un contesto formalmente unitario dovrebbe presumersi, fino a prova contraria, che ciascun comproprietario abbia venduto separatamente la propria quota.

Tale opinione non può essere condivisa.

Va infatti considerato che nel nostro ordinamento vige il principio generale della presunzione di solidarietà passiva. Se più soggetti si obbligano ad effettuare una medesima prestazione essi sono tenuti in solido nei confronti del venditore, salvo patto contrario (art. 1294 c.c.). Tale principio pertanto deve valere a maggior ragione anche quando, pur esistendo un'attribuzione suscettibile in

astratto di essere dedotta in un rapporto obbligatorio (cfr. art. 1476, n. 2. c.c.), non sorge in concreto un'obbligazione in senso tecnico perché, in virtù dell'art. 1376 c.c., l'attribuzione traslativa si realizza *ipso iure* per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato **(93)**.

Né vale in contrario addurre il disposto degli artt. 1419 e 1420 c.c., peraltro di dubbia applicabilità al caso di specie **(94)**, o più in generale il principio *utile per inutile non vitiatur*.

Ed invero proprio da tali norme risulta che la conservazione del contratto, per quanto non sia affetto da nullità, è pur sempre subordinata alla circostanza che i contraenti, e si badi bene tutti i contraenti **(95)**, lo avrebbero ugualmente concluso senza la parte colpita da invalidità.

Orbene, posto che l'acquisto di una quota di comproprietà non attribuisce al compratore il potere di disporre e di godere in modo pieno ed esclusivo di alcuna porzione materiale della cosa venduta, deve ritenersi che normalmente - in base all'*id quod plerumque accidit* - colui che compra un bene in piena ed esclusiva proprietà non avrebbe acquistato il medesimo solo *pro quota* **(96)**.

È interessante al riguardo seguire l'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione.

La Suprema Corte, invero, si è occupata per lo più dell'ipotesi in cui il contratto di vendita del bene comune, sia esso preliminare o definitivo, viene predisposto affinché vi partecipino tutti i comproprietari mentre al momento della stipula è sottoscritto solo da alcuni dei partecipanti alla comunione.

Qualche isolata pronuncia ha sostenuto che in tale ipotesi si avrebbero in ogni caso tanti distinti contratti, quanti sono i comproprietari, tra loro autonomi e indipendenti, dimodoché, in ipotesi di promessa di vendita, ciascuno sarebbe senz'altro suscettibile di separata esecuzione specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. **(97)**.

La gran parte della giurisprudenza di legittimità **(98)**, seguita da autorevole dottrina **(99)**, invece è stata per lungo tempo concorde nel sostenere che in tal caso l'atto rimane incompleto e pertanto esso è inefficace non solo per le quote di spettanza dei venditori assenti alla stipula, ma anche per quelle dei venditori che hanno sottoscritto il contratto.

Tuttavia, si afferma, detta inefficacia avrebbe carattere relativo, in quanto potrebbe essere fatta valere soltanto dal compratore, il quale ben potrebbe pretendere l'esecuzione del contratto per le sole quote di spettanza dei venditori che hanno sottoscritto l'atto, in quanto i venditori non avrebbero alcun apprezzabile interesse a che la cosa sia venduta per intero.

Tale orientamento, peraltro, pur essendo giustificabile sul piano strettamente pratico, appare difficilmente sostenibile sul piano teorico.

Ed invero se il contratto di alienazione è unico ed avente ad oggetto l'intero, la mancata sottoscrizione di uno dei comproprietari rende il medesimo irrimediabilmente incompleto, non si forma, cioè, il consenso contrattuale; non si comprende quindi in base a quale principio l'acquirente potrebbe pretendere l'esecuzione relativamente alle quote dei comproprietari sottoscrittori.

Si attribuirebbe in tal modo all'acquirente il potere di modificare unilateralmente il contenuto del regolamento negoziale senza che tale potere sia attribuito al medesimo da alcuna norma **(100)**.

Se invece si è in presenza di una pluralità di contratti l'efficacia dell'uno, in mancanza di una clausola che stabilisca un collegamento negoziale, è del tutto autonoma e svincolata dall'efficacia degli altri. Pertanto appare arbitrario rimettere l'efficacia dell'alienazione della quota del comproprietario sottoscrittore alla volontà dell'acquirente.

In realtà la giurisprudenza in esame ha dato luogo alla creazione di una vera e propria regola di «diritto giurisprudenziale» che si colloca in una posizione intermedia tra l'assunto dell'unicità del contratto di alienazione, che dovrebbe comportare l'inefficacia assoluta dell'atto incompleto, e quella della pluralità degli atti, al quale dovrebbe conseguire l'immediato ed incondizionato trasferimento della quota del comproprietario sottoscrittore indipendentemente dall'adesione al contratto degli altri comproprietari.

Deve pertanto accogliersi favorevolmente la revisione di tale orientamento effettuato di recente dalla Suprema Corte a Sezioni Unite secondo la quale «La promessa di vendita di un bene in comunione è, di norma, considerata dalle parti attinente al bene medesimo come un unicum inscindibile e non come somma delle singole quote che fanno capo ai singoli comproprietari, di guisa che questi ultimi - salvo che l'unico documento predisposto per il detto negozio venga redatto in modo tale da farne risultare la volontà di scomposizione in più contratti preliminari in base ai quali ognuno dei comproprietari si impegna esclusivamente a vendere la propria quota al promissario acquirente, con esclusione di forme di collegamento negoziale o di previsione di condizioni idonee a rimuovere la reciproca insensibilità dei contratti stessi all'inadempimento di uno di essi - costituiscono un'unica parte complessa e le loro dichiarazioni di voler vendere si fondono in un'unica volontà negoziale. Ne consegue che, quando una di tali dichiarazioni manchi (o sia invalida), non si forma (o si forma invalidamente) la volontà di una delle parti del contratto preliminare, escludendosi, pertanto, in toto la possibilità del promissario acquirente di ottenere la sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. nei confronti dei soli comproprietari promittenti, sull'assunto di una mera inefficacia del contratto stesso rispetto a quelli rimasti estranei» **(101)**.

3. La donazione di bene altrui

3.1. L'opinione tradizionale

Il secondo caposaldo teorico sul quale si fonda il ragionamento effettuato dai giudici calabresi nelle decisioni che hanno costituito lo spunto della presente indagine è rappresentato da una rigorosa interpretazione dell'art. 771 c.c., che per la verità aveva in passato ricevuto l'avvallo della dottrina e della giurisprudenza tradizionali **(102)** e che recentemente è stata ribadita da una pronuncia della Suprema Corte **(103)**.

Secondo siffatta interpretazione tale norma, nel porre il divieto di donazione dei beni futuri avrebbe inteso riferirsi tanto ai beni futuri in senso oggettivo (vale a dire i beni futuri *tout court*), quanto ai beni futuri in senso soggettivo (vale a dire i beni altrui).

In altre parole secondo l'opinione in esame l'atto di donazione sarebbe valido solo in relazione ai beni presenti nel patrimonio del donante al momento della stipulazione dell'atto di donazione.

Il ragionamento è basato sulla considerazione che la *ratio* del divieto di cui all'art. 771 c.c., che trae origine dal *droit coutumier* e dall'ordinanza francese del d'Aguesseau del 1731, dovrebbe essere individuata nell'intento di porre un freno alla prodigalità del donante **(104)** e che tale intento implicherebbe necessariamente che costui debba essere privato del potere di disporre a titolo liberale di diritti che non fanno parte del proprio patrimonio al momento del perfezionamento dell'atto di disposizione.

Ed ulteriore conferma della validità di tale assunto si è ravvisata nella definizione della donazione fornita dall'art. 769 c.c. laddove si richiede che il donante disponga di “un suo diritto”.

In altre parole secondo tale impostazione la donazione dispositiva (cioè diretta al trasferimento di un diritto dal donante al donatario) sarebbe caratterizzata tuttora dal requisito dell'attualità dello spoglio un tempo sancito dall'art. 1050 del codice del 1865, secondo il quale con la donazione “il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata”.

Se ne è dedotto che “la nullità della donazione di cosa altrui non dipende da un vizio di struttura del negozio, ma da una ragione inerente alla funzione del negozio. Il difetto di titolarità da parte del donante si traduce in una ragione di nullità perché la donazione dispositiva, in quanto soggetta al requisito dell'attualità dello spoglio, è idonea soltanto ad una funzione traslativa immediata, non anche (a differenza della vendita) ad una funzione traslativa mediata” **(105)**.

3.2. Il nuovo corso giurisprudenziale

Ma è noto che altro orientamento della Suprema Corte, discostandosi dall'opinione tradizionale, ha sancito al contrario che “la donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla *ex art. 771 c.c.*, ma è semplicemente inefficace” (106).

Alla base nel nuovo corso giurisprudenziale, non condiviso dai giudici calabresi nelle decisioni che hanno costituito lo spunto della presente indagine, viene addotto che la “nullità (e la conseguente inidoneità *ex art. 1159 c.c.*) di tale donazione *ex art. 771 c.c.* potrebbe essere affermata solo ove l'interpretazione (letterale e logica) di tale ultima norma consentisse di considerare come beni futuri i beni non ancora del donante, ma esistenti *in rerum natura* ed appartenenti ad altri, ma non per via di interpretazione analogica, in considerazione della natura eccezionale della norma in questione”.

Ed a tale riguardo la Suprema Corte ha escluso che tale interpretazione sia possibile in quanto:

“ad altri fini, il legislatore ha considerato separatamente gli effetti di atti di disposizione di beni futuri e di beni altrui (art. 1472 e 1478 ss. c.c.)”, onde la nozione legislativa di bene futuro non può ritenersi comprensiva di quella di bene altrui;

“l'art. 771, primo comma, c.c., espressamente stabilisce che se la donazione “comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi, salvo che si tratti di frutti non ancora separati””, onde “appare evidente, dalla formulazione di tale norma, il riferimento del divieto ai soli beni non ancora esistenti *in rerum natura*”.

3.3. Irrilevanza della questione della validità della donazione di bene altrui sull'idoneità della stessa a costituire titolo per l'usucapione abbreviata

Paradossalmente sia tale nuovo indirizzo interpretativo sia quello tradizionale, pur divergendo in ordine alla validità della donazione di beni altrui, tuttavia concordano nel ritenere che siffatta donazione costituisce titolo idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata *ex art. 1159 c.c.*.

L'indirizzo favorevole alla validità della donazione di bene altrui (107) deduce da tale validità la sussistenza del titolo astrattamente idoneo all'usucapione abbreviata, sul presupposto che, come

affermato dalla più recente giurisprudenza **(108)**, l'atto affetto da nullità non può costituire titolo astrattamente idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata.

In tale ottica solo se la donazione in esame fosse affetta da mera inefficacia, alla stregua di qualunque altro acquisto *a non domino*, potrebbe invero dare corso all'usucapione abbreviata.

L'indirizzo contrario alla validità della donazione di bene altrui, invece, nella sua più recente formulazione, esclude che l'affermata nullità della donazione in esame possa inficiare l'usucapione abbreviata in quanto "La provenienza dell'attribuzione dal non legittimato, se intacca la validità della donazione (non consentendo ad essa, per questa sola ragione, di adempiere concretamente la funzione traslativa del tipo al quale appartiene), non inficia la sua astratta idoneità ad inserirsi in una più complessa fattispecie acquisitiva a non domino. La donazione di cosa altrui, quando conformata in termini di atto di alienazione, stante l'ignoranza delle parti circa l'alienità della *res* donata, è suscettibile di fungere da *titulus adquirendi* ai fini dell'usucapione abbreviata ai sensi dell'art. 1159 cod. civ., in quanto il requisito, richiesto dalla predetta disposizione codicistica, della esistenza di un titolo idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare" **(109)**.

Per la verità non può negarsi, a parere di chi scrive, che la questione della validità della donazione di bene altrui non pare decisiva ai fini dell'idoneità della medesima a costituire titolo per l'usucapione abbreviata.

Dire infatti che, ai fini di siffatta usucapione occorre un titolo idoneo, significa esclusivamente affermare che il titolo in questione deve essere tale che, se il donante fosse stato munito della legittimazione a disporre del bene donato, l'effetto traslativo si sarebbe senz'altro prodotto **(110)**.

E' infatti tale circostanza che, unitamente alla trascrizione dell'acquisto nei registri immobiliari, giustifica la scelta del legislatore di premiare l'acquirente in buona fede, abbreviando il termine *ad usucapionem*.

Ne consegue che, qualunque qualificazione si voglia attribuire alla mancanza della legittimazione a disporre del donante in termini di nullità o mera inefficacia del negozio, essa non incide per altro verso sull'idoneità del titolo *ad usucapionem*.

L' idoneità del titolo dunque attiene esclusivamente all' inesistenza nel medesimo di vizi diversi dalla mera carenza di legittimazione a disporre **(111)**.

3.4. La mancanza della legittimazione a disporre e la validità dell'atto di disposizione nel sistema civilistico

A parere di chi scrive, per stabilire quali delle contrapposte interpretazioni sia fondata, non basta ricorrere alla mera esegesi letterale dell'art. 771 c.c., ma occorre chiedersi quale sia la collocazione ed il ruolo della norma citata nel sistema positivo che regola gli atti di disposizione.

Si tratta per la verità di un sentiero poco battuto dalla dottrina, in quanto nell'ordinamento vigente non si è mai provveduto ad elaborare una vera e propria *teoria generale dell'atto di disposizione patrimoniale*.

Nondimeno a tale riguardo non può sfuggire che in linea di principio nel sistema positivo la mancanza della legittimazione a disporre non è mai causa di invalidità dell'atto di disposizione.

Siffatta mancanza, infatti, dà luogo alla mera inefficacia dell'atto *quanto all'effetto traslativo*.

Tale regola si può agevolmente ricavare in primo luogo dall'art. 1372, secondo comma, c.c., che pone il principio generale dell'intangibilità delle sfere giuridico-patrimoniali.

La citata norma infatti, laddove dispone che il contratto “non produce effetto rispetto ai terzi” che nei casi previsti dalla legge, chiaramente presuppone che la mancanza della titolarità del diritto incide solo sull'attitudine dell'atto a produrre effetti *rispetto al terzo titolare* e non sulla validità dello stesso.

A contrario si può dedurre che ciò non esclude una qualche efficacia ad altro titolo dell'atto *tra i contraenti*.

Dunque non si tratta tanto di affermare l'efficacia o l'inefficacia dell'atto, quanto di stabilire i soggetti rispetto ai quali gli effetti dell'atto si producono.

In conseguenza, laddove l'atto non può produrre l'effetto traslativo, in quanto stipulato senza la partecipazione del titolare del bene di cui si è disposto, la mancata partecipazione al contratto di costui può essere surrogata dall'instaurarsi di un rapporto obbligatorio tra i contraenti.

L'instaurarsi di tale rapporto, infatti, ha lo scopo di consentire al contratto di svolgere la propria funzione, senza tuttavia ledere la sfera giuridico-patrimoniale del terzo proprietario del bene alienato.

Ancor più eloquenti al riguardo sono gli artt. 1478 e 1479 c.c., che nel disciplinare la vendita di cosa altrui, presuppongono la validità della medesima, sancendone l'efficacia meramente obbligatoria.

Si tratta peraltro di una precisa scelta sistematica del legislatore del '42, poiché nell'art. 1459 del codice del 1865 la vendita di cosa altrui era qualificata come nulla.

Si intese in tal modo risolvere il conflitto che si era creato con l'art. 59 del codice di commercio, che al contrario sanciva la validità della vendita commerciale della cosa altrui e l'obbligo del venditore di farne acquistare la proprietà al compratore.

Tale innovazione legislativa si inquadra a ben vedere nell'adozione di un concetto evoluto e dinamico dello scambio economico, diretto a favorire il più possibile la movimentazione della ricchezza; donde la preferenza del legislatore del '42 per la soluzione già adottata dal codice di commercio, tipicamente votato allo sviluppo dei traffici commerciali **(112)**.

In secondo luogo il principio dell'inefficacia si desume dall'art. 1398 c.c. in materia di *falsus procurator*, così come esso è correntemente interpretato **(113)**.

Il negozio posto in essere dal rappresentante volontario sprovvisto dei necessari poteri rappresentativi è, infatti, considerato un negozio munito di tutti i requisiti di validità prescritti dalla legge e tuttavia inefficace, proprio a causa della sua inettitudine a incidere sulla sfera giuridica del rappresentato, in assenza della sua volontà, alla stessa stregua di quanto disposto dall'art. 1478 c.c.

La differenza tra le due fattispecie della vendita di cosa altrui e del negozio del *falsus procurator* risiede invero, dal punto di vista morfologico, nella circostanza che il disponente, in entrambi i casi privo della legittimazione a disporre, abbia speso il proprio o l'altrui nome.

Ciò implica altresì anche una differenziazione delle due fattispecie dal punto di vista effettuale, in quanto nel primo caso (vendita di cosa altrui) il negozio produce comunque effetti, anche se meramente obbligatori, ed è idoneo a produrre l'effetto reale con il concorso della volontà del proprietario della cosa (cfr. art. 1478, secondo comma, c.c.).

Nel secondo caso (negozio del *falsus procurator*) l'atto non produce alcun effetto, salva la possibilità di ratifica da parte del rappresentato ex art. 1399 c.c. o il risarcimento dei danni a carico del procuratore ex art. 1398 c.c..

La spiegazione sistematica di tale assetto normativo risiede nella circostanza che, ai fini del rispetto del principio dell'intangibilità delle sfere giuridico-patrimoniali di cui all'art. 1372 c.c., la sanzione di nullità è incongrua quando manchi la legittimazione a disporre.

Ed invero il negozio nullo può essere sanato, anche in relazione alla produzione dell'effetto traslativo, sia pure in casi eccezionali, come avviene in materia di atti aventi ad oggetto immobili nella fattispecie della c.d. "trascrizione sanante" (art. 2652 n. 6 c.c.).

D'altro canto la sanatoria è tipicamente diretta a consentire al contratto sanato di produrre gli effetti traslativi che esso era originariamente destinato a produrre, ad onta della causa di nullità.

Ma, laddove manchi la legittimazione a disporre, siffatta sanatoria, se riferita all'effetto traslativo, andrebbe a ledere la sfera giuridica del terzo proprietario del bene, che subirebbe indebitamente una sorta di espropriazione del proprio diritto **(114)**.

Invece la sanzione dell'inefficacia, apparentemente più blanda di quella della nullità, è in realtà più rigorosa, quanto alla tutela del terzo titolare del bene di cui si è disposto, poiché l'inefficacia medesima non è mai suscettibile di "sanatoria", se non a seguito del consenso dell'avente diritto **(115)**.

Di fronte a tale fenomeno dunque, ed in mancanza di siffatto consenso, il sistema esclude sempre l'incidenza nella sfera giuridica del titolare del bene, salvo l'autonomo verificarsi di una causa di acquisto a titolo originario.

In altre parole per "sanare" un atto dispositivo effettuato da soggetto privo della legittimazione a disporre occorre che maturi in capo al terzo acquirente l'usucapione del bene oggetto di disposizione.

Ma è evidente che in tal caso non si verifica in senso tecnico un fenomeno di sanatoria del titolo inefficace, bensì un diverso fenomeno acquisitivo derivante da altra causa e che presuppone ulteriori e specifici requisiti, primo fra tutti il possesso *ad usucapionem*, il quale solo giustifica la perdita della proprietà da parte del terzo senza la sua volontà e l'acquisto della stessa da parte dell'uscapiente.

Ed infatti colui che acquista in tal modo la proprietà del bene non può dirsi avente causa da colui che aveva alienato lo stesso in mancanza della legittimazione a disporre; egli infatti acquista a titolo originario e dunque in virtù di un titolo che prescinde dall'atto di disposizione posto in essere dal soggetto non legittimato **(116)**.

Ma l'usucapione, eventualmente abbreviata *ex art. 1159 c.c.*, è l'unico temperamento che il diritto positivo apporta in questi casi alla regola *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, non essendo accettabile, in mancanza di un comportamento in qualche modo imputabile

al *dominus* o alla sua inerzia che sia idoneo a ingenerare nei terzi una situazione di obiettiva apparenza, affievolire la tutela della posizione proprietaria di quest'ultimo **(117)**.

La riprova della fondatezza di quanto sopra affermato si può trarre dalla circostanza che, laddove l'ordinamento commina espressamente la sanzione dell'invalidità in relazione alla mancanza del consenso del titolare del diritto, si ritiene che colui che ha compiuto l'atto di disposizione è in realtà munito della legittimazione a disporre del diritto altrui e la necessità del consenso del titolare di questo è considerata un mero limite al regolare esercizio di un potere di disposizione tuttavia esistente.

E ciò proprio in quanto l'invalidità è suscettibile, a differenza dell'inefficacia, di una vera e propria sanatoria con riferimento all'effetto traslativo.

E' il caso dell'atto di disposizione compiuto da un coniuge in comunione legale senza il necessario consenso dell'altro coniuge, che è disciplinato dall'art. 184 c.c.

Detta norma sancisce l'annullabilità dell'atto solo con riferimento ai beni immobili ed ai beni mobili registrati. Per gli altri beni mobili è previsto solo l'obbligo del coniuge agente di ricostituire, su istanza dell'altro coniuge, la comunione nello stato in cui era prima del compimento dell'atto ovvero, qualora ciò non sia possibile, di pagare l'equivalente in danaro.

Dunque l'atto di disposizione compiuto dal singolo coniuge è comunque efficace per l'intero cespite.

Si tratta di un'efficacia definitiva, laddove si tratti di beni mobili non registrati, e di un'efficacia precaria, perché suscettibile di venire meno all'esito dell'esercizio dell'azione di annullamento, per i beni immobili ed i beni mobili registrati.

Ma in quest'ultimo caso si tratta pur sempre di un'invalidità sanabile **(118)**.

Tale assetto normativo ha indotto la Corte Costituzionale **(119)** a ritenere che nei rapporti con i terzi ciascun coniuge è astrattamente legittimato a disporre per intero dei beni della comunione.

Il consenso dell'altro coniuge, richiesto dall'art. 180 c.c. per il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, configura dunque, da un certo punto di vista, un fenomeno analogo all'autorizzazione, atto che attribuisce ad un soggetto la legittimazione a disporre in nome proprio con efficacia nell'altrui sfera giuridica, figura ben nota ad alcuni ordinamenti giuridici stranieri **(120)**.

Ciò in quanto il coniuge che compie l'atto di disposizione annullabile non dichiara di agire anche in nome dell'altro coniuge, ma esclusivamente in nome proprio.

Per altro verso il consenso dell'altro coniuge richiesto dall'art. 180 c.c. si distingue dall'autorizzazione in senso proprio, poiché esso non è un negozio attributivo di un potere, ma piuttosto un atto che rimuove un limite all'esercizio di un potere pur sempre esistente.

Ciò posto, laddove l'atto dispositivo sia costituito da una donazione, non si vede perchè debbano trovare applicazione principi diversi da quelli sopra esposti, considerato che, come vedremo, la *ratio* dell'art. 771 c.c. non contrasta con siffatti principi.

3.5. La donazione nella quale il donante ignori l'altruità del bene

E' infatti possibile innanzitutto che la cosa altrui sia donata come propria, nell'erroneo convincimento del donante dell'appartenenza del bene alla propria sfera giuridica.

Si tratta dell'ipotesi che è stata oggetto delle menzionate recenti decisioni della Suprema Corte del 2001 e del 2009.

Nella specie non può ricorrere, invero, la *ratio* dell'art. 771 c.c., che risiede come si è detto nell'intento di reprimere la prodigalità del donante.

Costui, infatti, non può essere più facilmente indotto a dilapidare il proprio patrimonio laddove egli ritenga, sia pure erroneamente, che il bene donato gli appartenga.

In tal caso l'atteggiamento psicologico del donante in nulla differisce da quello che ricorre in una normale donazione di bene proprio **(121)**.

Ne consegue che la donazione è sicuramente valida, ma ovviamente non potrà determinare l'effetto traslativo del bene donato.

Essa tuttavia è idonea in astratto, anche se non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, poiché acquisto del medesimo diritto si sarebbe senz'altro verificato se il donante ne fosse stato titolare.

Pertanto siffatta donazione costituisce titolo per conseguire l'usucapione abbreviata ove ne ricorrano i presupposti.

Per altro verso, ed a differenza di quanto accade nella vendita in forza dell'art. 1479 c.c., non sorge di regola alcun onere in capo al donante di far acquistare al donatario la proprietà del bene oggetto della donazione al fine di evitare la risoluzione del contratto, né di risarcire i relativi danni, poiché, mancando un rapporto sinallagmatico, il donante normalmente non è tenuto per l'evizione.

Né potrà mai operare in materia immobiliare la trascrizione sanante di cui all'art. 2652 c. 6 c.c., non trattandosi di una fattispecie di invalidità, bensì di inefficacia *tout court*.

Ad opposta soluzione, quanto agli effetti obbligatori della donazione, deve invece pervenirsi laddove eccezionalmente si applichi la garanzia per evizione ex art. 797 nn. 1 e 3 c.c. **(122)**

In tali ipotesi infatti il donante per definizione assume l'obbligo di assicurare alla parte donataria il conseguimento dell'effetto traslativo della proprietà del bene donato o perché egli ha assunto un preciso obbligo al riguardo (art. 797 n. 1 c.c.) o perché, pur non sussistendo un vero e proprio rapporto sinallagmatico, il donatario ha a sua volta assunto obblighi verso il donante a fronte dell'attribuzione in suo favore (art. 797 n. 3 c.c.).

E' vero, peraltro, che in materia di vendita l'ordinamento positivo distingue la garanzia per evizione totale della cosa, disciplinata dall'art. 1483 c.c., dalla disciplina della vendita di cosa altrui venduta come propria al compratore che ne ignori l'altruità, prevista dall'art. 1479 c.c.

La dottrina, pur avendo profuso notevoli energie al fine di individuare elementi distintivi tra le due fattispecie, tende tuttavia a concordare sulla circostanza che anche l'evizione può dipendere dall'altruità della cosa **(123)**.

Ma in ogni caso l'operatività della garanzia per evizione presuppone la validità del negozio che abbia ad oggetto il bene altrui **(124)**, salva la possibilità di applicare la disciplina dell'errore ove ne ricorrano i presupposti **(125)**.

3.6. La donazione nella quale il donante conosca l'altruità del bene

Ciò posto, occorre chiedersi se a diverse conclusioni si debba pervenire laddove:

- la cosa altrui sia donata come propria, vale a dire facendo intendere al donatario che il donante ne sia proprietario, e tuttavia il donante sia consapevole dell'altruità del bene;
- la cosa altrui sia donata come tale e dunque nella piena consapevolezza tanto del donante quanto del donatario in merito all'altruità del bene.

In entrambi i casi, invero, la consapevolezza del donante pone il problema di verificare se sussista la *ratio* del divieto di cui all'art. 771 c.c.

Ma anche in tali ipotesi a ben vedere non pare sussistere la possibilità di applicare siffatto divieto.

Ed invero nella fattispecie sub 1. è la stessa legge che presuppone l'efficacia dell'atto, sia pure su un piano meramente obbligatorio e non traslativo, laddove essa prevede che il donante sia tenuto alla garanzia per evizione se l'evizione stessa dipenda dal di lui dolo (art. 797 n. 2 c.c.) **(126)**.

Quanto alla donazione sub 2. deve rilevarsi che, sul piano della *ratio* dell'art. 771 c.c., sia nel caso in esame che nella fattispecie sub 1. il donante è a conoscenza dell'altruità del bene.

Non si vede pertanto perché mai, in presenza del medesimo atteggiamento psicologico del donante, nel primo caso la donazione dovrebbe essere valida e nel secondo caso nulla.

Del resto nella donazione di cosa altrui donata come tale, se essa fosse, come riteniamo, valida, sorgerebbe senz'altro in capo al donante l'obbligo di far acquistare la proprietà del bene oggetto della donazione al donatario in analogia all'art. 1476 n. 2 c.c.

Diversamente opinando, infatti, il negozio non potrebbe svolgere alcuna funzione in relazione al trasferimento a titolo derivativo della proprietà **(127)**.

Ma se ciò è vero, non può sfuggire che ci troveremmo di fronte ad una particolare fattispecie di donazione obbligatoria, comunque valida.

Del resto è certamente valida la donazione obbligatoria classica, anche quando l'obbligo assunto dal donante abbia ad oggetto una somma di denaro di cui il donante non disponga attualmente.

In realtà a ben vedere il divieto della donazione di bene altrui appare funzionale all'antica nozione di donazione, sancita dall'art. 1050 del codice del 1865, secondo la quale con la donazione "il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata".

Ma tale nozione fu appunto superata con il codice del '42 che, nell'introdurre il concetto di donazione obbligatoria, pose a base della definizione di cui all'art. 769 c.c. una nuova e più evoluta nozione di attribuzione patrimoniale liberale **(128)**.

Si percorse in tal modo un sentiero parallelo a quello che, come si è già avuto modo di rilevare, fu tracciato dal nuovo codice con la più moderna nozione di scambio economico che è alla base del superamento dell'antico principio della nullità della vendita della cosa altrui e dell'instaurazione dell'opposto principio dell'efficacia obbligatoria di siffatta vendita.

E non v'è chi non veda come la possibilità di donare utilizzando lo strumento obbligatorio in luogo di quello reale costituisce di per sé una facilitazione alla realizzazione dell'atto di liberalità, che sembra smentire l'antica teoria che poneva alla base del divieto della donazione di beni futuri la *ratio* della prodigalità, intesa nell'ampia accezione sopra esaminata.

In altre parole, una volta ammesso che la funzione donativa può tranquillamente attuarsi a mezzo di un rapporto obbligatorio, deve necessariamente affermarsi che essa può essere realizzata in via mediata, tramite la prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio stesso.

Ma se ciò è vero, laddove la donazione sia configurata come dispositiva di un bene altrui, l'impossibilità di attuare la funzione donativa derivante dall'intangibilità della sfera giuridico-patrimoniale del terzo proprietario può essere superata dall'instaurarsi di un rapporto obbligatorio.

Tale rapporto, infatti, consente alla donazione di svolgere la propria funzione nel caso di specie allo stesso modo in cui ciò accade nella vendita di cosa altrui.

Non pare quindi possibile nel sistema positivo utilmente distinguere tra donazione dispositiva, soggetta all'antico e superato principio dell'attualità dello spoglio, e donazione obbligatoria, sottratta a tale principio.

L'attuale definizione della donazione, infatti, non sembra più annoverare l'attualità dello spoglio tra i caratteri essenziali della funzione donativa, quale che sia il mezzo tecnico adoperato per realizzarla.

Né vale obiettare che l'obbligo di procurare l'acquisto della cosa è sostanzialmente diverso da quello di consegnare il denaro oggetto della donazione obbligatoria classica.

A tale riguardo si è in particolare sostenuto che l'obbligo di procurare l'acquisto della cosa debba essere qualificato come prestazione di fare e non di dare, onde esso non potrebbe essere oggetto di donazione, in quanto non idoneo “a produrre, in senso giuridico, l'impoverimento del patrimonio di chi si obbliga, né l'arricchimento del beneficiario” **(129)**.

Ma a parere di chi scrive tale obiezione non pare abbia colto nel segno.

E' noto infatti che la più moderna dottrina ha sottoposto a revisione critica l'opinione tradizionale che vedeva nell'assunzione di un obbligazione di dare l'unico possibile oggetto della donazione obbligatoria **(130)**.

Ma, anche volendo aderire alle premesse teoriche dell'impostazione qui criticata, non può escludersi innanzitutto che nella donazione obbligatoria di cosa altrui la particolare natura della causa di liberalità imponga al donante di acquistare direttamente dal terzo proprietario il bene donato, senza poterne altrimenti procurare l'acquisto al donatario, come avviene nella vendita.

In tal caso infatti la prestazione del donante potrebbe pur sempre essere qualificata come di dare, nel senso che il donante della cosa altrui si procurerà la proprietà del bene allo stesso modo in cui il donante della donazione obbligatoria in senso classico si procura il denaro, oggetto

dell'obbligazione assunta a titolo di donazione, che non sia nel suo patrimonio al momento della stipulazione dell'atto di liberalità **(131)**.

Ma a ben vedere la causa di liberalità sussiste pienamente, nella maggioranza dei casi, anche laddove il donante della cosa altrui procuri al donatario l'acquisto del bene direttamente dal terzo proprietario.

In tale ipotesi infatti il donante dovrà normalmente pur sempre procedere al pagamento a favore del terzo proprietario del prezzo di siffatto acquisto, subendo un conseguente impoverimento, cui fa riscontro l'arricchimento del donatario a favore del quale l'acquisto del bene del terzo opera.

L'unica particolarità di tale fattispecie risiede nel fatto che l'oggetto dell'impoverimento del donante non coincide con quello dell'arricchimento del donatario.

Ma ciò non esclude assolutamente la ricorrenza del fenomeno della liberalità.

Tale asimmetria degli oggetti è infatti caratteristica anche delle donazioni indirette, come nel caso, assai ricorrente nella prassi, dell'acquisto del bene da parte del figlio nel quale l'obbligo del pagamento del prezzo gravante su costui sia adempiuto dal genitore ex art 1180 c.c.

Eppure nessuno può dubitare che le liberalità indirette rientrino a pieno titolo nel concetto di liberalità in forza dell'art. 809 c.c.

Né potrebbe parimenti dubitarsi che sarebbe valida e rientrante nell'ambito della causa liberale una *donazione diretta obbligatoria di danaro specificamente ed unicamente finalizzata* a consentire al donatario di impiegare tale somma nell'acquisto di un immobile.

In tale ultima ipotesi il successivo eventuale adempimento effettuato dal donante ex art. 1180 c.c. in favore del terzo venditore rappresenterebbe un atto estintivo del rapporto di provvista, che lega il *solvens* al debitore, creatosi per effetto della donazione obbligatoria.

In tale ipotesi invero il donante, per attuare il programma negoziale divisato nell'atto di donazione, utilizza uno strumento alternativo rispetto a quello ordinario e tipico della donazione diretta obbligatoria.

Ma allora non si vede perché non possa essere assunto quale oggetto della donazione obbligatoria proprio l'obbligo del donante di procedere ad effettuare una donazione indiretta dell'immobile mediante adempimento del terzo o contratto a favore di terzo (vale a dire una *donazione obbligatoria indiretta*).

Alla stregua delle esposte considerazioni si deve ritenere che la *ratio* dell'art. 771 c.c., attinente al rischio della prodigalità, alquanto ambigua quanto alla determinazione del suo esatto significato **(132)**, vada circoscritta entro i sopra menzionati confini desumibili dal diritto positivo.

Ed a tale riguardo deve rilevarsi che il rischio della prodigalità è tanto più alto quanto più il sacrificio economico del donante non sia agevolmente determinabile.

Si è infatti più propensi a sbarazzarsi di beni di cui non si apprezzi il valore.

Ma quando il bene esiste *in rerum natura* il suo valore è facilmente determinabile e non può dunque essere legittimamente ignorato dal donante, che deve sapere a quale sacrificio economico andrà incontro per procurare l'acquisto del bene.

Così, ad esempio, nella donazione obbligatoria di denaro, sicuramente valida e non rientrante nel divieto di cui all'art 771 c.c., il donante che assuma l'obbligo di corrispondere una somma di danaro a titolo di donazione non può non conoscere l'entità dell'impoverimento che la donazione implica per la sua sfera giuridico-patrimoniale, indipendentemente dalla presenza o meno di tale somma nel proprio patrimonio.

Ed anche sotto il profilo volitivo non può essere messa in dubbio l'attualità dell'intento liberale del donante, poiché egli, nel momento in cui ha assunto l'obbligazione donativa, ha posto a proprio carico una prestazione ben determinata.

In definitiva la donazione di bene altrui donato come tale altro non è che una donazione obbligatoria di bene determinato e non, come accade di norma, di cosa generica.

Ciò spiega perché l'art. 769 c.c. prevede che la donazione si realizza tra l'altro laddove il donante disponga di "un suo diritto".

Tale ipotesi invero è dal legislatore prevista come alternativa a quella in cui la donazione di realizza "assumendo verso" la parte donataria "un'obbligazione".

Ma quando si dona la cosa altrui si versa in quest'ultima ipotesi e non nella prima.

Va peraltro rilevato che di tale fattispecie la Suprema Corte nelle menzionate sentenze del 2001 e del 2009 non si è espressamente occupata, essendo quelle venute all'esame dei giudici di legittimità ipotesi di donazione di bene altrui donato come proprio **(133)**.

Nondimeno non può farsi a meno di rilevare che i sintetici argomenti addotti dai giudici di legittimità nel 2001 per affermare la validità della donazione di cosa altrui donata come propria sono senza dubbio validi anche con riferimento alla fattispecie in esame.

In particolare:

- il riferimento alla nozione legislativa di bene futuro come non comprensiva di quella di bene altrui è desunto dalle norme sulla vendita (artt. 1472 e 1478 ss. c.c.), fra le quali ricorre certamente, ed anzi principalmente, anche quella sulla vendita di cosa altrui venduta come tale;

- l'esegesi letterale dell'art. 771, primo comma, c.c., come riferita al divieto ai soli beni "non ancora esistenti *in rerum natura*" non può che escludere da tale divieto tutti i beni esistenti, ma altrui, senza distinzioni di sorta.

Per altro verso l'opposta decisione del 2009 si occupa della "donazione di cosa altrui, quando conformata in termini di atto di alienazione, stante l'ignoranza delle parti circa l'alienità della *res donata*" per affermarne la nullità, laddove essa intenda "produrre un effetto traslativo immediato".

Ne consegue che tale sentenza non sembra escludere la validità della donazione che sia espressamente configurata come ad effetto meramente obbligatorio, siccome in questo caso non diretta a "produrre un effetto traslativo immediato".

Del resto anche la dottrina tradizionale afferma che "l'obbligazione di procurare all'altra parte un diritto che al momento del contratto appartiene ad un terzo può sì ricollegarsi a una donazione, ma solo in quanto la volontà del donante sia precisamente diretta all'assunzione di tale obbligazione (non si tratta quindi della semplice consapevolezza dell'alienità della cosa). Ma in tal caso non si ha donazione di cosa altrui in senso tecnico, la quale si configura come contratto dispositivo, e pertanto è nulla" (134).

4. Conclusioni operative

Alla stregua delle esposte considerazioni la donazione di una quota indivisa di un bene facente parte di una più ampia massa comune è da ritenersi valida.

Tuttavia, secondo l'impostazione ormai ampiamente consolidata nella giurisprudenza della Cassazione in materia di atti di disposizione su beni indivisi, essa non potrebbe produrre effetti traslativi immediati, poiché gli stessi sarebbero subordinati alla circostanza che il bene oggetto di disposizione venga attribuito in sede di divisione al donante onde si tratterebbe nella sostanza di un atto di disposizione su bene altrui.

Si tratta di una conclusione non condivisa dal presente studio e tuttavia non eludibile dall'operatore pratico, proprio a causa del suo profondo radicamento nella giurisprudenza.

Nondimeno tale questione attiene non già alla validità dell'atto di donazione, ma esclusivamente all'efficacia interinale del medesimo nel periodo successivo alla sua stipulazione, fino alla divisione della comunione esistente sulla più ampia massa comune.

La validità dell'atto in questione invece può essere affermata non solo sul piano teorico, in quanto suffragata da consistenti argomenti di carattere sistematico, ma anche sul piano pratico, alla stregua del pur non incontrastato orientamento di parte della giurisprudenza della Suprema Corte, che afferma la validità della donazione di bene altrui.

Si tratta dunque di un atto ricevibile dal notaio alla stregua del consolidato principio secondo cui la violazione dell'art. 28 della Legge Notarile si configura esclusivamente laddove una pattuizione negoziale sia nulla in virtù di un consolidato orientamento giurisprudenziale **(135)**.

Tuttavia la particolare delicatezza e la notevole complessità della questione non possono non richiamare il notaio rogante alla massima prudenza nella redazione del relativo rogito e dovrebbero suggerire al medesimo di porre particolare attenzione alla precisazione ed alla regolamentazione dell'assetto di interessi divisato dalle parti.

In particolare, indipendentemente dalla questione dell'efficacia interinale dell'atto in questione, occorre considerare che certamente, qualunque opinione si segua al riguardo, *dopo* la divisione della massa comune il donatario è destinato a divenire definitivamente privo della titolarità del bene di cui si è disposto, laddove questo non sia assegnato al donante o al suo avente causa-donatario.

Peraltro anche l'orientamento della Suprema Corte che afferma la nullità della donazione di bene altrui, si riferisce alla donazione di cosa altrui donata come propria ed in quanto diretta a “produrre un effetto traslativo immediato” e non esclude la validità della donazione che sia espressamente configurata come ad effetto meramente obbligatorio.

Ne consegue l'opportunità, sul piano del corretto espletamento del mandato professionale conferito al notaio rogante:

- di rendere edotte le parti di tali circostanze e di tali effetti;
- di chiarire espressamente nell'atto di donazione, secondo la volontà delle parti, se il donante assume o meno nei confronti del donatario l'obbligo di ottenere l'assegnazione del bene di cui si è disposto in sede di divisione;

- di chiarire espressamente nell'atto di donazione, secondo la volontà delle parti, se il donatario viene immesso immediatamente, beninteso nei limiti dell'art. 1102 c.c., nel godimento *pro-quota* del singolo bene donato;
- in ogni caso, laddove si intenda evitare il rischio di nullità dell'atto nel caso in cui prevalga l'orientamento giurisprudenziale da ultimo citato, di configurare l'atto come donazione obbligatoria e dunque priva di effetti traslativi immediati.

Federico Magliulo

NOTE

(1) È noto che la comunione prevista e disciplinata dagli artt. 1100 e segg. del c.c. riproduce nelle sue linee essenziali i tratti caratterizzanti la *communio juris romani* nell'epoca classica.

Tuttavia tale modello organizzativo non è l'unico possibile né in senso sincronico, né in senso diacronico. Ed invero le varie epoche storiche e gli stessi ordinamenti vigenti offrono altri e diversi modelli organizzativi del rapporto tra contitolari di diritti reali.

Il tipo di comunione tradizionalmente contrapposto a quello romano è noto come *communio juris germanici* («gemeinschaft zur gesamten Hand» ovvero «comunione in mano comune»), nella quale manca un'organizzazione dei rapporti interni fra i comproprietari sulla base del concetto di quota ideale e conseguentemente il godimento del bene comune avviene in modo del tutto indifferenziato e promiscuo, mentre gli atti di disposizione non possono che essere compiuti con il consenso unanime dei comproprietari. Tale sistema, tuttavia, non è esclusivamente proprio dell'antico diritto consuetudinario dei popoli germanici, ma è ricorrente in tutte le forme primordiali di società ed anche nell'antichissimo diritto romano.

Tra l'uno e l'altro modello si pone come *tertium genus* la comunione di tipo solidaristico, caratterizzata dall'attribuzione a ciascun partecipante del potere di disporre dell'intera cosa comune, salva la facoltà degli altri comproprietari di opporsi all'atto, prima che questo sia compiuto. Di tale modello di comunione, che probabilmente dal punto di vista storico segnò il passaggio dalla comunione indifferenziata alla *communio juris romani*, v'è traccia in un famoso manoscritto gaiano (Gai 3, 154), nel quale esso è denominato *consortium ercto non cito*.

V. *amplius* sul punto GUARINO, voce *Comunione* (Premesse generali e principi romanistica), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 232 e ss.

(2) SCOZZAFAVA, voce *Comunione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 5, che cita al riguardo BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, Milano, 1968, p. 3.

(3) Peralaltro va ricordato che il concetto di comunione e la relativa disciplina trovano applicazione anche qualora la contitolarità riguardi diritti reali diversi dalla proprietà, come testualmente dispone l'art. 1100 c.c.

(4) Tale teoria risale a PEROZZI, *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, in *Filangieri*, 1890, II, p. 1 e ss. e in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 437 e ss.. Essa fu sostanzialmente accolta anche da L. COVIELLO, *La quota indivisa e il divieto di espropriazione forzata*, in *Giur. it.*, 1903, IV, p. 249; BONELLI, *I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 299 e ss., ID., *Personalità e comunione*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 743; CARNELUTTI, *Appunti sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 21 s.; CARUSI, *Osservazioni in tema di comunione ed efficacia dichiarativa della divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 372 ss.. e di recente da SCOZZAFAVA, *op. cit.*, p. 5.

Va inoltre segnalata la particolare posizione del MANENTI, *Concetto della "communio"*, in *Filangieri*, 1894, p. 321 e ss., secondo il quale la comunione è nel suo complesso e nei confronti dei terzi un vero e proprio diritto di proprietà, ma non è tale nei rapporti interni fra i comproprietari; fra costoro vi sarebbe invece un rapporto di carattere prevalentemente obbligatorio e organizzativo.

(5) Cfr. FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, XIII, 3, Milano, 1983, p. 270.

(6) MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riferimento ai contratti*, Milano, 1942, p. 144; BRANCA, *Comunione e condominio negli edifici*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, *Libro III, Della proprietà*, art. 1100-1139, Bologna - Roma, 1972, p. 6.

Per la verità i sostenitori della teoria in esame ritengono che, quantunque durante lo stato di indivisione ciascun partecipante non possa vantare un vero e proprio diritto di proprietà sulla cosa comune, nondimeno quest'ultima non può considerarsi *res nullius*, in quanto essa sarebbe sì «avulsa da qualsiasi collegamento di proprietà, ma non per questo meno elemento patrimoniale e meno collegata alle sorti del patrimonio in cui si trova» (BONELLI, *Personalità e comunione*, cit., p. 747). In altre parole vi sarebbe pur sempre una relazione di «appartenenza» tra i comunisti e la cosa, anche se non espressa in termini di proprietà.

In contrario può tuttavia osservarsi che l'art. 827 c.c., laddove sancisce l'attrazione al patrimonio dello Stato dei "beni immobili che non sono in proprietà di alcuno", indica chiaramente che l'unica relazione di appartenenza idonea ad evitare l'acquisto dello Stato è la proprietà.

(7) Tale teoria trovò autorevoli sostenitori in Francia (POTHIER, *Traité de la communauté*, Paris, 1822, p. 92; LAURENT, *Droit civil*, Paris, 1878, XXVI, p. 440) e in Germania (PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1877, p. 216) ed ampio credito nella dottrina italiana specie sotto il vigore del codice del 1865 (DONELLO, *Commentarius de jure civili*, II, Romae, 1828, p. 1233; VITALEVI, *Della comunione dei beni*, Torino, 1884, I, p. 10; LOSANA, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Torino, 1888, p. 566 e ss.; FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1917, p. 253; RAMPONI, *Della comunione di proprietà*, Torino, 1922, p. 31; POLACCO, *Delle successioni*, II, Milano-Roma, 1937, p. 234; CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, p. 7 e ss.).

(8) Questa formulazione è stata poi volutamente abbandonata dal legislatore del '42 proprio per non prendere posizione in ordine alla *vexata quaestio* della natura giuridica della comunione (*Relazione del Ministro Guardasigilli* n. 518).

(9) La creazione di oggetti di diritto immateriali allo scopo di qualificare e spiegare fenomeni giuridici complessi è assai frequente nell'opera dei giuristi sin dall'epoca delle *res incorporales* di Gaio. Dal punto di vista linguistico il fenomeno è noto come ipostasi, vale a dire l'elevazione di una qualità o di un concetto a sostanza. Per un'efficace critica di tale pratica v. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1952, p. 109; GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore*, Bologna, 1986, p. 91.

(10) BRANCA, *op. cit.*, p. 3. Si vedano inoltre le considerazioni critiche di MOSCO, *op. cit.*, p. 154; PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto civile*, Milano, 1964, p. 161 e SCOZZAFAVA, *op. cit.*, p. 3.

(11) LUZZATTO, *La comproprietà nel diritto civile italiano*, Torino, 1908, p. 2 e 19 ss.; CARNELUTTI, *Personalità giuridica ed autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, p. 143 e s.; DOSSETTO, *Teoria della comunione. Studio sulla comunione dei diritti reali*, Padova, 1948, p. 16 e ss.; BRANCA, *op. cit.*, p. 8; E. GRASSO, *L'espropriazione della quota*, Milano, 1957, p. 20 e ss.; PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 166 e ss.; RODOTÀ, voce *Proprietà* (Diritto vigente), in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 144.

(12) È noto come la dottrina più recente è giunta ad affermare che l'attitudine a porsi come soggetto autonomo di diritto e come centro di imputazioni giuridiche non è caratteristica esclusiva degli enti riconosciuti come persone giuridiche, ma di tutti i gruppi organizzati anche se privi di tale riconoscimento (per tutti GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di

Scialoja e Branca, Libro I, *Delle persone e della famiglia*, art. 36-42, Bologna-Roma, 1976, p. 115 e s.).

Lo stesso concetto di personalità giuridica è stato da tale dottrina drasticamente ridimensionato a mero espediente linguistico, diretto a rappresentare una disciplina derogatoria del diritto comune, ma pur sempre facente capo a persone fisiche (ID., *Delle persone giuridiche*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro I, *Delle persone e della famiglia*, art. 11-35, Bologna-Roma, 1969, p. 3 e ss.).

(13) Cfr. GUARINO, voce *Comunione*, cit., p. 248 a nota 15.

(14) GUARINO, *op. cit.*, p. 249 nota 20; LENER, *La comunione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 8, Torino, 1982, p. 269.

(15) Com'è noto con tale espressione s'intende indicare la condizione giuridica dei beni facenti capo alle società o comunque agli enti dotati di soggettività giuridica. Questi beni sono soggetti a un «vincolo di destinazione che ne consente l'utilizzazione solo per l'esercizio, in comune fra i soci, dell'attività di impresa». Tale vincolo comporta, tra l'altro, l'instaurazione di una preferenza dei «creditori sociali, ossia i creditori che sono tali per ragioni inerenti all'esercizio dell'impresa sociale», sui «creditori particolari dei soci, le cui ragioni di credito si ricollegano ad affari personali dei soci» (c.d. efficacia esterna del vincolo) e ciò in deroga all'art. 2741 c.c. che pone il principio della *par condicio creditorum* (per tutti GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1981, p. 636).

(16) Dalla qualificazione della comunione come soggetto di diritto autonomo si è creduto di trarre, quale logica conseguenza, la conclusione che i creditori della comunione, prima di aggredire il patrimonio individuale del partecipante, dovrebbero preventivamente escutere la cosa comune, in applicazione analogica dell'art. 2268 c.c., e che i creditori della comunione, i quali agiscano sul bene comune, sarebbero preferiti ai creditori particolari del singolo comproprietario. (BRANCA, *op. cit.*, p. 12 e s. e p. 336 e ss.).

Ma tali affermazioni sono evidentemente frutto di una petizione di principio, in quanto viene posto a base delle stesse l'assunto della soggettività giuridica della comunione che rimane del tutto indimostrato.

Né la preferenza dei creditori della comunione rispetto ai creditori particolari di ciascun comproprietario può argomentarsi dall'art. 1115 c.c. secondo il quale «ciascun partecipante può esigere che siano estinte le obbligazioni in solido contratte per la cosa comune, le quali siano scadute o scadano entro l'anno dalla domanda di divisione» con la precisazione che «la somma per estinguere le obbligazioni si preleva dal prezzo della vendita della cosa comune» (cfr. DOSSETTO, *op. cit.*, p. 80 e s.; VITALE, *Società personale e contitolarità di diritti*, Napoli, 1950, p. 29 e ss.; CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli, 1967, p. 141 e ss.). Ed invero tale particolare disciplina, la cui applicazione peraltro è del tutto eventuale in quanto subordinata all'esercizio della corrispondente facoltà spettante al comproprietario, si aggiunge alla responsabilità individuale di ciascun partecipante di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., senza porre alcuna deroga al principio della *par condicio creditorum* (BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, p. 459; LENER, *op. cit.*, p. 332 e ss. nota 130).

(17) Diversa regola era sancita dal codice civile del 1865, il cui art. 2077 disponeva «La subastazione non può essere fatta, per la parte indivisa di un immobile ad istanza di chi non è creditore di tutti i comproprietari, prima della divisione».

(18) BUSNELLI, *op. cit.*, p. 460 e s.; GALGANO, *op. e loc. ult. cit.*; LENER, *op. cit.*, p. 333 nota 130.

(19) Cfr. GUARINO, *op. cit.*, p. 251.

(20) Tale teoria, risalente a WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di FADDA e BENSÀ, I, Torino, p. 595 e ss., ha trovato in Italia il più autorevole sostenitore in SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1928, I, p. 432 e ss.

Nello stesso senso SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1942, p. 284; BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 101 e ss.; GUARINO, *op. cit.*, p. 250 e s.

(21) PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 164; SCOZZAFAVA, *op. cit.*, p. 3 e s.

(22) BRANCA, *op. cit.*, p. 4; MOSCO, *op. cit.*, p. 148.

(23) MOSCO, *op. cit.*, p. 159 e s., il quale si rifà a parte della dottrina di lingua tedesca (SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. it., Torino, 1912, I, p. 288 e ss.; DERNBURG, *Diritti reali*, trad. it., 1907, p. 92 e ss.; KRAINZ, *System des osterreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wien, 1913, I, p. 125; REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 208 e ss.; UNGER, *System des osterreichischen allgemeinen Privatrechts*, Leipzig, 1876, I, p. 607 e ss.; RUMELIN, *Die Theilung der Rechte*, Freiburg, 1883, p. 30 e s.).

Tale teoria è seguita in Italia da SEGRÉ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1889, p. 329; ID., *La comproprietà e la comunione*, Torino, 1930, p. 45 e ss.; MESSINEO, *La natura giuridica della comunione fra coniugi*, Roma, 1920, p. 151; ID., *Manuale di diritto civile e*

commerciale, Milano, 1957, I, p. 150 e s.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, Roma, 1928, II, p. 41; LONGO, *Diritto romano*, Torino, 1939, p. 181; SALIS, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, IV, II, Torino, 1939, p. 5 e s.; FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, II, 2, Torino, 1956, p. 69; FEDELE, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, III, 5, Milano, 1967, p. 8; sostanzialmente LENER, *op. cit.*, p. 269 e s.

(24) Cfr. sul punto NATOLI, *La Proprietà*, I, Milano, 1965, p. 188 e s.

Contro la teoria in esame è stato obiettato che tale ricostruzione sarebbe il portato di una concezione della proprietà secondo la quale quest'ultima sarebbe un diritto frazionabile, laddove, invece, i più recenti studi in materia hanno dimostrato che la costituzione di un diritto reale limitato incide sul contenuto del diritto di proprietà e non ne costituisce parte (SCOZZAFAVA, *op. cit.*, p. 4).

L'obiezione non ha pregio in quanto la teoria della proprietà plurima parziaria non fraziona il diritto di proprietà in una somma di facoltà distinte; ed invero è stato osservato che « la quota non indica una porzione isolabile del diritto comune, né con riferimento all'oggetto di esso, né con riferimento alle facoltà che vi sono comprese » (LENER, *op. cit.*, p. 270), essa indica semplicemente la misura della partecipazione al diritto comune.

(25) LENER, *op. cit.*, p. 281.

(26) È infatti opinione pacifica che la divisione negoziale effettuata senza la partecipazione di uno dei comproprietari sia nulla, in quanto la preterizione del partecipante impedisce la realizzazione della causa della divisione.

V. in dottrina CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, p. 45; ID., *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XLII, Milano, 1961, p. 410 e s. e p. 464; MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 104; CASULLI, voce *Divisione ereditaria*, (*diritto civile*), in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 57; MIRABELLI, voce *Divisione {diritto civile}*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 34; GAZZARA, voce *Divisione {diritto privato}*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 422 e 425; FORCHIELLI, *Della divisione*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, *Libro II, Delle successioni*, artt. 713-768, Bologna-Roma, 1970, p. 208; BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, XII, p. 5, Torino, 1980, p. 118; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 1983, p. 720.

In giurisprudenza v. per tutte Cass., 10 gennaio 1952, n. 37, in *Rep. foro it.*, 1952, voce *Divisione*, n. 12; Cass., 1 agosto 1958, n. 2853, in *Rep. foro it.*, 1958, voce *Divisione*, n. 9; Cass., 27 maggio 1964, n. 1317, in *Rep. foro it.*, 1964, voce *Divisione*, n. 4; Cass., 11 maggio 1967, n. 980, in *Foro it.*, 1967, I, 1475; Cass., 19 gennaio 1971, n. 104, in *Foro padano*, 1971, I, p. 949, in *Mon. trib.*, 1971, p. 467, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 534, in *Foro it.*, 1971, I, p. 1303 con nota di DANGELO; Cass., 17 gennaio 1975, n. 194, in *Riv. dir. fin.*, 1979, II, p. 3, con nota di CINTI, *L'imposta di registro nelle divisioni di masse plurime*.

(27) V. SCHERILLO, *Sulla legittimazione attiva alla divisione ereditaria*, in *Foro pad.*, 1952, I, p. 706; FEDELE, *La comunione*, cit., p. 283; RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1971, p. 378; FRAGALI, *La comunione*, cit., t. 2, p. 444 e 447; BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, XII, 5, Torino, 1980, p. 39.

(28) CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, p. 42; ID., *Successioni*, cit., p. 419 e S.; SCHERILLO, *op. cit.*, p. 698; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, IV, 3, *sub art.* 784; Cass., 4 agosto 1950, n. 2352, in *Rep. foro it.*, 1950, voce *Divisione*, p. 43; Cass., 3 aprile 1952, n. 905, in *Rep. foro it.*, 1952, voce *Successione*, p. 74; Cass., 28 luglio 1959, n. 2411, in *Mass. giusto civ.*, 1959, p. 802; Cass., 20 luglio 1962, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 860; Cass., 13 marzo 1964, n. 547, in *Giur. it.*, 1965, I, p. 120, con nota di ATTARDI, *Sui limiti della rimessione della causa al giudice di primo grado*, in *Foro pad.*, 1964, I, p. 814, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 943, in *Foro it.*, 1964, I, p. 732; Cass., 22 luglio 1966, n. 1996, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1348; Cass., 29 luglio 1966, n. 2124, in *Mass. Giust. civ.*, 1966, p. 2115.

(29) BURDESE, *op. cit.*, p. 89.

(30) FEDELE, *op. cit.*, p. 292; sostanzialmente conf. BURDESE, *op. cit.*, p. 88 e ss. e Cass., 27 luglio 1954, n. 2719, in *Foro pad.*, 1954, I, p. 149.

(31) BRANCA, *op. cit.*, p. 293 e s.; FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 39; TARANTO, *Nuovo indirizzo giurisprudenziale in tema di litisconsorzio necessario nelle divisioni ereditarie*, nota a Cass., 11 maggio 1967, n. 975, in *Riv. Not.*, 1967, p. 863, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, p. 879, con nota adesiva di TARANTO, cit., in *Foro it.*, 1968, I, p. 521 con nota contraria di PETROCELLI, in *Foro pad.*, 1967, I, p. 856.

(32) Cass., 11 maggio 1967 cit., Cass., 26 gennaio 1970, n. 160, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, p. 102, con nota di

AZZARITI, *Il legittimario pretermesso*, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1220, in *Foro it.*, 1970, I, p. 1128; Cass., 11 marzo 1972, n. 713, in *Foro it.*, 1972, I, p. 2495; Cass., 23 maggio 1973, n. 1511, in *Riv. Not.*, 1974, II, p. 390, in *Foro it.*, 1974, I, p. 189, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 530, con nota di ALVINO, *La presenza del cessionario, quale litisconsorte necessario nel giudizio di divisione ereditaria*; Cass., 14 gennaio 1982, n. 234, in *Rep. Giust. civ.*, 1982, voce *Divisione*, p. 29; Cass., 22 giugno 1982, n. 3788, *ivi*, 1982, voce *cit.*, p. 28; Cass. 6 agosto 1983, n. 5281, *ivi*, 1983, voce *cit.*, p. 18; Cass., 11 maggio 1987, n. 4322, in *Rep. Giur. it.*, 1987, voce *Divisione*, p. 36; Cass., 4 agosto 1990, n. 7862, in *Arc. civ.*, 1991, p. 315.

(33) Non a caso, il B.G.B., nel dettare ai parr. 2032 e segg. la disciplina della «Erbengemeinschaft», vieta espressamente al coerede di disporre della quota sul singolo bene ereditario. Cfr. sul punto BURDESE, *La divisione ereditaria*, *cit.*, p. 6.

(34) GRASSO, *L'espropriazione*, *cit.*, p. 152; SCHLESINGER, *Successioni* (diritto civile): *parte generale*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 762; IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 218, n. 65; GROSSO e BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. diretto da Vassalli*, XII, I, Torino, 1977, p. 381.

(35) GRASSO, *op. cit.*, p. 154 e ss., il quale tuttavia ammette che il comproprietario può cedere *pro quota*, non già la titolarità, bensì il solo uso e godimento del singolo bene.

(36) Il diritto romano classico infatti ammise il potere del coerede di disporre della propria quota anche relativamente ad un singolo bene. In tal caso si riteneva addirittura che sul bene oggetto di disposizione venisse a crearsi una nuova comunione distinta da quella ereditaria (D. 10,2,54). In tal senso FEDELE, *op. cit.*, p. 294; BURDESE, *op. cit.*, p. 41.

(37) Per tutti BURDESE, *op. cit.*, p. 6 e ss. e p. 38 e ss.; MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, Torino, 1986, p. 54 e ss. V. inoltre Cass., 13 agosto 1964, n. 2308, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 57, secondo la quale «A norma dell'art. 599 e segg. c.p.c. deve ritenersi ammissibile la espropriazione della quota di spettanza del debitore limitatamente a tutti i beni indivisi di una singola specie (immobili o mobili o crediti) compresi in una comunione ereditaria, in quanto ognuno dei partecipi alla comunione è considerato titolare di una quota del diritto di proprietà su ogni singolo bene compreso nella comunione stessa (che può perciò essere oggetto di espropriazione, costituendo il patrimonio del debitore garanzia per i creditori)».

(38) Per tutti FRAGALI, *La comunione*, *cit.*, I, p. 119 e BURDESE, *op. cit.*, p. 23.

(39) BURDESE, *op. cit.*, p. 26.

(40) FEDELE, *op. cit.*, p. 329; BRANCA, *op. cit.*, p. 165; BURDESE, *op. cit.*, p. 33.

(41) Ed anzi BURDESE, *op. cit.*, p. 7 rileva che dalla disciplina delle successioni a causa di morte si traggono numerosi indizi nel senso della applicazione, anche alla comunione ereditaria, della concezione atomistica della comunione. L'autore cita al riguardo, tra l'altro, l'art. 490, comma II, n. 1 c.c., dal quale si evince il principio della confusione del patrimonio del *de cuius* con quello dell'erede, salvo beninteso il caso dell'accettazione con beneficio di inventario. Invero tale principio comporta che, qualora l'erede fosse titolare di un diritto reale limitato sopra un singolo bene ereditario, tale diritto si estingue per confusione relativamente alla quota ereditaria spettante a quest'ultimo, mentre continua a sussistere quanto alle quote spettanti agli altri coeredi «il che a rigore non dovrebbe verificarsi se si ritenesse che il coerede acquisti solo un diritto *pro quota* sul complesso dei beni ereditari, che non potrebbe confondersi con il diritto già a lui spettante sul bene specifico».

(42) SALIS, *La comunione*, *cit.*, p. 103 e ss.; CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, p. 2 e 6; REDENTI, *Sul pignoramento e la vendita forzata dei beni indivisi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 232; SATTA, *Alienazione di bene indiviso o di quota di bene indiviso e retratto successorio*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, p. 27 e s.; GRASSO, *op. cit.*, p. 154 e ss.; RUBINO, *op. cit.*, p. 380 e s.; GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi, esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 355.

(43) È arduo citare tutta l'immensa giurisprudenza, formatasi in tema di retratto successorio, orientata in tal senso. Per tutte valgano Cass., 24 luglio 1964, n. 2008, in *Riv. Not.*, 1965, II, p. 144, in *Foro pad.*, 1964, I, p. 1235, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 127, in *Foro it.*, 1965, I, p. 485; Cass., 25 maggio 1973, n. 1537, in *Riv. Not.*, 1974, II, p. 695, con nota di TRIOLA, *Alienazione di parte di quota e retratto successorio*, in *Foro it.*, 1974, I, p. 482, con nota di ROVELLI, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 319; Cass., 20 luglio 1976, n. 2866, in *Rep. giust. civ.*, 1976, voce *Divisione*, n. 44; Cass., 13 agosto 1980, n. 4925, *ivi*, 1980, voce *cit.*, n. 45; Cass., 5 febbraio 1982, n. 661, in *Foro it.*, 1983, I, p. 1717, con nota di LA ROCCA; Cass., 13 luglio 1983, n. 4777, in *Riv. Not.*, 1983, II, p. 1225, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 1786; Cass., 22 gennaio 1985, n. 246, in *Riv. Not.*, 1983, II,

p. 736; Cass., 20 gennaio 1986, n. 369, in *Arch. civ.*, 1986, p. 271; Cass., 15 giugno 1988, n. 4092, in *Arch. civ.*, 1988, p. 1302; Cass., 2 agosto 1990, n. 7749, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1220 con nota di MUCCIOLI; Cass., 29 aprile 1992, n. 5181, in *Riv. Giur. dell'edilizia*, 1993, I, 2, p. 55, con nota di DE TILLA, in *Vita not.*, 1993, I, p. 252; Cass., 30 ottobre 1992, n. 11809, in *Arch. civ.*, 1993, p. 306; Cass. 29 novembre 1996 n. 10629; Cass. 1 luglio 2002 n. 9543, in *Notariato*, 2003, 139; Cass. 15 febbraio 2007 n. 3385.

(44) All'interno di tale orientamento non v'è tuttavia concordia di opinioni circa gli effetti prodotti *medio tempore* dall'atto di cessione in oggetto.

Alcuni affermano che tale atto produce nell'immediato l'effetto della cessione dell'uso e del godimento *pro quota* del singolo bene (GRASSO); altri ritengono che si abbia un negozio sottoposto a condizione sospensiva (CICU); altri ancora discorrono di vendita di cosa altrui (RUBINO) o di cosa futura (SALIS); la Cassazione discorre di vendita obbligatoria alla stessa stregua di chi vende l'intero bene comune, basandosi sull'effetto retroattivo della divisione di cui all'art. 757 c.c.

(45) V. *retro* il par. precedente

(46) BRANCA, *op. cit.*, p. 135.

(47) FEDELE, *op. cit.*, p. 294; BRANCA, *op. cit.*, p. 135; BURDESE, *op. cit.*, p. 42.

(48) FEDELE, *op. cit.*, p. 293 e s. che si riporta all'analogia soluzione adottata in diritto romano (D. 10, 2, 54).

(49) BRANCA, *op. cit.*, p. 134; BURDESE, *op. cit.*, p. 41 e s., quest'ultimo con riferimento alla sola comunione ereditaria.

(50) FEDELE, *op. cit.*, p. 295.

(51) BRANCA, *op. cit.*, p. 134 e s.

(52) Si pensi in particolare all'ipotesi in cui il bene di cui si è *pro quota* disposto sia indivisibile. La divisione effettuata separatamente e con riferimento al solo bene oggetto di disposizione potrebbe condurre ad attribuire il medesimo per intero ad uno dei condividenti con l'obbligo a carico di quest'ultimo del pagamento a favore degli altri comproprietari del valore eccedente rispetto alla propria quota di diritto, ovvero alla vendita all'incanto dell'immobile (art. 720 c.c.). Se invece la divisione fosse effettuata unitariamente con riferimento alla massa originaria sarebbe possibile evitare tale conseguenza, atteso che l'attribuzione ad uno dei condividenti dell'intero bene oggetto di disposizione *pro quota* potrebbe essere compensata dall'attribuzione agli altri condividenti di altri beni comuni.

(53) BRANCA, *op. cit.*, p. 296, BURDESE, *op. cit.*, p. 42, quest'ultimo con riferimento alla comunione ereditaria.

(54) BRANCA, *op. cit.*, p. 135.

(55) In tal senso, ma con riferimento alla costituzione di usufrutto sulla quota, FEDELE, *op. cit.*, p. 302 e s.

A tale riguardo sostiene che l'usufrutto su quota si trasferisce sui beni assegnati nella divisione al dante causa dell'usufruttuario anche PUGLIESE, *Usufrutto. Uso. Abitazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, IV, 5, Torino, 1972, p. 380, n. 6, il quale tuttavia giunge a tale conclusione non già sulla base dell'art. 2825 c.c., ma in quanto «è la stessa natura dell'usufrutto di quota che determina questa possibilità, e la determina anche riguardo a beni diversi dal denaro». Lo stesso autore peraltro a p. 138 e s. sembra affermare il contrario, laddove esclude il principio della surrogazione reale se non nel caso in cui al dante causa dell'usufruttuario venga assegnata in divisione una somma di denaro in luogo della cosa o a titolo di conguaglio in virtù dell'art. 2825, comma IV, c.c.

(56) BURDESE, *op. cit.*, p. 44.

Sostengono la generale applicabilità della surrogazione reale anche CICU, *Successioni*, cit., p. 396 e 418 e SCHLESINGER, *sub art. 180*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 177.

(57) BRANCA, *op. cit.*, p. 136 e 148 e ss. Nello stesso senso RUBINO, *L'ipoteca mobiliare e immobiliare*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, XIX, Milano, 1956, p. 148; FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 25 e s. e FRAGALI, *La comunione*, cit., 2, p. 447.

Sull'eccezionalità della surrogazione reale cfr. inoltre MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, p. 1507 e s.

(58) BRANCA, *op. cit.*, p. 137, il quale peraltro ammette l'applicabilità dell'art. 2825, comma IV, c.c. all'ipotesi in cui al cedente venga attribuita nella divisione una somma di denaro.

(59) Cfr. BRANCA, *op. cit.*, p. 396 che parla appunto di inefficacia relativa.

(60) CICU, *Divisione*, cit., p. 42; ID., *Successioni*, cit., p. 420; BRANCA, *op. cit.*, p. 397.

(61) Cfr. sul punto CICU, *Divisione*, cit., p. 42; ID., *Successioni*, cit., p. 420, secondo il quale la mancanza dell'assenso dell'avente causa al contratto di divisione renderebbe quest'ultimo impugnabile dall'avente causa medesimo, ancorché valido fra le parti.

(62) In tal senso invece la decisione del Tribunale di Vallo della Lucania 13 aprile 1992, n. 187, in *Dir. e giur.*, 1992, 525, citata in senso critico dai giudici calabresi nelle decisioni che hanno costituito lo spunto della presente indagine, secondo la quale la donazione di quota indivisa su singolo bene di una più ampia massa comune sarebbe valida e non violerebbe l'art. 771 c.c. proprio in quanto ritenuta soggetta alla condizione sospensiva dell'esito divisionale. Non si tratterebbe secondo questa impostazione di donazione di bene altrui, ma di donazione di bene eventualmente altrui (v. *infra* nota 75).

(63) VITALI, *Della comunione dei beni*, II, Torino, 1886, p. 525; L. COVIELLO, in *Giur. It.*, 1903, IV, p. 94; LUZZATTO, *La comproprietà*, Torino, 1908, I, p. 99; RAMPONI, *Della comunione di proprietà*, Torino, 1922, p. 1050 e 1071; SALIS, *La comunione*, cit., p. 100 e s.; BRANCA, *op. cit.*, p. 133; v. inoltre in giurisprudenza nel senso della *condicio juris* Cass., 14 ottobre 1970, n. 2032, in *Mass. Giur. civ.*, 1970, p. 1075.

(64) RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 381; FRAGALI, *La comunione*, cit., 2, p. 447 e 448 e ss.; FEDELE, *op. cit.*, p. 259.

(65) In conseguenza si è sostenuto da alcuni (RUBINO e FEDELE) che la clausola in oggetto andrebbe in realtà qualificata, secondo i casi, come clausola di esonero da responsabilità per il venditore per il caso in cui la cosa di cui si è disposto non venga assegnata al venditore in sede di divisione ovvero come clausola attributiva del diritto di recesso o come promessa condizionata di vendita; da altri (FRAGALI) che si tratterebbe di un contratto *in itinere*, di un processo negoziale a formazione progressiva.

(66) Sul punto v. *amplius* par. successivo

(67) La giurisprudenza più recente del resto si è dimostrata propensa a ritenere suscettibili di essere dedotti in condizione elementi interni al programma negoziale, quale ad esempio il concreto adempimento di una prestazione contrattuale (Cass., 29 settembre 1977, n. 4159, in *Riv. Not.*, 1978, II, p. 119, in *Foro pad.*, 1977, I, p. 174, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 796, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 526; Cass., 29 settembre 1977, n. 4160, in *Riv. di legislazione fiscale*, 1978, III, p. 320; Cass., 16 febbraio 1983, n. 1181, in *Riv. Not.*, 1983, p. 481, con nota di MARMOCCHI, *Della condizione di adempimento della prestazione*, in *Vita not.*, 1984, p. 291, con nota di FUSCO, *Ancora in tema di adempimento come condizione*; Cass., 24 febbraio 1983, n. 1432; Cass., 8 agosto 1990, n. 8051; Cass., 12 ottobre 1993, n. 10074; Cass. 3 marzo 1997 n. 1842, in *Il Corriere Giur.*, 1997, 1102, con nota di F. DE CRISTOFARO, *Sulla cosiddetta condizione di adempimento*; Cass. 24 novembre 2003 n. 17859, in *Riv. Not.*, 2004, II, 528, con nota di C. UNGARI TRASATTI, *L'avveramento della condizione risolutiva di inadempimento e la questione sulla responsabilità della parte inadempiente*; in *Vita Not.*, 2004, I, 268; in *Giust. Civ.*, 2004, I, 935, con nota di G. GIACOBBE, *La deducibilità in condizione dell'adempimento della prestazione, tra libertà contrattuale e mera potestatività*; Cass. 25 marzo 2003 n. 4364; Cass. 13 novembre 2006 n. 24299, in *Riv. Not.*, 2007, II, 1206, con nota di F. ROMOLI, *Sul rapporto tra clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva di adempimento*. Nello stesso senso in dottrina DI MAIO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 177 e ss.; MARMOCCHI, *op. cit.*, p. 482 e s.; LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, in *Riv. Not.*, 1986, p. 87 e s.; ID., *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996; CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, I. Milano, 1988, p. 37; AMADIO, *La condizione di inadempimento – Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996; PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico - Teoria generale e profili applicativi*, Milano, 2000. *Contra* SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 199 e s.; FUSCO, *L'adempimento come condizione del contratto*, in *Vita not.*, 1983, p. 304 e s.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 516 e s.).

(68) Di regola anzi la clausola condizionale sospende tutti gli effetti finali del contratto, non solo quelli traslativi, ma anche, ad esempio, il sorgere dell'obbligo del venditore di consegnare la cosa venduta o dell'obbligo del compratore di pagarne il prezzo. (FEDELE, *op. cit.*, p. 293 nota 709). Tuttavia la predetta configurazione, del meccanismo condizionale non costituisce una regola inderogabile, ma solo la disciplina normale del fenomeno.

Non può escludersi, infatti, che le parti avvalendosi del loro potere di autonomia contrattuale, quanto mai ampio in materia di condizione, possano prevedere espressamente la produzione, in pendenza della condizione sospensiva, di effetti, quali la consegna del bene e/o il pagamento del prezzo, che vadano oltre il

mero effetto conservativo di cui all'art. 1356 c.c. (BRANCA, *op. cit.*, p. 133, n. 8; Cass., 21 ottobre 1965, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1365; Cass., 4 maggio 1978, n. 2095, in *Arch. civ.*, 1979, p. 352).

In tal caso detti effetti sono destinati a venir meno in caso di mancato avveramento della condizione, con il conseguente obbligo del compratore di restituire la cosa o per il venditore di restituire il prezzo.

(69) Sul punto v. *amplius* par. successivo.

(70) BRANCA, *op. cit.*, p. 296 e s. Nello stesso senso Cass., 14 ottobre 1970, n. 2032, cit.

(71) FEDELE, *op. cit.*, p. 283. Nello stesso senso anche BURDESE, *op. cit.*, p. 39.

(72) Circostanza questa ammessa anche da BRANCA, *op. cit.*, p. 297

(73) BRANCA, *op. cit.*, p. 141 e s.; FEDELE, *op. cit.*, p. 296, il quale peraltro a p. 260 sembra affermare il contrario

(74) BRANCA, *op. cit.*, p. 143

(75) DEIANA, *Problemi e riforma in materia di divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, p. 447 e s.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, VII, 1, Torino, 1993, p. 777; BURDESE, *op. cit.*, p. 56; CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 121.

Nel senso che in tal caso il trasferimento "ha effetti reali per la parte che corrisponde alla quota dell'alienante, ed effetti obbligatori per quella altrui" v. Cass. 12 novembre 1997 n. 11154, in *Vita Not.*, 1998, I, 945, in *Il Corriere Giur.*, 1998, 42, con nota di V. CARBONE, *Consenso traslativo pro quota nella vendita di cosa comune da parte di uno dei comproprietari*; in *Foro It.*, 1998, I, 834, con nota di E. SCODITTI, *Vendita e preliminare privi del consenso di tutti i comproprietari: un gioco degli specchi fra due tesi*.

Ritiene che non possa parlarsi di vendita di cosa altrui, ma semmai di vendita di cosa eventualmente altrui FRAGALI, *La comunione*, cit., 2, p. 489.

(76) FEDELE, *op. cit.*, p. 259; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 381 e s.; BRANCA, *op. cit.*, p. 141; CAPOZZI, *op. ult. cit.*, p. 121; Cass., 23 ottobre 1984, n. 5386, in *Rep. foro it.*, 1984, voce *Vendita*, n. 42.

In particolare BRANCA e RUBINO osservano che, qualora il venditore omette di chiedere la divisione, questa può essere richiesta dall'acquirente attraverso l'azione surrogatoria, ma non *jure proprio*, in quanto egli non sarebbe condomino.

Tale assunto tuttavia non può essere condiviso ove si ammetta l'immediata efficacia traslativa del negozio in oggetto relativamente alla quota già posseduta dal cedente al momento della conclusione del contratto. Ed invero l'acquirente, diventando subito comproprietario della cosa, ha una propria autonoma legittimazione a chiedere la divisione, quanto meno nell'ipotesi in cui l'oggetto della cessione comprenda tutte le cose comuni.

(77) BRANCA, *op. cit.*, p. 138 e s.; FEDELE, *op. cit.*, p. 260. Nello stesso senso RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 379; LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 202; ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1961, p. 88; GRECO e COTIINO, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, *Libro IV, Delle obbligazioni, art. 1470-1547*, Bologna-Roma, 1981 p. 181 e s.; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, UTET, IV, 2, Torino, 1991, p. 65.

Nello stesso senso in giurisprudenza Cass., 16 febbraio 1953, n. 383, in *Giur. it.*, 1953, I, I, p. 315; Cass., 28 novembre 1981, n. 6355, in *Foro it.*, 1982, I, 1, p. 703; Cass., 12 aprile 1983, n. 2575, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, p. 936.

Peraltro i fautori della tesi in esame sostengono che qualora l'acquirente venuto a conoscenza della parziale alienità della cosa, chieda il compossesso e il godimento del bene nei limiti della quota dell'alienante, si avrebbe una rinuncia tacita alla risoluzione del contratto (BRANCA, *op. cit.*, p. 140; FEDELE, *op. cit.*, p. 261; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 380).

(78) BIANCA, *La vendita*, cit., p. 777; n. 3; CAPOZZI, *op. ult. cit.*, p. 121; LUMINOSO, *La compravendita (corso di diritto civile)*, Torino, 1991, p. 167.

Nello stesso senso in giurisprudenza App. Lecce, 31 maggio 1958, in *Rep. Giur. it.*, 1959, voce *Vendita*, n. 87.

(79) Si vedano la dottrina e la giurisprudenza citati alla nota 43.

(80) Cfr. in tal senso Cass., 24 luglio 1964, n. 2008, in *Riv. Not.*, 1065, II, p. 144, in *Foro pad.*, 1964, I, p. 1235, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 127, in *Foro it.*, 1965, I, p. 485; Cass., 25 maggio 1973, n. 1537, in *Riv. Not.*, 1974, II, p. 695, con nota di TRIOLA, *Alienazione di parte di quota e retratto successorio*, in *Foro it.*, 1974, I, p. 482 con nota di ROVELLI; Cass., 20 gennaio 1986, n. 369, in *Arch. civ.*, 1986, p. 271; Cass. 9 aprile

1997 n. 3049; Cass. 7 dicembre 1999 n. 13704, in *Riv. Not.*, 2000, II, 1201, con nota di G. MUSOLINO, *Questioni in tema di retratto successorio*; Cass. 14 giugno 2002 n. 8571; Cass. 4 aprile 2003 n. 5320, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 1068.

Al riguardo si è ritenuto che il giudice, al fine di interpretare la volontà delle parti, può attenersi anche al dato oggettivo, costituito dal raffronto fra l'entità del bene venduto e la consistenza dell'asse ereditario.

(81) Le origini dell'istituto, pressoché sconosciuto al diritto romano, sono fatte risalire al diritto consuetudinario francese del medioevo.

Successivamente il retratto successorio fu trasfuso nel *Code Napoleon* (art. 84) e in alcuni codici preunitari italiani (art. 760 del Codice delle due Sicilie; art. 1064 del Codice Albertino; art. 1820 del Codice degli stati di Parma Piacenza e Guastalla).

Sul punto v. *amplius* LOI, voce *Retratto (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 24 e ss.; DURANTE, voce *Retratto successorio*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, p. 2; N. ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, in AA.VV., *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, II, p. 55 e s.

(82) *Relazione al progetto definitivo del codice civile*.

(83) Cfr. in tal senso la giurisprudenza citata a nota 79.

(84) Così taluni pongono in luce la tutela dell'interesse familiare (peraltro difficilmente ravvisabile in tutti quei casi in cui i coeredi non siano legati da vincoli di parentela o in cui l'acquirente della quota sia un familiare non coerede). Altri sottolineano l'intento di evitare un eccessivo frazionamento dell'asse ereditario (assunto criticato in quanto detto frazionamento non costituisce una conseguenza necessaria dell'atto di alienazione della quota ereditaria). Altri evidenziano l'intento di favorire la concentrazione dei beni ereditari nelle mani dei coeredi. Altri ancora adducono l'esigenza di facilitare le operazioni divisionali. Per l'esame delle varie tesi avanzate al riguardo e per la relativa bibliografia si rinvia a LOPS, *Il retratto successorio: prospettive per una nuova indagine sulla interpretazione dell'art. 732 c.c.*, in *Riv. Not.*, 1978, p. 244 e ss. e ATLANTE, *op. cit.*, p. 57 e ss.

(85) Nello stesso ordine di idee cfr. TRIOLA, *Alienazione di parte di quota e retratto successorio*, cit., p. 702; DURANTE, *op. cit.*, p. 3, par. 3.9.

(86) FEDELE, *op. cit.*, p. 255; FRAGALI, *La comunione*, cit., 2, p. 487, i quali rilevano come nel corso dei lavori preparatori fu avanzata la proposta (art. 320 del progetto della Commissione reale) di consentire l'alienazione dell'intero bene su delibera della maggioranza dei partecipanti che rappresentasse i tre quarti della cosa comune, salva la facoltà per i dissenzienti di fare opposizione innanzi all'autorità giudiziaria.

(87) V. *retro* § 2.1. e v. inoltre l'art. 264, comma 2, c. nav., secondo il quale «su domanda, di tanti comproprietari che rappresentino almeno la metà dei carati, il tribunale, sentiti i dissenzienti, può autorizzare con decreto la vendita della nave all'incanto».

(88) Infatti nel caso in cui sussista una causa di inefficacia relativa alla posizione di uno dei venditori il contratto rimane comunque valido. Pertanto, in ossequio al principio consensualistico, esso è senz'altro produttivo di effetti traslativi immediati per le quote dei venditori per i quali non operi la causa di inefficacia (v. *retro* § 2.5.). Tuttavia ai sensi degli artt. 1480 e 1484 c.c. il compratore potrà chiedere la risoluzione dell'intero contratto.

(89) Su tale eventualità v. BRANCA, *op. cit.*, p. 143, n. 21 e FEDELE, *op. cit.*, p. 256, il quale sottolinea come detta ipotesi si differenzia comunque da quella del contratto unico atteso che, qualora uno degli alienanti non sia titolare della quota, nel caso di pluralità di contratti l'obbligo di far acquistare la stessa all'acquirente grava soltanto sull'alienante non titolare.

(90) FEDELE, *op. cit.*, p. 255 e ss.; BRANCA, *op. cit.*, p. 143; FRAGALI, *La comunione*, cit., 2, p. 495; RUBINO, *La compravendita* cit., p. 382; LENER, *op. cit.*, p. 281; BIANCA, *La vendita*, cit., p. 751 e 783.

(91) FEDELE, *op. cit.*, p. 258; BRANCA, *op. cit.*, p. 143; FRAGALI, *op. e loc. cit.*; BIANCA, *La vendita*, cit., p. 783.

(92) FEDELE, *op. cit.*, p. 258; BRANCA, *op. cit.*, p. 143.

(93) Cfr. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 132; BIANCA, *La vendita*, cit., p. 751, nota 1.

Un'ulteriore indicazione in tal senso si è ravvisata nell'art. 1507 c.c. in tema di vendita con patto di riscatto, secondo il quale « se più persone hanno venduto congiuntamente, mediante un solo contratto, una cosa indivisa », pur essendo ciascuna di esse legittimata ad esercitare il diritto al riscatto solo sopra la propria quota, è data facoltà al compratore di esigere che tutti i venditori esercitino congiuntamente il diritto di riscatto dell'intera cosa. Tale facoltà si spiega appunto in funzione dell'inscindibilità dell'attribuzione

traslativa e dell'unitarietà del negozio di disposizione, tant'è che lo stesso diritto non spetta in ipotesi di vendita separata della quota (art. 1508). Da tali principi normativi pertanto si è desunto che la contestualità documentale fa presumere, salvo prova contraria, la vendita unitaria e congiunta dell'intero ai sensi dell'art. 1108 (RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1073; LENER, *op. cit.*, p. 281; PALAZZO, voce *Comunione*, in *Dig.-priv.*, Torino, 1988, III, p. 71).

L'osservazione peraltro non appare decisiva in quanto l'operatività dell'art. 1507 c.c. è subordinata alla circostanza che più persone abbiano venduto «mediante un solo contratto», circostanza la cui sussistenza in concreto rimane da dimostrare.

(94) Infatti l'art. 1419 c.c. sembra riferirsi all'ipotesi in cui la nullità investa una parte del contratto in senso oggettivo e non in senso soggettivo (FEDELE, *op. cit.*, p. 258, ma v. in senso contrario Cass., 13 febbraio 1973, n. 451; Cass., 25 febbraio 1986, n. 1180, in *Vita not.*, 1986, I, p. 290; Cass., 28 aprile 1988, n. 3214). L'art. 1420 c.c. invece si riferisce ai contratti «con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune», mentre nel caso di specie non vi sono «più di due parti» in quanto i venditori costituiscono un unico centro di interesse e quindi una sola parte ancorché plurisoggettiva, peraltro in contrapposizione di interessi rispetto alla parte acquirente (FEDELE, *op. cit.*, p. 257).

(95) Cass., 12 luglio 1965, n. 1464, in *Foro it.*, 1966, I, p. 104, in *Giur.it.*, 1966, I, I, p. 1154, con nota di CRJSCUOLI, *Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale*; Cass., 14 febbraio 1974, n. 420, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 733, in *Foro it.*, 1974, I, p. 3092, in *Giur. it.*, 1975, I, I, p. 1142.

(96) V. *retro* § 2.5.

Circa i criteri che in concreto possono servire a desumere l'intento delle parti di porre in essere una pluralità di vendite separate assumono particolare rilievo la pattuizione di prezzi distinti o la previsione della quota di comproprietà come distinto oggetto di vendita in luogo dell'indicazione del bene nella sua interezza (cfr. in tal senso Cass., sez. un., 8 luglio 1993, n. 7481, cit., *infra* a nota 101).

Secondo tale sentenza non è utile al riguardo «la inserzione nel contratto della clausola secondo la quale i comproprietari, ciascuno per la propria quota, promettono di vendere l'intero bene (od altre simili) trattandosi di una clausola di stile intesa semplicemente a ribadire il principio pacifico che ciascun proprietario può disporre del bene solo nei limiti della propria quota».

(97) Cass., 5 novembre 1980, n. 5938, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1426, in *Giur. it.*, 1981, I, I, p. 1653, con nota di MESSINEO; Cass., 25 maggio 1984, n. 3228, in *Rep. Giur. it.*, 1984, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 224 e nello stesso senso sembrano Cass., 28 ottobre 1982, n. 5647, *ivi*, voce *Comunione e condominio*, n. 32 e Cass., 6 giugno 1989, n. 2749, *ivi*, voce *Comunione e condominio*, n. 274.

(98) Cass., 16 novembre 1962, n. 3117, in *Foro pad.*, 1963, I, p. 291, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 297, in *Foro it.*, 1963, I, p. 1226; Cass., 17 maggio 1965, n. 941, in *Riv. Not.*, 1966, II, p. 68 e p. 239, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 188; Cass., 18 giugno 1975, n. 2438; Cass., 24 aprile 1981, n. 2457, in *Rep. giur. it.*, 1981, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 189; Cass., 14 agosto 1986, n. 5047, *ivi*, 1986, voce *Vendita*, n. 45; Cass., 5 maggio 1988, n. 3327, in *Riv. legisl. fisc.*, 1988, III, p. 2054; Cass., 9 novembre 1988, n. 6029, in *Rep. giur. it.*, 1988, voce *cit.*, n. 90; Cass., 18 settembre 1991, n. 9749, in *La nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 451, con nota di LEPRI, *Vendita di cosa comune da parte di alcuni soltanto dei comproprietari: la nuova giurisprudenza ritorna all'antico?*

(99) RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 382; BRANCA, *op. cit.*, p. 143 e s.; BIANCA, *La vendita*, cit., p. 784; *contra* FEDELE, *op. cit.*, p. 256.

(100) FEDELE, *op. cit.*, p. 256 secondo il quale l'orientamento giurisprudenziale qui criticato non può fondarsi né sulla figura della nullità relativa, essendo quest'ultima un fenomeno eccezionale ammissibile soltanto in presenza di un'espressa norma di legge, né sull'assunto della mancanza in capo ai venditori dell'interesse ad agire per far dichiarare la nullità del contratto, ben potendo i venditori avere in concreto interesse a che il contratto sia nullo per tutte le quote.

(101) Cass., Sez. un., 8 luglio 1993, n. 7481, in *Foro it.*, 1993, I, p. 2456 con nota di G. LA ROCCA, *Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche e ibidem*, 1993, p. 3266 con nota di E. SCODITTI, «*Quid iuris*» nell'ipotesi di promessa di vendita priva del consenso di tutti i comproprietari?, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2037, in *Il corriere giuridico*, 1993, p. 1320, con nota di V. CARBONE, *Promessa di vendita. Preliminare di bene indiviso sottoscritto da alcuni comproprietari: incompletezza del contratto o efficacia limitata alle quote?*, in *Arch. civ.*, 1993, p. 1152.

Nello stesso senso già Cass., 1 febbraio 1993, n. 1219, in *Riv. Not.*, 1993, II, p. 1249, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1459, in *Giur. il.*, 1993, I, 1, p. 1908, con nota di CIANNI, in *Il corriere giur.*, 1993, p. 1323, con nota di CARBONE, *Promessa di vendita*, cit.; successivamente Cass. 30 dicembre 1994 n. 11358; Cass. 26 gennaio 1998 n. 715; Cass. 13 maggio 1999 n. 4747, in *Fall. e Proc. Concorsuali*, 2000, 727, con nota di F. MONTALDO, *Esercizio della facoltà di scioglimento del preliminare da parte del curatore*; Cass. 28 giugno 2000 n. 8796, in *Riv. Not.*, 2001, II, 718, con nota di F.M. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*; Cass. 26 luglio 2002 n. 11008; Cass. 10 marzo 2008 n. 6308.

(102) In dottrina v. per tutti TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, 1956, XII, 411; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1968, 26; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2009, 1548; CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. privato*, diretto da P. Rescigno, 6, II, 1997, 527; BONILINI, *L'oggetto della donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, VI, Milano, 2009, 446.

In giurisprudenza Cass. 20 dicembre 1985, n. 6544; Cass. 18 dicembre 1996 n. 11311, in *Contratti*, 1997, 467.

Contra nel senso della validità della donazione di bene altrui come donazione obbligatoria BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, XII, Torino, 1961, 347; GENTILE, *Il possesso*, in *Giur. Sist. Civ. e comm.*, diretta da Bigiavi, Torino, 1977, 347 e ss.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, artt. 769-809, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 114; LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Riv. not.*, 1990, 927 ss.; ID., *La donazione obbligatoria*, in AA.VV., *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, II, Padova, 1994, 220.

Particolare è l'opinione di BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, II, Milano, 1964, 43 s., secondo cui tanto la donazione di cosa futura quanto quella di cosa altrui sarebbero nulle "quando le parti vogliono trasferire fin d'ora la proprietà di un bene non ancora esistente nel patrimonio del donante, oppure, vogliono che, quando si sia verificato l'acquisto del bene da parte del donante, esso si intenda trasferito senz'altro in proprietà al donatario. Riterremmo invece valida la donazione di cosa futura od altrui, ove si risolve nella donazione obbligatoria nota, se cioè, al momento della conclusione del contratto, il donatario acquisti il diritto di pretendere l'adempimento della prestazione consistente nel trasferimento in suo favore del diritto reale di godimento quando la cosa venga acquisita al patrimonio del donante, nonché dell'altra prestazione consistente nell'attività del donante che porti all'acquisizione del bene al suo patrimonio".

(103) Cass. 5 maggio 2009 n. 10356 secondo cui "La nullità della donazione con cui il donante dispone di un diritto altrui, intendendo produrre un effetto traslativo immediato, sebbene non sia espressamente comminata da alcuna norma, si ricava dalla disciplina complessiva della donazione. L'art. 769 cod. civ. stabilisce la regola dell'attualità dello spoglio, tratto caratterizzante della donazione con effetti reali immediati, che implica il requisito dell'appartenenza del diritto al patrimonio del donante al momento del contratto. Inoltre, il microsistema della donazione, al fine di inibire liberalità anticipate, reca un principio settoriale che prevede, all'art. 771, primo comma, cod. civ., la nullità della donazione di beni futuri. L'esigenza, che ne è alla base, di porre un freno agli atti di prodigalità e di limitare l'impoverimento ai beni esistenti nel patrimonio del donante, accomuna futuità ed altruità, sicché l'istanza protettiva disvelata dalla norma citata impone di ritenere che il divieto da essa dettato abbracci tutti gli atti di donazione dispositiva perfezionati prima ancora che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante".

(104) V. infatti in tal senso la *Relazione della Commissione Reale per la Riforma dei Codici al progetto preliminare*, il mantenimento del divieto in esame "è parso ancora oggi ben giustificato da ragioni di previggenza e di avvedutezza: il divieto costituisce una remora alla prodigalità".

(105) MENGONI, *op. cit.*, 26 e s. e 222.

(106) Cass. 5 febbraio 2001 n. 1596, in *Notariato*, 2001, 454.

(107) Cass. 5 febbraio 2001 n. 1596 *cit.*

(108) Cass. 15 novembre 1971 n. 3255, in *Riv. Not.*, II, 888; in *Foro It.*, 1972, I, 1288; in *Giust. Civ.*, 1972, I, 921; Cass. 20 dicembre 1985, n. 6544 *cit.*

(109) Cass. 5 maggio 2009 n. 10356 *cit.*; ma *contra*, pur aderendo all'orientamento che nega la validità della donazione di bene altrui, Cass. 20 dicembre 1985, n. 6544 *cit.*

(110) Cass. 27 aprile 1964 n. 1011, in *Foro it.*, 1964, I, 924; in *Giust. Civ.*, 1964, I, 1064, secondo cui "Ai fini dell'usucapione decennale, in caso di acquisto a non domino, il requisito dell'esistenza di un titolo che sia

idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, e che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della Forma del negozio deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento (o la Costituzione) del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare ... L'usucapione abbreviata è possibile solo se l'idoneità del titolo derivi dal fatto che l'alienante ha disposto di un immobile altrui; in tutti gli altri casi di invalidità ed inefficacia del titolo l'usucapione si compie soltanto con il decorso del termine ordinario”.

(111) In quest'ottica v. MENGONI, *op. cit.*, 198.

(112) Cfr. *Relazione alla Maestà del Re Imperatore* n.7, secondo cui “L'uniformità di disciplina fu raggiunta anche in tema di vendita di cosa altrui, che si è potuta ritenere valida, come la considerava l'art. 59 del Codice di commercio, data la facilità odierna degli scambi. Per cui le parti rimangono indifferenti circa l'attuale appartenenza della cosa; la conoscenza di questa alienità, se mai, può far credere al compratore che il venditore si sia già assicurato l'acquisto della proprietà della cosa non propria”.

(113) V. da ultime Cass. 11 ottobre 1999 n. 11396; Cass. 15 gennaio 2000 n. 410, in *Arch. Civ.*, 2000, 432; Cass. 26 febbraio 2004 n. 3872, in *Rass. Loc. e Cond.*, 2004, 577; Cass. 7 febbraio 2008 n. 2860.

In dottrina v. per tutti SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 291.

(114) In senso contrario sembra esprimersi A. LOMONACO, *La donazione di beni altrui tra nullità e inefficacia*, in *Notariato*, 2001, 454, secondo cui la donazione di cosa altrui nota alle parti sarebbe nulla perché in contrasto con il divieto di cui all'art. 771 c.c. e “un successivo acquisto, a qualunque titolo, da parte di un terzo di buona fede, avente causa dal donatario, sarebbe, invece, fatto salvo nel caso di ricorrenza dei requisiti della cd. pubblicità sanante, ai sensi dell'art. 2652 n. 6 c.c.; inoltre, il subacquirente potrebbe far valere l'usucapione abbreviata, non incidendo, sulla sua situazione giuridica, la nullità del primo trasferimento”.

(115) Tale circostanza è percepita dallo stesso MENGONI, *op. cit.*, 288, laddove egli afferma, a proposito dell'atto di disposizione compiuto dal *falsus procurator*, che l'art. 2652 n. 6 c.c. non è nella specie applicabile “in favore del subacquirente da chi aveva acquistato l'immobile da un <<falsus procurator>>, perché in questo caso il dante causa non ha un titolo (nullo) proveniente dal dominus, ma un titolo inefficace proveniente da un rappresentante senza poteri”.

(116) E' in realtà discusso se la fattispecie di cui all'art. 2562 n. 6 c.c. dia luogo ad un fenomeno di sanatoria in senso tecnico del negozio nullo.

Ma anche chi esclude la fondatezza di tale ricostruzione non per questo afferma che il terzo il cui acquisto è fatto salvo dalla norma citata acquisti il proprio diritto a titolo originario, poiché è chiaro che, a differenza di quanto accade nell'usucapione, la tutela del terzo acquirente opera solo nei confronti di colui che vuol far valere la nullità del titolo di provenienza. Ed invero se colui che aveva alienato con un atto nullo non era proprietario, la norma di cui all'art. 2652 n. 6 c.c. non può operare (MENGONI, *op. cit.*, 293 e s., secondo il quale la norma citata costituisce una autonoma fattispecie legale e non negoziale di acquisto).

Proprio questa conclusione dimostra come, laddove il “vizio” dell'atto sia rappresentato dalla mera mancanza di legittimazione a disporre, l'art. 2652 n. 6 non potrebbe mai operare, in quanto l'atto di disposizione viziato sarebbe posto in essere, *per definizione e con certezza e non in via di mera eventualità*, da un *non dominus*. Donde ancora una volta la conferma dell'incongruità della sanzione invalidativa per la carenza della legittimazione a disporre.

(117) Anche in questo caso occorre rifarsi a MENGONI, *op. cit.*, 30, ove si afferma che ai fini della salvezza dell'acquisto *a non nomino* “occorre sempre un'ulteriore condizione, costituita da una situazione estrinseca, rilevante nell'ambiente sociale, la quale, a stregua appunto di una obiettiva valutazione sociale, diminuisce e deprime la posizione giuridica del dominus e corrispondentemente rafforza la posizione del terzo avente causa a non domino. Tale ulteriore requisito *di regola* attiene allo stesso terzo e consiste in una situazione di materiale esercizio del diritto, cioè nel possesso, giustificato dal titolo, del bene oggetto dell'alienazione. In certi casi eccezionali il requisito in questione attiene, invece, all'alienante (non dominus), e consiste allora o in un precedente rapporto tra il dominus e l'alienante, in virtù del quale quest'ultimo è investito di un titolo di acquisto, peraltro invalido o inefficace, oppure, indipendentemente dall'esistenza di un titolo a favore dell'alienante, in una situazione di obiettiva apparenza della titolarità”.

(118) Peraltro la precarietà degli effetti è destinata a risolversi in tempi assai ristretti data la brevità del termine di prescrizione dell'azione di annullamento previsto dall'art. 184 c.c.

(119) Corte Cost. 10 marzo 1988 n. 311, in *Riv. Not.*, 1988, II 1306.

(120) Il § 185 del BGB dispone infatti che “E’ valido ogni atto di disposizione concernente un bene e fatto da un soggetto che non vi ha diritto, quando si svolge con l’autorizzazione dell’avente diritto”.

(121) A. LOMONACO, *La donazione di beni altrui tra nullità e inefficacia cit.*, 454.

Non pare avvedersi di tale circostanza Cass. 5 maggio 2009 n. 10356 *cit.* laddove afferma lapidariamente che “L’esigenza ... di porre un freno agli atti di prodigalità e di limitare l’impoverimento ai beni esistenti nel patrimonio del donante, accomuna futuità ed altruità”.

(122) Cfr., con riguardo alla volontaria assunzione della garanzia per evizione, GARDANI CONTURSI-LISI, *op. cit.*, 114, secondo cui tale fattispecie sarebbe parallela alla previsione della donazione di cosa altrui, quale donazione con effetti obbligatori.

(123) V. per tutti D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm. diretto da A. Cicu e F. Messineo*, XXIII, Milano, 1971, 652, secondo cui l’evizione si distingue in virtù della presenza di un accertamento diretto dell’altruità del bene proposto dal terzo nei confronti del compratore; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.* fondato da F. Vassalli, VII, 1, **, Torino, 1993, 835, secondo cui l’evizione si distingue in virtù della presenza di un vittorioso intervento espropriativo o rivendicativo del terzo connesso all’inadempimento del venditore.

(124) Non convince invero l’affermazione di MENGONI, *op. cit.*, 28, secondo cui “In questi casi la donazione è pur sempre nulla come atto di disposizione, ma è valida come contratto obbligatorio, al solo effetto dell’accollo al donante della garanzia per evizione”.

La nullità infatti non può che colpire il negozio *tout court*, non essendo possibile nel sistema positivo ipotizzare che essa colpisca il negozio solo a certi effetti, in omaggio al principio *quod nullum est nullum producit effectum*.

(125) Secondo A. LOMONACO, *La donazione di beni altrui tra nullità e inefficacia cit.*, 454, nt. 15 “nell’ipotesi in cui il donante, che ignori l’altruità del bene, non presti la garanzia per evizione, si potrebbe, forse, ipotizzare, in presenza dei requisiti dell’annullamento per errore, la possibilità di un’impugnativa da parte del donante, ravvisando un errore sulle qualità giuridiche della prestazione, ai sensi dell’art. 1429 c.c.”. Per l’impugnabilità della donazione per errore laddove il donante ignori l’altruità della cosa v. anche BIONDI, *Le donazioni cit.*, 348.

Ma se il donante non presta espressamente la garanzia per evizione ed ignora l’altruità del bene, la garanzia per evizione è dovuta solo nell’ipotesi di cui all’art. 797 n. 3 c.c.

Al di fuori di tale ultimo caso l’interesse del donante all’impugnativa, stante la sua sostanziale irresponsabilità, è alquanto evanescente.

Per altro verso nell’ipotesi in cui il donante presta espressamente la garanzia ignorando l’altruità del bene, la quale invece sia conosciuta dal donatario, non si vede motivo per escludere *a priori*, ricorrendone i presupposti, l’applicabilità dell’art. 1429 c.c..

(126) Invece secondo A. LOMONACO, *La donazione di beni altrui tra nullità e inefficacia cit.*, 454 “In tale caso ... l’esigenza di evitare il rischio di prodigalità, connesso alla consapevolezza del donante medesimo di disporre di un bene di cui non abbia la titolarità ... deve essere temperata con l’esigenza di tutelare l’affidamento del donatario, che in buona fede ignori l’altruità del bene. Il temperamento degli interessi sopra citati potrebbe portare al superamento della nullità, positivamente sancita dall’art. 771 c.c., laddove si ritenesse che la consapevolezza del donante di donare una cosa altrui - la quale determina quella “leggerezza” nel disporre, ritenuta inaccettabile dall’ordinamento - in quanto connessa ad una sorta di elemento psicologico, possa essere considerata al pari di un motivo che abbia determinato il donante a compiere la liberalità.

Dalla disciplina in materia di motivi (artt. 787 e 788 c.c.) si potrebbe desumere, infatti, l’esistenza di un principio generale, valevole per le donazioni, secondo il quale l’ordinamento, da un lato, riconosce “... rilievo al processo interno di formazione della volontà liberale ...”, dall’altro lato, si preoccupa di assicurare una tutela anche al donatario, in quanto considera rilevanti i motivi unilaterali nei limiti in cui essi risultino dall’atto, in modo che siano conosciuti dal donatario medesimo, restando, invece, irrilevanti quando rimangano nella sfera soggettiva del donante.

Pertanto, secondo tale ordine di idee, si potrebbe ritenere che, affinché la consapevolezza del donante in merito all’altruità del bene rilevi, ai fini della nullità del contratto *ex art.* 771 c.c., essa debba emergere dall’atto di donazione, essendo, perciò, l’alienità del bene nota ad entrambe le parti.

Ne consegue che, qualora invece tale consapevolezza non emerga dall’atto, la donazione non sarebbe nulla, costituendo perciò titolo idoneo ai fini dell’applicazione degli artt. 1153 e 1159 c.c. Inoltre, attesa la validità

del contratto, il donatario potrebbe avvalersi della garanzia per evizione, nei casi previsti dall'art. 797 c.c.”.

(127) Peraltro la donazione di bene altrui, a prescindere dall'insorgenza dell'obbligo del donante di far acquistare al donatario la proprietà della cosa donata, può conservare una propria funzione in relazione al possibile futuro acquisto a titolo originario del bene, poiché il donatario, in quanto avente causa dal donante, può sommare al proprio possesso *ad usucapionem* quello del donante ai sensi dell'art. 1146, secondo comma, c.c.

(128) Cfr. la *Relazione al Progetto preliminare*, ove di legge che la nuova definizione di donazione “vuole determinare con maggiore latitudine l'oggetto della donazione, che nel Codice del 1865 è limitata alla sola attribuzione patrimoniale consistente nello <<spoglio di una cosa>>”. Ma ancor più radicale è la *Relazione delle Commissioni Reale sul progetto preliminare del libro secondo*, ove si legge: “Si sono così abbandonati i requisiti di attualità e di irrevocabilità, relitti del diritto consuetudinario francese, che non rispondono ad alcuna esigenza pratica o dogmatica: ed in conseguenze si sono soppresse o modificate tutte quelle norme che costituiscono applicazione di tali requisiti”.

(129) A. LOMONACO, *La donazione di beni altrui tra nullità e inefficacia cit.*, 454.

(130) V. per tutti CAPOZZI, *Successioni e donazioni cit.*, 1596 e ss; LENZI, *op. ult. cit.*, 213 e ss.

(131) Cfr. in quest'ottica LENZI, *op. ult. cit.*, 220.

E' peraltro discusso se alla donazione di cosa altrui donata come tale si applichi anche l'art. 1478, secondo comma, c.c., secondo cui l'acquirente diventa proprietario nel momento in cui l'alienante acquista la proprietà dal titolare (in senso positivo B. BIONDI, *Le donazioni cit.*, 339; *Contra* MENGONI, *op. cit.*, 27; R. LENZI, *op. ult. cit.*, 220).

(132) Basti pensare, che anche laddove la *ratio* prodigalità fosse intesa nell'ampia accezione accolta dalla dottrina qui criticata, essa, come si è visto, non ricorrerebbe nella donazione di cosa altrui, nella quale il donante non sia consapevole dell'altruità del bene.

Ma v'è di più.

La *ratio* in parola, pur se intesa in senso lato, non sussisterebbe nemmeno laddove il donante, nudo proprietario, doni la nuda proprietà di cui è titolare e riservi l'usufrutto ad un terzo a decorrere dalla consolidazione dell'usufrutto attualmente esistente, con ciò donando un usufrutto di cui non è attualmente titolare.

Ed invero in tal caso l'usufrutto successivo per definizione non può apportare alcuna *deminutio* patrimoniale al donante, ma solo comprimere ulteriormente l'arricchimento del donatario della nuda proprietà.

Ma a dire il vero sussistono forti dubbi sulla ricorrenza della *ratio* della prodigalità in senso lato anche laddove il donante trattenga la nuda proprietà di cui è titolare e si limiti a costituire a titolo di liberalità l'usufrutto a favore del donatario a decorrere dalla consolidazione dell'usufrutto attualmente esistente.

In tal caso infatti il donante rimane sempre titolare della nuda proprietà gravata da usufrutto con un'unica conseguenza ulteriore: il consolidamento dell'usufrutto alla nuda proprietà avverrà alla morte del più longevo tra gli usufruttuari successivi.

Ma, almeno se tali usufruttuari sono persone fisiche già tutte viventi al momento della costituzione del primo usufrutto, l'atto di liberalità verrebbe a produrre gli stessi effetti sul patrimonio del donante che avrebbe prodotto un'unica donazione dell'usufrutto a favore dell'usufruttuario più longevo.

In altre parole l'impoverimento del donante nella donazione dell'usufrutto non è mai determinabile *a priori*, ma è sempre frutto di una scommessa sulla durata della vita dell'usufruttuario.

Ne consegue che nel caso di specie non sembra assumere giuridica rilevanza, ai fini dello stato psicologico del donante in ordine alla prodigalità, la considerazione del beneficiario dell'usufrutto, poiché in ogni caso la donazione dell'usufrutto ha un esito incerto per il donante.

(133) A tale riguardo Cass. 5 febbraio 2001 n. 1596 *cit.*, che è diretta essenzialmente ad esaminare il problema della sussistenza di un titolo idoneo all'usucapione abbreviata, si limita infatti ad affermare che “Occorre premettere che, anche volendo concordare con quella parte della dottrina che ammette la validità della donazione di un bene altrui espressamente considerato come tale nell'atto di donazione, con assunzione dell'obbligo da parte del donante di procurare l'acquisto del bene al donatario, ai sensi della seconda parte dell'art. 769, primo comma, c.c., non si potrebbe, tuttavia, parlare di titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà di cui all'art. 1159 c.c., in considerazione degli effetti meramente obbligatori che ad esso si ricollegano”.

Ma l'usucapione abbreviato sarebbe comunque impedita nel caso di specie dalla mancanza della buona fede nel donatario che per definizione è a conoscenza dell'altruità del bene donato (A. LOMONACO, *La*

donazione di beni altrui tra nullità e inefficacia cit., 454.)

(134) MENGONI, *op. cit.*, 27. Nello stesso senso V. MARICONDA, *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviata di immobili*, in *Corr. Giur.*, 2001, secondo cui per configurare una donazione obbligatoria sarebbe necessaria "un'inequivoca manifestazione di volontà del donante avente ad oggetto l'assunzione di una obbligazione di dare".

(135) Cass. 11 novembre 1997 n. 11128, in *Notariato*, 1998, 7, con nota di E. BRIGANTI, *Atti invalidi e responsabilità del notaio*, in *Arch. Civ.*, 1998, 35, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 380, con nota di R. TRIOLA, *Osservazioni in tema di atti espressamente proibiti ex art. 28 n. 1 legge notarile*, in *Riv.not.*, 1998, II, 493, in *Vita not.*, 1998, I, 1137; Cass. 4 maggio 1998 n. 4441, in *Riv. not.*, 1998, II, 717, in *Guida al diritto*, 1998, fasc.23, 44, con nota di ATELLI, *Il professionista si libera da responsabilità documentando ciò che accade nell'adunanza*, in *Vita not.*, 1998, I, 994; Cass. 4 novembre 1998 n. 11071, in *Riv. not.*, 1999, II, 1015; Cass. 19 febbraio 1998 n. 1766, in *Riv. not.*, 1998, II, 705, in *Guida al diritto*, 1998, fasc.15, 28, con nota di GRISI, *La Cassazione vieta al professionista la redazione dei soli contratti nulli*, in *Vita not.*, 1998, I, 1743, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 589, con nota di NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*; Cass. 3 agosto 1998 n. 7602, in *Vita not.*, 1998, I, 1767; Cass. 18 febbraio 2001 n. 1394. In argomento v. F. ANGELONI, *Gli atti "espressamente proibiti dalla legge" di cui all'art. 28 legge notarile sono dunque, solo gli atti nulli in quanto contrari a norme proibitive*, in *Contratto e Impresa*, 1998, 1007 e ss.; F. MAGLIULO, *Tutela della legalità e funzione creatrice del notaio*, in *Relazioni al XXIII Congresso Internazionale del Notariato Latino*, Atene 30 settembre – 5 ottobre 2001, Milano, 2001, 255 e ss. e la dottrina ivi richiamata.