

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI
"FEDERICO II"**



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN
"DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE"
XXVI° CICLO

TESI DI DOTTORATO

**"L'ESCLUSIONE DI UN CONDIVIDENTE DAL CONTRATTO DI
DIVISIONE"**

Tutor:
Chiar.mo Prof. Rolando Quadri
Milone

Candidato:
Dott. Paolo

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Enrico Quadri

ANNO ACCADEMICO 2013-1014

Capitolo I

1.Introduzione.....	3
2.1 La causa della divisione.....	8
2.2 Retroattività e dichiaratività della divisione.....	21
2.3 La nullità per mancanza di causa.....	30
3. Divisione e litisconsorzio necessario.....	33
4. L'art. 735 c.c. e la divisione fatta dal testatore.....	40
5. La struttura del contratto di divisione.....	45

Capitolo II

1. L'attività dispositiva sul patrimonio altrui.....	55
2. Il «patrimonio» ed i «terzi».....	61
3. Il concetto di legittimazione.....	66
4. Sulla differenza tra inefficacia e invalidità.....	71

Capitolo III

1.1 Ipotesi analoghe

1.1.1 La divisione e la comunione legale.....	81
---	----

1.1.2 La divisione conclusa in mancanza di uno dei soggetti di cui all'art. 1113 c.c.....	95
2. La divisione in mancanza di un condividente.....	103

Capitolo I

1. Introduzione

Il tema della mancata partecipazione di un convivente al contratto di divisione è stato raramente oggetto di approfondite analisi dottrinarie. Ciò, probabilmente, in quanto si è sempre ritenuta per acquisita l'affermazione dottrina, prescindendo per un momento dalle concrete motivazioni che ne sono alla base, secondo la quale il contratto di divisione cui non partecipi uno dei conviventi è invalido. Nel definire, infatti, il contratto di divisione si è soliti ritenere che trattasi dello strumento negoziale con cui i contitolari di una determinata situazione giuridica, trasformando la quota astratta di ciascun convivente in proprietà esclusiva sui beni componenti la massa comune, pongono fine allo stato di comunione¹. Detto effetto, può conseguirsi, e ciò non può essere

¹ In tal senso è la dottrina assolutamente maggioritaria. Si v., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 479; G. BONILINI, *Divisione*, in *Dig. civ.*, Torino, 1990, p. 484; A. BURDESE, *La divisione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1980, p. 80 e ss.; A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1961, p. 363 e ss.; più di recente A. MORA, *Lo scioglimento della*

posto in dubbio, esclusivamente con il consenso di tutti gli aventi diritto, stante anche il principio, rinvenibile nell'art. 1372 c.c., per cui non risultano ammissibili accordi negoziali in pregiudizio dei terzi. Pertanto, tanto in dottrina² quanto in una consolidata giurisprudenza di legittimità³, ricorre frequentemente l'affermazione secondo cui la partecipazione al contratto di divisione di tutti i comunisti rappresenta un requisito di validità della fattispecie: l'esclusione di uno solo degli aventi diritto genererebbe la nullità assoluta⁴ della divisione o, quantomeno, qualora ciò derivi da errore delle parti contraenti, la sua

comunione ereditaria. La divisione, in *Tratt. succ. e donazioni* diretto da G. Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 218; ID. *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, p. 141 e ss.

² Si veda A. BURDESE, *La divisione*, cit., pp. 118, 130 s., 229 s.; M. FRAGALI, *La Comunione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A.Cicu – F. Messineo, Milano, 1973, p. 505, 509 nonché M. R. MORELLI, *La Comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1998, 172 e ss.

³ Cfr. Cass., 11 maggio 1967, n. 980 in *Foro it.*, 1967, I, c. 1475 ss.; Cass., 19 gennaio 1971 n. 104, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1303 ss. con nota di A. D'ANGELO, *Sulla divisione convenzionale non integra*; Cass., 17 gennaio 1975, n. 194, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Divisione*, c. 737, n. 8.

⁴ A. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 410; G. MIRABELLI, voce *Divisione (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 36; V. R. CASULLI, voce *Divisione ereditaria (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1982, p. 42; G. BONILINI, voce *Divisione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 487; C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, p. 22,

annullabilità⁵. Se ne deduce, forse portando agli estremi il suddetto ragionamento, che la manifestazione di volontà di tutti i comunisti, funzionale a realizzare il programma contrattuale, costituisca elemento caratterizzante la divisione, quale tipo contrattuale, al fine di distinguerla da fattispecie che pur diverse sotto il profilo tecnico-giuridico⁶ realizzino la medesima situazione effettuale ossia, come meglio si vedrà infra, lo scioglimento della comunione⁷. Ciò deriverebbe, almeno secondo l'impostazione che ha trovato maggior credito in dottrina⁸, dalla circostanza che la mancata partecipazione di uno dei dividendi non consente di generare nei confronti di tutti i comunisti, gli effetti previsti dall'art. 757 c.c., consistenti, come accennato poc'anzi, nella trasformazione della

⁵ M. FRAGALI, *La Comunione*, cit., p. 529; V.R. CASULLI, voce *Divisione ereditaria*, cit., p. 62. In giurisprudenza v. Cass., 24 giugno 1959, n. 1990, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1681 ss.

⁶ Riprendendo un'espressione di A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A.Cicu - F. Messineo, Milano, 1973, p. 25 e ss.

⁷ In tal senso si veda A. CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, p. 45; A. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, in *Digesto, Sez. civile*, IV, Torino, 1989, p. 271; A. PELAGGI, *Divisione ereditaria e azione di rescissione*, in *Giur. agr. it.*, 1969, I, p. 337;

⁸ In tal senso si veda C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, cit., p. 22.

quota di diritto sulla massa comune in proprietà esclusiva.⁹ La mancata partecipazione di tutti gli aventi diritto renderebbe, cioè, irrealizzabile la modificazione giuridica nella sfera di ciascun comunista¹⁰.

Altra impostazione¹¹, con l'avallo della giurisprudenza più risalente¹², è invece, nel senso che l'esclusione di un dividendo impedisca il perfezionarsi della fattispecie, stante la mancata manifestazione di volontà del comunista non partecipante;

Diversamente, pur concludendo nel senso della nullità della divisione, vi è chi, ritenendo che la divisione abbia struttura

⁹ G. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 29; F. DEgni, *Successioni testamentarie*, in *Nov. dig. it.*, XII, 1, Torino, 1940, p. 1172.

¹⁰ P. FORCHIELLI, in P. Forchielli - F. Angeloni, *Della divisione, Art. 713 - 768 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1978, p. 40; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. II, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2009, p. 696

¹¹ L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, parte generale*, Napoli, 1977, p. 740; A. BURDESE, *La divisione*, cit., p. 230; A. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, p. 271.

¹² Si v. Cass., 11 maggio 1967, n. 980, in *Foro it.*, 1967, I, c. 1475 ss., secondo cui « nella divisione[...] la partecipazione di tutti i soggetti del rapporto è invece essenziale, tanto che il mancato intervento di uno di essi impedisce il perfezionamento del negozio».

plurilaterale, alla luce del disposto dell'art. 1420 c.c., ritiene necessaria la partecipazione di tutti i condividenti¹³.

Altri autori, infine, mediante un'interpretazione analogica, rinvencono il fondamento normativo dell'invalidità del contratto di divisione cui non partecipi uno dei condividenti nell'art. 784 c.p.c., secondo cui la domanda di divisione deve essere proposta, si ritiene pena la nullità della sentenza, nei confronti di tutti i comunisti¹⁴.

Si è affermato, autorevolmente, che le molteplici opinioni dottrinarie che si esprimono nel senso dell'invalidità del contratto di divisione cui non partecipino tutti gli aventi diritto, forse, a parere di chi scrive, per la poca attenzione che ha destato in dottrina la problematica *de quo*, hanno fra loro un elemento comune ovvero «una concisione tacitiana»¹⁵.

¹³ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 599.

¹⁴ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 696

¹⁵ Così E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, p. 65.

2.1 La causa della divisione

L'affermazione maggiormente ricorrente in dottrina, con riferimento all'ipotesi della divisione conclusa in mancanza di uno dei comunisti, come accennato, è nel senso che essa sia nulla per mancanza di causa, in quanto non idonea a conseguire l'effetto tipico del contratto di divisione ossia lo scioglimento della comunione.

In sostanza, l'esclusione di uno dei condividenti impedirebbe la realizzazione del profilo funzionale della divisione. A tal proposito, senza voler trascendere dall'oggetto della presente analisi, occorre soffermarsi sull'elemento causale della divisione al fine di comprendere se la mancata partecipazione di uno dei comunisti possa incidere sull'attuazione del suddetto elemento.

Sotto il profilo causale, quale costituente del contratto di divisione, si è soliti affermare che tale fattispecie ha la funzione di sciogliere

la comunione, realizzando, cioè, un'attribuzione in proprietà esclusiva, in capo a ciascun compartecipe, di beni di valore proporzionale alle rispettive quote.¹⁶

Il profilo causale del contratto di divisione ha sempre costituito elemento discretivo per individuare il contratto di divisione quale tipo. Ciò sul presupposto che sussista un'identificazione tra causa e tipo contrattuale e che, pertanto, la causa abbia un ruolo caratterizzante il tipo contrattuale, costituendo essa la funzione economico – sociale del contratto¹⁷. Tuttavia, la dottrina¹⁸ più moderna e alcuni, recenti, orientamenti giurisprudenziali¹⁹, hanno posto in luce come una visione oggettivistica del profilo causale

¹⁶ A. CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, p. 13; ID, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 386; G. BONILINI, voce *Divisione*, cit., p. 490; E. MOSCATI, voce *Divisione*, cit., p. 3; E. MINERVINI *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 24; A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 211.

¹⁷ Si veda circa l'identificazione tra causa e tipo E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 183; e F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, Napoli, 1974, p. 128.

¹⁸ Si v. fra tutti G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 249; e C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 452 ss.

¹⁹ Si v. soprattutto Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI, che si esprime nel modo che segue: «la causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato». Cfr. altresì Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Notariato*, 2010, p. 40 ss., con nota di U. LA PORTA; Cass., 9 gennaio 1999, n. 117, *ivi*, 1999, p. 217, con nota di C. BOTTA; Cass., 27 luglio 1987, n. 6492, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Contratto in genere*, c. 1740, n. 365.

non colga a pieno il concreto interesse perseguito dalle parti. Piuttosto, la causa costituisce la funzione economico – individuale e, quindi, è da individuarsi nel concreto interesse sottostante il programma contrattuale. Si rifiuta così, l'identificazione tra causa e tipo.

Ciò posto, si afferma in dottrina che la divisione è il contratto con cui si realizza l'effetto di sciogliere una data comunione mediante il c.d. apporzionamento, ossia attraverso l'attribuzione a ciascun condividente di una porzione di beni di valore corrispondente a quello di ciascuna quota²⁰.

All'uopo, è necessario precisare che con il negozio divisorio ciascun comunista non ha diritto ad una quantità di beni di valore eguale a quello della propria quota indivisa ossia del diritto frazionario che esso vanta sulla massa comune. Piuttosto, ciascun condividente

²⁰ In tal senso si v. A. CICU, *La divisione ereditaria*, cit., p. 13; P. FORCHIELLI, *Della divisione, Art. 713 - 768 c.c.*, cit., p. 15; A. BURDESE, *La divisione*, cit., p. 84; G. GAZZARA, *Divisione della cosa comune*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 422; E. MINERVINI *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 24; A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 212.

riceve beni che nei riguardi degli altri comunisti si pongono nello stesso rapporto proporzionale in cui le quote di comproprietà stavano tra loro²¹; raramente, infatti, il valore dei beni comuni indivisi è uguale alla somma dei valori che i singoli beni hanno al momento dell'attribuzione ²² . Una conferma normativa della suindicata proporzionalità emerge dal combinato disposto degli artt. 726 e 727 c.c. secondo cui, rispettivamente, la stima dei beni deve essere fatta «secondo il valore venale dei singoli oggetti» e «in proporzione all'entità di ciascuna quota». Ciò naturalmente non vuol significare la necessaria eguaglianza di valore tra le porzioni oggetto di attribuzione, potendo le quote *ab initio* essere diseguali, piuttosto è a parlarsi di proporzionalità fra quote e lotti o, come è stato autorevolmente affermato, di eguaglianza proporzionale²³ intendendosi con tale espressione la necessità che col negozio

²¹ Così L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 81; V. R. CASULLI, *Divisione ereditaria*, cit., p. 40; M. FRAGALI, *La comunione*, III, cit., p. 503. Più di recente si v. E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 25.

²² G. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del negozio divisorio*, cit., p. 25 e ss.

²³ L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 81 e 118.

divisorio ciascun dividente ottenga una porzione di beni il cui valore abbia rispetto a quelle assegnate agli altri comunisti il medesimo rapporto sussistente fra le originarie quote di diritto²⁴. Emerge la necessità di rapportare il valore dei singoli cespiti al denaro, ossia al prezzo che si ricaverebbe vendendo il bene. Da ciò si è dedotto che mentre nei contratti di scambio ciò che anima le parti alla predisposizione di un programma contrattuale è l'intento speculativo, nella divisione «esula ogni ragione di lucro»²⁵, poiché in questa l'integrale conseguimento dei beni oggetto di attribuzione prescinde da «ogni soprapprezzo così detto d'affezione»²⁶. Anche la giurisprudenza di legittimità afferma che trattasi di contratto traslativo e non di divisione, ogni qual volta per comune volontà dei contraenti, e non per errore nella stima dei cespiti, non vi sia una corrispondenza fra la porzione in concreto

²⁴ L'espressione è di L. MENGONI, *o.c.*, p. 81.

²⁵ Così W. D'AVANZO, *Delle successioni*, I, Firenze, 1941, p. 232

²⁶ P. D'ONOFRIO, *Della divisione*, in *Comm. cod. civ.*, M. D' Amelio e E. Finzi, Firenze, 1941, p. 675

assegnata e la quota di diritto spettante al singolo dividendo²⁷.

In sostanza, mentre di regola le parti si determinano alla conclusione di un contratto, prescindendo da una preventiva valutazione di equivalenza economica²⁸ fra le prestazioni, nel contratto di divisione l'attribuzione a ciascun dividendo dei beni in proprietà esclusiva avviene solo a seguito di un raffronto, rigorosamente oggettivo e in termini di proporzionalità, tra il valore dei beni assegnati e l'originaria quota di comproprietà. Tuttavia, in dottrina si è sottolineato come il criterio del valore venale ai fini della determinazione dei cespiti oggetto di divisione sia derogabile in quanto posto non a tutela di ragioni di ordine pubblico²⁹. Pertanto, sarebbe possibile utilizzare un criterio

²⁷ Cass., 10 marzo 1976, n. 836, in *Rep. Foro. it.*, 1976, voce *divisione*, c. 787, n. 31

²⁸ La dottrina rifiuta la necessaria equivalenza economica delle prestazioni, onde evitare una limitazione, non giustificabile, se non alle condizioni di cui agli artt. 1447 e 1448 c.c., del principio di autonomia privata (cfr. G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano - Varese, 1960, p. 67 e ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 303 e ss.; O. T. SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 78 ss.; G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Camerino - Napoli, 1984, p. 56).

²⁹ P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 142; A. BURDESE, *La divisione*, cit., p. 174.; E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 25.

diverso o, addirittura, affidarsi alla diretta conoscenza delle parti del valore dei beni oggetto di divisione. Ciò non vuol significare, però, che l'attività di stima possa essere omessa, ancorché ciò avvenga mediante un criterio diverso da quello normativo, purché la detta stima avvenga con modalità dotate di un certo grado di «oggettività». In sostanza, occorre tenere in considerazione non tanto il criterio di stima quanto, piuttosto, il suo carattere oggettivo che non deve e non può lasciar spazio al soggettivo apprezzamento dei dividendi.

Tuttavia, altra parte della dottrina ha rilevato che spesso un dividendo pur di conseguire un determinato bene a seguito della divisione è disposto ad accettare anche una stima non propriamente oggettiva. Ciò probabilmente, per ragioni di carattere soggettivo o, più propriamente, affettivo³⁰. Ne conseguirebbe una proporzionalità fra lotti e quote di diritto non

³⁰ P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 511.

tanto di carattere obiettivo, quanto, piuttosto, legata ad una valutazione subiettiva delle parti³¹.

Al riguardo, un ruolo non indifferente gioca la lettura che si intende fornire dell'art. 763 c.c., rubricato «Rescissione per lesione», in virtù del quale la divisione può essere sciolta qualora un condividente provi di aver subito una lesione oltre il quarto; e ciò al fine di garantire a ciascun comunista l'effettivo conseguimento della porzione di sua spettanza.

Posto che, senza voler entrare nel merito della complessa questione inerente l'azione generale di rescissione³², si è soliti negare che il fondamento giuridico di detta azione sia rinvenibile in un'esigenza di ripristino dell'equilibrio economico delle prestazioni, poiché detto squilibrio genera una reazione da parte dell'ordinamento solo, e soltanto, se non è stato liberamente

³¹ A. BURDESE, *La divisione*, cit., p. 122.

³² Per un'analisi delle diverse ricostruzioni fornite riguardo all'azione generale di rescissione si v. G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 1217 e ss.; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, p. 111- 152; G. MARINI, *Rescissione del contratto (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 966 - 967.

voluto dalle parti; ne consegue che esso si pone non quale fine dell'azione di rescissione, quanto piuttosto quale requisito della stessa³³. Diversamente l'azione di cui all'art. 763 c.c. ha quale suo unico presupposto la lesione «oltre il quarto», ossia la circostanza che la porzione dei beni attribuiti al dividendo non superi di tre quarti del valore della corrispondente quota. La dottrina, infatti, è sempre più nel senso di abbandonare le prospettive soggettivistiche, volte a legare l'azione di rescissione della divisione ad un errore di valutazione dei beni comuni³⁴; si tende, invece, a rinvenirne la ragion d'essere nel mero dato oggettivo dello squilibrio fra le prestazioni. Non a caso, la legge si preoccupa solo della detta sproporzione economica e non già della genesi della stessa³⁵. Né in contrario può valere il presupposto dettato

³³ G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 49.

³⁴ C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, in *Comm. cod. civ.*, I, Torino, 1980, p. 180; G. GAZZARA, *Divisione della cosa comune*, cit., 426; V. R. CASULLI, *Divisione ereditaria*, cit., p. 55; M. R. MORELLI, *La Comunione e la divisione ereditaria*, cit., p. 191. In giurisprudenza si v. Cass., 14 ottobre 1969, n. 3307, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *divisione*, c. 801, n. 38; App. Bologna, 20 novembre 1941, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *divisione*, c. 426, n. 60

³⁵ Testualmente così P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 732. In giurisprudenza v. Cass., 6 luglio 1951, n. 1802, in *Foro it.*, 1952, I, 36; Cass., 12 marzo 1960, n. 491, in

dall'art. 763 c.c., ossia che la lesione sia superiore ad un quarto.

Detta previsione si spiega, oltre che con la necessità di tutelare i terzi³⁶, anche con l'esigenza, corollario della prima, di garantire la stabilità del contratto³⁷, stante l'opinabilità, per quanto oggettivi, dei criteri di stima.

Pertanto, si è rilevato che l'esperimento dell'azione di rescissione in tema di divisione è volto ad ovviare ad un difetto funzionale della fattispecie, individuabile nello squilibrio economico delle prestazioni discendenti dal contratto ³⁸ , o, secondo altra impostazione, ad una deficienza o vizio del profilo causale³⁹. Ci si

Foro it., 1960, I, 1743; Trib. Napoli, 10 gennaio 1955, in *Dir. e giur.*, 1955, 343, con nota di FANETTI, *Rilievi in tema di rescissione*.

³⁶ A. CICU, *Successioni*, cit., p. 96.

³⁷ G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 185; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 340; A. BURDESE, *La divisione*, cit., p. 233; P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 512.

³⁸ L. MENGONI, *o.c.*, p. 179; P. FORCHIELLI, *o.c.*, p. 512; C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, cit., p. 31.

³⁹ G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 186; In senso critico, criticando la nozione di vizio della causa, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 268.

troverebbe di fronte ad uno «scompenso» tra funzione concreta e funzione astratta del contratto divisorio⁴⁰.

Tuttavia, parte consistente del pensiero dottrinario ha rilevato che la norma di cui all'art. 763 c.c. non costituisca un indice incontestabile della proporzionalità fra lotti e quote in sede di attribuzione⁴¹; o comunque che tale proporzionalità non sia da considerarsi «obiettiva, ma secondo la considerazione soggettiva delle parti contraenti»⁴². Il limite di un quarto oltre il quale la lesione di uno dei dividendi non può eccedere, costituirebbe, quindi, una scelta di politica legislativa, funzionale a garantire alle parti contraenti un margine nelle scelte affettive. In sostanza, sussisterebbe un limite quantitativo di un quarto oltre il quale la

⁴⁰ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 339; si v. in relazione allo «scompenso» di cui al testo, M. BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in G. ALPA, M. BESSONE e E. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, p. 72. Nello stesso senso, E. MINERVINI, *Divisione contrattuale e atti equiparati*, cit., p. 32

⁴¹ P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 511;

⁴² A. BURDESE, *La divisione*, cit., p. 122.

determinazione dei contraenti nello scioglimento della comunione, non adeguandosi ad un criterio equitativo, sarebbe invalida⁴³.

Si tratterebbe di un limite all'autonomia privata posto in tema di divisione, secondo cui vi deve essere una rigorosa proporzionalità fra lotti e quote, salvo il margine di un quarto dettato dall'art. 763 c.c., oltre il quale il contratto di divisione sarebbe da considerarsi nullo⁴⁴.

Altra impostazione, in maniera più convincente, rilevato che nulla osta alla circostanza che una norma di carattere sanzionatorio, quale l'art. 763 c.c. nella parte in cui dichiara rescindibile il contratto di divisione in cui uno dei contraenti abbia ricevuto una lesione di oltre il quarto, possa svolgere un ruolo primario, o, più propriamente, qualificatorio della fattispecie, fornendone una descrittiva implicita, rileva che una diversa lettura dell'art. 763 c.c.

⁴³ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 644.

⁴⁴ P. D'ONOFRIO, *Della divisione*, p. 659; C. MIRAGLIA, *o.c.*, p. 22 che si esprime nel senso della nullità del contratto di divisione concluso prescindendo dalla proporzionalità fra lotti e quote. In giurisprudenza si v. Tribunale di Potenza, 15 maggio 1980, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1982, p. 45 con nota di M. R. CIPRIANO. In senso contrario si esprime A. BURDESE, *Nuove prospettive per la qualificazione del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 625 ss.

potrebbe essere nel senso che solo il contratto di divisione, e non ogni fattispecie che generi lo scioglimento della comunione, debba avvenire attraverso la formazione di lotti in misura proporzionale alle rispettive quote di diritto. Ciò non implica, e non vi sarebbe ragione, che la comunione non può mai essere sciolta con modalità “non proporzionali”. Tuttavia, se le parti hanno inteso porre fine alla comunione mediante il negozio di divisione, ciò deve avvenire mediante un equilibrio (rectius: proporzionalità) fra lotti e quote. Una conferma si rinviene negli artt. 764, comma, 2 e 765 c.c., secondo cui non è applicabile il rimedio rescissorio a due contratti quali la transazione e la vendita della quota ereditaria a rischio e pericolo, in quanto la cessazione dello stato di comunione avviene prescindendo dalla detta proporzionalità fra lotti e quote. Ne consegue che il limite del quarto imposto dall’art. 763 c.c., stante l’opinabilità dei criteri di stima propedeutici alle operazioni divisionali, ha la sola funzione di rendere stabile la divisione.

Diversamente, qualora le parti intendano conseguire una proporzionalità c.d. soggettiva⁴⁵ non si è in presenza di un contratto di divisione.

2.2 Retroattività e dichiaratività della divisione

Individuata la causa della divisione nello scioglimento della comunione mediante l'attribuzione di beni comuni in proprietà esclusiva ed in misura proporzionale rispetto all'originaria quota di diritto, occorre chiedersi se detto elemento causale possa dirsi mancante qualora uno dei condividenti non partecipi al negozio divisorio. Nel senso dell'invalidità si esprime la maggior parte della dottrina e a sostegno si invoca il dettato dell'art. 757 c.c. in quanto in mancanza di uno dei comunisti la divisione non riuscirebbe ad esplicare gli effetti contenuti in tale norma.

Com'è noto l'art. 757 c.c. «ha suscitato e suscita contrasti interminabili, cronici piuttosto che acuti»⁴⁶ ciò anche in ragione del

⁴⁵ Così E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 46.

collegamento sussistente fra divisione e comunione e, in particolare, con il concetto di comproprietà tema sul quale «mai, forse, si giungerà ad un accordo»⁴⁷.

Il dettato normativo in esame pone, com'è noto, all'interprete due problemi fondamentali ossia l'individuazione degli effetti scaturenti dalla divisione e la natura (dichiarativa o costitutiva) del negozio divisorio alla luce degli effetti scaturenti dallo stesso. Conseguentemente, individuati gli effetti del negozio divisorio, dovrebbe risultare più chiara la natura dello stesso in termini di dichiaratività⁴⁸. Una corretta individuazione degli effetti del negozio divisorio è sicuramente utile ai nostri fini in quanto, come affermato, la ragione che maggiormente si adduce in dottrina circa l'invalidità del negozio divisorio cui non partecipino tutti i condividenti è che esso non sarebbe in grado di esplicare gli effetti di cui all'art. 757 c.c. . Detta norma, com'è noto, consente di

⁴⁶ Così G. BRANCA, *Comunione*, cit., p. 344.

⁴⁷ G. MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, cit., p. 23.

⁴⁸ Così E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 50.

collegare direttamente all'autore della successione l'acquisto conseguito dal compartecipe. Ne consegue che la questione inerente l'effetto del contratto di divisione si ricollega necessariamente alla valutazione del precetto di retroattività; né possono essere accolti gli auspici di abrogazione della norma in esame, stante la sua superfluità⁴⁹, poiché essa contribuisce ad armonizzare il sistema della successione *mortis causa* inserendosi in conformità ad altre disposizioni. Tale ultimo auspicio, deriva da un'identificazione fra il concetto di dichiaratività e quello di retroattività, poiché dall'acclarata natura dichiarativa conseguirebbe l'efficacia retroattiva. In ogni caso ciò che può dirsi sicuramente accertabile è che la retroattività nella successione è fenomeno di tutto rilievo; si pensi, oltre al caso in esame, solo per citare le ipotesi più rilevanti, all'accettazione dell'eredità di cui all'art. 459 c.c. o alla rinuncia alla stessa regolata dall'art. 521 c.c.⁵⁰.

⁴⁹ P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 35 .

⁵⁰ Gli esempi sono di A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 320.

Retroattività, com'è noto, nell'accezione comune «significa efficacia di un fatto idoneo a modificare la situazione giuridica esistente da un momento anteriore a quello in cui il fatto si è verificato»⁵¹. Nel pensiero dottrinario attuale, tuttavia, è incerto se la retroattività di un fenomeno giuridico costituisca una *fictio iuris*, poiché gli effetti di un atto, pur essendosi verificato detto atto in un momento successivo, si considerano verificati antecedentemente,⁵² o costituisca realtà giuridica, contrapponendosi ad essa la realtà naturale, concetti di per sé non agenti sul medesimo piano in quanto, il primo frutto di un fenomeno normativo, il secondo di un susseguirsi di fatti sotto il profilo causale e storico⁵³.

In ogni caso, va osservato che in ordine al contratto di divisione la dottrina non ha incertezze: il negozio divisorio ha efficacia

⁵¹ Così F. SANTORO - PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p. 31.

⁵² In tal senso si vedano L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 16; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 300; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, t.1, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968, p. 190.

⁵³ E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 57.

retroattiva ⁵⁴ . Tuttavia, come anticipato, si equipara acriticamente,⁵⁵ l'efficacia retroattiva della divisione alla natura dichiarativa. Non è, però, chiara la modalità attraverso cui opera l'efficacia retroattiva. Con la divisione ereditaria, secondo alcuni, l'ordinamento fingerebbe che conclusa la divisione ciascun condividente risulti titolare dei beni a lui pervenuti con l'apporzionamento sin dal momento dell'apertura della successione: l'ordinamento si servirebbe della *fictio iuris* per riconoscere alla divisione efficacia retroattiva. Secondo, quindi, l'assunto per cui la finzione giuridica considera vera una situazione in realtà falsa, occorrerebbe affermare che la divisione non ha efficacia retroattiva, ma è considerata tale dal legislatore. Ne conseguirebbe, equiparando l'efficacia retroattiva alla natura dichiarativa della divisione, che pur avendo la divisione natura costitutiva o traslativa, mediante una finzione, appunto, il

⁵⁴ G. MIRABELLI, *Divisione (diritto civile)*, cit., p. 35; G. BONILINI, *Divisione*, cit., p. 490; G. DEIANA, *Concetto e natura*, cit., p. 81; P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 486.

⁵⁵ L'espressione è di A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 324.

legislatore riconoscerebbe alla divisione natura dichiarativa. Tuttavia, e dottrina attenta si esprime in tal senso, trattasi di ragionamento ermeneutico artificioso⁵⁶. In effetti, molteplici sono le ipotesi che attestano la non coincidenza fra retroattività e dichiaratività. Basti pensare al negozio di ratifica che per espressa disposizione di legge è da considerarsi retroattivo⁵⁷, ma che non per questo può essere considerato dichiarativo, in quanto in mancanza di tale negozio l'atto originariamente inefficace, perché posto in essere da un soggetto privo di legittimazione, non sarebbe idoneo ad attuare l'originario mutamento giuridico predisposto dalle parti⁵⁸. Ancora, si suggerisce, che per «apprezzare il divario che esiste fra la nozione della dichiaratività e quella della

⁵⁶ In tal senso A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 324. Ritiene non meritevole di accoglimento il ragionamento per cui il legislatore «pur considerando la divisione per sua natura traslativa, le avrebbe imposto "ex lege" natura dichiarativa» anche C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, cit., p. 98

⁵⁷ G. DE NOVA, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 10, Torino, 1982, p. 407. C. M. BIANCA, III, *Il contratto*, cit., p. 116

⁵⁸ Ciò sia qualora si aderisse alla tesi che ritiene la ratifica un negozio autonomo (G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, pag. 397; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 599), sia nel caso in cui si considerasse la ratifica un atto integrativo (F. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli, 1964, p. 20 e ss; F. SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1997, p. 292

retroattività dovrebbe bastare il raffronto fra le due ipotesi della sentenza che accerta la nullità di un atto e della sentenza che ne pronuncia l'annullamento. Quest'ultima ha natura costitutiva, e sia pure entro ristretti limiti, efficacia retroattiva, mentre l'altra, la sentenza che dichiara la nullità, ha natura tipicamente dichiarativa e non ha, per contro efficacia retroattiva»⁵⁹.

La dichiaratività si pone con l'intento di soddisfare l'esigenza di continuità nel tempo della realtà giuridica, in quanto «la situazione giuridica statuita dalla norma, converge nell'essenziale, con la situazione giuridica preesistente». L'intento delle parti è quello di fissare attraverso «un apprezzamento vincolante , il contenuto, l'esistenza e i limiti di un rapporto preesistente»⁶⁰. L'atto giuridico avente natura dichiarativa non innova la realtà giuridica, piuttosto

⁵⁹ Così A. FALZEA, voce «*Accertamento (teoria generale)*», in *Enc. dir.*, vol I, Milano, 1958, p. 209

⁶⁰ A. FALZEA, voce «*Efficacia giuridica*», in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 432. L'A., (*ivi*, p. 492 - 494) sottolinea che un fatto giuridico avente efficacia dichiarativa, non genera alcun mutamento della realtà giuridica esterna. Pertanto, occorrerebbe distinguere tra le trasformazioni esterne, proprie degli atti modificativi, estintivi e costitutivi, e gli «svolgimenti interni», improduttivi di alcun effetto modificativo della realtà esterna, ma solo sotto il profilo interno, lasciando così intatto il contenuto strutturale e sostanziale della situazione giuridica.

ha riguardo a una situazione di diritto già esistente e se ne occupa con un intento declaratorio. Se ne deduce che esso risponde ad un'esigenza classificatoria volta a definire una situazione giuridica preesistente. In sostanza, pur sussistendo uno stretto legame tra il concetto di dichiaratività e quello di retroattività, in quanto la declaratoria di un diritto non può che avere effetto se non dal momento in cui detto diritto ha avuto origine, occorre operare una netta distinzione fra i due concetti.

La natura dichiarativa del negozio divisorio deriva dall'intento di collegare la proprietà esclusiva del bene oggetto di assegnazione a seguito della divisione con la posizione di titolare pro quota esistente sin dal momento della nascita dello stato di comunione. Ne consegue che il contratto di divisione non genera alcun trasferimento di diritti, né il diritto in proprietà esclusiva al condividente che riceve l'assegnazione può dirsi derivante dalla comunione o dagli altri comunisti, quanto piuttosto dall'originario

titolo costitutivo della comunione. Diversamente è a dirsi per la retroattività che consiste in un modo di operare degli effetti di un atto facendoli retroagire ad un dato momento. La retroattività, pertanto, opera sul piano effettuale, disinteressandosi della natura dell'atto cui inerisce. Essa «null'altro è se non un ulteriore arricchimento dei consueti effetti degli atti giuridici, per cui tali effetti vengono congegnati in modo da essere, per quanto possibile, identici a quelli che si sarebbero avuti qualora il negozio fosse stato posto in essere nel momento al quale viene retrodatata l'efficacia dell'atto»⁶¹.

Se ne deduce che il contratto di divisione ha sicuramente natura dichiarativa e, in modo altrettanto netto si può affermare che ha efficacia retroattiva. Pertanto, essa con efficacia retroattiva comporta la sostituzione della vicenda costitutiva della comunione

⁶¹ S. PUGLIATTI, *Della transazione*, cit., p. 457

con altra vicenda, immediatamente traslativa del diritto dall'originario dante causa al singolo dividendo⁶².

2.3 La nullità per mancanza di causa

Individuati l'efficacia e la natura del negozio divisorio, occorre sottoporre al vaglio l'affermazione dottrinale secondo cui la divisione contrattuale cui non partecipino tutti i comunisti sarebbe da considerarsi nulla poiché inidonea a realizzare gli effetti di cui all'art. 757 c.c.. La mancata realizzazione della suddetta situazione effettuale porterebbe, si ritiene, a configurare il contratto di divisione come privo di causa e come tale nullo ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418 e 1325 c.c.⁶³.

⁶² A. BURDESE, *La divisione*, cit., p. 207 e s.; altra impostazione (C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, cit., p. 107- 121), ma come rilevato da attenta dottrina trattasi di differenza «prevalentemente» verbale (E. MINERVINI *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 63), è nel senso che la divisione generi l'estinzione della comunione e la contestuale costituzione di molteplici diritti di proprietà in capo ai singoli dividendi.

⁶³ In tal senso A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 217; G. MIRABELLI, *Divisione (diritto civile)*, cit., p. 36; A. BURDESE, *La divisione*, cit., p. 130; G. BONILINI, voce

Tuttavia, si può anticipare sin da ora che i termini del suddetto ragionamento non possono essere condivisi. Ciò che non può sicuramente porsi nel dubbio è che la divisione a cui non partecipino tutti i comunisti non è in grado di generare il mutamento giuridico proprio della divisione e, cioè, non riesce a concentrare in ciascuna parte tutti i diritti di comproprietà sui beni comuni⁶⁴: la conseguenza giuridica che se ne trae non è, però, da considerarsi condivisibile. La mancata realizzazione della situazione effettuale non implica necessariamente la nullità dell'atto. Senza considerare che il piano degli effetti deve esser distinto da quello funzionale. L'elemento causale non può e non deve essere identificato con quello effettuale. La causa attiene alla funzione del programma contrattuale ossia all'interesse che le parti perseguono. Essa costituisce espressione del principio di autonomia privata, in quanto le parti possono concludere contratti

«Divisione», cit., p. 487; C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, cit., p. 22.

⁶⁴ Così E. MINERVINI *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 67.

anche diversi da quelli aventi una specifica disciplina purché diretti a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Pertanto, l'elemento causale costituisce il fondamento della rilevanza giuridica del contratto, imponendo di valutare l'atto di autonomia privata quale strumento di realizzazione di finalità pratiche.⁶⁵ L'efficacia⁶⁶ concerne, invece, la produttività degli effetti giuridici ossia quella vicenda giuridica consistente nella modificazione di una situazione di diritto. Il contratto è lo strumento di realizzazione degli effetti giuridici siano essi costitutivi, modificativi o estintivi (art. 1322 c.c.). L'efficacia è, quindi, «fondamentale attuazione di ciò che le parti hanno

⁶⁵ Così C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 448. Per un'indicazione bibliografica in tema di causa si v.: DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.; M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960; più di recente si v. C. M. BIANCA, *o.c.*, p. 447 e ss.

⁶⁶ Per una prima indicazione bibliografica in tema di efficacia si v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 39; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432; F. CARRESI, *Gli effetti del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 488 e ss.; N. IRTI, *La ripetizione del negozio*, Milano, 1970, p. 170 - 185; V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 345 ss; S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 995 e ss..

voluto»⁶⁷, ovvero costituisce realizzazione del programma contrattuale originariamente predisposto dalle parti contraenti. Del resto è rimasta isolata in dottrina l'opinione che ravvisa nella causa la funzione giuridica tipica di un dato schema negoziale, cioè la sintesi dei suoi effetti giuridici essenziali⁶⁸.

3.1 Divisione e litisconsorzio necessario

Ulteriore argomento a sostegno della nullità della divisione cui non partecipi uno dei comunisti, si è soliti rinvenirlo nell'art. 784 c.c.. La necessaria proposizione della domanda di divisione nei confronti di tutti i dividendi, nonché degli eventuali creditori oppositori a pena, almeno nell'ottica di parte della dottrina, di nullità, comporterebbe, attraverso un'interpretazione analogica della citata disposizione, l'invalidità della divisione cui non partecipi uno

⁶⁷ Così C. M. BIANCA, *o.c.*, p. 523.

⁶⁸ Cfr. S. PUGLIATTI, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 75 - 105.

dei comunisti⁶⁹. A tal proposito, pur in presenza di profondi contrasti dottrinari⁷⁰, non ci si può esimere dall'affrontare, senza pretesa di completezza, un'indagine «estremamente complessa»⁷¹, al fine di dimostrare, si spera in maniera convincente, la precarietà del ragionamento.

Al riguardo, si è soliti distinguere tra litisconsorzio necessario *secundum tenorem rationis e quello propter opportunitatem, contra tenorem rationis*⁷²: la partecipazione dei condividenti al giudizio di divisione costituirebbe un'ipotesi del primo. Diversamente, è a dirsi per la partecipazione al giudizio dei creditori e degli altri aventi causa oppositori o, eventualmente, di chi abbia acquisito diritti sugli immobili oggetto di divisione, trascritti anteriormente

⁶⁹ C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, cit., p. 8; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2009, p. 1317.

⁷⁰ G. FABBRINI, *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 810 e ss.; M. BERRI, *Litisconsorzio*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 968 e ss. Per una prima indicazione bibliografica in tema di divisione giudiziale si v. G. PAVANINI, voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 450; G. TOMEI, voce *Divisione, III) Divisione giudiziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989; C. RIPEPI, voce *Procedimento divisorio*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, vol. XIV, Torino, 1996.

⁷¹ Così E. MINERVINI *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 70.

⁷² Si v. E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1960.

la divisione⁷³. Ne consegue che il giudizio di divisione svoltosi in assenza di un comunista genererebbe una sentenza *inutiliter data*⁷⁴, o nulla⁷⁵, ma in ogni caso improduttiva di effetti sia per le parti sia per i litisconsorti pretermessi. Qualora, invece, il giudizio si svolga in assenza dei soggetti di cui all'art. 1113 c.c., il provvedimento conclusivo sarebbe inefficace relativamente a coloro che non vi abbiano partecipato, ossia ad essi inopponibile⁷⁶. Alcuni autori non hanno mancato di rilevare l'inutilità di una tale distinzione⁷⁷ considerando in termini di eccezionalità l'inefficacia della sentenza di divisione qualora al giudizio non partecipino i creditori oppositori o gli aventi causa o i titolari di diritti sugli

⁷³ M. R. MORELLI, *La Comunione e la divisione ereditaria*, cit., p. 135 e ss.

⁷⁴ Cass., 15 novembre 1986, n. 6745, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *divisione*, c. 765, n. 24; Cass., 10 febbraio 1986, n. 834, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *divisione*, c. 765, n. 25; Cass., 14 marzo 1973, n. 727, in *Rep. Foro it.*, 1973, voce *divisione*, c. 755, n. 34.

⁷⁵ Cass., 30 giugno 1982, n. 3941, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *divisione*, c. 726, n. 38; Cass., 19 marzo 1979, n.1596, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *divisione*, c. 768, n. 33; App. Napoli, 29 ottobre 1970, in *Dir.giur.*, 1971, p. 733 e ss., con nota di G. DI TRANSO.

⁷⁶ Cass., 21 luglio 1981, n.4703, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *divisione*, c. 760, n. 50. In dottrina si v. G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, p. 454 ss..

⁷⁷ G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, cit., p. 288.

immobili trascritti prima della divisione⁷⁸. Si tratterebbe di una deroga al principio di necessaria identità tra titolari della situazione sostanziale e parti processuali⁷⁹. In ogni caso, con riferimento alla sentenza di divisione conclusiva di un giudizio a contraddittorio non integro la dottrina non ha manifestato opinioni univoche esprimendosi talvolta in termini di inutilità, nel senso di inefficacia⁸⁰, altre volte ritenendo che pur trattandosi di provvedimento invalido, esso sia efficace nei confronti delle parti e dei litisconsorti pretermessi, legittimati tuttavia a farne dichiarare la nullità attraverso il rimedio dell'opposizione di terzo⁸¹. Ancora, vi è chi si esprime nel senso dell'efficacia nei confronti di coloro che abbiano partecipato al processo⁸². In giurisprudenza si assiste ad

⁷⁸ A. PROTOPISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. cod. proc. civ.*, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 1112. La dottrina (G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, cit., p. 463) che «la ratio del litisconsorzio necessario è [...] quella di fornire alle parti del processo un «titolo» che consenta loro di prevalere sulla posizione di soggetti terzi, forniti di «titoli» incompatibili con la situazione giuridica tutelata».

⁷⁹ Al riguardo si v., C. MIRAGLIA, *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, 1984, p. 39

⁸⁰ G. FABBRINI, *Litisconsorzio*, cit., p. 827.

⁸¹ A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria. Art. 404 comma 1 c.p.c.*, Napoli, 1965, p. 651 ss.

⁸² V. DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 14 ss..

un'ingiustificata equiparazione tra il concetto di inutilità, quale forma di inefficacia, e quello di nullità⁸³. I due concetti, come meglio si vedrà, devono essere ben distinti: la validità attiene alla conformità del contratto alle prescrizioni legali; differentemente l'efficacia concerne la produttività degli effetti giuridici ossia il generarsi di un mutamento di una vicenda giuridica. Da questa diversità di nozioni, come è noto, discende che l'invalidità non comporta sempre l'inefficacia⁸⁴.

Parte della dottrina, invece, tende ad un diverso inquadramento del litisconsorzio necessario. Si è rilevato che la rilevabilità d'ufficio in ogni fase del processo del vizio discendente dall'insussistenza di un contraddittorio integro di cui agli artt. 102, 354, 383 e 420 c.p.c., non costituisce un'argomentazione sufficiente a statuirne la nullità.

⁸³ Cass., 15 novembre 1986, n. 6745, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *divisione*, c. 765, n. 24; Cass., 10 febbraio 1986, n. 834, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *divisione*, c. 765, n. 25; Cass., 14 marzo 1973, n. 727, in *Rep. Foro it.*, 1973, voce *divisione*, c. 755, n. 34.

⁸⁴ Così C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 524. Sulla differenza fra i due concetti la dottrina è molto vasta: si v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 39; N. IRTI, *La ripetizione del negozio*, Milano, 1970, p. 170 – 185; V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 345 ss; S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 995 e ss..

La sentenza sarebbe idonea ad acquistare carattere di cosa giudicata nei confronti dei partecipanti al processo e che, pertanto, hanno speso il loro potere di impugnativa. Si tratterebbe, in sostanza, di un provvedimento valido ed efficace nei confronti delle parti del giudizio e, soltanto, inefficace nei confronti dei litisconsorti pretermessi⁸⁵. Si aggiunge che non vi sarebbe alcun contrasto con il summenzionato principio di identità fra titolari della situazione sostanziale e parti del processo in quanto la sentenza sarebbe vincolante solo per coloro che abbiano partecipato al giudizio e, quindi, esercitato il loro diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.. La sentenza avrebbe, cioè, un'efficacia diversa da quella legislativamente prevista, costituendo un'ipotesi di sentenza inutile o, più precisamente, di sentenza non idonea a soddisfare le ragioni dell'attore perché incapace di attribuire allo stesso i beni oggetto di comunione in proprietà esclusiva. Tuttavia,

⁸⁵ G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, cit., p. 251 e ss., 330 e ss., 471 e ss..

sarebbe idonea ad obbligare nei reciproci confronti i partecipanti al giudizio di divisione, essendo per questi incontestabili gli effetti della sentenza. Né può dirsi pregiudicata la posizione del litisconsorte pretermesso, in quanto questi avrebbe, dal canto suo, sia l'opposizione di terzo ordinaria, che l'instaurazione di un autonomo giudizio di divisione nei confronti di tutti i condividenti, non preclusogli dal precedente giudicato in ragione dell'insussistenza di un' identità soggettiva con il precedente giudizio. Né, infine, gli sarebbe precluso di giovare degli effetti della sentenza avutasi in sua assenza. Trattasi, come anticipato, di provvedimento inefficace, ma dei cui effetti qualunque terzo, e pertanto anche il condividente pretermesso, può avvalersi⁸⁶. L'inefficacia della sentenza di divisione resa a contraddittorio non integro, o più precisamente l'idoneità a vincolare i partecipanti al giudizio, e pertanto l'utilità di un tale provvedimento, ferma

⁸⁶ G. COSTANTINO, *o.u.c.*, p. 252 e ss., 319 e ss., 454 e s.; E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 71 - 72 e 73.

restando l'inefficacia nei confronti del condividente pretermesso, comportano che l'interpretazione analogica dell'art. 784 c.p.c., così come delle altre norme dettate con riguardo al litisconsorzio necessario, non possano costituire un valido argomento a sostegno della nullità del contratto di divisione concluso in mancanza di uno dei condividenti. Se, infatti, la sentenza di divisione resa a contraddittorio non integro mantiene una sua utilità nei confronti dei partecipanti ed è inefficace, e non già nulla, nei confronti del condividente pretermesso, allo stesso modo il contratto di divisione cui non abbiano partecipato tutti i comunisti non può subire la declaratoria di nullità.

4. L'art. 735 c.c. e la divisione fatta dal testatore

L'art. 734 c.c., com'è noto, consente, nell'ambito della disciplina delle successioni *mortis causa*, al testatore di procedere alla divisione dei beni fra i suoi eredi⁸⁷. Trattasi di espressione del

⁸⁷ Al riguardo si v. A. BURDESE, cit., p. 253; L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano 1954, p. 13; G. AMADIO, *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni*, a

principio di autonomia testamentaria, ovvero del più ampio potere del *de cuius* di disporre dei propri beni per testamento attribuendoli in tutto o in parte ai propri eredi, al fine, di regola, di prevenire liti fra i coeredi. In sostanza, il testatore, mediante disposizioni testamentaria di contenuto distributivo – attributivo, provvede all'assegnazione ai successibili di tutti o di parte dei beni componenti l'asse ereditario, così impedendo l'instaurarsi della comunione ereditaria⁸⁸. Ne consegue, che i beni oggetto di attribuzione vengono acquistati dagli eredi sin dal momento di apertura della successione, direttamente dal *de cuius* e con effetto reale.

Fra i mezzi di impugnazione della divisione disposta dal testatore vi è l'art. 735 c.c., secondo cui è «nulla» la divisione in cui il

cura di P. Rescigno, vol. II, Padova, 1994; A. MORA, *La divisione disposta dal testatore*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 308.

⁸⁸ A. BURDESE, cit., p. 251. Non manca, ma trattasi di opinione isolata in dottrina, chi ritiene (G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. II, Milano, 2002, II ed., p. 764) che « vi è pur sempre un momento logico, anche se non cronologico, di comunione ereditaria. La fattispecie prevista dall'art. 734 c.c. si compone, infatti, di due negozi autonomi ancorché collegati (l'istituzione e la divisione), com'è evidenziato anche dall'art. 735 c.c. che dichiara nulla per preterizione la divisione, ma non l'istituzione».

testatore non abbia «compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti». Come rilevato, trattasi di formula «alquanto infelice»⁸⁹, che deve esser letta necessariamente alla luce del disposto dell'art. 734 c.c. dal quale emerge che la divisione del testatore può essere anche solo parziale ed avere ad oggetto la sola parte disponibile dell'eredità: «la divisione del testatore, che abbia ad oggetto una quota soltanto dell'asse ereditario, viene integrata dalla legge, mediante il concretamento automatico della quota *ab intestato* nelle *ceterae res* della massa contemplata dal disponente. In tal modo è salvaguardata, anche in questo caso, la funzione obiettiva della divisione testamentaria, che si esprime nel concetto di *distributio hereditatis*»⁹⁰. Ne discende che nel caso in cui il testatore abbia diviso i propri beni attribuendoli a eredi non legittimari, ma lasciando beni sufficienti a soddisfare la quota dei legittimari pretermessi, la preterizione o non c'è o può definirsi

⁸⁹ L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 100.

⁹⁰ L. MENGONI, *o.u.c.*, p. 107.

solo formale e, pertanto, non giustifica la grave sanzione della nullità. Conseguentemente, si afferma che l'art. 735 c.c. non possa essere interpretato letteralmente, con l'effetto di rendere nulla qualsivoglia divisione testamentaria, non attributiva di beni ai legittimari o agli eredi istituiti, ma nel solo caso in cui, dalla divisione disposta dal testatore, non residuino beni sufficienti a formare le porzioni dei legittimari pretermessi, ovvero quando la preterizione possa dirsi sostanziale⁹¹. Si è soliti ravvisare il fondamento della disposizione in esame nel principio, ben consolidato nella dottrina tradizionale, secondo cui «ogni divisione è nulla, quando non comprende tutti gli aventi diritto»⁹². Tuttavia, come si cercherà di dimostrare, tale affermazione non è supportata da alcun fondamento normativo e, soprattutto, appare molto difficile ricavare da una siffatta interpretazione dell'art. 735 c.c.

⁹¹ A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 261; P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 335; A. MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria. La divisione*, cit., p. 312; G. CAPOZZI, *o.u.c.*, p. 770.

⁹² L. MENGONI, *o.c.*, p. 104; A. BURDESE, *o.u.c.*, 261; A. CICU, *La divisione ereditaria*, cit., p. 45; P. FORCHIELLI, *o.u.c.*, p. 336.

argomenti utili a sostegno della tesi che ritiene nulla la divisione contrattuale cui non partecipi uno dei dividendi. La disposizione in esame sembra, piuttosto, supportata dall'esigenza di tutelare i legittimari pretermessi, nonché di rivedere un regolamento contrattuale che trova la propria fonte in una volontà negoziale ormai irripetibile, qual' è quella espressa dal testatore. Si aggiunge, che alla base della sanzione della nullità prescritta dall'art. 735 c.c. vi sarebbe l'intento di riparare ad una disfunzione del regolamento divisionale prospettato dal testatore ovvero ad un contrasto tra volontà astratta, concernente le quote, e volontà concreta, riguardante le porzioni⁹³. Inoltre, se si volesse rinvenire la disciplina della divisione contrattuale nell'art. 735 c.c., al fine di decretarne la nullità in caso di mancato intervento di uno dei dividendi, sarebbe necessario, per coerenza, affermare che il contratto di divisione è nullo qualora allo stesso non intervengano tutti gli aventi diritto e non residuino al di fuori del regolamento

⁹³ E. MINERVINI *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 74.

divisionale beni sufficienti a soddisfare il convivente escluso. Tuttavia, l'infondatezza di un tale ragionamento è di tutta evidenza non potendosi riconoscere la validità di un regolamento divisionale di fonte contrattuale in cui si lascino al di fuori delle assegnazioni beni sufficienti a soddisfare la quota del convivente escluso. È evidente che si esporrebbe il comunista non partecipante ad un pregiudizio non indifferente, cui si aggiungerebbe la mancanza di un qualsivoglia rimedio.

5. La struttura del contratto di divisione

L'analisi concernente il ruolo del soggetto nella divisione, e quindi della sorte del negozio divisorio in caso di esclusione di uno dei conviventi, impone preliminarmente di valutare l'eventuale inquadramento del contratto di divisione nell'ambito della

categoria dei contratti plurilaterali⁹⁴. Nonostante il legislatore del '42 abbia espressamente disciplinato i contratti plurilaterali agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c. non si può affermare, almeno in dottrina, che i dubbi relativi alla configurazione di una categoria unitaria abbiano avuto una soluzione univoca⁹⁵. Diversamente, in giurisprudenza si è ritenuto di poter costruire un concetto unitario di contratto plurilaterale fondato sui due elementi della pluralità delle parti e dello scopo comune delle prestazioni⁹⁶. Non sarebbe, cioè, sufficiente per riconoscere ad una fattispecie la struttura

⁹⁴ A. BELVEDERE, voce «Contratto plurilaterale», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989; G. FERRI, voce «Contratto plurilaterale», in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, p. 679 ss.; B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 476 ss.; F. MESSINEO, voce «Contratto plurilaterale e contratto associativo», in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 140 ss.; S. MAIORCA, voce «Contratto plurilaterale», in *Enc. giur.* Treccani, vol. IX, Roma, 1988; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1976, p. 15 ss.; P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971.

⁹⁵ F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., p. 17 afferma che «la mancanza di norme comuni a tutti i contratti nei quali si sono ravvisati i caratteri della comunione di scopo impedisce, manifestamente, di parlare di quei contratti come una categoria unitaria: se la disciplina dei contratti non subisce deroghe per il fatto, in sé considerato, che i contraenti perseguono il medesimo scopo anziché scopi contrapposti, viene menolta ragione di distinguere, giuridicamente, tra contratti di scambio e contratti con comunione di scopo». Nello stesso senso si esprime B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 520 secondo cui le norme relative ai contratti in esame non costituiscono «frammenti di una disciplina più ampia dei contratti plurilaterali», piuttosto soddisfano l'esigenza di «allargare il principio di conservazione del contratto a queste particolari ipotesi contrattuali caratterizzate dalla presenza di più parti».

⁹⁶ Cass., 21 giugno 1965, n. 1292, in *Foro it.*, 1966, I, c. 509; Cass., 30 marzo 1979, n. 1843, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 298; Cass., 25 febbraio 1986, n. 1180, in *Vit. not.*, 1986, p. 290.

plurilaterale l'eventualità che ad essa debbano o possano partecipare più di due centri di interesse⁹⁷. Si tratterebbe, piuttosto, di un contratto qualificabile "a più parti" e non già plurilaterale, essendo la partecipazione di più contraenti «elemento necessario ma non sufficiente, richiedendosi l'ulteriore elemento della comunanza di scopo»⁹⁸. Sarebbe proprio tale ultimo elemento a contraddistinguere i contratti plurilaterali dai contratti di scambio nei quali, appunto, lo scopo è contrapposto⁹⁹.

Tuttavia, non sono mancate in dottrina affermazioni secondo cui vi siano nel nostro ordinamento contratti plurilaterali muniti della comunanza di scopo e contratti plurilaterali privi di tale

⁹⁷ S. MAIORCA, voce «*Normativo (contratto)*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, p. 187. Secondo l'A. vi sono contratti, quali la cessione del contratto (art. 1406 c.c.) e la delegazione (1268 c.c.) cui devono necessariamente partecipare tre soggetti da definirsi come "a numero fisso", diversamente da quelle fattispecie, non costituenti una categoria unitaria, in cui il numero dei partecipanti dipende dalla fattispecie di riferimento, qualificabili contratti plurilaterali "per relationem". Infine, vi sarebbero quei contratti, quali quello di società o di associazione il cui numero dei partecipanti varia anche ed indipendentemente dalla fattispecie di riferimento. Nello stesso senso si v. A. BELVEDERE, voce «*Contratto plurilaterale*», cit., p. 271.

⁹⁸ E. ROPPO, voce «*Contratto*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 99. Per la distinzione fra contratti con pluralità di parti e contratti plurilaterali funzionali al conseguimento di uno scopo comune v. S. MAIORCA, voce «*Contratto plurilaterale*», cit., p. 2.

⁹⁹ G. FERRI, voce «*Contratto plurilaterale*», cit., p. 679.

elemento¹⁰⁰. Ciò posto, occorre soffermarsi sull'elemento della comunione di scopo al fine di valutare l'eventuale qualificazione del contratto di divisione nell'ambito dei contratti plurilaterali. In dottrina si è affermato con certezza che questa non possa essere individuata nella comunione dei motivi poiché il motivo «non è l'elemento individuatore di una determinata categoria di contratti – come invece è senza dubbio lo scopo comune nella formulazione dell'art. 1420 c.c. – perché può darsi in qualsiasi contratto che le parti stipolino per un motivo comune»¹⁰¹. La dottrina ha così abbandonato una valutazione concernente la struttura soggettiva del contratto plurilaterale per giungere all'analisi del suo contenuto e cioè delle prestazioni che ne formano oggetto, affermandosi che l'interesse di ciascuna parte non trovi la propria soddisfazione nell'esecuzione della prestazione di altra parte, ma necessiterebbe di «un ulteriore elemento, e precisamente lo

¹⁰⁰ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, libro IV, t. II, Torino, 1961, p. 59

¹⁰¹ A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 682.

svolgimento di un'attività in comune»¹⁰² : l'esecuzione delle prestazioni, e quindi il compimento di quell'attività cui esse tendono, costituirebbe lo scopo comune proprio dei contratti plurilaterali. Con riguardo alla sussistenza di tale elemento nel contratto di divisione le opinioni manifestate non sono univoche. Qualora si dovesse ritenere manchevole il detto requisito, dovrebbe venir meno ogni argomentazione a favore della qualificazione del contratto divisorio in termini di plurilateralità¹⁰³. Non manca, tuttavia, in dottrina chi ha qualificato il contratto di divisione plurilaterale affidandosi solo alla circostanza della

¹⁰² G. FERRI, voce «*Contratto plurilaterale*», cit., p. 680. Al riguardo parte della dottrina (A. MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria. La divisione*, cit., p. 248 nota 131), rileva lucidamente che qualora si dovesse negare la necessaria sussistenza dell'elemento dello scopo comune al fine di riconoscere struttura plurilaterale ad un contratto si arriverebbe a concludere che la sola distinzione rispetto ai contratti di scambio andrebbe ravvisata nella pluralità delle parti. Avvalorando così la tesi (B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, cit., p. 520) che considera la disciplina dei contratti plurilaterali un'inutile ripetizione della normativa contenuta nelle singole previsioni contrattuali, giustificata, piuttosto, solo da una motivazione politica volta al riconoscimento di interessi corporativi.

¹⁰³ Così A. MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria. La divisione*, cit., p. 248. Nega tale caratteristica al contratto di divisione G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, p. 495 nota 1 secondo cui il contratto di divisione sarebbe annoverabile fra quelli che «*dirimunt partes*» e non già fra quelli che «*communione adferunt*».

partecipazione di una pluralità di parti¹⁰⁴. In ogni caso, coloro che ritengono sussistente nel contratto di divisione l'elemento della comunanza di scopo si dividono sul significato dello stesso. Se, infatti, per alcuni la comunanza di interessi deve individuarsi nello scioglimento della comunione attraverso la formazione di porzioni di valore corrispondente al valore delle quote di diritto¹⁰⁵, per altri consisterebbe nella reciproca e contestuale estinzione del rapporto giuridico di comunione dei diritti con contestuale costituzione di diritti di proprietà solitaria¹⁰⁶. Diversamente si esprime chi, in ragione della «complementarietà degli interessi in gioco» ritiene che il contratto di divisione non abbia comunanza di scopo essendo le parti «di regola a numero fisso o predeterminato»¹⁰⁷. Ciò in quanto, il comune interesse dei contraenti di procedere alla

¹⁰⁴ P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 17, ritiene, pertanto, che il contratto di divisione in cui intervengano solo due parti non possa essere qualificato plurilaterale. Prescinde dallo scopo comune al fine di riconoscere al contratto di divisione natura plurilaterale C. MIRAGLIA, *Sull'applicabilità alla divisione delle cose comuni delle norme sulla divisione dell'eredità: gli artt. 732, 757 e 758 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 79.

¹⁰⁵ A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 118.

¹⁰⁶ F. MESSINEO, voce «*Contratto Plurilaterale*», in *Enc. dir.*, 1962, X, p. 139 e ss.

¹⁰⁷ Così S. MAIORCA, *Il contratto. Profili della disciplina generale*, Torino, 1981, p. 29.

divisione dei beni comuni non costituisce la funzione primaria del contratto, ma un diverso modo di atteggiarsi della “comune intenzione” che si traduce nella «funzione di consueto contratto ad effetti immediato di interessi»¹⁰⁸. Diversamente, si esprime chi ritiene che il contratto di divisione sia inquadrabile fra quelli plurilaterali semplici in quanto in esso le parti non sono necessariamente più di due ma sono tante quanti sono i comunisti¹⁰⁹. In sostanza, non tanto la concreta partecipazione di più di due parti, quanto piuttosto la sola idoneità del contratto di divisione a ricevere una pluralità di manifestazioni negoziali sarebbe criterio discretivo ai fini della classificazione del contratto di divisione fra i contratti plurilaterali¹¹⁰. Autorevolmente, si è ritenuto, invece, che al contratto di divisione non sarebbero applicabili le norme sui contratti plurilaterali, in quanto la necessaria partecipazione di tutti i condividenti, pena la nullità del

¹⁰⁸ S. MAIORCA, voce «Contratto plurilaterale», cit., p. 13.

¹⁰⁹ L. FERRI, *Lezioni sul contratto, Corso di diritto civile*, Bologna, 1987, p. 181 e 182.

¹¹⁰ G. GAZZARA, voce «Divisione della cosa comune (diritto privato)», in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1964, p. 422.

contratto, renderebbe superflua ogni valutazione in ordine alla essenzialità della partecipazione della parte la cui manifestazione contrattuale è viziata. Affermando che appartiene al tipo contrattuale la partecipazione al contratto di tutti i contitolari al fine di realizzare la funzione della divisione, ossia l'apporzionamento di ciascun comunista, ne consegue che la nullità o l'annulabilità del vincolo riguardante uno dei contraenti, e l'incidenza di tale circostanza sull'intero vincolo contrattuale, trovano risposta nella relativa sede contrattuale¹¹¹, in quanto la caducazione degli effetti relativamente ad uno dei contraenti impedirebbe il realizzarsi della funzione della divisione¹¹². In sostanza, se è vero che l'interesse sotteso all'art. 1420 c.c. è da rinvenirsi nell'estensione del principio di conservazione ai contratti caratterizzati dalla presenza di più di due parti, e aventi una struttura che prescinde dal numero delle parti ossia a struttura

¹¹¹ E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 88.

¹¹² A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 254

variabile ¹¹³ , l'indagine, secondo le circostanze, relativa all'essenzialità del vincolo di una parte ha la sua ragion d'essere solo ove si accerti preventivamente che il contratto è, appunto, a struttura variabile. Diversamente, il contratto è nullo in base ai principi generali, in quanto l'essenzialità non è un elemento che dipende dalla struttura del contratto, quanto piuttosto da una valutazione nel concreto solo ove, come detto, si accerti l'indifferenza della manifestazione negoziale di uno dei contraenti rispetto alla struttura del contratto¹¹⁴. Da altro angolo visuale si afferma che il contratto di divisione di cui sia accertata la nullità del vincolo negoziale di uno dei partecipanti genera la caducazione dell'intero contratto proprio in ragione di una pedissequa applicazione dell'art. 1420 c.c., posto che nella divisione la

¹¹³ Cfr. fra tutti G. FERRI, voce «*Contratto plurilaterale*», cit., p. 680; T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 108 ss.

¹¹⁴ Il concetto è già stato sviluppato da E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 88.

partecipazione di tutti i comunisti è da considerarsi essenziale¹¹⁵. A conferma di ciò si è rilevato, soffermandosi sull'irrilevanza dell'accertamento della nullità del vincolo dell'erede c.d. apparente nella divisione ereditaria, data la non essenzialità della sua partecipazione, che «non si deve valutare se la mancata partecipazione di un contraente, che sarebbe valida, possa incidere sulle sorti del contratto, ma si deve verificare se l'esclusione, per nullità del vincolo giuridico, di una parte, possa trascinare a nullità l'intero contratto»¹¹⁶.

La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, seppur con una pronuncia risalente nel tempo, a sostegno della plurilateralità del contratto di divisione, ha affermato che la mancata partecipazione di uno dei dividendi al contratto di divisione impedisca il perfezionamento del contratto ai sensi dell'art. 1325 c.c.¹¹⁷.

¹¹⁵ A. CICU, *La divisione*, cit., p. 45; ID., *Successioni*, cit., p. 423; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, cit., p. 740; A. BURDESE, *La divisione*, cit., p. 118.

¹¹⁶ C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale*, cit., p. 149.

¹¹⁷ Cass., 11 maggio 1967, n. 980, in *Foro it.*, 1967, I, c. 1475 c.c.

CAPITOLO II

1. L'attività dispositiva sul patrimonio altrui

Per atto di disposizione si intende qualunque attività giuridica mediante la quale si aliena, limita, rinunzia o modifica un diritto patrimoniale ¹¹⁸ . Molteplici sono le elaborazioni dottrinali sviluppatasi in ordine al potere di disposizione e alla fonte dello stesso. Tradizionalmente, si è soliti definire il potere di disposizione come parte del contenuto del diritto soggettivo: «dall'essenza del diritto soggettivo per il quale la tutela dell'interesse è rimessa alla volontà del titolare discende la conseguenza della necessità di una manifestazione di tale volontà, perché possa verificarsi un trasferimento del diritto» ¹¹⁹ . Preliminarmente, e senza ambizione di completezza occorre precisare che ci si riferisce al diritto soggettivo quando è riconosciuta alla volontà di un soggetto il potere di agire per il

¹¹⁸ C. M. BIANCA, *La responsabilità*, V, *Diritto Civile*, Milano, 1994, p. 450.

¹¹⁹ F. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, II, Padova, 1931, p. 175 e 225; S. PUGLIATTI, *Introduzione ad una teoria dei trasferimenti coattivi*, in *Annali della R. Univ. di Messina*, V, 1927, 48 e 55.

soddisfacimento dei propri interessi: «interesse» e «volontà» sono quindi gli elementi costitutivi del diritto soggettivo¹²⁰. Il diritto soggettivo ha, pertanto, un proprio contenuto che si traduce in una sintesi di facoltà e poteri. Le prime costituiscono manifestazione del diritto cui appartengono. Diversamente, il potere di disposizione si individua in quelle «condotte del titolare cui l'ordinamento ricollega la produzione di specifiche conseguenze giuridiche (effetti giuridici)»¹²¹ ovvero l'attuazione di atti ritenuti dall'ordinamento idonei ad incidere su una situazione giuridica di cui è titolare l'agente al fine di estinguerla o trasferirla ad altri¹²². Risulterebbe, così preclusa ogni attività dispositiva al non titolare della situazione giuridica soggettiva, essendo, si ritiene, il negozio

¹²⁰ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, a cura di G. Trabucchi, p. 8 e 47. La bibliografia in tema di diritto soggettivo è vastissima. Cfr. fra tutti A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, p. 5; D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, p. 1 e ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, I, 1, Torino, 1987, p. 340; S. PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 305; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 589. C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982; A. GENTILI, *A proposito de il «diritto soggettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 367.

¹²¹ E. QUADRI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2010, p. 103.

¹²² E. QUADRI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, cit., p. 103.

giuridico «un imperativo circoscritto a certi interessi privati». Ne consegue la necessaria sussistenza in chi lo pone in essere di una «competenza» a dettare una regola per tali interessi¹²³: se si fuoriesce dalla propria sfera giuridica si è privi, appunto, di competenza ovvero di quel potere necessario ad attribuire efficacia ad un negozio, che si può definire «potere di disposizione»¹²⁴. Il potere di disposizione è, quindi, esplicazione di tale competenza ovvero dell'idoneità ad incidere su una certa sfera giuridica.

Non manca, tuttavia, chi si esprime in senso difforme attribuendo al non titolare della situazione giuridica soggettiva un potere di disposizione, non costituendo la «sanzione» dell'irrilevanza una

¹²³ E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1942, p. 277. È nota la teoria «preceettiva»(C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 362) espressa dall'Autore circa il ruolo della volontà nel negozio, il quale afferma che «la norma giuridica non è l'unica forma dell'imperativo giuridico» poiché anche il negozio giuridico realizza «imperativi giuridici quantunque di portata assai circoscritta» che necessitano nell'agente, ai fini dell'efficacia «una corrispondente potestà di comando, ossia una competenza normativa».

¹²⁴ L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, in *Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, a cura di P. Perlingieri, 44, Napoli, 2011, p. 31.

regola generale¹²⁵. Il potere di disposizione dovrebbe, quindi, essere sganciato dalla sussistenza di un diritto soggettivo, rilevando la relazione fra il soggetto disponente ed il diritto di cui si dispone solo con riguardo all'efficacia. La titolarità della situazione giuridica soggettiva sarebbe, cioè, presupposto per il realizzarsi dello spostamento patrimoniale del diritto di cui si dispone nella sfera giuridica dell'avente causa. In mancanza l'effetto sarebbe esclusivamente di carattere obbligatorio assumendo il disponente un'obbligazione, che potrebbe comunque essere ricondotta ad un più generale potere di disposizione con rilevanza obbligatoria. L'attività dispositiva sarebbe, quindi, una componente della capacità di agire come tale riconducibile a qualsiasi soggetto munito di detta capacità, prescindendo dalla sussistenza della situazione giuridica nel patrimonio del

¹²⁵ L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 27. In senso conforme anche R. CICALA, *Il rapporto giuridico*, Milano, 1959, p. 64. Più di recente, F. RINALDI, *La donazione di bene altrui*, cit., p. 86.

disponente¹²⁶. Tuttavia, pur avendo detta impostazione il «merito» di aver distinto l'attività dispositiva dal contenuto del diritto soggettivo, si rileva che il potere di disposizione non costituisce una *qualitas* del soggetto o dell'oggetto, ma piuttosto è da individuarsi in una relazione sussistente tra «un dato soggetto e un dato patrimonio, rapporto che funziona da presupposto o condizione della rilevanza dei negozi giuridici compiuti dal soggetto sul patrimonio»¹²⁷. Si tratterebbe, così, di un potere giuridico autonomo e non già di una mera possibilità di fatto. Non mancano in dottrina opinioni volte a confutare un'autonoma configurazione del potere di disposizione ritenendosi che occorrerebbe ridimensionare la portata di un tale problema, generalmente riferito alla teoria generale, preferendosi condurre l'indagine con riguardo all'impostazione e alla soluzione dei

¹²⁶ La ricostruzione è proposta dalla dottrina tedesca per le cui indicazioni bibliografiche v., F. RINALDI, *La donazione di bene altrui*, cit., p. 86.

¹²⁷ L. CARIOTA FERRARA, *o.u.c.*, p. 37.

concreti problemi di diritto positivo¹²⁸. La questione inerente il confluire del potere di disposizione all'interno o all'esterno del diritto soggettivo deriverebbe da un'impostazione troppo formale del problema che individua detto potere nell'idoneità a porre in essere l'atto di disposizione, differentemente da una più adeguata impostazione di tipo materiale ovvero interessata al concreto realizzarsi di un interess¹²⁹: il potere di disposizione costituisce «espressione tra le più equivoche»¹³⁰. Del resto, il riferimento al potere di disposizione è emerso nel tentativo di fornire una spiegazione ad alcuni istituti in cui l'effetto traslativo è realizzato da un soggetto diverso dal titolare del diritto trasferito, senza aver, però, una preventiva individuazione degli elementi costitutivi del

¹²⁸ L'opinione è di F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977, p. 200 ed il riferimento è a R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, p. 164.

¹²⁹ F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., p. 200;

¹³⁰ S. PUGLIATTI, *Saggi di diritto civile, Metodo, teoria e pratica*, Milano, 1951, p. 7, il quale afferma con riferimento al potere di disposizione che «periodicamente si rinnova attorno ad esso, ed appare ora più ora meno vivo ed intenso, l'interesse degli studiosi, e si rinnovano pure le dispute e le discussioni (...) che (...) se hanno fatto nascere nuove questioni e suscitato nuovi problemi (...) non hanno contribuito a precisare il concetto, né sotto il profilo funzionale, né sotto quello strutturale; e forse neppure sono riuscite a vincere lo scetticismo e la sfiducia che fanno dubitare circa l'opportunità della sua adozione».

concetto che ha quindi necessitato una rielaborazione sistematica¹³¹.

2. Il «patrimonio» ed i «terzi»

Strettamente correlata alla questione dell'attività dispositiva è quella concernente la corretta individuazione dei concetti di «patrimonio» e di «terzo» al fine di valutare la sorte, ovvero l'inefficacia o l'invalidità, dei negozi compiuti sul patrimonio altrui.

Nell'impossibilità di elencare tutte le ipotesi normative e le fattispecie giuridicamente rilevanti in cui il concetto di patrimonio «ovvero atti, fatti e situazioni che trovino una qualificazione in relazione al patrimonio o ad un patrimonio»¹³², è utile, ai nostri fini, rilevare che la menzione del patrimonio è presente in molteplici norme del Codice Civile con significato e finalità fra di

¹³¹ R. TOMMASINI, *Limiti legali e convenzionali al potere di disporre*, in *Limiti convenzionali e legali al potere di disporre*, a cura del Comitato Reginale Notarile della Sicilia, Palermo, 1994, p. 13.

¹³² Così V. M. TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1982, p. 271. Il quale si riferisce alle specifiche trattazioni inerenti i concetti di patrimonio autonomo e patrimonio separato. A tale ultimo riguardo per una ricostruzione e distinzione dei suddetti istituti R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, p. 1 e ss..

loro eterogenee¹³³. Il concetto è oggetto di analisi sotto più profili e da diversi angoli visuali, ma «presenta una nota costante: essere una “entità composita” risultante da elementi suscettibili di valutazione economica». Ciò discende dall'impossibilità che il patrimonio sia costituito da una sola cosa o da un solo bene e dal tenore letterale dell'art. 1174 c.c., che individua fra i requisiti della prestazione dell'obbligazione, e quindi delle rispettive posizioni di debito e credito, la patrimonialità¹³⁴.

Per individuare, quindi, il contenuto del patrimonio sotto il profilo qualitativo il criterio discretivo è sicuramente quello fornito dal requisito della patrimonialità, sia per ciò che concerne le situazioni attive che passive. Esso è il «complesso dei rapporti giuridici valutabili in danaro» e quindi non solo delle situazioni attive, ma

¹³³ Si pensi agli articoli del Codice Civile inerenti le persone giuridiche: 16 commi 1 e 2, 24 comma 4, 28 comma 1, 30; o in relazione allo scomparso 48 comma 1; o a proposito del beneficio di inventario: 490 comma 1 e 2 n. 3; per la successione testamentaria: 588 comma 2; in tema di legati 654 commi 1 e 2; in materia di società 2267 e 2268; riguardo all'azione revocatoria 2901 comma I. ecc..

¹³⁴ V. M. TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, cit., p. 273.

anche di quelle passive¹³⁵. È questo il contenuto del patrimonio inteso in senso giuridico, diversamente dal patrimonio inteso in senso economico ovvero «al netto, cioè come l'insieme dei valori che rimangono dopo detratte le passività»¹³⁶. Sotto il profilo quantitativo, perché possa dirsi esistente un patrimonio è necessario che sussista un rapporto, una relazione fra titolare e un *quid* valutabile in termini economici. L'appartenenza ad un dato soggetto di diritto di un patrimonio comporta la titolarità in capo allo stesso degli elementi che compongono il patrimonio ovvero di ogni situazione attiva o passiva valutabile in termini economici. Sussiste quindi un collegamento tra gli elementi componenti il patrimonio, discendente dall'unicità del titolare della situazioni giuridiche che lo compongono. Pertanto, la riconducibilità di una

¹³⁵ L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 1; A. PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 394, secondo cui « il patrimonio non va considerato unitario oggetto di diritto, ma è l'insieme dei rapporti giuridici con diretta rilevanza economica di cui una persona sia titolare; come tale, il patrimonio è composto di diritti ed obblighi aventi ciascuno il proprio oggetto. Esso è quindi una parte della sfera giuridica del soggetto (nella quale si comprendono anche diritti di natura personale, diritti di famiglia, diritti pubblici, ecc.)». Si v. anche F. BOCCHINI, IN F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011, p. 93

¹³⁶ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 394.

situazione giuridica ad un patrimonio, e ciò risulta utile al fine di qualificare l'attività dispositiva che la concerne come inerente un bene proprio o altrui, deriva dalla sussistenza di una relazione con gli altri beni del titolare, tale per cui quei beni costituiscano «un'entità composita»¹³⁷.

Ciò posto occorre individuare la nozione di terzo, non molto agevole da definire in quanto spesso utilizzata per ricomprendere fattispecie fra loro eterogenee. Sono terzi rispetto ad un negozio coloro nei cui confronti il negozio non è in grado di esplicare effetti almeno diretti: «chi non partecipa al negozio, è estraneo, è terzo di fronte ad esso»¹³⁸. In sostanza, colui che non esprime la manifestazione di volontà contrattuale, e quindi non è parte dell'autoregolamento, non può definirsi centro autonomo di interessi ed è, pertanto, terzo. La dottrina tradizionale è solita distinguere quattro categorie di terzi rispetto agli effetti del

¹³⁷ V. M. TRIMARCHI, *o.c.*, p. 277.

¹³⁸ L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 1.

negozio a seconda che siano «parti del rapporto ma estranei al negozio», partecipino «dell'interesse» ma siano estranei al negozio, ed in una posizione giuridica subordinata a quella della parte, o, ancora, interessati, ma in una posizione giuridica «indipendente e incompatibile con gli effetti del negozio» o, infine, «normalmente indifferenti» ed in una posizione giuridica compatibile, ma «legittimati a reagire quando risentano un illecito pregiudizio dagli effetti del negozio»¹³⁹. Nell'ipotesi di attività dispositiva sul patrimonio altrui, la parte disponente pur essendo fornita della legittimazione al negozio è, tuttavia, «sfornita della legittimazione a mettere in giuoco la posizione giuridica» del terzo¹⁴⁰. In tale caso, infatti, si verifica un caso di estraneità non solo al negozio, ma anche al patrimonio. Il disponente è parte negoziale, ma non è

¹³⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. 262; sul concetto di terzo si v. fra tutti, P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano 1958, p. 227; B. BIONDI, *Donazione e contratto a favore del terzo*, in *Foro it.*, 1958, I, c. 55; F. MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 196; U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 7; R. NICOLO', *Deposito e contratto a favore del terzo*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 533; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, p. 435

¹⁴⁰ E. BETTI, *o.u.c.*, p. 262.

invece titolare del bene di cui dispone; il titolare del patrimonio è a sua volta titolare della situazione giuridica, ma estraneo rispetto al negozio¹⁴¹.

3. Il concetto di legittimazione

La necessità di coniugare il soggetto disponente con il patrimonio altrui al fine di superare la generale irrilevanza giuridica di una siffatta attività dispositiva, impone all'interprete di definire la relazione tra soggetto disponente e situazione giuridica di cui si dispone in termini di legittimazione. Questa costituisce un «presupposto soggettivo - oggettivo» di efficacia del negozio, sussistendo, appunto, una relazione fra soggetto e oggetto del negozio giuridico. Tale relazione si esprime in termini di competenza ovvero di legittimazione a giovare o a subire gli effetti di un dato negozio giuridico che deriva da una particolare posizione che il soggetto agente ha verso gli interessi oggetto di autoregolamento. Occorre, cioè valutare la direzione degli effetti e

¹⁴¹ F. RINALDI, *La donazione di bene altrui*, cit., p. 75.

la provenienza degli stessi affinché possano modificare la realtà giuridica in conformità all'idea avuta dalle parti, essendo necessaria una coincidenza fra parte del negozio e titolare del diritto: è legittimato chi «ha il potere di manifestare la propria volontà con effetti rispetto ad una data situazione giuridica»¹⁴². La legittimazione è quindi un antecedente logico, prima ancora che giuridico, dell'attività dispositiva, con la precisazione che quando a disporre è il non titolare della situazione giuridica di cui si dispone si è soliti parlare di «legittimazione di secondo grado» al fine di distinguerla dalla legittimazione «per diritto proprio»¹⁴³. Tale ultimo concetto deve esser ben distinto dal potere di agire e dalla capacità di agire. Quest'ultima è direttamente proporzionale all'idoneità di ciascun soggetto alla cura dei propri interessi e, pertanto, deve esser distinta dal potere di agire ovvero

¹⁴² A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 135

¹⁴³ Le definizioni sono di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 223. In senso contrario L. MENGONI, *Acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 19 e 40, secondo cui per porre in essere un atto di disposizione occorre la capacità d'agire essendo l'attività dispositiva espressione di detta capacità.

dall'idoneità a tutelare gli interessi altrui mediante l'autorizzazione della legge o dello stesso interessato¹⁴⁴. Al riguardo, la dottrina rileva che affinché si concluda un negozio giuridico valido ed efficace occorre che il soggetto agente sia munito della capacità ed del potere di agire. Vi sono, tuttavia, casi in cui a porre in essere il negozio sia un soggetto diverso da quello nella cui sfera giuridica debbono prodursi gli effetti. Ed è in questi casi che si è soliti fare ricorso al concetto di legittimazione al negozio ¹⁴⁵ . La legittimazione, pertanto, riguarderebbe un particolare rapporto che il soggetto ha con l'oggetto del negozio ovvero della «competenza del soggetto rispetto alla materia che il negozio è destinato a regolare»¹⁴⁶. Diversamente, il requisito della capacità ha la sua ragion d'essere nell'elemento soggettivo del negozio

¹⁴⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 34 che rileva la differenza rispetto alla capacità giuridica ovvero «l'attitudine alla titolarità di poteri e doveri giuridici». Al riguardo si v. P. RESCIGNO, *Capacità giuridica (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 873; A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8.

¹⁴⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *o.c.*, p. 131.

¹⁴⁶ P. RESCIGNO, *voce Legittimazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, X, Torino, 1993.

ovvero «nell'esigenza che l'autore di questo sia in grado di rendersi conto di quanto fa o dichiara»¹⁴⁷.

La legittimazione può essere intesa in una duplice accezione quale espressione o del potere di agire, inteso quale potere di esercitare un diritto altrui conferito dalla legge o dalla volontà delle parti, o del potere di disporre concernente quei casi in cui l'attività dispositiva è riservata dalla legge o dall'interessato a persona diversa dal titolare del diritto¹⁴⁸. In sostanza la legittimazione attribuisce ad un soggetto la possibilità di disporre con efficacia di una situazione giuridica in quanto l'agente si trova in una posizione, rispetto all'oggetto del negozio, «normativamente considerata come momento integrante della fattispecie

¹⁴⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 367, ciò deriverebbe da un «raffronto fra facoltà e capacità di disporre. La capacità è qualità della persona, potenzialità valutabile rispetto a quanto può essere oggetto di disposizione». Il negozio risulta invece viziato quanto alla legittimazione «allorché manchi alla parte – pur capace in linea generale – la specifica idoneità patrimoniale attiva o passiva, ossia la competenza a divenire soggetto attivo o passivo di quel tipo di rapporto giuridico o di situazione giuridica cui il negozio dovrebbe dar vita, o di cui dovrebbe predisporre la nascita, avuto riguardo alla posizione di essa parte rispetto all'oggetto o in confronto della controparte».

¹⁴⁸ P. RESCIGNO, voce *Legittimazione*, cit., p. 520

complessiva dell'effetto»¹⁴⁹. Ne consegue che colui che dispone del patrimonio altrui esercita allo stesso tempo un potere giuridico consistente nell'assunzione di obbligazioni giuridicamente vincolanti e una facoltà ovvero che il negozio sull'altrui patrimonio pur essendo irrilevante verso il terzo resta efficace tra le parti.¹⁵⁰

Da altro angolo visuale vi è chi rileva che la legittimazione non costituisca una mera autorizzazione dell'ordinamento al compimento del negozio ovvero una «libertà accordata». Essa dovrebbe, piuttosto, esser collocata nell'ambito dell'art. 2 Cost., quale diritto fondamentale della persona. La legittimazione sarebbe «espressione del singolo della propria personalità nel contesto sociale».

¹⁴⁹ L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 36, il quale distingue tra capacità d'agire e legittimazione individuando nella prima «una qualità del soggetto, deriva cioè da una situazione di fatto del soggetto in sé, necessaria per il valido compimento di un atto di disposizione, tipicamente considerato sotto specie dell'astratto schema negoziale: la legittimazione, invece, risulta da una posizione specifica del soggetto, riguardo alla materia del singolo negozio dispositivo, necessaria per il perfezionamento della fattispecie complessiva dell'effetto, e quindi per l'attuazione della rilevanza giuridica del negozio».

¹⁵⁰ L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 45. Più di recente F. RINALDI, *La donazione di bene altrui*, cit., p. 101.

Sembra, in ogni caso, potersi affermare con certezza che ciascun soggetto è legittimato ad assumere obbligazioni anche mediante negozi finalizzati ad incidere sull'altrui sfera giuridica. L'attività dispositiva del patrimonio altrui genera in capo all'agente un dovere di comportamento in capo al disponente (*rectius*: obbligato) ¹⁵¹ . Dovere di comportamento che assurge ad obbligazione in senso tecnico da individuarsi nel procurare all'avente causa il bene dedotto in contratto inteso quale risultato giuridico o, più propriamente nella soddisfazione del suo interesse.

4. Sulla differenza tra inefficacia e invalidità

Per poter correttamente valutare la sorte del negozio divisorio concluso in assenza di uno dei condividenti, e quindi di una sua eventuale nullità o invalidità, è necessario, preventivamente,

¹⁵¹ F. SANTORO PASSARELLI, *o.u.c.*, p. 220; A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 432; A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. 135; F. CARRESI, *Gli effetti del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 488; F. MESSINEO, *Contratto nel rapporto col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 196.

valutare, seppur brevemente, la complessa questione concernente la distinzione tra inefficacia e invalidità.

La mancata realizzazione della situazione effettuale programmata dalle parti, infatti, può avere la propria ragion d'essere o in un vizio interno all'atto negoziale che ne pregiudichi la validità o l'esistenza o in un elemento estraneo al negozio che impedisca il realizzarsi del profilo effettuale¹⁵². Occorre, quindi, distinguere il profilo della patologia negoziale da quello effettuale, stante il fatto che esistono ipotesi in cui un negozio invalido può avere efficacia, così come un negozio valido può non essere in grado di produrre effetti. Si pensi al negozio annullabile caratterizzato, com'è noto, da un'efficacia c.d. interinale pur essendo lo stesso invalido perché viziato al suo interno da una deficienza nel processo di formazione della fattispecie.

¹⁵² V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 201.

Tradizionale è la generale definizione di inefficacia quale mera situazione «negativa» consistente nella «mancanza di effetti»¹⁵³. Secondo l'impostazione che ha avuto il maggior seguito in dottrina, il concetto in questione si riferirebbe all'inefficacia «in senso stretto» che «presuppone una fattispecie rilevante, come tale potenzialmente efficace, e si pone, perciò, come categoria autonoma e contrapposta alla nullità o all'irrilevanza dell'atto», diversamente dall'inefficacia in senso lato che comprenderebbe ogni ipotesi di «mancanza di effetti» anche se dipendenti da una patologia del negozio ¹⁵⁴. Nelle sue molteplici manifestazioni (originaria o successiva, riflessa e rispetto ai terzi)¹⁵⁵ l'inefficacia

¹⁵³ V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 322. Sulla nozione di inefficacia cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 1 e ss. Più di recente anche per ampi riferimenti si v., VALLE, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. Impr.*, 1998, p. 1203 e ss.; R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. Impr.*, 2001, p. 1144 e ss.

¹⁵⁴ V. SCALISI, voce *Inefficacia*, cit., p. 325. È questa l'impostazione proposta dalla dottrina tradizionale: F. SANTORO PASSARELLI, *o.c.*, p. 259; E. BETTI, *o.u.c.*, p. 469; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1959; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 331. In senso opposto R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 352; ID. voce *Inefficacia (dir. priv.)*, cit.; A. GENTILI, *L'invalidità*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 1999, p. 1269; R. TOMMASINI, voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 575.

¹⁵⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *o.c.*, che riporta quale esempio di inefficacia originaria la morte del testatore rispetto al negozio testamentario e di inefficacia successiva

che suole contraddistinguere l'attività dispositiva sul patrimonio altrui, qual è, anticipando quanto si dirà in prosieguo, il negozio divisorio compiuto in assenza di uno dei comunisti, è, appunto, originaria, transitoria e sospesa. Tale ultimo caso accomuna i casi in cui pur essendo la fattispecie completa, permane un'incompletezza della situazione effettuale, qual è, appunto, il caso dei negozi aventi per oggetto cose future o ad oggetto non determinato ma solo determinabile (1346 c.c.) o beni altrui: «il negozio è valido, e solo la sua eventuale efficacia reale è sospesa, in attesa dell'individuazione della cosa o della sua esistenza o del suo acquisto da parte del disponente»¹⁵⁶. Ciò a conferma, di quanto si dirà in seguito, che l'incompletezza dell'effetto non vuol significare incompletezza della fattispecie.

l'avvenuta risoluzione o rescissione del contratto. L'irrilevanza di un rapporto, per la tutela dei terzi, «assume il nome specifico di inopponibilità», ma questa «non comprende né esprime tutte le situazioni di efficacia o di inefficacia»(F. SANTORO PASSARELLI, *o.c.*, p. 260).

¹⁵⁶ F. SANTORO PASSARELLI, *o.c.*, p. 261, il quale sottolinea che sebbene la fattispecie è idonea a generare gli effetti definitivi essa è non è né invalida né imperfetta.

Invalidità ed inefficacia devono, quindi, esser distinte: la prima è un «non valere del precetto» ovvero mancata creazione del vincolo derivante dall'autoregolamento essendone la fonte (*rectius*: il negozio) manchevole o viziato nei suoi elementi essenziali tanto che in modo «durevole e irremovibile» è inidoneo alla realizzazione degli effetti «essenziali».

L'invalidità è, quindi, un'ipotesi di irregolarità giuridica del contratto comportante l'inefficacia definitiva¹⁵⁷.

L'inefficacia si individua, invece, nella mancata attuazione di un programma contrattuale in sé perfetto in cui cioè «siano in regola gli elementi essenziali e i presupposti di validità» ma vi sia una circostanza estrinseca all'atto impeditiva del prodursi dell'effetto.

L'inefficacia, almeno quella *strictu sensu*, ha carattere provvisorio, designando una situazione di incertezza che può esplicare piena efficacia¹⁵⁸. La sola «potenzialità» dell'effetto differenzerebbe

¹⁵⁷ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 610.

¹⁵⁸ C. M. BIANCA, *o.c.*, p. 610.

l'inefficacia dall'invalidità in cui la deficienza sotto il profilo effettuale sarebbe definitiva. Si tratterebbe di due diverse risposte che l'ordinamento fornisce, nel primo caso «ad una carenza intrinseca» del contenuto precettivo del negozio, nel secondo caso ad un «impedimento di carattere estrinseco» che incide sull'attuazione del programmato regolamento di interessi¹⁵⁹. L'invalidità discende, quindi, da una deficienza interna alla struttura del negozio quali, a titolo esemplificativo, la mancanza o il vizio di un elemento essenziale o, ancora, l'incompletezza strutturale del negozio. Diversamente, è a dirsi per l'inefficacia «*strictu sensu*» che si verifica nel caso in cui manchino presupposti esterni all'atto rendendolo inidoneo all'attuazione del profilo effettuale. Come

¹⁵⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 456. Per la ricostruzione dell'invalidità ed in particolare della nullità ci si limita a rinviare a: G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1967, p. 427; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 245 e ss.; C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 755; R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 844 e ss.; R. TOMMASINI, voce *Invalidità*, cit., p. 575 e ss.; N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 541 e ss.; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 11 e ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 612; e più di recente anche per ulteriori riferimenti bibliografici R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «*contraente debole*», cit., p. 1147. Per la collocazione dell'istituto dell'annullabilità nel sistema dell'invalidità cfr. fra tutti G. PIAZZA, *La convalida nel diritto privato, I (La convalida espressa)*, Napoli, 1973, p. 21 e ss.

rilevato da autorevole insegnamento «completezza strutturale del negozio, non implica anche completezza della struttura dell'effetto»¹⁶⁰. Ne consegue che mentre l'identità tra il titolare della situazione giuridica e colui che ne dispone consentono il prodursi di ogni mutamento giuridico predisposto dalle parti, la scissione, pur in presenza di una relazione fra soggetto e oggetto del negozio, che avviene nell'ipotesi di attività dispositiva sul patrimonio altrui, con il ricorso al concetto di legittimazione, non consente il prodursi di tutti gli effetti. Solo l'effetto «finale» risulta postergato ad un momento successivo: «la sospensione dell'efficacia è dovuta all'attuale inesistenza di circostanze che, non necessarie per la costituzione della fattispecie nel suo nucleo centrale, sono invece indispensabili – in quanto relative alla medesima struttura – per il sorgere dell'effetto giuridico»¹⁶¹.

¹⁶⁰ G. PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968, p. 152. Su questo tema si consenta il rinvio, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a P. MILONE, *Spettacolo teatrale troppo breve: violazione del principio di buona fede o inosservanza degli usi negoziali?*, in *Dir. giur.*, 2009, p. 462 e ss.

¹⁶¹ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 481.

Analogamente a quanto accade per i negozi sui beni futuri si tratterebbe di una fattispecie ad effetti negoziali e taluni effetti finali immediati e un effetto finale differito. Traslando il ragionamento in tema di divisione, ed in particolare del contratto concluso in mancanza di un dividente, l'attribuzione in proprietà esclusiva a ciascun comunista dei beni componenti la massa comune sarebbe postergata ad un momento successivo. Non già per ciò che concerne l'effetto vincolistico derivante dall'irrevocabilità del consenso contrattuale. In sostanza, al momento della conclusione del contratto si produrrebbero solo gli effetti preliminari consistenti nel vincolo di irrevocabilità, essendo le parti legate dal precedente consenso manifestato e dall'obbligo di far pervenire il diritto nella sfera dell'avente causa da parte del disponente sul patrimonio altrui o di far venire ad esistenza la *res* oggetto di disposizione nel caso di negozi su beni futuri¹⁶².

¹⁶² C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 324 e 325. Con riferimento ai negozi su beni futuri alla qualificazione degli effetti prodotti da tale fattispecie si v., fra tutti P. PERLINGIERI,

Quest'ultimo infatti non è un fatto rispetto al quale le parti devono avere un mero comportamento negativo di non ingerenza, ma costituisce un risultato cui le parti tendono¹⁶³. L'inefficacia riguarderebbe, invece, l'effetto reale che richiederebbe il consenso del titolare della sfera giuridica di cui si dispone e verso il quale il negozio produrrebbe effetti solo successivamente ed eventualmente¹⁶⁴. Rispetto al terzo l'atto dispositivo sarebbe inopponibile. È anche questa una «forma di inefficacia»¹⁶⁵. Si potrebbe, altresì utilizzare il termine di negozio ad efficacia irregolare o anche «negozio irregolare»¹⁶⁶, essendovi una

I negozi sui beni futuri, I, La compravendita di «cosa futura», Napoli, 1962.

¹⁶³ Così C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 325, il quale si esprime con riguardo ai negozi sui beni futuri. Si ritiene, tuttavia, che il ragionamento possa essere esteso all'atto dispositivo sul patrimonio altrui.

¹⁶⁴ F. RINALDI, *La donazione di bene altrui*, cit., p. 111.

¹⁶⁵ E. BETTI, *o.c.*, p. 460: l'inopponibilità «si colloca accanto all'impugnabilità: forma di difesa passiva e preventiva a tutela del terzo, dove questa è una difesa attiva e successiva». Nello stesso senso L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 197 secondo cui «l'inefficacia, finché dura, non costituendo un vizio intrinseco del negozio, non dà luogo, da sé, ad una vera e propria azione d'impugnativa del medesimo».

¹⁶⁶ L'espressione è di F. SANTORO PASSARELLI, *o.u.c.*, p. 241: «talvolta il negozio, per la particolare natura dell'oggetto, non può produrre il suo effetto tipico, ma un effetto diverso. Si parla allora di negozi con effetti irregolari o, più brevemente di negozi irregolari, nei quali la diversità dell'oggetto, e degli effetti non rimane senza influenza sulla causa. Così quei negozi che, quando hanno per oggetto cose fungibili o consumabili, producono in luogo dell'obbligazione tipica di restituzione dell'*eadem res*,

divergenza fra gli effetti tipici propri del negozio utilizzato e quelli che concretamente si realizzano¹⁶⁷. Del resto, vi sono molteplici ipotesi nel nostro ordinamento di atti dispositivi del patrimonio altrui cui è riconosciuta efficacia giuridica ancorché, in talune ipotesi, di carattere obbligatorio, quali il contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 c.c. o la vendita e il legato di cosa altrui. Dottrina attenta rileva che il *discrimen* fra atti dispositivi del patrimonio altrui efficaci e quelli privi di tale efficacia andrebbe rinvenuto sulla base dell'interesse che essi perseguono alla luce degli artt. 41 Cost. e 1322 c.c.¹⁶⁸. In sostanza, l'inefficacia dell'intera fattispecie, e quindi anche di ogni effetto preliminare, ovvero l'irrilevanza della stessa, costituirebbe la sanzione che l'ordinamento dispone nel caso di atti dispositivi sul patrimonio altrui funzionali alla realizzazione di interessi immeritevoli di tutela. È nota la differenziazione operata dalla dottrina tradizionale in ordine al

il trasferimento della proprietà della *res* con l'obbligazione di restituzione del *tantundem*».

¹⁶⁷ F. RINALDI, *o.c.*, p. 112.

¹⁶⁸ F. RINALDI, *o.c.*, p. 76.

«negozio irrilevante, negozio illegale, negozio illecito». Nei primi
l'ordinamento giuridico assume una posizione di indifferenza
poiché non «ne giudica la funzione meritevole o bisognosa di
sanzione giuridica».¹⁶⁹

¹⁶⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 113.

Capitolo III

1.1 Ipotesi analoghe

1.1.1 La divisione e la comunione legale

Fattispecie che si verifica di frequente nella prassi contrattuale è quella in il contratto di divisione cui addivenga un condividente, coniugato in regime di comunione legale dei beni, avente ad oggetto beni facenti parte della del detto regime in comune con terzi senza l'intervento del coniuge. Ci si chiede in dottrina quale sia la sorte di un tale contratto alla luce dell'impostazione tradizionale, di cui si è dato conto in precedenza, secondo cui la divisione cui non partecipi un condividente, qual' è, appunto, il coniuge del comunista coniugato in regime di comunione legale dei beni, se oggetto di divisione siano diritti rientranti in detta comunione. Ciò alla luce del dato rinveniente dall'art. 184, comma

2, c.c. a tenore del quale l'atto di straordinaria amministrazione compiuto da un coniuge senza il consenso dell'altro avente ad oggetto beni immobili o beni mobili registrati è annullabile. La questione ha un risvolto non indifferente sul piano pratico, in quanto, com'è noto, l'applicazione dell'art. 184 c.c., e conseguentemente della sanzione dell'annullabilità, consente al coniuge pretermesso di convalidare il contratto di divisione o di giovare del termine prescrizione di un anno relativo alla detta azione di annullamento. Diversamente, qualora non si ritenesse applicabile l'art. 184 c.c. la sorte del contratto divisorio, almeno secondo l'impostazione tradizionale, sarebbe la nullità e, conseguentemente l'inefficacia definitiva di ogni attribuzione discendente dalla divisione, oltre che l'insanabilità del regolamento divisionale.

Il tutto discende dalla considerazione che si ha della posizione giuridica del coniuge pretermesso dal contratto di divisione. In altri

termini, occorre chiedersi se questi sia titolare di un diritto pro quota sul bene oggetto del regolamento divisionale e se, quindi, possa considerarsi in senso tecnico un convivente pretermesso. Il tema dell'attività dispositiva avente ad oggetto in particolare diritti reali immobiliari, com'è noto, comporta una preventiva analisi della natura del diritto che ciascun coniuge vanta sui beni oggetto della comunione. Si tratterebbe, nell'ottica della dottrina assolutamente dominante e della giurisprudenza costituzionale¹⁷⁰, di una comunione di tipo «germanico»¹⁷¹ ovvero senza quote. In più occasioni si è tentato, e questo può definirsi un dato ormai acquisito, che la sussistono delle profonde differenze fra la comunione legale e la comunione ordinaria, essendo la prima governata da regole e principi distinti e autonomi¹⁷². La comunione

¹⁷⁰ Cort. Cost., 17 marzo 1988, n. 311, in *Giust. civ.*, 1988, p. 2482 con nota di A. NATUCCI, *Alienazioni immobiliari e annullabilità nella disciplina della comunione legale*.

¹⁷¹ E. SPITALI, *Il regime legale*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, III, Milano, 2002, p. 86, il quale rileva come il modello sembrerebbe la *Gemeinschaft zur gesamten Hand* ovvero la comunione a mani riunite di tipo germanico.

¹⁷² F. REGINE, *Regime degli atti dispositivi di beni immobili in comunione legale compiuti da uno solo dei coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1053, nota a Cass., 2 febbraio 1995, n. 1252.

legale è istituto del tutto eterogeneo rispetto a quella ordinaria ed è, com'è noto, funzionale al soddisfacimento di interessi e finalità quali la parità dei coniugi, soprattutto nell'ambito dell'amministrazione dei beni che ne fanno parte. Ne consegue l'inutilità di ogni sforzo volto ad omologare o a forzare l'istituto della comunione legale e, soprattutto, per ciò che interessa nel tema oggetto di analisi, degli atti dispositivi dei beni facenti parte della comunione, categorie cui essi sono del tutto estranei. Ciò senza considerare che una corretta impostazione sul piano ermeneutico sarebbe quella di valorizzare le peculiarità proprie dell'istituto della comunione legale. Le categorie dogmatiche dovrebbero essere utilizzate dall'interprete muovendo dal dato normativo, al fine di coglierne il contenuto precettivo e non per piegare la disposizione alle esigenze delle «precomprensioni teoriche¹⁷³. Occorre, pertanto, riconoscere agli atti dispositivi dei

¹⁷³ Questo l'insegnamento di L. MENGONI, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, 1989, p. 4 e ss.

beni oggetto di comunione un regime distinto rispetto a quello ordinario. La citata pronuncia della Consulta ha rilevato, infatti, come l'art. 184 c.c. sia fondato sull'esigenza di realizzare un bilanciamento degli opposti interessi sussistenti fra il coniuge pretermesso a preservare il suo diritto e il terzo interessato alla sicurezza dei traffici giuridici. Di qui la necessità di considerare l'atto compiuto da un solo coniuge annullabile e, pertanto, con idoneità, seppur precaria, a generare il mutamento giuridico predisposto e discendente dalla fattispecie dispositiva: «a differenza della comunione ordinaria [...] nel regime patrimoniale della famiglia, retto da regole della comunione legale, il legislatore si è posto il problema della tutela bilanciata della comunione e del coniuge non consenziente, da un lato, nonché del terzo, dall'altro»¹⁷⁴. «La comunione legale dei beni tra coniugi, a differenza di quella ordinaria, è una comunione senza quote, nella quale i coniugi sono solidalmente titolari di un diritto avente per

¹⁷⁴ Cass., 17 dicembre 1994, n. 10872, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 889 e ss.

oggetto i beni di essa e rispetto alla quale non è ammessa la partecipazione di estranei. Ne consegue che nei rapporti coi terzi ciascun coniuge, mentre non ha diritto di disporre della propria quota, può tuttavia disporre dell'intero bene comune» con il consenso dell'altro coniuge se trattasi di atto di straordinaria amministrazione¹⁷⁵. Nella stessa prospettiva si muove la dottrina assolutamente prevalente che nega a ciascun coniuge la possibilità di disporre della propria quota anche sui singoli cespiti oggetto di comunione, pur potendo, alle condizioni prescritte dagli artt 180 e 184 c.c., dell'intero bene con efficacia immediata¹⁷⁶. La quota avrebbe la sola funzione di indicare la misura entro la quale i beni della comunione e quelli personali sono aggredibili dai creditori, nonché di fissare la proporzione della ripartizione dei beni in caso

¹⁷⁵ Cass., 7 marzo 2006, n. 4890, in *DeG*, 2006, p. 1944.

¹⁷⁶ F. BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1989, p. 181; G. GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997; P. SCHLESINGER, *Comunione legale*, in *Commentario Carraro - Oppo - Trabucchi*, Padova, 1977, I, 1, p. 267 e 368.

di cessazione di tale regime¹⁷⁷. Sulla scia di tali considerazioni, e sul presupposto che ciascun coniuge non abbia la titolarità di un diritto pro quota sui beni della comunione, non può non affermarsi che il contratto di divisione aventi ad oggetto beni in comune con terzi cui non partecipi il coniuge del dividente è da considerarsi annullabile e quindi soggetto alla disciplina specifica dell'art. 184 c.c.. Ciò anche in considerazione della specificità della disciplina che, appunto, si occupa dell'attività *latu sensu* dispositiva dei beni oggetto di comunione. Si badi che la norma utilizza genericamente il termine «atti», ma la dottrina non pone in dubbio che essa è pensata con riferimento ai negozi aventi per oggetto atti di alienazione. Allo stesso modo vi rientrerebbero gli atti e le domande giudiziali volte ad ottenere la divisione di un bene del quale i coniugi siano comproprietari in comunione ordinaria con terzi¹⁷⁸. In una diversa prospettiva si colloca l'opinione che ritiene

¹⁷⁷ E. SPITALI, *Il regime legale*, cit., p. 86.

¹⁷⁸ Cass., 21 gennaio 2000, n. 648, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1704.

nulla e quindi affetta da un'inefficacia definitiva il contratto di divisione avente ad oggetto beni che un coniuge coniugato in regime di comunione legale ha con terzi e a cui non partecipi il coniuge del dividendo¹⁷⁹. Le considerazioni discendono dalla presunta inapplicabilità dell'art. 184 c.c. al contratto di divisione. Tale norma si occuperebbe dell'attività dispositiva dei coniugi fra cui vige il regime della comunione legale nel cui ambito applicativo non potrebbe rientrare la divisione. Essa, come chiarito in precedenza, ha natura dichiarativa e come tale non genera uno spostamento patrimoniale in senso tecnico o, più propriamente, non ha un'efficacia traslativa e, pertanto, non potrebbe considerarsi un atto dispositivo dei beni della comunione da sottoporre alla disciplina dell'art. 184 c.c.. Il contratto di divisione non potendo "giovarsi" della disciplina in esame, e quindi della più lieve sanzione dell'annullabilità, dovrebbe sottostare ai principi

¹⁷⁹ L. BARBERA, La comunione legale, in Trattato di diritto privato, a cura di P. Rescigno, III, Torino, 1982, p. 462.

generali con la conseguenza che la mancanza di un convivente, o comunque di un soggetto titolare di una posizione sostanziale sui beni della comunione ne comporterebbe la nullità in aderenza alla tradizionale impostazione di cui si è dato conto in precedenza. Un tale conclusione parte necessariamente dal presupposto che il coniuge del convivente pretermesso debba considerarsi un contitolare in senso tecnico della situazione giuridica oggetto di divisione. La sua pretermissione impedirebbe il realizzarsi dell'effetto giuridico insito nel contratto di divisione ovvero lo scioglimento dello stato di comunione. Pertanto il contratto di divisione sarebbe privo di causa e come tale nullo ai sensi del combinato disposto degli artt. 1325 e 1418 c.c.. Le affermazioni che precedono non tengono in debita considerazione la posizione giuridica del coniuge pretermesso dal contratto di divisione. Questi non ha, infatti, un diritto pro quota sui beni oggetto di comunione. Le peculiarità della comunione legale e soprattutto le ragioni

sottostanti un tale istituto, com'è noto, ispirato ad esigenze di parità fra i coniugi nella fase di amministrazione, impongono una disciplina altrettanto specifica qual è, appunto, quella prescritta dall'art. 184 c.c.. Con le disposizioni concernenti l'attività di amministrazione del beni oggetto della comunione legale il legislatore ha inteso effettuare un coordinamento tra le esigenze dell'amministrazione della comunione coniugale, fondate, come accennato, sul principio paritario, e le norme che disciplinano gli effetti del contratto, la vendita di cosa altrui la trascrizione, prevedendo appunto un differente regime sanzionatorio a seconda del bene oggetto di amministrazione. Nella fase esecutiva di tale ambizioso programma di coordinamento, il legislatore ha sovrapposto alla regola generale che considera incidente sul piano dell'efficacia la violazione di una norma attributiva di poteri, una speciale regola in cui la detta violazione viene degradata a deficienza di regolarità del procedimento formativo dell'atto che si

estrinseca in un vizio con rilevanza esterna qualora l'atto abbia ad oggetto beni immobili o mobili registrati¹⁸⁰. Si aggiunga che nell'ottica della dottrina tradizionale, si definisce attività dispositiva quella che comporti una modificazione della realtà giuridica¹⁸¹. In tale ambito può sicuramente rientrare il contratto di divisione ancorché esso abbia natura dichiarativa. La dichiaratività si pone con l'intento di soddisfare l'esigenza di continuità nel tempo della realtà giuridica, in quanto «la situazione giuridica stabilita dalla norma, converge nell'essenziale, con la situazione giuridica preesistente»¹⁸². L'atto giuridico avente natura dichiarativa non innova la realtà giuridica, piuttosto ha riguardo a una situazione di diritto già esistente e se ne occupa con un intento

¹⁸⁰ P. DI MARTINO – S. ROVERA, *La comunione legale tra coniugi: l'amministrazione dei beni*, in *Il diritto di famiglia, II. Il regime patrimoniale della famiglia*, diretto da G. Bonilini e F. Cattaneo e continuato da G. Bonilini, Torino, 2007, p. 226.

¹⁸¹ C. M. BIANCA, *La responsabilità*, V, *Diritto Civile*, Milano, 1994, p. 450.

¹⁸² A. FALZEA, voce «Efficacia giuridica», in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 432. L'A., (*ivi*, p. 492 - 494) sottolinea che un fatto giuridico avente efficacia dichiarativa, non genera alcun mutamento della realtà giuridica esterna. Pertanto, occorrerebbe distinguere tra le trasformazioni esterne, proprie degli atti modificativi, estintivi e costitutivi, e gli «svolgimenti interni», improduttivi di alcun effetto modificativo della realtà esterna, ma solo sotto il profilo interno, lasciando così intatto il contenuto strutturale e sostanziale della situazione giuridica.

declaratorio. Se ne deduce la riconducibilità del contratto di divisione compiuto in assenza del coniuge del convivente coniugato in regime di comunione legale dei beni avente ad oggetto beni facenti parte di tale comunione ed in comune con terzi nell'ambito applicativo della specifica norma di cui all'art. 184 c.c.. Ciò in aderenza anche alla prevalenza della specifica disciplina che governa la comunione legale rispetto alla regola generale. Una tale impostazione risolve anche non pochi problemi sul piano pratico all'operatore del diritto che si trovi di fronte all'alienazione di beni da parte di coniugi coniugati in comunione legale la cui «provenienza» sia costituita da un contratto di divisione a cui uno dei due coniugi non abbia partecipato. Ritenere un contratto siffatto nullo implicherebbe ai fini della procedibilità di un atto di alienazione da parte di entrambi i coniugi in attuazione dell'art. 180 c.c., la preventiva ripetizione del contratto di divisione, stante l'inapplicabilità dell'istituto della convalida al contratto nullo.

Diversamente è a dirsi nel caso si consideri il contratto di divisione cui non abbia partecipato il coniuge del condividente sottoposto alla disciplina dell'art. 184 c.c. e pertanto alla sanzione più lieve dell'annullabilità. In tale caso ai fini del successivo atto di alienazione da parte di entrambi i coniuge del bene proveniente dalla detta divisione, ci si potrebbe giovare, infatti, della convalidabilità del titolo di «provenienza» oltre che del termine prescrizione breve dell'azione di annullamento (1 anno) previsto dall'art. 184 c.c.. L'indubbia ristrettezza del termine annuale e la sanzione dell'annullamento appaiono pienamente conformi all'esigenza di protezione del terzo e della circolazione giuridica nel suo insieme¹⁸³.

¹⁸³ MASTROPAOLO, *o.c.*, p. 215

1.1.2 La divisione in mancanza di uno dei soggetti di cui all'art.

1113 c.c.

L'analisi concernente il contratto di divisione e la sorte dello stesso qualora non partecipi uno dei dividendi impone di valutare la simile ipotesi in cui il regolamento divisionale si concluda in assenza di uno dei soggetti individuati dall'art. 1113 c.c.. La norma, com'è noto, ha generato non pochi problemi soprattutto con riguardo all'individuazione dei soggetti cui intende riferirsi¹⁸⁴.

Testualmente il diritto di intervento è attribuito ai creditori di un partecipante oltre suoi aventi causa. La ratio della norma va sicuramente individuata nella sussistenza di un interesse in capo a tali soggetti al corretto svolgimento delle operazioni divisionali,

¹⁸⁴ Per una completa individuazione di tutte le fattispecie rientranti nell'ambito applicativo della norma, oltre per i relativi riferimenti bibliografici v. G. BRANCA, *Comunione e condominio negli edifici, artt. 1100 - 1139*, in *Comm. Scialoja - Branca*, 1982, Bologna - Roma, p. 292.

potendo il loro debitore o dante causa ricevere beni di valore inferiore rispetto all'originaria quota di diritto di cui è titolare¹⁸⁵.

In ogni caso i soggetti richiamati dalla norma non assumono la qualità di condividenti e, pertanto, una divisione conclusa in mancanza di una loro chiamata non sarà invalida, ma piuttosto inefficace nei loro confronti¹⁸⁶. Nell'ambito del ceto creditorio può dirsi legittimato all'intervento nel regolamento divisionale qualsiasi creditore, sia esso privilegiato o chirografario, ancorché il suo diritto di credito non sia ancora esigibile o sottoposto a condizione sospensiva¹⁸⁷. La questione diventa più complessa quando si è chiamati ad individuare la nozione di «avente causa» prescritta dalla norma in esame. La dottrina¹⁸⁸, con l'avallo della

¹⁸⁵ M. DOSSETTO, *Comunione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 875 e ss; G. BRANCA, *Comunione e condominio negli edifici, artt. 1100 - 1139*, cit., p. 293; A. PALAZZO, *voce Comunione*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, vol. III, Torino, 1990, p. 181; F. GAZZONI, *La trascrizione*, in *Cod. civ. Comm.*, dir da P. Schlesinger, t. II, Milano, 1993, p. 16. In giurisprudenza per la ratio dell'art. 1113 c.c., v. Cass., 24 giugno 1980, n. 3971, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1369.

¹⁸⁶ M. FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, t. III, Milano, 1978, p. 511.

¹⁸⁷ G. BRANCA, *o.c.*, p. 293.

¹⁸⁸ A. FEDELE, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da F. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1967, p. 283; A. PALAZZO, *voce Comunione*, cit., p. 182.

giurisprudenza di legittimità, sono concordi nell'escludere da tale dizione colui che abbia acquistato dal compartecipe l'intera quota vantata da quest'ultimo sulla massa comune, in quanto l'acquirente si sostituirebbe *in toto* alla posizione del suo dante causa, divenendo un compartecipe legittimato, pertanto, all'intervento al contratto di divisione. Le medesime conclusioni devono essere estese al caso in cui il condividente abbia alienato a terzi parte della propria quota, così legittimando l'acquirente, a pieno titolo, a partecipare in qualità di condividente alle operazioni divisionali¹⁸⁹.

Non univoche sono, invece, le opinioni dottrinarie con riguardo al caso di colui che acquisti la quota ereditaria. Un'impostazione più tradizionale è, infatti, nel senso che legittimato alla divisione continui ad essere l'alienante in quanto questi non ha dismesso la qualità di erede¹⁹⁰. Sussisterebbe, inoltre, l'eventualità di ripartire i

¹⁸⁹ G. BRANCA, *o.c.*, p. 296.

¹⁹⁰ A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1961, p. 430; in giurisprudenza, v.: Cass., 7 febbraio 1962, n. 256, in *Giust. civ. Rep.*, 1962, voce *Divisione*, n. 67; Cass., 29 luglio 1966, n. 2124, in *Giust. civ. Mass.*, 1966; Cass., 31 gennaio 1967, in *Rep., Foro it.*, 1967, voce *Divisione*, n. 38.

debiti ereditaria esclusi dall'atto di cessione di quote o di disciplinare rapporti estranei a tale regolamento contrattuale¹⁹¹.

Da altro angolo visuale è stato negato l'interesse alla divisione da parte dell'alienante la quota ereditaria, sussistendo detto interesse solo in capo al cessionario. Si aggiunga che in caso di divisione giudiziale solo tale soggetto sarebbe munito dell'interesse attuale e diretto prescritto dall'art. 100 c.p.c.¹⁹². ne conseguirebbe, almeno nell'ottica della dottrina che sancisce la nullità del contratto di divisione concluso in assenza di un dividente, la nullità del negozio divisorio cui non partecipi l'acquirente della quota ereditaria¹⁹³. Da tale ipotesi deve essere distinta quella in cui l'avente causa acquisti uno dei beni facenti parte della massa da assegnarsi al dante causa in sede di divisione. Gli autori si dividono in ordine all'applicabilità della norma in esame a tale soggetto in

¹⁹¹ G. BONILINI, voce «Divisione», cit., p. 488.

¹⁹² Cass., 29 novembre 1996, n. 10629, in *Mass. Giur. it.*, 1996; Cass., 16 agosto 1990, n. 8315, *Mass. Giur. it.*, 1990; Cass., 11 maggio 1987, n. 4322, in *Giur. it., Rep.*, 1987, voce *Divisione*, n. 36; Cass., 11 maggio 1967, n. 975, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 879, con nota di G. TARANTO, *Nuovo indirizzo giurisprudenziale in tema di litisconsorzio necessario nelle divisioni ereditarie*, e in *Foro it.*, 1968, I, c. 521, con nota di G. PETROCELLI.

¹⁹³ C. MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, p. 56.

quanto si pone in dubbio la qualità di condividente di chi acquisti dal comunista un bene o una quota su alcuni beni oggetto della futura divisione. In senso affermativo si esprime autorevole dottrina, in quanto l'acquirente non divenendo partecipe del rapporto unitario di comunione avrebbe l'unico rimedio di cui all'art. 1113 c.c. in qualità di «avente causa»¹⁹⁴. Di diverso avviso è la dottrina più recente che, ritenendo sussistente tra l'acquirente e gli originari comunisti una nuova comunione avente per oggetto il bene alienato, considera non applicabile a tale ipotesi la tutela prescritta dall'art. 1113 c.c., essendo l'acquirente partecipe della nuova comunione¹⁹⁵. Non sarebbe, invece, avente causa l'acquirente del c.d. esito divisionale, ovvero colui il quale acquisti un bene sotto la condizione sospensiva¹⁹⁶ che in sede di divisione venga assegnato al dante causa, in quanto questi non potrebbe in

¹⁹⁴ G. BRANCA, *o.c.*, p. 297.

¹⁹⁵ A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 284.

¹⁹⁶ Secondo A. PALAZZO, *voce Comunione*, cit., p. 182 secondo cui la condizione potrebbe essere anche tacita. In giurisprudenza in tal senso v. App. Roma, 18 giugno 1962, in *Rep. Foro it.*, voce *Comunione, e condominio*, n. 39.

senso tecnico esser definito avente causa se non dopo la divisione¹⁹⁷. È invece «avente causa» chi acquista dal dividente, nei limiti della propria quota, un diritto reale di godimento qual è, a titolo esemplificativo, l'usufruttuario pro quota, il quale pur essendo titolare di una comunione di godimento con gli altri comproprietari non può definirsi partecipe della comunione di proprietà, e quindi litisconsorte necessario¹⁹⁸. Ciò posto occorre rilevare che qualora lo scioglimento della comunione, indipendentemente dalla circostanza se avvenga giudizialmente o in via contrattuale, si realizzi senza l'intervento dei soggetti indicati dall'art. 1113 c.c., essa sarà inefficace o, più propriamente inopponibile, ai creditori o agli aventi causa. In sostanza, differentemente da quanto tradizionalmente si sostiene in ordine alla divisione contrattuale conclusasi in mancanza di uno dei

¹⁹⁷ G. BRANCA, *o.c.*, p. 297; F. GAZZONI, *La trascrizione*, cit., p. 8. In senso contrario si esprime però A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 283.

¹⁹⁸ A. FEDELE, *o.c.*, p. 284; G. BRANCA, *o.c.*, p. 298; M. FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, t. III, Milano, 1978, p. 512; F. GAZZONI, *La trascrizione*, cit., p. 9.

condividenti, la partecipazione alle operazioni divisionali di uno dei soggetti di cui all'art. 1113 c.c. non costituisce un requisito di validità della fattispecie, quanto piuttosto un requisito di efficacia: la posizione sostanziale dell'avente causa o del creditore non costituirebbe un impedimento al realizzarsi dello scioglimento della comunione e quindi la funzione sottesa alla divisione sarebbe realizzata. Tuttavia, non si può mancare di rilevare, pur dando atto della diversità insita nella situazione giuridica del condividente rispetto a quella del creditore o dell'avente causa, che se si adduce quale argomento principale per dichiarare invalido il regolamento divisionale cui non partecipi uno dei condividenti la mancata realizzazione del programma contrattuale proprio della divisione, ovvero lo scioglimento della comunione, anche nell'ipotesi al vaglio di cui all'art. 1113 c.c. vi sarebbe una deficienza effettuale, potendo la divisione essere impugnata da un creditore o da un avente causa. E allora diventa più arduo comprendere le ragioni sottostanti la

tradizionale affermazione dottrinale secondo cui la mancata realizzazione dell'effetto inciderebbe sul profilo causale della divisione e, quindi, sulla sua validità. In sostanza l'inefficacia, anche nella forma della c.d. inopponibilità dovrebbe avere sempre la medesima conseguenza sul piano dell'invalidità del regolamento contrattuale cui si riferisce: un contratto inefficace non è necessariamente invalido.

2. La divisione in mancanza di un convivente

Come rilevato nelle pagine che precedono, l'opinione tradizionale, anche autorevolmente sostenuta, si esprime nel senso dell'invalidità del regolamento divisionale cui non partecipi uno dei conviventi. Le ragioni che muovono un tale assunto sono le più eterogenee, ma tutte accomunate da quella che è stata autorevolmente definita «una concisione tacitiana»¹⁹⁹. La principale argomentazione a sostegno dell'invalidità del contratto

¹⁹⁹ Così E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 65.

di divisione cui non partecipi uno dei dividendi si rinviene nell'impossibilità di una fattispecie contrattuale siffatta alla realizzazione dell'interesse proprio del contratto di divisione ovvero lo scioglimento della comunione. Il contratto sarebbe nullo per mancanza di causa. L'inidoneità di un regolamento contrattuale siffatto a generare la modificazione giuridica programmata dalle parti è sicuramente un dato incontestabile²⁰⁰. Tale inidoneità, però, non può essere motivo giustificatore dell'assunta invalidità. La mancata attuazione del programma contrattuale, e quindi la sua incompletezza sotto il profilo effettuale, non implica necessariamente l'invalidità dell'atto. Soprattutto se alla base di tali considerazioni vi è una presunta violazione o, più propriamente, la non - attuazione del disposto di cui all'art. 757 c.c.. Trattasi, nell'ottica della prevalente dottrina di norma derogabile, disciplinante gli effetti del negozio divisorio. Si aggiunga che il profilo effettuale deve esser distinto da quello funzionale. La causa

²⁰⁰ Così E. MINERVINI *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 67.

attiene alla funzione del programma contrattuale ossia all'interesse che le parti perseguono. Il fondamento della rilevanza giuridica del contratto, emerge dal profilo causale dell'atto di autonomia privata quale strumento di realizzazione di finalità pratiche ²⁰¹ .

Diversamente, l'efficacia²⁰² attiene alla produttività degli effetti giuridici ossia al mutamento di una situazione di diritto in esecuzione di ciò che le parti hanno voluto²⁰³. Né l'efficacia può esser sovrapposta al concetto di invalidità che, pur nella consapevolezza del limite delle tesi «strutturali» attinenti l'invalidità, riguarda un vizio interno dell'atto di autonomia discendente da un'irregolarità dello stesso ai precetti delle norme inderogabili.

²⁰¹ Così C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 448. Per un'indicazione bibliografica in tema di causa si v.: DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.; M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960; più di recente si v. C. M. BIANCA, *o.c.*, p. 447 e ss.

²⁰² Per una prima indicazione bibliografica in tema di efficacia si v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 39; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432; F. CARRESI, *Gli effetti del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 488 e ss.; N. IRTI, *La ripetizione del negozio*, Milano, 1970, p. 170 - 185; V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 345 ss; S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 995 e ss..

²⁰³ Così C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 523.

Invalidità ed inefficacia sono, quindi, due diverse reazioni dell'ordinamento, nel primo caso, «ad una carenza intrinseca» del contenuto precettivo del negozio, nel secondo caso, ad un «impedimento di carattere estrinseco» che ne pregiudica, almeno temporaneamente l'attuazione²⁰⁴. L'invalidità comporta con carattere duraturo l'irrealizzabilità degli effetti «essenziali» del negozio²⁰⁵.

L'inefficacia discende, invece, da una circostanza esterna al negozio che non ne pregiudica la regolarità, ma solo l'attuazione del programmato assetto di interessi²⁰⁶.

²⁰⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 456. Per la ricostruzione dell'invalidità ed in particolare della nullità ci si limita a rinviare a: G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1967, p. 427; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 245 e ss.; C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 755; R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 844 e ss.; R. TOMMASINI, voce *Invalidità*, cit., p. 575 e ss.; N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 541 e ss.; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 11 e ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 612; e più di recente anche per ulteriori riferimenti bibliografici R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», cit., p. 1147. Per la collocazione dell'istituto dell'annullabilità nel sistema dell'invalidità cfr. fra tutti G. PIAZZA, *La convalida nel diritto privato, I (La convalida espressa)*, Napoli, 1973, p. 21 e ss.

²⁰⁵ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 610.

²⁰⁶ C. M. BIANCA, *o.c.*, p. 610.

La deficienza di un elemento esterno comportante l'incompletezza del profilo effettuale può essere individuata nella mancanza di legittimazione del soggetto che dispone della situazione giuridica.

L'esigenza di collegare l'attività dispositiva con il patrimonio di cui si dispone al fine di superarne la generale irrilevanza giuridica, impone all'interprete di definire la relazione tra soggetto disponente e situazione giuridica di cui si dispone in termini di legittimazione, ovvero del requisito soggettivo di efficacia del negozio. La mancanza di competenza ovvero di legittimazione a giovare o a subire gli effetti di un dato negozio giuridico, implica l'inefficacia del regolamento contrattuale cui si riferisce.

In sostanza la legittimazione attribuisce ad un soggetto la possibilità di disporre con efficacia di una situazione giuridica in quanto l'agente si trova in una posizione, rispetto all'oggetto del negozio, considerata elemento integrante la «fattispecie

complessiva dell'effetto»²⁰⁷, ma non della struttura del negozio, che avrebbe, invece, quale conseguenza l'invalidità del regolamento cui si riferisce. Alla luce di tali considerazioni, il compimento di un negozio di divisione in assenza di un condividente, e quindi di una fattispecie in cui la manifestazione di volontà dei partecipanti concerne necessariamente situazioni giuridiche, ancorché solo pro quota, estranee ai partecipanti al negozio, comportanti, pertanto, attività *lato sensu* dispositiva del patrimonio altrui, dovrebbe considerarsi inefficace e non invalida. Un'interpretazione conforme ai principi generali in tema di contratti, la precisata distinzione concettuale tra inefficacia e invalidità e, soprattutto, l'impossibilità di ricondurre la mancata realizzazione dell'effetto ad una deficienza causale della fattispecie, ha quale conseguenza giuridica, a parere di chi scrive, l'inefficacia della divisione conclusa in assenza di uno dei condividenti, in quanto i partecipanti esercitano un potere giuridico, consistente nell'assunzione di obbligazioni

²⁰⁷ L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 36.

giuridicamente vincolanti, cosicché il negozio, pur essendo irrilevante verso il terzo è efficace tra le parti²⁰⁸.

L'efficacia reale e distributiva del negozio divisorio, infatti, ben può esser definita un effetto naturale della fattispecie, ma non anche essenziale²⁰⁹.

A conferma di tale assunto vi è l'ormai pacifico riconoscimento della validità del contratto di divisione avente per oggetto un bene futuro²¹⁰, in cui, com'è noto, l'attribuzione dei beni in proprietà esclusiva si ha alla venuta ad esistenza del bene dedotto in contratto.

Pertanto, solo l'effetto «finale» sarebbe postergato ad un momento successivo: la mancata realizzazione di tale effetto è dovuta

²⁰⁸ Queste le considerazioni in tema di negozio sul patrimonio altrui, che si ritengono applicabili alla fattispecie in esame, di: L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 45. Più di recente F. RINALDI, *La donazione di bene altrui*, cit., p. 101.

²⁰⁹ E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 75.

²¹⁰ R. TRIOLA, *Reciproca costituzione di diritti di superficie o divisione di cosa futura nel c.d. «condominio precostituito»?*, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1449, nota a Cass., 23 ottobre 1971, n. 2988; F. GIRINO, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1982, p. 343; M. COMPORI, *Il condominio precostituito e i negozi di precostituzione condominiale*, in AA. VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenziali*, II, *Aspetti civilistici*, Milano, 1986, p. 445 e ss.. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. Un., 5 luglio 1982, n. 4001, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 543. In senso opposto M. GIORGIANNI, *La «distribuzione» dell'area fabbricabile tra i condomini del suolo*, in *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 369 e ss..

all'inesistenza di elementi non indispensabili per la costituzione della fattispecie, ma necessari, invece, per la realizzazione del profilo effettuale²¹¹. La divisione conclusa in mancanza di uno dei conviventi è, quindi, una fattispecie ad effetti negoziali immediati e con un effetto finale differito. L'attribuzione in proprietà esclusiva a ciascun comunista dei beni componenti la massa comune è, cioè, postergata ad un momento successivo.

L'assunto secondo cui il negozio divisorio compiuto in assenza di un convivente sarebbe nullo discende, con una certa probabilità, da un'errata interpretazione estensiva dell'art. 1459, comma 1, del Codice Civile del 1865. L'assenza di un siffatto dato normativo nel vigente ordinamento, impone di valutare in termini di validità un tale negozio: il convivente pretermesso avrebbe dalla sua un molteplicità di rimedi, quali il rifiuto degli effetti del contratto stipulato in sua assenza e l'instaurazione di un giudizio di divisione a contraddittorio integro o, in alternativa, la ratifica del contratto o

²¹¹ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 481.

la sua approvazione, a seconda che il contratto sia stato concluso spendendo il nome del condividente escluso²¹². Inoltre, qualora la divisione sia aperta ad una successiva adesione, il condividente escluso potrà manifestare il consenso in un momento successivo²¹³.

La posizione della giurisprudenza in ordine ad un regolamento divisionale conclusosi in mancanza di uno dei condividenti non è univoca, pur dovendosi dare atto di molteplici pronunce che ne sanciscono l'invalidità²¹⁴. Tuttavia, occorre dare conto di diversi orientamenti, ancorché risalenti nel tempo secondo cui il contratto concluso fra alcuni dei condividenti ha efficacia meramente obbligatoria e può ricevere l'adesione del contraente escluso in

²¹² E. MINERVINI *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 79; la ratifica, almeno nell'ottica della dottrina prevalente (C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 128; L. CARRARO, *Approvazione (dir.civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 853) deve esser distinta dall'approvazione in quanto quest'ultima si ha nell'ipotesi in cui l'atto sia compiuto dal non legittimato, ma in nome proprio.

²¹³ Sulla nozione di contratto aperto E. CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979, p. 35 e ss. il quale si sofferma sulla ammissibilità, esprimendosi in senso negativo, dell'utilizzo della fattispecie a formazione successiva per i contratti bilaterali. Sul punto anche C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 249.

²¹⁴ Cass., 24 giugno 1959, n. 1990, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1681 ss; Cass., 11 maggio 1967, n. 980, in *Foro it.*, 1967, I, c. 1475 ss., secondo cui « nella divisione[...] la partecipazione di tutti i soggetti del rapporto è invece essenziale, tanto che il mancato intervento di uno di essi impedisce il perfezionamento del negozio».

ogni momento, salvo che le parti con sciolgano l'originario vincolo o sopraggiunga un provvedimento giudiziale contrario²¹⁵.

Un recente pronunciato della giurisprudenza di legittimità ha, inoltre, riconosciuto la validità di una scrittura privata avente ad oggetto lo scioglimento della comunione ereditaria relativamente alla quota di un solo comunista, partecipante alla detta scrittura: «se le parti ritengano di regolare contrattualmente lo scioglimento della comunione nei confronti di uno solo dei coeredi, non è necessario che al contratto partecipino tutti i coeredi, dal momento che ciò che è necessario ove si proceda in via giudiziale, non lo è laddove le parti procedano in via negoziale»²¹⁶. La pronuncia si muove sulla scia dell'orientamento già espresso dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui è consentito ai comproprietari di convenire fra di essi lo scioglimento della

²¹⁵ Cass., 20 aprile 1971, n. 1141, in *Rep. Foro it.*, 1971, I, voce *Divisione*, c. 680, n. 27; Cass., 22 marzo 1982 n. 3529, in *Rep. Foro it.*, 1969, I, voce *Divisione*, c. 500, n. 23. Sull'efficacia obbligatoria del contratto di divisione concluso in assenza di uno dei dividendi v., Cass., 20 dicembre 1969, 4012, in *Rep. Foro it.*, 1969, I, voce *Divisione*, c. 680, n. 27.

²¹⁶ Cass., 9 ottobre 2013, n. 22977, in *Rep. Foro it.*, 2013

comunione, salva l'inopponibilità di un tale contratto all'usufruttuario nel caso in cui vi sia una lesione delle sue ragioni²¹⁷.

Tuttavia, sembra più corretta l'opinione manifestata da autorevole dottrina, secondo cui il negozio di divisione cui non partecipi uno dei condividenti sia una fattispecie ad effetti tipici parzialmente sospesi²¹⁸, mancando un requisito di efficacia che ne posterga parzialmente l'attuazione. Più precisamente l'efficacia reale ovvero l'attribuzione dei singoli beni in proprietà esclusiva ai condividenti non si realizza immediatamente stante la parziale alienità della cosa. In sostanza, al momento della conclusione del contratto si produrrebbero solo gli effetti preliminari consistenti nel vincolo d'irrevocabilità, essendo le parti legate dal precedente consenso manifestato. L'inefficacia riguarderebbe, invece, l'effetto reale che richiederebbe il consenso del titolare della sfera giuridica di cui si

²¹⁷ Cass., 22 marzo 1987, n. 1337, in *Rep. Foro it.*, 1969, I, voce *Divisione*, c. 701, n. 21.

²¹⁸ E. MINERVINI *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 79. L'espressione è mutuata da P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri*, cit., p. 87 e ss. e 168 e ss..

dispone e verso il quale il negozio produrrebbe effetti solo successivamente ed eventualmente²¹⁹. Rispetto al terzo l'atto dispositivo sarebbe inopponibile.

La necessità di una successiva adesione o ratifica del comunista pretermesso incidono con efficacia sospensiva sul negozio. La mancata adesione o ratifica avrebbe, cioè, un effetto risolutivo del negozio concluso. Una tale soluzione appare essere più rispettosa dei principi generali governanti il contratto, dove l'agire giuridico in mancanza di legittimazione ha quale conseguenza l'inefficacia del regolamento contrattuale che ne consegue, né può definirsi lesiva degli interessi delle parti interessate; il condividente escluso avrebbe, infatti, dalla sua la ratifica o l'adesione successiva, oltre che la già ricordata possibilità di richiedere la divisione giudiziale a contraddittorio integro. In compenso i comunisti partecipanti al contratto vedrebbero non caducato da nullità assoluta, come tale insanabile, il regolamento divisionale concluso, necessitante ai fini

²¹⁹ F. RINALDI, *La donazione di bene altrui*, cit., p. 111.

di una definitiva operatività della menzionata ratifica o adesione. Né può essere di ostacolo, come rilevato, in mancanza di una norma in tal senso, ad una tale soluzione la presunta necessaria partecipazione di tutti i condividenti alla divisione, quale elemento tipizzante il contratto di divisione²²⁰.

²²⁰ Lo stesso autore (A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 211) che ritiene essere elemento tipizzante del contratto di divisione la necessaria partecipazione di tutti i condividenti riconosce l'assenza di una norma giuridica in tal senso.

BIBLIOGRAFIA

AMADIO G., *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, vol. II, Padova, 1994;

ASCARELLI T., *Il contratto plurilaterale*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 108 ss.

BARBERO D., *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, p. 1 e ss.;

BARBIERA L., *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, III, Torino, 1982, p. 462.

BELVEDERE A., *Contratto plurilaterale*, in *Digesto, Sez. civile*, IV, Torino, 1989, p. 271;

BELVEDERE A., *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 682.

BELVEDERE A., voce «*Contratto plurilaterale*», in *Dig. disc. priv., sez.civ.*, IV, Torino, 1989;

BERRI M., *Litisconsorzio*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 968 e ss.;

BESSONE M., *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in ALPA G., BESSONE M. e ROPPO E., *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, p. 72.

BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1942.

BETTI E., *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1960,;

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994.

BIANCA C. M., *Diritto Civile, V, La responsabilità* Milano, 1994.

BIANCA C.M., *Diritto civile, IV, La proprietà*, Milano, 1999;

BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000;

BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F. D., NATOLI U., *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, I, 1, Torino, 1987;

BIONDI B., *Donazione e contratto a favore del terzo*, in *Foro it.*, 1958, I, c. 55;

BISCONTINI G., *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Camerino - Napoli, 1984;

BOCCHINI F., *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*,
Napoli, 1977;

BOCCHINI F., *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli,
1989, p. 181;

BONILINI G., voce *Divisione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., VI*, Torino,
1990, p. 487;

BRANCA G., *Comunione e condominio negli edifici, artt. 1100 – 1139*,
in *Comm. Scialoja – Branca*, 1982, Bologna – Roma, p. 292.

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e
P. Zatti, Milano, 1991, p. 435

BURDESE A., *La divisione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli,
Torino, 1980, p. 80 e ss.;

BURDESE A., *Nuove prospettive per la qualificazione del contratto di
divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 625 ss.

CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, a cura di A. Ferrucci e C.
Ferrentino, Milano, 2009, p. 1317.

CARIOTA FERRARA L., *I negozi sul patrimonio altrui*, in *Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, a cura di P. Perlingieri, 44, Napoli, 2011;

CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte, parte generale*, Napoli, 1977;

CARNELUTTI F., *Processo di esecuzione*, II, Padova, 1931;

CARRARO L., *Approvazione (dir.civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958;

CARRESI F., *Gli effetti del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 488 e ss.;

CASULLI V. R., voce *Divisione ereditaria (diritto civile)*, in *Nov. dig. it*, VI, Torino, 1982, p. 42;

CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966;

CESARO E., *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979;

CICALA R., *Il rapporto giuridico*, Milano, 1959;

CICALA R., *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968;

CICU A., *La divisione ereditaria*, Milano, 1948;

CICU A., *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1961.

CICU, A. *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1961, p. 363 e ss.;

COMPORTI M., *Il condominio precostituito e i negozi di precostituzione condominiale*, in AA. VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenziali*, II, *Aspetti civilistici*, Milano, 1986;

D'ANGELO A., *Sulla divisione convenzionale non integra*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1303 ss.,

D'AVANZO W., *Delle successioni*, I, Firenze, 1941;

D'ONOFRIO P., *Della divisione*, in *Comm. cod. civ.*, M. D' Amelio e E. Finzi, Firenze, 1941;

DE NOVA G., in R. SACCO e G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 10, Torino, 1982;

DEGNI F., *Successioni testamentarie*, in *Nov. dig. it.*, XII, 1, Torino, 1940;

DEIANA G., *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 29;

DENTI V., *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 14 ss..

DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988;

DI MARTINO P. – ROVERA S., *La comunione legale tra coniugi: l'amministrazione dei beni*, in *Il diritto di famiglia, II. Il regime patrimoniale della famiglia*, diretto da G. Bonilini e F. Cattaneo e continuato da G. Bonilini, Torino, 2007;

DONISI C., *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982;

DONISI C., *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 755;

DOSSETTO M., *Comunione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 875 e ss;

FABBRINI G., *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 810 e ss.;

FALZEA A., *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8.

FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008;

FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 39;

FALZEA A., voce «*Accertamento (teoria generale)*», in *Enc. dir.*, vol I, Milano, 1958, p. 209;

FALZEA A., voce «*Efficacia giuridica*», in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 432.

FANETTI, *Rilievi in tema di rescissione*, in *Dir. e giur.*, 1955, 343, nota a Trib. Napoli, 10 gennaio 1955;

FEDELE A., *La comunione*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da F. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1967, p. 283;

FERRI G., voce «*Contratto plurilaterale*», in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, p. 679 ss.;

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966;

FERRI L., *Lezioni sul contratto, Corso di diritto civile*, Bologna, 1987;

FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, 1971;

FORCHIELLI P., in P. FORCHIELLI – F. ANGELONI, *Della divisione, Art. 713 – 768 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1978;

FRAGALI M., *La Comunione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A.Cicu – F. Messineo, Milano, 1973;

FRAGALI M., *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, t. III, Milano, 1978.

GABRIELLI G., *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997;

GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1976;

GAZZARA G., *Divisione della cosa comune*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964;

GAZZARA G., voce «*Divisione della cosa comune (diritto privato)*», in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1964.

GAZZONI F., *La trascrizione*, in *Cod. civ. Comm.*, dir da P. Schlesinger, t. II, Milano, 1993.

GENTILI A., *A proposito de il «diritto soggettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 367.

GENTILI A., *L'invalidità*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 1999, p. 1269;

GIANNATTASIO C., *Delle successioni. Divisione. Donazione*, in *Comm. cod. civ.*, I, Torino, 1980;

GIORGIANNI M., *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960;

GIORGIANNI M., *La «distribuzione» dell'area fabbricabile tra i condomini del suolo*, in *Scritti minori*, Napoli, 1988.

GIRINO F., *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P.Rescigno, Torino, 1982;

INZITARI B., *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973.

IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 541 e ss.;

IRTI N., *La ripetizione del negozio*, Milano, 1970;

MAIORCA S., *Il contratto. Profili della disciplina generale*, Torino, 1981.

MAIORCA S., voce «*Contratto plurilaterale*», in *Enc. giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988;

MAIORCA S., voce «*Normativo (contratto)*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, p. 187.

MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962;

MARINI G., *Rescissione del contratto (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988;

MENGONI L., *Acquisti a non domino*, Milano, 1975.

MENGONI L., *La divisione testamentaria*, Milano 1954

MENGONI L., voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, 1989.

MESSINEO F., *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 196;

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, t.1, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968, p. 190.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962.

MESSINEO F., voce «*Contratto plurilaterale e contratto associativo*», in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 140 ss.;

MILONE P., *Spettacolo teatrale troppo breve: violazione di principio di buona fede o inosservanza degli usi negoziali?*, in *Dir. giur.*, 2009, p. 462 e ss.

MINERVINI E., *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990.

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, pag. 397;

MIRABELLI G., *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962;

MIRABELLI G., voce *Divisione (diritto civile)*, in *Nov. dig. it*, VI, Torino, 1960;

MIRAGLIA C., *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981.

MIRAGLIA C., *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, p. 56.

MIRAGLIA C., *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, 1984.

MIRAGLIA C., *Sull'applicabilità alla divisione delle cose comuni delle norme sulla divisione dell'eredità: gli artt. 732, 757 e 758 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 79.

MONTICELLI S., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995;

MORA A., *Il contratto di divisione*, Milano, 1995;

MORA A., *La divisione disposta dal testatore*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009;

MORA A., *Lo scioglimento della comunione ereditaria. La divisione*, in *Tratt. succ. e donazioni* diretto da G. Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009;

MORELLI M. R., *La Comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1998;

NATUCCI A., *Alienazioni immobiliari e annullabilità nella disciplina della comunione legale*, in *Giust. civ.*, 1988, p. 2482 nota a Cort. Cost., 17 marzo 1988, n. 311.

NICOLO' R., *Deposito e contratto a favore del terzo*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980;

OSTI G., voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, p. 495

PALAZZO A., voce *Comunione*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, vol. III, Torino, 1990, p. 181;

PAVANINI G., voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 450;

PELAGGI A., *Divisione ereditaria e azione di rescissione*, in *Giur. agr. it.*, 1969, I, p. 337;

PERLINGIERI P., *I negozi sui beni futuri, I, La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962.

PIAZZA G., *La convalida nel diritto privato, I (La convalida espressa)*,
Napoli, 1973.

PIAZZA G., *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*,
Napoli, 1968.

PINO A., *Il patrimonio separato*, Padova, 1950;

PROSPERETTI M., *Sulla riduzione ad equità del contratto
rescindibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 1217;

PROTO PISANI A., *Opposizione di terzo ordinaria. Art. 404 comma 1
c.p.c.*, Napoli, 1965.

PROTOPISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. cod. proc. civ.*,
diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973.

PUGLIATTI S., *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in
Studi sulla rappresentanza, Milano, 1965;

PUGLIATTI S., in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951.

PUGLIATTI S., *Introduzione ad una teoria dei trasferimenti coattivi*,
in *Annali della R. Univ. di Messina*, V, 1927.

PUGLIATTI S., *Saggi di diritto civile, Metodo, teoria e pratica*, Milano, 1951.

QUADRI E., in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2010.

QUADRI E., *La rettifica del contratto*, Milano, 1973.

QUADRI R., «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. Impr.*, 2001, p. 1144 e ss.

QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004.

REDDENTI E., *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1960.

REGINE F., *Regime degli atti dispositivi di beni immobili in comunione legale compiuti da uno solo dei coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1053, nota a Cass., 2 febbraio 1995, n. 1252.

RESCIGNO P., *Capacità giuridica (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 873;

RESCIGNO P., *Studi sull'accollo*, Milano 1958.

RESCIGNO P., voce *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, X, Torino, 1993.

RINALDI F., *La donazione di bene altrui*, cit., p. 86.

RIPEPI C., voce *Procedimento divisorio*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, vol. XIV, Torino, 1996.

ROMANO F., *La ratifica nel diritto privato*, Napoli, 1964.

ROPPO E., voce «*Contratto*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 99.

SACCO R., *Il contratto*, Torino, 1975, p. 844 e ss.;

SANTORO – PASSARELLI F., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1997.

SANTORO – PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli, 1986.

SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano – Varese, 1960.

SCALISI V., *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 345 ss;

SCALISI V., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 201.

SCHLESINGER P., *Comunione legale*, in *Commentario Carraro - Oppo - Trabucchi*, Padova, 1977, I, 1.

SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969.

SCOGNAMIGLIO R., voce *Inefficacia (dir.priv.)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 1 e ss.

SCOZZAFAVA O. T., *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 78 ss.;

SPITALI E., *Il regime legale*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, III, Milano, 2002.

TARANTO G., *Nuovo indirizzo giurisprudenziale in tema di litisconsorzio necessario nelle divisioni ereditarie*, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 879 nota a Cass., 11 maggio 1967, n. 975.

TOMEI G., voce *Divisione*, III) *Divisione giudiziale*, in *Enc. Giur.*

Treccani, vol. XI, Roma, 1989;

TOMMASINI R., *Limiti legali e convenzionali al potere di disporre*, in

Limiti convenzionali e legali al potere di disporre, a cura del

Comitato Reginale Notarile della Sicilia, Palermo, 1994, p. 13.

TOMMASINI R., voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano,

1972, p. 575.

TONDO S., *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss.*

dig. it., VIII, Torino, 1962, 995 e ss..

TORRENTE A., *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A.Cicu – F.

Messineo, Milano, 1973.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, a cura di G.

Trabucchi.

TRIMARCHI V. M., voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. Dir.*, Milano

1982, p. 271.

TRIOLA R., *Reciproca costituzione di diritti di superficie o divisione di cosa futura nel c.d. «condominio precostituito»?*, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1449, nota a Cass., 23 ottobre 1971, n. 2988;

VALLE, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. Impr.*, 1998, p. 1203 e ss.;