

A12

72

Livia Di Cola

L'oggetto
del giudizio
di divisione



Copyright © MMV
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 A/B
00173 Roma
06.93781065

ISBN 88-7999-975-3

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: febbraio 2005

a mia madre e mio padre

a mia sorella

a mia zia e mio zio

a mia nonna e mio nonno

One world

«If you want to give a message, it must be a message of Love. It must be a message of Truth. I want to capture your hearts. Leave your hearts clap in unison with what I'm saying, and I shall have finished my work. And then ask the question: "Did I believe in one world?". How can I possibly do otherwise? Of course I believe in one world».

M. Gandhi

INDICE

PREMESSA GENERALE: Perché è opportuno che un lavoro di ricerca sulla divisione abbia come punto di partenza l'esame della situazione giuridica sostanziale antecedente alla domanda di divisione e degli scenari prospettabili nel momento in cui uno o più comunisti chiedano la divisione? p. 13

CAPITOLO I: LA SITUAZIONE GIURIDICA SOSTANZIALE ANTECEDENTE ALLA DOMANDA DI DIVISIONE: p. 27

1. LA CHIAVE DI LETTURA DEL CAPITOLO; p. 27
2. LA COMUNIONE NEL DIRITTO ROMANO; p. 28
3. LA COMUNIONE NEL DIRITTO MODERNO: p. 34
 - 3.1. Premessa; p. 34
 - 3.2. Definizione; p. 35
 - 3.3. La natura: p. 36
 - a) teoria della proprietà della quota; p. 36
 - b) teoria della proprietà limitata; p. 42
 - c) teoria della persona giuridica o dell'ente; teoria della "proprietà collettiva" p. 52
 - c.2) die Gesamthand; p. 62
 - d) teoria della comunione come ordinamento giuridico tra i comunisti; p. 65
- 3.4. Conclusioni. p. 68

CAPITOLO II: LA NATURA DELLA DIVISIONE: p. 85

1. PREMESSA; p. 85
2. LA DIVISIONE NEL DIRITTO ROMANO; p. 87
3. IL DIRITTO ALLA DIVISIONE; p. 95
4. LA DIVISIONE NEL DIRITTO CIVILE: p. 105
 - 4.1. Le posizioni della dottrina intorno alla natura giuridica della divisione; p. 105
 - 4.2. La posizione della giurisprudenza; p. 139
 - 4.3. Conclusioni p. 142

CAPITOLO III: LA NATURA DEL GIUDIZIO DI DIVISIONE:	p. 151
1. QUALCHE RIFLESSIONE RIASSUNTIVA DEI RISULTATI, A CUI È GIUNTA LA PRESENTE INDAGINE, E, PARTENDO DA CIÒ, LA RAGIONATA PIANIFICAZIONE DELL'INDAGINE CHE SEGUIRÀ;	p. 151
2. LA DOTTRINA SULLA NATURA DEL GIUDIZIO DI DIVISIONE:	p. 159
2.1. Le differenze strutturali tra la disciplina del giudizio di divisione nel codice di procedura codice del 1865 e in quello del 1942	p. 162
2.2. Il giudizio di divisione come giudizio di volontaria giurisdizione;	p. 178
2.3. Il giudizio di divisione come giudizio di accertamento costitutivo;	p. 226
2.4. Il giudizio di divisione come giudizio di mero accertamento;	p. 280
2.5. Il giudizio di divisione come procedimento avente natura ibrida;	p. 289
2.6. Il giudizio di divisione come procedimento di esecuzione forzata;	p. 297
3. LA GIURISPRUDENZA;	p. 308
4. CONCLUSIONI.	p. 311
 CAPITOLO IV: LA NATURA DEI PROVVEDIMENTI EMESSI NEL CORSO DEL PROCEDIMENTO DI DIVISIONE ED I RIMEDI ESPERIBILI CONTRO DI ESSI	 p. 317
1. PREMessa;	p. 318
2. L'OGGETTO DEL GIUDIZIO DI DIVISIONE E LA SUA STRUTTURA;	p. 320
3. L'ORDINANZA DI CUI ALL'ART. 785: NATURA E RIMEDI CONTRO DI ESSA:	p. 322
3.1 Le sentenze pronunciate in luogo delle ordinanze in caso di contestazione del diritto alla divisione;	p. 322

3.2	L'ordinanza <i>ex art.</i> 785 come un provvedimento di volontaria giurisdizione;	p. 330
3.3	L'ordinanza <i>ex art.</i> 785 come provvedimento di meramente carattere istruttorio;	p. 332
3.4	L'ordinanza <i>ex art.</i> 785 come provvedimento sommario decisorio;	p. 340
4.	LE OPERAZIONI DIVISIONALI, I PROVVEDIMENTI DI CUI AGLI ARTT. 787 E 788 ED IL PROCEDIMENTO DI VENDITA DEI BENI COMUNI;	p. 370
5.	L'ORDINANZA DI CUI ALL'ART. 789: UN PROVVEDIMENTO IDONEO AL GIUDICATO O UNA MERA OMOLOGAZIONE DI UN ACCORDO GIÀ CONCLUSO TRA LE PARTI DEL GIUDIZIO?	p. 386
5.1.	L'ordinanza <i>ex art.</i> 789 come provvedimento di omologazione dell'accordo delle parti;	p. 387
5.1.1.	Il procedimento di divisione della comunione ereditaria tedesco, disciplinato agli §§ 86 ss. FGG;	p. 397
5.1.2.	(segue) ... e il procedimento di rendimento di conti;	p. 408
5.2.	L'ordinanza <i>ex art.</i> 789 come provvedimento decisorio.	p. 416
6.	I RIMEDI AVVERSO LE ORDINANZE DI CUI AGLI ARTT. 785 E 789 PRONUNCIATE IN DIFETTO DEI PRESUPPOSTI DI LEGGE	p. 433
7.	IL DECRETO DI CUI ALL'ART. 195 DISP. ATT. C.P.C.: L'ATTUAZIONE DEL PROVVEDIMENTO DEL GIUDICE;	p. 447
8.	RIPARTIZIONE DELLE SPESE GIUDIZIALI NEI GIUDIZI DIVISORI;	p. 451
9.	CONCLUSIONI	p. 452
	BIBLIOGRAFIA	p. 457

PREMESSA GENERALE

Perché è opportuno che un lavoro di ricerca sulla divisione abbia come punto di partenza l'esame della situazione giuridica sostanziale antecedente alla domanda di divisione e degli scenari prospettabili nel momento in cui uno o più comunisti chiedano la divisione?

Lo studio del giudizio di divisione non è facile, perché, nonostante non siano state apportate sostanziali modifiche alla disciplina del codice di procedura civile, non sono state risolte ancora questioni su cui si era già arrovellata la dottrina sotto il vigore del codice del 1865. Se è ormai pacifico, in dottrina e giurisprudenza, che si tratta di un procedimento unico articolato in più fasi, sul cui numero ancora si discute, permangono una serie di interrogativi concatenati tra di loro.

Il primo problema, che ci si trova ad dover affrontare, è la natura del giudizio di divisione, necessario qualora i comunisti, o meglio anche uno solo tra di loro, vogliano porre fine alla contitolarità del diritto di proprietà o di altro diritto reale e non siano in grado di raggiungere il loro intento mediante un atto di autonomia negoziale.

Non è ben chiaro se esso debba essere relegato tra i procedimenti di volontaria giurisdizione o tra i procedimenti contenziosi, e ancor prima se con la divisione in sé considerata, indipendentemente dal carattere negoziale o giudiziale, si abbia l'attuazione di un rapporto giuridico già esistente o la creazione di uno nuovo.

La prima soluzione è stata sostenuta, circa sessant'anni or sono, da Carnelutti (*Meditazioni sul processo divisorio*, in Riv. dir. proc., 1947, II, pp. 22 ss.) e Fazzalari (*La volontaria giurisdizione*, Padova, 1953).

Carnelutti, entrando in polemica direttamente con Allorio (*Giudizio divisorio e sentenza parziale con pluralità di parti*, in Problemi di diritto, I, Milano, 1957, pp. 3 ss.), ha equiparato il ruolo del giudice a quello di un mediatore a cui le parti, anche quando non sia insorta una vera e propria lite, si possano rivolgere in caso di dissenso sul modo migliore per realizzare interessi comuni. Pur essendo stato iniziato con

un atto di citazione, il procedimento, nel caso in cui nessuna delle parti contesti il diritto delle altre alla divisione, si svolgerebbe come un tipico giudizio di volontaria giurisdizione: non vi sarebbe la necessità di accertare alcun diritto ma solo di trovare il modo migliore di dividere il patrimonio comune. Raggiunto l'accordo delle parti sul progetto di divisione predisposto dal giudice o dal notaio, ove il giudice decida di delegare ad esso le operazioni divisionali, ed assegnate materialmente le quote, il procedimento si chiuderebbe con l'omologazione da parte del giudice del verbale di attribuzione ex art.195 dip. att. cod. proc. civ.

La citazione del convenuto davanti ad un giudice consentirebbe di superare "*il dogma della volontà*", mettendo sullo stesso piano *un accordo espresso* e *una mancata contestazione*: quest'ultima, in virtù di una *fictio iuris*, potrebbe essere considerata al pari di una manifestazione positiva di volontà, grazie all'avvenuta *intepellatio* in forma solenne e alla vigilanza del giudice. La Cassazione recentemente (Cass. 22.11.99 n.12949) ha ribadito che la parte che, regolarmente avvertita del deposito del progetto di divisione in cancelleria, rimanga contumace o semplicemente non compaia in udienza, rinuncia implicitamente e volontariamente a sollevare contestazioni, "*tacitamente approvando il progetto così come depositato*". Al contrario, un accordo in senso tecnico-giuridico è richiesto sul progetto di divisione formato dal notaio dato che esso non avviene davanti al giudice della procedura. La presenza del giudice-mediatore sarebbe la garanzia, anche per coloro che volessero rimanere totalmente estranei alla formazione del progetto di divisione, della regolarità di quest'ultimo, consentendo "la supposizione" di una volontà mai manifestata.

L'ordinanza del giudice ex art. 789, previo controllo della regolarità del procedimento, non farebbe che rendere esecutivo il progetto espressamente o tacitamente accolto dalle parti, precludendo nello stesso tempo qualsiasi futura contestazione. Infatti tale ordinanza non sarebbe impugnabile neanche con il ricorso ex art. 111 Cost., in quanto non decisoria su diritti, senza che ciò possa comportare la violazione dell'art. 24 Cost., perché le parti avrebbero già coscientemente rinunciato ad ogni difesa non contestando il progetto.

La decisione con sentenza si potrebbe avere esclusivamente nel caso in cui nel corso del procedimento si innestino quei momenti con-

tenziosi previsti dalla disciplina del codice: artt. 785, 787, 788, 789 c.p.c. e art. 195 disp. att. cod. proc. civ. In questa eventualità i provvedimenti aventi natura contenziosa sarebbero soggetti ai mezzi di impugnazione previsti dal codice per i provvedimenti decisori su diritti, al contrario ove il procedimento si concluda con un'ordinanza, l'unico rimedio contro l'accordo presunto o tacito sul progetto, a cui gran parte della dottrina (si veda es. Cicu, *La divisione ereditaria*, Milano, 1947) e la giurisprudenza di Cassazione (Cass. 4.05.82 n. 2737, parla di contratto di divisione attestato dall'ordinanza del giudice istruttore) riconoscono natura negoziale, sono gli strumenti messi a disposizione per far valere i vizi della volontà (vedi l'azione di annullamento; azione di rescissione).

La giurisprudenza di Cassazione (Cass. 4.05.82 n. 2737) ha ipotizzato solo per l'ordinanza ex art. 789 pronunciata in mancanza dei necessari presupposti di legge il rimedio del ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111 Cost.: in questo caso tale provvedimento non si limiterebbe a consacrare l'accordo delle parti ma avrebbe il contenuto di provvedimento decisorio adottato da un organo giudiziario in forma abnorme (questa giurisprudenza è stata criticata da Mandrioli, *Sui rimedi contro l'ordinanza che approva il progetto divisionale pronunciata senza i presupposti di legge*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 1513 ss., che ha evidenziato la contraddizione insita nel ragionamento compiuto dalla Suprema Corte: la sostanza decisoria del provvedimento dovrebbe fondare l'appellabilità dello stesso, al pari di una sentenza).

Così ricostruito il giudizio di divisione non sarebbe che un *procedimento di omologazione*, avendo il provvedimento conclusivo la funzione di integrare la volontà privata, pur potendo esserci parentesi contenziose. L'oggetto del giudizio potrebbe estendersi all'accertamento del diritto di divisione, anche se questo non sarebbe mai presupposto indispensabile delle successive operazioni e, ove tale accertamento non sia avvenuto, potrebbe ancora essere oggetto di un giudizio a cognizione piena, non essendo precluso dall'ordinanza di cui all'art. 785, la quale avrebbe in comune con quella dell'art. 789 la non decisorietà, ma non il carattere della non impugnabilità e definitività.

Le premesse svolte portano ad un'altro interrogativo: nell'eventualità in cui venga accertata in un successivo giudizio l'estraneità di uno o più ex-condomini all'originaria comunione e, di conseguenza,

l'assenza di ogni loro diritto a prender parte alla divisione, può, o meglio deve essere messa in discussione la divisione già effettuata? In tal modo, quale stabilità potrebbe mai essere riconosciuta al risultato di tale procedimento?

È opportuno sottolineare la posizione di Fazzalari, per il quale essendo il giudizio di divisione conformato in modo tale che le eventuali questioni concernenti la sussistenza del diritto di divisione, la vendita dei beni, le contestazioni relative al progetto di divisione e l'estrazione a sorte delle quote siano sollevate nel corso dello stesso, non vi sarebbe spazio per riproporle al di fuori di esso. Ogni accertamento relativo al diritto di divisione sarebbe precluso da un provvedimento privo del carattere della decisorietà, l'ordinanza ex art. 785, adottato nel corso di un procedimento di volontaria giurisdizione.

Molto vario è in dottrina il panorama di quanti hanno aderito alla tesi della natura contenziosa del giudizio di divisione.

È rimasta isolata l'opinione di Minoli (*Contributo alla teoria del giudizio divisorio*, Milano, 1950), secondo il quale il giudizio di divisione sarebbe un procedimento esecutivo.

Minoli ritiene certo che alla base della domanda di divisione vi sia un diritto violato, ma non considera indispensabile il previo accertamento di questo per procedere all'esecuzione della divisione.

La prima novità nel pensiero di Minoli, rispetto ad altri autori che prima di lui avevano qualificato tale giudizio come contenzioso, sta nel aver relegato il diritto di divisione non nel genere dei diritti potestativi, ma piuttosto in quello dei "diritti obbligatori": un diritto di credito avente ad oggetto un obbligo di fare, determinabile, non determinato *ex ante*, consistente nel cooperare con gli altri comunisti allo scioglimento della comunione mediante la stipulazione di un contratto *ad hoc* o con qualsiasi altro negozio i cui effetti sia quelli della divisione. Data la particolarità del rapporto giuridico sostanziale, il giudizio di divisione sarebbe stato conformato in modo che non sia sempre necessario procedere alla verifica della qualità di comunista di ciascun condomino e del suo diritto di chiedere la divisione, ma sia possibile procedere all'immediata attuazione del diritto: un processo di esecuzione che non avrebbe bisogno di essere preceduto da una fase di cognizione, ma nel corso del quale, si potrebbero avere cinque fasi di cognizione piena espressamente disciplinate, alla stessa stregua del-

le opposizioni all'esecuzione, o altrettanti "provvedimenti di autorizzazione". I casi di esecuzione senza la previa cognizione sarebbero eccezioni alla regola generale legittimati dal basso rischio di errore. Il giudizio di divisione per la sua particolare struttura sarebbe relegabile tra di essi: *"l'iniziativa di chiedere al giudice un provvedimento specifico sul tema è dell'attore, l'iniziativa invece che ha per effetto di trasferire il dibattito dal mero piano dell'esecuzione a quello della cognizione, è degli altri interessati, ma non è una domanda"* (Minoli, *Contributo alla teoria*, cit., p. 98 in nota 51). Dal momento che il diritto alla divisione, secondo questo Autore, spetta normalmente a chi è in comunione non occorrerebbe un'indagine preliminare per stabilire se il diritto esista, salvo che non sia espressamente richiesto.

Per poter ammettere un procedimento di tal genere senza che sia ipotizzabile un contrasto con gli artt. 24 e 111 della Costituzione, sarebbe opportuno verificare che sussistano quantomeno quelle condizioni che nei procedimenti sommari decisori consentono di pervenire all'accoglimento della domanda con un provvedimento non più impugnabile, *inaudita altera parte*: da un lato un meccanismo che riducendo al minimo il margine di errore consenta di giungere ad un previo accertamento sommario, dall'altro, *sub specie* di opposizione tardiva, un rimedio all'errore quando questo è scusabile. La sussistenza di siffatti presupposti probabilmente non sarebbe ancora sufficiente per la legittimità di esso. Per espressa disposizione codicistica non è possibile porre in esecuzione un titolo prima che questo si sia formato. Del resto un conto è predisporre un meccanismo che dalla mancata costituzione o opposizione del convenuto o intimato faccia discendere un accertamento irrevocabile, la cui efficacia sia quella del giudicato e, poi, sulla base di un titolo così formato procedere ad esecuzione forzata, altro è trovarsi già nell'ambito di un processo esecutivo in cui sia rimessa all'iniziativa del debitore esecutato la formazione del titolo stesso.

Il giudizio di divisione, così come configurato da Minoli, sarebbe lo strumento per l'attuazione di un diritto obbligatorio violato ancor prima ed indipendentemente dall'accertamento della violazione.

Pavanini ha notato che la maggiore difficoltà derivante dalla qualificazione del diritto di divisione come diritto obbligatorio è reperire una disposizione di legge prescrivente un siffatto obbligo, con conse-

guente responsabilità a carico del soggetto inadempiente. La stessa previsione di un litisconsorzio necessario tra tutti coloro che partecipano della comunione, prosegue Pavanini, si adatterebbe più ad un giudizio costitutivo, di cui siano parti necessarie tutti i comunisti in quanto contitolari del medesimo diritto reale.

Buona parte della dottrina ha optato per la natura, seppur con alcune particolarità, di giudizio costitutivo, il cui presupposto sarebbe il diritto di chiedere la divisione, da parte di uno o più comunisti, diritto potestativo rimasto inattuato a causa di coloro che si sono rifiutati di concorrere a sciogliere la comunione mediante un atto negoziale. (Allorio, *Giudizio divisorio e sentenza parziale con pluralità di parti*, cit.; Id., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 3 ss.; Andolina, *Note sull'oggetto del giudizio divisorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, II, p.580 ss.; al contrario, Pavanini, *Natura dei giudizi divisorii*, Padova, 1942; Id., *Il litisconsorzio nei giudizi divisorii*, Padova, 1948, non attribuisce a priori natura contenziosa al giudizio, ma piuttosto variante a seconda del comportamento processuale delle parti.).

La difficoltà di qualificare il giudizio divisorio come giudizio appartenente al genere della tutela costitutiva non necessaria, che avrebbe come presupposto la violazione di un diritto potestativo, nel senso di non aver assunto il soggetto passivo del rapporto quello "stato di soggezione" che la norma di diritto sostanziale prescrive a fronte dell'esercizio del relativo diritto, tale difficoltà, si diceva, deriva dalla posizione che ciascun comunista, futura e necessaria parte del giudizio di divisione, ha nei confronti degli altri: non uno stato di soggezione ma un eguale diritto alla divisione della cosa comune, con eguali poteri di tutte le parti finalizzati alla miglior divisione della cosa stessa. È difficile immaginare che la violazione del diritto di un comunista da parte di altro comunista che, pur riconoscendo il diritto del primo alla divisione, non ritenga il contratto di divisione ad esso proposto adeguato o semplicemente conveniente, e perciò solo venga convenuto in giudizio. Se un conflitto c'è, è difficile ricondurlo entro schemi tradizionali.

Allorio ha qualificato il giudizio in esame come processo contenzioso, sia che esso si chiuda con sentenza che con ordinanza non impugnabile del giudice istruttore, avendo quest'ultima la sostanza di

provvedimento decisorio su diritti: il giudizio di divisione sarebbe un procedimento unico avente ad oggetto il passaggio da uno stato di proprietà comune a uno stato di proprietà solitaria degli interessati sulle quote loro singolarmente assegnate, perciò il compiuto accertamento di quel diritto non potrebbe aversi che all'esito della determinazione delle quote. Un procedimento con un tale oggetto, secondo Allorio, non potrebbe che essere di tipo contenzioso dall'inizio al termine, indipendentemente dalla forma del provvedimento conclusivo. In tale prospettiva l'ordinanza di cui all'art.785 avrebbe la sostanza di sentenza parziale (impugnabile, al tempo in cui Allorio scrisse sull'argomento, unitamente alla sentenza che definiva il giudizio). Un problema relativo a quest'ultimo provvedimento è con quali mezzi sia impugnabile, ammettendo che lo sia: ci si è chiesti, infatti, il motivo per cui negli artt. 785 e 789 il legislatore abbia scelto due diverse strade per "sanzionare" la non contestazione, sancendo nell'un caso che l'ordinanza sia non impugnabile, e preferendo mantenere il silenzio sulla presenza o meno di una tale qualità anche nell'altro. Si può colmare la lacuna normativa dell'art.785 optando o per l'applicazione analogica dell'art.789, in questo caso ci si deve chiedere per quale motivo il legislatore non abbia espressamente previsto la "non impugnabilità" in entrambe le disposizioni, o per il impugnabilità, in quest'altra evenienza si pone il problema della scelta del mezzo di impugnazione. Se è esclusa la revocabilità e modificabilità in ogni tempo da parte del giudice istruttore, come è escluso il reclamo al collegio, non trattandosi di un provvedimento ordinario o cautelare, la scelta è circoscritta tra mezzi di impugnazione previsti dal codice di procedura civile per le sentenze e il ricorso straordinario in cassazione ex art. 111 Cost.

Lanfranchi (*La verifica del passivo fallimentare*, Milano, 1979) ha aderito alla tesi di Allorio, mettendo particolarmente in evidenza come il legislatore nel procedimento divisorio abbia voluto riprodurre quello stesso meccanismo che caratterizza il procedimento per convalida di fratto: la controparte convenuta in giudizio, "provocata" a contraddire, se non contesta ex artt. 785 ss., rinuncia volontariamente e consapevolmente alla cognizione ordinaria. A tale rinuncia non si potrebbe dare lo stesso valore che ha la non contestazione nel processo ordinario: il convenuto attraverso gli strumenti ad uopo pre-

disposti è stato preventivamente reso consapevole che, nella concorrenza di determinati presupposti di legge, la sua non contestazione ha lo stesso valore di una rinuncia alla cognizione ordinaria.

Critico nei confronti di tale posizione è stato Pavanini (*Divisione giudiziale*, in Enc. Giur. Treccani, 1965, p. 439 ss.), che ha evidenziato come essa sia incompatibile con la tradizionale ripartizione dei poteri tra l'organo a cui è affidata esclusivamente l'istruzione della causa e quello decidente, il solo che può emettere provvedimenti aventi forma e sostanza di sentenza. L'Autore ha rilevato, inoltre, la singolarità del provvedimento che si pretenderebbe decisorio, negando che nei casi previsti dagli artt. 785 e 789 sussistano le condizioni necessarie perché possano essere considerati provvedimenti sommari decisorii. Tutti i provvedimenti cosiddetti sommari decisorii, quali quelli previsti dagli artt. 633 ss. c.p.c. o artt. 96 ss. l. fall., sono adottati nell'ambito di subprocedimenti sommari parti di un più ampio procedimento trasformabile in ordinario mediante l'opposizione dell'interessato; anche quando il provvedimento sia stato adottato nell'inerzia delle parti, sono stati previsti dei "rimedi" per evitare che la parte incolpevole subisca le conseguenze della sua involontaria inerzia. In mancanza di tali garanzie, un provvedimento adottato sulla base della non contestazione delle parti dal giudice istruttore, avente la forma di ordinanza, non può che essere di tipo ordinatorio.

Per superare le difficoltà nella individuazione della natura del giudizio di divisione secondo Pavanini bisognerebbe abbandonare la pretesa di una qualificazione unitaria di esso ed operare una distinzione: ogni volta in cui la determinazione delle porzioni della cosa comune e la rispettiva attribuzione ad ogni condividente siano fissate dall'autorità giudiziaria, con un provvedimento vincolante per tutti gli interessati, ci si troverebbe davanti all'esercizio di un'attività giurisdizionale contenziosa; al contrario, quando la specificazione delle porzioni e la loro assegnazione possa essere ricondotta alla volontà espressa più o meno esplicitamente dai soggetti interessati, anche se l'accordo sia stato raggiunto con l'intervento del giudice, in questo caso si dovrebbe ritenere di essere in presenza dell'esercizio di un'attività riconducibile alla volontaria giurisdizione, essendo limitato l'intervento del giudice alla cooperazione per il raggiungimento di un patto fra tutti i condividenti e alla documentazione dello stesso. La peculiarità di questo pro-

cedimento risiederebbe proprio nella sua duplice natura: l'opera del giudice sarebbe volta a provocare un'intesa tra le parti, in mancanza di essa l'attività giudiziaria diverrebbe contenziosa e porterebbe ad un provvedimento giurisdizionale decisorio. La domanda introduttiva non sarebbe un atto scaturente da una violazione di un diritto, ma la semplice manifestazione dell'esercizio del diritto potestativo alla divisione, che non dovrebbe necessariamente essere accertato con un provvedimento idoneo al giudicato prima di procedere alla formazione delle porzioni e alla loro assegnazione.

Con questa rassegna rapida e limitata delle varie teorie relative alla natura, all'oggetto e alla struttura del procedimento di divisione si è voluto dare solo una vaga idea delle dispute che ancora lo accompagnano.

C'è un punto fermo da cui si può partire: la scelta che si compie intorno alla natura della divisione giudiziale condiziona la risposta sulla struttura del relativo giudizio e, soprattutto, dell'oggetto di esso che, a seconda che si opti per la natura contenziosa o meno del procedimento, presupporrà o meno l'accertamento del diritto alla divisione prima di procedere alla formazione delle porzioni e alla definitiva assegnazione delle medesime. Così l'opzione compiuta sulla natura del procedimento condiziona quella sulla natura delle ordinanze che, in alternativa alle sentenze, possono chiudere le fasi in cui è ripartibile il procedimento, come quella sui rimedi contro di esse e sulla loro stabilità. A sua volta tanto la natura che l'oggetto del giudizio di divisione sono determinate e limitate dalla funzione attribuita alla divisione e dalla qualificazione del diritto alla divisione riconosciuto ai comunisti. Preliminarmente, cioè, è necessario stabilire se riconoscere alla divisione, sia essa un negozio ovvero il risultato di un procedimento giurisdizionale, carattere costitutivo o dichiarativo e, a tal scopo, esaminare quella che è la situazione giuridica preesistente alla manifestazione della volontà di porre termine alla comunione.

Per rispondere a tutti questi quesiti è indispensabile sciogliere il primordiale nodo: prima della divisione esiste un diritto del singolo che vada oltre la partecipazione al godimento della cosa comune e che sia qualificabile come un diritto esclusivo di proprietà su una porzione di tale bene o su singoli beni? È questo che si può desumere dal disposto 1102 c.c. che attribuisce a ciascun partecipante il diritto di disporre

del proprio diritto nei limiti della quota, pur essendo esso meno esplicito dell'art. 679 del codice del 1865 (a norma del quale ciascun partecipante aveva la piena proprietà della quota e dei relativi utili e frutti)? Ed ancora, quale è la natura giuridica della quota, si tratta di un'aspettativa di un diritto, di un diritto il cui contenuto sia non determinato ma determinabile come potrebbero essere un diritto di credito qualsiasi, ovvero di una semplice misura per disciplinare i rapporti interni tra tutti partecipante alla comunione?

Parte dei civilisti, più che i processualcivilisti, hanno optato per la natura dichiarativa della divisione.

Il maggior argomento a portato a sostegno della propria tesi da quanti sono propensi per la natura dichiarativa della divisione, è il disposto dell'art. 757 c.c. in virtù del quale: «Ogni coerede è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione,..., e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni».

In primo luogo ci si è chiesti se tale disposizione, che si riferisce agli effetti della divisione ereditaria, sia applicabile anche alla divisione della comunione ordinaria; in secondo luogo, anche se probabilmente la risposta a questo secondo interrogativo rende superfluo il primo, se la norma più che deporre a favore di una natura dichiarativa non si limiti a sancire l'efficacia retroattiva della divisione per motivi di opportunità. La norma vuole ovviare all'inconveniente di un erede che non possa essere considerato diretto successore del *de cuius*, ma avente causa della comunione intervenuta *in medio tempore*. Al contrario, nessuna ragion d'essere avrebbe riguardo a comunioni volontarie: ha notato Dossetto (*Comunione*, in Nov.mo Digesto it., 1957, pp. 874 ss.) che con riferimento a forme associative, quali quelle create mediante la messa in comunione di beni per il godimento in comune di essi, non vi sarebbe ragione per far retroagire gli effetti della avvenuta divisione fino al momento in cui esse furono costituite. Nonostante ciò, l'Autore ritiene che in base al codice attuale, in virtù dell'applicazione dell'art. 1116, anche per la comunione ordinaria vigga il principio dichiarativo, con tutti gli inconvenienti che la sua applicazione possa comportare.

Cicu (*La divisione ereditaria*, cit.) ha ipotizzato la presenza di più diritti di proprietà sui beni comuni che si limitano l'uno con altro, non

aventi ad oggetto tutte le possibili utilità presenti e future del bene comune: il concorrere di più proprietà sulla medesima cosa determinerebbe il frazionarsi del contenuto per quote. La cosa dovrebbe essere considerata non nella sua materialità ma come bene capace di dare utilità: il diritto di ciascuno avrebbe ad oggetto un bene economico corrispondente ad una quota di utilità. Ciascun partecipante avrebbe diritto di godere delle utilità, che la cosa comune è in grado di dare, e di concorrere all'adempimento delle obbligazioni ad essa inerenti nei limiti della propria quota. Anche se oggetto della comunione fossero più cose suscettibili di godimento separato il contenuto del diritto di ognuno non corrisponderebbe ad una cosa materialmente individuata, ma sempre ad un complesso di utilità e di obblighi. Essendovi tanti diritti quanti sono i comunisti, la divisione non comporterebbe "la ripartizione" di un diritto unico in tanti distinti diritti, ma la "surrogazione" del contenuto del bene quale quota di tutte le utilità della cosa con una parte materiale della stessa. Costruita così la divisione non sarebbe la trasformazione in singoli diritti di proprietà di un unico diritto di proprietà con una pluralità di titolari, ma una mera "divisione materiale". La modificazione del diritto di comproprietà in diritto di proprietà esclusiva comporterebbe solo il cambiamento del bene oggetto del diritto, non di quest'ultimo la cui natura rimarrebbe inalterata: questo, ad opinione di Cicu, spiegherebbe perché il dividente debba considerarsi essere stato sempre e solo proprietario del bene assegnatogli, aver avuto sempre i poteri di proprietario sulla cosa o sulla porzione di essa assegnatagli. Coerentemente con tale costruzione l'art. 2825 c.c. disporrebbe che l'ipoteca iscritta antecedentemente alla comunione abbia effetto per i beni che vengano assegnati nella divisione; se sono diversi da quelli su cui si era iscritta l'ipoteca, si trasferiscano su questi. Ogni altro diritto costituito antecedentemente alla divisione sarebbe trasferito sul bene materiale concretamente assegnato, anche se nel nuovo codice civile manca una norma pari all'art. 679 del codice civile abrogato, secondo cui gli effetti dell'alienazione della quota, oltre che dell'ipoteca, sarebbero stati limitati alla porzione assegnata nella divisione. Gli eventuali diritti acquisiti su beni determinati sarebbero soggetti alla condizione sospensiva dell'effettiva assegnazione di essi al dante causa.

Nella Relazione del codice la finzione di un diritto reale attuale il cui contenuto non sia determinato ma solo determinabile nel momento in cui sia costituito, e che si specifichi per mezzo della divisione, viene spiegato con il concetto di “surroga reale”: cambia l’oggetto, rimanendo integro il diritto.

Su tali basi si fonderebbe il carattere dichiarativo della divisione: si tratterebbe solo di sostituire l’oggetto di un diritto già esistente, senza nessuna modificazione giuridica.

Ad eguale conclusione si arriva ove si accolga la teoria cosiddetta della proprietà della quota, la cui paternità viene attribuita a Pothier (*Traité du droit de domaine et de propriété*, in *Oeuvres complètes de Pothier*, Paris, 1830). Questa ricostruzione vede ogni comunista quale proprietario di una parte materiale del bene. La difficoltà di accogliere la tesi di Pothier è dovuta all’impossibilità di concepire un diritto dei singoli di appropriarsi di una parte del bene comune finché persista la comunione: ognuno ha il diritto di usare e godere della cosa per intero, con il limite del rispetto dell’eguale diritto altrui.

Piuttosto critico nei confronti di chi ricostruisce l’istituto della comunione basato sulla natura dichiarativa della divisione è Fragali (*La comunione*, in *Trattato Cicu–Messineo*, Milano, 1973), anche se non è ben chiara la posizione di questo Autore sull’argomento.

Fragali nega che si possa anticipare l’applicazione dell’art. 757 al momento della comunione, considerando titolate dell’interesse sui singoli beni non già uno qualsiasi dei partecipanti, ma quell’ignoto compartecipe al quale spetteranno i beni una volta che venga sciolta la comunione, dal momento che un bene non può essere amministrato da ignoti quando è la legge stessa ad attribuire l’amministrazione all’universalità dei partecipanti. Né si potrebbe ritenere che durante la comunione vi sia una situazione giuridica identica a quella successiva alla divisione: quest’ultima modifica la situazione anteriore costituendone una nuova. Con la costituzione della comunione si avrebbe l’attribuzione della titolarità del medesimo diritto a tutti i partecipanti ad essa. I comunisti sarebbero una collettività organizzata, non certo al pari di una società in cui vi sarebbe un vero e proprio fine ulteriore di lucro oltre al mero godimento, ma comunque una sorta di associazione a cui sarebbe affidata l’amministrazione del bene nell’interesse comune. L’interesse del singolo si sposa con l’interesse comune, ed in esso

incontra un limite invalicabile: ciascun comunista può godere del bene ed apportare migliorie ad esso, nel rispetto dell'interesse di tutti gli altri partecipi. Nessuno può per un proprio interesse sacrificare quello degli altri: è necessario armonizzare gli interessi di tutti. Nonostante ciò, la somma dei diritti dei singoli partecipanti non dovrebbe essere scambiata per unità degli stessi: non c'è un'organizzazione dotata di personalità giuridica ma piuttosto un "fascio" di diritti individuali riferibili al medesimo bene, che in quanto tali sono circoscritti dalla presenza degli altri. In questa prospettiva la quota di ognuno rappresenterebbe la misura di partecipazione ai vantaggi ed obblighi del diritto comune.

L'efficacia retroattiva della divisione sarebbe giustificata perché quell'utilità derivante dall'assegnazione materiale di una parte del bene comune era già presente in ciascun patrimonio individuale sotto forma di quota di partecipazione ad essa, di fatti, è proporzionata la porzione di ogni partecipante. Con la divisione il diritto di ciascuno viene ristretto dal punto di vista materiale ad una sola parte del bene comune, ma nel contempo si libera dei limiti derivanti dalla necessità del rispetto del diritto altrui, divenendo ciascuno esclusivo proprietario delle cose assegnate. Nel contempo però, lo stato di comunione, soprattutto se creato volontariamente, non può essere considerato uno scomodo intermezzo: c'è stata un'amministrazione della cosa comune che ha dato i suoi frutti, che ha comportato l'assunzione di obbligazioni nell'interesse comune, ha portato miglioramenti al bene comune. Semplicemente l'effetto retroattivo della comunione comporterà che tutti gli atti di godimento, di gestione compiuti in costanza di rapporto di comunione debbano essere considerati opera di ciascun condividente sul solo bene assegnato.

Individuata l'essenza della retroattività in un rapporto fra una situazione giuridica precedente ed una nuova che vi si sovrappone, nei limiti in cui si presenti incompatibile con gli effetti da questa prodotti, è difficile ritenerla compatibile con un negozio o un atto giuridico dichiarativo. L'atto dichiarativo si limita, infatti, per definizione a costatare senza toccare la situazione che costituisce oggetto dell'accertamento (si pensi alla differenza tra sentenza dichiarativa di nullità e sentenza costitutiva di annullamento).

Ha notato Pavanini (*Natura dei giudizi divisorii*, cit., in particolare p.16 ss.) “...se determinati effetti giuridici, che si configurano come propri di uno stato giuridico già sorto, non si possono considerare prodotti se non in quanto sia intervenuto un successivo atto di accertamento di quello stato giuridico – intendiamo naturalmente accertamento normativo – è segno che effettivamente quest’atto non ha per nulla o non ha soltanto funzione dichiarativa, ma modificativa di quello stato giuridico e rappresenta in sostanza la causa ultima se non unica di quegli effetti, anche se essi vengono considerati prodotti in un momento precedente alla formazione dell’atto stesso”.

Detto tutto ciò, è più chiaro perché si ritiene *condicio sine qua non* per la corretta ricostruzione dell’istituto della divisione prima e dell’omonimo giudizio poi, una seria analisi della comunione.

Si è cercato articolare il primo capitolo in modo che al termine di esso si possa stabilire quale sia la natura della comunione, se vi sia una vera e propria organizzazione, analoga a quella di un’associazione, se durante tale stato i partecipanti abbiano già un diritto esclusivo di proprietà dal contenuto determinato o determinabile, ovvero se il diritto di comproprietà sia cosa ben distinta dal successivo diritto di proprietà dei condividenti. I risultati dell’indagine porteranno, come immediata conseguenza, una scelta consapevole tra natura dichiarativa o costitutivo–determinativa della divisione.

Tale scelta porta con sé quella relativa alla qualificazione del diritto alla divisione e alla possibilità dei condomini di ricorrere al giudice indipendentemente o meno dalla violazione di esso. Se la risposta a questo interrogativo è positiva, si deve ritenere di volontaria giurisdizione il procedimento in cui il giudice si limiti a svolgere un’opera di mediatore, con la possibilità di parentesi contenziose; ove si opti per la contraria soluzione, prima di disporre la divisione, che specifica o costituisce il diritto di proprietà dei singoli, è necessario l’accertamento di quel diritto e della sua violazione. Stabilito ciò, sarà possibile delimitare l’oggetto del giudizio, individuare la natura delle ordinanze di cui agli artt. 785 ss., i rimedi contro di esse, la stabilità dell’avvenuta divisione.

CAPITOLO I

LA SITUAZIONE GIURIDICA SOSTANZIALE ANTECEDENTE ALLA DOMANDA DI DIVISIONE

SOMMARIO:

1. LA CHIAVE DI LETTURA DEL CAPITOLO;
2. LA COMUNIONE NEL DIRITTO ROMANO;
3. LA COMUNIONE NEL DIRITTO MODERNO:
 - 3.1. Premessa;
 - 3.2. Definizione;
 - 3.3. Natura: a) teoria della proprietà della quota; b) teoria della proprietà limitata; c) teoria della persona giuridica o dell'ente; teoria della "proprietà collettiva" c.2) die Gesamthand; d) teoria della comunione come ordinamento giuridico tra i comunisti;
 - 3.4. Conclusioni.

1. La chiave di lettura del capitolo

Nelle premesse generali è già stato chiarito il motivo per cui si è ritenuto di dover trattare preliminarmente dell'istituto della comunione, ed è bene chiarire anche il profilo che si vuole dare alla seguente trattazione. Il capitolo si incentrerà soprattutto sulla natura della comunione, perché è questo l'elemento essenziale per determinare successivamente la natura della divisione e, di conseguenza, la natura e l'oggetto del giudizio di divisione. Verranno esposte le principali teorie relative all'argomento per trarre successivamente conclusioni intorno alla costruzione che si ritiene più consona a rispecchiare la realtà dell'istituto, partendo dall'esame dei testi del codice civile vigente e di quello del 1865 abrogato e mettendo a confronto le due discipline.

Particolare attenzione verrà prestata alla determinazione dell'essenza della "quota" perché essa è funzionale alla determinazione della posizione del singolo all'interno della comunione.

Per quel che riguarda la disciplina dettata dal codice per il diritto di godimento dei singoli, per l'amministrazione della cosa comune per gli atti di disposizione individuali o comuni, tali argomenti verranno trattati al momento di trarre le conclusioni relativamente alla natura