# INDICE

**LA COMUNIONE ..... 2**

# PARTE III

# Comunione e condominio

## Capitolo IX

## La comunione

SOMMARIO: **1)** *Generalità;* **2)** *Fonti della disciplina della comunione;* **3)** *Poteri dei partecipanti. L'uso*; **4)** *Segue: il potere di disposizione;* **5)** *Segue: il potere di gestione;* **6)** *Obblighi dei compartecipi;* **7)** *Impugnazione delle delibere assembleari;* **8)** *La divisione;* **9)** *Segue: invalidità della divisione. Garanzia per evizione e rimedi contro l'inadempimento.*

( 1 ) ***Generalità*** **–** Sussiste la comunione quando la proprietà o altro diritto reale spetta in comune a più persone (art. 1100). Non è comunione, dunque, la condizione di più titolari di un rapporto obbligatorio. Solo in senso improprio può dirsi che, in caso di parte plurisoggettiva o di obbligazione solidale dal lato attivo, vi sia una comunione nel diritto di credito. In realtà dovrà parlarsi di esercizio in comune del diritto, regolato dagli accordi[1].

Natura giuridica

La dottrina dibatte circa la natura giuridica della comunione.

I romani dell'epoca classica videro più diritti di dominio nella comunione di proprietà: secondo un noto passo di Celso, ogni comunista era proprietario *pro parte*. Non si pensò neppure un

[1] Cfr. Cass. 10 gennaio 1990, n. 10, in *Giust. civ.,* 1991, I, 2419: «*nel caso in cui più soggetti siano titolari, quali conduttori, della locazione di un immobile ed abbiano tra loro convenuto le modalità di utilizzazione dello stesso, non è consentito ad alcuno di essi di chiedere al giudice di stabilire giudizialmente le modalità di godimento per ciascuno dei conduttori, atteso che in tal caso non sono applicabili le norme sulla comproprietà, riguardando una comunione di interessi che scaturisce dalla contitolarità di un rapporto di natura meramente obbligatoria non solo nei confronti del locatore, ma anche nei loro rapporti interni, che può essere modificato soltanto con il consenso di tutti*».

momento che il comunista non potesse essere *dominus* e solo ci si preoccupò di fissare che non era proprietario integrale (*dominus in solidum*).

Gli studiosi del diritto comune rimasero sempre influenzati dall'elaborazione degli antichi maestri romani che, come è noto, rifuggivano da costruzioni dogmatiche e finzioni, cercando con sottigliezze o astuzie di giustificarla.

Si disse così che ciascuno dei comunisti è proprietario non già della cosa, ma di una quota, d'una parte ideale di essa. A questa teoria è stato facile obiettare, tuttavia, che una quota astratta, appunto perché tale, non può essere oggetto di proprietà.

Tesi della comunione plurima parziaria

Sicché dottrina e giurisprudenza maggioritaria ritengono che la comunione *pro indiviso* sia una proprietà plurima parziaria, nella quale il diritto di proprietà è unico ed ha ad oggetto il bene nella sua interezza e, tuttavia, il diritto di ciascuno dei partecipanti non ha per oggetto è il bene nella sua interezza, né un parte fisicamente individuata di esso, bensì una *quota ideale*, proporzionata al suo diritto di partecipazione, del quale costituisce la misura[2].

Ciascun comunista è, dunque, proprietario di tutta la cosa e le sue limitazioni sarebbero non strutturali bensì di esercizio poiché il diritto dell'uno verrebbe ad essere limitato dal concorso di quello dell'altro[3].

Vi sarebbe una sorta di compressione in qualche modo analoga a quella che subisce il diritto di proprietà in conseguenza della nascita di un diritto reale di godimento ed infatti è possibile una rinunzia al diritto di comproprietà con contestuale accrescimento delle altre quote, parallelamente a quanto avviene in materia di consolidazione del diritto di proprietà per rinunzia (abdicativa) al diritto reale di godimento.

In questa prospettiva al centro si pone la quota (ideale) che non è oggetto di un diritto di proprietà, ma è *misura della singola partecipazione* e dunque parametro di alcune delle facoltà del

---

[2] Cfr. in motivazione Cass., Sez. un., 24 agosto 2007, n. 17952, in *Giust. civ.,* 2007, I, 2405.

[3] Cfr. V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano,* a cura di P. Bonfante, I, Roma, 1928, 432 ss.; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà,* Milano, 1951, n. 48; A. GUARINO, voce *Comunione,* in *Enc. dir.,* VIII, Milano, 1961, n. 2.

comproprietario. La quota di spettanza è puramente ideale perché non è riferita a questa o a quella parte del bene.

La qualifica di "comune" è attribuita così alla cosa e non al diritto, che presenta la pienezza della proprietà anche se risulta limitato dalla incidenza sulla cosa del diritto di eguale contenuto di altri soggetti. Ogni condomino ha la proprietà della cosa, ma solo per una frazione (quota), in quanto, se può esplicare sulla cosa il potere che costituisce il contenuto del diritto di proprietà, può farlo solo entro i limiti della concorrenza del diritto degli altri condomini e la quota segna appunto il limite, la misura in cui ciascuno può ritenersi titolare del diritto di proprietà[4].

Tesi della proprietà collettiva

Non manca, tuttavia, chi ha criticato tale concezione sulla considerazione che il potere di disposizione dell'un partecipe si lega con l'altro e, in particolare, con le decisioni dell'assemblea. «Non vi sono ormai tanti soggetti che usano della cosa ciascuno per suo conto, ma un gruppo organizzato. Inoltre, come si può dire che si tratti di limitazioni al solo "esercizio" se tutto il "potere" di gestione è del gruppo? Ed, infine, se ciascuno è proprietario di tutta intera la cosa materiale, come è possibile che dopo lo scioglimento con effetto retroattivo sia proprietario soltanto di una parte? Secondo la dottrina in parola, il fatto è che la contitolarità di un medesimo diritto implica necessariamente l'interdipendenza dei singoli diritti di ciascuno dei partecipi, cioè distrugge quell'autonomia strutturale che è forse il carattere saliente del dominio: «essi sono strutturalmente tali che uno non può vivere senza o a dispetto dell'altro, mentre l'essenza della proprietà sta appunto nel suo vivere da sola»[5].

In tal modo si pone in evidenza come la comunione costituisca una forma di organizzazione collettiva non personificata, pur in assenza di personalità giuridica e di autonomia patrimoniale[6]. Infatti il vincolo dei partecipanti conseguente alle decisioni collettive, e l'obbligatorietà delle stesse per la minoranza

---

[4] In questi termini A. FEDELE, *La comunione,* Torino, 1986, 7.

[5] Tutti questi rilievi sono di G. BRANCA, *Comunione e condominio negli edifici*, in *Comm. del c.c.,* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *(Artt. 1100-1139)*, Bologna-Roma, 1982, 4-5.

[6] Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile,* VI, Milano, 1999, 447.

dissenziente, difficilmente si comprende se non si dà una qualche autonomia, puramente organizzativa, alla comunione, distaccandola così dalle persone dei suoi membri e dunque dalla loro volontà. Altrimenti il legislatore avrebbe adottato il criterio della unanimità anziché quello della maggioranza. Il diritto dunque non spetta ai singoli ma all'ente comunione, al quale competono i poteri gestori e dispositivi della cosa[7].

Ente di gestione

La giurisprudenza è ferma nel qualificare la comunione come un «ente di gestione» privo di personalità e di soggettività giuridica. Se da un lato la comunione è disciplinata come un'organizzazione dotata di propri organi (assemblea e amministratore quando previsto) e di proprie competenze, e si presenta quindi come un centro di imputazione soggettiva di rapporti giuridici, d'altra parte resta, però, la previsione normativa secondo la quale è il diritto di proprietà che spetta ai compartecipi.

compossesso

Il compartecipe usa della cosa, quindi, a titolo di proprietario, e ciò lo rende possessore di essa assieme agli altri compartecipi[8]. Al riguardo va osservato che il compossesso si adegua alla regola solidale: ciascuno può esercitare per intero il possesso della cosa purché non impedisca agli altri l'eguale esercizio. Anche se esercitato per intero, il possesso del compartecipe ha sempre titolo nella quota di proprietà e non può quindi portare all'usucapione del bene in proprietà esclusiva[9]. Per convertire il compossesso in possesso occorre che il compartecipe eserciti il possesso in via esclusiva[10].

---

[7] Principale rappresentante di questo indirizzo in Italia è G. BRANCA, *Comunione e condominio negli edifici*, cit., 5: «proprietaria della cosa è la pluralità organizzata nelle norme legislative della comunione». Alla comunione l'A. riconosce senz'altro la soggettività giuridica.

[8] Come tale il compartecipe è legittimato ad agire in possessorio contro i terzi. Il compartecipe è legittimato ad agire in possessorio anche contro gli altri compartecipi che compiano a suo danno atti di spoglio o di molestia.

[9] Cfr. *supra* Cap. V, § 28 e giurisprudenza ivi citata.

[10] A tal fine il compartecipe dovrà affermare il suo possesso creando una situazione di fatto che impedisca agli altri compartecipi il godimento di tutto o di parte della cosa comune. Cfr. Cass. 23 maggio 1995, n. 5640: «*il comproprietario può usucapire la proprietà esclusiva della cosa comune solo possedendola, «animo domini», per il tempo necessario, in modo inconciliabile con la possibilità di fatto di un godimento comune, come nel caso in cui la cosa venga attratta nella sua sfera di materiale ed esclusiva disponibilità mediante un'attività che valga, comunque, ad escludere il concorrente compossesso degli altri comproprietari*». In altre parole, non

Godimento frazionato

Dunque nel caso di un aranceto in proprietà comune di quattro membri, ad ognuno spetterà ¼ delle intere rendite a prescindere quindi dal fatto che una parte delle piante abbia prodotto più o meno rispetto alle altre. Peraltro se il godimento è diviso perché pur essendo unico il fondo i quattro interessati hanno proceduto a delimitarlo in quattro zone, il singolo percepirà le rendite della propria quarta parte così delimitata avvantaggiandosi o meno rispetto agli altri in conseguenza della diversa produttività delle specifiche piante, dividendosi invece in parti uguali le spese comuni. Per frazionare il godimento è necessario il consenso unanime (o il provvedimento del giudice in caso di controversia sulle modalità d'uso del bene comune – art. 1105 –), che si configura come rinunzia di ciascuno al godimento della parte assegnata agli altri e quindi come obbligo (*propter rem*) di non impedire tale godimento.

Il comproprietario che non venga messo dal possessore, nonostante la richiesta formulata, nelle condizioni di godere per la sua quota del bene comune ai sensi dell'art. 1102, ha diritto ad essere indennizzato per la compressione del suo diritto. Ciò in quanto, in materia di comunione, qualora sia provato l'utilizzo da parte di uno dei comunisti della cosa comune in via esclusiva in modo da impedirne l'uso, anche potenziale, agli altri comproprietari, il danno deve ritenersi sussistente *in re ipsa*[11].

Figure di comunione

Nel nostro ordinamento la regola è quella della *comunione di tipo romano* (comunione ordinaria), con quote ideali di appartenenza individuale, ma si discute se siano previste anche ipotesi di c.d. *comunione di tipo germanico* o *a mani riunite*, caratterizzata dalla mancanza di quota e dalla più accentuata forma collettiva della proprietà. Nella comunione a mani unite, cioè, v'è la chiara subordinazione dell'interesse individuale dei partecipanti all'interesse collettivo del gruppo: sino alla realizzazione delle finalità per cui fu costituita la comunione, i singoli partecipanti non

---

sono sufficienti singoli atti di utilizzazione della cosa comune al di là della misura del potere del singolo partecipante, i quali sono da presumersi compiuti per mera tolleranza degli altri partecipanti, ma occorrono atti integranti un comportamento durevole, tale da evidenziare un possesso esclusivo ed *animo domini* su tutta la cosa, incompatibile con il permanere del compossesso altrui.

[11] Cfr. Cass. 24 marzo 2010, n. 11486, in *Guida al dir.,* 2010, n. 24, 62.

possono chiedere la divisione né possono ottenere, uscendo dal gruppo, la liquidazione della loro quota. La prevalenza delle ragioni collettive sulle ragioni individuali conduce di regola alla inalienabilità della quota, che viene sottratta anche all'aggressione dei creditori individuali del singolo partecipante[12].

maso chiuso

Qualche spunto potrebbe ritrovarsi nel *maso chiuso*, nel fondo patrimoniale, nella comunione legale tra coniugi e nelle comunità familiari montane, che presentano limiti alla possibilità di espropriare o alienare la quota singola, che non esiste, e di dividere il fondo prima della scadenza prevista dagli accordi. Tale indivisibilità non è però tipica della comunione a mani riunite. È comunque esclusa l'ipotesi dell'associazione di fatto che essendo autonomo soggetto è anche titolare del fondo comune (37).

Comunione a scopo di godimento

L'art. 2248 parla poi di *comunione* costituita o mantenuta al solo scopo *di godimento*, per contrapporla alla società, dove la comunione è superata dal fatto che i beni in comune sono solo strumentali per l'attività di produzione e di scambio esercitata a scopo di lucro dai soci in vista della divisione degli utili (2247)[13]. La comunione a scopo di godimento non è una figura speciale di comunione, ma un'espressione indicativa del normale contenuto della comunione in contrapposizione all'oggetto del contratto di società.

---

[12] Cfr. P. RESCIGNO, *Manuale,* cit.*,* 529.

[13] Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile,* VI, cit., 455: «sotto il profilo soggettivo la comunione e la società si presentano entrambe come gruppi organizzati. La loro fondamentale differenza è però data da ciò, che i soci svolgono un'attività economica comune mentre i compartecipi della comunione si limitano ad esercitare il diritto di proprietà su un determinato bene»; G. FERRI, *Delle società*, in *Comm. Scialoja-Branca (Art. 2247-2324)*, Bologna-Roma, 1981, 81: «la società è un'organizzazione nella quale l'attività produttiva non è fine a sé stessa, ma un mezzo per la realizzazione di un guadagno (…); le comunioni contrattuali hanno invece come scopo la conservazione e il godimento dei beni secondo la loro destinazione economica, e cioè la percezione dei frutti quando si tratti di beni produttivi». Si consideri, ad es., il caso in cui oggetto della comunione sia un'azienda alberghiera. In tal caso deve ravvisarsi una mera comunione di azienda se i compartecipi ne sospendono l'esercizio e se la cedono in affitto. Se, invece, la gestiscono in proprio, essi hanno per ciò stesso dato ingresso ad una società. La decisione di tutti i condomini di mantenere la precedente destinazione e di conservare in vita l'impresa li pone necessariamente nella veste di contitolari dell'impresa stessa, con assunzione dei relativi rischi; a tanto non osta la delega ad altri delle attività gestionali, la quale non è cessione del godimento dei beni aziendali dietro corrispettivo, ma configura proposizione institoria che postula la titolarità dell'impresa in capo ai preponenti.

Comunione tra coniugi

Sia o non sia a mani riunite, di certo del tutto peculiare è la comunione legale fra coniugi, che ha una autonoma, specifica disciplina (artt. 177 ss.) diversa da quella della comunione ordinaria sotto molteplici, qualificanti profili, quale, ad esempio, quello della necessità di procedere allo scioglimento per pervenire alla divisione, trattandosi di due distinte vicende, e dall'inesistenza della quota[14].

Comunione tacita familiare

Eguale considerazione può farsi per la *comunione tacita familiare*, che nasce quando i componenti di una famiglia colonica lavorano in comune sotto la direzione del capo-famiglia, avvicinandosi così la fattispecie a quella dell'impresa familiare, a cui la legge del resto la collega espressamente (230 *bis*).

Nell'ambito della comunione ordinaria si distingue, dal punto di vista della formazione, tra *comunione volontaria* che si costituisce con un contratto con parte plurisoggettiva (due soggetti acquistano insieme una casa) ovvero con parte unisoggettiva (un soggetto acquista dal proprietario una quota ideale del 50% del fondo); *comunione forzosa* (non suscettibile, proprio perché tale, di scioglimento) che può costituirsi *ab origine*, ad esempio nel condominio degli edifici, ovvero si costituisce in conseguenza dell'esercizio di un diritto potestativo, ad esempio nella comunione forzosa del muro *ex* art. 874; *comunione incidentale*, che si costituisce indipendentemente da una manifestazione di volontà dei partecipanti ma può essere liberamente sciolta (si pensi alla comunione ereditaria che si realizza ogniqualvolta il *de cuius* abbia disposto dei propri beni per quote e non per singoli, determinati beni ovvero quando si dà luogo ad una successione legittima in

[14] V. C.M. BIANCA, *Diritto civile,* II, Milano, 2005, 92-93, secondo il quale, invero, deve escludersi l'idea della comunione legale quale comunione senza quote, modellata sul tipo germanico della comunione a mani riunite. Questa idea trae argomento dalla indisponibilità della quota da parte del singolo coniuge. Ma l'indisponibilità della quota discende non dalla mancata titolarità di essa bensì dalla mancata legittimazione del singolo coniuge a sciogliere la comunione relativamente ai singoli beni. La titolarità della quota va invece ribadita già per la considerazione che nella nostra legge positiva non è dato riscontrare un ente, distinto rispetto ai coniugi, cui imputare l'appartenenza dei beni comuni: i beni appartengono ai coniugi e la loro appartenenza si determina in quote eguali. Di ciò è espressa conferma la norma che assoggetta i beni comuni alla responsabilità patrimoniale per le obbligazioni personali del singolo coniuge fino al valore della sua «quota» (art. 189[2]).

assenza di testamento[15]; ovvero all'ipotesi di cui all'art. 939[1] – unione e commistione –).

( 2 ) ***Fonti della disciplina della comunione*** **–** Fonti della disciplina della comunione sono la legge ed il regolamento.

regolamento

La disciplina della comunione è anzitutto quella dettata dalla volontà delle parti, ossia dal regolamento. Il regolamento della comunione è l'atto mediante il quale i compartecipi regolano la gestione ordinaria e il godimento della cosa comune. Tale atto costituisce esplicazione di un potere autoritario del gruppo che vincola anche i compartecipi dissenzienti oltre ai singoli proprietari, i loro eredi ed aventi causa.

Nei limiti di liceità dell'autonomia privata, il regolamento contrattuale può imporre obblighi a carico dei compartecipi e conferire diritti che esulano dal potere regolamentare del gruppo.

L'accordo dei compartecipi sostituisce la delibera, ma non priva l'assemblea del suo potere regolamentare. Anche il regolamento contrattuale può quindi essere modificato dall'assemblea nelle materie che sono di sua competenza.

Limiti

Il regolamento non può incidere sulle posizioni individuali dei compartecipi né regolamentare gli atti di straordinaria amministrazione né derogare alle norme di legge sulla comunione aventi carattere imperativo[16].

Esso è normalmente deliberato dall'assemblea e ha pertanto la natura di atto collettivo. Rispetto al *regolamento collettivo*, emanato dall'assemblea, va distinto il *regolamento contrattuale*, che scaturisce dai consensi singolarmente prestati dai compartecipi (in tal caso occorre l'unanimità). Esso può anche essere predisposto da chi aliena le quote di comunione, ed accettato dai singoli acquirenti mediante consenso espresso negli atti di acquisto.

---

[15] Si badi però che la comunione ereditaria è disciplinata da norme speciali (artt. 713 ss.) che sono applicabili, in quanto non incompatibili, anche alla divisione delle cose comuni (art. 1116).

[16] Tali sono le norme che conferiscono alla maggioranza il potere regolamentare, che fissano i requisiti minimi di validità delle delibere, che prevedono l'impugnazione del regolamento e degli atti assembleari, che vietano il patto di indivisione ultradecennale.

In mancanza del regolamento si applicano le regole contenute agli artt. 1101 ss. che hanno carattere dispositivo (si pensi al principio della presunzione di parità delle quote dei partecipanti, al principio della proporzionalità, per cui vantaggi e pesi della comunione sono ripartiti tra i partecipanti in proporzione alle rispettive quote[17]), anche se in realtà talune di esse appaiono inderogabili, come quelle di cui agli artt. 1105 e 1109 che, prevedendo il ricorso all'autorità giudiziaria, non sono nella disponibilità dei privati nonché quella di cui all'art. 1111[2] che fissa in dieci anni il limite massimo di durata del patto di non scioglimento della comunione. La disciplina codicistica della comunione è essenzialmente volta a regolare la pacifica coesistenza del diritto del singolo con i diritti degli altri partecipanti.

Legge

( 3 ) ***Poteri dei partecipanti. L'uso –*** Il discorso sui poteri dei partecipanti alla comunione deve fermarsi a considerare distintamente l'*uso*, la *disposizione* e la *gestione* della cosa comune. Il separato esame corrisponde alla disciplina normativa, che ne opera appunto una sostanziale dissociazione, con riguardo all'esercizio di quei poteri.

---

[17] Si ritiene che possano essere fissate **misure differenti di partecipazione ai vantaggi e agli oneri**. Secondo una tesi estrema sarebbe lecito anche escludere totalmente un partecipante dagli oneri della comunione. Nullo invece si ritiene il patto leonino, rivolto all'esclusione totale dei vantaggi di uno o più condomini. Tale patto, infatti, inciderebbe sulla struttura stessa dell'elemento reale della comunione creando un diritto reale atipico. Così A. FEDELE, *La comunione,* cit.*,* 35. La validità del negozio attributivo di vantaggi in misura superiore o inferiore alla quota sembra a prima vista trarre argomento dalla norma che in tema di società ammette la partecipazione ai guadagni e alle perdite in misura non proporzionale ai conferimenti (art. 2263). La norma societaria ha però una specifica ragione nel diverso contributo che il socio può apportare alla società mediante il suo impegno, la sua capacità imprenditoriale, il suo prestigio commerciale ecc. Questa ragione non ha puntuale riscontro nella comunione, dove manca l'esercizio in comune di un'attività economica. La validità di un contratto atipico che attribuisca ad un partecipante diritti patrimoniali che per legge non gli spettano deve allora, dopo aver superato il giudizio di meritevolezza riguardante il tipo (art. 1322[2]), avere una causa giustificativa, costituita ad esempio dal maggiore impegno gestionale del partecipante, dalle finalità ideali cui i vantaggi sono destinati, ecc. Il contratto che modifica la misura del concorso in vantaggi ed oneri ha comunque efficacia meramente obbligatoria e non è opponibile agli acquirenti delle quote.

L'**uso** della cosa comune è consentito, nella sua interezza, a ciascun partecipante, che può apportare a proprie spese le modifiche necessarie al miglior godimento; il limite dell'uso individuale è rappresentato dal rispetto della destinazione economico-sociale del bene e dal non frapporre impedimenti «agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto» (art. 1102). Il singolo partecipante deve ritenersi libero di servirsi della cosa stessa anche per fini esclusivamente propri, traendo ogni possibile utilità, senza che possano costituire vincolo per lui forme più limitate di godimento attuate in passato dagli altri partecipanti, e può scegliere, tra i vari possibili usi quello più confacente ai suoi personali interessi[18]. La facoltà d'uso è una facoltà integrale non esclusiva[19]. E' evidente in questa norma l'influenza della teoria del diritto sul bene che è limitato dagli altri diritti, che a sua volta limita.

Spesso la cosa non consente a tutti i compartecipi la sua libera utilizzazione.

Ove non sia possibile o ragionevole l'uso promiscuo della cosa comune e questa non sia tale da permettere una ancorché approssimativa divisione del suo godimento tra i vari partecipanti alla comunione, sia nello spazio sia nel tempo, per l'utilizzazione della cosa comune da parte dei vari partecipanti alla comunione sorge l'esigenza di ricorrere al godimento indiretto, il quale postula, peraltro, non solo che il godimento diretto, sia esso promiscuo o frazionato, sia impossibile, o non ragionevole o dannoso, ma postula anche che esso sia stato deliberato consensualmente – sia pure col sistema maggioritario – ovvero mediante un provvedimento del giudice[20].

L'obbligo, da parte dei vari partecipanti alla comunione di non esercitare il godimento diretto della cosa comune, che di norma compete a ciascun partecipante ai sensi dell'art. 1102, sorge quindi solo se e nel momento in cui venga deliberato, in sede di

---

[18] Cfr. Cass. 5 settembre 1994, n.7652: nella specie si è escluso che esorbiti dal corretto uso della cosa comune la transennatura e l'occupazione periodica di un portico con legna da parte di un condomino, in assenza di prova del carattere stabile dell'occupazione e di un apprezzabile pregiudizio per gli altri condomini.

[19] Così C.M. BIANCA, *Diritto civile,* VI, cit.*,* 463.

[20] Così Cass. 17 ottobre 1974, n. 2902, in *Giust. civ.,* 1975, I, 280 ss.

amministrazione della cosa comune, di procedere alla sua utilizzazione col sistema del godimento indiretto.

In tal caso è possibile che l'uso della cosa sia regolamentato giuridicamente mediante contratto o mediante regolamento deliberato dall'assemblea. Il contratto che disciplina l'uso della cosa ha efficacia meramente obbligatoria e non richiede, pertanto, la forma scritta a pena di nullità e non va trascritto[21]. La regolamentazione dell'uso della cosa non esclude che il compartecipe ne faccia un uso più ampio con la tolleranza degli altri.

( 4 ) ***Segue: il potere di disposizione –*** La *disposizione* della cosa comune, così come l'imposizione di diritti reali sul fondo di comune proprietà e le locazioni ultranovennali, possono compiersi solo col consenso di tutti i partecipanti (art. 1108³)[22], mentre con la maggioranza per teste e i due terzi per quote è possibile iscrivere

---

[21] I contitolari, infatti, con tali accordi non rinunziano a porzioni spazio-temporali in favore gli uni degli altri ma solo alla facoltà di utilizzo della stessa. Anche la Cassazione con sentenza 11 aprile 2006, n. 8429 ha stabilito che «*l'uso frazionato della cosa a favore di uno dei comproprietari intanto può essere consentito per accordo fra i partecipanti in quanto l'utilizzazione, concessa nel rispetto dei limiti stabiliti dall'art. 1102, rientri tra quelle cui è destinato il bene e non alteri o ostacoli il godimento degli altri comunisti, trovando l'utilizzazione da parte di ciascun comproprietario un limite nella concorrente ed analoga facoltà degli altri. Pertanto, qualora la cosa comune sia alterata o addirittura sottratta definitivamente alla possibilità di godimento collettivo, nei termini funzionali originariamente praticati, non si rientra più nell'ambito dell'uso frazionato consentito ma nell'appropriazione di parte della cosa comune, per legittimare la quale è necessario il consenso negoziale di tutti i partecipanti che – trattandosi di beni immobili – deve essere espresso in forma scritta ad substantiam*».

[22] Cfr. Cass. 30 marzo 1993. n. 3865, in *Foro it.,* 1993, I, 2512; *Giur. it.,* 1995, I, 926: «*per il disposto dell'art. 1108, co. 3 c.c., applicabile anche al condominio di edifici per il rinvio contenuto nell'art. 1139 alle norme sulla comunione, la costituzione di una servitù sulle parti comuni dell'edificio richiede il consenso unanime di tutti i condomini. Pertanto, in mancanza di un tale consenso non è valida la deliberazione adottata dall'assemblea dei condomini, che abbia approvato i lavori eseguiti, su autorizzazione dell'amministratore, dalla S.I.P., di posa di un cavo telefonico sull'edificio condominiale, in guisa da creare una situazione di fatto corrispondente ad una servitù di passaggio di conduttura di cavo telefonico, suscettibile di far maturare con il tempo l'usucapione di tale diritto*». In tema di preliminare di vendita di un bene in comunione, v. Cass. 9 febbraio 2011, n. 3173, in *Giust. civ.,* 2011, I, 1468 ss., secondo la quale «*la promessa di vendita di un bene in comunione da parte dei comunisti dà luogo ad un'obbligazione indivisibile che deve essere eseguita con la necessaria partecipazione di tutti i promittenti che devono prestare il consenso al trasferimento, dovendosi presumere che il contratto preliminare abbia ad oggetto il trasferimento della proprietà del bene nella sua interezza e non di una quota ideale dello stesso*».

ipoteca, se essa garantisce la restituzione di somme mutuate per la ricostruzione o il miglioramento della cosa comune (art. 1108), vigendo altrimenti il principio dell'unanimità.

Al singolo partecipante è dato disporre solamente della sua partecipazione[23], della *quota*, e il terzo che da lui acquista subentra nell'identica situazione (art. 1103[1])[24], ed è inoltre tenuto in solido col cedente per il debito dei contributi non ancora versati, per le

[23] La previsione può apparire superflua considerando che in generale tutti i diritti patrimoniali sono disponibili, se non è diversamente stabilito. La disponibilità della quota della comunione andava per altro ribadita in quanto essa rappresenta uno dei connotati (di tipo individualistico) della comunione di tipo romano in contrapposto alla comunione germanica a mani riunite, nella quale l'assenza di quote comporta che il singolo non ha una partecipazione che faccia parte del suo patrimonio e che sia quindi alienabile ed espropriabile.

[24] Il cedente, dunque, resta estromesso dalla comunione mentre il cessionario assume la posizione di partecipante alla comunione medesima in luogo del suo dante causa, con tutti i diritti e gli oneri a ciò connessi. Tale conclusione, che alla stregua della vigente legislazione può sembrare ovvia, era invece oggetto di discussione sotto il vigore del codice del 1865, atteso che l'art. 679 del medesimo, in tema di atti di disposizione della quota indivisa, stabiliva che «l'effetto dell'alienazione o dell'ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione». La soppressione di tale norma non ha tuttavia eliminato ogni dubbio in ordine alla efficacia dell'atto di disposizione in oggetto. Ed invero l'art. 1113 dispone che gli "aventi causa" da un partecipante possono intervenire nella divisione a proprie spese e che, se la divisione ha ad oggetto beni immobili, essi devono essere chiamati ad intervenire «perché la divisione abbia effetto nei loro confronti», sempreché abbiano trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione dell'atto di divisione o della trascrizione della domanda di divisione giudiziale. La norma in oggetto pertanto afferma che l'intervento dell'«avente causa» da un partecipante non è indispensabile per la validità della divisione, in quanto la mancanza di tale intervento non costituisce motivo di nullità della stessa, ma tutt'al più di semplice inefficacia relativa nei confronti dell'avente causa pretermesso. Orbene, se con l'espressione "avente causa" all'art. 1113 il legislatore avesse inteso indicare anche il cessionario della quota indivisa, vi sarebbe una palese contraddizione con l'immediata efficacia traslativa dell'atto di cessione della quota. La dottrina prevalente pertanto ritiene che, nel conflitto tra la lettera dell'art. 1113 e il principio dell'immediata efficacia traslativa dell'atto di cessione desumibile dagli artt. 1103 e 1376, debba prevalere il secondo e che conseguentemente l'espressione «avente causa» non possa essere riferita a colui che cede la totalità dei propri diritti sulla massa comune; in tale ipotesi infatti l'unico legittimato ad intervenire nella divisione, tra cedente e cessionario, è quest'ultimo, in mancanza del quale la divisione è radicalmente nulla. Siffatta conclusione, che è pressoché pacifica relativamente alla comunione ordinaria, è invece oggetto di discussione in relazione alla comunione ereditaria.

spese di conservazione e per il godimento, e per le spese deliberate dalla maggioranza.

Quanto alla natura giuridica dell'atto di disposizione della quota indivisa, essa dipende dal modo in cui si concepisce il diritto di ciascun comproprietario sulla cosa comune.

Vendita condizionata

L'acquirente, invece, non subentrerà se il partecipante aliena un singolo bene[25], naturalmente sotto condizione sospensiva che al momento dello scioglimento della comunione il bene gli venga assegnato. La divisione ha infatti carattere dichiarativo ed i beni si considerano come di proprietà divisa dei singoli *ab origine*, operando la divisione retroattivamente cioè *ex tunc* e non *ex nunc*. Il mancato avveramento della condizione sospensiva determina dunque l'inefficacia definitiva della alienazione, mentre se il partecipante, anziché alienare, iscrive ipoteca, essa si trasferisce sui beni effettivamente assegnati, con una serie di accorgimenti disposti dalla legge (art. 2825).

Vendita incondizionata

Se egli invece propone la vendita incondizionata – dovendosi, secondo la giurisprudenza, presumere, fino ad espressa volontà contraria che oggetto sia il bene nella sua interezza e non la sua quota ideale – è necessaria l'unanimità per il trasferimento dell'intero. Tuttavia la proposta, effettuata da uno o più dei partecipanti, comporta solo una inefficacia relativa[26].

---

[25] Cfr. Cass. 29 novembre 1996, n. 10629: «*l'alienazione che il comproprietario faccia del suo diritto, ai sensi dell'art. 1103 c.c., determina l'ingresso dell'acquirente nella comunione soltanto nel caso in cui l'alienazione riguardi la quota o una frazione di questa, mentre se il comproprietario disponga di un singolo bene, avendo l'alienazione efficacia obbligatoria, della comunione continua a far parte il disponente, che, pertanto, resta titolare dell'azione di cui all'art. 1111 e deve essere chiamato ad integrare il contraddittorio nel relativo giudizio da altri promosso*». Cfr. altresì Cass. 12 novembre 1997, n. 11154, in *Foro it.,* 1998, I, 834: «*una costruzione su suolo parzialmente altrui, in mancanza di contrario atto scritto, pur se in piani distinti, è comune ai proprietari dei rispettivi suoli, in base alla disciplina stabilita dagli artt. 934 e 939 c.c., proporzionalmente alla parte di essi occupata; perciò, il trasferimento ad un terzo, da parte di un comproprietario, di singole unità immobiliari dell'edificio, ha effetti reali per la parte che corrisponde alla quota dell'alienante, ed effetti obbligatori per quella altrui (art. 1478), con la conseguenza che l'acquirente della quota - e non il suo dante causa - è legittimato passivo dell'azione di scioglimento della comunione esperita dagli altri comproprietari (art. 784 c.p.c.)*».

[26] Cfr. Cass. 8 aprile 2011, n. 8092, in *Giust. civ.,* 2011, I, 1442 ss., secondo la quale se la vendita di un bene è stipulata soltanto da uno o più ma non da tutti i comproprietari, il difetto del negozio, ravvisabile nella non coincidenza tra il bene ceduto ed il diritto che il cedente può trasferire, non è tale da determinare la nullità del contratto, ma solo un'inefficacia relativa. Tale divergenza, infatti, non può essere

Abbandono liberatorio

Il partecipante che non voglia o non possa cedere ad un terzo la quota, si libera del debito dei contributi rinunziando al diritto sulla cosa comune in favore degli altri partecipanti (1104): *abbandono liberatorio* non dissimile da quello che la legge consente al proprietario del fondo servente che sia tenuto alle spese per conservare la servitù e non voglia sopportarle (1070)[27].

( 5 ) ***Il potere di gestione –*** Quanto alla *gestione*, tutti i partecipanti hanno diritto di concorrere nella amministrazione della cosa comune attraverso l'organo dell'assemblea, che deve essere ritualmente convocata[28].

---

eccepita dalla parte alienante, che ovviamente è a conoscenza del fatto di poter trasferire solo la propria quota e non l'intera *res ampia*, ma soltanto dall'acquirente, che è il solo titolare dell'interesse a che la cosa indivisa sia venduta per intero e che può pertanto optare anche per la scelta di riconoscere validità ed efficacia al contratto limitatamente al trasferimento delle quote di comproprietà degli alienanti. Il contratto è così suscettibile di rettifica, su richiesta dell'acquirente, nel senso che esso spiega efficacia solo limitatamente alla quota del cedente. Tale conclusione può trovare un unico sbarramento nella diversa volontà manifestata dai contraenti, nei casi in cui dal contratto risulti che essi hanno voluto vendere la cosa per intero e quindi escludere una cessione parziale (Cass. 155/2004; Cass. 5 maggio 1998).

[27] Da ciò si ricava l'effettiva possibilità di accostare, quanto alla disciplina, diritti reali di godimento e diritto in comunione: anche in tal caso, infatti, non è possibile liberarsi dalle obbligazioni reali che gravano in quanto comproprietari (la realità è evidente nel fatto, tra l'altro, di rispondere solidalmente per il pagamento dei contributi dovuti dal precedente comproprietario) se non mediante una dichiarazione di rinuncia meramente abdicativa e dunque efficace a prescindere dalla comunicazione agli altri partecipanti, essendo il conseguente effetto di accrescimento non solo operante, sebbene non espressamente previsto dalla legge, ma anche automatico, sia in senso favorevole per l'espandersi della quota di partecipazione, sia in senso sfavorevole, per l'accrescersi anche delle spese a carico di ciascuno. La rinunzia è preclusa al compartecipe che abbia approvato la spesa, sia pure tacitamente.

[28] L'assemblea dei partecipanti alla comunione ordinaria, diversamente da quanto stabilito per il condominio degli edifici, è validamente costituita mediante qualsiasi forma di convocazione, purché idonea allo scopo, in quanto gli artt. 1105 e 1108 c.c. non prevedono per la comunione semplice l'assolvimento di particolari formalità, menzionando semplicemente la preventiva conoscenza dell'ordine del giorno. Gli artt. 1105 e 1108 c.c. non suppongono, anzi, nemmeno la costituzione formale dell'assemblea, ma semplicemente la decisione a maggioranza dei partecipanti. Pertanto deve ritenersi regolarmente costituita e capace di deliberare la riunione dei partecipanti alla comunione con la presenza dell'amministratore per decidere su oggetti di comune interesse. In ogni caso, la verifica di sufficienza della preventiva informazione dei partecipanti sull'oggetto della deliberazione, implicando inevitabilmente una valutazione da compiere caso per caso e da rapportare alla specificità di ogni

Sue competenze sono: l'emanazione del regolamento, la gestione della cosa comune, la nomina dell'amministratore. La delibera è l'atto decisionale dell'assemblea: si tratta precisamente di un atto giuridico collettivo imputato al gruppo dei compartecipi.

Ordinaria amministrazione

Anche se tutti i compartecipi concorrono nella gestione, tuttavia (e qui emerge il profilo del diritto collettivo) per gli atti di ordinaria amministrazione le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti, calcolata esclusivamente secondo il valore delle rispettive quote, vincolano la minoranza dissenziente (art. 1105) con la conseguenza che, se la comunione è formata da sei comproprietari, l'unico comproprietario con quota del 51% fa prevalere la propria volontà su quella degli atri cinque che si dividono il residuo 49%. Il mancato rispetto di questi limiti comporta l'impugnabilità della delibera da parte dei compartecipi dissenzienti. La gestione ordinaria può, peraltro, essere delegata ad un amministratore[29] (1106²).

Straordinaria amministrazione

Eguale vincolo sussiste in conseguenza delle delibere in materia di *straordinaria amministrazione* e di innovazioni dirette a migliorare la cosa o a rendere più comodo e redditizio il godimento, le quali, peraltro, richiedono da un lato che si raggiunga il voto della maggioranza non delle quote ma dei partecipanti, ad evitare che uno solo di essi possa vincolare tutti gli altri e, dall'altro, che la maggioranza delle «teste» rappresenti almeno i due terzi delle quote, cosicché nell'esempio fatto, la delibera è presa solo se almeno quattro partecipanti costituenti almeno il 60% del valore delle quote siano d'accordo.

Non rientrano, invece, nella competenza dell'assemblea gli atti di disposizione giuridica della cosa, ossia gli atti di alienazione e

situazione, e quindi un apprezzamento di fatto, spetta al giudice del merito (Cass. 3 novembre 2008, n. 26408; Cass. 27 ottobre 2000, n. 14162).

[29] L'amministratore è nominato dall'assemblea, che è anche competente a revocarlo. Amministratore può essere nominato uno dei compartecipi – allora l'incarico si presume gratuito – o da un terzo – allora l'incarico si presume oneroso – . Poteri ed obblighi dell'amministratore sono determinati dall'assemblea; in mancanza essi sono determinati in via analogica dalle norme sull'amministratore del condominio. La specialità del condominio rispetto alla comunione ordinaria non impedisce infatti che le norme del primo si applichino ai casi simili della seconda quando si tratta di norme che non hanno una specifica ragione nel particolare oggetto del condominio. Oltre alle norme sul condominio trovano applicazione quelle del mandato.

quelli costitutivi di diritti reali di godimento o di garanzia nonché le locazioni ultranovennali. Tali atti richiedono il consenso di tutti i compartecipi[30].

Con la maggioranza semplice è poi possibile formare un **regolamento per l'ordinaria amministrazione** e per il miglior godimento della cosa comune nonché delegare l'amministrazione ad uno o più partecipanti o ad un terzo estraneo alla comunione (art. 1106).

Iniziative individuali

Non dovrebbero, quindi, essere consentite iniziative individuali di gestione diretta della cosa comune, al di fuori di quelle necessarie per la conservazione (o secondo l'interpretazione estensiva dell'art. 1100, per il *godimento*) della cosa stessa «in caso di trascuranza degli altri partecipanti o dell'amministratore».

Giurisprudenza

La giurisprudenza ha tuttavia affermato che ciascun comunista «è legittimato a compiere, nell'interesse generale della comunione, atti di ordinaria e straordinaria amministrazione» giacché si presume, fino a prova contraria, che ciascun condomino operi con il consenso degli altri, e in particolare «può locare, nell'interesse degli altri comproprietari e senza il loro espresso assenso, l'intera cosa comune»[31].

Locazione della cosa comune

---

[30] Eccezionalmente l'assemblea può deliberare, a maggioranza qualificata, la concessione di ipoteca sul bene comune a garanzia dei debiti contratti a da contrarre per le innovazioni della cosa comune (art. 1108, co. 4).

[31] Cfr. *ex plurimis:* Cass. 9 gennaio 1963, n. 24, in *Giust. civ.,* 1963, I, 275; Cass. 2 aprile 1965, n. 575, in *Foro it.,* 1965, I, 1220; Cass. 9 aprile 1985, n. 2358, in *Archivio civile,* 1985, 819 (riferita, quest'ultima, ad un contratto di *colonìa* avente ad oggetto un fondo rustico); Cass. 8 aprile 1998, n. 3653. Come la stipula del contratto di locazione può essere curata dal singolo condomino, così il singolo condomino, ancorché diverso da quello che ha stipulato il contratto, è legittimato, nella presunzione *iuris tantum* di consenso degli altri ad agire per il rilascio del bene comune – senza che sia necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri condomini – (Cass. 29 novembre 1986, n. 7073). La conclusione del contratto di locazione di un appartamento condominiale è da considerarsi atto di amministrazione ordinaria, essendo possibile conseguire la finalità del «miglior godimento delle cose comuni» anche attraverso l'accrescimento dell'utilità del bene mediante la sua utilizzazione indiretta (locazione, affitto); ne consegue che ove l'amministratore del condominio abbia locato il bene condominiale anche in assenza di un preventivo mandato che lo abilitasse a tanto, deve ritenersi valida la ratifica del suddetto contratto di locazione disposta dall'assemblea dei condomini con deliberazione adottata a maggioranza semplice (Cass. 21 ottobre 1998, n. 10446). Nelle vicende del rapporto locatizio, l'eventuale pluralità di locatori integra una parte unica, nel cui interno i diversi interessi

Ciò può trovare giustificazione secondo tre diversi modelli: *a)* mandato presunto o tacito[32]; *b) negotiorum gestio*[33]; *c)* equivalenza dei poteri gestori dei comproprietari in ordine al bene comune. La necessità avvertita dai giudici è quella di depotenziare il principio dell'amministrazione congiuntiva in funzione dell'interesse di favorire la circolazione del bene comune e l'affidamento dei terzi contraenti.

Alla base di tutte e tre le prospettive interpretative vi sono due premesse comuni: *a)* che condizione necessaria per stipulare il contratto di locazione è la disponibilità della cosa comune da parte del comproprietario, corrispondente alla detenzione esclusiva e qualificata dell'immobile[34]; *b)* che il contratto di locazione dell'intero bene comune stipulato da uno solo dei comunisti è valido ed efficace senza la necessità della preventiva allegazione o

---

vengono regolati secondo i criteri che presiedono alla disciplina della comunione. Conseguentemente, ciascuno dei condomini-locatori può svolgere le azioni che derivano dal contratto, presumendosi il consenso degli altri alla proposizione dell'azione giudiziaria e salva la possibilità di costoro, ove rappresentino una quota maggioritaria, di opporsi all'azione medesima; mentre, in caso di quote eguali e di dissenso tra i condomini, è necessario il preventivo intervento dell'autorità giudiziaria, *ex* art. 1105 (Cass. 13 dicembre 1986, n. 7441).

Nell'ipotesi in cui il contratto di locazione sia stato stipulato da un solo comproprietario, il comproprietario non locatore è in ogni caso titolare delle situazioni giuridiche attive e passive che scaturiscono dal contratto. Il comproprietario non locatore può, infatti, sostituirsi al comproprietario locatore nella posizione concernente la sua quota di proprietà, esercitando nei confronti del conduttore i correlativi diritti di credito.

[32] Secondo tale orientamento, il proprietario di un immobile locato ad un terzo da un suo mandatario senza rappresentanza può, nel revocare il mandato, esercitare *ex* art. 1705[2] ogni diritto di credito derivante dal rapporto negoziale nonché essere legittimato ad agire in giudizio per la riscossione del canone. Il mandante ai sensi dell'art. 1705 esercita in via diretta e non surrogatoria i diritti di credito sorti in capo al mandatario sulla base del contratto concluso, con la sola condizione di non pregiudicarlo. Oltre ai diritti di credito, nella giurisprudenza meno recente il diritto del mandante a sostituirsi al mandatario nell'esecuzione del contratto è stato esteso all'azione di risoluzione del contratto e al risarcimento dei danni nei confronti del terzo contraente.

[33] Cass. 480/2009, nella quale si afferma che la legittimazione ad agire del singolo comunista si fonda «sulla presunzione del consenso, insita nel comportamento passivo dei comproprietari in relazione ad una atto di ordinaria amministrazione, effettuato dal comproprietario resosi attivo a tutela di comuni interessi e così venuto ad assumere la figura del tacito mandatario o utile gestore».

[34] Cass. 470/1997; 8411/2006.

dimostrazione dell'esistenza di un idoneo potere rappresentativo. Invero la locazione può essere convenuta dal singolo comproprietario, anche all'insaputa degli altri, purché il suddetto comproprietario abbia la disponibilità del bene comune e sia in grado di adempiere la fondamentale obbligazione del locatore, e cioè quella di consentire il godimento del bene al conduttore; la concessione in locazione di un immobile non costituisce quindi atto esclusivo del proprietario, potendo legittimamente assumere veste di locatore anche colui che abbia la mera disponibilità del bene medesimo[35], sempre che tale disponibilità sia determinata da titolo non contrario a norme di ordine pubblico[36].

Seguendo la tesi che ravvisa un mandato senza rappresentanza (indifferentemente qualificato tacito o presunto)[37], il terzo, *ex* art. 1705[2] può subire l'ingerenza anche del mandante; aderendo, invece, alla tesi della *negotiorum gestio*, i rapporti tra l'autore della gestione – che può aver validamente agito anche all'insaputa degli altri comunisti – sono direttamente ed esclusivamente regolati dalle norme della comunione e non possono incidere sulla sfera giuridica del terzo che rimane vincolato in via esclusiva con il locatore e non può subire interferenze o pregiudizio dai rapporti tra i comunisti stessi.

Tesi del mandato

Occorre premettere che le pronunce di legittimità che hanno applicato l'art. 1705 al contratto di locazione stipulato dal locatore *uti non dominus* non si riferiscono ad un bene in comunione, del quale il locatore sia comproprietario, ma specificamente ad un bene altrui, con conseguente più agevole applicazione dell'istituto del mandato senza rappresentanza. L'art. 1705 disciplina, infatti, l'esercizio di un potere di sostituzione piena del mandante al mandatario e non, come invece accade nella comunione, della partecipazione di un altro cointeressato titolare dello stesso potere di disposizione sul bene del mandatario locatore. La norma

[35] Cass. 14395/2004.

[36] Cass. 4764/2005; Cass. 8411/2006; Cass. 12976/2010.

[37] Anche se dal punto di vista dell'onere probatorio le differenze di disciplina non sono modeste, potendosi applicare la presunzione di consenso degli altri comunisti o quanto meno della maggioranza solo nel mandato presunto, mentre in quello tacito il potere di agire in qualità di mandatario è soggetto alle ordinarie regole di allegazione e prova dei fatti costitutivi dell'azione.

invocata non è dettata per disciplinare una fattispecie di titolarità comune di poteri gestori su un diritto o su un bene ma per ripristinare, attraverso la revoca del mandato, l'esclusiva titolarità del mandante in ordine all'atto di disposizione del proprio diritto o bene. Il potere esercitato dal mandante *ex* art. 1705 è di natura sostitutiva, mentre il comunista esercita il potere di coamministrazione che gli deriva dalla titolarità del diritto reale sul bene comune.

La validità ed efficacia della locazione è stata tratta da una lettura integrata dell'art. 1102 e 1105, dalla quale si desume una pari legittimazione a contrarre dei comproprietari e una conseguente contitolarità del rapporto di locazione unita ad un pari potere di esercitare le azioni contrattuali anche dirette all'estinzione del vincolo negoziale.

Del resto, secondo un indirizzo giurisprudenziale[38], il potere di sostituzione del mandante – che deroga al generale principio

[38] Cass. 7820/1998; Cass. 11118/1998; Cass. 1312/2005; Cass. 13375/2007; Cass. S.U. 24772/2008, secondo la quale il sistema normativo è imperniato sul rapporto regola-eccezione, nel senso che, secondo la regola generale (art. 1705[1]), il mandatario acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, che non hanno alcun rapporto con il mandante, mentre costituiscono eccezioni le disposizioni, tanto sostanziali quanto processuali, che prevedono l'immediata reclamabilità del diritto (di credito o reale) da parte del mandante, con conseguente necessità di stretta interpretazione di queste ultime e dell'esclusione di qualunque integrazione di tipo analogico o estensivo, nell'ottica della tutela della posizione del terzo contraente». L'espressione «diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato» (art. 1705[2]), che accorda al mandante pretese dirette nei confronti del terzo contraente, va circoscritta all'esercizio dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario, rimanendo escluse le azioni poste a loro tutela (annullamento, risoluzione, rescissione, risarcimento del danno), in funzione sia del rispetto del principio sancito dall'art. 1372 che della tutela dell'affidamento del terzo che ha contratto esclusivamente col mandatario. Se nell'ottica mandante-mandatario la rilevanza sostanziale dell'interesse può far premio sulla titolarità formale del mandatario non può per converso trascurarsi che il terzo, nel contrarre con quest'ultimo ripone un legittimo affidamento nel fatto che tutte le vicende successive al contratto, sul piano della fisiologia come della patologia degli effetti, andranno a dipanarsi tra di esse parti, senza alcun intervento ipotetico di terzi mandanti, sicché ammettere la legittimità della *translatio* non solo sotto il profilo attivo del credito (sicuramente cedibile senza consenso) ma dell'intera posizione contrattuale formalmente costituitasi in capo al mandatario si risolve, nella sostanza, nell'ipotizzare una fattispecie di cessione senza consenso del contraente ceduto. Da ultimo v. anche Cass., Sez. un., 4 luglio 2012, n. 11135, in *Corr. del merito,*

dell'ininfluenza nei confronti dei terzi del mandato senza rappresentanza – è stato fortemente temperato con la limitazione alle azioni endocontrattuali dirette al soddisfacimento dei crediti derivanti dalle pattuizioni negoziali e con l'esclusione delle azioni di risoluzione del contratto e delle azioni di risarcimento dei danni. Ebbene, tale limitazione, al solo esercizio dei diritti di credito derivanti dal contratto, in deroga alla regola generale, risulta fortemente riduttiva rispetto all'incisività, ampiamente riscontrata negli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, degli interventi dei partecipanti alla comunione alle vicende del contratto concluso solo da uno di essi.

Tesi del reciproco rapporto di rappresentanza

L'orientamento nettamente maggioritario presuppone un reciproco rapporto di rappresentanza tra i comunisti sottostante agli atti di ordinaria amministrazione compiuti dal singolo comproprietario e la presunzione del consenso fondata sul modello del mandato presunto o tacito[39]. La presunzione del consenso può costituire la base sia del mandato tacito che, invece, dovrebbe fondarsi sulla manifestazione del consenso per fatti concludenti, sia per la *negotiorum gestio* ove tale requisito non è necessario, essendo invece indispensabile che il *gestor* agisca in sostituzione di un interessato "che non sia in grado di provvedervi" (art. 2028).

Secondo un altro indirizzo[40], però, desta perplessità la prospettazione dei rapporti tra comunisti in termini di mandato disgiuntivo presunto, da escludersi in un sistema fondato sulla

---

2013, 47 ss., con osservazioni di G. TRAVAGLINO, *La locazione di immobile da parte di un solo comproprietario*.

[39] Cass. 4 luglio 1953, n. 2192; Cass. 2158/1983; Cass. 250/1984; Cass. 3275/1996; Cass. 29 agosto 1995, n. 9113; Cass. 7416/1999; Cass. 537/2002; Cass. 14772/2004; Cass. 8996/2005; Cass. 2399/2008; Cass. 19929/2008; Cass. 480/2009; Cass. 11589/2010: «*sugli immobili oggetto di comunione concorrono, in difetto di prova contraria, pari poteri gestori da parte di tutti i comproprietari, in virtù della presunzione che ognuno di essi operi con il consenso degli altri. Ne consegue che il singolo condomino può stipulare il contratto di locazione avente ad oggetto l'immobile in comunione e che un condomino diverso da quello che ha assunto la veste di locatore è legittimato ad agire per il rilascio del bene stesso (senza che sia necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri condomini) purché non risulti l'espressa ed insuperabile volontà contraria degli altri comproprietari, la quale fa venire meno il presunto consenso della maggioranza*».

[40] Cass., Sez. un., 4 luglio 2012, n. 11135, cit.

regola organizzativa opposta dell'amministrazione congiuntiva; così come il ricorso al mandato tacito risulta inappagante in quanto nell'ipotesi, molto frequente, della locazione stipulata da uno dei comunisti all'insaputa degli altri, non vi è alcuna possibilità di identificare il comportamento concludente di questi ultimi rivolto a consentire la stipula della locazione. Una simile presunzione non appare adeguatamente motivata, atteso che la stessa è destinata ad operare in presenza di una norma che per gli atti di ordinaria amministrazione richiede una deliberazione dei partecipanti alla comunione e quindi una manifestazione espressa di volontà.

Dottrina

La dottrina è invece critica sulla tesi della presunzione del consenso, in quanto sostiene l'arbitrarietà di detta premessa, che si risolve in una petizione di principio, poiché l'esistenza di un tale vincolo tra i comunisti «è proprio ciò che si dovrebbe dimostrare»[41]. Si nega, in linea generale, che il singolo comunista sia legittimato a compiere atti di ordinaria amministrazione, a meno che venga provata in concreto l'esistenza di un mandato (anche tacito, ma risultante da un concorso di circostanze univoche, da valutarsi caso per caso), ovvero ricorrano tutti i presupposti di una gestione di affari altrui assunta scientemente da un comunista per non essere gli altri consorti in grado di concorrere nell'amministrazione della cosa comune.

Spese per la conservazione della cosa

In tal caso chi ha sostenuto spese necessarie per la conservazione della cosa comune – ossia al mantenimento della sua integrità – ha diritto al *rimborso* (art. 1110) a condizione di aver precedentemente interpellato o, quantomeno preventivamente avvertito gli altri partecipanti o l'amministratore. Solo, pertanto, in caso di inattività di questi ultimi (*rectius:* trascuranza), egli può procedere agli esborsi e pretenderne il rimborso, ed incomberà su di lui l'onere della prova sia della trascuranza che della necessità dei lavori[42]. La Suprema Corte ha avuto modo di precisare che, in tema di spese relative alle parti comuni di un bene, vanno tenute distinte quelle per la conservazione che sono quelle necessarie per custodire, mantenere la cosa comune in modo che duri a lungo senza deteriorarsi (quali, nella specie, le spese per l'acqua

[41] Così G. BRANCA, *Op. cit.,* 182.
[42] Cass. 3 agosto 2001, n. 10738.

occorrente per l'irrigazione del giardino), dalle spese per il godimento, che riguardano le utilità che la cosa comune può offrire[43]. Soltanto le spese per la conservazione, nel caso di inattività degli altri comproprietari, da accertare in fatto, possono essere anticipate da un partecipante al fine di evitare il deterioramento della cosa, cui egli stesso e tutti gli altri hanno un oggettivo interesse, e solo di esse può essere chiesto il rimborso. Relativamente alle spese per il godimento, le quali, invece, debbono essere sostenute solamente da chi concretamente gode della cosa comune, il rimborso non è previsto, in quanto il singolo comunista le ha anticipate per un godimento soggettivo, che è suo personale, e non riguarda anche gli altri partecipanti alla comunione[44].

Intervento del giudice

Nei casi di inerzia dell'assemblea e dell'amministratore il singolo compartecipe può, inoltre, attivare l'intervento del giudice; precisamente, se l'assemblea non prende i provvedimenti necessari per l'amministrazione o le delibere adottate non vengono eseguite, il singolo compartecipe può presentare ricorso al tribunale, il quale emette provvedimenti necessari – che hanno forma di decreti – e, se manca l'amministratore, può procedere alla sua nomina (1105). Il procedimento non ha carattere contenzioso ma di volontaria giurisdizione.

( 6 ) ***Obblighi dei compartecipi –*** I compartecipi sono obbligati a contribuire alle spese per la conservazione e il godimento delle cose comuni nonché a quelle di amministrazione legittimamente deliberate dagli organi della comunione o legittimamente erogate dai singoli compartecipi (art. 1104). L'obbligazione di «contribuire» grava su ciascuno in ragione della sua quota e sussiste nei confronti degli altri compartecipi ma la legittimazione a ricevere il pagamento e ad agire in giudizio compete all'amministratore. Il singolo compartecipe che abbia provveduto al pagamento

[43] Quali, nella specie, le spese per il combustibile e per l'energia elettrica necessari per il funzionamento dell'impianto di riscaldamento e per l'acqua potabile ovvero le spese per l'illuminazione dell'immobile, ovvero per l'adempimento di obblighi fiscali, come l'accatastamento del bene. V. Cass. 8 gennaio 2013, n. 253.

[44] Cass. 1° agosto 2003, n. 11747, in *Foro it.,* 2003, I, 2961.

dell'intero ha diritto al rimborso: da parte di ciascuno dei compartecipi, tenuti per quota secondo il principio dell'arricchimento senza causa.

L'obbligo di contribuire alle spese è qualificato in dottrina come *propter rem* perché esso è inerente alla titolarità del diritto di comunione. La giurisprudenza[45] sembra orientata a sostenere che in base alla portata dell'art. 1104, i comunisti possono essere vincolati solo ad obbligazioni *propter rem* di *dare*[46]. Come già visto (§ precedente) è facoltà del debitore liberarsi dell'obbligo del pagamento dei contributi rinunziando al suo diritto, ossia alla sua quota di comunione (art. 1104).

L'obbligazione assunta nei confronti dei terzi, ad es., l'amministratore che abbia commissionato forniture o opere, ha carattere solidale[47].

( 7 ) ***Impugnazione delle delibere assembleari –*** Le delibere dell'assemblea possono essere impugnate dinanzi al tribunale per irregolarità procedimentali e per vizi sostanziali (art. 1109). Impugnabili, precisamente, sono le delibere prese senza la preventiva comunicazione dell'ordine del giorno[48] e quelle aventi

---

[45] Cass. 12 novembre 1997, n. 11152, in *Riv. giur. edil.,* 1998, II, 311ss.

[46] In dottrina (cfr. M. LUPO COSTI, *Un caso di obbligazione* «propter rem»*?,* in *Giur. it.,* 1979, I, 795 ss.) non è mancata una posizione critica rispetto a tale impostazione: secondo tale orientamento è «la previsione dell'art. 1030 che sembra fornire la chiave di volta per la comprensione e la sistemazione dell'obbligazione *propter rem*. La norma riconosce la valida costituzione del rapporto obbligatorio reale quando «esso sia funzionale rispetto all'esercizio della servitù, finalizzato cioè a rendere possibile il conseguimento dell'utilità: offre in altri termini uno schema di rapporto tipizzato dalla funzione». Quindi, nulla sembra vietare che anche all'interno dell'istituto della comunione possa subentrare un'obbligazione reale *in facendo*.

[47] V. da ultimo Cass., Sez. un., 8 aprile 2008, n. 9148, in *Guida al diritto,* 2008, n. 17, p. 38, con nota di S. CASTRO.

[48] Ai fini della validità **dell'ordine del giorno** occorre che esso elenchi, specificamente, sia pure in modo non analitico e minuzioso, tutti gli argomenti da trattare, sì da consentire a ciascun condomino di comprenderne esattamente il tenore e l'importanza, e di poter ponderatamente valutare l'atteggiamento da tenere, in relazione sia all'opportunità o meno di partecipare, sia alle eventuali obiezioni o suggerimenti da sottoporre ai partecipanti (Cass. 30 luglio 2004, n. 14560, in *Foro it.,* 2004, I, 3004, che nel confermare la sentenza impugnata ha escluso che una delibera adottata dall'assemblea, che impegnava il condominio per l'esecuzione di opere definitive per un ammontare pari a oltre 247 milioni di lire, potesse oggettivamente riconnettersi ad

ad oggetto: gli atti di amministrazione che pregiudicano gravemente la cosa comune o il godimento di alcuno dei compartecipi, le innovazioni eccessivamente costose. Impugnabili sono altresì le delibere contrarie al regolamento.

L'autorità giudiziaria è dunque chiamata, su iniziativa del singolo comunista, ad un tipo di intervento che, pur potendosi formalmente qualificare come un controllo di legittimità, finisce talvolta per coinvolgere una valutazione della opportunità e della

---

un ordine del giorno che indicava come oggetto di discussione l'esecuzione di diverse e specifiche opere provvisionali urgenti, per un importo inferiore a 10 milioni di lire, ovvero, in alternativa, di opere più rilevanti, ma per un importo di 55 milioni di lire). Più in generale è stato anche affermato che per la partecipazione informata dei condomini ad un'assemblea condominiale, al fine della conseguente validità della delibera adottata (artt. 1139 e 1105[3]), è sufficiente che nell'avviso di convocazione della medesima gli argomenti da trattare siano indicati nell'ordine del giorno nei termini essenziali per esser comprensibili, secondo un apprezzamento di fatto rimesso al giudice del merito, insindacabile in Cassazione se congruamente motivato (Cass. 10 ottobre 2007, n. 21298; Cass. 22 luglio 2004, n. 13763), e che l'obbligo di preventiva informazione dei condomini in ordine al contenuto degli argomenti posti all'ordine del giorno dell'assemblea risponda alla finalità di far conoscere ai convocati, sia pure in termini non analitici e minuziosi, l'oggetto essenziale dei temi da esaminare, in modo da consentirgli di partecipare consapevolmente alla relativa deliberazione; pertanto, in considerazione della "*ratio*" di detto avviso, la sua eventuale genericità non comporta l'invalidità della delibera condominiale, qualora risulti che il condomino, sia pure "*aliunde*", era sufficientemente informato sull'argomento che avrebbe costituito oggetto dell'assemblea (Cass. 9 gennaio 2006, n. 63). In dottrina si è di recente rimarcato come al termine dell'elenco degli argomenti da trattare nel corso della riunione immancabilmente compaia la voce "varie e eventuali", che si riferisce a possibili comunicazioni che l'amministratore o i condomini intendano fare all'assemblea a puro titolo informativo, e come sarà cura dell'assemblea – nel caso in cui a seguito dell'informazione così effettuata emerga la necessità di prendere una decisione vera e proprio in merito a qualche argomento ritenuto particolarmente importante e meritevole di un più approfondito esame – rimandare la discussione ad una successiva riunione nella quale la questione venga inserita con apposita voce, nell'ordine del giorno. E si è ancora evidenziato che nelle "varie" possono rientrare argomenti di secondaria importanza e di scarso rilievo pratico, tali da non richiedere una specifica menzione ed una delibera vera e propria, sì da non potere essere inserite decisioni che importino delibere di spese (anche se si ritiene che se detti esborsi siano minimi possano essere approvati nella voce "varie"), mentre possono essere discussi o proposti suggerimenti e raccomandazioni all'amministratore al fine di aiutarlo per una migliore gestione dell'ente, essere domandati chiarimenti o, ancora, proposti argomenti per future decisioni (A. DE RENZIS, A. FERRARI, A. NICOLETTI, R. REDIVO, *Trattato del condominio,* Padova, 2008, 680-681).

convenienza della deliberazione avvicinandosi così, sostanzialmente, alla categoria dei controlli di merito. Si tratta, comunque, di un controllo assai penetrante, che non trova riscontro nella disciplina delle impugnative previste per le deliberazioni di un'associazione o di una società. La differenza s spiega agevolmente se si considera che, mentre le associazioni e le società si configurano come centri unitari, autonomi dalle persone fisiche che li compongono, nella comunione manca questa unitarietà, a cui si sostituisce un intreccio di interessi (collettivi e individuali) che giustifica un controllo del genere. Beninteso, le deliberazioni di cui agli artt. 1105, 1106 e 1108 possono essere impugnate anche per motivi di legittimità pura e semplice.

L'impugnazione deve essere proposta a pena di decadenza entro 30 giorni dalla data della delibera o entro 30 giorni dalla data della sua comunicazione se chi ricorre era assente (1109[2]).

L'impugnazione è uno specifico rimedio giudiziale che mira all'annullamento dell'atto assembleare.

La nullità dell'atto, invece, può essere fatta valere anche mediante un'azione di accertamento, non soggetta a trascrizione. Cause di nullità sono quelle previste per il contratto (indeterminatezza dell'oggetto, contrarietà a norme imperative, ecc.). Si aggiungono poi le cause specifiche di nullità rappresentate dalla mancanza dei *requisiti essenziali* minimi di formazione dell'atto[49]. Nulle sono inoltre le delibere viziate per eccesso di potere, cioè esulanti dalle competenze dell'assemblea.

Legittimati attivi sono sempre i compartecipi dissenzienti o assenti; legittimati passivi gli altri compartecipi, litisconsorti necessari.

( 8 ) ***La divisione*** **–** La comunione non solo è per sua natura temporanea, ma è destinata a sciogliersi in ogni momento a richiesta di uno dei partecipanti. Il diritto di chiedere la divisione viene annoverato tra i diritti potestativi, sempre che non sia stato deciso, al momento della costituzione, il patto di rimanere in comunione per un dato periodo (c.d. patto di in divisione), che

[49] V. al riguardo l'impugnazione delle delibere dell'assemblea condominiale (Cap. X, § 33).

comunque non può eccedere il decennio[50], e salvo che, in tal caso, l'autorità giudiziaria non ordini egualmente lo scioglimento ricorrendo gravi circostanze (art. 1111), valutate ad una stregua oggettiva e non con riguardo al singolo interesse (ad es. perché uno dei partecipanti sia di età avanzata). D'altra parte, pur in mancanza di un patto di in divisione, l'autorità giudiziaria può ritardare fino a 5 anni lo scioglimento chiesto da uno dei compartecipi se lo scioglimento immediato può essere di pregiudizio per gli altri (art. 1111[1])[51].

Efficacia retroattiva

La situazione di comunione è vista dalla dottrina e dalla legge nel segno della provvisorietà, al punto che la divisione è considerata meramente dichiarativa[52], nel senso che dei beni attribuiti al singolo partecipante, questi è considerato «solo e immediato» titolare sin dall'origine, «e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni» (così l'art. 757 con riguardo alla divisione ereditaria).

La divisione se tutte le parti sono d'accordo è eseguita con contratto, altrimenti ogni partecipante può rivolgersi all'autorità giudiziaria e la divisione sarà fatta con sentenza[53], che può anche

---

[50] Il divieto di dividere la cosa comune può essere stabilito anche dal testatore, entro il limite massimo di 5 anni (713[3]). Il limite massimo temporale del divieto ha fondamento nell'esigenza di favorire la libera disponibilità e, con essa, la libera circolazione dei beni. Il medesimo fondamento è alla base della norma che dichiara l'invalidità dei divieti contrattuali di alienazione che non siano contenuti entro convenienti limiti di tempo e non rispondano ad un apprezzabile interesse di una delle parti (1379).

[51] Il codice attribuisce quindi al giudice il potere discrezionale di anticipare o dilazionare lo scioglimento della comunione nell'interesse dei compartecipi.

[52] Parte della dottrina (per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile,* VI, cit.*,* 485-486) ritiene che la divisione abbia natura costitutiva dal rilievo che la divisione scioglie il rapporto di comunione e attribuisce a ciascun compartecipe una porzione della cosa in proprietà esclusiva mentre in pendenza della comunione i compartecipi avevano una quota astratta di proprietà sull'intero.

[53] Lo scioglimento giudiziale della comunione si realizza attraverso il giudizio divisorio, a seguito di domanda proposta dal compartecipe nei confronti di tutti gli altri compartecipi e dei creditori opponenti (784 c.p.c.). Il procedimento segue due vie secondo che il diritto alla divisione venga contestato dai convenuti o non venga contestato: nel secondo caso il giudice dispone con ordinanza la divisione; nel primo, la causa viene istruita in osservanza delle regole del giudizio contenzioso. La sentenza che accerta il diritto alla divisione ordina la divisione (785 c.p.c.). Le operazioni della

porre a carico dei condividenti obblighi reciproci, finalizzati allo scioglimento della comunione, con un collegamento di corrispettività che legittima l'applicazione dell'art. 1460.

Di regola, sempre che sia possibile in punto di fatto, la divisione deve essere effettuata in natura, nei limiti della comoda divisibilità dei beni (art. 1114). In caso di indivisibilità (art. 1112) si procede alla vendita ovvero alla assegnazione del bene ad un singolo partecipante, con riparto di quanto incassato o imputazione alla singola porzione e conguaglio, secondo le regole della divisione ereditaria (art. 720).

Creditori del comunista

Acquirenti dal singolo comunista o creditori di costui hanno interesse a controllare la regolarità delle operazioni divisorie e, se

---

divisione sono dirette dal giudice istruttore, il quale redige e deposita un progetto di divisione, ordinando la comparizione degli interessati ad un'apposita udienza di discussione. Il giudice istruttore può delegare un notaio a formare il progetto e a dirigere le operazioni di divisione.

Poiché in assenza di certezza sulla proprietà dei beni da dividere, su eventuali loro vincoli o pregiudizi, come, pure, sulla integrità del contraddittorio, che solo una idonea documentazione potrebbe determinare, la domanda va dichiarata improponibile, è indispensabile l'allegazione alla domanda dei certificati storici catastali e della documentazione concernente le iscrizioni e le trascrizioni relativamente ai beni nell'ultimo ventennio, quanto meno della relazione notarile in sostituzione, attestante le risultanze delle visure catastali e dei registri immobiliari. Se non viene prodotta dalla parte interessata, questa non può dolersi del fatto che il giudice avrebbe potuto ordinare il deposito: l'unico ordine di esibizione è previsto dall'art. 210 c.p.c., il quale, tuttavia, richiede l'istanza di parte; né, d'altra parte, al giudice non compete indicare alle parti l'onere probatorio che le stesse devono assolvere, spettando viceversa al medesimo semplicemente di verificare se le prove proposte dalle parti siano o meno idonee allo scopo. Inoltre, se non viene prodotta la documentazione in parola, non ci si può dolere neppure del fatto che la stessa possa essere acquisita mediante C.T.U. La consulenza, infatti, ha lo scopo di recare ausilio al giudice nell'esame delle materie che richiedono speciale competenza tecnica, ma non può mai e in nessun caso – salvo che nell'ipotesi di C.T.U. percipiente, evidentemente estranea al caso in questione – supplire all'osservanza dell'onere probatorio gravante sulle parti (*ex multis:* Cass. 6 aprile 2005 n. 7097). La C.T.U. non può, cioè, risolversi in una *relevatio ab onere probandi*, né in uno strumento per aggirare preclusioni ormai maturate; tantomeno può avere funzione esplorativa, salvo il limite in cui essa diventa lo strumento di accertamento di situazioni rilevabili solo con ricorso a determinate cognizioni tecniche - ma non è ovviamente il caso delle produzioni documentali in potere della parte interessata - nel caso già indicato dell'accertamento percipiente.

del caso, ad impugnarle[54], nella speranza che il bene acquistato o ipotecato o comunque il cespite migliore sia assegnato al comunista stesso. A tal fine chi ha trascritto un acquisto immobiliare o iscritto ipoteca prima della trascrizione della divisione *ex* art. 2646 o della domanda di divisione giudiziale, *deve essere chiamato* ad intervenire nella divisione[55]. Chi acquista un bene mobile o è creditore chirografario può invece intervenire o notificare, in prevenzione, opposizione alla divisione al fine di essere chiamato. In difetto di chiamata la divisione è in ogni caso inopponibile.

Effetti sugli atti dispositivi

Per quanto attiene agli effetti della divisione sugli atti dispositivi occorre distinguere tra atti posti in essere dalla totalità dei compartecipi e atti posti in essere dal singolo compartecipe.

Gli atti posti in essere dalla totalità dei compartecipi e aventi ad oggetto la cosa comune non sono pregiudicati dalla divisione e i diritti costituiti continuano a gravare su di essa. In particolare la divisione non estingue le *servitù*[56] e l'*ipoteca*.

---

[54] L'impugnazione presuppone la preventiva opposizione, che deve essere notificata a pena di decadenza prima che sia eseguita la divisione (art. 1113). L'opposizione è un atto stragiudiziale con il quale il terzo manifesta in modo certo la sua contrarietà alla progettata divisione, anche senza una specifica motivazione. Essa può essere comunicata con qualsiasi mezzo idoneo, e non occorre che sia indirizzata a tutti i compartecipi. Assolto l'onere dell'opposizione il terzo può impugnare la divisione mediante atto di citazione notificato a tutti i compartecipi. Motivo dell'impugnazione è il pregiudizio arrecato dalla divisione alle ragioni del terzo. L'impugnazione non è diretta all'annullamento della divisione ma alla dichiarazione della sua inefficacia nei confronti del terzo.

[55] La chiamata del terzo non è condizione di validità della divisione, piuttosto, la chiamata ad intervenire è un onere dei compartecipi che condiziona l'opponibilità del negozio divisorio o della sentenza nei confronti del terzo. Si supponga ad es., che il creditore di un compartecipe abbia ipoteca su una quota della cosa comune; in caso di mancata chiamata quel creditore tiene fermo il proprio diritto su quella quota nonostante la divisione.

[56] Se però viene diviso il fondo servente e la servitù afferisce ad una determinata porzione, essa si concentra su quella porzione, lasciando libere le altre (art. $1071^{2}$). Il codice prevede anche l'ipotesi di divisione del fondo dominante, sancendo che la servitù «è dovuta a ciascuna porzione» ma senza aggravio per il fondo servente (art. $1071^{1}$). Così ad es., i proprietari delle varie porzioni del fondo potranno vantare la servitù di presa d'acqua anteriormente costituita ma complessivamente non potranno derivare una maggiore quantità d'acqua.

Quanto agli atti posti in essere dal singolo compartecipe, può dirsi anzitutto che rimangono fermi gli atti di ordinaria gestione. Gli atti di alienazione di determinati beni o porzioni di beni sono invece soggetti a divenire efficaci o inefficaci, a seguito della divisione, secondo che l'oggetto alienato rientri o non rientri nell'assegnazione fatta all'alienante (ad es.: se il compartecipe aveva in precedenza venduto il bene poi assegnato ad altri nella divisione, la vendita risulterà senza effetto traslativo, come vendita di cosa totalmente altrui). I diritti reali costituiti dal compartecipe sulla quota si concentrano in quanto possibile sulla cosa o porzione di cosa assegnatagli nella divisione[57]. È controverso in dottrina se un analogo risultato possa ammettersi con riguardo ai diritti costituiti dal compartecipe su beni determinati, se cioè i diritti costituiti su beni o porzioni di beni della comunione si trasferiscano legalmente sui diversi beni assegnati al compartecipe nella divisione. Un siffatto trasferimento è espressamente previsto dal codice con riferimento all'ipoteca: il trasferimento, precisamente, ha luogo nei limiti del valore del precedente bene ipotecato, e col medesimo grado di iscrizione. Il trasferimento esige tuttavia una nuova iscrizione, da eseguirsi entro 90 giorni dalla divisione con l'indicazione del valore del bene precedentemente ipotecato (art. 2825²). Questa surrogazione reale dell'oggetto dell'ipoteca esprime un principio di conservazione del diritto che trova applicazione anche nell'ipotesi di concessione di ipoteca sull'intera cosa comune o su una porzione della cosa non proporzionata alla quota[58].

---

[57] Così ad es., l'usufrutto costituito dal compartecipe su metà della comproprietà di un edificio si convertirà in usufrutto sulla porzione dell'edificio attribuitagli in proprietà esclusiva a seguito della divisione. Similmente, l'ipoteca costituita sulla quota si convertirà in ipoteca sui beni o sulla porzione di cosa comune assegnata al compartecipe nella divisione (art. 2825¹).

[58] L'ipoteca nuovamente iscritta conserva il grado anteriore ma su di essa prevalgono le ipoteche concesse contro tutti i compartecipi. L'ipoteca del creditore ipotecario del compartecipe non pregiudica neppure l'ipoteca legale spettante agli altri compartecipi a garanzia dei conguagli loro dovuti (art. 2825³). In tal caso, infatti, il conguaglio rappresenta l'eccedenza di valore della porzione assegnata rispetto alla quota e il creditore ipotecario non può vantare la sua garanzia oltre il valore della quota. Se, viceversa, il conguaglio è dovuto al condividente, il creditore ipotecario può far valere su di esso le sue ragioni. In questo caso il creditore ipotecario può esigere che le somme gli siano versate a soddisfacimento del suo credito, se questo sia liquido ed esigibile, o che altrimenti siano vincolate a sua garanzia.

( 9 ) ***Segue: invalidità della divisione. Garanzia per evizione e rimedi contro l'inadempimento –*** La divisione contrattuale è assoggettata alla disciplina generale del contratto anche per quanto attiene all'invalidità. Tale disciplina è tuttavia integrata da alcune norme che attengono anzitutto ai vizi della volontà (dolo e violenza con esclusione dell'errore). L'esclusione dell'errore risponde alla tradizionale spiegazione che il condividente in errore è sufficientemente tutelato da altri rimedi diversi dall'azione di annullamento[59].

L'impugnazione della divisione per dolo o violenza non è più ammessa quando il coerede abbia alienato la sua porzione o parte di essa dopo la scoperta del dolo o la cessione della violenza (art. 768[1]): la dottrina ravvisa in tale ipotesi una convalida tacita della divisione.

Garanzia per evizione

Il compartecipe che abbia subito evizione o molestie per cause anteriori alla divisione – e cioè perdita o riduzione della sua porzione a seguito di azioni di terzi – è tutelato in forza di una speciale garanzia cui i condividenti sono per legge vicendevolmente tenuti. La garanzia è prevista in tema di divisione della comunione ereditaria (art. 758), ma essa appare applicabile alla divisione della comunione ordinaria. Si è infatti rilevato in

[59] L'eventuale pretermissione di cespiti facenti parte del compendio comune e l'errore sull'essenza e sul valore dei beni da dividere trovano il loro specifico rimedio, rispettivamente, nell'art. 762, che ammette la possibilità di procedere ad un supplemento della divisione e nel successivo art. 763 che, prevedendo l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto, mostra di considerare rilevante l'errore valutativo solo se ed in quanto abbia dato luogo ad una lesione di detta entità. Peraltro, quest'ultimo rimedio non è riconducibile alla figura della generale azione di rescissione per lesione (1448): l'azione generale di rescissione è infatti un rimedio volto a far valere l'invalidità del contratto stipulato a condizioni inique in dipendenza dello stato di bisogno della parte di cui l'altra abbia approfittato. La rescissione della divisione prescinde invece totalmente dai presupposti dello stato di bisogno del compartecipe e dell'approfittamento, richiedendo esclusivamente il dato obiettivo dello squilibrio tra il valore della quota e il valore del bene ricevuto. Il rimedio della rescissione è previsto in tema di comunione ereditaria, ma esso trova fondamento nella funzione distributiva della divisione e deve quindi ritenersi applicabile alla divisione della comunione ordinaria. Non si tratta di applicazione analogica, ma di applicazione diretta in forza del richiamo normativo alla disciplina della divisione ereditaria in quanto compatibile (art. 1116).

dottrina che tale garanzia trova fondamento nella funzione distributiva propria di ogni procedimento divisorio. In ragione di tale fondamento il codice prevede che ai fini della garanzia il valore del bene evitto sia ripartito fra tutti i coeredi in proporzione al valore che i beni attribuiti a ciascuno avevano al tempo dell'evizione, e tenendo conto del loro stato al tempo della divisione (art. 759). La garanzia può essere esclusa mediante clausola espressa ed essa è inoperante quando il condividente l'abbia sofferta «per propria colpa», cioè quando non si sia diligentemente adoperato per evitarla (art. 758).

Rimedi contro l'inadempimento

Con riguardo ai rimedi contro l'inadempimento si ritiene generalmente che non vi sarebbe spazio per quelli contrattuali (risoluzione del contratto, eccezione di inadempimento, ecc.).Tale convincimento si basa principalmente sull'assunto che i rimedi contrattuali sarebbero esperibili esclusivamente nei contratti a prestazioni corrispettive, nell'ambito dei quali la divisione non rientra. L'argomento perde consistenza se si accede alla tesi che riconosce l'applicabilità dei rimedi contrattuali a tutti i contratti a titolo oneroso, quando l'obbligazione inadempiuta sia obiettivamente rilevante nell'economia dell'affare. Anche se nella divisione le obbligazioni dei condividenti hanno per oggetto solo prestazioni di conguaglio, non può certo escludersi che un obbligo di conguaglio abbia una certa importanza per il condividente nei cui confronti esso è stato assunto, e che in tal caso il ricorso ai rimedi contrattuali appaia del tutto appropriato.