

rivista di diritto privato

3 anno XXVI - luglio/settembre 2021

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Enrico Gabrielli

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Paolo Spada

Giuseppe Vettori

Direzione

Giorgio De Nova

Massimo Franzoni

Enrico Gabrielli

Pietro Antonio Lamorgese

Raffaele Lener

Edoardo Marcenaro

Giuseppe Minniti

Stefano Pagliantini

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/5214220 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova, Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno, Paolo Spada, Giuseppe Vettori

Direttore: Giorgio De Nova

Direzione: Giorgio De Nova, Massimo Franzoni, Enrico Gabrielli, Pietro Antonio Lamorgese, Raffaele Lener, Edoardo Marcenaro, Giuseppe Minniti, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio

Comitato di valutazione scientifica: Pietro Abbadesse, Fabio Addis, Maria Teresa Alvarez Moreno, Franco Anelli, Ciro Caccavale, Roberto Calvo, Carmelita Camardi, Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Donato Carusi, Angelo Chianale, Alessandro Ciatti, Mario Cicala, Nicola Cipriani, Paoloefisio Corrias, Carlos De Cores, Francesco Delfini, Enrico del Prato, Angelo Federico, Luis Leiva Fernández, Giovanni Furgiuele, Andrea Fusaro, Gregorio Gitti, Carlo Ibba, Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli, Enrico Minervini, Massimo Miola, Salvatore Monticelli, Romulo Morales Hervias, Mario Notari, Gustavo Olivieri, Fabio Padovini, Pascal Pichonnaz, Paolo Pollice, Giuseppe B. Portale, Vincenzo Ricciuto, Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi, Federico Tassinari, Daniela Valentino, Gian Roberto Villa, Lihong Zhang, Andrea Zoppini.

Comitato editoriale: Giorgio Afferni, Andrea Azzaro, Ernesto Capobianco, Lisia Carota, Matteo Dellacasa, Fabrizio di Marzio, Massimo Di Rienzo, Amalia Diurni, Aldo Angelo Dolmetta, Fiorenzo Festi, Antonio Fici, Giancarlo Laurini, Giorgio Lener, Renato Marini, Giacomo Oberto, Paolo Pardolesi, Andrea Pisani Massamormile, Mariano Robles, Rita Rolli, Renato Rordorf, Luigi Salamone, Luigi Salvato, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Marco Tatarano, Giovanni Maria Uda, Carlo Venditti, Francesco Venosta, Fabrizio Volpe

Redazioni

Roma: Maria Barela, Marco Nicolai, Benedetta Sirgiovanni

Bari: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009 Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. – Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,

Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

INFORMATIVA SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Informativa ex art. 13 Codice Privacy ed ex artt. 13 e 14 del Regolamento UE 27 aprile 2016 numero 679 ("GDPR")

L'informativa completa è disponibile e scaricabile dal sito ufficiale della Rivista (<http://www.rivistadirittoprivato.it>).

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato secondo il sistema "double blind", in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR, da un soggetto terzo, di volta in volta, individuato dalla Direzione, secondo le sue specifiche competenze nelle aree tematiche di pertinenza del contributo sottoposto a valutazione nell'ambito del Comitato di Valutazione composto da soggetti autonomi rispetto agli Organi della Rivista. Solo in casi eccezionali la Direzione assume direttamente la responsabilità della pubblicazione segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore, o un componente della Direzione, invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati preferibilmente fra i componenti del Comitato di Valutazione.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

Regole per l'autore soggetto a revisione: ciascun autore che invia un articolo deve segnalare se il proprio nome è presente nelle proprietà nascoste del file; indicare quali parti dell'articolo potrebbero rivelare la sua identità e mettere in evidenza la presenza nelle note di eventuali rimandi alle proprie opere.

CODICE ETICO

Il **Codice Etico** è disponibile e scaricabile dal sito ufficiale della Rivista (<http://www.rivistadirittoprivato.it>).

rivista di diritto privato

2021

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Paolo Spada
Giuseppe Vettori

Direzione

Giorgio De Nova
Massimo Franzoni
Enrico Gabrielli
Pietro Antonio Lamorgese
Raffaele Lener
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Stefano Pagliantini
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 3/2021

Saggi e pareri

Collaterali finanziari, <i>lex argentaria</i> e <i>Brexit</i> <i>di Pierre de Gioia Carabellese</i>	327
Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio <i>di Fabrizio Volpe</i>	349
La validità del patto parasociale a voto corporativo immediato <i>di Luca Dambrosio</i>	379
Sulla natura dichiarativa o costitutiva della divisione <i>di Simona Cacace</i>	391
Approfondimenti sulla sostituzione ordinaria e sulla rappresentazione alla luce di una successione testamentaria transnazionale <i>di Alessio Reali</i>	425
Usura e interessi moratori nelle più recenti decisioni della Suprema Corte <i>di Maria Grazia Baratella</i>	455

Saggi e pareri

Sulla natura dichiarativa o costitutiva della divisione

di Simona Cacace*

Abstract. Art. 757 of the Italian Civil Code is either considered as a basis to maintain that the ownership division has a declarative nature or (Cass., S.U., 7.10.2019, n. 25021) just a mere reason of its retroactivity, and therefore it is compatible with its function of transferring rights and in line of continuity with the Roman law tradition. The aim of the study is to outline an ownership division-*genus* bearing a constitutive nature with a distributive function which could nonetheless match, in an harmonious way, the constitutive and declarative efficacy with regard to the protected interests and the parties position recognised by the law in the specific cases either within or outside the division itself. In order to pursue this aim, the study analyses the reasons of the Roman law view which considers the division as an instrument to transfer the rights and the reasons based on which such a view has been considered as outdated. It will be furthermore analysed the definition of the positions of the parties as well of efficacy of the transactions they may enter into during a joint-ownership relationship.

SOMMARIO: 1. La portata precettiva dell'art. 757 c.c. – 2. Le prime manifestazioni della natura dichiarativa della divisione. – 3. L'elisione della comunione. – 4. Gli atti dispositivi manente comunione. – 5. Funzione distributiva della divisione e coesistenza di efficacia dichiarativa e costitutiva.

1. Ai sensi dell'art. 757 c.c., rubricato *Diritto dell'erede sulla propria quota*, «ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari».

La disposizione riporta quasi testualmente la previsione dell'art. 1034 del Codice Pisanelli: «ciascun coerede è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanti fra i coeredi, e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari», ma con un'estensione della portata applicativa della norma in due direzioni, una oggettiva, l'altra soggettiva.

Innanzitutto, la disgiuntiva («o a lui pervenuti dalla successione») indica che i beni in cui il coerede succede agli effetti previsti possono esorbitare dalla sua quota¹. In questo senso, la rubrica dell'art. 757 c.c. prelude ad una fattispecie più circoscrit-

* Ricercatore Universitario presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

¹ Si tratta della stessa soluzione già anticipata, in giurisprudenza, da Cass. Firenze, 23.3.1876, in *Legge*, 1876, I, 469: «ogni coerede si considera succeduto immediatamente al suo autore in tutti i beni che gli vengono assegnati dalla divisione senza distinguere se questi eguagliano o eccedono il valore della sua quota ereditaria».

ta rispetto a quella poi realmente disciplinata. La medesima possibilità di ottenere beni in misura superiore alla *pars quota* era contemplata nel c.c. del 1865 («o a lui pervenuti per incanti»), ma l'introduzione, nella versione del 1942, dell'inciso «*anche per acquisto all'incanto*» lascia intendere come le modalità di tale acquisto potrebbero essere diverse dalla licitazione ed ulteriori.

Inoltre, l'incanto da cui eventualmente derivi l'acquisto può aver coinvolto anche terzi, per l'espunzione della specifica «a lui pervenuti per incanti *fra i coeredi*». Tale limitazione soggettiva rappresenta peraltro l'unica modifica apportata dal codificatore del 1865 al testo dell'art. 883 *Code civil*, secondo il quale «chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession».

Il titolo della Sezione o del Capo in cui si collocano i tre articoli testé menzionati è, invece, il medesimo e richiama sempre gli «effetti della divisione» («les effets du partage»)².

Il carattere retroattivo dell'efficacia della divisione, pacificamente correlato alle disposizioni ricordate, non è mai parso sufficiente a chiarire quale natura abbia tale efficacia e, segnatamente, se essa possa dirsi solo dichiarativa o, al contrario, costitutiva e traslativa di diritti³. Infatti, delle due l'una: o dichiaratività e retroattività co-

² Section IV del *Code civil*, *Des effets du partage, et de la garantie des lots*; Sezione VI del Codice Pisanelli, *Degli effetti della divisione e della garanzia delle quote*; Capo IV del Codice civile italiano del 1942, *Degli effetti della divisione e della garanzia delle quote*. V. altresì, con minime variazioni rispetto al dettato francese, l'art. 1038 del Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, l'art. 803 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, l'art. 1105 del Codice civile per gli Stati di S.M. il re di Sardegna e l'art. 1111 del Codice civile per gli Stati estensi. Cfr. GROSSI, *Divisione (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 415 ss.

³ Cfr. BARASSI, *L'art. 2077 c.c. e la pretesa natura dichiarativa della divisione secondo l'art. 1034*, in *Foro it.*, 1901, I, 1370, nota di commento a Cass. Palermo, 5.2.1901, secondo il quale l'allora art. 1034 c.c. consterebbe di una parte «dogmatica» e di una «normativa»: «or, la mia ribellione può stare contro la prima, per la solita ragione che il legislatore in quanto si atteggi a dogmatico perde tutta la propria autorità. Ma si infrange contro la seconda: il legislatore vuole che la divisione ereditaria si tratti come se fosse dichiarativa; la ragione di questo "come se" non esiste, è una norma tirannica, ma *ita lex*. (...). L'ossequio alla legge è certo laudabile cosa, ma guai a eccedere (...). La legge può dir fin che vuole che la divisione retroagisca, ma non può fare che la divisione, per sé eminentemente attributiva, diventi a un tratto dichiarativa». *Contra*, COVIELLO, *Della trascrizione*, I, Napoli, 1907, 267: «la comunione è il diritto di proprietà che hanno più persone sulla stessa cosa materialmente indivisa, ma divisa astrattamente o in parti ideali. Sicché la divisione non viene a far altro che a tradurre in realtà l'astrazione, a rendere effettiva la ripartizione ideale preesistente. Con essa, così, si viene a riconoscere un diritto che già esisteva, sebbene l'oggetto non fosse materialmente determinato, non ad attribuire un diritto nuovo. L'acquisto del diritto per i diversi comproprietari sull'oggetto materialmente non diviso è avvenuto senza dubbio in un tempo anteriore, quando si aprì l'eredità, quando le cose furono messe in società, o, in generale, quando seguì il fatto o l'atto che produsse la comunione: la divisione concerne l'oggetto del diritto, non il diritto stesso, che non viene mutato né alterato, ma solo concretamente determinato». Similmente, in giurisprudenza, A. Genova, 27.11.1880, in *Giur. it.*, 1881, I, 2, 146; in *Legge*, 1881, I, 420; in *Eco giur.*, 1881, I, 38; in *Gazz. proc.*, (XVI) 1881-1882, 65, secondo la quale «la divisione ha sempre carattere dichiarativo e non attributivo, qualunque siano le modalità che l'accompagnano». Si tratta di semplice retroattività per CAPOZZI, *Successioni e donazioni*⁴, II, Milano, 2015,

stituiscono binomio inscindibile, poiché la prima implica la seconda (ma non viceversa), oppure la dichiaratività, immutata restando la realtà giuridica, rifiuta ed esclude il concetto stesso di retroattività degli effetti. La natura costitutiva, per converso, sarebbe compatibile con un'efficacia retroattiva, benché a questa non inscindibilmente connessa, così come altresì rilevato da una recente decisione delle Sezioni Unite, secondo la quale non hanno «effetto retroattivo le sentenze che accertano la nullità di un negozio, mentre hanno effetto retroattivo le sentenze che pronunciano l'annullamento o la risoluzione di un contratto»⁴.

Dinanzi alla difficoltà di negare il carattere modificativo e attributivo della divisione, s'è persino talora osservato come l'art. 757 c.c. contenga una finzione («ogni coerede è reputato (...) e si considera come se»), che ne consentirebbe e legittimerebbe la dichiaratività. Il tentativo di distinguere fra realtà e finzione pare però in punto di diritto per lo più inconsistente, rilevando giuridicamente i soli effetti che l'or-

1315. Cfr. altresì la ricostruzione operata da MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*², Torino, 1998, 131 ss., e da RAMPOLLA, *Sub art. 757 – Diritto dell'eredità sulla propria quota*, in *Delle successioni*, III, Artt. 713-768 octies e leggi collegate, a cura di Cuffaro e Delfini, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2010, 287 ss. L'art. 757 c.c. contiene una norma di cui «non sembra vi sia alcuna necessità» per MIRABELLI, *Divisione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 36, «perché la maggior parte delle questioni, a risolvere le quali è tradizionalmente invocato il principio della dichiaratività, sono o risolte espressamente dalla legge vigente o risolvibili sulla base di principi diversi, deducibili dall'ordinamento». V. anche LOSANA, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il Codice Civile italiano*², Torino, 1911, 562 ss.; GAZZARA, *Divisione (diritto privato). Divisione della cosa comune*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 419; ID., *Divisione (diritto privato). Divisione ereditaria*, *ivi*, 429; PAVANINI, *Divisione (diritto privato). Divisione giudiziale*, *ivi*, 439; CASSONI, *La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato*, Milano, 1974, 155 ss.; BONILINI, *Divisione*, in *Dig. civ.*, VI, Torino, 1990, 487; DELLE MONACHE, *Divisione e patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 776.

⁴ Cass., S.U., 7.10.2019, n. 25021, in *Riv. notariato*, 2019, 1262, con commento di CICERO, LEUZZI, *Quando la divisione ereditaria di immobili equivale a una vendita. Osservazioni a margine di una sentenza-trattato*; in *Riv. giur. edilizia*, 2019, 1296, con commento di TREZZA, *La natura giuridica dell'atto di scioglimento della comunione ereditaria e le implicazioni sui beni immobili abusivi: atto inter vivos, nullità testuale, divisione ereditaria parziale ed espropriazione dei beni indivisi: il revirement sistematico-teleologico della Cassazione*; in *Notariato*, 2019, 649, con commento di ROMANO, *Natura giuridica della divisione ereditaria: la posizione delle Sezioni Unite*; in *Giustizia Insieme*, 8.11.2019, con commento di TREZZA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*; in *Vita notarile*, 2019, 1229 e 1257, con commenti rispettivamente di CERSOSIMO, *La divisione ereditaria: dalla natura dichiarativa a quella costitutivo-traslativa (prime impressioni e risvolti pratici)* e di LOPS, *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche*; in *Contr.*, 2019, 607, con commento di BAVA, *La divisione ereditaria quale atto inter vivos avente natura costitutiva*; in *Riv. dir. civ.*, 2020, 13, con commento di AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*; in *Foro it.*, 2020, I, 995, con commento di BONA, *1538-2019: si chiude la parentesi sulla «dichiaratività» della divisione?*; in *Dir. succ. fam.*, 2020, 301, con commento di CIANCIMINO, *La divisione della comunione ereditaria sull'immobile abusivo al vaglio delle Sezioni unite: la validità dello scioglimento fra normativa urbanistica e assiologia ordinamentale*. V. anche MIGLIACCIO, *Sulla natura e sugli effetti della divisione*, in *Dir. succ. fam.*, 2020, 135; e AMADIO, *Divisione ereditaria ed efficacia costitutiva: la fine del dogma della dichiaratività*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 696.

dinamento determina di attribuire all'atto o all'evento⁵. La *fiction* non opera qui, difatti, sul piano del reale, immaginando che, al posto di quanto è concretamente accaduto, si sia verificato accadimento diverso, onde applicare una determinata disciplina. Al contrario, se di artificio può parlarsi, questo si realizza tutto in un ambiente meramente normativo, per il tramite di una formulazione senz'altro infelice: «come se non avesse mai avuto la proprietà» lascia ampiamente intendere che il coerede, «degli altri beni», proprietario invece è stato.

Nella pronuncia già menzionata, le Sezioni Unite, rivitalizzando il dibattito sul tema, distinguono fra efficacia e natura dell'atto e rinvencono nell'art. 757 c.c. la mera retrodatazione degli effetti, onde assicurare continuità tra la posizione giuridica del defunto e quella dell'erede proprietario del bene infine diviso. In assenza

⁵ Così BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*⁶, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, sub art. 1116, 343; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, 40-41; EAD., *La divisione ereditaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da Rescigno, II, Padova, 2010, 34-35. Si tratta di mera finzione, per volontà del legislatore, per GABBA, *Intorno alla natura giuridica della divisione*, in *Foro it.*, 1903, I, 1413 ss., nota di commento a A. Casale, 21.4.1903; e DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 81. V. anche DEIANA, *Problemi e riforma in tema di divisione*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1946, I, 420. Similmente, cfr. FORCHIELLI, ANGELONI, *Della divisione. Art. 713-768*², in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2000, 58. V. inoltre BARASSI, *op. cit.*, 1369, per il quale «la teoria della divisione *dichiarativa*» è «la grande idra, le cui molteplici teste fanno capolino qua e là, un po' dappertutto, nella dottrina» e «prima della divisione bisogna sottostare alla finzione di credere sussistente lo stato di cose che si attuerà solo dopo convenuta o stabilita la divisione. (...) Quella finzione soggioga i cervelli e le menti fino a negare che durante lo stato di indivisione esista una situazione ben precisata dalla comunione, e di cui si può agevolmente determinare la portata economica in base alla proporzione delle quote: si deve passare sopra di essa, astrarre da essa, perché non può esservi se non lo stato di cose conseguente alla divisione, che sola impera tirannica anche prima di aver luogo. Questa costruzione giuridica, questa concezione è in una contraddizione così stridente con tutta la vita economica quotidiana, che davvero bisogna diventar sospettosi circa la portata (...) che la dottrina e la giurisprudenza unanimemente attribuiscono all'art. 1034». *Contra* CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, 1, 20: «La *fiction* (...) consiste nell'attribuzione a un fatto dell'effetto giuridico proprio di un altro fatto, la cui concomitanza al primo non è stabilita dall'esperienza (...). Con la finzione l'art. 1034 non ha proprio che fare. Codesta norma non finge nulla; ma solo attribuisce alla divisione un effetto, che può non corrispondere alla intenzione delle parti; né vi è bisogno di supporre tale intenzione, affinché il contratto spieghi un effetto, che la legge può farne derivare e ne deriva del tutto indipendentemente da quella. Tutto ciò che si può dire è che tale effetto può non corrispondere a tale intenzione; e perfino si può dubitare della sua convenienza tecnica; ma questo non richiama che assai impropriamente l'istituto della finzione». Mentre, infatti, «una legge fisica esprime veramente un rapporto causale, cioè un rapporto tra l'essere di un fenomeno e l'essere di un altro fenomeno», «una legge giuridica mette in rapporto l'essere di un fenomeno (...) col mero dover-essere (*Sollen, Sein-Sollen*) di un altro fenomeno»: v. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 437 (da cui le successive citazioni); e in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1999, 17. Quella di cui all'art. 757 c.c. è una «finzione di continuità» per LA TORRE, *La finzione nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 315. «La divisione dichiarativa è fondata su di una finzione e come tale non può avere la estensione dei principi giuridici, e per essa vi ha un limite, quello stesso dell'oggetto per cui è stata stabilita dal legislatore»: cfr. Cass. Palermo, 26.6.1902, in *Foro sic.*, 1902, 359; e in *Circ. giur.*, 1902, 233.

della previsione codicistica, «l'acquisto *ex divisione* avrebbe (...) effetti *ex nunc*, (...) dal momento del perfezionamento» della divisione, alla stregua di qualsivoglia altro contratto traslativo. La natura, dunque, è questione «logicamente precedente ed indipendente» rispetto all'efficacia e alle modalità di produzione degli effetti; d'altra parte, il mutamento della situazione giuridico-patrimoniale del comunista cui dà luogo la divisione «vale a determinare la natura costitutivo-traslativa» di quest'ultima⁶.

Il mutamento indotto dalla divisione, difatti, con la liquidazione della *pars quota* e il passaggio da questa alla *pars quanta*, forse non opera sul piano economico, poiché non v'è incremento o decremento in tal senso⁷, ma si compie senz'altro su quello giuridico: viene meno la contitolarità sui cespiti ed insorgono in capo ai condividenti singoli diritti di proprietà individuale⁸.

La disciplina codicistica della divisione rende scivoloso qualsivoglia tentativo definitorio e di riconduzione ad una categoria unitaria. La stessa retroazione degli ef-

⁶ Cass., S.U., 7.10.2019, n. 25021, cit. *Contra*, per la natura meramente dichiarativa della divisione, Cass., 13.8.1998, n. 7954, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Divisione*, n. 17; Cass., 29.3.2006, n. 7231, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1142 ss.; Cass., 31.5.2006, n. 13009, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Famiglia (regime patrimoniale della)*, n. 128, la quale ribadisce la natura dichiarativa anche nell'ipotesi di pagamento di conguaglio; Cass., 5.8.2011, n. 17061, in *Vita not.*, 2012, 641, con commento di CASTELLANO, *Acquisto di bene in sede di rimborso dei conferimenti e regime patrimoniale dei coniugi*; Cass., 10.1.2014, n. 406, in *Riv. notariato*, 2014, 523, ove «il principio della natura dichiarativa della sentenza di divisione opera esclusivamente in riferimento all'effetto distributivo, per cui ciascun condividente è considerato titolare, sin dal momento dell'apertura della successione, dei soli beni concretamente assegnatigli e a condizione che si abbia una distribuzione dei beni comuni tra i condividenti e le porzioni a ciascuno attribuite siano proporzionali alle rispettive quote; non opera invece, e la sentenza produce effetti costitutivi, quando ad un condividente sono assegnati beni in eccedenza rispetto alla sua quota, in quanto rientranti nell'altrui quota»; Cass., 10.3.2015, n. 4730, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 14; Cass., 7.11.2017, n. 26351, *ivi*, 2017, voce *Successione ereditaria*, n. 214, per la quale anche «lo scioglimento della comunione ereditaria con assegnazione di un bene ad un condividente non è qualificabile come atto di alienazione e, quindi, non viola il relativo divieto imposto dal testatore, in quanto l'effetto "dichiarativo-retroattivo" della divisione rende ogni comproprietario titolare di quanto attribuitogli fin dall'epoca di apertura della successione». V. anche, infine, TOSCHI VESPASIANI, *Comunione ereditaria di immobile abusivo e natura giuridica della divisione*, in *Contr.*, 2007, 771, commento a T. Marsala, 14.12.2006; MAGLIULO, SGOBBO, SUPINO, *La divisione: profili sostanziali, processuali e tributari*, in *Giur. it.*, 2014, 1768; FORINA, *Scioglimento contrattuale della comunione ereditaria nei confronti di un solo coerede*, *ivi*, 1356, commento a Cass., 9.10.2013, n. 22977.

⁷ Secondo la nota espressione di BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 770, ciascuno si ritrova con «né più né meno di quello che aveva prima». È comunque fatta salva la possibilità di esperimento dell'azione revocatoria, poiché il contratto di divisione è «atto di disposizione del patrimonio astrattamente suscettibile, pur nella sua efficacia dichiarativa, di arrecare pregiudizio alla garanzia patrimoniale del debitore» con una «alterazione del patrimonio del debitore di tipo qualitativo, tale da rendere più difficoltosa l'aggressione dei suoi beni», all'uopo invece non rilevando il requisito della *scientia damni*, per la natura c.d. neutra della divisione medesima: cfr. T. Roma, 22.3.1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 128; e in *Notariato*, 1995, 53; LENOCI, *La divisione*, Torino, 2006, 103. V. anche A. Milano, 3.2.1999, in *Foro it.*, 2000, I, 2980; e T. Pisa, 13.12.2019, n. 1281, in *De Jure*.

⁸ V. AVERSANO, *Le comunioni e il retratto*, in *Globalizzazione e pluralità delle fonti giuridiche: un duplice approccio*. Liber discipulorum, a cura di Ziccardi Capaldo, Napoli, 2012, 361 ss.

fetti, indubitabilmente attestata dal dato normativo, conosce eccezioni che necessitano d'indagine e chiarimenti. Quanto poi alla natura dichiarativa o costitutiva della divisione, neanche l'ultima statuizione – in senso costitutivo – delle Sezioni Unite⁹ sembra a chi scrive risolutiva, e non tanto per una supposta difficoltà esegetica e ricostruttiva della regolamentazione di interesse.

Parrebbe, difatti, che fulcro della questione sia diventata piuttosto la configurabilità di una natura ibrida, ove un medesimo negozio è suscettibile di concentrare in sé effetti riconducibili ora alla dichiaratività ora alla costitutività, senza che un ordine manicheo possa presentare una qualche utilità o apportare all'interprete maggiori spunti conoscitivi. Cade, dunque, così come accaduto in ambito di negozio d'accertamento¹⁰, la fiducia nella netta contrapposizione fra categorie: fra giudizio e comando, rappresentazione e precetto, dichiarazione di scienza e dichiarazione di volontà¹¹.

La *torbida* natura della divisione si spiega, peraltro, con la difficoltà finanche di pervenire ad una definizione, nel senso di una chiara delimitazione, del contratto di cui si tratta, del quale non v'è aspetto che non sia stato messo in dubbio¹²: in termini di sinallagma e di corrispettività, di sua onerosità o gratuità, di plurilateralità *ex art.* 1420 c.c. La previsione di cui all'art. 764 c.c., inoltre, conduce all'esito paradossale di una definizione inferita, *a contrario*, dall'estensione o meno di un particolare regime di invalidità quale è la rescissione per lesione *ultra quartum*. Il rompicapo degli atti «diversi» ma «equiparati» rende altresì incerta la stessa individuazione del-

⁹ Cass., S.U., 7.10.2019, n. 25021, cit.

¹⁰ Una puntuale analisi del tema è offerta, da ultimo, da L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucazione*, Napoli, 2018, 13 ss.

¹¹ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli, 1994, 149 e 151: «orbene, secondo che il contenuto sia socialmente destinato solo a informare o chiarire (*docere*), ovvero a dettar norma o statuire (*iubere*), destinato, cioè, nell'un caso, a enunciare alcunché di esistente ovvero, nell'altro, a disporre un dover essere per il futuro, la dichiarazione dovrà qualificarsi come enunziativa o puramente rappresentativa, quando *docet*, o rispettivamente come dispositiva o precettiva o ordinativa, quando *iubet*. (...) All'infuori delle situazioni ora menzionate, il tenore letterale, per sé considerato, che la dichiarazione presenta, può anche essere quello di una dichiarazione rappresentativa (di scienza, come si usa dire); e ciò non ostante può darsi che, ove si guardi quanto vien dichiarato alla luce delle vedute sociali rispecchiate e fatte proprie dall'ordine giuridico, aderisca alla dichiarazione – in linea di coerente conclusione – una valutazione di dover essere per l'avvenire, che conduce (con una corretta interpretazione) a rinvenire in essa, sia pure implicito e non appariscente, un contenuto precettivo, e proprio il contenuto caratteristico del negozio giuridico».

¹² Cfr. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, cit., 89 ss., il quale sostiene onerosità e sinallagmaticità della divisione per l'interdipendenza dei reciproci vantaggi e riconoscimenti. «Se non che, pur essendo negozio bilaterale, dovrà considerarsi contratto plurilaterale anche quello che interviene fra due sole persone, purché le prestazioni di ciascuna di esse siano dirette al conseguimento di uno scopo comune, siano in altri termini moltiplicate solo quantitativamente, secondo il numero dei contraenti, ma qualitativamente identiche e comuni»: v. CASULLI, *Divisione ereditaria (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 44 e 54, secondo il quale la divisione è altresì «atto neutro», «non potendosi concepire una prestazione a carico del dividente che viene ad avere in concreto quanto gli spetta per legge e che già possiede in astratto» e dal momento che nessun dividente effettua «liberalità in favore degli altri, dovendosi assegnare a ciascuno in concreto una quota esattamente proporzionale, come valore, alla sua quota astratta sul patrimonio da dividere».

la causa e della funzione dell'atto¹³, alla ricerca di un equilibrio fra differenze e somiglianze di tipi contrattuali, diversi ma vicini, al fine di giustificare l'applicazione estensiva di una parte della disciplina codicistica, ma senza una chiara e preliminare definizione della portata di tale estensione.

Lo stesso ampliamento in senso oggettivo e soggettivo, riguardo ad una divisione che attenga o meno ai soli beni in comunione¹⁴, o che coinvolga o meno i soli soggetti partecipanti alla comunione medesima, inficia le certezze in termini definitivi e condiziona la risposta sulla natura del negozio. Per esempio, laddove il comunista sia assegnatario di un bene esorbitante dalla sua quota o addirittura estraneo alla comunione, si ritiene che non vi sia modo di negare la traslatività del contratto¹⁵. Il problema, allora, sarà di comprendere se si tratti ancora di divisione.

Si vede dunque come l'esesesi dell'art. 757 c.c. domini, peraltro con un ragionamento che rischia di rivelarsi fallace, l'intera logica del discorso.

¹³ Sulla funzione distributiva, cfr. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 78 ss. V. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, e AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporcionamiento nel negozio divisorio*, entrambi in *Contratto di divisione e autonomia privata*, Atti del Convegno Santa Margherita di Pula, Fortevillage, 30 e 31.5.2008, Milano, 2008, rispettivamente 8 ss. e 28 ss.

¹⁴ Cfr. TOTI, *Divisione in natura e proporzionalità quantitativa. Il ricorso a beni estranei alla comunione (artt. 720 e 728 c.c.)*, Milano, 2017, *passim*.

¹⁵ Cfr. già Cass., 18.10.1961, n. 2224, in *Foro it.*, 1962, I, 1549: «(...) il legislatore chiaramente definisce la divisione come negozio esclusivamente dichiarativo-retroattivo e, pertanto, ne nega la natura modificativa. Quindi, così come è concepita dal nostro legislatore, la divisione è un negozio di mero accertamento che vale soltanto ad eliminare la incertezza sui limiti di individuazione del diritto di ciascun compartecipe; essa non porta alcuna modificazione al rapporto reale preesistente. Conseguente che, ove in sede di divisione si verifici una divergenza dal rapporto reale preesistente, si verifici, cioè, che ad un compartecipe spettino beni non corrispondenti alla sua quota quale era fissata quantitativamente nel titolo costitutivo della comunione, il negozio viene ad assumere un contenuto modificativo del precedente rapporto, e, nei limiti della eccedenza della quota assegnata, opera un'attribuzione patrimoniale di non dubbio contenuto traslativo. È, pertanto, chiaro che (...) si decampa dal negozio di accertamento dichiarativo e si pone in essere un negozio che ha l'apparenza del negozio dichiarativo, ma la vera sostanza di un negozio traslativo (permuta)». V. inoltre Cass., 24.7.2000, n. 9659, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Divisione*, n. 13, secondo cui il principio di cui all'art. 757 c.c. opera «nei limiti in cui si abbia una distribuzione dei beni comuni tra i condividenti e le porzioni del complesso attribuite a ciascuno di essi siano proporzionali alle rispettive quote di partecipazione alla comunione, non anche ove all'uno dei condividenti venga assegnata, oltre a quella di sua pertinenza secondo il detto criterio, altresì la porzione corrispondente alla quota d'altro condividente in applicazione, nel caso particolare, dell'art. 720 c.c. In quest'ultima ipotesi, infatti, alla pronuncia stessa non può non riconoscersi effetto traslativo-costitutivo in relazione alla porzione dei beni comuni che il titolare della corrispondente quota sostanzialmente cede in cambio d'un equivalente in danaro». Trattandosi, dunque, di pronuncia traslativa-costitutiva con efficacia *ex nunc*, sia gli effetti reali sia quelli obbligatori conseguenti all'assegnazione ad uno dei condividenti di beni in eccedenza rispetto alla sua quota e rientranti nell'altrui quota si producono dal momento in cui la pronuncia medesima diviene definitiva o, comunque, esecutiva. Cfr. parimenti Cass., 29.4.2003, n. 6653, in *Riv. notariato*, 2004, 785; Cass., 10.2.2004, n. 2483, in *Arch. civ.*, 2004, 1449; e Cass., sez. trib., 15.6.2010, n. 14398, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Registro (imposta di)*, n. 100 («il principio dichiarativo comporta che ciascuno dei condividenti consegue, sotto altra veste, ciò che è già suo, senza che intervenga alcuna alienazione, realizzandosi solo una trasformazione dell'oggetto del diritto»).

2. La natura dichiarativa della divisione viene enunciata nel diritto intermedio per due ragioni molto pratiche: evitare di far pagare le tasse due volte (al momento dell'apertura della successione o della costituzione della comunione ordinaria e, successivamente, in sede di divisione); rendere inefficaci i diritti reali costituiti *manente comunione* da un condividente su beni poi assegnati ad altri consorti¹⁶.

Qualificata come mero atto ricognitivo, infatti, la divisione semplicemente dichiara il diritto parziario di ciascun coerede, già acquistato al momento dell'apertura della successione (*le mort saisit le vif*), così anche escludendo che il terzo creditore ipotecario possa far valere il suo diritto, dopo la divisione, «su ciascuna delle parti materiali assegnate ad ogni singolo condividente, nella proporzione della porzione ideale spettante in essa parte al comunista suo autore»¹⁷, nonché, in ipotesi, sulla metà del fondo aggiudicato per intero ad uno dei due condomini, benché non debitore. La soluzione risiede o nell'invitare il creditore ad intervenire nella divisione, e allora l'ipoteca si trasferirà sulla parte del fondo assegnato al consorte debitore o si realizzerà sul prezzo¹⁸, oppure nell'istituire direttamente il giudizio di divisione contro il creditore dell'altro comproprietario. Questi rimedi apparivano però inefficaci a fronte di un sistema – quale quello prenapoleonico – di ipoteche generali ed occulte, in cui le divisioni ereditarie erano suscettibili d'impugnazione da parte di creditori via via emergenti, che non potevano essere prima chiamati in giudizio semplicemente perché ignoti¹⁹.

¹⁶ Cfr. GROSSI, *op. cit.*, 415, il quale, dopo aver ricordato che, nel diritto feudale, i trasferimenti di proprietà ed ogni mutazione del fondo servente erano tassati con il laudemio (*profit de vente*), spesso corrispondente alla quinta parte del prezzo (*profit de quint*) o del valore della quota ereditaria (*le quint*; talora *le requint*, se pari al doppio del quinto), fa risalire la prima enunciazione della dichiaratività della divisione ad un *arrêt* del Parlamento di Parigi del novembre del 1538, a proposito dell'ipoteca consentita dal condomino. Sul tema, cfr. anche VITUCCI, *Comunione*, in *Nuovo Dig.*, III, Torino, 1938, 557; e BIONDI, *Comunione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 855. Con specifico riguardo alla costituzione da parte di uno dei condomini di usufrutto o pegno sulla sua quota, SEGRÈ, *Corso di diritto romano. La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, 1931, 90 ss.

¹⁷ Così GABBA, *op. cit.*, 1419, il quale aggiunge: «di qui necessità di ricorsi del condividente o dei condividenti convenuti, benché non debitori, contro il condividente debitore, per essere assistiti nella lite e poi per esser rimborsati. Ricorsi spesse volte illusori, e da non tentarsi neppure ove il debitore sia diventato insolubile». È questa altresì la soluzione offerta da Antistio Labeone, contro l'opinione del suo maestro Trebazio Testa (riferita da Bleso), secondo la quale l'usufrutto si concentrerebbe per l'intero, invece, sulla sola porzione reale assegnata al costituente, quale surrogato della quota *pro indiviso* che egli non ha più: cfr. SEGRÈ, *op. cit.*, 92; ID., *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *Riv. it. scienze giur.*, (6) 1888, 353 ss.

¹⁸ Cfr. T. Roma, 17.3.2003, inedita: «Ove il bene indiviso, gravato da ipoteca costituita sulla propria quota da uno dei partecipanti alla comunione, sia stato assegnato ad un compartecipe diverso da quello che aveva costituito l'ipoteca, questa viene meno ed al suo posto sorge, a favore del creditore, un diritto di pegno sul conguaglio dovuto al condividente debitore in luogo dei beni in natura. Conseguentemente il provvedimento di assegnazione in favore del diverso condividente deve contenere l'ordine di cancellazione dell'ipoteca».

¹⁹ Per il diritto romano, i diritti reali consentiti da uno dei coeredi sulla cosa indivisa pregiudicano gli altri condomini, i quali ricevono libera la loro quota nel solo caso in cui la divisione si sia fatta in contraddittorio dei terzi interessati: Cass. Torino, 20.6.1875, in *Giur. tor.*, 1875, 653. Così, fino a che la divisione non sia stata trascritta, le ipoteche che colpiscono i beni della comunione continuano a rimanere efficaci anche su

La dichiaratività della divisione non è, dunque, principio già espresso in diritto romano.

Le fonti romanistiche si limitano difatti ad assimilare la divisione, volta a volta, alla permuta o alla vendita, così da assicurarle tutela, rispettivamente, con l'azione *praescriptis verbis* o con quella *ex empto*. Non pare, peraltro, che tale diversa ed alternativa qualificazione dell'istituto derivi dalla materiale divisione dei beni con essa operata (divisione in natura) o, per converso, dalla realizzazione di una divisione c.d. "civile", per esempio con l'aggiudicazione di un bene per l'intero ad uno dei condividenti, condannato a liquidare i consorti per l'equivalente della porzione che sarebbe loro spettata²⁰. Certo è solo che si tratta di un contratto di scambio riguardante la quota ideale di cui ciascun condomino è proprietario sui beni attribuiti agli altri. Il condividente non ottiene dunque la proprietà dell'intero bene di cui egli è assegnatario, onde aggirare il divieto di acquisto di cosa già propria, bensì consegue la proprietà delle quote che idealmente ed aritmeticamente gli mancano al fine di conseguire il diritto integrale su un oggetto materiale²¹.

In ordine alla divisione giudiziale, tuttavia, il diritto romano, che conosceva più azioni divisorie connotate dalla combinazione di *adiudicatio* e *condemnatio*²², confe-

beni divisi: Cass. Torino, 10.8.1866, in *Gazz. proc.*, 1866, I, 245; e in *Gazz. trib. Gen.*, 1866, II, I, 194; A. Modena, 6.8.1871, in *Legge*, 1871, I, 859.

²⁰ Cfr. DEIANA, *op. ult. cit.*, 38 ss. V. altresì la definizione datane da DUMOULIN, *Commentarii in Parisienses Totius Galliae Supremi Parlamenti Consuetudines* (Francoforti ad Moenum, 1597, Tit. I *De fiefs*, § XXIII, n. 74): «*est enim divisio contractus mixtus participans de distractu et contractu et de permutatione et de venditione et tamen propriam et distinctam habet naturam*». Lo stato di incertezza riguardo all'esatta natura della divisione si rinviene negli stessi responsi di Papiniano, che la definisce quale *permutatio rerum discernens communionem* (*Pap.*, 8 resp. D.31,77,18) ovvero *quasi permutatio* (*Ulp.* 19 ad ed. D.10,2,20,3), mentre in altre fonti coeve essa non manca di essere assimilata alla compravendita (C.3,37,3 Imp. Alex. Sev., a. 222 e C.3,38,1 Imp. Anton., a. 211). V. RICCI, *Fondamento della massima, essere la divisione dichiarativa e non attributiva di proprietà*, in *Giorn. leggi*, (46) 1878, 361; e GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, VII, 1, Torino, 1937, 127. Non si deve peraltro dimenticare che, nel diritto romano, mancava l'idea di condominio siccome gruppo collettivo cui compete la proprietà: ciascun contitolare, difatti, serbava individualmente il suo diritto e ne esercitava in piena autonomia le facoltà divisibili *pro parte*, quali, a titolo esemplificativo, la percezione dei frutti, l'alienazione della quota o la costituzione di usufrutto su di essa. Non erano invece consentite al singolo condomino le facoltà indivisibili, le quali verrebbero ad esaurire l'altrui diritto, come l'alienazione di parti materiali e la costituzione di servitù prediali: cfr. BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, 293; e BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 2004, 348 ss.

²¹ RAMPONI, *Della comunione*, Napoli-Torino, 1922, 213 ss.

²² Le azioni divisorie comprendevano l'*actio familiae erciscundae*, per la comunione ereditaria, l'*actio communi dividundo*, per quella ordinaria, e l'*actio finium regundorum*, con cui si confermava o ridefiniva il vecchio confine: cfr. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, versione italiana, II, Venezia, 1824, 574; SALIS, *Sul carattere attributivo e traslativo ovvero dichiarativo e retroattivo delle divisioni*, in *Circ. giur.*, 1871, I, 121 ss.; SCIALOJA, *Diritto ereditario romano*, Lezioni redatte da Secchi e Biamonti, Roma, 1905, 404 ss.; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma, 1928, 652 ss.; SOLAZZI, «Societas» e «com-munio». (*A proposito di Gai. 3.154 a*), in *Id.*, *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 427 ss.; BURDESE, *Divisione (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 412; VOGLI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967, 733 ss.; DIAZ BIALET, «De finium regundorum». *C.Th.* 2, 25, 1-5, in *Studi in onore di Giuseppe*

riva al giudicante un'elevata discrezionalità, legittimandolo a procedere all'assegnazione nel modo che egli riteneva più conveniente, benché sempre in ossequio all'equità quale attributo essenziale e avuto altresì riguardo all'impossibilità o all'inopportunità di una divisione c.d. "in natura": la causa mirava allo scioglimento della comunione mediante la creazione di un dominio assoluto ed esclusivo su parti materiali, certe e geometriche dei beni interessati e la conseguente eliminazione della situazione di comproprietà.

La divisione non serviva, dunque, ad eliminare una situazione di incertezza, essendo connotata da un titolo giuridico che doveva essere univocamente dimostrato dai singoli condividenti e da un oggetto egualmente univoco, perché identificabile con la parte aliquota d'un corpo, quale dominio astratto e non definito solo materialmente. Il suo carattere attributivo traeva conferma dal fatto che, ad esito della divisione, sorgeva un diritto nuovo, così da far assumere all'aggiudicazione il ruolo di uno speciale modo derivativo (per successione) di acquisto della proprietà²³.

L'incertezza contraddistingueva, tutt'al più, l'*actio finium regundorum*, non rivolta alla divisione di cose comuni, bensì diretta all'individuazione dei termini, confusi, di due o più fondi di proprietari diversi. Il proprietario, però, poteva rivendicare il terreno usurpato dal vicino (*rei vindicatio*), onde ottenerne la restituzione, a fronte di un suo pacifico ed esclusivo diritto sul bene. Se lo riteneva conveniente, il giudice (*arbiter*) aveva inoltre il potere di spostare i confini, benché certi e riconosciuti, in luogo diverso, procedendo all'*adiudicatio* di una porzione di *praedium*, previo pagamento, da parte dell'assegnatario, di una somma di danaro alla controparte (*condemnatio*). All'aggiudicazione si ricorreva altresì in tutti i casi in cui i *fines* non fossero chiaramente riconoscibili²⁴.

Grosso, II, Torino, 1968, 539 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 706; STOLFI, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio*, II, Milano, 2001, 361 ss.; VINCI, *Un esempio di 'causa mixta' nelle azioni divisorie: prime riflessioni sulla costituzione di pegno/ipoteca su bene indiviso*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di Garofalo, II, Padova, 2011, 80 ss.; PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, 122 ss.; MÖLLER, *Il regolamento di confini*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di Cursi, II, Napoli, 2018, 449 ss.; GONZÁLEZ ROLDÁN, *Hereditas e interpretazione testamentaria in Nerazio*, Napoli, 2019, 81 ss.; VARVARO, *Alcune considerazioni sulla ricostruzione delle formule delle azioni divisorie*, in *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone*, a cura di D'Angelo, De Simone e Varvaro, Torino, 2019, specie 294 ss.

²³ Cfr. per tutti MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 315 s.

²⁴ Cfr. SALIS, *op. cit.*, 123. In POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, cit., 570-572, si legge, in ordine all'azione in esame, che con essa «si agirà non solamente per li Confini, cioè per lo spazio di cinque piedi, ma eziandio talvolta anche pel luogo, nel caso che l'una delle parti pretendesse che il suo vicino gli avesse usurpato qualche porzione di fondo e volesse farsela restituire. *Pe.* Se una inondazione cagionata dal ribocco di un fiume avesse confuso i Confini, e per conseguenza avesse dato occasione a qualcheuno di usurpare qualche porzione di terreno senz'averne il diritto, il Preside della provincia lo farà lasciare; l'obbligherà a restituire al proprietario ciò che gli appartiene; e comanderà che un agrimensore regoli i confini (...). Se dopo fatta la misura, e dopo esaminati i monumenti e gli altri documenti il giudice non può riconoscere chiaramente i confini, in tale caso è permesso al giudice della contestazione relativa ai confini,

Non si trattava, dunque, di una vera e propria divisione, perché non vi era alcuna comproprietà dei *praedia*, ma l'esigenza di definire l'estensione di singole proprietà aveva, di fatto, condotto all'elaborazione di un apparato rimediale comunque correlato all'aggiudicazione, ancorché realizzata a beneficio del fondo e solo indirettamente del suo titolare²⁵.

Questa stessa aggiudicazione, peraltro, presentava natura dichiarativa o costitutiva a seconda del grado di certezza delle indicazioni offerte in ordine all'ampiezza dei fondi: l'attribuzione di un diritto nuovo o la dichiarazione e l'accertamento di un diritto già esistente coesistevano, volta a volta, nel medesimo rimedio, delineando quella dicotomia che ancora oggi alimenta il dibattito sulla funzione della divisione²⁶.

3. Nel superare la concezione traslativa del diritto romano, una divisione dichiarativa sembrava offrire migliori soluzioni applicative, perché le alienazioni delle cose indivise e i pesi impostivi continuano a sussistere soltanto riguardo ai beni poi conferiti all'erede che ne è stato autore. Gli altri cespiti, invece, sono esenti e pervengono all'assegnatario nello stato in cui si trovavano all'apertura della successione o al momento della costituzione della comunione²⁷.

se non può fissare quali siano, di togliere la controversia mediante l'aggiudicazione. Ed anche nel caso che i confini fossero riconosciuti se, per togliere qualunque difficoltà in avvenire, il giudice vuole trasportare i confini in luogo diverso da quello ov'erano prima, potrà farlo mediante l'aggiudicazione e la condanna. Nel quale caso è necessario che sia ad una delle parti aggiudicata una porzione del predio dell'altra, e che sia condannato quello a cui fu aggiudicata, a pagare una certa somma in compensazione di quanto gli fu aggiudicato. Ma ei può togliere anche la controversia sulla proprietà di un solo luogo, aggiudicandolo per porzioni alle parti in proporzione del diritto di proprietà, che al giudice sembrasse che ciascheduna avesse sopra quel luogo. Queste aggiudicazioni si riguardano fatte al fondo, anziché alla persona che ne ha la proprietà». Fa riferimento ad una incertezza «oggettiva» e «soggettiva» SALARIS, *Azioni a difesa della proprietà*², in *Tratt. Rescigno*, VII, 1, Torino, 2005, 820 ss.

²⁵ L. RAMPONI, *op. cit.*, 231: «(...) la confusione dei confini non implica nessuna parziale comunione dei fondi, perché la separazione giuridica di questi sussiste malgrado la fisica indeterminatezza di quelli» e la dichiarazione del giudice retroagisce per tutto il tempo durante il quale l'incertezza è durata. In merito al «conflitto tra fondi» e al «conflitto tra titoli», v. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del «conflitto tra fondi»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 161 ss.

²⁶ V. ampiamente VINCI, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004, 293 ss. Cfr. altresì ID., *L'azione di regolamento di confini in America Latina. La coerenza del sistema giuridico latinoamericano ed il superamento dello 'snaturamento dommatico' dell'azione: gli esempi del Brasile e dell'Argentina*, in *Roma e America*, 2007, 31 ss.; ID., *'Demonstratio finium' e compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di Garofalo, 2, Padova, 2007, 411. Per MARRONE, *op. cit.*, 2004, 316, l'*adiudicatio* è costitutiva anche nell'*actio finium regundorum*, perché i confini che con essa il giudice stabiliva, «e quindi la situazione dei luoghi, venivano fissati in modo incontrovertibile».

²⁷ Cfr. MARCHESINI, *La teoria della retroattività delle leggi applicata alla divisione*, in ID., *Studi di diritto civile e penale*, Bologna, 1882, 238-240: «la legislazione francese, cui la nostra si è uniformata, non ha, propriamente parlando, mutata la natura della divisione, se non in quanto ha modificato gli effetti della successione ereditaria e l'indole del condominio che ne deriva. Essa ha reso risolubile il condominio dei coeredi, che

La comunione sembrerebbe dunque uno stato precario e per lo più transitorio, suscettibile d'essere superato ed eliso dalla divisione. La dichiaratività realizza questa elisione accertando situazioni giuridiche soggettive già esistenti senza operare un acquisto e una perdita di diritti: non v'è alcuna successione fra compartecipi, perché il coerede non è mai stato proprietario dei beni assegnati agli altri consorti.

Tale rilievo dà sufficiente conto della formulazione letterale dell'art. 757 c.c., nella parte in cui precisa che l'assegnatario non è semplicemente considerato proprietario dei beni acquistati fin dal momento dell'apertura della successione, bensì è reputato solo ed immediato successore del defunto in tutti i beni componenti la sua quota. Il dettato normativo non parrebbe allora predisporre un meccanismo di mera retroattività, diretto ad anticipare il momento dell'acquisto rispetto alla data di perfezionamento della divisione: al contrario, sembra essere *tout court* attestata la natura dichiarativa del negozio medesimo²⁸.

È pur vero che l'art. 521 c.c. si esprime analogamente («chi rinunzia all'eredità è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato») e la rubrica della norma dichiara una mera retroattività, in maniera speculare a quanto disposto riguardo all'accettazione dell'eredità *ex art.* 459 c.c.²⁹.

La retroattività della rinunzia non estingue le azioni possessorie o le altre azioni esperite dal chiamato, né priva d'efficacia gli atti di conservazione, di vigilanza e di amministrazione temporanea da questi compiuti ai sensi degli artt. 460 e 486 c.c., perché il rinunziante viene al riguardo *ex post* considerato un *negotiorum gestor*³⁰.

per diritto romano non fu mai un diritto risolubile, ma alienabile per via di permutazione o di vendita anche nella divisione medesima. Ecco perché la divisione era pei romani traslativa o attributiva di proprietà, ed è solamente dichiarativa pei francesi e pei loro imitatori (...). Tizio coerede che per diritto romano aveva un diritto assoluto sopra ciascun fondo ereditario in proporzione della sua quota di interessenza nella eredità dell'autore comune, diritti che nessuno potea togliergli senza il suo concorso, e ch'egli poteva vendere, ipotecare ed obbligare come meglio gli piacesse: per diritto francese invece non ha che un diritto eventuale, risolubile (...). Il condominio alienabile posseduto prima dai coeredi si convertirebbe in condominio risolubile. Le ipoteche, le servitù da alcuno di loro imposte sulla parte indivisa di uno ad altro fondo, si risolverebbero se quel fondo in divisione non gli toccasse e non solo le ipoteche e le servitù, ma la vendita stessa che egli della sua comproprietà avesse fatta, in nulla si risolverebbe, perché il fondo non gli è toccato». Più recentemente, torna sul tema VINCI, *Un esempio di 'causa mixta' nelle azioni divisorie: prime riflessioni sulla costituzione di pegno/ipoteca su bene indiviso*, cit., 93-94.

²⁸ Così DELANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, cit., 71.

²⁹ Secondo MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, 306, «la regola retroattiva altro non si presenta se non come un principio del nostro sistema successorio». Il passaggio è ripreso e sviluppato anche in ID., *La divisione. Effetti, garanzie, impugnative*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, 48 ss.

³⁰ Cfr. SCIARRINO, RUVOLO, *La rinunzia all'eredità*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2008, 215-216; PERLINGIERI, *Rinunzia all'eredità*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*², a cura di Calvo e Perlingieri, I, Napoli, 2013, 327 ss.; nonché, per un più attento coordinamento tra gli artt. 521 e 525 c.c., dal quale si fa discendere l'attribuzione alla rinunzia di una portata esclusivamente procedimentale e non sostantiva, BARBA, *La rinunzia all'eredità*, Milano, 2008, 22 ss.

Parimenti, rientra nell'ambito della gestione di affari la locazione o il comodato della cosa comune da parte di uno dei comproprietari senza la concorrente volontà degli altri comunisti³¹.

L'elisione della comunione opera dunque in ordine all'acquisto della titolarità dei beni assegnati e all'effetto distributivo – l'apporzionamento – proprio della divisione; non opera, invece, nel senso di cancellare completamente gli effetti della comunione ovvero al punto di modificare le situazioni giuridiche attive e passive eventualmente acquisite dal contitolare o dai terzi in costanza di comunione³².

³¹ Cfr. Cass., S.U., 4.7.2012, nn. 11135-11136, in *Imm. e propr.*, 2012, 527, con annotazioni di MONEGAT; in *Corriere giur.*, 2012, 1441, con commento di CARBONE, *Le Sezioni Unite sulla disciplina applicabile alla locazione della cosa comune da parte di uno dei comproprietari*; in *Corriere mer.*, 2013, 47, con commento di TRAVAGLINO, *La locazione di immobile da parte di un solo comproprietario*, la quale dirime il contrasto giurisprudenziale in merito all'alternativa configurabilità di un mandato disgiuntivo presunto ovvero di una gestione d'affari nell'interesse comune; e Cass., 10.9.2019, n. 22450 (ord.), in *C.E.D. Cassazione* 2019. Cfr. altresì PELLEGRINI, *Alienazione di quota indivisa dell'immobile locato e prelazione urbana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 647 ss., commento a Cass., S.U., 14.3.2007, n. 13886; CAPRA, *Comunione di diritti di proprietà industriale e prerogative del singolo comunista*, in *Riv. dir. industriale*, 2013, 57; CORDOPATRI, *Atto dispositivo del comunista e rappresentanza implicita*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 856; MAFFEIS, *Quando non dovrebbe essere applicato, e quando invece è prezioso, l'istituto della gestione di affari altrui*, in *Corriere giur.*, 2015, 1506, commento a Cass., 26.6.2015, n. 13203. Riguardo agli atti di amministrazione della cosa comune, cfr. Cass., 28.2.2017, n. 5014, in *C.E.D. Cassazione* 2017; e Cass., 4.7.2019, n. 1793, inedita. Infine, sulla concessione a terzi del diritto di installare sul lastrico solare impianti di trasmissione radiotelefonica, v. Cass., 29.3.2019, nn. 8943-8944 (ord.), in *Contr.*, 2019, 647, con commento di PAROLA, *La concessione del lastrico solare per l'installazione di impianti di radiotelefonica*; e in *Imm. e propr.*, 2019, 488, con commento di LAURINO, *La «concessione ad aedificandum» sul suolo comune: gli impianti di radiotelefonica alle Sezioni Unite*. Quanto alla legittimità della cessione gratuita od onerosa, da parte di un solo condomino, del godimento, anche a titolo di locazione, della cosa comune o di una quota ideale di questa (determinata nel suo contenuto con riferimento agli utili e ai frutti), hanno evidenziato che si tratta di atto di ordinaria amministrazione che si presume compiuto nell'interesse di tutti i comproprietari, salvo prova contraria, ed è dunque realizzabile anche senza l'espreso assenso degli altri condividenti Cass., 4.7.1953, n. 2102, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce *Comunione e condominio*, nn. 32-34; Cass., 29.5.1954, n. 1768, *ivi*, 1954, voce cit., nn. 26-27; Cass., 28.7.1956, n. 2916, e 9.10.1956, n. 3439, entrambe *ivi*, 1956, voce cit., nn. 40 e 23; Cass., 19.5.1962, n. 1133, *ivi*, 1962, voce cit., n. 37.

³² Cfr. DE CESARE, GAETA, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, 25; CAPRA, *op. cit.*, 98 ss.; nonché Cass., 2.4.1965, n. 575, in *Foro it.*, 1965, I, 1220, secondo cui la natura dichiarativa della divisione «non riguarda la locazione, giacché essa è un atto di amministrazione, e non di disposizione, della cosa comune» e il principio di dichiaratività rappresenterebbe «non solo una norma del tutto particolare, ma una vera finzione legale, giacché lo stato di indivisione, pur considerandosi a determinati effetti come non mai sorto, in realtà ha avuto esistenza giuridica, per cui gli atti di amministrazione delle cose comuni (...) non possono essere considerati inefficaci, sol perché i suddetti beni non siano assegnati nella divisione al condividente medesimo». Muovendo da identico apparato argomentativo, si è altresì sostenuto che la costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accensione, ai sensi dell'art. 934 c.c., di proprietà comune agli altri contitolari del suolo: cfr. Cass., S.U., 16.2.2018, n. 3873, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 847 e 895, con commenti di TORMEN, *Accessione e alterità soggettiva tra proprietario e costruttore: il chiarimento delle Sezioni Unite*; e di GUARNERI, *Costruzione su suolo comune senza il consenso dei comproprietari: accessione o comunione?*; in *Foro it.*, 2018, I, 1200, con commento di BONA, *Accessione, comunione e Verwirkung*; in *Giur. it.*, 2018, 2349, con commento di CICERO, *L'ac-*

La sospensione dell'usucapione o della prescrizione di diritto indivisibile quale la servitù, per esempio, è fatta salva anche qualora il bene sia poi assegnato a convivente diverso da colui a tutela del quale tale sospensione ha operato *ex art.* 2942 c.c.³³.

Inoltre, i frutti naturali della cosa comune, già separati al momento della divisione, confluiscono nella comunione e non competono all'assegnatario del bene che li ha prodotti³⁴, mentre i conviventi sono tenuti a reciproca garanzia per molestie ed evizioni derivanti da causa anteriore alla divisione, *ex artt.* 758-759 c.c.³⁵.

Le ultime menzionate sono eccezioni, invero, solo apparenti, che trovano spiegazione nell'esigenza di osservare l'apporzionamento e il valore proporzionale dei lotti, onde ristabilire l'eguaglianza e porre rimedio al disequilibrio economico che si è

cessione della costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune; in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1403, con commento di ABATANGELO, *Principio di accessione e comunione: un «ritorno al passato» da parte delle Sezioni Unite*; in *Notariato*, 2018, 287, con commento di CIMMINO, *Immobile edificato su suolo comune da uno solo dei comproprietari*; in *Dir. famiglia*, 2018, 466; in *Corriere giur.*, 2019, 191, con commento di CARBONE, *Per le Sezioni Unite l'accessione si applica anche al suolo comune*; in *Giur. it.*, 2019, 300, con commento di ZAN-CHI, *Altruismo del bene e applicabilità della disciplina sull'accessione*.

³³ V., per esempio, MORA, *Il contratto di divisione*, cit., 352-353, al quale «pare che la retroattività, essendo disposta in favore del solo convivente, non possa giovare anche al terzo possessore, le cui vicende restano comunque al di fuori degli interessi sottostanti all'effetto retroattivo della divisione». *Contra*, BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Vassalli*, XII, 5, Torino, 1980, 203.

³⁴ Cfr. per tutte Cass., 20.3.1991, n. 2975, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Divisione*, n. 23, secondo la quale «l'entità che (...) spetta sui frutti naturali prodotti e separati durante la comunione ereditaria non va collegata al criterio dell'efficacia retroattiva della divisione in forza del principio posto dall'art. 757 c.c., ma deve essere commisurata al rapporto di compartecipazione della predetta al complesso dei beni in comunione», e Cass., 10.2.2004, n. 2483, cit.: «gli interessi sul conguaglio, che sono di natura corrispettiva, decorrono soltanto dal momento in cui (...) è cessato lo stato di indivisione delle cose comuni, in pendenza del quale i frutti maturati fino al momento della divisione spettano ai comunisti in proporzione delle rispettive quote di partecipazione. Pertanto non è configurabile a favore del convivente non assegnatario il diritto agli interessi compensativi sul capitale – la cui corresponsione postula il mancato godimento dei frutti della cosa propria – atteso che anche nel caso in cui il bene sia assegnato a colui che durante la comunione ne aveva il possesso, gli altri conviventi – in quanto esclusi dal godimento – avranno diritto, per il periodo precedente il provvedimento di scioglimento della concessione, soltanto al rendiconto della gestione e alla corresponsione degli interessi corrispettivi sulle somme loro eventualmente dovute in relazione ai frutti maturati e non percepiti». V. altresì Cass., 5.3.1987, n. 2320, in *Nuova giur. comm.*, 1987, I, 456, con annotazioni di PADOVINI, che conferma come il principio di retroattività non operi per gli incrementi oggettivi dei beni ereditari, verificatisi in costanza di comunione, laddove i frutti maturati siano già separati al momento della divisione. *Contra* Cass., 16.3.1961, n. 590, in *Foro it.*, 1962, I, 558, per cui ciascun coerede ha diritto ai frutti dei beni compresi nella sua quota dalla data dell'inizio della comunione; difatti, in ragione del principio dichiarativo della divisione e della conseguente sua efficacia retroattiva, ciascun consorte, essendo reputato fin dal sorgere della comunione unico titolare dei beni componenti la quota a lui assegnata, ha diritto alla percezione di tutti i frutti che quei beni abbiano prodotto.

³⁵ Cfr. in particolare DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, 507 ss.

verificato. È la causa stessa della divisione, la quale non può essere contraddetta: lo scioglimento della comunione nel rispetto delle quote³⁶.

4. Con la divisione il diritto sulla quota ideale si trasforma in un diritto di proprietà esclusiva su uno o più beni materiali, equivalente al valore di tale medesima quota ideale. V'è da chiedersi, allora, se gli atti *manente comunione* restino ancorati all'oggetto e al diritto interessati al momento della loro realizzazione o se questi seguano, invece, l'evolversi della vicenda divisoria.

L'art. 1103 c.c. evidenzia come gli atti di disposizione non possano che attenersi al mero diritto sulla quota («ciascun partecipante può disporre del suo diritto ... nei limiti della sua quota»). La divisione, invece, ove successivamente intervenuta, rinvia la propria causa proprio nel superamento del disagio giuridico ed economico di un diritto condiviso. Di ciò già dava conto il previgente art. 679 c.c. del 1865, il quale disponeva che ciascun partecipante potesse «liberamente alienare, cedere o ipotecare» la propria quota, di cui, per l'appunto, aveva «piena proprietà», aggiungendo, però, che «l'effetto dell'alienazione o dell'ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione», così da delineare un diritto reale inerente più al soggetto che all'oggetto del negozio³⁷.

Potrebbe allora sostenersi che gli effetti della divisione operano, appunto, proprio come se la contitolarità non fosse mai esistita, anche se, più correttamente, sono gli atti *manente comunione*, a séguito dell'avvenuta divisione, a trasformarsi, a causa della costituzione di un diritto nuovo (sulla *pars quantà*) e per l'estinzione del diritto (sulla *pars quota*) che ha legittimato la disposizione. Se poi a questa trasformazione si attribuisce un'efficacia *ex tunc*, l'esito è evidentemente il medesimo di una contitolarità mai esistita.

La divisione specifica l'oggetto dell'atto di disposizione, economicamente già determinato: il diritto reale continua ad essere inerente all'oggetto, ma fino alla sua

³⁶ Il passaggio è puntualmente sintetizzato da Cass., 24.7.2000, n. 9659, cit., secondo la quale, «persino nell'ipotesi di pronunzia dichiarativa, per quanto possa operare la *fiction* della retroattività posta dall'art. 757 c.c. e lo stato d'indivisione debba considerarsi come non mai sorto, la comunione è stata, tuttavia, per tutto il tempo della sua durata, una realtà, di fatto e di diritto, per la quale si sono prodotti effetti materiali e giuridici la cui rilevanza non può essere pretermessa (...). Per il che è a tale realtà che deve farsi riferimento, al momento dell'adozione dei detti provvedimenti, onde regolare le situazioni accessorie quali la resa dei conti, i crediti da miglioramenti, la ripartizione dei frutti, la valutazione dei pesi gravanti su ciascun bene in forza di atti posti in essere durante lo stato di comunione». Si spiega così anche l'irrilevanza, in ambito divisionale, dell'errore quale vizio della volontà: cfr. FALZONE CALVISI, Sub art. 761 – *Annullamento per violenza o dolo*, in *Delle successioni*, a cura di Cuffaro e Delfini, III, cit., 321 ss.; ACHILLE, *Contratto di divisione ereditaria, rilevanza dell'errore e diritto di ritenzione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 252, commento ad A. Palermo, 17.5.2010; nonché CAPOZZI, *op. cit.*, 1349 ss., il quale evidenzia il diverso fondamento giustificativo dei rimedi *ex artt.* 762 e 763 c.c.

³⁷ Lo rileva con chiarezza VINCI, *Un esempio di 'causa mixta' nelle azioni divisorie: prime riflessioni sulla costituzione di pegno/ipoteca su bene indiviso*, cit., 93, secondo il quale «il paradosso è la 'personalizzazione' del diritto reale che segue non la *res*, ma la *persona*».

individuazione e funzionalmente a questa resta altresì inscindibilmente connesso al soggetto autore dell'atto di disposizione e partecipante alla divisione.

Proprio per questo, con l'art. 2825 c.c. la necessità di rendere inopponibili le ipoteche concesse da un condividente su beni poi assegnati ad altro comunista è soddisfatta con la c.d. surrogazione reale in favore del creditore ipotecario, la quale si estende altresì alle somme dovute in guisa di conguaglio al condividente debitore o sul danaro attribuitogli in luogo di beni in natura³⁸. A ciò si associ, ai sensi dell'art. 2646 c.c., l'introduzione dell'onere di trascrivere la divisione, seppur con effetti diversi da quelli previsti dall'art. 2644 c.c. (*prior in tempore potior in iure*) e ai fini della continuità delle trascrizioni *ex art.* 2650 c.c., nonché di trascrivere l'opposizione di cui all'art. 1113 c.c. Per inciso, la stessa predisposizione di siffatta disciplina *ad hoc ex art.* 2646 c.c. è ritenuta dalla dottrina indice, fra gli altri, dell'assenza d'effetti traslativi³⁹.

Il già richiamato art. 2825 c.c., inoltre, assicura al creditore ipotecario una tutela amplissima, che opera, con la surrogazione di cui sopra, non soltanto nell'ipotesi di costituzione di ipoteca sulla quota del debitore compartecipe, ma altresì laddove il diritto reale di garanzia sia fatto impropriamente gravare su un bene determinato

³⁸ Cfr. AND. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, Pisa, 2017, 52 ss.

³⁹ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*², Napoli, 1975, 293: «il negozio veramente retroattivo non è soggetto a trascrizione, giacché retroattività assoluta e pubblicità dichiarativa si escludono reciprocamente. Così la divisione, unico negozio con retroattività assoluta nel nostro ordinamento, deve essere trascritta, ma per effetti diversi». Una prima indicazione di tali effetti è offerta da AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice civile*, Napoli, 1990, 618-619, secondo il quale la trascrizione è indicata «perché la divisione possa spiegare gli effetti che le sono propri anche rispetto ai terzi che a qualunque titolo abbiano acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi, ché altrimenti la divisione si ha per essi come non avvenuta (art. 2644)». Secondo CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, 724-725, la trascrizione è qui richiesta «al più modesto fine della garanzia di coloro che, avendo acquistato diritti su bene da dividere da singoli partecipanti alla comunione, abbiano trascritto il titolo *prima* dell'atto di divisione o della domanda giudiziale, per modo che la divisione non ha effetti nei loro riguardi, ove essi non siano chiamati a intervenire (...) come aventi diritto su beni in essa compresi (...). Quindi, la trascrizione serve a far sapere quali terzi devono intervenire nell'atto o esser chiamati in giudizio». Così anche CASULLI, *op. cit.*, 44. Ma non mancano altri interpreti favorevoli ad attribuire alla trascrizione della divisione il compito di rafforzare l'inefficacia della stessa ove perfezionata in assenza di tutti coloro che dovrebbero validamente intervenire nella medesima: cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 25 s.; ID., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da Gabrielli e Gazzoni, I, 2, Torino, 2012, 237 s.; FERRI, ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*³, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1997, 220; ZACCARIA, TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*², Torino, 2008, 89 s.; FRANCESCA, *Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 21 ss.; TRIOLA, *Della tutela dei diritti: la trascrizione*³, in *Tratt. Bessone*, IX, Torino, 2012, 148 ss.; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2012, 108 ss.; SICLARI, *Spigolature in tema di trascrizione illegittima di domande giudiziali, divisione e collazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 599; Cass., 4.5.1985, n. 2800, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Trascrizione*, n. 10; Cass., 25.1.2000, n. 821, in *Giur. it.*, 2000, 1360 ss., e in *Vita notarile*, 2000, 300 ss.

della comunione, in un momento successivo assegnato, in sede di divisione, ad altro consorte non debitore. Onde soddisfare e conciliare le ragioni del creditore e dei comunisti terzi, dunque, la trasformazione e la specificazione dell'oggetto operano comunque, anche ad ulteriore discapito della realtà del diritto.

Non tutti gli atti di disposizione possono vantare una simile 'elastica resistenza' alla divisione.

In primo luogo, e anche *manente comunione*, la servitù concessa da uno dei comproprietari a carico del fondo servente indiviso non è costituita, ai sensi dell'art. 1059 c.c., se non quando pure gli altri consorti l'abbiano concessa. L'indivisibilità del diritto di servitù impedisce che questa possa essere frazionata per quota: poiché dunque l'atto di disposizione non può che riguardare l'intero, non è consentito prescindere dal consenso degli altri comunisti⁴⁰.

Qualora, invece, i condividenti abbiano costituito una servitù per destinazione del padre di famiglia, questa non è travolta dall'applicazione dell'art. 757 c.c., in ossequio al quale dovrebbe ritenersi che i fondi siano sempre appartenuti a proprietari diversi, e mai al medesimo⁴¹.

Parimenti, è inefficace l'alienazione di un bene determinato della comunione o di una sua quota ideale qualora, in sede di divisione, questo non sia assegnato all'a-

⁴⁰ Cfr. GROSSO, DEIANA, *Le servitù prediali*³, I, in *Tratt. Vassalli*, V, 1, Torino, 1963, 425 s.; BURDESE, *Servitù prediali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1974, 149 s.; BRANCA, *Delle servitù prediali*⁶, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987, p. 292 s.; COMPORTE, *Servitù (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 304 s.; NATUCCI, *Le servitù*, in GALLO, NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Tratt. Bessone*, VII, 2, Torino, 2001, 162 s.; TAMBURRINO, GRATTAGLIANO, *Le servitù*³, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 2002, 96 s.; nonché, per la prima manifestazione della regola già nel diritto romano (*ius prohibendi*), BONFANTE, *Il ius prohibendi nel condominio*, in *Id.*, *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino, 1926, 382 ss.; PETRUCCI, *op. cit.*, 123; EVANGELISTI, *Riflessioni sulla natura e l'evoluzione del ius prohibendi*, in *KOINONIA*, (41) 2017, 423 ss.; e, in giurisprudenza, Cass., 9.12.1982, n. 6724, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Servitù*, n. 8; Cass., 22.12.1986, n. 7840, *ivi*, 1986, voce *cit.*, n. 4, secondo cui «come le parti possono, con il contratto di divisione, manifestare volontà contraria al sorgere della servitù per destinazione del padre di famiglia a favore e, rispettivamente, a carico dei singoli cespiti componenti il compendio comune e che vengono a ciascuna assegnati, analogo potere è esercitabile dal giudice»; Cass., 16.8.2000, n. 10822, *ivi*, 2000, voce *cit.*, n. 34; Cass., 12.2.2016, n. 2853, in *Foro it.*, 2016, I, 1249 ss.

⁴¹ Cfr. DEIANA, *Destinazione del buon padre di famiglia (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 323 s.; BURDESE, *op. ult. cit.*, 154 s.; BRANCA, *op. ult. cit.*, 325 s.; COMPORTE, *op. cit.*, 306 s.; NATUCCI, *op. cit.*, 176; TAMBURRINO, GRATTAGLIANO, *op. cit.*, 344 s.; MORA, *La divisione. Funzione, natura, effetti, atti equiparati alla divisione*, in *Tratt. Bonilini*, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, 170; Cass., 29.7.1955, n. 2457, in *Giust. civ.*, 1956, I, 66, secondo cui, in ordine alla costituzione di tale servitù, deve aversi riguardo solo «alla situazione di fatto posta in essere o lasciata dall'unico proprietario o dai comproprietari realmente esistente al momento in cui uno dei fondi o parte dell'unico fondo passa a un diverso proprietario o in esclusiva proprietà di uno dei condividenti, non potendo, tale situazione di fatto, ritenersi successivamente modificata e capovolta, nel caso in cui la separazione dei fondi avvenga per scioglimento di una comunione, dalla divisione, che rappresenta un *posterius* e che inoltre ha effetti dichiarativi e retroattivi solo entro particolari e determinati limiti»; Cass., 7.3.2001, n. 3314, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, I, 571 ss., e in *Riv. notariato*, 2001, 1179 ss., con nota di MUSOLINO, *La costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia*; Cass., 17.5.2018, n. 12113, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Servitù*, n. 25.

lienante (vendita dell'esito divisionale)⁴²: l'efficacia reale è subordinata alla condizione sospensiva dell'attribuzione del bene, con effetto traslativo differito ed effetti obbligatori immediati⁴³.

⁴² La conclusione si era già imposta sotto il vigore del c.c. del 1865: cfr. Cass. Roma, 27.3.1877, in *Legge*, 1877, I, 305; A. Venezia, 13.12.1883, in *Temi veneta*, 1884, 568; Cass. Napoli, 18.3.1884, in *Temi romana*, 1884, 252; A. Palermo, 24.10.1885, in *Circ. giur.*, 1886, II, 93 ss.; Cass. Palermo, 20.8.1887, in *Legge*, 1888, I, 375; A. Milano, 18.7.1888, in *Monitore tribunali*, 1888, 809; Cass. Napoli, 23.11.1889, in *Gazz. proc.*, (XXIV) 1890-1891, 293; A. Roma, 30.12.1895, in *Temi romana*, 1896, 279; Cass. Napoli, 4.9.1897, in *Foro napoletano*, 1897, 269; Cass. Napoli, 16.2.1899, in *Giur. it.*, 1899, I, 1, 139; in *Foro napoletano*, 1899, 34; in *Dir. e giur.*, 1899, 352; A. Venezia, 20.4.1899, in *Temi veneta*, 1899, 394; Cass. Roma, 20.4.1900, in *Temi romana*, 1900, 485; e in *Corte supr. Roma*, 1900, II, 66; A. Bologna, 28.5.1907, in *Temi*, 1907, 510; Cass. Torino, 16.7.1909, in *Monitore tribunali*, 1910, 366; Cass. Roma, 5.11.1906, in *Giur. it.*, 1907, I, 1, 88; in *Foro it.*, 1907, I, 90; in *Pal. giust.*, 1907, 64; in *Legge*, 1906, 2302.

⁴³ Cfr. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, 47 ss.; BILOTTI, *Appunti sulla divisione testamentaria (artt. 734 e 735 c.c.)*, in *Riv. notariato*, 2002, 687; TEDESCO, *Sul litisconsorzio necessario nei giudizi divisorii riguardo ai creditori oppositori*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3258, commento a Cass., 4.4.2001, n. 4948; POLIMENO, *Approfondimento su alcune ipotesi di ipoteca su beni condominiali*, in *Riv. notariato*, 2005, 1533; RECINTO, *Vendita di quota indivisa e di bene comune da parte del coerede*, in *Notariato*, 2010, 431; FURGIUELE, *La donazione di cosa altrui. Note in tema di atto dispositivo e titolo astrattamente idoneo*, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2609, commento a Cass., 5.5.2009, n. 10356; PASTORE, *Donazione di quota di bene ereditario e donazione di cosa altrui*, in *Riv. notariato*, 2014, 1210, commento a Cass., 23.5.2014, n. 11545; MAZZARIOL, *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, Napoli, 2016, 52 ss.; ID., *La vendita del bene ereditario prima della divisione: conferme e distinguo dopo le Sezioni Unite*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 909, commento a Cass., 19.2.2019, n. 4831 (ord.); ID., *Comunione ereditaria e proprietà dei beni indivisi*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 762; LA PORTA, *Sulla donazione di «quota» su bene facente parte di più ampio compendio comune e la donazione di «cosa» altrui*, *ivi*, 2017, 97; CELLI, *La donazione di cosa altrui*, in *Riv. notariato*, 2017, 451; PALAZZO, *Donazioni e liberalità tra novità normative e stasi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1115; GALLELLI, *Divisione parziale dell'eredità consenso di tutti i coeredi*, in *Notariato*, 2017, 648, commento a Cass., 10.7.2017, n. 17021 (ord.); GIANOLA, *La donazione di bene altrui (e futuro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1596; ORLANDO, *La donazione di bene putativamente proprio e la donazione di bene in comunione ereditaria*, *ivi*, 2017, 1503; FORINA, *La donazione di quota indivisa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 349; BULLO, *Titolarità e legittimazione a disporre nelle comunioni «civilistiche»*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1455; CORRADI, *Legato di «quotina»: note sulla disposizione testamentaria avente ad oggetto un bene che fa parte di una più ampia massa comune*, in *Famiglia e dir.*, 2019, 412, commento a T. Brescia, 1.3.2018, n. 635; Cass., 13.7.1983, n. 4777, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1786, e in *Riv. notariato*, 1983, II, 1225; Cass., 10.3.1990, n. 1966, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Divisione*, n. 36, per la quale la cessione a terzi estranei di diritti su singoli immobili ereditari non comporta lo scioglimento neppure parziale della comunione ereditaria, «ma i diritti ceduti continuano a far parte della stessa comunione, restando l'acquisto del terzo subordinato all'avveramento della condizione che essi, in sede di divisione, siano assegnati al coerede che li abbia ceduti»; Cass., 30.10.1992, n. 11809, *ivi*, 1992, voce cit., n. 12; Cass., 9.4.1997, n. 3049, *ivi*, 1997, voce cit., n. 10; Cass., 22.4.2000, n. 5281, in *Giur. it.*, 2001, 1894, con commento di GANDIN, *Uno per tutti e tutti per uno: comunione di brevetto e istruzioni per l'uso di un precedente della Suprema Corte (ovvero: il – resistibile – fascino della disciplina codicistica)*; Cass., 1.7.2002, n. 9543, in *Foro it.*, 2004, I, 237, con commento di CHIAROLLA, *Comunione ereditaria e disciplina della circolazione dei beni ereditari*; Cass., 11.3.2004, n. 4965, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Vendita*, n. 58; Cass., 15.2.2007, n. 3385, *ivi*, 2007, voce *Divisione*, n. 11; Cass., S.U., 15.3.2016, n. 5068, in *Foro it.*, 2016, I, 2081, con commento di DE STEFANO, *Donazione di quota di bene indiviso: nulla per mancanza di causa?*, in *Famiglia e dir.*, 2016, 1050, con commento di AMBANELLI, *Donazione di bene indiviso, e donazione di bene altrui*; in *Nuo-*

Per converso, il principio della libera disponibilità della quota *ex art.* 1103 c.c. consente di attribuire, *manente comunione*, efficacia reale immediata all'alienazione della quota stessa (ma anche a parte di tale quota), a prescindere dal risultato del successivo apporzionamento. L'acquirente, in particolare, subentra nella medesima posizione giuridica del suo dante causa, il quale ultimo 'esce' dalla comunione e nemmeno avrà più titolo per partecipare o intervenire alla divisione.

Pare invero d'interesse soffermarsi sulle ragioni dell'inefficacia dell'alienazione di un bene determinato della comunione o di una quota ideale di tale bene, qualora, in sede divisionale, questo non sia assegnato all'alienante.

Nell'ipotesi di alienazione di un bene determinato della comunione, si è soliti richiamare gli artt. 1478 e 1480 c.c., con esiti però insoddisfacenti e difficilmente conciliabili con la stessa affermazione della natura dichiarativa o costitutiva della divisione.

Un inquadramento in termini di vendita di cosa altrui attribuisce al negozio un'efficacia meramente obbligatoria: il compratore diventa proprietario soltanto se e quando la divisione si realizza favorevolmente, nel senso dell'acquisto, in capo al venditore, di un diritto esclusivo su quel bene determinato.

A differenza della già menzionata vendita dell'esito divisionale, sospensivamente condizionata, si dovrebbe dunque qui individuare un obbligo di «procurare l'acquisto al compratore», ai sensi degli artt. 1476, n. 2, e 1478, 1° co., c.c. e all'esito dell'interpretazione della «comune intenzione» delle parti al momento della conclusione del contratto.

Non si tratta di una differenza marginale: la vendita dell'esito divisionale è realizzata *a domino* grazie alla retroattività del meccanismo condizionale, mentre il negozio di cui all'art. 1478 c.c. è tale proprio perché compiuto da colui che proprietario non è e presuppone, dunque, riferito alla materia oggetto della presente analisi, la completa estraneità del compartecipe alla titolarità del bene in comunione e compravenduto. Negata, tuttavia, la stessa esistenza del diritto del consorte *manente comunione* (assenza di diritto), resterebbe da decidere a chi spetti la proprietà di quel bene «altrui».

va giur. comm., 2016, 1020, con commento di BALLERINI, *La donazione (dispositiva) di bene altrui è nulla: così le Sezioni Unite*; in *Notariato*, 2016, 242, con commento di PIRONE, *L'intervento delle Sezioni Unite sulla donazione di quota di un bene facente parte di una massa comune*; in *Dir. succ. fam.*, 2017, 187, con commento di ROMAGNO, *La legittimazione del coerede a disporre di singoli beni ereditari. Brevi riflessioni a margine della recente decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 5068 del 2016*; in *Rass. dir. civ.*, 2017, 759, con commento di AMADIO, *Coeredità e atti di disposizione della quota*; in *Riv. dir. econom. trasp. amb.*, 2017, 103, con commento di ALLOTTA, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla donazione di cosa altrui: riflessioni a margine di Cassazione 15 marzo 2016 n. 5068*; in *Notariato*, 2017, 250, con commento di PASTORE, *Ancora su donazione di cosa altrui e donazione di quota di un bene ereditario*; Cass., 23.2.2018, n. 4428, in *Riv. notariato*, 2018, 757, con commento di TORRONI, *La Cassazione torna sull'alienazione della quotina. Alla ricerca della ratio della qualifica giurisprudenziale come alienazione dell'esito divisionale e di soluzioni di tecnica contrattuale*.

Peraltro, mentre nel caso di vendita dell'esito divisionale il trasferimento della proprietà si realizza, in virtù della retroattività descritta, al momento dell'atto di disposizione stesso, il meccanismo delineato dal primo capoverso dell'art. 1478 c.c. parrebbe ricondurre tale trasferimento ad un momento addirittura anteriore al negozio medesimo, corrispondente all'apertura della successione o alla costituzione della comunione ordinaria.

Disponendo che «il compratore diventa proprietario *nel momento in cui* il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa», l'art. 1478 c.c. sembrerebbe accordare all'acquisto del compratore la medesima retroattività di quello del venditore *ex art. 757 c.c.*, riportando alla successione, normativamente imposta senza soluzione di continuità, fra *de cuius* e coerede. Per converso, il trasferimento della proprietà nell'ipotesi 'ordinaria', fuori comunione, della vendita di cosa altrui non contempla un meccanismo né di semplice retroazione né, tantomeno, di siffatta ultra-retroazione dell'acquisto.

Se dunque si assume che la divisione abbia natura dichiarativa, così da considerare la contitolarità come mai esistita, il bene potrà essere qualificato come «altrui» esclusivamente laddove la divisione non venga realizzata o qualora la cosa sia assegnata ad altro compartecipe: in questo ordine di ipotesi, però, la compravendita *ex art. 1478 c.c.* non produrrà i suoi effetti. Per contro, qualora la divisione si compia favorevolmente, la compravendita realizzerà sì i suoi effetti, ma la cosa non sarà mai stata «altrui» e l'art. 1478 c.c. non potrà ritenersi direttamente applicabile alla fattispecie.

Anche una concezione della divisione in senso modificativo-costitutivo parrebbe però sfavorevole al richiamo della norma appena citata. Accordare allo scioglimento della comunione effetti estintivi, traslativi ed attributivi mal si coniuga, difatti, con una idea di altruità e di completa estraneità del bene, *manente communione*, rispetto a ciascun consorte, a meno che non s'intenda prendere le mosse da una qualificazione della comunione che, disattendendo l'idea prevalente secondo cui essa integrebbe un diritto unitario, esteso su tutto il bene e su tutti i beni in comunione, ancorché limitato alla misura della quota dal concorrente diritto degli altri consorti, non esiti a considerarla frazionabile in tanti diritti di proprietà esclusiva sulla quota stessa quanti sono i comproprietari⁴⁴.

⁴⁴ È la vecchia concezione della comunione come proprietà plurima parziaria espressa da POTHIER, *Traité du droit de domaine et de propriété*, in *Oeuvres complètes de Pothier*, Paris, 1830, 145 ss. Cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 432 ss., il quale definisce la comunione come l'insieme di più proprietà concettualmente uguali nella loro essenza ma limitate nel loro esercizio per la concorrenza delle altre proprietà. Per una puntuale indicazione delle ragioni che inducono a superare tale concezione e a ricondurre la comunione entro i confini di un'unitaria situazione giuridica soggettiva è sufficiente rinviare a PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Id.*, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 156 ss., spec. 165; e in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, 1947-1957, Milano, 2010, 900 ss., spec. 917, secondo cui si assiste alla contemporanea titolarità del diritto sulla medesima cosa in capo a più persone e alla pluralità di soggetti corrisponde dunque l'unitarietà della situazione giuridica soggettiva di riferimento, perché «affermando che il potere del condomino è *minore* di quello del proprie-

Una siffatta ricostruzione della comunione, tuttavia, mal si concilia con il costante orientamento favorevole all'usucapione della quota di un bene comune ad opera del comproprietario che abbia, per il tempo previsto dalla legge, esercitato un potere di fatto sul bene in termini di esclusività⁴⁵.

tario unico, si esprime in termini di quantità una differenza che si lascia intuire come qualitativa»; NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*², I, Milano, 1976, 177 ss., secondo cui la comunione è una nuova forma di proprietà collettiva; nonché, per un richiamo alla pluralità di quote ideali di proprietà sulla cosa: CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*², in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLII, Milano, 1961, 289 ss.; ID., *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo Codice Civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, 1 ss., spec. 7 (da cui la successiva citazione), e in ID., *Scritti minori*, II, Milano, 1965, 209 ss., spec. 216, secondo il quale anche il diritto del condomino, come il diritto del proprietario, «ha per contenuto tutte le possibili utilità della cosa. Il concorso del diritto di altro condomino limita solo quantitativamente, non qualitativamente il diritto del primo, e ne è limitato. Come la natura della proprietà non vien meno per il concorso sulla cosa di un diritto reale limitato, così a maggior ragione per il concorrere di un pari diritto di proprietà, che a sua volta ne resta limitato, ma non snaturato». V. altresì ALPINI, *Regresso e surrogazione. Rimedi non alternativi*, Napoli, 2014, 114: «la contitolarità rappresenta il legame tra una pluralità di titolari e una situazione soggettiva e si traduce nella disciplina della coesistenza di più poteri, facoltà etc. concorrenti e di identico contenuto». Infine, «la quota non è oggetto di un diritto di proprietà, ma solo la misura ed il parametro di alcune delle facoltà del comproprietario» per GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1990, 260. Sul tema, cfr. ancora BUSNELLI, *Comunione ereditaria*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 277; GUALAZZINI, *Comunione (diritto intermedio)*, *ivi*, 240; GUARINO, *Comunione (premesse generali e diritto romano)*, *ivi*, 246; ID., *Comunione (diritto civile)*, *ivi*, 251; COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, 268 ss.; PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, 51 ss.; FAVALE, *La comunione ordinaria*, Milano, 1997, 185 ss.; DINACCI, *Natura del fondo comune e vincolo di destinazione allo scopo*, in *Domenico Rubino*, a cura di Perlingieri e Polidori, II, Napoli, 2009, 57 ss.; GIUSTI, *La comunione*, in *Successioni, donazioni, beni*, a cura di Baralis, Francario, Furguele, Giusti, Masi, Palermo e Scozzafava, II, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, 258; TOMMASINI, *La quota di possesso a non domino. Alla radice della giuridicità del compossesso*, Milano, 2012, 22 ss.; CERVALE, *La proprietà «plurale»: un itinerario tra condominio e multiproprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 358; e, sui contenuti e l'oggetto del diritto di proprietà, ADDIS, *Sui limiti verticali della proprietà fondiaria*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di Pagliantini, Quadri e Sinesio, I, Milano, 2008, 19; e ID., *Valore economico della garanzia ipotecaria tra suddivisione e frazionamento*, in *Pers. merc.*, 2015, I, 76; e in *Scritti in memoria di Michele Costantino*, a cura di Macario, Addante e Costantino, I, Napoli, 2019, 21.

⁴⁵ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Possesso e usucapione nella comunione*, in ID., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, 235; e in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, a cura di Carpino, Napoli, 1989, 1009; ZORTEA, *Possesso di quota indivisa*, in *Giur. di Merito*, 2001, 1188; PATTI, *L'usucapione del coerede*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., 125 ss.; Cass., 13.2.1967, n. 358, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Usucapione*, n. 14; Cass., 23.10.1990, n. 10294, in *Arch. loc.*, 1991, 300 ss., e in *Arch. civ.*, 1991, 302 ss.; Cass., 8.6.1994, n. 5559, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 8; Cass., 25.11.1995, n. 12231, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Comunione e condominio*, n. 96; Cass., 26.5.1999, n. 5127, in *Riv. giur. edilizia*, 1999, I, 963; Cass., 14.6.2000, n. 8122, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Usucapione*, n. 13; Cass., 20.8.2002, n. 12260, in *Riv. notariato*, 2004, 141 ss.; Cass., 11.8.2005, n. 16841, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Usucapione*, n. 16; Cass., 28.4.2006, n. 9903, *ivi*, 2006, voce *Usucapione*, n. 19; Cass., 20.9.2007, n. 19478, in *Foro it.*, 2008, I, 1160; Cass., 25.3.2009, n. 7221, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Usucapione*, n. 14; Cass., 23.7.2010, n. 17322, *ivi*, 2010, voce *Comunione e condominio*, n. 148; Cass., 10.11.2011, n. 23539, *ivi*, 2011, voce *Usucapione*, n. 14; Cass., 6.12.2011, n. 26241, *ivi*, 2011, voce *Usucapione*, n. 30; Cass., 20.9.2012, n. 15845, in *Foro it.*, 2013, I, 582; Cass., 31.8.2015, n. 17321, in *Dir. e*

Per consentire tale conclusione, infatti, si esclude che il comproprietario debba esercitare una vera e propria interversione del titolo del possesso mediante comportamento oppositivo, essendo sufficiente la prova del fatto di aver goduto del bene medesimo in modo inconciliabile, apertamente contrastante ed inoppugnabilmente incompatibile con la possibilità di godimento altrui, così da dar conto dell'inequivoca volontà di possedere *uti dominus* e non più *uti condominus*.

Consentire l'usucapione della quota di un bene comune – sul presupposto, evidentemente, dell'altruità e della individuabilità della quota medesima – richiede quantomeno un coordinamento in ordine all'applicabilità o meno dell'art. 1480 c.c. all'alienazione di un bene determinato della comunione, nonché riguardo alla disciplina dell'efficacia dell'alienazione di una quota ideale di un bene comune⁴⁶.

In prima battuta, oltre a quanto già rilevato rispetto alla vendita di cosa altrui, è possibile considerare che il terzo potrebbe ottenere l'immediato trasferimento della titolarità della parte già di proprietà dell'alienante, con una circoscritta efficacia reale del negozio considerato. Dall'eventuale assegnazione in sede divisionale perverrebbe, invece, il trasferimento della proprietà della parte residua, come da effetti obbligatori della compravendita di bene altrui. Alle perplessità già sopra manifestate si aggiunge qui la considerazione secondo cui il trasferimento delle 'parti' di proprietà si realizzerebbe – con esiti paradossali – a decorrere da momenti diversi: dalla compravendita per la quota dell'alienante, dalla instaurazione della comunione per le quote altrui, secondo il ventilato meccanismo, di cui sopra, della ultra-retroattività.

Per converso, l'immediata efficacia reale dell'alienazione della quota del bene di cui è titolare il disponente può più opportunamente coniugarsi – senza il rilevato sfalsamento temporale in punto di acquisto della proprietà – con gli effetti obbligatori della vendita dell'esito divisionale.

L'inefficacia dell'alienazione di quota ideale di un bene determinato della comunione, laddove questa non rappresenti l'intera quota di cui sia titolare il consorte e qualora il bene non sia assegnato al venditore in sede divisionale, può rinvenire spiegazione soltanto nella natura del diritto di cui il comproprietario è titolare.

giustizia, 31, 2015, 6, con commento di ACHILLE, *Azione di rivendicazione e azione di restituzione: la Cassazione chiarisce il discrimen*; Cass., 14.6.2018, n. 15619, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Usucapione*, n. 20; Cass., 9.9.2019, n. 22444, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 1323. In particolare, come la proprietà e gli altri diritti reali possono spettare a una sola o anche a più persone in comune, così il possesso può consistere nell'esercizio di fatto delle facoltà che competono all'unico titolare oppure al contitolare di quei diritti e portare, in tale ultimo caso, ricorrendone le condizioni, al loro acquisto per usucapione *pro quota*, secondo Cass., 1.10.1997, n. 9557, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 10. Non sussiste peraltro un'ipotesi di litisconsorzio necessario nel caso in cui l'usucapione abbia ad oggetto un immobile del quale più persone siano proprietarie in ragione di quote fisicamente bene individuate, non potendo in tal caso la pronuncia resa nei confronti di uno solo dei proprietari ritenersi *inutiliter data*: così Cass., 18.2.1995, n. 1800, *ivi*, 1995, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 15; e Cass., 29.12.2011, n. 29792, *ivi*, 2012, voce *Usucapione*, n. 10.

⁴⁶ Cfr. FILOGRANO, *Quota e bene comune nella comunione ordinaria*, Napoli, 2011, 146 ss.

Le soluzioni ispirate all'immediatezza dell'effetto traslativo anche nell'ipotesi di alienazione di una quota di un determinato bene (la c.d. «quotina») – e non solo nel caso di alienazione della quota o di una frazione della quota quale misura del diritto di proprietà del consorte sulla totalità dei beni – non sono invalse in giurisprudenza e a ciò non basta addurre il moltiplicarsi delle comunioni e la maggiore difficoltà della divisione, se acquirente è un terzo, quali fattori deterrenti.

Siffatta limitazione del potere di disporre del proprio patrimonio può solo motivarsi, difatti, con l'inesistenza stessa del diritto di cui si vorrebbe disporre: ovvero con l'insussistenza, in capo a ciascun dividendo, della titolarità esclusiva di una parte, benché astratta, del bene, proporzionalmente corrispondente alla misura (alla quota) del suo diritto di proprietà su tutti i beni in comunione⁴⁷.

È un diritto che non attiene al singolo bene fino al momento della divisione. E il bene, fino a quel momento, par'essere di tutti e di nessuno.

Riguardo però all'usucapione del bene comune *ex artt.* 714 e 1102 c.c., è necessario sottrarre idealmente la parte del bene già riconducibile alla quota del consorte che usucapisce, affinché possa mantenersi fermo il requisito dell'altruità. Il possesso, rilevante ai fini dell'usucapione medesima, non può che riguardare il bene o una parte del bene: in quest'ultimo caso, dovrà poi proporzionalmente risalirsi alla proprietà la cui titolarità è stata acquisita per la quota corrispondente.

La possibilità di frazionare e di individuare, ai fini dell'usucapione, singole proprietà concorrenti su un bene determinato della comunione pare contraddire la teorica dell'efficacia meramente obbligatoria dell'alienazione della c.d. «quotina». Siffatta contraddizione è però solo apparente: oggetto di possesso può essere unicamente il bene, per il tramite di un'estensione del potere di fatto su quest'ultimo, mai la quota⁴⁸. Grazie all'esercizio di tale potere su un bene fisicamente determinato o su una sua porzione materiale e in maniera inconciliabile con la comproprietà si perviene, dunque, ad un acquisto *uti dominus* e alla fuoriuscita del cespite dalla situazione di contitolarità. Solo in un momento successivo si tornerà a ragionare a livello di quota: essendosi ridotta la massa della comunione e ferme restando in termini percentuali le quote dei dividendi, bisognerà ricalcolare la quantità di beni necessari e sufficienti a comporre e a soddisfarle.

⁴⁷ Cfr. Cass., 16.8.1990, n. 8315, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Comunione e condominio*, n. 30: «l'alienazione che il comproprietario faccia del suo diritto determina l'ingresso dell'acquirente nella comunione soltanto nel caso in cui l'alienazione riguardi la quota o una frazione di questa, con la conseguenza che l'acquirente quale successore a titolo particolare dell'alienante è legittimato a domandare lo scioglimento della comunione a norma dell'art. 1111 c.c. nell'assunta qualità di partecipante. Qualora, invece, il comproprietario disponga di un singolo bene, o di una frazione di esso, tra quelli compresi nella comunione, l'alienazione ha efficacia non reale, bensì solo obbligatoria, con la conseguenza che della comunione continua a far parte il disponente, il quale resta pertanto titolare dell'azione di cui all'art. 1111 c.c., potendo l'avente causa soltanto avvalersi dei diritti accordatigli dall'art. 1113 c.c.».

⁴⁸ Cfr. Cass., 12.10.2016, n. 20565, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Usucapione*, n. 13: l'esercizio del possesso *ad usucapionem* «non è configurabile in modo diverso su quote ideali indivise dello stesso bene».

È solo in questo senso, dunque, che la giurisprudenza riconosce la possibilità, per il consorte, di «usucapire la quota degli altri»; financo di acquistare per usucapione «la quota di uno soltanto degli altri eredi»⁴⁹.

Nell'usucapione come nella divisione è insita l'idea della specificazione del bene, della sua materiale individuazione. Mentre con la prima da un potere di fatto si perviene al diritto (benché pieno e non più misurato e limitato dalla quota), con la seconda si realizza, da un diritto soltanto ideale, l'apprensione materiale e giuridica del bene. Come detto, peraltro, l'usucapione impedisce la divisione, che per il bene usucapito naturalmente non potrà più operare, e ne contrasta la stessa retroattività⁵⁰.

Al condividente o al terzo, dunque, non è in ipotesi consentito d'acquistare con efficacia reale la proprietà del bene o della parte di bene in comunione, perché non esiste in capo al singolo consorte il diritto corrispondente e a ciò atto; gli è però possibile acquistarla per usucapione a titolo originario.

Coerentemente, la giurisprudenza esclude che la divisione si traduca in un'alienazione o in una reciproca cessione di quote fra condividenti. Per converso, la divisione opererebbe una vera e propria trasformazione dell'oggetto «del diritto di ciascuno, da diritto sulla quota ideale a diritto su un bene determinato»⁵¹.

⁴⁹ «(...) nel caso in cui il coerede abbia posseduto *animo domini* detto compendio, in modo incompatibile con la possibilità di godimento di uno o di alcuni soltanto degli altri partecipanti alla comunione, fermo restando il compossesso dei restanti coeredi, limitatamente alle rispettive quote»: così Cass., 13.10.1975, n. 3282, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Usucapione*, n. 4. V. anche Cass., 20.5.2008, n. 12775, *ivi*, 2008, voce cit., n. 14, la quale ha ritenuto acquistata per usucapione la proprietà di una quota di un edificio in comunione, ricostruito a seguito di perimento totale, da parte dei soli comproprietari che, fin dalla edificazione della nuova costruzione, avevano occupato interamente i tre piani del palazzo, nel totale disinteresse dell'altro comunista.

⁵⁰ Cfr. Cass., 13.6.2018, n. 15504, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Usucapione*, n. 24: «il compartecipe, il quale si ritenga proprietario per usucapione di un bene in comunione, non può iniziare il giudizio di divisione e, qualora sia stato in questo convenuto (...), deve fare valere l'avvenuta usucapione in tale giudizio poiché la divisione, accertando i diritti delle parti sul presupposto di una comunione di beni indivisi, presuppone il riconoscimento dell'appartenenza delle cose in comunione; ove egli, al contrario, non contesti il diritto alla divisione di quel determinato cespite o resti contumace, non può opporre successivamente l'usucapione al condividente cui detto bene sia stato assegnato o al terzo aggiudicatario dello stesso in seguito a vendita all'incanto, salvo che non possa impugnare la divisione contestandone il presupposto e deducendo un titolo di possesso diverso da ogni altro che possa derivargli dalla disciolta comunione».

⁵¹ Così Cass., 15.4.1987, n. 3724, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Appello civile*, n. 11; Cass., 25.10.2005, n. 20645, *ivi*, 2005, voce *Divisione*, n. 10 (laddove «uno dei condividenti non sia, in realtà, titolare del diritto oggetto della comunione, il relativo negozio divisionale non è semplicemente annullabile per errore, bensì è nullo per difetto di causa, individuabile nello scopo di ottenere lo scioglimento della comunione»); e Cass., 28.5.2020, n. 10067, *ivi*, 2020, voce *Comunione e condominio*, n. 75 (ai fini della prova della proprietà, peraltro, non è «sufficiente un atto di divisione, che, per il suo carattere dichiarativo e non costitutivo di diritti, non ha di per sé solo forza probante nei confronti dei terzi del diritto di proprietà attribuito ai condividenti, occorrendo dimostrare il titolo di acquisto della comunione, in base al quale il bene è stato attribuito in sede di divisione»). Riguardo all'ineidoneità a fornire la prova della proprietà, cfr. altresì Cass., 13.4.1987, n. 3669, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 9; Cass., 18.5.1994, n. 4828,

Si trasforma nell'oggetto, dunque, il diritto di proprietà sulla quota: è un diritto di proprietà piena ed esclusiva di cui, s'è visto, il consorte può liberamente disporre. L'esito di tale disposizione è una successione nella comunione, con ripercussioni sul momento divisorio riguardo, eventualmente, all'identità dei partecipanti, al numero di costoro o all'entità della quota di cui sono titolari⁵². Grazie all'alienazione della quota, la comunione si scioglie riguardo al venditore, con effetti dunque estintivi, ma a mancare però è la distribuzione propria dell'apporzionamento, che invece è peculiarità della divisione e richiede l'assenso di tutti i consorti.

Il diritto di comproprietà sui beni in comunione, invece, con la distribuzione e con l'attribuzione si specifica e si determina; è un diritto di proprietà limitato, non una proprietà frazionata, su tutti i beni e su ciascun singolo bene. Il condividente può disporre con efficacia reale non liberamente, bensì in subordine al consenso di tutti gli altri contitolari. Il vincolo dell'altrui consenso si spiega con un'interferenza nel merito del meccanismo divisorio ed, in ipotesi, con l'anticipazione – insita nell'eventuale alienazione – della volontà divisoria di matrice contrattuale. La disposizione della «quotina», difatti, attiene al singolo bene, è *reale*: si è già discesi nella fase 'specificatoria', caratteristica della divisione e non ancora della comunione.

La divisione è funzionale a sciogliere la limitazione della comproprietà e a frazionare un diritto altrimenti non suscettibile di partizione.

L'impossibilità di un'efficacia traslativa immediata non dipende dalla sussistenza di una condizione – l'assegnazione al cedente in sede divisionale – al cui avveramento sia subordinato il trasferimento del diritto. Dipende, invece, dalla natura del di-

ivi, 1994, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 4; nonché Cass., 24.6.1974, n. 1901, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1378, secondo cui «se ciò è esatto nei confronti dei terzi estranei alla divisione, nel caso, invece, che la controversia sorga tra i condividenti (o i loro aventi causa) deve pervenirsi a diversa conclusione, non già perché ricorra tra loro quella traslazione che è esclusa dalla natura dell'atto divisionale, bensì perché la divisione, accertando i diritti delle parti nel presupposto di una comunione dei beni divisi, presuppone l'appartenenza dei beni alla comunione». La natura dichiarativa della divisione impedisce, peraltro, che da questa si possa acquistare la proprietà per usucapione decennale (per la quale si richiede, invece, come titolo astrattamente idoneo all'acquisto della proprietà, un atto traslativo *a non domino* a titolo particolare): v. Cass., 21.3.1983, n. 1976, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Usucapione*, n. 7.

⁵² Cfr. Cass., 28.5.2020, n. 10067, cit.: «la chiamata dei creditori iscritti e degli aventi causa di uno dei compartecipi non è condizione di validità della divisione, ma un onere che i compartecipi debbono assolvere se ed in quanto si voglia che la relativa decisione faccia stato nei loro confronti». Così anche Cass., 21.7.1981, n. 4703, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Divisione*, n. 50, e Cass., 28.6.1986, n. 4330, *ivi*, 1986, voce *Comunione e condominio*, n. 26: «il contraddittorio, invero, è necessario sol quando il terzo abbia acquistato una quota di tutte le cose comuni, per cui agli originari comproprietari se ne aggiunga un altro; non quando, come nella specie, abbia acquistato da uno dei comproprietari un diritto su una soltanto delle cose comuni, perché in tal caso egli non è parte nel rapporto unitario di comunione del quale si chiede lo scioglimento, ma è comunista soltanto di una delle molte cose comuni. Onde le parti del rapporto unitario di comunione saranno tenute a chiamarlo in giudizio per rendere opponibile a lui la sentenza; altrimenti il terzo (ovviamente, se danneggiato dalla ripartizione) potrà pretendere che si proceda ad una nuova divisione».

ritto, che per trasformarsi necessita della volontà positiva di tutti i contitolari, la cui sede deputata è proprio l'accordo divisionale.

5. Le considerazioni svolte dimostrano che il legislatore ritiene il condividente «solo e immediato successore» altresì in ipotesi certamente riconducibili ad atti traslativi, purché si tratti di beni di cui egli sia stato comproprietario. Anche quando si esorbita dalla quota, infatti, si è comunque all'interno della logica divisoria, contraddistinta dallo scioglimento della comunione per il tramite dell'apporzionamento, ovvero della distribuzione di beni in misura proporzionale alle rispettive quote.

Qualora i beni assegnati, per converso, siano estranei alla comunione o qualora i beni della comunione siano assegnati a terzi non comunisti, l'atto traslativo posto in essere non può beneficiare della retroattività di cui all'art. 757 c.c., con cui la contitolarietà viene elisa a favore della titolarità.

Devono dunque al contempo ricorrere gli elementi soggettivi ed oggettivi della comunione disciolta, unitamente al rispetto delle porzioni, che è modo e fine della divisione⁵³.

Se con la mera retroattività, benché ad efficacia assoluta, la successione e gli effetti dell'acquisto sono ricondotti ad un momento anteriore alla divisione che realizza la successione e determina l'acquisto, la natura dichiarativa nega l'una e l'altro.

Nella rimozione del periodo di comproprietà all'insegna del *favor divisionis* è implicita una scarsa considerazione della comunione medesima, oggetto di scotomizzazione giuridica perché intesa in termini di nebulosa di diritti concorrenti, quale mero accidente o φαινόμενον di hegeliana memoria.

Ammesso, tuttavia, che ciò possa valere per la comunione ereditaria, stante l'accidentalità del suo fenomeno costitutivo, non vi sono argomenti per sostenere eguale conclusione per la comunione ordinaria, avuto riguardo alla volontarietà della sua nascita. Nondimeno, ambedue sono suscettibili di durare indefinitamente, né sono dominate dall'incertezza, né possono ritenersi soltanto tese alla divisione o addirittura un'anticipazione di questa⁵⁴.

⁵³ Cfr. VERDE, *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli, 1964, 199 ss.; BONSIGNORI, *Pignoramento*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, 85; Id., *Gli effetti del pignoramento*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2000, 62 ss.; MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, 65 ss.; CAPPONI, *Pignoramento*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1991, 19; MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*², in *Tratt. Rescigno*, XX, Torino, 1997, 252; PALAZZO, *Le successioni*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000, 990; Cass., 17.6.1985, n. 3648, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1213, che, muovendo da questo argomento, hanno escluso che la divisione, benché realizzata dopo la trascrizione del pignoramento, possa essere opposta al creditore pignorante, non sottostando alla previsione di cui all'art. 2913 c.c.

⁵⁴ Così invece CARUSI, *Osservazioni in tema di comunione ed efficacia dichiarativa della divisione*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1948, I, 385-386, secondo il quale il diritto sulla quota, ovvero su una parte solo algebrica della cosa, è mera «potenza di un diritto». Ma un'efficace replica era già stata sviluppata da M. PESCATORE, *Vera interpretazione di un principio fondamentale in tema di divisione*, in *Giorn. leggi*, (25) 1875, 193: «il dominio indiviso è un diritto chiarissimo e determinatissimo ne' suoi effetti, ma imperfetto, in quanto che nel dominio indiviso i due diritti rivali su certi punti si limitano a vicenda (*mutuo se impediunt*), e la

Rinviene incertezza nella comunione chi riconosce alla divisione un compito maieutico: il merito della rivelazione del proprietario⁵⁵. Per converso, all'affermazione dell'autonomia della comunione corrisponde la semplice constatazione della problematicità dell'esercizio del medesimo diritto da parte di più soggetti sullo stesso bene.

Il problema è comprendere se le trasformazioni giuridiche insite nella divisione siano compatibili con una sua efficacia soltanto dichiarativa *ex art. 757 c.c.* A tal fine, dovrebbe trattarsi di mutamenti che si inseriscono in maniera coerente nella linea originaria di sviluppo della situazione giuridica preesistente, la quale rimarrebbe intatta nel suo contenuto strutturale e sostanziale⁵⁶.

La specificazione è un'ipotesi di svolgimento interno e a carattere meramente dichiarativo, cui corrisponde, quanto a trasformazioni esterne di natura costitutiva, la modificazione. Il passaggio dal piano generico della situazione giuridica a quello specifico non fa altro che svolgerne il contenuto nel rispetto del suo alveo originario. Con ciò si ottiene la soddisfazione dell'interesse e la compiuta realizzazione della situazione giuridica: è l'ipotesi del rapporto di lavoro o di mandato, riguardo ai quali la prestazione del debitore non può di solito essere interamente predeterminata al momento costitutivo, con la necessità, dunque, di meglio definire il comportamento dovuto nella successiva fase di attuazione, in relazione agli eventi che vanno via via definendo le esigenze del creditore⁵⁷.

Una costruzione di tal genere non è estendibile alla comunione, per la quale non può accogliersi l'idea apodittica di interesse ancora insoddisfatto, di situazione monca, *en attendant que*. L'incompletezza, se così si vuol definire, del diritto del consorte si manifesta solo laddove questi disponga di qualcosa di cui non è titolare: l'efficacia dell'atto sarà allora rinviata al momento della divisione a prescindere dalla sua natura dichiarativa o costitutiva.

Una vera elisione dello stato di contitolarietà avrebbe comportato l'inefficacia *tout court* degli atti di disposizione *manente comunione*. Al contrario, s'è visto come, e con efficacia immediata, il consorte sia libero di concedere la quota in godimento

divisione, pur valendosi della mutazione, o vicendevole permutazione di parti, come di strumento a' suoi fini, si propone però quest'unico intento di procacciare a ciascuno dei condividenti il fatto suo in stato giuridico più libero, pieno, e perfetto». Cfr. altresì TARTUFARI, *Sulla natura della divisione in diritto romano e in diritto odierno considerata in ordine alla trascrizione*, in *Arch. giur.*, 1875, 436, e CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, cit., 1 ss.

⁵⁵ È la posizione espressa, in Francia, da L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1929, 31, per il quale compito dell'atto dichiarativo «*est comparable à celui d'un révélateur, qui, sur une plaque photographique obscure, fait apparaître l'image encore invisible, mais déjà imprimée; révéler, faire apparaître et préciser des contours incertains, ce n'est pas les créer*». Similmente, Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*², IV, *Les biens*, Paris, 1938, 703 s., ritiene che condizione dell'atto dichiarativo sia «*un droit antérieur, préexistant d'une façon latente, mais manquant de certitude ou de consistance*».

⁵⁶ Così FALZEA, *op. cit.*, 492 ss.

⁵⁷ FALZEA, *op. cit.*, 497.

(laddove naturalmente sia possibile un godimento *pro quota*) e in garanzia, nonché di alienarla. Il diritto di prelazione in ambito ereditario rappresenta l'unico limite a tale libertà, che però non condiziona l'efficacia della disposizione, bensì riguarda la mera individuazione della controparte⁵⁸. Il comunista difatti interferisce con il momento divisorio solo nei limiti di quanto già evidenziato e dispone di un diritto di cui egli è pieno ed unico proprietario.

I diritti reali costituiti sulla quota si concentreranno poi sull'esito divisionale: parimenti accade per il trasferimento della proprietà della quota o di parte di questa.

Quando oggetto della disposizione è invece la «quotina», l'efficacia è sospesa per difetto di titolarità del diritto in capo al concedente: l'interesse non è subito soddisfatto non per insufficiente specificazione dell'oggetto, che invece è ben determinato, ma per carenza di legittimazione del disponente. L'ordinamento non appronta allora una piena tutela, ma riconosce comunque rilevanza giuridica al fatto in sé: così si spiega la previsione *ex art.* 1113 c.c. dell'intervento del cessionario in sede divisoria.

A mancare è un elemento strutturale della fattispecie, la cui integrazione è rimessa all'esito divisionale e all'acquisto della titolarità del bene. In assenza di questi elementi, la fattispecie è parziale e priva della sua efficacia tipica e fondamentale⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. ALPINI, *La prelazione nelle comunioni*, Napoli, 2010, 74-75: «se il proprietario alienasse il bene (o una quota di esso) ad un soggetto diverso da quello 'preferito' non otterrebbe alcun particolare vantaggio per se stesso, mentre impedirebbe il conseguimento di un risultato socialmente utile. (...) L'obbligo dell'alienante di comunicare la proposta di vendita al prelazionario non toglie al disponente la possibilità di alienare ma soltanto riconosce all'altro un diritto. Con ciò non si può dire che vi sia un vincolo alla facoltà di disposizione perché il proprietario può validamente alienare nonostante la prelazione». L'Autrice ritiene peraltro che il diritto di prelazione dovrebbe sussistere altresì in ipotesi di comunione ordinaria, perché funzionale a preservare l'unità della situazione giuridica e del rapporto nell'interesse del gruppo, nonché a semplificare le stesse operazioni divisionali». V. anche SIRGIOVANNI, *Prelazione legale e acquisto della proprietà*, Milano, 2012, spec. 19 ss.; e BELLANTE, *Retrato successorio e alienazione di quota di singoli beni ereditari*, in *Giur. it.*, 2012, 2534, commento a Cass., 19.1.2012, n. 737.

⁵⁹ Cfr. BETTI, *op. cit.*, 508-509: «si differenziano, infine, dalla condizione altre circostanze, oggettivamente distinte dal negozio, che esiste senza di loro, ma che, quantunque posteriori in ordine cronologico, costituiscono gli antecedenti logici del negozio per la sua stessa natura e configurazione tipica. (...) A circostanze siffatte si addice pure, in senso lato, la qualifica di presupposto legale e di *condicio iuris*; ma qui essa assume un significato diverso. Vi è fra esse e il negozio un nesso oggettivo di subordinazione logica, perché il loro sopravvenire è immanente al tipo di negozio, elemento inseparabile della sua funzione tipica (causa), ovvero (...) elemento indispensabile del disposto regolamento d'interessi, che non è attuabile senza che venga in essere il soggetto contemplato. Ma qui non è in questione la «validità» del negozio, bensì il vigore e la immutabilità (art. 162, co. 2°; 587, co. 1°) del precetto in esso contenuto, ovvero la stessa ragione di essere del disposto assetto d'interessi. E qui vale in tutto il suo rigore il principio della irretroattività dei fatti giuridici, per cui il regolamento d'interessi avuto di mira col negozio non viene in essere finché non sopravviene il fatto che ne è l'antecedente logico. Il che tuttavia non significa che qui sia impropria la qualifica di *condicio iuris*, dacché non è requisito concettuale né carattere costante della condizione la retroattività (il trattamento del diritto romano insegna il contrario); ma importa solo che da quella qualifica non può l'interprete trarre la illazione pratica di un'applicazione per analogia del regime della condizione, salva sempre una contraria statuizione della legge». Riguardo all'irretroattività della *condicio iuris*, «elemento della fattispecie

Ciò che l'art. 757 c.c. vuole storicamente evitare è che la disposizione della quota si ripercuota poi, in sede divisoria, sugli altri condividenti, in assenza dell'*escamotage* della surrogazione reale, che 'concentra' il diritto trasferito. A tale inconveniente soccorrono però autonomamente gli artt. 1113 e 2825 c.c.

La posizione dei terzi, dunque, è parimenti tutelata dalla natura dichiarativa ovvero da una mera retroattività con efficacia assoluta, normativamente disposta e compatibile con la costitutività del contratto di divisione.

La differenza fra dichiaratività e costitutività si misura allora nell'interesse dei condividenti e nel rapporto che fra questi intercorre. La dichiaratività di cui all'art. 757 c.c. è, difatti, comunque relativa, perché non elide gli atti di disposizione compiuti *manente comunione*, il cui destino discende soltanto e direttamente dalla natura del diritto trasferito, che si trasforma in maniera coerente con lo svolgersi del meccanismo divisionale.

Un'efficacia meramente specificativa lascia immutato l'interesse originario e la precedente situazione giuridica, che conserva la medesima struttura e lo stesso contenuto sostanziale. Non è questo il caso della divisione, riguardo alla quale si potrebbe piuttosto controversare se si tratti di effetti solo modificativo-costitutivi o addirittura estintivo-costitutivi, a seconda della ritenuta o meno radicalità dell'innovazione apportata⁶⁰.

L'intervento delle Sezioni Unite non pare aver messo fine alla disputa, se un anno e mezzo dopo gli stessi giudici di legittimità riferiscono, ai fini della prova della proprietà, del «carattere dichiarativo e non costitutivo di diritti» dell'atto di divisione⁶¹.

L'eterna questione della natura dichiarativa o costituiva della divisione potrebbe allora tramutarsi in un falso problema.

In questa direzione, lo stesso riferimento alla supposta finzione veicolata dall'art. 757 c.c. è suscettibile d'assumere un significato diverso. Il legislatore potrebbe difatti così consacrare l'efficacia dichiarativa di un atto a struttura costitutiva⁶², riguardo alla produzione o meno di alcuni effetti e per garantire determinati effetti⁶³.

(...) non arbitrario e contingente, (...) ma necessario e costante» v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1966, 196. Sulla retroattività legale cfr. altresì SCALISI, voce *Inefficacia (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 321; in ID., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 377; e in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 34; CIATTI, *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2007, 35 ss.; CARLEO, *L'esecuzione anticipata del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, 2008, 283; GRANDI, *La modernità del dogma retrospettivo nel sistema dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 835.

⁶⁰ Una puntuale delimitazione teorico-concettuale di tale efficacia è svolta da V. PESCATORE, *Reviviscenza. Vi-cenda di obbligazioni e garanzie*, Milano, 2013, 89 ss.

⁶¹ Cass., 28.5.2020, n. 10067, cit.

⁶² È l'«atto di disposizione senza attribuzione patrimoniale» di cui parla LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1 ss.

⁶³ VETTORI, *Contratto e rimedi*², Padova, 2017, 585-586, definisce l'efficacia quale «capacità espansiva e (...) proiezione effettuale che, al di là delle parti, il contratto può avere» e quale «rilevanza (...) nei confronti dei

Invero, la stessa individuazione e qualificazione della struttura della divisione pare obiettivo di poco momento, là dove si sia infine accolta l'idea e accettata la realtà di una coabitazione fra effetti costitutivi ed effetti dichiarativi⁶⁴.

Il medesimo sincretismo effettuale è stato rilevato in dottrina in relazione ad atti tradizionalmente dichiarativi quali il negozio di accertamento, la transazione, la lettera di conferma, sulla scorta di considerazioni simili a quelle già svolte in merito all'*adiudicatio* successiva all'esercizio di una *actio finium regundorum*⁶⁵. Non tutte le ipotesi enumerate sono volte all'eliminazione di una incertezza, e lo stesso può dirsi – s'è visto – per la divisione: tuttavia, è stato ampiamente dimostrato come il dichiarante manifesti la sua volontà senza peraltro che quanto dichiarato debba necessariamente conformarsi alla preesistente situazione giuridica. È un'efficacia né

terzi», mentre gli effetti *ex art.* 1372 c.c. «sono una conseguenza logica dell'essere il negozio un regolamento d'interessi e si producono quindi solo fra le parti» (da cui la relatività degli effetti del contratto).

⁶⁴ Accogliendosi così anche la divisione delle c.d. masse plurime e superando le perplessità sollevate, ad esempio, da GIANATTASIO, *Delle Successioni. Divisione – Donazione*, in *Commentario del codice civile Utet*, II, 3, Torino, 1961, 160-161, secondo il quale «così com'è concepita dal nostro legislatore, la divisione è un negozio di mero accertamento, che non porta alcuna modificazione al rapporto reale preesistente. Conseguenze che, ove in sede di divisione si verifichi una divergenza dal rapporto reale preesistente, si verifichi, cioè, che ad un compartecipe spettino beni non corrispondenti alla sua quota, quale era fissata quantitativamente nel titolo costitutivo della comunione, il negozio viene ad assumere un contenuto modificativo del precedente rapporto e, nei limiti della eccedenza della quota assegnata, opera un'attribuzione patrimoniale di contenuto traslativo. Tale fenomeno, che in ipotesi di divisione di una massa costituita in base ad un unico titolo, dà luogo, per la eccedenza di quota (plusvalenza), ad una cessione, in ipotesi di divisione di beni provenienti da titoli costitutivi diversi, e cioè in ipotesi di masse plurime, può dar luogo sia ad una cessione (caso di mera plusvalenza quantitativa), sia ad una permuta (caso di assegnazione ad un dividente su una sola massa della somma delle singole frazioni di diritti che gli spettavano rispetto alle singole masse). (...) È pertanto chiaro che anche in caso di uguaglianza delle quote dei dividendi su tutte e su ciascuna massa, si decampa dal negozio di accertamento dichiarativo e si pone in essere un negozio che ha l'apparenza del negozio dichiarativo, ma la vera sostanza di un negozio traslativo (permuta)». Sul tema, tornano, più recentemente, BUSONI, *Il problema delle masse plurime*, in *Nuova giur. comm.*, 2000, II, 17; AVERSANO, *La costituzione contrattuale della comunione. Lo scopo di godimento e le masse plurime*, Napoli, 2005, 101 ss.; TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, Milano, 2009, specie 215 ss.; SCALISI, *Sulla divisione delle masse plurime*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 150, commento a Cass., 5.9.2016, n. 17576.

⁶⁵ Cfr. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, 226 ss.; ID., *Conferma*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, 303 ss., ove è altresì suggestivamente richiamato il paradosso nietzschiano del «vorrò ciò che fu». Riferisce di «opinioni ispirate ad un certo sincretismo» VENOSTA, *Le successioni. 2. La divisione*, Torino, 2014, 28. V. altresì MELILLO, *Transazione (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 771; DEL PRATO, *Transazione (diritto privato)*, *ivi*, 822; F. SALVATORE, *Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione*, in *Riv. notariato*, 1996, 211; S. D'ANDREA, *Transazione su titolo nullo*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 601; ID., *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, *ivi*, 2000, I, 31; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, spec. 185 ss.; CICERO, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2014, spec. 81 ss.; AZARA, *Accordi sulla legittima*, Milano, 2018, 24 ss.; MINERVINI, *Profili del negozio di accertamento*, in *Autonomia negoziale e risoluzione dei conflitti*, Incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, a cura di G. Perlingieri e Tartaglia Polcini, Napoli, 2019, 293 ss.

dichiarativa né costitutiva, bensì preclusiva, ond'evitare di accordare diversa efficacia allo stesso atto, solo in ragione della sua ritenuta innovatività o meno⁶⁶.

In ambito divisorio, le eccezioni alla dichiaratività sono – s'è visto – svariate e i tentativi di riconduzione a ragione della supposta schizofrenia normativa paiono, in ossequio ad un unico dogma e ad una sola categoria, inutilmente faticosi.

Che ciascun condividente non possa considerarsi avente e dante causa degli altri è normativamente disposto: la conseguenza di tale previsione può però non essere necessariamente una definizione monolitica. L'accettazione della coesistenza di effetti diversi è peraltro tipica del diritto tributario ed è quantomeno curioso ricordare che il dogma della dichiaratività si è imposto proprio per risolvere un problema ed evitare un'iniquità di natura fiscale. Sia pure con una buona dose di semplificazione indotta dai limiti del presente contributo, è possibile osservare che, quanto a tassazione, la divisione è dichiarativa per i cespiti riguardo ai quali sia stata rispettata la proporzionalità con il valore della quota e diventa costitutiva per ciò che invece esorbita dalla quota stessa, oltre un certo margine di tolleranza⁶⁷.

Lo stesso art. 764 c.c. in tema di atti diversi dalla divisione pare così suscettibile di una più agevole lettura.

Il previgente art. 1039 c.c. del 1865 menzionava gli atti che avessero «per oggetto» la cessazione della comunione, facendo ad essi seguire un'elencazione («atto [...] qualificato con titoli di vendita, di permuta, di transazione, od in qualunque altra

⁶⁶ Riguardo all'effetto preclusivo della sentenza passata in giudicato, cfr. FALZEA, *Accertamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 214; e in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, cit., 211 s., secondo il quale questa rifugge dalle unilaterali teorie dichiarativa o costitutiva, così come da una teoria per così dire combinata, poiché «un fatto, il cui effetto giuridico resta egualmente valido tanto se è conforme quanto se è difforme dalla situazione giuridica anteriore, e per il quale, dunque, è del tutto indifferente verificare il rapporto di conformità o di difformità, va qualificato in funzione di questa sua capacità, di abbracciare entrambe le ipotesi dell'alternativa, e non può essere definito in funzione di una verifica *a posteriori* che non ha alcuna giuridica rilevanza, ed alla cui irrilevanza giuridica, anzi, la sua funzione è predisposta». V. anche SIRENA, *La teoria dell'efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1011 ss.; e, con più ampio riferimento all'efficacia preclusiva, BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, specie 207 ss.; RUPERTO, *Efficacia giuridica. Appunti per una lezione di diritto privato*, in *Jus*, 2007, 389; BOTTONI, *Ricognizione di diritti reali: vecchi timori e spunti normativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 467; L. FOLLIERI, *op. cit.*, 37 ss.

⁶⁷ Cfr. CAPELLO, *Divisione (diritto tributario)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 38; ARMATI, *La disciplina tributaria della divisione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, cit., 389 ss.; PETTERUTI, *Il valore attribuito ai diritti assegnati tra diritto tributario e impugnative negoziali*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., 199 ss.; FORMICA, *La divisione nel diritto tributario*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da Rescigno, II, cit., 661 ss.; CONTRINO, *Note sulla nozione di «atto di natura dichiarativa» nel tributo del registro*, in *Rass. trib.*, 2011, 662; PISCHETOLA, *La divisione contrattuale. Profili civilistici e fiscali*, Roma, 2015, 69 ss.; BULGARELLI, *Imposte sui trasferimenti ed effetti «dichiarativi» della divisione: problematiche aperte*, in *Notariato*, 2016, 397; TASSANI, MARTELLI, *La fiscalità della divisione dopo le SS.UU. 25021/2019: prime riflessioni*, in www.fiscalitapatrimoniale.info; PETTERUTI, PISCHETOLA, *L'incidenza della sentenza della Cassazione n. 25021/19 sul trattamento fiscale della divisione*, Consiglio Nazionale del Notariato, studio n.183-2019/T, approvato dalla Commissione Studi Tributari il 12.12.2019, in www.notariato.it.

maniera») inevitabilmente destinata a sollevare delicate questioni ermeneutiche in ordine al suo valore tassativo o esemplificativo⁶⁸.

L'art. 764 c.c. del 1942, invece, si limita a richiamare gli atti che abbiano «per effetto» la cessazione della comunione, così da lasciare univocamente intendere che quest'ultima non può rappresentare conseguenza giuridica meramente occasionale. Si è così definitivamente esclusa la natura divisoria di fattispecie quali la rinuncia abdicativa al diritto di uno dei due consorti, il perimento della cosa comune, la donazione della quota o l'acquisto della stessa per successione *mortis causa* tra coeredi, l'accrescimento, l'usucapione del diritto da parte di un contitolare o di un estraneo, la vendita separata delle quote ad uno dei partecipanti⁶⁹.

A mancare, in queste ipotesi, è la realizzazione di un apporzamento proporzionale alla quota, per il tramite della distribuzione quale strumento caratterizzante il negozio divisionale⁷⁰.

L'assegnazione proporzionale al valore della quota contraddistingue invece gli atti diversi *ex art. 764 c.c.* e motiva l'estensione della disciplina di cui all'art. 763 c.c.: si attua la divisione, dunque, per il tramite di un altro tipo negoziale, il quale però beneficia del medesimo regime di favore in punto di invalidità. La natura sostanzialmente divisionale dell'atto diverso è talmente pervasiva da trasfigurare il tipo contrattuale: emblematico è il caso della transazione, la quale da irrevocabile per lesione *ultra dimidium ex art. 1970 c.c.* diviene addirittura rescindibile per lesione *ultra quartum*.

L'atto diverso diventa dunque divisione, perché a questa viene equiparato condividendone il risultato: ovvero condividendone l'«effetto» di cui all'art. 764 c.c. e la modalità con cui all'effetto si perviene, quale è la distribuzione *pro quota*⁷¹.

⁶⁸ Sul punto cfr. ampiamente SESTA, *Comunione di diritti. Scioglimento. Lesione. Dalla coeredità alle comunioni, ordinaria e speciali: la tutela del dividendo*, Napoli, 1988, 97 ss.; MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 1 ss.; MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 cod. civ.*, Milano, 1995, 25 ss.

⁶⁹ Cfr. MIRABELLI, *op. cit.*, 37; MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 533 ss.; e in ID., *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti minori*, II, Milano, 2001, 891 ss.; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., 237 s.; MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, 26 s.; MOSCATI, *Divisione*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988, 5 s.; FORCHIELLI, ANGELONI, *op. cit.*, 744 s.; FALZONE CALVISI, *Diritto successorio. Temi e problemi*, I, Milano, 2012, 77 ss.

⁷⁰ Cfr. LUONGO, *Attribuzioni divisionali e autonomia privata*, in *Notariato*, 2012, 333, per il quale «il confine del tipo divisione è dato essenzialmente dal rispetto della finalità distributiva secondo un criterio proporzionale, mentre è indifferente, ai fini della qualificazione, la tipologia degli effetti giuridici che si innestano sul tradizionale risultato distributivo/attributivo della divisione»; Cass., 18.9.2009, n. 20256, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 604, con nota di BONAMINI, *Sulla distinzione fra divisione transattiva e transazione divisoria*; Cass., 13.8.2012, n. 13942, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Divisione*, n. 11.

⁷¹ Non è così, invece, nel caso di c.d. transazione divisoria e di vendita *ex art. 765 c.c.*: cfr. BIGIARI, *Divisione transattiva o transazione divisoria*, in *Temi emiliana*, 1930, I, 1, 121; MIRABELLI, *Transazione e divisione*, in *Foro it.*, 1952, I, 39, commento a Cass., 18.6.1951, n. 1617; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*⁷, Padova, 1979, 739 ss.; BURDESE, *op. ult. cit.*, 239 s.; MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 cod. civ.*, cit., 66 ss.; MORELLI, *op. cit.*, 220 ss.; FORCHIELLI,

S'avvalora così la tesi di un *genus*-divisione a struttura costitutiva, la cui funzione distributiva è però suscettibile di coniugare armonicamente efficacia costituiva e dichiarativa, in relazione agli interessi tutelati e alle posizioni giuridiche, endo o esodivisionali, di volta in volta considerate⁷².

ANGELONI, *op. cit.*, 754 s.; G.A.M. TRIMARCHI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., 155 ss.; E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, 325 ss.; CENINI, *Divisione transattiva, transazione divisoria e accordi paradivisorii*, in *Familia*, 2020, 156.

⁷² Trova dunque conferma l'intuizione di IRTI, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 434; e in ID., *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011, 18 s.: «funzione — è il caso di avvertire — non è scopo: lo scopo è scelto e voluto e perseguito da ciascuno di noi; la funzione appartiene all'oggettività di uno strumento, di un congegno, di un meccanismo che sta dinanzi a noi, «esteriore — diceva Scialoja — di fronte all'animo dell'agente». La funzione appartiene allo strumento, e dunque a tutti coloro che lo utilizzano; lo scopo appartiene soltanto a me, ossia a chi lo sceglie e persegue. Lo scopo, mirato dalla volontà del soggetto, può essere raggiunto o no; la funzione è un carattere tecnico dell'oggetto, qualcosa che ci sta di fronte, e attende soltanto di svolgersi e compiersi. La funzione esprime adeguatezza tecnica (...)».

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/5214220, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175



ISBN 979-12-5965-041-2



9 791259 650412

ISSN 1128-2142



9 770112 821428

€ 38,00