



ROMA E AMERICA. DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

41/2020

ESTRATTO



ROMA E AMERICA.
DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

Promossa da

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani
Università di Roma 'Tor Vergata'
ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche

In collaborazione con

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira'
del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma
Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)
Istituto Italo-Latino Americano (IILA)

41/2020

La Rivista pubblica un volume ogni anno.

Abbonamento: Italia € 75,00; Estero € 115,00; Digitale € 60,00

Cartaceo + Digitale (Italia) € 90,00; Cartaceo + Digitale (Estero) € 138,00

Fascicolo cartaceo: € 75,00; digitale: € 65,00

Tutti gli ordini, eccettuata l'America Latina, vanno indirizzati a:

STEM Mucchi Editore S.r.l.

Via Jugoslavia - 14 - 41122 Modena - Italia

tel. (39-059) 374094; c/c postale n. 11051414

info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it

<<https://www.mucchieditore.it/>>

per l'America Latina, le richieste vanno indirizzate a:

Universidad Externado de Colombia

Calle 12 n. 1-17 Este, Bogotá - Colombia - Fax (57-01) 2843769

<<http://www.uexternado.edu.co>>

Registrazione al Tribunale di Modena n. 1372 del 24.2.1997 – M. Mucchi *direttore responsabile*

issn 1125-7105

© STEM Mucchi Editore - 2021

Grafica e impaginazione, STEM Mucchi (MO), stampa Geca (MI)

Finito di stampare nel mese di luglio del 2021

Volume realizzato con il contributo dell'Osservatorio sulla Codificazione e sulla Formazione del giurista in Cina nel quadro del sistema giuridico romanistico dell'Università di Roma "Tor Vergata" e del Romanistische Institut dell'Università di Berna



Centro di Studi
Giuridici
Latinoamericani



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI BRESCIA

UNIBS.it



Fondazione
di Sardegna

Promossa da

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani - Università di Roma 'Tor Vergata'

Direttore: Riccardo Cardilli

In collaborazione con

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma

Responsabile: Pierangelo Catalano

Istituto Italo-Latino Americano (IILA)

Presidente: Roberto Carlos Melgarejo Palacios

Segretario Generale: Amb. Donato Di Santo

Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)

Presidenza: Alberto Merler

Direttori della Rivista

Antonio Saccoccio - 'Sapienza' Università di Roma

David Fabio Esborraz - Istituto di Studi Giuridici Internazionali - CNR

Comitato scientifico

Presidente: Sandro Schipani, 'Sapienza' Università di Roma

Jorge C. Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM; Tatiana Alexeeva, Università nazionale di ricerca 'Scuola Superiore di Economia' - sede di Mosca; Riccardo Cardilli, Università di Roma 'Tor Vergata' e CSGLA; Carlos R. Constenla, Instituto Latinoamericano del Ombudsman - Defensor del Pueblo; Édgar Cortés Moncayo, Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia); Maria Floriana Cursi, Università di Roma 'Tor Vergata'; Andrea Di Porto, 'Sapienza' Università di Roma; Antonio Fernández de Buján, Universidad Autónoma de Madrid; Fei Anling, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL; Giovanni Finazzi, Università di Roma 'Tor Vergata'; Roberto Fiori, Università di Roma 'Tor Vergata'; Enrico Gabrielli, Università di Roma 'Tor Vergata'; Jean-François Gerkens, Université de Liège; Alejandro Guzmán Brito†, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Cile); Gábor Hamza, Università 'Eötvös Loránd' di Budapest; Huang Feng, Università Normale di Pechino - BNU; Jiang Ping, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL; Giovanni Lobrano, Università di Sassari; Machkam Machmudzoda, Accademia delle Scienze della Repubblica del Tagikistan; Judith Martins-Costa, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brasile); Carla Masi Doria, Università di Napoli 'Federico II'; Cesare Mirabelli, Università di Roma 'Tor Vergata'; José C. Moreira Alves, Universidade de São Paulo - USP; Noemí L. Nicolau, Universidad Nacional de Rosario - UNR (Argentina); Massimo Papa, Università di Roma 'Tor Vergata'; Aldo Petrucci, Università di Pisa; Ronaldo de Britto Poletti, Universidade de Brasília - UnB; Norberto D. Rinaldi, Universidad de Buenos Aires - UBA; Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP (Lima, Perù); Martin Josef Schermaier, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn; Xu Guodong, Università di Xiamen - XmU (Cina).

La Redazione è presso:

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani

Università di Roma 'Tor Vergata'

Via Cracovia, 50

00133 Roma (Italia)

antonio.saccoccio@uniroma1.it

davidfabio.esborraz@cnr.it

<<http://www.mucchieditore.it>>

In redazione

Simona Cacace, Emanuela Calore, Alessandro Cassarino, Laura Formichella, Roberta Marini, Stefano Porcelli, Caterina Trocini, Paolo Troisi, Isabella Zambotto.

Comitato editoriale

Simona Cacace, Emanuela Calore, Laura Formichella, Pietro Paolo Onida, Roberta Marini, Stefano Porcelli, Gianni Santucci, Caterina Trocini.

I libri per segnalazioni vanno inviati alla Redazione della Rivista.

La Rivista segnala tutte le pubblicazioni ricevute.

In adesione alle direttive dell'ANVUR, la pubblicazione degli articoli proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e del revisore) da due (tre in caso di dissenso) valutatori scelti dalla Direzione della Rivista in primo luogo fra i componenti del Comitato dei valutatori, o, in alternativa, fra studiosi di provata fama.

L'elenco completo dei valutatori è disponibile nella pagina *web* della Rivista e presso la Direzione.

Hanno espresso valutazioni in ordine ai contributi del presente volume:

Fabio Addis, 'Sapienza' Università di Roma; Filippo Bonin, Universität zu Köln; Maria Teresa Carbone, Università di Catanzaro; Riccardo Cardilli, Università di Roma 'Tor Vergata'; Ignazio Castellucci, Università di Teramo; Pierangelo Catalano, 'Sapienza' Università di Roma; Emmanuelle Chevreau, Université Paris II, Panthéon-Assas; Felice Costabile, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Tommaso Dalla Massara, Università di Verona; Oliviero Diliberto, 'Sapienza' Università di Roma; Paolo Ferretti, Università di Trieste; Antonia Fiori, 'Sapienza' Università di Roma; Elisabetta Fusar Poli, Università di Brescia; Adriana García Netto, Universidad de Buenos Aires; Lorenzo Gagliardi, Università di Milano; Andrea Genovese, Università della Toscana; Jean-François Gerkens, Université de Liège; Aleksander Grebienow, Uniwersytet Warszawski; Mauro Grondona, Università di Genova; Juan Carlos Guayacán Ortiz, Universidad Externado de Colombia; Laurent Hecketsweiler, Université de Montpellier; Alejandro Laje, Universidad Abierta Interamericana (Buenos Aires, Argentina); Li Lin, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino); Luo Zhimin, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino); Orazio Licandro, Università di Catania; Julio Lococo, Pontificia Universidad Católica Argentina; Laretta Maganzani, Università Cattolica di Milano; Salvatore Mancuso, Università di Palermo; Arrigo Manfredini, Università di Ferrara; Carla Masi, Università di Napoli 'Federico II'; Jorge Menabrito Paz, Universidad Nacional Autónoma de México; Pietro Paolo Onida, Università di Sassari; Sheraldine Pinto Oliveros, Universidad Metropolitana de Caracas; Federico Procchi, Università di Pisa; Javier Rodríguez Olmos, Universidad Externado de Colombia; Michele Rosboch, Università di Torino; Paola Santini, Università di Napoli 'Federico II'; Gianni Santucci, Università di Trento; Laura Solidoro, Università di Salerno; Sebastiano Tafaro, Università di Bari; Tao Qian, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino); Tian Shiyong, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino); Andrea Trisciunglio, Università di Torino; Julieta Trivisonno, Universidad Nacional de Rosario (Argentina); Alberto Venturelli, Università di Brescia; Xu Wenming, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino).

INDICE

Roma e America <i>per la Cina</i> [ANTONIO SACCOCCIO]	pag.	9
<i>Fondamenti e convergenze: tra Roma e Pechino contro l'individualismo</i> [PIERANGELO CATALANO]	»	15

CODICE CIVILE DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE

JIANG PING <i>Il regime della proprietà collettiva nel Codice civile cinese</i>	»	31
SHI HONG <i>Principali sviluppi e innovazioni nel Libro sui contratti del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese</i>	»	45
WANG LIMING <i>Il Libro del Codice civile cinese sui diritti della personalità. Punti salienti e innovazioni</i>	»	73
SUN XIANZHONG <i>Nuovi sviluppi in materia di diritti reali nel Codice civile cinese</i>	»	93
CUI JIANYUAN <i>Le norme relative alle clausole standard nel Codice civile della Repubblica Popolare Cinese</i>	»	115
FEI ANLING <i>Elaborazione e caratteristiche del Codice civile cinese</i>	»	133
SANDRO SCHIPANI <i>Vie dei Codici civili e Codice civile cinese</i>	»	151
ALDO PETRUCCI <i>Il nuovo Codice civile della Repubblica Popolare Cinese e l'autonomia contrattuale: osservazioni minime</i>	»	193
RICCARDO CARDILLI <i>Derecho chino y tradición romanística a la luz del nuevo Código civil de la República Popular China</i>	»	213
MARINA TIMOTEO <i>Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni</i>	»	233
PIETRO LO IACONO <i>La sorprendente 'sinfonia' tra Chiesa cattolica e Repubblica Popolare Cinese (a proposito del diritto naturale e dell'eterosessualità del matrimonio)</i>	»	245
STEFANO PORCELLI <i>Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese frutto del dialogo tra Cina e diritto romano</i>	»	265

AMERICA LATINA ED EUROPA

ANTONIO SACCOCCIO	
<i>Europa und Lateinamerika: ein Geist, eine Seele, ein Recht</i>	pag. 305
IOLE FARGNOLI	
<i>Le affinità giuridico-culturali con l'America Latina nella testimonianza di Emilio Betti</i>	» 327
URS FASEL	
<i>Eugen Buchers «Zu Europa gehört auch Lateinamerika» und dessen Vermächtnis an uns</i>	» 339
YVES MAUSEN	
<i>Das System des Code Napoléon als Grundlage für weitere nationale Kodifikationen</i>	» 347
FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE	
<i>Brasilianisches und europäisches Privatrecht: Skizzen über den Ursprung und die Entwicklung einer Rezeptionsgeschichte</i>	» 359
JORGE MENABRITO PAZ	
<i>Die Entwicklung des Darlehens im mexikanischen Recht - vom römischen Recht zum schweizerischen Obligationenrecht</i>	» 365
CATALINA SALGADO RAMÍREZ	
<i>L'azione popolare nel modello di Codice di Andrés Bello e il suo impatto sulla tutela degli interessi collettivi: il caso colombiano</i>	» 373
SABRINA LO IACONO	
<i>Il divieto dei patti successori tra diritto argentino e diritto romano</i>	» 389
RENATO PERANI	
<i>La resilienza dell'anticresi tra diritto romano e diritto argentino</i>	» 415

DIRITTO ROMANO COMUNE

ROBERTA MARINI	
<i>Sul problema della revoca del testamento in Dalmacio Vélez Sarsfield</i>	» 431
EMANUELA CALORE	
<i>Consideraciones en torno a la regla superficies solo cedit en el Derecho romano y en el Código civil argentino de 1869</i>	» 451
ANDREA LANDI	
<i>Deus ex orationibus placatur, et propterea pestilentias remittit. Percezioni proto-moderne dell'epidemia</i>	» 475
SIMONA CACACE	
<i>La natura della divisione. Un falso problema</i>	» 485
MARÍA DEL ROSARIO STOPPANI	
<i>Il principio di bona fides e il notariato latino come elementi di identità del sistema giuridico romanistico</i>	» 509

NUOVO CODICE CIVILE DI PORTORICO

DAVID FABIO ESBORRAZ

El nuevo Código civil de Puerto Rico: ejemplo de resistencia de la tradición romanística en un ordenamiento asediado por el common law pag. 521

DOCUMENTI

1820-2020: Bicentenario del primo alzabandiera argentino sulle Isole Malvinas [FELIPE SOLÁ] » 613

INFORMAZIONI BIBLIOGRAFICHE

STEFANO PORCELLI, *Hetong e Contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano* [MAURO TESCARO] » 617

ANTONIO SACCOCCIO - SIMONA CACACE (a cura di), *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano. Europa y América Latina. Dos continentes, un solo derecho* [TOMMASO DALLA MASSARA - ISABELLA ZAMBOTTO] » 623

ENRICO GABRIELLI, *'Estructuras formales' y teoría de las garantías reales* [CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES] » 637

ENRICO GABRIELLI, *Remedios. Contribución al estudio de las tutelas contractuales* [CARLOS DE CORES HELGUERA] » 641

PHILIPP LOTMAR, *La giustizia e altri scritti*, a cura di IOLE FARGNOLI e LUCA NOGLER [ANTONIO SACCOCCIO] » 643

RICORDI

Rolf Knütel (1939-2019) [RICCARDO CARDILLI] » 649

Johan Albert (Hans) Ankum (1930-2019) [JEAN-FRANÇOIS GERKENS] » 655

NOTIZIE

Seminario «COVID-19 y derechos de las personas». 'Observatorio sobre Persona y Familia' del CSGLA [JUANA ARACELY LARIOS MÉNDEZ] » 663

Laboratorio romanistico gardesano. Seminario dottorale [MONICA FERRARI] » 667

LA NATURA DELLA DIVISIONE. UN FALSO PROBLEMA

SIMONA CACACE

ABSTRACT: Una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana sancisce il ritorno alla concezione romanistica della natura costitutiva della divisione, abbandonata col diritto intermedio a favore della dichiaratività. L'Autrice richiama le peculiarità, in diritto romano, dell'*actio finium regundorum* e, prescindendo da rigidi schematismi, accoglie la possibilità di coniugare armonicamente effetti costitutivi e dichiarativi, prodotti da un unico istituto a funzione distributiva.

RESUMEN: Un reciente pronunciamiento de las Salas Unidas de la Corte de Casación italiana dispuso el retorno a la concepción romanista de la naturaleza constitutiva de la división, abandonada en el derecho intermedio a favor de la declarativa. La Autora recuerda las peculiaridades, en el Derecho romano, de la *actio finium regundorum* y, prescindiendo de rígidos esquematismos, acoge la posibilidad de conjugar armónicamente efectos constitutivos y declarativos, producto de una única institución con función distributiva.

PAROLE CHIAVE: Divisione; natura dichiarativa; natura costitutiva; effetti; retroattività; comunione; atti *manente comunione*.

PALABRAS CLAVE: División; naturaleza declarativa; naturaleza constitutiva; efectos; retroactividad; comunión; actos *manente comunione*.

SOMMARIO: 1. La natura traslativa della divisione in diritto romano: ragioni e superamento. – 2. Natura ed effetti della divisione ai sensi dell'art. 757 c.c. – 3. Retroattività della divisione e atti dispositivi *manente comunione*. – 4. La natura dichiarativa o costitutiva della divisione: un falso problema.

1. La natura traslativa della divisione in diritto romano: ragioni e superamento

Una recente pronuncia della Corte di cassazione italiana¹ definisce come costitutiva la natura della divisione, con un *revirement* che consacra un ritorno alla concezione

¹ Cass. civ., sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25021, in *Riv. Notariato*, 2019, 1262, con commento di C. CICERO-A. 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 R. 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 C. ROMANO, *Natura giuridica della divisione ereditaria: la posizione delle Sezioni Unite*; in *Giustizia Insieme*, 8 novembre 2019, con commento di R. TREZZA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*; in *Vita not.*, 2019, 1229 e 1257, con commenti rispettivamente di V. CERSOSIMO, *La divisione ereditaria: dalla natura dichiarativa a quella costitutivo-traslativa (prime impressioni e risvolti pratici)* e di F.P. LOPS, *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche*; in *Contr.*, 2019, 607, con commento di F.M. BAVA, *La divisione ereditaria quale atto inter vivos avente natura costitutiva*; in *Riv. dir.civ.*, 2020, 13, con commento di G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*; in *Foro it.*, 2020, I, 995, con commento di C. BONA, *1538-2019: si chiude la parentesi sulla «dichiaratività» della di-*

romanistica, abbandonata col diritto intermedio a favore della dichiaratività nel supposto intento di far fronte ad alcuni problemi applicativi di segno giuridico e tributario.

Nel diritto romano, peraltro, è già possibile intravedere come la definizione di tale natura finisca per rappresentare un falso problema, qualora si accolga per converso la possibilità di conciliare effetti sia costitutivi, sia dichiarativi prodotti da un unico istituto, così prescindendo da velleità di schematismi categorizzanti.

Le fonti romanistiche assimilano la divisione alla permuta o alla vendita, rispettivamente tutelate con l'azione *praescriptis verbis* o con quella *ex empto*².

Tale diversa ed alternativa qualificazione dell'istituto non pare dipendesse dalle modalità con cui la spartizione veniva concretamente operata: se tramite una materiale distribuzione 'in natura' o se invece realizzando una divisione soltanto 'civile', grazie all'aggiudicazione di un bene per l'intero ad uno dei condidenti, condannato a liquidare i consorti per l'equivalente della porzione che sarebbe loro spettata.

Si trattava però certo di un contratto di scambio riguardante la quota ideale di cui ciascun condomino era proprietario sui beni attribuiti agli altri. Il condidente non otteneva dunque la proprietà dell'intero bene di cui era assegnatario, per non incorrere nel divieto di acquisto di cosa già propria (*plus quam semel res mea esse non potest*), bensì conseguiva la proprietà delle quote che idealmente ed aritmeticamente gli mancavano al fine di conseguire il diritto integrale su un oggetto materiale.

In ambito di divisione stragiudiziale, per il trasferimento della proprietà occorreva poi la *traditio*: era un contratto ad efficacia meramente obbligatoria³.

visione?; in *Dir. succ. fam.*, 2020, 301, con commento di M. CIANCIMINO, *La divisione della comunione ereditaria sull'immobili abusivo al vaglio delle Sezioni unite: la validità dello scioglimento fra normativa urbanistica e assiologia ordinamentale*; in *Teoria st. dir. priv.*, 2020, 1, con commento di R. D'ALESSIO, «Un dogma privo di solide fondamenta». *L'efficacia retroattiva della divisione tra ritorno all'antico e prospettive attuali*. V. anche E. MIGLIACCIO, *Sulla natura e sugli effetti della divisione*, in *Dir. succ. fam.*, 2020, 135, e G. AMADIO, *Divisione ereditaria ed efficacia costitutiva: la fine del dogma della dichiaratività*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 696.

² Cfr. G. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 38 ss. V. altresì la definizione datane da C. DUMOULIN nel suo *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 contrattuale 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. F. RICCI, *Fondamento della massima, essere la divisione dichiarativa e non attributiva di proprietà*, in *Giornale delle leggi*, 1878, 361, e G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, VII, 1, Torino, 1937, 127. Alla natura costitutiva della divisione corrisponde, in diritto romano, un concetto di condominio non quale gruppo collettivo cui compete la proprietà: ciascun contitolare serba infatti individualmente il suo diritto e ne esercita indipendentemente le facoltà divisibili *pro parte* (percezione dei frutti, alienazione, costituzione di usufrutto, etc.). Non sono 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. P. BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, 293, e A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004⁴, 348 ss.

³ L. RAMPONI, *Della comunione*, Napoli-Torino, 1922, 213 ss.

Le azioni divisorie erano notoriamente tre⁴: l'*actio familiae erciscundae*, per la comunione ereditaria⁵; l'*actio communi dividundo*, per quella ordinaria⁶, e l'*actio finium regundorum*, che più interessa in questa sede proprio perché suscettibile di trascendere la dicotomia dichiaratività/constitutività⁷.

Ulpiano definisce 'miste' le azioni divisorie, perché sono le sole in cui l'*adiudicatio*, con cui viene attribuito il diritto di proprietà (secondo la facoltà di giudicare *quantum adiudicari oportet, iudex, Titio adiudicato*: Gai. 4,42), si associa alla *condemnatio* per l'adempimento di obbligazioni, ovvero di *praestationes personales*, secondo l'espressione giustiniana⁸. Annotate fra le azioni di buona fede, le azioni divisorie conferivano al giudicante una considerevole discrezionalità nell'assegnare i beni nel modo in cui egli ritenesse più conveniente, altresì considerata l'impossibilità o l'inopportunità, talora, di una divisione c.d. in natura, benché sempre in ossequio all'equità quale attribuito essenziale.

Le azioni divisorie si presentavano dunque come caratterizzate da una «causa mista di personalità e di realtà»⁹, rivolta allo scioglimento della comunione con l'elisione della situazione di comproprietà e il conferimento di un dominio assoluto ed esclusivo su parti materiali, certe e geometriche dei beni interessati¹⁰.

La divisione non elimina però così una situazione di incertezza: certo è il titolo giuridico dei singoli condividenti e parimenti certo ne è l'oggetto, ovvero la parte aliquota

⁴ Cfr. V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Lezioni redatte da G. Secchi e L. Biamonti*, Roma, 1905, 404 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928², 652 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967², 733 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 706; E. STOLFI, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio*, II, Milano, 2001, 361 ss.; A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, 122 ss.; Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Hereditas e interpretazione testamentaria in Ne-razio*, Napoli, 2019, 81 ss.

⁵ Nelle Leggi delle XII tavole, la quinta tavola prevedeva che «*Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercto cita sunt. Caeterarum familiae rerum, ercto non cito; si volent heredes, erctum citum faciunt. Praetor ad erctum ciendum arbitros tres dato*»: XII Tab. 5,5-6 (cfr. C. MÖLLER, *Il regolamento di confini, in XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di M.F. CURSI, II, Napoli, 2018, 449 ss.). Sul punto, v. R.J. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, versione italiana, II, Venezia, 1824, 574; A. BURDESE, voce *Divisione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 412; M. VARVARO, *Alcune considerazioni sulla ricostruzione delle formule delle azioni divisorie*, in *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone*, a cura di G. D'ANGELO, M. DE SIMONE e M. VARVARO, Torino, 2020, specie 294 ss.

⁶ Cfr. S. SOLAZZI, «*Societas e «communio»*». (*A proposito di Gai. 3.154 a*), in *Id.*, *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 427 ss.

⁷ V. A. DIAZ BIALET, «*De finium regundorum*». *CTh.* 2, 25, 1-5, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, II, Torino, 1968, 539 ss.

⁸ Cfr. P. SALIS, *Sul carattere attributivo e traslativo ovvero dichiarativo e retroattivo delle divisioni*, in *Il Circolo giuridico*, 1871, 121 ss., nonché A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 412 ss.

⁹ Cfr. P. SALIS, *Sul carattere attributivo e traslativo ovvero dichiarativo e retroattivo delle divisioni*, cit., 123. V. anche M. VINCI, *Un esempio di 'causa mixta' nelle azioni divisorie: prime riflessioni sulla costituzione di pegnolipoteca su bene indiviso*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. GAROFALO, II, Padova, 2011, 80 ss.

¹⁰ Sull'*actio familiae erciscundae*, Teofilo si esprime così (cito dalla traduzione latina di Contardo Ferrini, 428): *Quaedam actiones tam in rem, quam in personam naturam optinere videntur. Talis est familiae erciscundae actio, quae coheredibus competit de rebus hereditariis dividendis. Actionis enim in rem illud proprium habet, quod res persequitur; nam singuli heredes pro rata domini sunt. Set actionis quoque in personam effectus habet...* (Paraphr. Teoph., IV,6,20).

di un corpo, quale dominio astratto e non definito solo materialmente, poiché non cade «sotto i sensi», ma si concepisce «colla mente»¹¹.

Sorge, invece, un diritto nuovo, da cui il carattere attributivo della divisione: l'aggiudicazione costituisce uno speciale modo derivativo (per successione) di acquisto della proprietà¹².

L'incertezza connotava, per contro, la terza azione menzionata: l'*actio finium regundorum*, difatti, non era in realtà volta alla divisione di cose comuni, bensì era soltanto diretta a stabilire i termini, confusi, di due o più fondi di proprietari diversi. Il proprietario poteva però altresì rivendicare il terreno usurpato dal vicino (*rei vindicatio*), onde ottenerne la restituzione, a fronte di un suo pacifico ed esclusivo diritto sul bene. Il giudice (*arbiter*), se lo riteneva conveniente, aveva inoltre il potere di spostare i confini, benché certi e riconosciuti, in luogo diverso: procedeva allora con l'*adiudicatio* di una porzione di *praedium*, cui corrispondeva il pagamento, da parte dell'assegnatario, di una somma di danaro alla controparte (*condemnatio*). L'aggiudicazione ricorreva, infine, anche qualora i *fines* non fossero chiaramente riconoscibili¹³.

Si vede, dunque, come non si tratti propriamente di divisione. Lungi dal configurarsi una comproprietà dei *praedia*, sorgeva difatti tutt'al più l'esigenza di definire l'estensione di singole proprietà: e l'aggiudicazione si considerava allora realizzata a beneficio del fondo piuttosto che del titolare¹⁴.

La stessa aggiudicazione presentava così natura dichiarativa o costitutiva a seconda della certezza o dell'incertezza in ordine all'ampiezza dei fondi: alternativamente con

¹¹ P. SALIS, *Sul carattere attributivo e traslativo ovvero dichiarativo e retroattivo delle divisioni*, cit., 125.

¹² Cfr. per tutti M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 315 s.

¹³ Cfr. P. SALIS, *Sul carattere attributivo e traslativo ovvero dichiarativo e retroattivo delle divisioni*, cit., 123. V. R.J. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, cit., 570-572: «Con quest'azione 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. P.e. Se una inondazione cagionata dal ribocco di un fiume avesse confuso i Confini, e per conseguenza avesse dato occasione a qualcheduno 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, 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» F. SALARIS, *Azioni a difesa della proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, t. I, Torino, 2005, 820 ss.

¹⁴ L. RAMPONI, *Della comunione*, cit., 231: «... la confusione dei confini non implica nessuna parziale comunione dei fondi, perché la separazione giuridica di questi sussiste malgrado la fisica indeterminazione di quelli» e la dichiarazione del giudice (*rectius*: arbitro) retroagisce per tutto il tempo durante il quale l'incertezza è durata. In merito al «conflitto tra fondi» e al «conflitto tra titoli», v. E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del «conflitto tra fondi»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 161 ss.

l'attribuzione di un diritto nuovo, ovvero mediante la dichiarazione e l'accertamento di un diritto già esistente, delineando dunque quella contrapposizione che ancora oggi alimenta la teorica su natura e funzione della divisione¹⁵.

Le due motivazioni, molto pratiche, per le quali il diritto intermedio ha successivamente enunciato, invece, la natura soltanto dichiarativa della divisione sono state quella d'evitare di dover pagare le tasse due volte (al momento dell'apertura della successione o della costituzione della comunione ordinaria e, a seguire, in sede di divisione); e quella di rendere inefficaci i diritti reali costituiti *manente comunione* da un condividente su beni poi assegnati ad altri consorti¹⁶.

Per quanto riguarda i gravami fiscali che in regime feudale colpivano i trasferimenti di proprietà e ogni mutazione del fondo servente, si trattava in particolare del 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). Ond'evitare l'ingiustizia di un ulteriore pagamento, dunque, la giurisprudenza introdusse la tesi per la quale la divisione è mero atto ricognitivo, che semplicemente dichiara il diritto parziario di ciascun coerede, già acquistato al momento dell'apertura della successione (*le mort saisit le vif*)¹⁷.

Rispetto agli atti *manente comunione*, il problema si poneva ad esempio per il diritto di ipoteca che, dopo la divisione, il terzo avrebbe potuto far valere «su ciascuna delle parti materiali assegnate ad ogni singolo condividente, nella proporzione della porzione ideale spettante in essa parte al comunista suo autore»¹⁸, nonché, in ipotesi, sulla metà del fondo aggiudicato per intero ad uno dei due condomini, benché non debitore. La soluzione risiedeva o nell'invitare il creditore ad intervenire nella divisione, con

¹⁵ V. ampiamente M. 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 questa rivista, 23/2007, 31 ss.; ID., *Demonstratio finium' e compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. GAROFALO, 2, Padova, 2007, 411. Per M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 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».

¹⁶ La prima enunciazione della dichiaratività della divisione è fatta risalire ad un *arrêt* del Parlamento di Parigi del novembre 1538, a proposito dell'ipoteca consentita dal condomino: cfr. P. GROSSI, voce *Divisione (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 415. Con specifico riguardo alla costituzione da parte di uno dei condomini di un diritto di usufrutto o pegno sulla sua quota, cfr. G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, 1931, 90 ss.

¹⁷ Sul tema cfr. E. VITUCCI, voce *Comunione*, in *Nuovo dig. it.*, III, Torino, 1938, 557, e B. BIONDI, voce *Comunione (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 855.

¹⁸ Così C.F. GABBA, *Intorno alla natura giuridica della divisione*, in *Foro it.*, 1903, I, 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. G. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 6, 1888, 353 ss., e ID., *Corso di diritto romano. La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, cit., 92.

conseguente trasferimento dell'ipoteca sulla parte del fondo assegnato al consorte debitore o con sua realizzazione sul prezzo¹⁹, oppure nell'istituire direttamente il giudizio di divisione contro il creditore dell'altro comproprietario. Questi rimedi si rivelavano però inefficaci a fronte di un sistema – quale quello prenapoleonico – di ipoteche generali ed occulte, in cui le divisioni ereditarie erano suscettibili d'essere impugnate per parte di creditori via via emergenti, che non potevano essere chiamati in giudizio prima, semplicemente perché ignoti²⁰.

2. *Natura ed effetti della divisione ai sensi dell'art. 757 c.c.*

Ai sensi dell'art. 1034 del Codice Pisanelli, «ciascun coerede è riputato 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».

Questa previsione è stata quasi testualmente riportata nell'attuale 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».

È però evidente l'estensione della portata applicativa della norma vigente 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 quota²¹. In questo senso, la rubrica dell'art. 757 c.c. prelude ad una fattispecie più circoscritta rispetto a quella poi realmente disciplinata. La medesima possibilità di ottenere beni in misura superiore alla *pars quota* era contemplata nel 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.

¹⁹ Cfr. Trib. Roma, 17 marzo 2003, inedita: «Ove il bene indiviso, gravato da ipoteca costituita sulla propria quota da uno dei partecipanti alla comunione, sia stato assegnato ad un partecipante 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 dividendo debitore in luogo dei beni in natura. Conseguentemente il provvedimento di assegnazione in favore del diverso dividendo deve contenere l'ordine di cancellazione dell'ipoteca».

²⁰ Per il diritto romano, i diritti reali consentiti da uno dei coeredi sulla cosa indivisa pregiudicano gli altri condomini, i quali ricevono la loro quota libera nel solo caso in cui la divisione si sia fatta in contraddittorio dei terzi interessati: lo rileva anche C.F. GABBA, *Intorno alla natura giuridica della divisione*, cit. («la ragione della contraria tesi romana sta tutta nel rispetto del diritto del terzo, al quale non è giusto che abbia a nuocere la divisione, che è *res inter alios acta*»); cfr. altresì Cass. Torino, 20 giugno 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 beni divisi: Cass. Torino, 10 agosto 1866, in *Gazz. proc.*, 1866, I, 245, e in *Gazz. trib. Gen.*, 1866, II, I, 194; App. Modena, 6 agosto 1871, in *Legge*, 1871, I, 859.

²¹ Si tratta della stessa soluzione già anticipata, in giurisprudenza, da Cass. Firenze, 23 marzo 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».

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»)²².

Il carattere retroattivo dell'efficacia della divisione, pacificamente correlato alle disposizioni ricordate, non è però mai parso sufficiente a chiarire quale natura abbia tale efficacia. L'art. 757 c.c., difatti, viene alternativamente ritenuto il fondamento della natura dichiarativa della divisione (anche non ereditaria, *ex art. 1116 c.c.*) e dunque dell'efficacia retroattiva della stessa, ovvero fonte della sua mera retroattività, compatibili con una natura costitutiva e traslativa dei diritti²³. Infatti, delle due l'una: o dichiarati-

²² 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. P. GROSSI, voce *Divisione (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 415 ss.

²³ Cfr. L. 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 febbraio 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 laudabil 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*, v. N. 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, cfr. App. Genova, 27 novembre 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 G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2015⁴, 1315. Cfr. altresì la ricostruzione operata da M.R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, Torino, 1998², 131 ss., e da S. RAMPOLLA, *Sub art. 757 - Diritto dell'eredità sulla propria quota*, in *Delle successioni*, III, *Artt. 713-768 octies e leggi collegate*, a cura di V. CUFFARO e F. 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 G. MIRABELLI, voce *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

vità e retroattività costituiscono 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 necessariamente connessa. In questo senso, come rilevato dalle Sezioni Unite nel 2019, 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»²⁴.

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'ordinamento determina di attribuire all'atto o all'evento²⁵. La *fictio* non opera qui, difatti, sul piano del reale,

diversi, deducibili dall'ordinamento». V. anche C. LOSANA, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il Codice Civile italiano*, Torino, 1911², 562 ss.; G. GAZZARA, voce *Divisione (diritto privato)*. *Divisione della cosa comune*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 419; ID., voce *Divisione (diritto privato)*. *Divisione ereditaria*, *ivi*, 429; G. PAVANINI, voce *Divisione (diritto privato)*. *Divisione giudiziale*, *ivi*, 439; G. CASSONI, *La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato*, Milano, 1974, 155 ss.; G. BONILINI, voce *Divisione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 487; S. DELLE MONACHE, *Divisione e patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 776.

²⁴ Cass. civ., sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25021, cit. *Contra*, per una natura meramente dichiarativa della divisione, v. Cass. civ., 13 agosto 1998, n. 7954, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1699; Cass. civ., 29 marzo 2006, n. 7231, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 3; Cass. civ., 31 maggio 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. civ., 5 agosto 2011, n. 17061, in *Vita not.*, 2012, 641, con commento di P. CASTELLANO, *Acquisto di bene in sede di rimborso dei conferimenti e regime patrimoniale dei coniugi*; Cass. civ., 10 gennaio 2014, n. 406, in *Riv. notar.*, 2014, 523, ove «il principio della natura dichiarativa della sentenza di divisione opera esclusivamente in riferimento all'effetto distributivo, per cui ciascuno dividendente 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 dividendenti e le porzioni a ciascuno attribuite siano proporzionali alle rispettive quote; non opera invece, e la sentenza produce effetti costitutivi, quando ad un dividendente sono assegnati beni in eccedenza rispetto alla sua quota, in quanto rientranti nell'altrui quota»; Cass. civ., 10 marzo 2015, n. 4730, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 14; Cass. civ., 7 novembre 2017, n. 26351, in *Mass. Giust. civ.*, 2017, per la quale anche «lo scioglimento della comunione ereditaria con assegnazione di un bene ad un dividendente 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, F. TOSCHI VESPASIANI, *Comunione ereditaria di immobile abusivo e natura giuridica della divisione*, in *Contr.*, 2007, 771, commento a Trib. Marsala, 14 dicembre 2006; M. MAGLIULO, C. SGOBBO, S. SUPINO, *La divisione: profili sostanziali, processuali e tributari*, in *Giur. it.*, 2014, 1768; M. FORINA, *Scioglimento contrattuale della comunione ereditaria nei confronti di un solo coerede*, *ibidem*, 1356, commento a Cass. civ., 9 ottobre 2013, n. 22977.

²⁵ Così G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici. Art. 1100-1139*, Bologna-Roma, 1982⁶, sub art. 1116, 343; C. MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, 40-41; EAD. *La divisione ereditaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. RESCIGNO, II, Padova, 2010, 34-35. Si tratta di mera finzione, per volontà del legislatore, per C.F. GABBA, in *Foro it.*, 1903, I, 1413 ss., nota di commento a App. Casale, 21 aprile 1903, e G. DELIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 81. V. anche G. DELIANA, *Problemi e riforma in tema di divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I,

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 ambito 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 recente pronuncia già menzionata, le Sezioni Unite rinvigoriscono la discussione sul tema e distinguono tra efficacia e natura dell'atto, rinvenendo 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 della previsione codicistica, dunque, «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'ultima²⁶.

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

420. Similmente, cfr. P. FORCHIELLI-F. ANGELONI, *Della divisione. Art. 713-768*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2000², 58. V. inoltre L. BARASSI, *L'art. 2077 c.c. e la pretesa natura dichiarativa della divisione secondo l'art. 1034*, 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*, F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, 1, 20: «La *fictio* [...] 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. A. FALZEA, voce *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 A. 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 giugno 1902, in *Foro sic.*, 1902, 359; e in *Circ. giur.*, 1902, 233.

²⁶ Cass. civ., sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25021, cit.

v'è incremento o decremento in tal senso²⁷, ma si compie senz'altro su quello giuridico: viene meno la contitolarità sui cespiti ed insorgono in capo ai dividendi singoli diritti di proprietà individuale²⁸.

La disciplina codicistica della divisione rende scivoloso qualsivoglia tentativo definitorio e di riconduzione ad una categoria unitaria. La stessa retroazione degli effetti, 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 Unite²⁹ 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'accertamento³⁰, la fiducia nella netta contrapposizione fra categorie: fra giudizio e comando, rappresentazione e precetto, dichiarazione di scienza e dichiarazione di volontà³¹.

²⁷ Secondo la nota espressione di L. 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 difficile 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. Trib. Roma, 22 marzo 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 128, e in *Notariato*, 1995, 53; V. LENOCI, *La divisione*, Torino, 2006, 103, e *Id.*, art. 757. *Diritto dell'erede sulla propria quota*, in *Commentario al Codice civile. Artt. 713-809. Divisione-Donazioni*, a cura di P. CENDON, Milano, 2009, 303 ss. V. anche App. Milano, 3 febbraio 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 2980, e Trib. Pisa, 13 dicembre 2019, n. 1281, in *Redazione Giuffrè*, 2020.

²⁸ V. G. AVERSANO, *Le comunioni e il retratto*, in *Globalizzazione e pluralità delle fonti giuridiche: un duplice approccio*. Liber discipulorum, a cura di G. ZICCARDI CAPALDO, Napoli, 2012, 361 ss.

²⁹ Cass. civ., sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25021, cit.

³⁰ Cfr. M. GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958; M. GIORGIANNI, voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 227; R. CORRADO, voce *Negozio di accertamento*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 196; G. BRANCA, *Delle promesse unilaterali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, 372 ss.; C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Padova, 1979; A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Milano, 1970; E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del «negozio di accertamento»*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 581; A. CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1; C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1993; E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997; F. GAMBINO, *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e le teorie della forma*, in *Contr. impr.*, 1999, 1295; C. CACCAVALE, *Gli «atti unilaterali di mutuo» nel credito bancario*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 307; F. VOLPE, *L'interpretazione autentica del contratto tra esigenze di accertamento e principio di conservazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 3, 17 ss.; E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, a cura di E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI, Napoli, 2017, 1303 ss.

³¹ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994², 149 e 151: «Orbene, secondo che il contenuto sia socialmente destinato solo a informare o chiarire (*docere*), ovvero a dettar norma o sta-

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 dubbio: in termini di sinalagma e di corrispettività, di sua onerosità o gratuità, di plurilateralità *ex art.* 1420 c.c.³².

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 quantum*. Il rompicafo degli atti «diversi» ma «equiparati» condiziona gravemente lo studio in punto di causa e di funzione, 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 (ma *quanta* parte?) della disciplina codicistica³³.

Lo stesso ampliamento in senso oggettivo e soggettivo, riguardo ad una divisione che attenga o meno ai soli beni in comunione, o che coinvolga o meno i soli soggetti partecipanti alla comunione medesima, inficia le certezze in termini definitori e condiziona la risposta sulla natura del negozio³⁴. 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 contratto³⁵. Il problema, allora, sarà di comprendere se si tratti ancora di divisione.

tuire (*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 rispecchiare 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».

³² Cfr. G. DELANA, *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. V.-R. CASULLI, voce *Divisione ereditaria (diritto civile)*, in *Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 44, 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 (54) «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».

³³ Sulla funzione distributiva, cfr. L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 78 ss. V. A. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, e G. AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporcionamiento nel negozio divisorio*, entrambi in AA.VV., *Contratto di divisione e autonomia privata. Atti del Convegno Santa Margherita di Pula, Fortevillage, 30 e 31 maggio 2008*, Milano, 2008, rispettivamente 8 ss. e 28 ss.

³⁴ Cfr. B. TOTI, *Divisione in natura e proporzionalità quantitativa. Il ricorso a beni estranei alla comunione (artt. 720 e 728 c.c.)*, Milano, 2017, *passim*.

³⁵ Cfr. già Cass. civ., 18 ottobre 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 com-

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

3. *Retroattività della divisione e atti dispositivi* manente comunione

Nel superare la concezione traslativa del diritto romano, una divisione dichiarativa sembrava maggiormente stabile: perché le alienazioni fatte 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 comunione³⁶.

partecipe; essa non porta alcuna modificazione al rapporto reale preesistente. Conseguisce 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 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. civ., 24 luglio 2000, n. 9659, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 1603, 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. civ., 29 aprile 2003, n. 6653, in *Riv. notar.*, 2004, 785; Cass. civ., 10 febbraio 2004, n. 2483, in *Arch. civ.*, 2004, 1449, e Cass. civ., sez. trib., 15 giugno 2010, n. 14398, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 6, 913 («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»).

³⁶ Cfr. R. 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 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 poteva 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 M. VINCI, *Un esempio di 'causa mixta' nelle azioni divisorie: prime riflessioni sulla costituzione di pegno/ipoteca su bene indiviso*, cit., 93-94, secondo il quale la prospettiva di Trebazio erige «una sorta di 'barriera' tra le posizioni dei due comproprietari rispetto alla costituzione del diritto re-

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 e negando che la divisione operi 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. Peraltro, ai sensi dell'art. 757 c.c., egli 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, secondo il quale l'acquisto si reputa soltanto avvenuto in un momento anteriore alla realizzazione della divisione: al contrario, sembra essere *tout court* attestata la natura dichiarativa del negozio medesimo³⁷.

È pur vero, però, che l'art. 521 c.c. si esprime analogamente («chi rinuncia all'eredità è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato»), ma la rubrica della norma dichiara una mera retroattività, in maniera speculare a quanto disposto riguardo all'accettazione dell'eredità ex art. 459 c.c.³⁸. La retroattività della rinuncia 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*³⁹.

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 comunisti⁴⁰.

ale sulla cosa comune» e «opera quella separazione che, da un punto di vista dogmatico, crea, però, un cortocircuito insanabile con i principi della realtà».

³⁷ Così G. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, cit., 71.

³⁸ Secondo A. 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.

³⁹ Cfr. V. SCIARRINO-M. RUVOLO, *La rinuncia all'eredità*, Milano, 2008, 215-216; G. PERLINGIERI, *Rinuncia all'eredità*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. CALVO e G. PERLINGIERI, I, Napoli, 2013², 327 ss.; nonché, per un più attento coordinamento tra gli artt. 521 e 525 c.c., dal quale si fa discendere l'attribuzione alla rinuncia di una portata esclusivamente procedimentale e non sostantiva, V. BARBA, *La rinuncia all'eredità*, Milano, 2008, 22 ss. V. peraltro Cass. civ., 24 luglio 2000, n. 9659, cit., secondo la quale, «persino nell'ipotesi di pronuncia 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».

⁴⁰ Cfr. Cass. civ., sez. un., 4 luglio 2012, nn. 11135-11136, in *Immobili e proprietà*, 2012, 527, con annotazioni di M. MONEGAT; in *Corr. giur.*, 2012, 1441, con commento di V. CARBONE, *Le Sezioni Unite sulla disciplina applicabile alla locazione della cosa comune da parte di uno dei comproprietari*; in *Corr. mer.*, 2013, 47, con commento di G. TRAVAGLINO, *La locazione di immobile da parte di un solo comproprietario*, la quale dirime il contrasto giurisprudenziale in merito alla alternativa configurabilità di un mandato disgiuntivo presunto ovvero di una gestione d'affari nell'interesse comune, e Cass. civ., 10 settembre 2019, n.

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 comunione⁴¹.

22450 (ord.), in *C.E.D. Cassazione* 2019. Cfr. altresì L. PELLEGRINI, *Alienazione di quota indivisa dell'immobile locato e prelazione urbana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 647 ss., commento a Cass. civ., sez. un., 14 marzo 2007, n. 13886; D. CAPRA, *Comunione di diritti di proprietà industriale e prerogative del singolo comunista*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, 57; S. CORDOPATRI, *Atto dispositivo del comunista e rappresentanza implicita*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 856; D. MAFFEIS, *Quando non dovrebbe essere applicato, e quando invece è prezioso, l'istituto della gestione di affari altrui*, in *Corr. giur.*, 2015, 1506, commento a Cass. civ., 26 giugno 2015, n. 13203. Riguardo agli atti di amministrazione della cosa comune, cfr. Cass. civ., 28 febbraio 2017, n. 5014, in *C.E.D. Cassazione* 2017, e Cass. civ., 4 luglio 2019, n. 1793, inedita. Infine, sulla concessione a terzi del diritto di installare sul lastrico solare impianti di trasmissione radiotelefonica, v. Cass. civ., 29 marzo 2019, nn. 8943-8944 (ord.), in *Contratti*, 2019, 647, con commento di F. PAROLA, *La concessione del lastrico solare per l'installazione di impianti di radiotelefonica*, e in *Immobili e proprietà*, 2019, 488, con commento di D. 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), benché senza l'espreso assenso degli altri condividenti (trattandosi di atto di ordinaria amministrazione che si presume compiuto nell'interesse di tutti i comproprietari, salvo prova contraria), cfr. già Cass. civ., 4 luglio 1953, n. 2102, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce *Comunione e condominio*, nn. 32-34; Cass. civ., 29 maggio 1954, n. 1768, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Comunione e condominio*, nn. 26-27; Cass. civ., 9 ottobre 1956, n. 3439, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Comunione e condominio*, n. 23; Cass. civ., 28 luglio 1956, n. 2916, in *Rep. Foro it.*, voce *Comunione e condominio*, n. 40; Cass. civ., 19 maggio 1962, n. 1133, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Comunione e condominio*, n. 37. Similmente v. Cass. civ., 2 aprile 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»; tale principio di mera dichiaratività rappresenterebbe poi «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». La divisione non cancella la comunione come godimento anche per G. DE CESARE-T. GAETA, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, II, Padova, 1994, 25. V. anche, infine, D. CAPRA, *Comunione di diritti di proprietà industriale e prerogative del singolo comunista*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, 98 ss.

⁴¹ La costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accessione, ai sensi dell'art. 934 cod. civ., di proprietà comune agli altri contitolari del suolo: cfr. Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 847, con commento di L. TORMEN, *Accessione e alterità soggettiva tra proprietario e costruttore: il chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2018, I, 1200, con commento di C. BONA, *Accessione, comunione e Verwirkung*, in *Giur. it.*, 2018, 2349, con commento di C. CICCERO, *L'accessione della costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1403, con commento di C. ABATANGELO, *Principio di accessione e comunione: un "ritorno al passato" da parte delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 895, con commento di A. GUARNERI, *Costruzione su suolo comune senza il consenso dei comproprietari: accessione o comunione?*, in *Notariato*, 2018, 287, con commento di N.A. CIMMINO, *Immobile edificato su suolo comune da uno solo dei comproprietari*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, I, 466; in *Corr. giur.*, 2019, 191, con commento di V. CARBONE, *Per le Sezioni Unite l'accessione si applica anche al suolo comune*, in *Giur. it.*, 2019, 300, con commento di G. ZANCHI, *Altruità del bene e applicabilità della disciplina sull'accessione*.

La sospensione dell'usucapione o della prescrizione di diritto indivisibile quale la servitù, per esempio, è fatta salva⁴² 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.

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 prodotti⁴³, mentre i conviventi sono tenuti a reciproca garanzia per molestie ed evizioni⁴⁴ derivanti da causa anteriore alla divisione, *ex artt.* 758-759 c.c.

Le ultime menzionate sono eccezioni, invero, solo apparenti, che rinvergono 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 verificato. È la causa stessa della divisione, la quale non può essere contraddetta: lo scioglimento della comunione nel rispetto delle quote⁴⁵.

Del resto, che si prediliga l'una o l'altra natura della divisione, certo è che il diritto di comproprietà su uno o più beni materiali, corrispondente alla proprietà di una quota ideale di questi, muta in un diritto di proprietà esclusiva su uno o più beni materia-

⁴² V., per esempio, A. 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*, v. A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, Torino, 1980, 203.

⁴³ Cfr. per tutte Cass. civ., 20 marzo 1991, n. 2975, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, 3, secondo la quale «l'entità che [...] spetta sui frutti naturali prodotti e separati durante la comunione ereditaria non va ricollegata 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. civ., 10 febbraio 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. civ., 5 marzo 1987, n. 2320, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 456, con annotazioni di F. 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. civ., 16 marzo 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.

⁴⁴ Cfr. in particolare G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, 507 ss.

⁴⁵ Si spiega così l'irrelevanza dell'errore quale vizio della volontà: cfr. M. CANNIZZO, *Invalidità della divisione e rescissione*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. Le successioni*, a cura di P. CENDON, Torino, 1999, 63 ss.; M.G. FALZONE CALVISI, *Sub art. 761 - Annullamento per violenza o dolo*, in *Delle successioni*, III, a cura di V. CUFFARO e F. DELFINI, cit., 321 ss.; D. ACHILLE, *Contratto di divisione ereditaria, rilevanza dell'errore e diritto di ritenzione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 252, commento ad App. Palermo, 17 maggio 2010. Il legislatore accorda tutela all'errore alle condizioni e con i rimedi di cui agli artt. 762 e 763 c.c.: G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1349 ss.

li, 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.

Ai sensi dell'art. 1103 c.c., gli atti di disposizione non restano indenni alla divisione: perché, mentre i primi non possono che attenersi al mero diritto sulla quota («ciascun partecipante può disporre del suo diritto [...] nei limiti della sua quota»), la seconda, successivamente intervenuta, rinviene la propria causa proprio nel superare il disagio giuridico ed economico di un diritto condiviso. Più esplicitamente rispetto alla attuale disciplina, peraltro, l'art. 679 del Codice Pisanelli disponeva che ciascun partecipante potesse «liberamente alienare, cedere o ipotecare» la propria quota, di cui, per l'appunto, aveva «piena proprietà», ma «l'effetto dell'alienazione o dell'ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione». Singolarmente, il diritto reale parrebbe qui inerire più al soggetto che all'oggetto del negozio⁴⁶.

Potrebbe allora sostenersi che gli effetti della divisione operano, appunto, proprio come se la contitolarità non fosse mai esistita.

Potrebbe però altresì dirsi che sono gli atti *manente comunione*, a seguito dell'avvenuta divisione, a trasformarsi, a causa della costituzione di un diritto nuovo (sulla *pars quanta*) 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 individuazione e funzionalmente a questa resta altresì inscindibilmente connesso al soggetto autore dell'atto di disposizione e partecipante alla divisione.

In questo senso, 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 natura⁴⁷. A ciò si associ, ai sensi dell'art. 2646 c.c., l'introduzione dell'onere di trascrivere la divisione⁴⁸, seppur con effetti diversi da quelli previsti dall'art.

⁴⁶ Lo rileva con chiarezza M. 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*».

⁴⁷ Cfr. And. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, Pisa, 2017, 52 ss.

⁴⁸ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975², 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 G. 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 L. 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

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 traslativi.

La particolarità dell'art. 2825 c.c. risiede in una tutela amplissima del creditore ipotecario, la quale 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 della comunione, in un momento successivo però 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 comunisti⁴⁹.

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 V.-R. CASULLI, voce *Divisione ereditaria (diritto civile)*, 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. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 25 s.; L. FERRI-P. ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1997³, 220; A. ZACCARIA-S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2008², 89 s.; M. FRANCESCA, *Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 21 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. GABRIELLI e F. GAZZONI, I, 2, Torino, 2012, 237 s.; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti: la trascrizione*, in *Tratt. Bessone*, IX, Torino, 2012³, 148 ss.; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2012, 108 ss.; R. SICLARI, *Spogliature in tema di trascrizione illegittima di domande giudiziali, divisione e collazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 5, 99. In giurisprudenza, v. Cass. civ., 4 maggio 1985, n. 2800, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Trascrizione*, n. 10, e Cass. civ., 25 gennaio 2000, n. 821, in *Giur. it.*, 2000, 1360 ss., e in *Vita notarile*, 2000, 300 ss.

⁴⁹ Cfr. G. GROSSO-G. DEIANA, *Le servitù prediali*, I, in *Tratt. Vassalli*, V, 1, Torino, 1963³, 425 s.; A. BURDESE, voce *Servitù prediali*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1974, 149 s.; G. BRANCA, *Delle servitù prediali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987⁶, 292 s.; M. COMPORTE, voce *Servitù (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 304 s.; A. NATUCCI, *Le servitù*, in P. GALLO-A. NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Tratt. Bessone*, VII, 2, Torino, 2001, 162 s.; G. TAMBURRINO-A.N. GRATAGLIANO, *Le servitù*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 2002³, 96 s.; nonché, per la prima manifestazione della regola già nel diritto romano (*ius prohibendi*), P. BONFANTE, *Il ius prohibendi nel condominio*, in *Id.*, *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino, 1926, 382 ss.; A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, cit., 123; M. EVANGELISTI, *Riflessioni sulla natura e l'evoluzione del ius prohibendi*, in *KOINΩNIA*, (41) 2017, 423 ss.; e, in giurisprudenza, Cass. civ., 9 dicembre 1982, n. 6724, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Servitù*, n. 8; Cass. civ., 22 dicembre 1986, n. 7840, *ivi*, 1986, voce cit., n. 4, secondo cui «come le parti

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 medesimo⁵⁰.

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'alienante (vendita dell'esito divisionale): l'efficacia reale è subordinata alla condizione sospensiva dell'attribuzione del bene, con effetto traslativo differito ed effetti obbligatori immediati⁵¹.

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. civ., 16 agosto 2000, n. 10822, *ivi*, 2000, voce cit., n. 34; Cass. civ., 12 febbraio 2016, n. 2853, in *Foro it.*, 2016, I, 1249 ss.

⁵⁰ Cfr. G. DEIANA, voce *Destinazione del buon padre di famiglia (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 323 s.; A. BURDESE, voce *Servitù prediali*, cit., 154 s.; G. BRANCA, *Delle servitù prediali*, cit., 325 s.; M. COMPORI, voce *Servitù (diritto privato)*, cit., 306 s.; A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., 176; G. TAMBURRINO-A.N. GRATAGLIANO, *Le servitù*, cit., 344 s.; A. MORA, *La divisione. Funzione, natura, effetti, atti equiparati alla divisione*, in *Tratt. Bonilini*, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, 170. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 29 luglio 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. civ., 7 marzo 2001, n. 3314, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, I, 571 ss., e in *Riv. notariato*, 2001, 1179 ss., con nota di G. MUSOLINO, *La costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia*; Cass. civ., 17 maggio 2018, n. 12113, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Servitù*, n. 25.

⁵¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, 47 ss.; E. BILOTTI, *Appunti sulla divisione testamentaria (artt. 734 e 735 c.c.)*, in *Riv. notariato*, 2002, 687; G. TEDESCO, *Sul litisconsorzio necessario nei giudizi divisorii riguardo ai creditori opposenti*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3258, commento a Cass. civ., 4 aprile 2001, n. 4948; A. POLIMENO, *Approfondimento su alcune ipotesi di ipoteca su beni condominiali*, in *Riv. notariato*, 2005, 1533; G. RECINTO, *Vendita di quota indivisa e di bene comune da parte del coerede*, in *Notariato*, 2010, 431; P. 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. civ., 5 maggio 2009, n. 10356; D. PASTORE, *Donazione di quota di bene ereditario e donazione di cosa altrui*, in *Riv. notariato*, 2014, 1210, commento a Cass. civ., 23 maggio 2014, n. 11545; R. 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. civ., 19 febbraio 2019, n. 4831 (ord.); ID., *Comunione ereditaria e proprietà dei beni indivisi*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 762; U. LA PORTA, *Sulla donazione di «quota» su bene facente parte di più ampio compendio comune e la donazione di «cosa» altrui*, *ivi*, 2017, 97; V. CELLI, *La donazione di cosa altrui*, in *Riv. notariato*, 2017, 451; A. PALAZZO, *Donazioni e liberalità tra novità normative e stasi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1115; F. GALLELLI, *Divisione parziale dell'eredità consenso di tutti i coeredi*, in *Notariato*, 2017, 648, commento a Cass. civ., 10 luglio 2017, n. 17021 (ord.); A. GIANOLA, *La donazione di bene altrui (e futuro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1596; G. ORLANDO, *La donazione di bene putativamente proprio e la donazione di bene in comunione ereditaria*, *ivi*, 2017, 1503; M. FORINA, *La donazione di quota indivisa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 349; L. BULLO, *Titolarità e legittimazione a disporre nelle comunioni «civilistiche»*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1455; G. 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 Trib. Brescia, 1° marzo 2018, n. 635; Cass. civ., 13 luglio 1983, n. 4777, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1786, e in *Riv. notariato*, 1983, II, 1225; Cass. civ., 10 marzo 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 eredi-

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, difatti, 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.

4. *La natura dichiarativa o costitutiva della divisione: un falso problema*

Il legislatore ritiene dunque il condividente «solo e immediato successore» anche in ipotesi senz'altro riconducibili ad atti traslativi, purché si tratti di beni in comunione, ovvero di cui egli è stato comproprietario. Anche quando si esorbita dalla quota, difatti, 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.

Se i beni assegnati, per converso, sono estranei alla comunione o se i beni della comunione sono assegnati a terzi non comunisti, l'atto traslativo posto in essere non può beneficiare della «finzione» di cui all'art. 757 c.c., con cui la contitolarità viene elisa a favore della titolarità.

Devono perciò al contempo ricorrere sia gli elementi soggettivi sia gli elementi oggettivi della comunione che viene disciolta, unitamente al rispetto delle porzioni, che è modo e fine della divisione⁵².

taria, «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. civ., 30 ottobre 1992, n. 11809, *ivi*, 1992, voce cit., n. 12; Cass. civ., 9 aprile 1997, n. 3049, *ivi*, 1997, voce cit., n. 10; Cass. civ., 22 aprile 2000, n. 5281, in *Giur. it.*, 2001, 1894, con commento di R. 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. civ., 1° luglio 2002, n. 9543, in *Foro it.*, 2004, I, 237, con commento di M. CHIAROLLA, *Comunione ereditaria e disciplina della circolazione dei beni ereditari*; Cass. civ., 11 marzo 2004, n. 4965, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Vendita*, n. 58; Cass. civ., 15 febbraio 2007, n. 3385, *ivi*, 2007, voce *Divisione*, n. 11; Cass. civ., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Foro it.*, 2016, I, 2081, con commento di L. DE STEFANO, *Donazione di quota di bene indiviso: nulla per mancanza di causa?*; in *Famiglia e dir.*, 2016, 1050, con commento di A. AMBANELLI, *Donazione di bene indiviso, e donazione di bene altrui*; in *Nuova giur. comm.*, 2016, 1020, con commento di L. BALLERINI, *La donazione (dispositiva) di bene altrui è nulla: così le Sezioni Unite*; in *Notariato*, 2016, 242, con commento di F. 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 G.W. 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 G. AMADIO, *Coeredità e atti di disposizione della quota*; in *Riv. dir. ec. tr. amb.*, 2017, 103, con commento di E. 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 D. PASTORE, *Ancora su donazione di cosa altrui e donazione di quota di un bene ereditario*; Cass. civ., 23 febbraio 2018, n. 4428, in *Riv. notariato*, 2018, 757, con commento di A. 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*.

⁵² Cfr. G. VERDE, *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli, 1964, 199 ss.; A. BONSIGNORI, voce *Pignoramento*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1968, 85; G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977², 65 ss.; B. CAPPONI, voce *Pignoramento*, in *Enc. giur.*,

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.

Peraltro, se ciò potrebbe ancora esser vero per la comunione ereditaria, non lo è affatto per quella, volontaria, ordinaria. Nondimeno, ambedue sono suscettibili di durare indefinitamente, né sono dominate dall'incertezza, né possono ritenersi soltanto tese alla divisione o addirittura un'anticipazione di questa⁵³.

Rinviene incertezza nella comunione chi riconosce alla divisione un compito maieutico: il merito della rivelazione del proprietario⁵⁴. 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*. 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 sostanziale⁵⁵.

La specificazione è una delle ipotesi di svolgimento interno e a carattere meramente dichiarativo, cui corrisponde, quanto a trasformazioni esterne di natura costitutiva, la

XXIX, Roma, 1991, 19; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. Rescigno*, XX, Torino, 1997², 252; A. BONSIGNORI, *Gli effetti del pignoramento*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2000, 62 ss.; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000², 990; Cass. civ., 17 giugno 1985, n. 3648, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1213, la quale, muovendo da questo argomento, ha 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.

⁵³ Così invece F. 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 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 A. TARTUFARI, *Sulla natura della divisione in diritto romano e in diritto odierno considerata in ordine alla trascrizione*, in *Arch. giur.*, 1875, 436, e A. CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, cit., 1 ss.

⁵⁴ 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*, IV, *Les biens*, Paris, 1938², 703 s., ritiene che condizione dell'atto dichiarativo sia «un droit antérieur, préexistant d'une façon latente, mais manquant de certitude ou de consistance».

⁵⁵ Così A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., 492 ss.

modificazione. Il passaggio dal piano generico della situazione giuridica a quello specifico non fa altro che svolgerne il contenuto nel rispetto del suo alveo originario⁵⁶. Con ciò si ottiene la soddisfazione dell'interesse e la compiuta realizzazione della situazione giuridica: è l'ipotesi, secondo Falzea, del rapporto di lavoro o di mandato, riguardo ai quali la prestazione del debitore non può di solito essere interamente predeterminata al momento della costituzione del rapporto, 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.

Ora, è chiaro che un ragionamento di tal fatta non si confà alla comunione, per la quale non può accogliersi l'idea apodittica di interesse ancora insoddisfatto, di situazione monca, *en attendant que*. L'incompiutezza, 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.

L'arresto 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 divisione⁵⁸.

L'eterna questione 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 costitutiva⁵⁹, riguardo alla produzione o meno di alcuni effetti e per garantire determinati effetti⁶⁰.

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 dichiarativi⁶¹.

⁵⁶ 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 modificativi-costitutivi o addirittura estintivi-costitutivi, a seconda della ritenuta o meno radicalità dell'innovazione apportata: cfr. V. PESCATORE, *Reviviscenza. Vicenda di obbligazioni e garanzie*, Milano, 2013, 89 ss. La divisione è negozio esclusivamente modificativo per V. CELLI, *Efficacia e struttura della divisione. Precisazioni teoriche e conseguenze applicative*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, specie 1302 ss.

⁵⁷ FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., 497.

⁵⁸ Cass. civ., 28 maggio 2020, n. 10067, cit.

⁵⁹ È l'«atto di disposizione senza attribuzione patrimoniale» di cui parla A. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1 ss.

⁶⁰ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2017³, 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 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).

⁶¹ Accogliendosi così anche la divisione delle c.d. masse plurime e superando le perplessità sollevate, ad esempio, da C. 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 verifi-

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 similari a quelle già svolte in merito all'*a-diudicatio* successiva all'esercizio di una *actio finium regundorum*⁶². 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 sondato come le parti che dichiarano al contempo dichiarano di volere, senza peraltro che quanto dichiarato debba necessariamente conformarsi alla preesistente situazione giuridica. È una efficacia né dichiarativa né costitutiva, bensì preclusiva, ond'evitare di accordare diversa efficacia allo stesso atto, solo in ragione della sua ritenuta innovatività o meno⁶³.

chi, 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 condividente 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 condividenti 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, F. BUSONI, *Il problema delle masse plurime*, in *Nuova giur. comm.*, 2000, II, 17; G. AVERSA-NO, *La costituzione contrattuale della comunione. Lo scopo di godimento e le masse plurime*, Napoli, 2005, 101 ss.; B. TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, Milano, 2009, specie 215 ss.; O. SCALISI, *Sulla divisione delle masse plurime*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 150, commento a Cass. civ., 5 settembre 2016, n. 17576.

⁶² Cfr. F. 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» F. VENOSTA, *Le successioni. 2. La divisione*, Torino, 2014, 28. V. altresì G. MELILLO, voce *Transazione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 771; E. DEL PRATO, voce *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; S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, spec. 185 ss.; C. CICERO, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2014, spec. 81 ss.; A. AZARA, *Accordi sulla legittima*, Milano, 2018, 24 ss.; E. 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 A. TARTAGLIA POLCINI, Napoli, 2019, 293 ss.

⁶³ Riguardo all'effetto preclusivo della sentenza passata in giudicato, cfr. A. FALZEA, voce *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 P. 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, L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, specie 207 ss.; S. RUPERTO, *Efficacia giuridica. Appunti per una lezione di diritto privato*, in *Jus*, 2007, 389; F. BOTTONI, *Ricognizione di diritti reali: vecchi timori e spunti normativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 467; L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, Napoli, 2018, 37 ss.

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 dividendo 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: e ciò paradossalmente, se si ricorda come il dogma della dichiaratività si sia imposto proprio per risolvere un problema ed evitare un'iniquità di natura fiscale. Molto semplificando, quanto a tassazione la divisione è difatti dichiarativa per i cespiti riguardo ai quali sia stata rispettata la proporzionalità con il valore della quota; costitutiva per quanto invece esorbita da quest'ultima, oltre un certo margine di tolleranza⁶⁴.

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 maniera») inevitabilmente destinata a sollevare delicate questioni ermeneutiche in ordine al suo valore tassativo o esemplificativo⁶⁵.

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 partecipanti⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. P.C. CAPELLO, voce *Divisione (diritto tributario)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 38; P. ARMATI, *La disciplina tributaria della divisione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, II, cit., 389 ss.; G. PETTERUTI, *Il valore attribuito ai diritti assegnati tra diritto tributario e impugnative negoziali*, in AA.VV., *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., 199 ss.; F. FORMICA, *La divisione nel diritto tributario*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. RESCIGNO, II, cit., 661 ss.; A. CONTRINO, *Note sulla nozione di «atto di natura dichiarativa» nel tributo del registro*, in *Rass. trib.*, 2011, 662; A. PISCHE-TOLA, *La divisione contrattuale. Profili civilistici e fiscali*, Roma, 2015, 69 ss.; A. BULGARELLI, *Imposte sui trasferimenti ed effetti «dichiarativi» della divisione: problematiche aperte*, in *Notariato*, 2016, 397; T. TASSANI-A. MARTELLI, *La fiscalità della divisione dopo le SS.UU. 25021/2019: prime riflessioni*, in <www.fiscalita-patrimoniale.info>; G. PETTERUTI-A. PISCHE-TOLA, *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 Tributarî il 12 dicembre 2019, in <www.notariato.it>.

⁶⁵ Sul punto cfr. ampiamente M. SESTA, *Comunione di diritti. Scioglimento. Lesione. Dalla coeredità alle comunioni, ordinaria e speciali: la tutela del dividendo*, Napoli, 1988, 97 ss.; E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990; C. MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 cod. civ.*, Milano, 1995.

⁶⁶ Cfr. G. MIRABELLI, voce *Divisione*, cit., 37; L.V. MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 533 ss.; e in ID., *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti minori*, II, Milano, 2001, 891 ss.; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., 237 s.; C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e ga-*

A mancare, in queste ipotesi, è la realizzazione di un apporcionamiento proporzionale alla quota, per il tramite della distribuzione quale strumento caratterizzante il negozio divisionale⁶⁷.

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 irrescindibile 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*⁶⁸.

S'avvalora così la tesi di un *genus*-divisione a struttura costitutiva, la cui funzione distributiva⁶⁹ è però suscettibile di coniugare armonicamente efficacia costitutiva e dichiarativa, in relazione agli interessi tutelati e alle posizioni giuridiche, endo o esodivisionali, di volta in volta considerate.

ranzia per evizione, Napoli, 1981, 26 s.; E. MOSCATI, voce *Divisione*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 5 s.; P. FORCHIELLI-F. ANGELONI, *Della divisione. Art. 713-768*, cit., 744 s.; M.G. FALZONE CALVISI, *Diritto successorio. Temi e problemi*, I, Milano, 2012, 77 ss.

⁶⁷ Cfr. M. 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. civ., 18 settembre 2009, n. 20256, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 604, con nota di T. BONAMINI, *Sulla distinzione fra divisione transattiva e transazione divisoria*; Cass. civ., 13 agosto 2012, n. 13942, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Divisione*, n. 11.

⁶⁸ Non è così, invece, nel caso di c.d. transazione divisoria e di vendita ex art. 765 c.c.: cfr. W. BIGIARI, *Divisione transattiva o transazione divisoria*, in *Temi em.*, 1930, I, 1, 121; G. MIRABELLI, *Transazione e divisione*, in *Foro it.*, 1952, I, 39, commento a Cass. civ., 18 giugno 1951, n. 1617; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979⁷, 739 ss.; M.R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., 220 ss.; G.A.M. TRIMARCHI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in AA.VV., *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., 155 ss.; E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, 325 ss.; M. CENINI, *Divisione transattiva, transazione divisoria e accordi paradivisori*, in *Familia*, 2020, 156.

⁶⁹ Trova dunque conferma l'intuizione di N. 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 ...».

La Rivista *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina* è promossa dal Centro di Studi Giuridici Latinoamericani della Università di Roma 'Tor Vergata' / ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche, in collaborazione con l'Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma, l'Istituto Italo-Latino Americano (IILA) e l'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA).

La Rivista propugna lo studio e la diffusione del diritto romano (*ars boni et aequi*) costituito *hominum causa*, come strumento di pace tra i popoli. Essa si dedica in particolare ai temi dell'unità e dell'unificazione del diritto, e del diritto dell'integrazione, in Eurasia e in America Latina.

Si considera innanzitutto il periodo di 'inizio' (*principium*) del sistema giuridico romanistico, dalla fondazione di Roma alla compilazione del Digesto (*templum iustitiae* secondo Giustiniano) in 'Costantinopoli nuova Roma', e, sottolineandone il carattere già originariamente eurasiatico, se ne seguono gli sviluppi dovuti alla teoria 'Mosca terza Roma'.

Nello studio del sistema (e dei singoli ordinamenti statali che con esso si confrontano) viene dato risalto all'America Latina, in quanto Europa e America Latina «formano una sola area spirituale, culturale, giuridica ed anche in certo modo sociale, economica e politica che la scienza giuridica romana saldamente cementa ed unifica. *Unitas et pax orbis ex iure*» (G. La Pira). Il diritto romano dà al sottosistema giuridico latinoamericano il fondamento della sua unità, della sua identità (e resistenza) e del suo universalismo.

L'origine eurasiatica, e quindi mediterranea, del diritto romano rafforza l'esigenza del confronto con le grandi realtà geopolitiche continentali (in primo luogo la Repubblica Popolare Cinese), intercontinentali (il BRICS) e con gli altri grandi sistemi giuridici (in primo luogo il diritto musulmano).

Hanno collaborato a questo numero della rivista:

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES
SIMONA CACACE
EMANUELA CALORE
RICCARDO CARDILLI
PIERANGELO CATALANO
CUI JANYUAN
TOMMASO DALLA MASSARA
FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE
CARLOS DE CORES HELGUERA
DAVID FABIO ESBORRAZ
IOLE FARGNOLI
URS FASEL
FEI ANLING
MONICA FERRARI
JEAN-FRANÇOIS GERKENS
JIANG PING
ANDREA LANDI
JUANA ARACELY LARIOS MÉNDEZ

PIETRO LO IACONO
SABRINA LO IACONO
ROBERTA MARINI
YVES MAUSEN
JORGE MENABRITO PAZ
RENATO PERANI
ALDO PETRUCCI
STEFANO PORCELLI
ANTONIO SACCOCCIO
CATALINA SALGADO RAMÍREZ
SANDRO SCHIPANI
SHI HONG
MARÍA DEL ROSARIO STOPPANI
SUN XIANZHONG
MAURO TESCARO
MARINA TIMOTEO
WANG LIMING
ISABELLA ZAMBOTTO



Centro di Studi
Giuridici
Latinoamericani



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI BRESCIA

unibs.it



Fondazione
di Sardegna