

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n. 28-2021/C

SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA NATURA DELLA DIVISIONE EREDITARIA (ANCHE ALLA LUCE DELLA PRONUNZIA DELLE SEZIONI UNITE N. 25021/2019)

di Rolando Quadri

(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 30 marzo 2021)

Abstract

Lo studio prende le mosse (paragrafo 2) dall'iter argomentativo seguito nel recente intervento delle Sezioni Unite (7 ottobre 2019, n. 25021), le quali, in occasione di una controversia avente ad oggetto l'applicazione alla divisione ereditaria degli artt. 40, comma 2, l. 47/1985 e 46, comma 1, D.P.R. 380/2001, ripercorrono il tema della natura giuridica di quest'ultima. In particolare, escludendo che lo stesso negozio divisorio, ove avente ad oggetto una massa ereditaria, possa qualificarsi in termini di atto dichiarativo e mortis causa, le Sezioni Unite concludono, piuttosto, per una ricostruzione della divisione ereditaria quale atto inter vivos, avente natura "costitutivo-traslativa".

L'esame della citata pronunzia delle Sezioni Unite offre lo spunto per una sintetica rassegna delle principali impostazioni che in dottrina – con ricchezza di argomentazioni e con differente considerazione della portata dell'art. 757 cod. civ. – sono state prospettate con riguardo al delicato tema della natura giuridica della divisione ereditaria, ora affermandone il carattere dichiarativo (paragrafo 3), ora il carattere costitutivo (paragrafo 4). Ad esito di tale sintesi, la divisione viene ricondotta (paragrafo 5), da un punto di vista sistematico, nel novero dei contratti che, ai sensi dell'art. 1321 cod. civ., sono caratterizzati dall'assumere contenuto "regolativo": quei contratti, cioè, che, non potendo essere ricondotti nel novero degli accordi "costitutivi" di rapporti giuridici patrimoniali – i quali, presupponendo la pregressa "assenza" di rapporti tra i contraenti, ne determinano l'insorgere – ovvero di quelli "estintivi" di rapporti giuridici patrimoniali – i quali, presupponendo la pregressa "esistenza" di rapporti tra i contraenti, ne determinano la cessazione – sono perfezionati al fine di "regolare" o "modificare" pregressi rapporti giuridici patrimoniali.

Per quanto concerne la disciplina della divisione, l'idea di fondo (paragrafo 6), dal punto di vista metodologico, è di non lasciar dipendere l'applicazione di talune regole in materia dalla mera affermazione del carattere dichiarativo o costituivo della medesima divisione, quanto, piuttosto, dalla preventiva individuazione della ratio di quelle specifiche regole, al fine di verificarne la compatibilità, appunto, con il negozio divisorio. In tale ottica, le conclusioni cui pervengono le Sezioni Unite, nel senso della necessaria applicazione degli artt. 40, comma 2, l. 47/1985 e 46, comma 1, D.P.R. 380/2001 anche alla divisione ereditaria, sono sottoposte a revisione critica (paragrafo 7), in quanto non tengono nella dovuta considerazione la complessità della ratio che pare ispirare proprio le disposizioni da ultimo richiamate. Lo stesso metodo, infine, viene adottato anche in relazione ad ulteriori tasselli della disciplina del negozio divisorio (paragrafo 8).

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pronunzia delle Sezioni Unite. – 3. Le impostazioni che propendono per il carattere dichiarativo della divisione. – 4. L’affermazione della natura costitutiva della divisione. – 5. La divisione quale atto “regolativo” di rapporti giuridici preesistenti. – 6. Il problema della individuazione della *ratio* delle singole regole dettate a disciplina della divisione. – 7. Divisione e disciplina urbanistica. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La pronunzia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (n. 25021 del 7 ottobre 2019)¹ rappresenta il punto di partenza del presente studio, che si propone di verificare se ed in quale misura l’orientamento emergente dalla citata decisione possa dimostrarsi idoneo ad incidere sull’applicazione di determinate regole in materia di divisione ereditaria, di particolare interesse nello svolgimento della professione del notaio.

Non essendo questa la sede per l’approfondimento dei profili di interesse prevalentemente processuale², operazione preliminare assolutamente necessaria ai fini della presente indagine appare ripercorrere, seppur brevemente, i passaggi più rilevanti che hanno condotto la Suprema Corte, nella dianzi indicata pronunzia, a prospettare quelle che potrebbero definirsi – attesa l’autorevolezza della fonte e almeno nelle intenzioni di quest’ultima³ – le “nuove linee guida” dell’attività esegetica e operativa avente ad oggetto la disciplina della divisione ereditaria.

All’uopo, non può farsi a meno di premettere l’importanza di chiarire come la sentenza qui in esame sia destinata ad incidere direttamente sulla disciplina urbanistica, proprio rispetto alla quale deve ritenersi strumentale l’articolato *iter* argomentativo seguito dai giudici di legittimità. In altre parole, il ragionamento svolto dalla Suprema Corte, che attraversa altresì il delicato e controverso tema della natura giuridica della divisione ereditaria – quest’ultimo sempre oggetto di “un dibattito assai vivace”⁴ –, tende a pervenire a talune conclusioni in merito all’applicabilità alla divisione ereditaria di determinate regole contenute, appunto, nella disciplina urbanistica. Di tale ultima circostanza non potrà non tenersi conto, allorché si cercherà di verificare se, alla luce della nuova pronunzia e delle indicazioni operative ivi contenute, le conclusioni cui la Suprema Corte è pervenuta debbano reputarsi parimenti atte ad incidere, eventualmente in senso modificativo,

¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 7 ottobre 2019, n. 25021, in *Notariato*, 2019, p. 649 (con commento di C. ROMANO, *Natura giuridica della divisione ereditaria: la posizione delle Sezioni Unite*): alla predetta sentenza, nel testo e nelle note, si farà riferimento utilizzando semplicemente la locuzione “Sezioni Unite”.

² Sul punto, S. BOSA, *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche: questioni qualificatorie e processuali*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1078 s.

³ Non a caso, successivamente alla pronunzia delle Sezioni Unite, la stessa Suprema Corte (cfr. Cass., 3 dicembre 2020, n. 27692, in *CNN Notizie del 4 dicembre 2020*), ancorché intervenuta sul tema del trattamento della divisione dal punto di vista della normativa sulle imposte indirette, si preoccupa in più punti di ricondurre le proprie argomentazioni nell’alveo tracciato dalle stesse Sezioni Unite.

⁴ In questi termini, A. MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, p. 88, il quale sottolinea come il dibattito concernente la natura giuridica della divisione si svolga “in base, a volte, ad argomenti del tutto inconciliabili, a volte, invece, non del tutto contrastanti”.

sulle prassi interpretative ed applicative attualmente diffuse, con specifico riferimento alla materia della divisione ereditaria, ma concernenti differenti profili normativi⁵.

Ciò che si vuole evitare, in effetti, è di estendere indebitamente la portata dei principi emergenti dalla citata pronunzia anche al di là dei rapporti tra divisione ereditaria e disciplina urbanistica, senza aver preventivamente verificato se le conclusioni cui è pervenuta la Suprema Corte in merito alla natura giuridica della divisione ereditaria, ove estese a differenti profili regolamentari del negozio divisorio, si rivelino parimenti suscettibili di incidere sull'esegesi delle diverse regole ad esso applicabili. Tale ultima operazione appare estremamente delicata, dal momento che, come si avrà modo di sottolineare, l'accoglimento di una particolare ricostruzione in ordine alla natura giuridica di una determinata fattispecie – nel caso qui oggetto d'indagine, la natura c.d. costitutiva della divisione ereditaria – non necessariamente deve comportare radicali cambiamenti nell'applicazione della disciplina complessivamente intesa di quella fattispecie, allorché la valutazione degli interessi in gioco, quali emergenti dall'esame del quadro normativo di riferimento, autorizzi l'interprete a mantenersi nel solco tracciato dalle interpretazioni e prassi correnti⁶.

2. La pronunzia delle Sezioni Unite

Tralasciando la ricostruzione della fattispecie concreta oggetto della decisione, le Sezioni Unite muovono dall'individuazione di due questioni di diritto, per poi affrontare il tema della natura della divisione: la prima, concernente l'applicabilità dell'art. 40, comma 2, l. 47/1985 agli atti di scioglimento della comunione; la seconda, avente ad oggetto la riconducibilità degli atti di scioglimento della comunione ereditaria, al pari degli atti di scioglimento della comunione ordinaria, nel novero degli atti *inter vivos*, in quanto tali suscettibili di rientrare nel campo di applicazione degli artt. 40, comma 2, l. 47/1985 e 46, comma 1, D.P.R. 380/2001⁷.

Con riguardo alla prima delle problematiche enucleate, la Suprema Corte, pur rilevando che, mentre è dato rinvenire nell'art. 46, comma 1, D.P.R. 380/2001 un esplicito riferimento agli "atti di scioglimento della comunione", analogo riferimento non risulta dalla lettura dell'art. 40, comma 2, l. 47/1985, ritiene l'argomentazione letterale, ancorché adottata in un precedente orientamento⁸, fuorviante: in sostanza, l'ampia formula adoperata dal legislatore all'art. 40, comma 2, l. 47/1985, riferendosi agli "atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali... relativi ad edifici o loro parti", sarebbe idonea a ricomprendere tutti gli atti *inter vivos* – ivi inclusi gli atti di scioglimento della comunione – aventi ad oggetto, appunto, diritti reali relativi ad edifici, eccettuati quelli espressamente esclusi. Del resto, anche interpretando teleologicamente entrambi i citati artt. 46 e 40, i quali disciplinano comunque atti *inter vivos* aventi ad oggetto diritti reali

⁵ V. *infra*, par. 8.

⁶ L'impostazione che si intende seguire nel presente studio, consistente nel non far senz'altro dipendere dall'eventuale accoglimento della conclusione nel senso della natura costitutiva della divisione le scelte ermeneutiche relative a taluni profili di disciplina dello stesso contratto di divisione, recepisce l'insegnamento di G. MIRABELLI, voce *Divisione*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 36, il quale, nel sottoporre a revisione critica la differente opzione interpretativa tendente ad affermare il carattere dichiarativo dell'atto divisorio, invitava a non affidare la risoluzione delle varie problematiche esegetiche alla scelta in favore di un determinato orientamento: "deve essere solo rilevato che la maggior parte delle questioni, a risolvere le quali è tradizionalmente invocato il principio della dichiaratività, sono risolte espressamente dalla legge vigente o risolvibili sulla base di principi diversi, deducibili dall'ordinamento, sicché della norma contenuta nell'art. 757 non sembra vi sia alcuna necessità".

⁷ Le questioni dogmatiche affrontate dalle Sezioni Unite sono state a ragione definite "apicali" da G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, I, p. 13.

⁸ V. Cass., 13 luglio 2005, n. 14764, in *Contratti*, 2006, p. 34.

relativi a manufatti abusivi, non si riuscirebbe a comprendere come mai, in assenza di una formale esclusione degli atti di scioglimento della comunione dal campo di applicazione dell'art. 40, questi ultimi dovrebbero essere consentiti ove aventi ad oggetto fabbricati realizzati prima dell'entrata in vigore della l. 47/1985 e non anche ove aventi ad oggetto fabbricati realizzati in data successiva. Così venendosi a creare, oltretutto, una evidente disparità di trattamento rispetto a differenti atti traslativi o costitutivi di diritti reali, i quali sono fatti rientrare, secondo la comune interpretazione, nel campo di applicazione dell'art. 40, comma 2, l. 47/1985.

In conclusione, sul punto, le Sezioni Unite esprimono un primo principio di diritto: "gli atti di scioglimento delle comunioni relativi ad edifici, o a loro parti, sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità prevista dalla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, per gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici realizzati prima della entrata in vigore della L. n. 47 del 1985 dai quali non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria... o dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che la costruzione dell'opera è stata iniziata in data anteriore al 1 settembre 1967".

Con riferimento alla seconda delle problematiche, le Sezioni Unite prendono le distanze dal precedente orientamento che, nel reputare la divisione ereditaria quale atto *mortis causa* – in quanto non autonomo rispetto alla vicenda successoria e, quindi, da intendersi alla stregua di atto conclusivo della vicenda successoria⁹ – e nel fondare tale impostazione anche col richiamo all'art. 757 cod. civ. ed alla efficacia retroattiva ivi disposta, conclude nel senso della natura puramente dichiarativa dello stesso negozio divisorio¹⁰. Premessa una breve distinzione tra "comunione ordinaria" e "comunione ereditaria"¹¹, le Sezioni Unite respingono con fermezza l'idea che, ove la divisione abbia ad oggetto lo scioglimento di una comunione ereditaria, essa debba considerarsi atto *mortis causa*: se, infatti, caratteristica dei negozi appartenenti a tale ultima categoria è da individuarsi nel rilievo attribuito all'evento "morte", alla base della produzione dell'effetto giuridico, la divisione ereditaria, diversamente, produce i suoi effetti a prescindere dalla morte del *de cuius*. La morte del *de cuius*, piuttosto, rappresenta un evento ormai passato, rilevante per l'insorgere della comunione ereditaria, non anche ai fini del successivo scioglimento della medesima: il contratto di divisione ereditaria, invece, producendo i suoi effetti in virtù del

⁹ In tal senso, Cass., 28 novembre 2001, n. 15133, in *Vita not.*, 2002, p. 331: la divisione ereditaria, appunto, "pur attuandosi dopo la morte del *de cuius*, costituisce l'evento terminale della vicenda successoria e, quindi, rispetto a questa non può considerarsi autonoma", secondo un'argomentazione successivamente ripresa da Cass., 17 gennaio 2003, n. 630, in *Vita not.*, 2003, p. 270 e da Cass., 1 febbraio 2010, n. 2313, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2127.

¹⁰ È questa, ad es., l'impostazione seguita da Cass., 5 agosto 2011, n. 17061, in *Vita not.*, 2012, p. 641, ove il carattere dichiarativo della divisione viene fatto dipendere dal richiamo all'art. 757 cod. civ. ed esteso alla divisione non ereditaria, in base al rinvio contenuto nell'art. 1116 cod. civ. Secondo una prospettiva non dissimile, v. Cass., 29 marzo 2006, n. 7231, da *Ced Cassazione*, 2006, in cui, nell'invocare, ancora una volta, gli artt. 757 e 1116 cod. civ., si evidenzia che "l'effetto dichiarativo-retroattivo della divisione... comporta, invero, che ciascun condividente sia considerato titolare *ex tunc*, e cioè dall'apertura della successione, dei beni assegnatigli, saltando l'intervallo di tempo che separa la delazione (e la conseguente accettazione dell'eredità) dalla divisione"; conseguentemente, "la natura dichiarativa della divisione... esclude, quindi, che la divisione abbia efficacia traslativa, poiché non è atto... di trasferimento né fra i condividenti nei rapporti reciproci, né fra la comunione che si scioglie e i singoli condividenti". Nel solco delle impostazioni tendenti ad affermare il carattere dichiarativo della divisione, cfr., fin d'ora, A. GUARINO, voce *Comunione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 263.

¹¹ Le Sezioni Unite – secondo un orientamento per il quale v. già Cass., 10 gennaio 2011, n. 355, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 473 – in particolare ricordano come la "comunione ereditaria" sia "indipendente dalla volontà dei chiamati alla eredità" e, quindi, debba essere annoverata "tra le comunioni 'incidentali' ('communio incidens'), in quanto sorge per il verificarsi del mero 'fatto giuridico' della pluralità di acquisti della medesima eredità"; conseguentemente, "con l'apertura della successione e con l'accettazione, gli eredi subentrano in *universum ius defuncti* in modo indistinto e promiscuo, divenendo (con)titolari dell'intero patrimonio del *de cuius* e di tutte le attività che lo compongono".

consenso reciproco manifestato dai conviventi nelle forme previste dalla legge, deve essere accostato, sia dal punto di vista della natura che da quello degli effetti, al contratto di divisione con il quale si addivenga allo scioglimento della comunione ordinaria. In altre parole, la diversa natura della comunione non varrebbe a snaturare i connotati del negozio divisorio, cui dovrebbe riconoscersi, conseguentemente, carattere unitario¹².

Nella prospettiva delineata dalle Sezioni Unite, la divisione ereditaria sarebbe un atto – definito “eventuale” – dotato di autonomia rispetto alla vicenda successoria, a tal punto che i coeredi potrebbero ben scegliere di rimanere in comunione. La medesima vicenda successoria, insomma, si esaurirebbe con l'accettazione dell'eredità da parte dei chiamati. A ciò si aggiunga come, nelle ipotesi di comunione avente ad oggetto beni indivisibili e, quindi, di successiva vendita all'incanto del bene ai sensi dell'art. 720 cod. civ., la stessa vendita, in quanto atto *inter vivos*, dovrebbe senz'altro farsi rientrare nel campo di applicazione degli artt. 46, D.P.R. 380/2001 e 40, comma 2, L. 47/1985, con conseguente evidente disparità di trattamento rispetto all'ipotesi della divisione ereditaria, praticabile nell'ipotesi di comunione avente ad oggetto beni divisibili.

Una ulteriore argomentazione che viene sottoposta a revisione critica è quella, emergente dal precedente orientamento e facente leva sul richiamo all'art. 734 cod. civ.: in sostanza, a voler ritenere applicabile la disciplina urbanistica alla divisione ereditaria, si verrebbe a creare una evidente disparità di trattamento rispetto all'ipotesi “omogenea” della divisione fatta dal testatore, cui la predetta disciplina, secondo la *communis opinio*, si ritiene non applicabile¹³. Secondo le Sezioni Unite, invece, non instaurandosi alcuna situazione di comunione ereditaria nell'ipotesi della divisione fatta dal testatore, al momento della morte di quest'ultimo, la pretesa omogeneità tra divisione testamentaria – atto *mortis causa* – e divisione contrattuale – atto *inter vivos* – sarebbe limitata al profilo funzionale dell'apporzionamento, non anche alla natura giuridica degli atti mediante i quali il medesimo apporzionamento si realizza. E, ancora, essendo la *ratio* delle citate disposizioni in materia urbanistica quella di precludere la circolazione degli edifici abusivi, detta *ratio* non dovrebbe intendersi limitata alla preclusione, per il *de cuius*, del potere di alienare il manufatto abusivo, ma anche alla preclusione, per i coeredi, di procedere alla divisione del medesimo (o, eventualmente, di procedere alla relativa alienazione).

Venendo all'argomentazione facente leva sulla retroattività disposta dall'art. 757 cod. civ., le Sezioni Unite rilevano come quest'ultima operi sul piano dell'effetto distributivo della divisione, senza cancellare gli altri effetti *medio tempore* prodottosi durante lo stato di comunione (quali, in via esemplificativa, i diritti reali costituiti in favore di terzi). Conseguentemente, l'assimilazione della retroattività alla dichiaratività della divisione costituirebbe, più che altro, un “dogma”¹⁴: non avrebbe senso una previsione volta a disporre la retroattività degli effetti di un atto, se

¹² Le affermazioni della pronunzia qui in esame, del resto, sembrerebbero allinearsi a quel diffuso orientamento tendente, appunto, a ravvisare una certa omogeneità tra divisione ereditaria e divisione ordinaria. Sul punto (che sarà ripreso *infra*, par. 3), v. fin d'ora le riflessioni di A. GUARINO, *op. loc. citt.*

¹³ Cfr. Cass., 28 novembre 2001, n. 15133, cit., secondo cui, a voler ritenere applicabile la L. 47/1985 anche alla divisione ereditaria, “si perverrebbe ad irragionevoli differenze di trattamento rispetto ad ipotesi sostanzialmente omogenee, non potendosi in alcun modo giustificare l'esigenza dell'applicazione della norma in esame alla divisione ereditaria e la non applicazione di essa alla divisione operata dal testatore”. È pur vero come la divisione fatta dal testatore rimanga di difficile collocazione nel sistema della divisione: sul punto, E. MOSCATI, voce *Divisione*, I) *Profili generali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1990, p. 4.

¹⁴ Per la contestazione di un simile dogma – a ragione definito “di longevità secolare” da G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 14 – basti qui rinviare alla riflessione di L. V. MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 548, nonché, più di recente, a M. SESTA, *Il contratto di divisione*, nel *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, II, *Cessione e uso dei beni*, Milano, 2014, p. 420, il quale rileva proprio che “dalla formulazione dell'art. 757 non sarebbe, quindi, dato evincere la dichiaratività della divisione, ma ‘soltanto’ la sua retroattività”.

quest'ultimo si limitasse a dichiarare o accertare una situazione giuridica preesistente, coniugandosi, piuttosto, l'efficacia retroattiva di un dato atto giuridico con il relativo carattere costitutivo o traslativo. In sostanza, la funzione dell'art. 757 cod. civ. sarebbe quella di legare l'efficacia retroattiva ad un atto di natura costitutivo-traslativa, quale, appunto, la divisione¹⁵.

La divisione, del resto, lungi dall'accertare una situazione preesistente, comporta una effettiva modificazione della realtà giuridica e, in particolare, delle sfere giuridiche dei conviventi, i quali transitano da una situazione di comproprietà su più beni ad una di "proprietà individuale" su determinati cespiti. In effetti, l'acquisto compiuto dal convivente sul bene attribuitogli non è diverso da quello che avrebbe potuto compiere ad esito di un atto traslativo posto in essere con il consenso unanime dei coeredi. Conclusivamente, sul punto, la retroattività della divisione inciderebbe solo sugli effetti di quest'ultima, non anche sulla sua natura. A ciò si aggiunga come agli atti di scioglimento della comunione ordinaria si applichi senza dubbio la previsione di cui all'art. 46, comma 1, D.P.R. 380/2001: non potrebbe logicamente farsi dipendere la mancata applicazione della medesima disposizione alla divisione ereditaria sul presupposto del relativo carattere retroattivo, essendo rinvenibile lo stesso carattere anche nella divisione ordinaria.

In sintesi, secondo l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, la divisione ereditaria, pur assumendo carattere retroattivo ai sensi dell'art. 757 cod. civ., non sarebbe negozio dichiarativo né atto *mortis causa*. Rientrerebbe, pertanto, al pari degli atti di scioglimento della comunione ordinaria, nel novero degli atti nulli ove posti in violazione dell'art. 46 D.P.R. 380/2001. Ulteriore argomento a sostegno di tale conclusione viene rinvenuto nell'art. 30 del citato D.P.R., il quale, nel regolare gli atti aventi ad oggetto la circolazione dei terreni, si riferisce espressamente agli atti tra vivi aventi ad oggetto lo scioglimento della comunione, con espressa esclusione, nell'ultimo comma della medesima disposizione, delle divisioni ereditarie. In assenza di una simile esclusione, anche le divisioni ereditarie sarebbero state assoggettate agli obblighi di cui al citato art. 30: ecco perché, già solo dal punto di vista dell'interpretazione letterale, non sarebbe possibile sottrarre la divisione ereditaria all'applicazione dell'art. 46, in assenza di una espressa esclusione. Dal punto di vista dell'interpretazione logica, inoltre, mentre nell'ipotesi dell'art. 30 la comminatoria di nullità svolgerebbe la funzione di prevenire un illecito edilizio, presumendosi la divisione del fondo in lotti idonea a realizzare, successivamente, edifici abusivi, in quella regolamentata dall'art. 46 la sanzione della nullità servirebbe a colpire un illecito già consumato: soltanto nel primo caso il legislatore avrebbe inteso far prevalere la volontà dei coeredi di sciogliere una comunione da essi non voluta.

3. Le impostazioni che propendono per il carattere dichiarativo della divisione

Che l'art. 757 cod. civ. abbia da sempre costituito il fulcro di ogni impostazione tendente a concludere nel senso del carattere dichiarativo della divisione (ereditaria e non)¹⁶, è circostanza

¹⁵ L'impostazione accolta dalle Sezioni Unite sembrerebbe proprio riprendere la riflessione di quella parte della dottrina che sottolinea come abbia senso accostare il concetto di "retroattività", di regola, (solo) agli atti aventi efficacia costitutiva: sul punto, v., per tutti, M. SESTA, *op. loc. citt.* Per l'affermazione, invece, della compatibilità della "retroattività" con il carattere dichiarativo dell'atto, cfr., da ultimo, E. MIGLIACCIO, *Sulla natura e sugli effetti della divisione*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, p. 147 e *passim*.

¹⁶ Non può farsi a meno di ricordare l'insegnamento di A. GUARINO, voce *Comunione (dir. civ.)*, cit., p. 263, il quale non esita a superare due possibili obiezioni, tali da indurre a dubitare del carattere retroattivo della divisione non ereditaria: "in primo luogo, che la retroattività è in qualche modo giustificabile in tema di eredità, ma è assolutamente illogica in tema di comunione; in secondo luogo, che l'art. 1116 non parla di scioglimento della comunione, ma solo di 'divisione delle cose comuni', il che fa pensare che esso abbia voluto far solo riferimento alle regole tecniche dell'ipotesi di divisione". Secondo l'a., infatti, da un lato "l'illogicità del carattere retroattivo dello scioglimento non

emergente, anche in linea di prima approssimazione, dall'esame della letteratura in materia, nella quale è dato riscontrare, appunto, la sovrapposizione tra i concetti di "dichiaratività"¹⁷ e "retroattività"¹⁸. Sovrapposizione, quest'ultima, che talvolta finisce addirittura – e, forse,

determina un vero e proprio 'contrasto' tra la norma dell'art. 757 e quelle degli artt. 1111-1115"; dall'altro, "il legislatore chiaramente considera equivalenti, negli art. 1111-1115, le locuzioni 'scioglimento della comunione' e 'divisione della cosa comune'". In conclusione, "è giocoforza ammettere che anche lo scioglimento della comunione abbia, *de iure condito*, carattere dichiarativo". Nel senso dell'applicabilità dell'art. 757 cod. civ. alla comunione ordinaria, v. anche A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, nel *Trattato Vassalli*, XII, 5, Torino, 1980, p. 199 s., nonché, con una apertura di carattere sistematico, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2017, p. 341, ad avviso del quale "la diversa collocazione delle norme sullo scioglimento della comunione, secondo che si tratti di comunione ordinaria o comunione ereditaria, non esclude la convenienza di una trattazione unitaria", attesa "l'identità della nozione di divisione, quale ripartizione dei beni comuni tra i partecipanti della comunione, sia questa ordinaria o ereditaria", oltre che "la sostanziale identità della disciplina, confermata dalla disposizione che dichiara applicabili alla divisione della comunione ordinaria le norme sulla divisione dell'eredità, salvi i casi di incompatibilità (art. 1116)"; nella prospettiva dell'a. da ultimo citato (p. 346), il principio posto dall'art. 757 cod. civ. sarebbe applicabile, appunto, anche alla divisione ordinaria, "in quanto non contrastante con le norme sulla comunione ordinaria". Diversamente, secondo A. LENER, *La comunione*, nel *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 8, Torino, 1982, p. 330, il principio di retroattività della divisione sancito dall'art. 757 cod. civ. non sarebbe applicabile al di fuori della divisione ereditaria, obbedendo "ad esigenze proprie della successione ereditaria, ed in particolare ad una esigenza di 'continuità' tra la posizione giuridica del defunto e quella dell'erede che potrebbe apparire interrotta dall'interposizione di una situazione di contitolarietà"; quello stesso principio, essendo "estraneo alla logica dell'istituto della comunione, in sé considerato", non potrebbe trovare applicazione al di fuori della comunione ereditaria, "stante il limite del rinvio contenuto nell'art. 1116 alle norme sulla divisione dell'eredità". Sul punto, v. anche E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 2 s. La tendenziale unitarietà della disciplina della "divisione ereditaria" e della "divisione ordinaria", proprio mediante il richiamo contenuto nell'art. 1116 cod. civ., viene più di recente efficacemente sottolineata da M. SESTA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 404, il quale evidenzia che "la permeabilità tra le due discipline opera anche in senso inverso, senza necessità di un espresso rinvio normativo, in quanto il rapporto di genere a specie che sussiste tra le norme dettate in ambito di divisione ordinaria e quelle che disciplinano la divisione ereditaria impone che le prime, quali norme di applicazione generale, abbiano efficacia anche per la divisione ereditaria, purché non siano espressamente derogate dalle norme speciali".

¹⁷ Le ragioni che hanno comportato, in epoca moderna, il passaggio da una concezione della divisione quale atto di alienazione all'affermazione della natura dichiarativa dello stesso atto divisorio sono ben evidenziate in A. GROSSI, voce *Divisione (dir. interm.)*, in *Enc. del dir.*, XIII, 1964, p. 417 ss. Per il superamento del risalente accostamento della divisione alla permuta, v. l'insegnamento di G. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 18 e *passim*, il cui contributo rappresenta forse uno dei più preziosi nei successivi sviluppi ermeneutici del tema della divisione. Sul punto, più di recente, C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 234.

¹⁸ In una simile ottica, v. A. GUARINO, *op. loc. citt.*, per il quale l'art. 757 cod. civ. "pone il principio del carattere dichiarativo della divisione ereditaria, cioè della retroattività della divisione al momento della costituzione della comunione". Nello stesso senso, G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, nel *Commentario del Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1972, p. 342, secondo cui "la più importante delle norme sulla divisione ereditaria, che riguardano anche ogni altra divisione, è quella, contenuta nell'art. 757, dell'efficacia dichiarativa (retroattiva) dello scioglimento". L'a. da ultimo citato, peraltro, nel tentativo di spiegare la differenza tra retroattività e dichiaratività, rileva (p. 348) che la funzione dichiarativa "si spiega col viscerale, tradizionale sfavore per la comunione, che lo scioglimento non salta all'indietro (retroattività) ma cancella, considerandola mai esistita (dichiaratività)". A ben vedere, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo del presente studio, tale ultima affermazione non sembrerebbe ancorarsi ad un solido supporto normativo. Parrebbero aderire all'impostazione tendente ad affermare la natura dichiarativa della divisione, pur consapevoli delle oscillazioni nella letteratura, O. T. SCOZZAFAVA, voce *Comunione*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1989, p. 9, secondo il quale, appunto, "il nostro codice (art. 757) ... sembra assegnare a tale atto natura dichiarativa, dal momento che considera ogni partecipante come proprietario individuale della porzione di bene, che ha acquistato in virtù della divisione, dal tempo in cui si è costituita la comunione", nonché G. BONILINI, voce *Divisione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, VI, Torino, 1990, p. 485, il quale pure argomenta facendo leva, in particolare, sull'art. 757 cod. civ., nel contempo sottolineando "la discendenza, dalla fissata dichiaratività e retroattività della divisione... di conseguenze pratiche di indubbia portata".

arbitrariamente – con il ribaltare la prospettiva, secondo un’inversione logica che, in conclusione, conduce alla deduzione del carattere retroattivo della divisione dalla relativa natura dichiarativa¹⁹.

La disposizione da ultimo richiamata ed il principio di retroattività dello scioglimento della comunione ivi contemplato – peraltro reputati quasi pacificamente estensibili anche a comunioni diverse da quella ereditaria²⁰ – sembrerebbero trarre la propria ragion d’essere da una duplice esigenza: l’una, dal carattere fiscale, consistente nella volontà di evitare, in occasione del perfezionamento della divisione ereditaria, una ulteriore imposizione indiretta, economicamente onerosa per i coeredi dividendi, facente seguito alla già versata imposta in occasione dell’acquisto della quota²¹; l’altra, dal carattere sostanziale, individuabile nella volontà di tutelare i terzi in favore dei quali sia stata costituita, da parte del comproprietario, garanzia ipotecaria sulla quota del bene originariamente indiviso e, successivamente, non a questi assegnato²².

La previsione di cui all’art. 757 cod. civ. – che, in sostanza, sembra ricalcare il suo antecedente storico contenuto nel codice civile del 1865 (art. 1034)²³ – parrebbe allora diretta, con una vera e propria “finzione”²⁴, nel passaggio dalla nascita della comunione al relativo

¹⁹ In tal senso, G. AZZARITI, *La divisione*, nel *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 8, Torino, 1982, p. 417, secondo il quale, appunto, “la retroattività diventa una conseguenza necessaria del carattere dichiarativo della divisione”. Per una critica dell’indebita sovrapposizione dei concetti, cfr. C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, p. 94 ss., nonché E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, p. 62. Come non si è mancato di recente di ribadire, la tesi che propende per la natura dichiarativa della divisione ereditaria “costituisce senz’altro il più clamoroso esempio di sovrastruttura dommatica, che si riscontra nella elaborazione dell’istituto”: in questi termini, G. AMADIO, *L’efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 14.

²⁰ Cfr., ad es., G. BRANCA, *op. loc. citt.* In senso contrario, v., comunque, la già ricordata impostazione di A. LENER, *op. loc. citt.*

²¹ Sul punto, v. G. MIRABELLI, voce *Divisione*, cit., p. 35, secondo il quale, “affermando la dichiaratività della divisione, si evitava di pagare due volte (all’atto della successione ed all’atto della divisione) i gravi balzelli feudali”, nonché, fin d’ora, P. FORCHIELLI, *Divisione*, nel *Commentario del Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 23 ss. Più di recente, secondo A. CIATTI, *La comunione ereditaria e la divisione*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, II, Napoli, 2015, p. 1350, proprio con specifico riferimento alla sua origine storica, “la c.d. dichiaratività della divisione mirava a evitare la doppia imposizione fiscale a carico degli eredi, i quali diversamente si sarebbero trovati debitori sia dell’imposta sul trasferimento *mortis causa*, sia su quello *inter vivos*”.

²² V., ancora, G. MIRABELLI, *op. loc. citt.*, il quale opportunamente sottolinea come il problema sia stato risolto dall’art. 2825 cod. civ., con il prevedere il trasferimento dell’ipoteca, originariamente iscritta su bene diverso da quello assegnato al dividendo debitore, sul bene in concreto assegnato al medesimo dividendo. Sul punto, v. anche G. BRANCA, *op. cit.*, p. 355, il quale, tuttavia, non ritiene tale previsione idonea a contestare l’affermazione del carattere dichiarativo della divisione, in quanto “il negozio dichiarativo in quanto tale non ha necessariamente efficacia retroattiva nei confronti dei terzi”: in sostanza, secondo il citato a., solo a partire dal momento della divisione “e non prima il bene, ch’era oggetto, essendo indiviso, d’un diritto reale, cessa d’esserlo; ed allora, siccome al suo posto entra di fatto un’altra cosa o una somma di danaro e poiché nel campo dei diritti reali *pretium succedit in locum rei* quando la *res* è perduta per i titolari di essi... ecco che l’ipoteca, l’usufrutto, l’uso, ecc., si rifanno su questa cosa o su questa somma”. In argomento, più di recente, A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 351 s.

²³ Sul punto, A. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Contratto di divisione e autonomia privata* (Atti del Convegno Santa Margherita di Pula, Fortevillage 30 e 31 maggio 2008), Roma, 2008, p.14.

²⁴ Cfr. A. BURDESE, *op. cit.*, p. 199, per il quale la “finzione legislativa” consisterebbe, appunto, nella “immediata derivazione dal *de cuius* della titolarità esclusiva dei beni pervenuti a ciascun coerede a seguito della divisione ereditaria, cui corrisponde l’altrettanto dichiarata finzione del venir meno da sempre della sua contitolarità degli altri beni ereditari”. Decisamente critici con riguardo all’utilizzazione del concetto di “finzione”, al fine di spiegare la regola contenuta nell’art. 757 cod. civ., C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 97 ss. ed E. MINERVINI, *op. cit.*, p. 57 s., il quale sembrerebbe orientarsi, piuttosto, nel senso della natura “eccezionale” dell’art. 757 cod. civ., in deroga “al principio in base al quale i privati non possono dar vita a negozi forniti di effetti retroattivi reali ed assoluti”. Sul punto, v. anche le osservazioni di A. MORA, *op. cit.*, p. 324, il quale, parimenti, non esita a definire “del tutto inadeguato” il ricorso al concetto di “finzione”: secondo l’a. da ultimo citato, “per una sorta di incomprensibile argomentazione, la cui utilità resta ancora da dimostrare se non, a tutto concedere, sotto il profilo descrittivo, si dovrebbe sostenere, in ossequio alla teoria

scioglimento, ad eliminare la situazione di comproprietà venutasi *medio tempore* a creare²⁵. Peraltro, nel tentativo di spiegare il meccanismo divisorio e di giustificare l'affermazione della natura dichiarativa della medesima divisione, senza cancellare quella stessa situazione intermedia, una parte della dottrina contesta l'idea che la divisione sia idonea a modificare il diritto del dividente, limitandosi la modifica prodottasi in virtù del negozio divisorio al solo contenuto di quel diritto²⁶. In altre parole, prospettando l'operatività di un principio di "surrogazione reale", si riuscirebbero a superare le difficoltà emergenti dalla rilevata diversità della situazione di comproprietà rispetto a quella della proprietà individuale, così finendosi con il supportare la conclusione nel senso del carattere dichiarativo della divisione²⁷.

Secondo un'impostazione in parte diversa nei presupposti, ma sostanzialmente analoga nelle conclusioni – la c.d. tesi della proprietà "incerta" –, l'esistenza di una regola quale quella contenuta nell'art. 757 cod. civ. rappresenta il principale argomento invocato al fine di sostenere il carattere dichiarativo del negozio divisorio anche da parte della dottrina che ha finito con l'accostare quest'ultimo alla categoria del "negozio d'accertamento"²⁸, nonostante l'obiezione alla cui stregua, ad esito dello scioglimento della comunione, risulterebbe conseguentemente modificato anche il precedente rapporto, transitandosi dal regime di comproprietà a quello di proprietà individuale (obiezione, quindi, che potrebbe seriamente incrinare l'affermazione della natura dichiarativa della divisione). Proprio al fine di superare tale possibile obiezione, quella stessa dottrina è costretta ad affermare come, *manente comunione*, la qualifica di proprietario spetti alla "collettività dei comunisti... che non è la somma dei singoli partecipanti e tuttavia non si

finzionistica, che la divisione abbia natura traslativa o costitutiva ma, ciononostante, l'ordinamento le attribuisca una natura dichiarativa"; conseguentemente, "con un'asserzione ancor meno condivisibile, viene equiparata acriticamente, quasi dogmaticamente, l'efficacia retroattiva della divisione al suo carattere dichiarativo". Critiche al concetto di "finzione", ove invocato a sostegno dell'affermazione del carattere dichiarativo della divisione, sono state mosse anche da A. CIATTI, *La comunione ereditaria e la divisione*, cit., p. 1350 s.

²⁵ Sul punto, A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XLII, Milano, 1961, p. 389, il quale, nel richiamare il principio posto dall'art. 757 cod. civ., rileva che, "in base al principio così formulato, si direbbe che la divisione cancelli retroattivamente lo stadio intermedio della comproprietà, ricollegando la proprietà risultante dalla divisione, a quella preesistente".

²⁶ V., ancora, A. CICU, *op. cit.*, p. 395, ove si ribadisce, appunto, che "la divisione non modifica il diritto preesistente durante la comunione, che resta diritto di proprietà"; piuttosto, "modifica soltanto l'oggetto di esso". Ancorché nel quadro delle impostazioni tendenti a negare il carattere dichiarativo della divisione, per affermarne la natura costitutiva, la vicenda giuridica che scaturisce, sotto il profilo effettuale, dalla divisione, secondo una prospettiva non troppo distante da quella dell'a. da ultimo citato (per la quale cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 347), viene descritta quale "conversione delle quote in porzioni", vale a dire quale "concentrazione del diritto di quota della comunione in diritto esclusivo su una porzione del bene o dei beni comuni" (il corsivo è dell'a.).

²⁷ Secondo A. CICU, *op. cit.*, p. 398 s., infatti, il ricorso al concetto di surrogazione reale "permette di non cancellare la situazione giuridica esistente prima della divisione": in sostanza, l'effetto consistente nel subentro *pro quota* nella posizione del defunto "non viene cancellato con la divisione, comunque le quote siano formate, perché alla realtà non si sostituisce una finzione, ma una nuova realtà, che, lasciando immutato l'effetto, modifica l'oggetto del rapporto giuridico in cui l'erede è subentrato". Nel solco delle impostazioni tendenti a concludere nel senso della natura dichiarativa della divisione, il principio della "surrogazione reale" viene invocato altresì da G. GAZZARA, voce *Divisione (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XIII, 1964, p. 423, secondo il quale "nella divisione non si ha perdita o acquisto di un diritto da parte di alcuno dei condomini, sibbene passaggio dalla indeterminatezza alla determinatezza, restando il diritto di ciascun partecipe oggettivamente identico". Anche secondo l'a. da ultimo citato, la divisione "non modifica il diritto quale era durante lo stato di comunione, ma ne modifica solo il contenuto". Più di recente, sembrerebbe prestare all'adesione alla c.d. teoria della surrogazione reale A. CIATTI, *op. cit.*, p. 1350, il quale richiama espressamente la previsione contenuta nell'art. 2825 cod. civ.

²⁸ In tal senso, G. BRANCA, *op. cit.*, p. 345. Pur concludendo nel senso della natura dichiarativa della divisione, l'accostamento di quest'ultima al negozio di accertamento viene decisamente respinto da A. CICU, *op. cit.*, p. 390 ss. e G. GAZZARA, *op. loc. cit.*

distacca da essi”: in sostanza, mentre con il passaggio al regime di proprietà individuale del bene il singolo comunista acquisterebbe una sorta di autonomia, fino a quel momento, diversamente, la disponibilità del bene resterebbe in capo al “gruppo dei comunisti”²⁹.

A ciò si aggiunge come, in una simile ottica, il negozio divisorio venga reputato idoneo a mantenere il suo carattere dichiarativo in tutte le ipotesi nelle quali in favore di uno dei comunisti sia riconosciuta la proprietà del cespite che, in precedenza, apparteneva al gruppo³⁰. Secondo tale ultimo filone esegetico, inoltre, una simile conclusione non contrasterebbe con la regola in base alla quale il convivente, a seguito dello scioglimento della comunione, non sarebbe tenuto a restituire i frutti percepiti *manente comunione*, in quanto i medesimi frutti risulterebbero essere stati percepiti dallo stesso convivente non *uti dominus*, ma quale partecipante alla comunione e, quindi, in qualità di avente diritto a goderne. In altre parole, la divisione non varrebbe a cancellare la comunione “in quanto godimento”³¹.

4. L’affermazione della natura costitutiva della divisione

Ormai da tempo, nonostante l’indubbia autorevolezza delle impostazioni tendenti a concludere nel senso del carattere dichiarativo del negozio divisorio³², una parte sempre più consistente della dottrina, alla luce delle motivazioni, di carattere soprattutto storico e fiscale, poste alla base della scelta del legislatore in favore del carattere retroattivo della divisione, ha sottoposto a revisione critica quegli stessi orientamenti, essendo venute meno le ragioni di siffatta conclusione³³. Così, partendo dalla considerazione dell’incompatibilità tra “dichiaratività” e “retroattività” – non a caso correttamente ora riproposta dalla pronuncia delle Sezioni Unite dalla

²⁹ V., ancora, G. BRANCA, *op. cit.*, p. 345 ss., secondo il quale “la proprietà dell’insieme dei comunisti coesiste con il dominio *quiescente* dei singoli perché appunto il legislatore, non sapendo chi sia padrone di questo o quel bene, dell’una o dell’altra porzione, considera proprietaria la collettività di costoro senza riuscire peraltro a darle una personalità al tutto distinta da essi: i quali ne fanno parte appunto perché sono o possono essere, in una misura che è ignota, i proprietari della cosa” (il corsivo è dell’a.).

³⁰ Secondo G. BRANCA, *op. cit.*, p. 347, solo se il bene indiviso fosse venduto all’asta ad un “estraneo” potrebbe discorrersi in termini di “alienazione e successione”.

³¹ In tal senso, G. BRANCA, *op. cit.*, p. 353. Diversamente, le Sezioni Unite utilizzano proprio quest’argomentazione per evidenziare come il carattere retroattivo della divisione operi “solo sul piano dell’effetto distributivo... ossia solo per quanto riguarda l’acquisto della titolarità dei beni assegnati”, riprendendo un’impostazione per la quale cfr. P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 487 s., secondo cui “in sintesi il convivente ‘si considera’ proprietario esclusivo del bene a lui assegnato al solo effetto distributivo proprio della divisione, non già all’effetto ulteriore di modificare le situazioni attive e passive acquisite dal convivente medesimo o dai terzi durante lo stato di comunione” e, quindi, “l’effetto retroattivo cancella, in altri termini, la comunione solo limitatamente alla titolarità dei beni, ma non la cancella ad ogni altro effetto”. La regola in materia di sorte dei frutti maturati *manente comunione* viene ben spiegata da Cass., 20 marzo 1991, n. 2975, in *Mass. Giur. it.*, 1991, ove, con specifico riferimento ai frutti prodotti durante lo stato di comunione, si distinguono quelli che, al momento dello scioglimento della medesima comunione, sono separati, da quelli che, invece, in quello stesso momento, non lo sono: “nella prima ipotesi... i frutti naturali delle cose comuni, già separati prima della divisione, sono di proprietà di tutti i partecipanti alla comunione, in conformità del disposto degli artt. 820 e 821 c.c. e non diventano quindi di proprietà esclusiva del convivente, cui sia stato assegnato il bene che li ha prodotti; invece, nell’ipotesi in cui i frutti stessi non siano stati ancora separati al momento della divisione, è operante l’efficacia retroattiva sancita dall’art. 757 c.c., con la conseguenza che il convivente assegnatario ha diritto, egli solo, di percepire nell’intero i frutti stessi, anche se riferibili al periodo in cui il bene che li ha prodotti era comune”. Sul punto, v. anche A. MORA, *op. cit.*, p. 349 s., nonché, per una recente revisione in parte critica del predetto orientamento giurisprudenziale, A. CIATTI, *op. cit.*, p. 1352.

³² V. *supra*, par. 3.

³³ Sul punto, G. MIRABELLI, voce *Divisione*, cit., p. 35 s., nonché, più di recente, A. PALAZZO, voce *Comunione*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., III, Torino, 1988, p. 181.

quale il presente studio ha preso le mosse³⁴ – si sottolinea chiaramente come la sola retroattività dell'attribuzione rappresenti elemento distintivo della divisione, non anche il carattere dichiarativo³⁵.

Ad ogni buon conto, nel contesto di un'articolata ricostruzione della materia, al cospetto di un atteggiamento supino della giurisprudenza e di gran parte della dottrina³⁶, sono state puntualmente rivisitate le argomentazioni che avevano indotto ad optare per il carattere dichiarativo della divisione. In particolare, a non convincere è l'impostazione tendente a spiegare il carattere dichiarativo della divisione ricorrendo al concetto di "surrogazione reale"³⁷, in quanto fondata non soltanto su di una indebita estensione alla materia della comunione di un meccanismo proprio del sistema delle garanzie ipotecarie, ma altresì sulla pericolosa affermazione alla cui stregua sarebbe la "quota" a rappresentare l'oggetto stesso del diritto di comunione³⁸. Del resto, mentre il fenomeno surrogatorio rappresenta una deviazione rispetto ai principi generali in materia di obbligazione, il fenomeno divisorio, diversamente, costituisce uno sviluppo, per così dire, "fisiologico" della comunione, oltre che "legislativamente auspicato e favorito"³⁹.

³⁴ V. *supra*, par. 2.

³⁵ In tal senso, L. V. MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, cit., p. 548 s., per il quale, appunto, "l'ampia elaborazione della categoria dell'accertamento negoziale ha chiarito la incompatibilità concettuale tra dichiaratività e retroattività, confermando... che l'essenza dell'efficacia della divisione consiste nella retroattività dell'attribuzione patrimoniale disposta con norma che a ragione è stata ritenuta inderogabile per essere attinente ad esigenze di ordine pubblico". Sul punto, più di recente, G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 29 s.

³⁶ Cfr. P. FORCHIELLI, *Divisione*, cit., p. 24, ove si osserva che "la giurisprudenza ha sempre, di buon grado, accettato il principio dichiarativo e anche la dottrina, per lungo tempo, si è adagiata su di esso, cercando di giustificarlo nel modo più valido possibile".

³⁷ V. *supra*, par. 3.

³⁸ Secondo P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 26, "non solo appaiono insuperabili – anche dopo l'innovazione legislativa rappresentata dall'art. 2825 – le critiche rivolte contro l'idea che l'oggetto del diritto del compartecipe sia rappresentato dalla quota ma, in ogni caso, il concetto di 'quota' non appare assolutamente idoneo a risolvere il problema della reale struttura del diritto di comunione e neppure ad avviarne, in qualche modo, la soluzione". In effetti, sempre secondo il citato a., "il concetto di quota, in definitiva, altro non rappresenta che una semplice metafora, un simbolo del contenuto del diritto, contenuto che rimane pertanto tutto da scoprire e da precisare". Nello stesso senso, più di recente, A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 99. In senso palesemente critico nei confronti della c.d. tesi della surrogazione reale, C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, cit., p. 105 ss., secondo la quale, in particolare, "là dove lo schema surrogatorio rivela la sua inadeguatezza è sul piano strutturale: la divisione comporta un profondo mutamento sia delle situazioni giuridiche soggettive in sé considerate, sia della relazione fra di esse intercorrente; la surrogazione reale invece presuppone la conservazione del rapporto giuridico".

³⁹ Così, P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 27. Nello stesso senso, pur nella diversità dell'impostazione di fondo, cfr. A. LENER, *La comunione*, cit., p. 326, il quale sottolinea, appunto, che "lo scioglimento della comunione rappresenta l'esito naturale di ogni comunione per quote". In argomento, v. anche G. AZZARITI, *La divisione*, cit., p. 349 s., nonché, più di recente, A. MORA, *Scioglimento della comunione ereditaria e divisione*, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 141. A ben vedere, un evidente indice normativo della tendenza del legislatore ad incentivare lo scioglimento della comunione deve ravvisarsi nelle previsioni contenute nell'art. 1111, comma 1, cod. civ., che riconosce a ciascuno dei partecipanti alla comunione il potere di domandarne "sempre" lo scioglimento, e nell'art. 713, comma 1, cod. civ., che, analogamente, riconosce in capo ai coeredi il potere di domandare "sempre" la divisione. Sul punto, proprio nel senso dell'identificazione di un "generale favor divisionis, desumibile da più di una norma nell'ambito della disciplina del fenomeno divisorio del sistema", cfr. M. SESTA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 406, il quale richiama proprio le disposizioni da ultimo indicate. In senso contrario, peraltro, v. la riflessione di C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 42, secondo cui "è da respingere la convinzione prevalente in dottrina, secondo la quale il legislatore nutrirebbe un disfavore per la comunione e tenderebbe a cancellarla mediante la divisione".

Neanche riuscirebbe a cogliere nel segno la già illustrata tesi della proprietà “incerta”⁴⁰, la quale pare poggiare sull’assunto alla cui stregua la proprietà collettiva del gruppo non escluderebbe quella individuale, ancorché “incerta”, dei singoli comunisti, bensì, nel sovrapporsi a quest’ultima, consentirebbe di garantire il godimento di ciascuno compatibilmente con lo stato di comunione. A ben vedere, il predetto tentativo ermeneutico non varrebbe a dimostrare il fondamento dell’affermazione del carattere dichiarativo della divisione e, cioè, che il comunista non subisce alcun cambiamento nella propria situazione soggettiva⁴¹. Anzi, dovrebbe ritenersi non corretto lo stesso presupposto dal quale la criticata impostazione prende le mosse e, cioè, che la situazione di contitolarità presenti una sorta di “incertezza”: in effetti, come non si è mancato di sottolineare, la contitolarità, complessivamente intesa, riguarda il bene nella sua interezza e la quota spettante a ciascun comunista rappresenta la misura del diritto sull’intero bene⁴².

Diversamente, sempre secondo la dottrina qui in esame, l’effetto del negozio divisorio non si limiterebbe ad eliminare, mediante lo scioglimento della comunione, l’incertezza in ordine all’appartenenza dei singoli cespiti, bensì arriverebbe a provocare una modifica sostanziale della situazione preesistente, consistente nel passaggio dalla comproprietà alla proprietà individuale. Non a caso, in considerazione del tenore letterale dell’art. 757 cod. civ., ogni coerede “è reputato” solo e immediato successore nei beni componenti la sua quota: circostanza, quest’ultima, che sembrerebbe deporre nel senso più di una finzione legislativa che della natura dichiarativa dell’atto divisorio⁴³.

In conclusione, secondo l’impostazione qui sinteticamente richiamata, la divisione produrrebbe un “effetto sostanzialmente traslativo”, dal momento che il dividente acquista la proprietà individuale dei beni assegnatigli, analogamente a quanto si verificerebbe ove quello stesso comproprietario acquistasse dagli altri comproprietari le rispettive quote, mediante un contratto traslativo, così divenendo pieno proprietario⁴⁴. Peraltro, il carattere retroattivo della divisione, sancito con evidenza dall’art. 757 cod. civ., non potrebbe offuscarne la “funzione distributiva”, comunque diversa da quelle “funzioni di scambio” spesso richiamate da una parte della dottrina al fine di accostare l’atto divisorio alla permuta ovvero ad altri contratti di scambio: in realtà, la sola “funzione distributiva” sarebbe di per sé sufficiente a deporre nel senso dell’affermazione della “natura sostanzialmente traslativa” della divisione, così finendosi col ravvisare in “distribuzione” e “trasferimento” un rapporto di *species a genus*⁴⁵. In altre parole, il negozio divisorio, che determina il transito dallo stato di comunione all’insorgere della proprietà individuale in capo al singolo dividente, coerentemente con la relativa essenziale “funzione

⁴⁰ Cfr. *supra*, par. 3.

⁴¹ È quest’ultima la perplessità maggiormente rilevante espressa da Cfr. P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 28, appunto, nel muovere critica alla c.d. tesi della proprietà “incerta”.

⁴² In tal senso, A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 97.

⁴³ Sul punto, Cfr. P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 29, nonché, più di recente, A. PALAZZO, *op. loc. citt.*

⁴⁴ Del resto, come rileva lo stesso P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 34, “si deve dunque ritenere acquisito... che la cosa comune è ‘proprietà’ di tutti i partecipanti, non potendo negarsi che una certa ‘modificazione’, non inquadrabile nello schema dell’effetto meramente dichiarativo, viene necessariamente a determinarsi ogni qual volta dallo stato di ‘comproprietà’ si passi, per effetto della divisione, ad uno stato di proprietà individuale”.

⁴⁵ V. ampiamente P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 36. Nello stesso senso, in sostanza, A. PALAZZO, *op. loc. citt.*, per il quale, appunto, l’effetto distributivo “comporta sempre un trasferimento, un particolare modo di atteggiarsi di esso, ma sempre una *species* del più ampio *genus*”.

distributiva”, verrebbe a sostanzarsi in una modificazione della situazione preesistente connotata da una “natura costitutivo-traslativa”⁴⁶.

Il superamento dell’individuazione, nella divisione, di un atto avente efficacia dichiarativa e la conseguente affermazione del relativo carattere costitutivo hanno indubbiamente indotto a soffermarsi, da un lato, sul nuovo rapporto venutosi ad instaurare tra i concetti di “retroattività” e “dichiaratività”; dall’altro, proprio su quella nozione di “efficacia costitutiva”, con riguardo alla quale si è individuato uno dei tratti salienti del negozio divisorio, unitamente alla sua idoneità a provocare lo scioglimento dello stato di comunione.

Quanto al primo profilo, va indubbiamente riconosciuto come le incertezze ermeneutiche siano state principalmente indotte dalla formulazione dell’art. 757 cod. civ. – non a caso a ragione definita “non felice”⁴⁷ – il quale, a sua volta, come dianzi anticipato, pare riecheggiare il tenore dell’art. 1034 del codice civile del 1865, secondo cui, appunto, “ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota... e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari”⁴⁸. L’atteggiamento sovente di disfavore⁴⁹ verso la previsione contenuta nell’art. 757 cod. civ. deve ascriversi, come già rilevato, al superamento di quelle ragioni che, in passato, ne avrebbero giustificato l’esistenza, prima tra tutte quella di carattere fiscale, alla cui stregua il negozio divisorio non viene più trattato quale trasferimento, con conseguente applicazione della relativa imposizione⁵⁰. Tuttavia, come correttamente non si è mancato di sottolineare, sono molteplici le motivazioni che ancora giustificano la presenza, nel nostro ordinamento, del principio di “retroattività” contenuto nell’art. 757 cod. civ., il quale, dal canto suo, in effetti, varrebbe a giustificare l’applicazione di tutte quelle regole rinvenienti la propria *ratio* nella mancanza di un fenomeno successorio tra i comunisti⁵¹: si pensi, in via esemplificativa, alla norma che dispone la trascrizione della divisione (art. 2646 cod. civ.), ma non al fine della produzione di quegli effetti che, invece, l’art. 2644 cod. civ. ricollega alla trascrizione⁵².

⁴⁶ In tal senso, cfr. P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 486, secondo il quale, conseguentemente, “l’acquisto *ex divisione*, riguardato dal punto di vista dei suoi sostanziali effetti, dovrebbe soggiacere alle regole del contratto traslativo, salva la particolarità che il coerede era già proprietario, *pro quota*, del bene acquistato; interviene invece lo speciale trattamento dell’articolo in esame, trattamento che, se storicamente si spiega con esigenze di equità fiscale e di sicurezza giuridica, altrettanto può spiegarsi anche oggi, in funzione della finalità essenzialmente distributiva della divisione”.

⁴⁷ Così, E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 48.

⁴⁸ Il citato art. 1034 del codice civile del 1865 rappresenta la traduzione pressoché fedele del corrispondente art. 883 *code civil*: “*chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot...*”.

⁴⁹ Per tutti, G. MIRABELLI, voce *Divisione*, cit., p. 36.

⁵⁰ Per un approfondimento del trattamento fiscale della divisione, anche alla luce della recente pronuncia delle Sezioni Unite, basti qui rinviare a G. PETTERUTI – A. PISCHETOLA, *L’incidenza della sentenza della Cassazione n. 25021/19 sul trattamento fiscale della divisione*, Studio n. 183-2019/T del Consiglio Nazionale del Notariato.

⁵¹ Sul punto, E. MINERVINI, *op. cit.*, p. 55, ad avviso del quale, “se così non fosse, sarebbe incomprensibile, ad esempio, perché la *res* non si trasferisca da un comunista all’altro *cum onere suo*; perché la garanzia per evizione sia differente, rispetto a quella della vendita e degli altri contratti traslativi onerosi; perché la valutazione economica dei beni, ai fini dell’accertamento della lesione, vada condotta comparando il valore della porzione attribuita al dividente che assume vi sia una lesione *ultra quartum*, ed il valore della sua quota, e non confrontando il valore delle quote di beni comuni permutate”.

⁵² V. sempre E. MINERVINI, *op. loc. cit.* Che il carattere retroattivo della divisione non possa essere messo in discussione, è circostanza correttamente evidenziata anche da A. MORA, *op. cit.*, p. 105, il quale rileva come la stessa retroattività operi sul piano degli effetti dell’atto e non della relativa natura giuridica.

Una volta fugato ogni residuo dubbio, con riguardo alla *ratio* dell'art. 757 cod. civ., che nella medesima possano coesistere i caratteri della "retroattività" e della "dichiaratività"⁵³, nonché una volta acquisito che la stessa previsione contenuta nell'art. 757 cod. civ. non avrebbe senso ove intesa come volta a disporre la retroattività degli effetti di un atto, se quest'ultimo si limitasse a dichiarare o accertare una situazione giuridica preesistente, coniugandosi, piuttosto, l'efficacia retroattiva di un dato atto giuridico con il relativo carattere costitutivo o traslativo⁵⁴, par d'uopo cercare di definire i contorni del concetto di "efficacia costitutiva" della divisione, innegabile risultando la diversità della situazione giuridica che viene ad instaurarsi per effetto della divisione rispetto alla situazione giuridica a quest'ultima preesistente⁵⁵. Al riguardo, sembra cogliere nel segno quella parte della dottrina che, nel respingere la concezione della divisione quale atto di natura dichiarativa, ne afferma sì la natura costitutiva, nel contempo, però, sottolineando come la relativa efficacia non debba essere accostata a quella propriamente "traslativa"⁵⁶, quanto, piuttosto, a quella "modificativa" della struttura del preesistente rapporto di contitolarità⁵⁷.

Del resto, anche quella dottrina che, nel tentativo di distinguere il negozio divisorio dai negozi traslativi e dai negozi dichiarativi, ne afferma la natura di "fenomeno giuridico tipico", nel quale coesisterebbero l'effetto estintivo (della comunione) e quello costitutivo (dei diritti in capo ai singoli condividenti), per essere essi combinati in una "sintesi"⁵⁸, tale da esprimere una "funzione unitaria", non pare riuscire a prendere realmente le distanze dalla possibile qualificazione della divisione in termini di "fattispecie modificativa della situazione giuridica comunione"⁵⁹, proprio perché l'asserita unitarietà del fenomeno divisorio, al di là degli sforzi descrittivi orientati verso soluzioni diverse, pare pienamente compatibile con l'affermazione del carattere modificativo dello stesso⁶⁰. Non a caso, al fine di escludere il negozio divisorio dall'ambito dei negozi modificativi, si fa leva sul richiamo al principio espresso nell'art. 1230, comma 1, cod. civ. e sul legame ivi sancito tra mutamento dell'oggetto ed estinzione del rapporto

⁵³ Pare cogliere nel segno il rilievo (per il quale cfr. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 120) alla cui stregua "la dichiaratività del negozio è frutto dell'erronea identificazione fra spettanza e titolarità del diritto di proprietà individuale".

⁵⁴ Sembrerebbe, del resto, questo uno dei punti fermi del ragionamento condotto dalle Sezioni Unite nella pronuncia dalle quali prende le mosse il presente studio: cfr. *supra*, par. 2. Per l'affermazione alla cui stregua "la retroattività della divisione non esclude il suo carattere costitutivo ma ne anticipa l'effetto al momento della formazione della comunione", v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., p. 347. Più di recente, per l'affermazione, invece, della compatibilità della "retroattività" con il carattere dichiarativo dell'atto, cfr. E. MIGLIACCIO, *Sulla natura e sugli effetti della divisione*, cit., p. 147 e *passim*.

⁵⁵ Sul punto, A. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, cit., p. 16, il quale sottolinea, in proposito, la differenza sussistente tra "la contitolarità indivisa *pro quota* dei beni ereditari" e la "proprietà esclusiva della porzione".

⁵⁶ In tal senso, invece, P. FORCHIELLI, *op. loc. citt.*

⁵⁷ Per questa impostazione, v. E. MINERVINI, *op. cit.*, p. 63, nonché, più di recente, M. SESTA, *op. cit.*, p. 419. In senso parzialmente difforme, in termini, cioè, di contenuto "modificativo-traslativo" della divisione, v. la riflessione di A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., spec. p. 207 ss., ad avviso del quale, appunto, l'efficacia della divisione potrebbe essere descritta quale "sostituzione della vicenda costitutiva di comunione ereditaria in ordine a ciascun bene... dell'eredità... con una vicenda immediatamente traslativa del diritto su di esso... dal *de cuius* al singolo coerede assegnatario del medesimo".

⁵⁸ Cfr. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 110 ss., secondo la quale, appunto, "il rapporto di comunione è estinto attraverso la costituzione delle proprietà individuali e di un insieme di situazioni obbligatorie", così risultando l'effetto divisorio come "l'unione di due effetti, uno estintivo ed uno costitutivo".

⁵⁹ V. sempre C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 113 s.

⁶⁰ Sembrerebbe questa, in effetti, se non se ne tradisce il senso, la critica alla dottrina dianzi richiamata mossa da E. MINERVINI, *op. loc. citt.*

obbligatorio⁶¹, senza tenere nella dovuta considerazione, però, almeno un duplice ordine di rilievi: in primo luogo, il predetto principio si riferisce alle obbligazioni ed ai relativi modi di estinzione e, in quanto tale, potrebbe essere applicato alla situazione di comunione preesistente alla divisione solo con gli opportuni adattamenti; in secondo luogo – a voler ritenere, quindi, estensibile l'art. 1230 cod. civ. alla fattispecie divisoria – ben potrebbe, comunque, l'autonomia privata optare per un accordo soltanto “modificativo” e “non estintivo” del rapporto preesistente, ancorché concernente l'oggetto di quest'ultimo, in assenza di inequivoca manifestazione del necessario *animus novandi* (art. 1230, comma 2, cod. civ.)⁶².

Un più recente approccio ermeneutico, nel tentativo di svincolare il tema della divisione da quelle “formule magiche” che indubbiamente hanno contribuito a caratterizzarne la ricostruzione, giungendo ad esiti non sempre soddisfacenti sul piano sistematico, è pervenuto all'individuazione di un duplice indice di riconoscimento del fenomeno divisionale⁶³.

In primo luogo, ridimensionando la centralità dello scioglimento della comunione quale indice rivelatore dell'atto divisorio, anche sulla base del richiamo all'ipotesi della divisione fatta dal testatore, si sottolinea come in tale fattispecie mancherebbe lo stato di comunione ereditaria che normalmente precede le successive operazioni divisorie, pur non potendosi negare la relativa natura di “fenomeno sostanzialmente divisionale”⁶⁴. Tale ultima circostanza, pertanto, risulterebbe di per sé idonea a prospettare un concetto di “coeredità” tale da operare su di un piano diverso rispetto a quello tradizionale di “comunione ereditaria”, dovendo l'interprete riferirsi al primo e non al secondo onde ricondurre un determinato atto nel novero degli atti divisorii⁶⁵. In secondo luogo, ponendosi l'attenzione sul concreto risultato avuto di mira⁶⁶, si evidenzia come, nella prospettiva del c.d. apporzionamento quale tratto saliente dell'atto

⁶¹ In tal senso, C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 114, ad avviso della quale “la previsione di vicende modificative del rapporto giuridico... rientra nella generale tendenza normativa alla conservazione del rapporto giuridico”, essendo, invece, “indubbio che l'ordinamento, nel concedere al singolo comunista la facoltà di chiedere lo scioglimento della comunione, senza limiti sostanziali, dimostra proprio la tendenza opposta”. Pare escludere che la divisione dia luogo ad un fenomeno novativo, nel solco, però, delle impostazioni tendenti ad affermarne il carattere dichiarativo, E. MIGLIACCIO, *op. cit.*, p. 153, secondo cui si dovrebbe considerare “il passaggio dall'una, proprietà comune, all'altra, proprietà solitaria, non come mutamento dell'oggetto del rapporto ma mero mutamento della sua disciplina e del suo statuto”, nonché “descrivere più propriamente l'effetto della divisione come modificazione non costitutiva, e a collocarla nell'ambito della dichiaratività piuttosto che della costitutività”.

⁶² Cfr., anche per gli opportuni ulteriori riferimenti, N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, nel *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 9, Torino, 1999, p. 346 ss.

⁶³ Cfr. G. AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporzionamento nel negozio divisorio*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., p. 28 ss.

⁶⁴ Sul punto, G. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 29, nonché ID., *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 18.

⁶⁵ V., ancora, G. AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporzionamento nel negozio divisorio*, cit., p. 30, il quale opportunamente delimita la posizione del “coerede”, vale a dire “colui che, in concorso con altri, ha titolo a raccogliere l'*universum ius defuncti*, indipendentemente dalle modalità che ne caratterizzeranno l'acquisto: esse consisteranno, di regola, nell'instaurarsi di una contitolarità su tutte (e ciascuna del)le situazioni giuridiche soggettive che lo compongono; ma tale evenienza, da un lato, non è implicazione necessaria del fenomeno (co)ereditario, dall'altro, si colloca comunque su di un piano concettualmente distinto da esso” (il corsivo è dell'a.). Nella prospettiva delineata dal citato a. (cfr. G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 21), parallelamente alla distinzione tra “comunione ereditaria” e “coeredità”, anche l'idea di “quota” potrebbe essere assunta secondo una duplice accezione: una prima, “indicativa della *misura della (con)titolarità* da riconoscersi al partecipe alla comunione” (il corsivo è dell'a.); una seconda, quale “*oggetto della vocazione ereditaria*”, vale a dire quale “criterio che qualifica il lascito come disposizione a titolo universale, attributiva della qualità di (co)erede” (il corsivo è sempre dell'a.).

⁶⁶ Per questa impostazione, con specifico riferimento alla divisione fatta dal testatore, ma con risultati che possono reputarsi senz'altro anticipare le successive riflessioni sul tema, v. già L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 80 ss. e *passim*.

divisorio, non rilevi tanto il carattere esclusivo dell'attribuzione in favore dei condividenti, quanto la "congruità" dello stesso apporzionamento rispetto alla quota spettante a ciascuno dei condividenti, così potendosi configurare un vero e proprio "interesse alla distribuzione proporzionale", tale, appunto, da costituire peculiare elemento di qualifica della causa della divisione⁶⁷.

Alla luce dei predetti rilievi, si perviene alla conclusione nel senso della divisione quale peculiare "categoria funzionale", accostabile a quelle dello "scambio" e della "liberalità", nel quadro delle possibili cause attributive: la divisione, in altre parole, verrebbe a costituire titolo – contraddistinto, appunto, dall'interesse all'apporzionamento – del mutamento della sfera giuridica di ciascuno dei condividenti⁶⁸. Anche secondo tale prospettiva, in sostanza, la divisione, superandosi l'affermazione della relativa natura dichiarativa, potrebbe essere ricondotta nel novero degli atti aventi "carattere modificativo-costitutivo"⁶⁹.

5. La divisione quale atto "regolativo" di rapporti giuridici preesistenti

Quello che, in relazione al tema della natura della divisione, pare emergere dall'esame della letteratura in materia, è un mosaico ricco di suggestive impostazioni, tendenti sovente a dedurre, senz'altro, la disciplina applicabile alla divisione medesima dalla ipotizzata natura – "dichiarativa" o "costitutiva" – di quest'ultima.

Tale approccio esegetico, tuttavia, sembrerebbe non sempre condurre a risultati apprezzabili. Del resto, anche dall'articolato sviluppo delle argomentazioni prospettato nella stessa pronuncia delle Sezioni Unite emerge un indubbio collegamento tra le conclusioni cui la Suprema Corte perviene con riguardo alla disciplina urbanistica e, appunto, la natura del negozio divisorio. C'è allora da interrogarsi in merito alla correttezza di un simile metodo.

Già in linea di prima approssimazione, non può farsi a meno di rilevare come la validità di talune indagini sia spesso minata dall'indebita sovrapposizione tra il profilo della "causa" e quello degli "effetti"⁷⁰. Una volta emancipata, invece, la "funzione distributiva" dalla logica dello "scambio", l'effetto traslativo che si viene a produrre in virtù del negozio divisorio pare pienamente compatibile con la medesima funzione distributiva della divisione, senza che tale conclusione possa essere messa in discussione dall'operare di una regola quale quella contenuta nell'art. 757 cod. civ.⁷¹. Il pieno riconoscimento della "funzione distributiva" della divisione

⁶⁷ In tal senso, G. AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporzionamento nel negozio divisorio*, cit., p. 31, nonché ID., *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 22 ss.

⁶⁸ È questa la conclusione cui perviene G. AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporzionamento nel negozio divisorio*, p. 32. Sul punto, v. anche ID., *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 27, ove si sottolinea con assoluta chiarezza l'idea che "la qualificazione di un atto come divisionale possa raggiungersi solo indagandone la funzione, cioè la natura degli interessi che esso mira a realizzare".

⁶⁹ Una simile circostanza, appunto, viene ben sottolineata da G. AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporzionamento nel negozio divisorio*, cit., p. 33, stante "la diversità 'ontologica' intercorrente fra contitolarità e proprietà esclusiva, e il conseguente carattere modificativo-costitutivo della vicenda che segna il passaggio dall'una all'altra".

⁷⁰ Sul punto, appare lucida la riflessione di G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 30, il quale, nel sottolineare, appunto, la "indebita sovrapposizione tra il piano degli *interessi* (su cui si colloca l'idea di *distribuzione* proporzionale) e quello degli *effetti* (su cui si gioca il confronto tra *dichiaratività* ed *efficacia costitutiva*)", evidenzia che "da questa trasposizione di piani deriva l'idea, che si pretende di legittimare attraverso il richiamo all'art. 757 c.c., di un'incompatibilità tra fenomeno divisorio e strutture traslative" (il corsivo è dell'a.).

⁷¹ Paiono queste, se non se ne tradisce il senso, le conclusioni di G. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 32, secondo il quale, in effetti, "una conclusione può, dunque, ritenersi acquisita, in ordine alla configurazione dell'efficacia dei possibili meccanismi divisionali: l'apporzionamento in senso tecnico può essere realizzato anche da strumenti acquisitivi ad

sembra, comunque, diffusamente condiviso anche dalle Sezioni Unite, le quali, quindi, correttamente finiscono con il ricondurre l'indagine al piano della causa del negozio divisorio⁷².

Qualche perplessità desta, invece, la ricostruzione, da parte delle Sezioni Unite, del profilo effettuale della divisione: la Suprema Corte, infatti, nel qualificare la "modificazione della sfera giuridica dei condividenti" in termini di "effetto costitutivo, sostanzialmente traslativo", consistente nella perdita della comproprietà sui beni comuni e nell'acquisto di proprietà individuale ed esclusiva sui beni assegnati, rileva che "la divisione ha una natura specificativa, attributiva, che impone di collocarla tra gli atti ad efficacia tipicamente costitutiva e traslativa". In particolare, ciò che può apparire contraddittorio è l'accostamento dei concetti di "efficacia costitutiva" ed "efficacia traslativa", dal momento che la vicenda effettuale "normale", che si viene a produrre in virtù del contratto di divisione, consiste non tanto nel trasferimento di diritti da un condividente all'altro, quanto, piuttosto, nella trasformazione della situazione giuridica soggettiva che fa capo a ciascuno di essi⁷³. Del resto, già in passato la dottrina si era a ragione preoccupata di sganciare il meccanismo della divisione dal modello della permuta⁷⁴.

A ben vedere, la predetta contraddizione concettuale – che, come si avrà modo di verificare, pare ripercuotersi sulla correttezza di talune conclusioni cui pervengono le Sezioni Unite con specifico riguardo alla stessa disciplina urbanistica⁷⁵ – potrebbe, in linea generale, essere risolta superando la tradizionale contrapposizione tra "efficacia dichiarativa" ed "efficacia costitutiva" della divisione, ascrivibile soprattutto alla preoccupazione di rispondere al quesito in merito all'idoneità del medesimo negozio divisorio a produrre trasferimento di diritti tra i condividenti.

In effetti, la stessa "nozione" di contratto delineata dall'art. 1321 cod. civ. è tale da ricomprendere, oltre agli accordi conclusi per "costituire" rapporti giuridici patrimoniali, anche accordi perfezionati al fine di "regolare" rapporti giuridici patrimoniali (accordi, questi ultimi, tradizionalmente qualificati "modificativi")⁷⁶. Senza che sia possibile, in questa sede, approfondire l'indagine in ordine ai confini del contratto dal contenuto "regolativo" e, in particolare, se tale concetto sia sovrapponibile o meno a quello di contenuto "modificativo"⁷⁷, ci si può domandare, tuttavia, se sia corretto ricondurre il contratto di divisione. È evidente, infatti, che, diversamente rispetto ai contratti "costitutivi" di rapporti giuridici patrimoniali – i quali, presupponendo la pregressa "assenza" di rapporti tra i contraenti, ne determinano l'insorgere – e rispetto ai contratti "estintivi" di rapporti giuridici patrimoniali – i quali, presupponendo la pregressa "esistenza" di rapporti tra i contraenti, ne determinano la cessazione – i contratti che sono perfezionati al fine di "regolare" sembrano collocarsi in una posizione del tutto peculiare, in quanto destinati ad annoverare tutti quegli accordi idonei a produrre effetti non sintetizzabili nelle

efficacia traslativa, se ed in quanto vivificati dall'*interesse alla distribuzione*, e quindi diretti a realizzare la funzione tipica della divisione" (il corsivo è dell'a.).

⁷² Sul punto, ancora, G. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 36.

⁷³ Come ben sottolinea G. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 39, "le assegnazioni producono una trasformazione nella *natura* (da comproprietà a proprietà esclusiva) e nell'*oggetto* (da quota indivisa dell'intero a porzione individuata) del diritto dei condividenti, ma non nella *titolarità* dello stesso" (il corsivo è dell'a.).

⁷⁴ V. *supra*, par. 3.

⁷⁵ Cfr. *infra*, par. 7.

⁷⁶ Per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 289.

⁷⁷ Secondo F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 815, "si allude, qui, al contratto (e ai singoli tipi di esso) che, supposto già esistente (fra le stesse parti) un rapporto, vi introduca una qualche *modificazione*" (il corsivo è dell'a.).

altre due categorie tipologiche e, quindi, anche quegli accordi “modificativi” di rapporti giuridici patrimoniali⁷⁸.

In una simile prospettiva, la categoria del contratto “regolativo” di rapporti giuridici patrimoniali, per la complessità effettuale che pare contraddistinguerla, pare ben potersi atteggiare al contratto di divisione, anch’esso caratterizzato da una complessa vicenda effettuale – in quanto tale estremamente difficile da ricondurre all’area delle maggiormente lineari vicende costitutive o estintive – consistente, come dianzi rilevato, nella “modificazione” dei rapporti giuridici preesistenti dei dividendi e, in particolare, nel passaggio da uno stato di contitolarità di diritti ad uno stato di proprietà individuale.

Sulla ricostruzione della divisione nei termini dianzi chiariti non pare incidere l’eventuale previsione, all’interno del regolamento contrattuale, di un conguaglio in favore di uno o più dividendi. Se, infatti, ai sensi dell’art. 728 cod. civ., “l’ineguaglianza in natura nelle quote ereditarie si compensa con un equivalente in danaro”, il conguaglio pare assumere, quindi, il fondamentale ruolo di porre rimedio a quello squilibrio che può venirsi a determinare in ragione della disparità di valori emergente dal complesso delle assegnazioni dei beni in natura in favore dei dividendi⁷⁹. Diversamente rispetto al “prezzo” nel contratto di compravendita, il conguaglio non costituisce, pertanto, corrispettivo in senso tecnico a fronte del trasferimento del bene, bensì prestazione pecuniaria avente, piuttosto, il differente compito di ricondurre l’accordo dei medesimi dividendi a quell’equilibrio peculiare della “funzione distributiva” della divisione⁸⁰. Ed è proprio la funzione distributiva, alla luce delle considerazioni dianzi svolte, che può di per sé ritenersi idonea a sorreggere tutte le “modificazioni” destinate a prodursi in virtù del perfezionamento dell’accordo divisorio – ivi incluso, quindi, l’eventuale insorgere del diritto del dividendo al conguaglio – con tutte le conseguenze che se ne possono trarre sotto il profilo della disciplina concretamente applicabile⁸¹.

6. Il problema della individuazione della ratio delle singole regole dettate a disciplina della divisione

Una volta acquisito come l’indagine relativa alla natura giuridica della divisione non possa prescindere dall’esame della “funzione” di quest’ultima; una volta chiarito come la stessa funzione della divisione possa definirsi “distributiva”, nel senso, cioè, di consentire la realizzazione del c.d. apporzionamento in favore dei dividendi; una volta individuato, poi, sotto il profilo effettuale, un contenuto “regolativo” della divisione – consistente, in effetti, nella “modificazione” della sfera giuridica dei dividendi, con il passaggio da una situazione di contitolarità ad una di proprietà

⁷⁸ Con riferimento al concetto di “efficacia modificativa”, nella prospettiva della delimitazione del relativo concetto, sempre attuale è l’insegnamento di A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 490 ss., secondo il quale “modificazione si ha infine allorché una situazione specificamente rilevante dia luogo ad un’altra situazione, essa pure specificamente rilevante”.

⁷⁹ Per tutti, M. SESTA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 456 ss.

⁸⁰ Secondo A. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, cit., p. 13, in presenza di conguagli, appunto, “si ha divisione solo in quanto le somme e gli altri beni non comuni assegnati ai singoli abbiano la funzione di compensare l’ineguaglianza in natura delle porzioni per renderle proporzionali alle quote ovvero di formare il contenuto di porzioni anch’esse proporzionali alle quote dei dividendi destinatari delle stesse”. Per questa impostazione, v. già G. MIRABELLI, voce *Divisione*, cit., p. 35, per il quale la “proporzionalità tra quota e porzione è l’elemento caratteristico del contratto di divisione... ed è un carattere che si trova presente in ogni ipotesi in cui si ha vero e proprio scioglimento della comunione, sia, cioè quando ciascuno dei soggetti riceve una porzione in natura dei beni comuni... sia nella divisione con conguagli”.

⁸¹ Cfr. *infra*, par. 8.

individuale –, in quanto tale pienamente riconducibile all'ampia definizione contenuta nell'art. 1321 cod. civ.; una volta, quindi, svolte le considerazioni che precedono quali necessaria premessa, appare possibile verificare la correttezza delle conclusioni cui giungono le Sezioni Unite, con specifico riguardo ai rapporti tra divisione e disciplina urbanistica.

Al riguardo, par d'uopo prendere le mosse proprio da un passaggio contenuto nell'*iter* argomentativo seguito dalla Suprema Corte, laddove, sempre nella prospettiva della contestazione dell'affermazione della natura c.d. dichiarativa della divisione, sembra limitarne la portata al "piano puramente economico", non potendosi riscontrare, sotto tale limitato profilo, alcuna differenza di valore tra la quota di partecipazione alla massa comune e l'insieme dei cespiti attribuiti all'esito della divisione medesima⁸². L'affermazione appare, nella prospettiva delle Sezioni Unite, strumentale al fine di evidenziare come l'effetto "giuridico" conseguente alla divisione sia pienamente compatibile con una sorta di indifferenza economica dello stesso atto divisorio e come, pertanto, quest'ultimo assuma natura costitutiva e non dichiarativa, dovendosi in esso individuare proprio il titolo della modificazione della sfera giuridica dei dividendi, nel senso dianzi evidenziato.

A parere di chi scrive, pur essendo sostanzialmente corretta – con le precisazioni formulate nel corso del presente studio – la ricostruzione operata dalle Sezioni Unite, sotto il duplice profilo, rispettivamente, funzionale ed effettuale, della divisione, non appare condivisibile l'idea di una indifferenza della divisione stessa, per il singolo dividendo, dal punto di vista economico e, quindi, la prospettata contrapposizione tra irrilevanza economica e rilevanza giuridica. E proprio una simile visione di fondo della divisione può considerarsi alla base della discutibile conclusione cui le medesime Sezioni Unite pervengono con specifico riguardo al tema dell'applicazione della normativa urbanistica.

In effetti, diversamente da quanto affermato nella pronuncia qui in esame, anche dal punto di vista economico la divisione sembra risultare rilevante per ciascuno dei dividendi⁸³. Basti qui pensare al rilievo economico, e non soltanto giuridico, che pare assumere per il dividendo la proprietà esclusiva ed individuale di un singolo cespite, in termini di disponibilità e, quindi, anche di "valorizzazione" economica, rispetto a quella quota di comproprietà, la quale vale a qualificare la posizione del dividendo prima del perfezionamento dell'atto divisorio. A voler trasporre una simile considerazione sul piano di una logica, in un certo senso, "macroeconomica" – in quanto tale estranea a quella della singola divisione, ma tale da avere senz'altro inciso, più in generale, sulle scelte compiute a monte dal legislatore nel predisporre i singoli profili di disciplina dell'istituto – non pare potersi ritenere del tutto peregrina, quindi, anche in una siffatta prospettiva di tipo ordinamentale e di politica del diritto, l'idea di una "valutazione economica" della portata della divisione e, in particolare, soprattutto dal punto di vista della disciplina urbanistica, della divisione ereditaria⁸⁴.

⁸² Secondo le Sezioni Unite, appunto, "è chiaro, dunque, che l'idea secondo cui la divisione non costituirebbe titolo di acquisto dei beni assegnati in proprietà esclusiva può essere condivisa solo a patto di restringerne il significato al piano puramente economico, essendo chiaro che il passaggio dalla contitolarità pro quota dei beni comuni alla titolarità esclusiva della porzione non si traduce in un incremento patrimoniale per il dividendo". L'affermazione parrebbe condivisa, in effetti, da G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 37.

⁸³ Deve prescindere, in questa sede, dall'analisi dei rapporti, in generale, tra "diritto" ed "economia" (per la quale basti qui rinviare, oltre che alle classiche pagine di T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 69 ss., alle meditate riflessioni di N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 1 ss. e F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 189 ss.).

⁸⁴ Sul punto, v. le considerazioni che saranno sviluppate *infra*, par. 7.

Peraltro, prospettiva non condivisibile risulta quella della ricostruzione della *ratio* di una determinata disciplina, con limitazione dell'indagine ad una considerazione dei soli profili giuridici ed economici e delle relative interferenze. Anche con riguardo all'istituto della divisione, soprattutto ove considerato nella più ampia ottica ordinamentale, non può farsi a meno di rilevare come, rispetto all'applicazione di determinate regole, frutto di una complessa valutazione normativa, la componente economica debba misurarsi con quella personalistica. In effetti, si presenta quale risultato ormai acquisito che, nel bilanciamento tra istanze economiche e valori fondamentali della persona, a questi ultimi debba essere riconosciuta assoluta preminenza⁸⁵.

Nel passaggio, allora, dall'esame della divisione in una dimensione strettamente individuale, facente perno sulla relativa "funzione distributiva", all'analisi della divisione medesima in una più estesa prospettiva ordinamentale, tesa a individuarne una funzione, per così dire, "sociale", l'approccio adottato dalle Sezioni Unite appare ristretto a valutazioni dal carattere meramente economicistico. Non a caso, mostrando una maggiore sensibilità in ordine agli interessi che fanno da sfondo alle valutazioni compiute in sede di complessiva regolamentazione normativa, più di recente la Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sul trattamento tributario della divisione, conclude nel senso della "natura dichiarativa, a fini tributari, della divisione": ricostruzione, quest'ultima, che risulterebbe pienamente compatibile con le indicazioni fornite dalle Sezioni Unite, con specifico riferimento alla relativa natura costitutiva, dal punto di vista sostanziale⁸⁶. In altre parole, il procedimento logico seguito dalla Suprema Corte nel suo recente intervento pare muovere, correttamente, dall'esame della *ratio* delle peculiari regole dettate dal legislatore con riguardo al trattamento fiscale della divisione, per poi affermarne la "dichiaratività" tributaria, e non il contrario, vale a dire far senz'altro derivare la scelta della regola applicabile, ai fini tributari, dalla preventiva individuazione della natura giuridica della divisione.

7. Divisione e disciplina urbanistica

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, nonché sulla scorta dell'esame, pur sintetico, delle principali impostazioni degli autori che, nel quadro di una letteratura molto ampia, si sono soffermati, con ricchezza e diversità di opinioni e argomentazioni, sul tema della natura della divisione, ora concludendo nel senso del relativo carattere dichiarativo, ora nel senso del relativo carattere costitutivo, è dunque possibile soffermarsi sulle argomentazioni adottate dalle Sezioni Unite, le quali, in sostanza, nel ritenere la divisione un atto tra vivi e di natura costitutiva, hanno optato chiaramente nel senso dell'applicabilità a quest'ultimo degli art. 46, D.P.R. 380/2001 e 40, comma 2, L. 47/1985. Fermi restando i risultati, sostanzialmente condivisibili, cui sono pervenute le Sezioni Unite in relazione alla natura giuridica della divisione, occorre verificare, quindi, la

⁸⁵ Ci si riferisce, in particolare, al pensiero di P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 255, per il quale, appunto, "l'attività economica, categoria dell'avere, non può essere che strumentale alla realizzazione dei valori esistenziali, alla categoria dell'essere": prospettiva, quest'ultima, nella quale "vanno lette la stessa 'utilità sociale', alla quale fa esplicito riferimento l'art. 41 cost., e la 'funzione sociale', di cui all'art. 42 cost., in tema di proprietà".

⁸⁶ Cfr. Cass., 3 dicembre 2020, n. 27692, cit., secondo cui, appunto, "la qualificazione tributaria della divisione, ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro... è essa stessa espressiva della scelta, operata dal legislatore, che esclude l'ipotizzabilità di un effetto traslativo in presenza di uno scioglimento della comunione senza conguagli". Più in generale, per l'affermazione alla cui stregua "la 'dichiaratività fiscale', già prima dell'intervento della Corte, doveva riferirsi in realtà a un tipo di efficacia modificativa", cfr. G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 41, secondo il quale, "in senso figurato, potrebbe dirsi che il legislatore tributario ha anticipato la Corte di Cassazione", senza, quindi, che la pronuncia delle Sezioni Unite possa orientare verso un mutamento del trattamento fiscale della divisione.

univoca compatibilità di tali risultati con l'affermazione della applicabilità, anche alla divisione ereditaria, delle regole dettate, appunto, in materia urbanistica.

In effetti, come già rilevato nella parte introduttiva del presente studio⁸⁷, la soluzione in merito all'applicabilità delle disposizioni da ultimo citate alla divisione ereditaria non sembrerebbe potersi far meccanicisticamente dipendere dall'adesione all'uno o all'altro dei su esposti filoni ermeneutici di fondo, quanto, piuttosto, dall'esatta individuazione della *ratio* delle medesime previsioni. In una simile prospettiva, allora, alcune delle argomentazioni prospettate dalle Sezioni Unite, ancorché pienamente (e per quanto già rilevato, condivisibilmente) idonee a supportare l'affermazione del relativo carattere "modificativo" della divisione, non parrebbero altrettanto atte a dimostrare con certezza, appunto, l'applicabilità di quelle stesse previsioni alla divisione ereditaria.

In linea di massima, la *ratio* delle previsioni contenute nei citati art. 46, D.P.R. 380/2001 e 40, comma 2, L. 47/1985, quale desumibile non soltanto dall'esegesi delle stesse disposizioni, ma soprattutto dal complessivo impianto normativo nel quale esse si inseriscono, deve essere individuata nella volontà dell'ordinamento di disincentivare – e, per quanto possibile, impedire – la circolazione di manufatti abusivi. Nel dettare l'assetto delle regole a tanto necessarie, lo stesso ordinamento esclude, peraltro, dall'applicazione di queste ultime la circolazione dei manufatti a causa di morte, presumibilmente in base alla considerazione dell'inevitabilità dell'evento morte e dell'estrema difficoltà, in concreto, di predisporre meccanismi operativamente idonei a precludere la trasmissione del manufatto abusivo dal *de cuius* ai propri successori (a titolo universale e a titolo particolare). In sostanza, restringendo l'ipotesi della circolazione dei manufatti abusivi al campo delle successioni a causa di morte, il legislatore, in tal modo, riesce almeno a limitarla fortemente.

Il sistema così delineato dal legislatore – tale da consentire, cioè, la circolazione dei manufatti abusivi limitatamente all'ipotesi di trasmissione a causa di morte – pare, del resto, pienamente compatibile con quel principio costituzionale (art. 42, comma 4, cost.) che, nella materia successoria, demanda al legislatore il compito di stabilirne "norme" e "limiti", nel più ampio quadro della regolamentazione della proprietà privata⁸⁸. Se è vero, infatti, che il valore della "solidarietà familiare" costituisce, accanto all'autonomia testamentaria, uno dei pilastri che reggono la complessa impalcatura della vigente regolamentazione successoria⁸⁹, non può negarsi, allora, come il legislatore, nel sottrarre le vicende successorie all'applicazione della disciplina urbanistica, abbia inteso favorire, in ogni caso, il trapasso generazionale della ricchezza immobiliare, quale valore, quindi, socialmente rilevante.

Già in linea di prima approssimazione, nella pronunzia delle Sezioni Unite sembrerebbe mancare, come in precedenza si è avuto modo di sottolineare⁹⁰, ogni riferimento ai valori sociali in gioco e, quindi, alla funzione che la divisione ereditaria pare svolgere nell'articolato quadro del diritto successorio, risultando le argomentazioni ivi sviluppate ispirate ad una logica giuridica (troppo) fortemente connotata in senso economicistico. Diversamente, non si tiene nella dovuta considerazione la circostanza che, nella circolazione e trasmissione dei diritti a causa di morte manca, per definizione, quella "finalità lucrativa" che può caratterizzare, invece, circolazione e

⁸⁷ V. *supra*, par. 1.

⁸⁸ Sul punto, basti qui rinviare a C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, Milano, 2015, p. 6, secondo il quale, significativamente, "il riconoscimento costituzionale della successione legittima e testamentaria è legato quindi al riconoscimento della proprietà privata".

⁸⁹ Cfr., ancora, C. M. BIANCA, *op. loc. ultt. citt.*

⁹⁰ V. *supra*, par. 6.

trasmissione di diritti per atto tra vivi⁹¹. “Finalità lucrativa” che, in una con il preminente valore della difesa dell’ambiente e del territorio, la disciplina urbanistica si propone di disincentivare: in altre parole, ad esito del bilanciamento dei predetti valori, sembrerebbe venirsi a configurare una graduazione dei medesimi, rispetto alla quale la divisione ereditaria potrebbe reputarsi compatibile anche se avente ad oggetto manufatti abusivi.

Ove, peraltro, ci si sposti dalla prospettiva generale dei valori dell’ordinamento a quella individuale dei singoli coeredi, si deve riconoscere la possibile configurazione, in capo a questi ultimi, di meritevoli interessi al mantenimento, nel proprio patrimonio, del manufatto abusivo: basti qui pensare, in via esemplificativa, ad esigenze “abitative” e/o “lavorative” del singolo coerede, le quali, ancorché espressione di principi generali anche di rango costituzionale, a voler negare la legittima inclusione nell’atto divisorio del manufatto abusivo, finirebbero col risultare inesorabilmente frustrate.

Venendo alle argomentazioni specificamente sviluppate nell’intervento delle Sezioni Unite, se pare corretta la complessiva configurazione della divisione ereditaria in termini di atto tra vivi, altrettanto non può sostenersi con riguardo alla paventata disparità di trattamento che verrebbe ad instaurarsi rispetto alla vendita all’incanto ex art. 720 cod. civ., nell’ipotesi in cui si dovesse ammettere che la divisione ereditaria possa avere ad oggetto immobili abusivi, con conseguente disapplicazione delle regole dettate in tema di disciplina urbanistica. A ben vedere, in effetti, la vendita all’incanto, quale alternativa alla divisione ereditaria, pur rappresentando strumento in grado di provocare, al pari di quest’ultima, lo scioglimento della comunione ereditaria, non può che reputarsi atto avente proprio – per definizione e solo – quella “finalità lucrativa” che, ove sussistente, pare giustificare l’applicazione delle restrizioni normative alla circolazione dei manufatti abusivi.

A riprova di quanto da ultimo, rilevato, appare significativo come il legislatore abbia escluso le divisioni ereditarie dal campo di applicazione dell’art. 30 D.P.R. 380/2001, il quale, nel regolare gli atti aventi ad oggetto la circolazione dei terreni, espressamente esclude, appunto, nell’ultimo comma, le divisioni ereditarie medesime. In linea generale – atteso il carattere involontario dell’acquisto in capo ai coeredi ed in assenza, quindi, di quella “finalità lucrativa” e/o “speculativa”⁹² che generalmente accompagna i condividenti, invece, nelle divisioni non ereditarie, dal momento dell’acquisto del terreno fino al momento dell’assegnazione del terreno stesso (coincidente, appunto, con il perfezionamento dell’atto divisorio) – nell’ipotesi della divisione ereditaria avente ad oggetto una massa nella quale siano ricompresi terreni, il legislatore, secondo una valutazione *ad hoc* compiuta – giusta o sbagliata che la si voglia ritenere, sotto il profilo dell’operato bilanciamento degli interessi in gioco – ha ritenuto di lasciar prevalere le esigenze degli eredi (involontari) condividenti.

Ove, allora, secondo quanto rilevano le Sezioni Unite, confrontando il tenore dell’art. 30 con quello dell’art. 46, dal punto di vista di un’interpretazione di tipo letterale, non fosse possibile sottrarre la divisione ereditaria all’applicazione dell’art. 46, in assenza di una espressa esclusione, non potrebbe condividersi l’interpretazione logica seguita dalle stesse Sezioni Unite, secondo cui, come già in precedenza evidenziato, mentre nell’ipotesi dell’art. 30 la comminatoria di nullità svolgerebbe la funzione di prevenire un illecito edilizio, presumendosi la divisione del fondo in lotti

⁹¹ Sul punto, cfr. E. MIGLIACCIO, *Sulla natura e sugli effetti della divisione*, cit., p. 166 s., secondo cui, in effetti, “la fonte della comunione, negoziale o ereditaria, e dunque la sua natura volontaria o incidentale, non è pertanto irrilevante e neutra, come reputa la Corte, in generale e nella specificità dell’abusivismo edilizio”.

⁹² Alla luce di quanto rilevato nel testo, deve condividersi la conclusione cui perviene E. MIGLIACCIO, *op. cit.*, p. 167, ad avviso della quale “chi riceve il bene in sede divisoria o una sua quota, avrà potuto validamente ricevere un bene (comunque) abusivo, che sarà però nuovamente sottratto ad ogni altra circolazione per atto *inter vivos*, e sul quale quindi non si potranno compiere atti di *speculazione*, salvo che si proceda alla sanatoria” (il corsivo è dell’a.).

idonea a realizzare, successivamente, edifici abusivi, in quella regolamentata dall'art. 46 la sanzione della nullità servirebbe a colpire un illecito già consumato: soltanto nel primo caso il legislatore avrebbe inteso far prevalere la volontà dei coeredi di sciogliere una comunione da essi non voluta⁹³. Qualora, infatti, nella citata pronunzia, le Sezioni Unite avessero posto in risalto la complessità della *ratio* che ispira le regole in materia urbanistica e che, con riguardo alla divisione ereditaria, pare rappresentare un compromesso operato a seguito del bilanciamento tra i diversi valori sottesi, con collocazione in posizione di preminenza di quello consistente nella "solidarietà familiare"⁹⁴, non avrebbero potuto che concludere nel senso di una interpretazione restrittiva delle regole contenute negli artt. 40, comma 2, l. 47/1985 e 46, comma 1, D.P.R. 380/2001. In tale prospettiva, allora, il richiamo all'art. 30, ove se ne colga la *ratio*, nei termini sopra chiariti, sembrerebbe proprio deporre in senso contrario, per quanto detto, rispetto alle conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite⁹⁵.

Ugualmente non condivisibile pare il ragionamento svolto dalle Sezioni Unite, nella parte in cui respingono l'argomentazione facente leva sul richiamo all'art. 734 cod. civ. ed all'istituto della divisione fatta dal testatore ivi disciplinato, al fine di escludere, con riguardo alla divisione ereditaria, l'applicazione degli artt. 40, comma 2, l. 47/1985 e 46, comma 1, D.P.R. 380/2001. In effetti, nonostante le indiscutibili differenze, sotto il profilo strutturale, tra l'ipotesi della divisione fatta dal testatore e della divisione ereditaria, non può negarsi l'indubbia affinità funzionale delle fattispecie in questione⁹⁶. È proprio tale affinità funzionale, a parere di chi scrive, che, a voler ritenere applicabili gli artt. 40, comma 2, l. 47/1985 e 46, comma 1, D.P.R. 380/2001 alla divisione ereditaria, renderebbe palese la disparità di trattamento ravvisabile nel confronto tra l'ipotesi dell'apporzionamento disposto dal *de cuius* nell'esercizio della sua autonomia testamentaria e quella dell'apporzionamento provocato dall'atto divisorio perfezionato dai coeredi. A ciò si aggiunga come il quadro normativo, ove interpretato nel senso qui criticato, finirebbe – senza alcun fondamento razionale – con il premiare il testatore maggiormente solerte, il quale abbia deciso di distribuire le proprie sostanze – ivi inclusi eventuali cespiti abusivi – con lo strumento testamentario, rispetto a quello meno avveduto, il quale abbia inteso rimettere la scelta in merito alla ripartizione del relitto patrimonio ai propri futuri eredi.

8. Considerazioni conclusive

Volendo trarre le conclusioni, della pronunzia delle Sezioni Unite pare potersi condividere, nella sostanza, la ricostruzione operata della divisione, soprattutto dal punto di vista funzionale ed effettuale. Meno convincente appare, invece, l'affermazione ivi contenuta dell'applicabilità alla

⁹³ Cfr. *supra*, par. 2. In senso giustamente critico nei confronti dell'impostazione seguita dalle Sezioni Unite, facente leva sul diverso tenore dell'art. 30 D.P.R. 380/2001, E. MIGLIACCIO, *op. loc. citt.*

⁹⁴ Sul punto, v. le considerazioni svolte *supra*, par. 6.

⁹⁵ Del resto, che alla divisione ereditaria ed alla divisione ordinaria possano applicarsi profili di disciplina eterogenei, è circostanza che non deve meravigliare, atteso l'importante dibattito che in dottrina, sul punto, si è sviluppato (cfr. *supra*, par. 3). A volersi spingere oltre, coerentemente con i principi emergenti dall'analisi in questa sede sviluppata, potrebbe fortemente dubitarsi della stessa legittimità costituzionale – nella relativa portata quale emergente ora dalla ricostruzione delle Sezioni Unite – degli artt. 40, comma 2, l. 47/1985 e 46, comma 1, D.P.R. 380/2001, per violazione dei principi fondamentali di eguaglianza e ragionevolezza, espressi dall'art. 3 cost., i quali impongono di modellare le diverse scelte normative in ragione delle diversità delle fattispecie concretamente verificabili, dovendosi così individuare proprio nel differente trattamento normativo l'unico strumento idoneo a conciliare l'eterogeneità delle fattispecie con il rispetto del medesimo principio informatore di una determinata disciplina. In argomento, v. le lucide considerazioni di G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 555 ss.

⁹⁶ Per tutti, G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 24 ss.

divisione ereditaria degli artt. 40, comma 2, l. 47/1985 e 46, comma 1, D.P.R. 380/2001. Viene il dubbio che l'accostamento dei concetti di "efficacia costitutiva" ed "efficacia traslativa", ricorrente nel ragionamento della Suprema Corte, non sia del tutto casuale: esso appare sì connesso al *thema decidendum* con il quale essa si è dovuta confrontare⁹⁷, ma, nel contempo, non proprio "innocuo"⁹⁸, attese le conclusioni dalla medesima Suprema Corte raggiunte.

Resta, comunque, l'importanza della pronunzia alla base delle presenti riflessioni, la quale, per l'autorevolezza della fonte, enuncia taluni principi cui il notaio dovrà adeguarsi nell'esercizio della professione. Certo, la varietà delle impostazioni ed il conflitto delle conclusioni ivi raggiunte, caratterizzanti un dibattito ancora non sopito, dovrebbero indurre a valutare con minor rigore gli atti di divisione ereditaria precedentemente perfezionati, nei quali non siano state rese le dichiarazioni prescritte dagli artt. 40, comma 2, l. 47/1985 e 46, comma 1, D.P.R. 380/2001. Del resto, secondo i più recenti orientamenti in materia di responsabilità del notaio, l'applicazione dell'art. 28 l. not. alla condotta del notaio viene fatta dipendere non da una mera violazione di legge, ma da un contrasto dell'atto da questi ricevuto o autenticato con la legge, purché frutto di un "consolidato orientamento interpretativo dottrinale"⁹⁹.

Più in generale, l'invito che in questa sede vorrebbe rivolgersi agli operatori è a non utilizzare l'affermazione della "natura costitutiva" della divisione, ancorché oggi sostenuta in modo più autorevole a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, al fine di determinare l'applicazione, ovvero la disapplicazione, di regole la cui *ratio* prescinde dalla tipologia degli effetti conseguenti al perfezionamento dello stesso atto divisorio¹⁰⁰.

In una simile prospettiva, con riferimento al tema della certificazione energetica, sembra doversi escludere che all'atto di divisione (ereditaria e non) debba allegarsi l'attestato di prestazione energetica. La funzione essenzialmente informativa dell'attestato sembrerebbe contrastare, in effetti, con la stessa funzione distributiva della divisione¹⁰¹, che presuppone la contitolarità dell'immobile oggetto di quest'ultima in capo ai dividendi, i quali, quindi, fino al perfezionamento dell'atto divisorio si deve presumere essere stati in grado di acquisire eventuali

⁹⁷ Cfr., sul punto, G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., p. 40, il quale prospetta che le "oscillazioni terminologiche" contenute nella pronunzia delle Sezioni Unite dipendano dallo "specifico *thema decidendum*, che conduce la Corte a confrontarsi con disposizioni normative, nelle quali è contenuto un richiamo a una dichiarazione della parte 'alienante'".

⁹⁸ In tal senso, invece, G. AMADIO, *op. loc. ultt. citt.*

⁹⁹ Significativo, al riguardo, è il precedente di Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not.*, 1998, 493. Permane l'indiscutibile difficoltà di qualificare "consolidato" un determinato orientamento: sul punto, cfr. P. ZANELLI, *La nullità "inequivoca"*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1260 s. Con specifico riguardo al tema della responsabilità del notaio ex art. 28 l. not., oltre al fondamentale contributo di C. DONISI, *Il notaio ed il "controllo di liceità" del regolamento negoziale*, in *Riv. not.*, 1975, p. 1148 ss., cfr., nel quadro di una vasta letteratura, anche per gli opportuni ulteriori riferimenti, G. PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile. Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1233 e *passim*; M.C. ANDRINI, *Invaldità e art. 28 della legge notarile*, in *Vita not.*, 1998, p. 420 ss.; G. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 463 e *passim*; A. GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 258; G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 827 ss.; C. CACCAVALE, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Notariato*, 2007, p. 50 ss.; R. QUADRI, *Responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l. not. e nullità c.d. di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 339 ss.

¹⁰⁰ Condivisibile, in linea generale, l'impostazione di G. Rizzi, *La divisione immobiliare nella sentenza n. 25021-19 delle Sezioni Unite della Cassazione*, dal sito www.federnotizie.it, p. 3 s., ad eccezione delle conclusioni proprio in relazione al profilo della disciplina urbanistica.

¹⁰¹ In tal senso, C. ROMANO, *Natura giuridica della divisione ereditaria: la posizione delle Sezioni Unite*, cit., p. 674.

informazioni in merito alla classe energetica dell'immobile, ove ritenute determinati ai fini della conclusione dell'atto¹⁰².

Con riguardo, invece, al tema della conformità catastale, l'art. 29, comma 1-*bis*, L. 52/1985 dispone, tra l'altro, che "gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto... lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti... devono contenere, per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale". Se la lettera della previsione da ultimo richiamata appare inequivocabile, nel riferirsi allo scioglimento della comunione, che della divisione rappresenta uno degli effetti tipici, anche la *ratio* della previsione contenuta nell'art. 29, comma 1-*bis*, L. 52/1985 – da individuarsi nell'obiettivo di garantire l'esatta rappresentazione degli immobili oggetto dell'atto e, conseguentemente, un prelievo fiscale maggiormente corretto – sembra condurre ogni atto di divisione (ereditaria e non)¹⁰³ al relativo campo di applicazione, in quanto suscettibile di ricomprendere tutti gli atti di natura negoziale idonei a dare impulso a vicende circolatorie di diritti reali immobiliari, a prescindere dalla relativa caratterizzazione strutturale ed effettuale. In tale prospettiva, l'identificazione, nella medesima divisione, di un atto di natura costitutiva piuttosto che dichiarativa appare comunque del tutto irrilevante.

Anche con riguardo al profilo dei rapporti tra divisione e regime di comunione legale dei beni, non pare che l'opzione in favore dell'una o dell'altra qualificazione della natura giuridica della divisione possa reputarsi determinante ai fini dell'attrazione del bene acquistato per effetto

¹⁰² Diversamente, quindi, da quanto si verifica nell'ipotesi, ad esempio, della compravendita, nella quale l'acquirente, per definizione estraneo all'immobile, non viene reputato di per se stesso in grado di acquisire le necessarie informazioni. Non si condivide, quindi, quanto affermato da G. RIZZI, *op. cit.*, p. 4, il quale fa dipendere l'esclusione dell'obbligo di allegazione dell'attestato di prestazione energetica dalla differente tipologia dell'effetto che viene a prodursi nella divisione, rispetto a quello che scaturisce dalla divisione. In particolare, secondo il citato a., "è vero che nella sentenza in commento" – il riferimento è, appunto, alla pronuncia delle Sezioni Unite – "le SS.UU. assimilano gli atti divisionali a quelli traslativi, ma una cosa è affermare che un atto ha natura costitutiva, sostanzialmente traslativa o assimilabile agli atti traslativi, in quanto atto volto a immutare la realtà giuridica (al pari degli atti traslativi), e altra cosa è affermare che un atto ha un effetto traslativo tout court (affermazione che, invece, non si rinviene nella succitata sentenza delle SS.UU.)". Per lo stesso motivo si condivide la conclusione cui il citato a. perviene in *La disciplina nazionale della certificazione energetica. Guida operativa 2014*, Aggiornamento allo studio n. 657-2013/C del Consiglio Nazionale del Notariato, pur non potendosene sposare la motivazione: "è da escludere l'applicabilità della disciplina in materia di certificazione energetica per le divisioni, data la natura dichiarativa e non costitutiva della divisione (secondo la ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza prevalenti)". Per quanto sopra rilevato, neanche potrebbe farsi dipendere la conclusione in merito all'obbligatorietà o meno dell'allegazione dell'attestato di prestazione energetica all'atto di divisione dall'adesione o meno alle impostazioni che ne affermano il carattere di "atto oneroso". Per la qualificazione della divisione in termini di "onerosità", v., nel quadro di una vasta letteratura, G. GAZZARA, voce *Divisione (dir. priv.)*, cit., p. 422; P. FORCHIELLI, *Divisione*, cit., p. 11; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 122; G. BONILINI, voce *Divisione*, cit., p. 491; E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 102; M. SESTA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 431. Coerentemente con la sua impostazione di fondo, ritiene, piuttosto, che la divisione non possa considerarsi atto né oneroso né gratuito, G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 294. Analogamente all'a. da ultimo citato, cfr. A. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, cit., p. 17, ad avviso del quale "la divisione rientra nel novero di quei negozi – noti alla dottrina – che sono 'incolori' dal punto di vista economico, in quanto non fanno conseguire un sostanziale vantaggio patrimoniale al loro destinatario né comportano un sostanziale sacrificio economico per lo stesso". In senso chiaramente dubitativo per la riconduzione della divisione alla categoria degli atti onerosi, G. AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporcionamiento nel negozio divisorio*, cit., p. 31 s., il quale sottolinea che "l'idea di *distribuzione patrimoniale* sembra individuare uno schema generale di configurazione degli interessi, accostabile idealmente alle diverse (e altrettanto generali) figure di qualificazione, rappresentate dalla *corrispettività* e dalla *liberalità*: in quanto (come quelle) idonea a fungere da causa giustificativa dell'attribuzione" (il corsivo è dell'a.).

¹⁰³ Così, G. RIZZI, *La divisione immobiliare nella sentenza n. 25021-19 delle Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 4.

della divisione alla categoria dei beni comuni ovvero a quella dei beni personali. Nell'ipotesi della divisione ereditaria, infatti, dovrà escludersi che il bene assegnato al condividente cada in comunione, in dipendenza dello stretto "legame" che viene necessariamente ad instaurarsi tra la natura personale della quota e, quindi, la natura dello stesso bene assegnato¹⁰⁴. Nell'ipotesi, poi, della divisione non ereditaria, ed in applicazione del medesimo criterio, qualora uno dei condividenti abbia acquistato la quota del bene comune quale bene personale (in via esemplificativa, prima del matrimonio ovvero a titolo di donazione), il cespite assegnatogli in virtù del negozio divisorio dovrà intendersi anch'esso personale; qualora, invece, uno dei condividenti abbia acquistato a titolo oneroso la quota del bene comune in costanza del regime di comunione legale dei beni, anche il bene assegnatogli a seguito della divisione dovrà reputarsi ricompreso nel novero dei beni facenti parte della comunione legale¹⁰⁵.

Conclusivamente, alla luce delle considerazioni svolte nel presente studio, l'affermazione della "natura costitutiva" della divisione, prospettata con vigore dalle Sezioni Unite, ove ricondotta all'idea del contratto "modificativo" e, più precisamente, del contratto dal contenuto "regolativo" dei preesistenti rapporti tra i condividenti¹⁰⁶, non deve indurre a ripensare alla divisione medesima quale contratto traslativo e, in quanto tale, possibile fonte di effetti consistenti nella "alienazione" o nello "scambio": la divisione, infatti, si caratterizza per la sua "funzione distributiva", di per sé in grado di giustificare tutte le modificazioni che vengano a prodursi nella sfera giuridica dei singoli condividenti. E, sempre come si è già avuto modo di precisare, la natura e la funzione della divisione medesima non sembrano mutare in ragione dell'eventuale presenza, in favore dei condividenti, di conguagli in danaro, svolgendo questi ultimi il solo ruolo di riequilibrare la disparità dei valori dei beni assegnati in natura ai singoli condividenti¹⁰⁷.

Una simile chiave di lettura del contratto divisorio deve essere mantenuta ferma, quindi, non soltanto con riguardo alle specifiche regole prese in considerazione dalle Sezioni Unite (quelle emergenti dalla disciplina urbanistica) ovvero alle altre cui dianzi si è fatto breve cenno (in materia di certificazione energetica, conformità catastale e comunione legale dei beni), ma anche con riferimento a tutte quelle ipotesi nelle quali il legislatore, nella regolamentazione di un determinato istituto, abbia inteso orientarsi verso fattispecie negoziali caratterizzate dalla funzione di "scambio" e non dalla funzione "distributiva", risultando esclusivamente quest'ultima peculiare della divisione¹⁰⁸.

¹⁰⁴ In tal senso, C. ROMANO, *op. loc. citt.*, secondo il quale, appunto, essendo l'attribuzione in sede divisionale "finalizzata all'apportionamento della quota ereditaria", necessariamente "il bene assegnato al condividente non potrà non condividere la natura personale della quota stessa, con un effetto *lato sensu* surrogatorio che depone, a parere di chi scrive in maniera inequivoca, per l'esclusione del bene assegnato dal regime di comunione legale eventualmente esistente in capo al condividente (e ciò a prescindere dall'intervento in atto del coniuge)"; secondo il citato a., in sostanza, "la natura giuridica della quota di diritto... si riflette sulla natura giuridica del diritto sui beni oggetto di apportionamento".

¹⁰⁵ Del resto, appare dominante nella letteratura l'impostazione alla cui stregua il bene assegnato al condividente, il quale abbia partecipato alla divisione in qualità di titolare di quota acquistata a titolo personale, debba considerarsi escluso dalla comunione legale dei beni e, quindi, debba farsi rientrare nel novero dei beni personali di quest'ultimo, anche nell'ipotesi della divisione con conguaglio: sul punto, per tutti, M. FINOCCHIARO, in A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, 877s. e V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995, p. 414 s.

¹⁰⁶ V. *supra*, par. 5.

¹⁰⁷ Cfr. sempre *supra*, par. 5.

¹⁰⁸ Basti qui pensare, in via esemplificativa, al tema del diritto di prelazione, tradizionalmente considerato dal legislatore – principalmente nei contratti di "alienazione" e con diversi gradi di intensità – quale strumento di protezione di determinati soggetti (pubblici o privati), in quanto titolari di interessi reputati meritevoli di

considerazione e, quindi, collocati in una posizione di preminenza rispetto a quelli riconducibili alle stesse parti contraenti: una simile valutazione, da parte dell'ordinamento, deve ritenersi, invece, del tutto estranea alla divisione.