



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Raffaele D'Alessio

**«Un dogma privo di solide fondamenta».
L'efficacia retroattiva della divisione tra
ritorno all'antico e prospettive attuali.**

Numero XIII Anno 2020

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

«Un dogma privo di solide fondamenta».
L'efficacia retroattiva della divisione tra ritorno all'antico e prospettive attuali.

1. Con una lunga, recente pronuncia (la n. 25021 del 7 ottobre 2019) le Sezioni Unite della Cassazione hanno proclamato la natura 'costitutiva' degli atti di divisione¹, superando l'orientamento («una delle costruzioni dogmatiche più risalenti e resistenti nella dottrina

* Il tema della natura e dell'efficacia della divisione ha spesso sollecitato l'attenzione del Prof. Vincenzo Giuffrè che non mancava di farne cenno durante i suoi corsi, amando ripetere le parole di P. Bonfante: «reagisco alla tendenza nuova di fare dei cultori del diritto romano una congrega di iniziati e tener tavola a parte dagli altri giuristi» (*Prefazione agli Scritti Giuridici Varii I. Famiglia e Successione*, Torino, 1916, ix). Nel suo manuale, *Il Diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*², Napoli, 2010, 213, esprimeva dubbi sul valore del principio della dichiaratività degli atti di scioglimento della comunione nell'attuale ordinamento e auspicava, in questo caso, un ritorno al diritto romano. A Lui, con devozione filiale, dedico queste pagine.

¹ Sulla sentenza cfr. C. ROMANO, *Natura giuridica della divisione ereditaria*, in *Notariato*, 2019, 665 ss.; C. CICERO, A. LEUZZI, *Quando la divisione ereditaria di immobili equivale a una vendita. Osservazioni a margine di una sentenza-trattato*, in *Rivista del Notariato*, 73, 2019, 1262 ss.; G. PETTERUTI, A. PISCHETOLA, *L'incidenza della Cassazione n. 25021/19 sul trattamento fiscale della divisione* (Studio n. 183-2019/T del Consiglio Nazionale del Notariato), https://www.notariato.it/sites/default/files/183-%202019-T_0.pdf; G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, in *Rivista di diritto civile*, 66.1, 2020, 23 ss. La questione, non nuova soprattutto alla dottrina, aveva agitato moltissimo la letteratura giuridica italiana anche prima dell'introduzione dell'attuale codice civile. In parte se ne darà conto nelle note seguenti; quanto alla trattatistica più recente, si vedano tra gli altri, con rinvii bibliografici, A. MORA, *La divisione. Funzione, natura, effetti, atti equiparati alla divisione*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni IV. Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, 143 ss.; L. DI COLA, *L'oggetto del giudizio di divisione*, Milano, 2011, 81 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, a cura di A. Ferrucci, C. Ferrentino, Milano, 2015, 1313 ss., al cui insegnamento s'ispira quasi ad litteram il *dictum* delle Sezioni Unite (vd. *infra* nt. 61). Per quanto ormai datato ma non per questo superato, merita inoltre una speciale menzione A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, Padova, 1980, spec. 206.

tradizionale») che aveva dedotto dall'art. 757 c.c., in particolare, dall'efficacia retroattiva attribuita agli atti di scioglimento della comunione ereditaria, sia la loro assimilazione agli atti *mortis causa*² sia la loro natura meramente dichiarativa³.

Sollecitata da un giudizio relativo a un'esecuzione concorsuale concernente, peraltro, un fabbricato insuscettibile di essere altrimenti alienato *inter vivos* in quanto parzialmente realizzato in assenza di titoli abilitativi, dopo un rapido *excursus* sulla nozione e sul regime della comunione e senza disdegnare cenni all'*actio familiae erciscundae* (che i giudici ascrivono a fonti giustiniane ma che, in realtà, avrebbero potuto rinvenire anche in fonti più antiche)⁴, la Cassazione ha voluto sconfessare un 'dogma' «privo di solide fondamenta»: un principio, quello concernente la dichiaratività degli atti di divisione, formatosi nel diritto feudale⁵ contro una più antica e consolidata tradizione che,

² Cass. 28 novembre 2001, n. 15133; Cass. 28 dicembre 2001, n.15133; Cass. 1 febbraio 2010, n. 2313; Cass. 1 febbraio 2010, n. 2313. Con la sent. 7 ottobre 2019, n. 25021, cit., le Sezioni Unite prendono le distanze dall'argomento proposto dalla Cass. 28 novembre 2001, n. 15133, cit., secondo cui l'atto di scioglimento della comunione ereditaria potrebbe essere assimilato alla *divisio patris inter liberos*: secondo la Suprema Corte, infatti, «anche a voler rinvenire una omogeneità tra la divisione testamentaria e quella contrattuale, tale omogeneità è limitata al profilo funzionale dell'apporzionamento dei beni tra gli eredi».

³ Cass. 29 marzo 2006, n. 7231; Cass. 5 agosto 2011, n. 17061; Cass. 7 novembre 2017, n. 26351. Sul tema dell'efficacia giuridica A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, 14, Milano, 1965, 432 ss., ora in *Voci di teoria generale del diritto*³, Milano 1985, 239 ss.

⁴ Cfr. Gai 4.17a, e soprattutto Gai 4.42.

⁵ Invero, nell'esperienza romana, l'analisi della divisione è complicata dalla varietà di modelli di comunione ereditaria che si sono avvicendati nel corso della storia, uno dei quali – il *consortium ercto non cito* – senza quote, peraltro descritto da Gell. 1.9.12 come una *societas inseparabilis*. Relativamente meno problematico è il tema della divisione della *communio incidens*. Anche sul fenomeno nell'esperienza romana e sulle azioni divisorie, sotto diversi profili, cfr., tra l'altro, E. ZIMMERMANN, *Ueber die Theilung unter wenigen von mehreren Kommunions-Interessenten*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 34.2, 1851, 192 ss., completato al fascicolo seguente (34.3) dello stesso volume, pp. 323 ss.; S. PEROZZI, *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, in *Il Filangieri*, 15, 1890, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, a cura di U. Brasiello, 439 ss. (da cui si cita); ID., *Un paragone in tema di comproprietà*, in *Mélanges Girard*, II,

rielaborando l'analogia papiniana tra la condizione dei condividenti e quella di coloro che *quasi certa lege permutationem fecerint*⁶, per secoli

Paris, 1912, ora in *Scritti giuridici*, cit., I, 555 ss. (da cui si cita); P. BONFANTE, *Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio*, in *BIDR*, 25, 1912, 196 ss., ora in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1926, 454 ss. (il volume raccoglie altri saggi in argomento); C. FADDA, 'Consortium, collegia magistratum, communio', in AA.VV., *Studi per B. Brugi*, Palermo, 1910, 139 ss., su cui cfr. S. PEROZZI, *Un paragone*, cit., 557 ss.; C. MANENTI, *Concetto della 'communio' relativamente alle cose private, alle pubbliche e alle 'communes omnium'*, in *Filangieri*, 19, 1894, (che si cita dall'estratto reperibile on line, <https://archive.org/details/concettodellaco00manegoog/page/n6/mode/2up>); G. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *RISG*, 6.3, 1888, 353 ss.; il saggio prosegue in *RISG*, 8.2, 1889, 145 ss.; A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912; V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti sui giudizi divisorii*, in *RISG*, 52, 1913, 223 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 491 ss.; B. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, 1913, ripubblicato in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965, 681 ss. (da cui si cita), ad eccezione della prima parte del saggio, dedicata a *hereditas e bonorum possessio*, pubblicata nel III volume (pp. 521-544): come lo scritto di Arangio-Ruiz, anche la riflessione di Biondi muove dall'analisi del saggio di Berger, al quale Biondi dedica, peraltro, una recensione in *BIDR*, 25, 1912, 267 ss., ripubblicata con il titolo *Le «praestationes» nelle azioni divisorie*, in *Scritti giuridici*, II, cit., 718 ss.; E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico dell' 'actio communi dividundo' in rapporto alla legittimazione processuale*, in *Studi dell'Istituto Giuridico dell'Università di Pavia*, 2, 1913, 75 ss., ora in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1946, 167 ss.; S. RICCOBONO, *Dalla 'communio' del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in Legal History*, Oxford, 1913, 33 ss.; P. FREZZA, 'Actio communi dividundo', in *RISG*, 7, 1932, 3 ss., ora in *Scritti*, I, Romae, 2000, 29 ss.; ID., *Il 'consortium ercto non cito' e i nuovi frammenti di Gaio*, in *Rivista di Filologia e Istruzione Classica*, 62, 1934, pp. 27 ss., ora in *Scritti*, I, cit., 255 ss.; A. BISCARDI, *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo*, 1, 1955, 154 ss.; M. BREONE, 'Consortium e communio', in *Labeo*, 6, 1960, 163 ss.; A. TORRENT, 'Consortium ercto non cito', in *AHDE*, 3, 1964, 479 ss. (e ivi ult. bibl.); G. ARICÒ ANSELMO, 'Societas inseparabilis' o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno, in *AUPA*, 46, 2000, 77 ss. (ora in ID., *Iuris Vinculū. Studi in onore di Mario Talamanca*, I, Napoli, 2001, 149 ss.); M. EVANGELISTI, 'Consortium, erctum citum': etimi antichi e riflessioni sulla comproprietà arcaica, in *Diritto@storia*, 6, 2007 (<http://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Evangelisti-Consortium-erctum-citum-compropriet-arcaica.htm>); O. BUCCI, 'Ordo atque ratio Pythagorae' e l' 'anticum' 'consortium quod iure atque verbo romano appellabatur ercto non cito' (Gellio, *Noctes Atticae*, I, 9, 12), in *Annali dell'Università degli Studi del Molise*, 10, 2008, 27 ss.; V. CARRO, *Alcune osservazioni in tema di 'communio': la natura giuridica dell' 'actio communi dividundo'*, in *Jus-on line*, 1, 2019, 304 ss.

⁶ Pap. 8 resp. D. 31.77.18: *Hereditatem post mortem suam rogati restituere nominum periculo, quae per divisionem obtigerunt inter coheredes interpositis delegationibus, non adstringuntur, non magis*

aveva preferito affidarsi invece alla definizione azzoniana della divisione come di un atto ad effetti traslativi (*quasi quaedam sit permutatio*)⁷.

Siffatto modello dogmatico, ribadito dalla Glossa ordinaria, veniva sostenuto dai Commentatori⁸; ed è stato esaltato soprattutto da Paolo di Castro che, rimproverando alla Glossa eccessiva timidezza in argomento⁹, è giunto a proporre il superamento anche di quell'implicita distinzione tra *divisio* e *permutatio* che la loro tiepida equiparazione ancora postulava, per affermare invece l'identità dei due termini di paragone: *divisio est vera permutatio*.

quam praediorum cum permutatio rerum discernens communionem intervenit; Ulp. 19 ad ed. D. 10.2.20.3: Plane, inquit [scil. Papinianus], si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant, et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint. Sul punto vd. P. DE FRANCISCI, Συνολλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati, I, Pavia, 1913, 156 ss.; sorvolando sul problema della genuinità di entrambe le testimonianze attribuite a Papiniano, G. DEIANA, Concetto e natura giuridica del contratto di divisione, in Rivista di diritto civile, 31, 1939, 12 ss., in part. 38 ss., evidenzia che «dalle fonti romane non risulta chiaramente se la divisione fosse considerata identica ad una permuta o soltanto analoga».

⁷ AZONIS *Ad singulas leges, XII librorum Codicis Iustiniani*, Lugdunum, 1596, *In lib. III Codicis*, Communia utriusque iudicii, Tit. XXXVIII (p. 367): *Divisionem. Vicem emptionis, et c. Ad dominium transferendum, ad agendum de evictione re evicta, ad agendum redhibitoria, ad usucapiendum. Differunt tamen, quia in emptione etsi res non tradatur, agetur ex empto, vel praescriptis verbis. Aliud in divisione, quia datur conditio ob causam, quasi quaedam sit permutatio*. V. LENOCI, art.757, in *Commentario al Codice civile*, Milano, 2009, 757: «si giunse quindi alla costruzione della teoria della divisione nel diritto comune, secondo la quale questa realizzava un complesso di scambi per cui ciascuno dei comunisti permutava con l'altro la porzione della quale era titolare *pro indiviso*. Dal che discendeva che la divisione era vista, in primo luogo, come contratto innominato, raggruppante tutti gli atti mediante i quali si procedeva alla divisione, e, in secondo luogo, che tale contratto aveva efficacia traslativa, in quanto, attraverso il meccanismo dello scambio, si operava il trasferimento della proprietà della quota».

⁸ Una rapida rassegna tra gli Autori del Commento in P. GROSSI, voce *Divisione (diritto intermedio)*, cit., 416 nt. 7.

⁹ PAULI CASTRENSIS *In primam Codicis partem Patavinae praelectiones*, Lugduni, 1545, *Commentarius utriusque iudicii tam familiae eriscunde quam communi dividundo*, 4 (p. 159): *in quantum autem Glossa hic dicit quod divisio est similis permutationi, non congrue loquitur, quia nullum est simile est idem, et tamen divisio est vera permutatio*.

Tale soluzione, quindi, avrebbe finito per ispirare la *communis opinio*¹⁰, trovando molta più fortuna dell'accostamento all'*emptio venditio*¹¹ pure proposto da C. 3.38.1 [a. 211] (*divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit*); un'analogia, questa, comunque parimenti in linea con la prospettiva della divisione a efficacia traslativa (d'altronde confermata anche da Tit. Ulp. 19.16¹² e da I. 4.17.7¹³) ma pure esplicitamente negata dalla Novella giustiniana 112.1 [a. 541] (*non*

¹⁰ G. DEIANA, *Concetto*, cit., 39 s. nt. 2; P. GROSSI, voce *Divisione*, cit., 416, segnala che la comparazione tra compravendita tra *emptio-venditio* e *divisio* sarebbe stata «appena raccolta da qualche interprete»; maggior successo avrebbe raccolto il raffronto con la *permutatio*, quasi non fossero soltanto due «strutture similari», ma due schemi rispondenti a «un identico assetto di interessi». Sulle differenze di regime tra *emptio venditio* e *divisio* cfr., peraltro, il *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum*, Taurini, 1829, *Tit. XXVII, def. VIII*, 258.

¹¹ Ritiene P. DE FRANCISCI, *Συναλλαγμα*, cit., 150, che tale assimilazione sia proposta al solo scopo di chiarire l'equivalenza della divisione alla compravendita come titolo di acquisto. Secondo P. FREZZA, '*Actio communis*', cit., 49, il paragone della divisione con l'*emptio venditio* «è istituito molto probabilmente allo scopo di dedurne la necessità della *cautio de evictione*». Sul punto, anche con riferimento alla Pandettistica, vd. G. DEIANA, *Concetto*, cit., 21 ss., il quale (p. 39) non ritiene convincente l'ipotesi che l'accostamento della divisione all'*emptio-venditio* dovesse riferirsi alla sola ipotesi di cd. divisione civile.

¹² Tit. Ulp. 19.16: *Adiudicatione dominia nanciscimur per formulam familiae herciscundae, quae locum habet inter coheredes; et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios; per formulam finium regundorum, quae est inter vicinos. Nam si iudex uni ex heredibus aut sociis aut vicinis rem aliquam adiudicaverit, statim illi acquiritur, sive mancipi sive nec mancipi sit.* G. DEIANA, *Concetto*, cit., 46 s. e nt. 7 ritiene, tuttavia, «non decisivo» in tal senso «l'argomento desunto dai passi in cui si dice che con l'*adiudicatio* il condomino diventava proprietario della cosa assegnatagli», potendosi intendere l'*adiudicare* anche come sinonimo di «assegnare», «conferire».

¹³ I. 4.17.7: *...quod autem istis iudiciis alicui adiudicatum sit id statim eius fit cui adiudicatum est.* A. TARTUFARI, *Sulla natura della divisione in diritto romano e in diritto odierno considerata in ordine alla trascrizione*, in *AG.*, 15, 1875, 436 ss., spec. 452 s., rileva al riguardo: «gli è vero, che per quella parte della formula propria dei giudizi divisorii che contiene la clausola dell'aggiudicazione, suolevasi dirsi in diritto romano, che il magistrato nei detti giudizi fa acquistare la proprietà, ma ciò era detto nel senso non già di traslazione, dall'uno all'altro dei condividenti, cosa che operata dal giudice sarebbe di per sé assurda, sì bene di attribuzione od assegnazione di parti dalla massa comune».

debet alienatio intellegi ... inter coheredes divisio)¹⁴. Da tale precisazione giustiniana, che mirava a sottrarre la divisione al divieto di alienazione della *res litigiosa*, si è talora ricavato argomento per ricondurre l'istituto ai negozi ad efficacia dichiarativa¹⁵; e negli stessi termini si è spiegata anche l'inapplicabilità del divieto di alienazione degli immobili pupillari (Ulp. 35 *ad ed. D. 27.9.1*)¹⁶, trascurandosi,

¹⁴ Sul punto cfr. le annotazioni di Gotofredo al Codice giustiniano: *Corpus civilis romani in quo Institutiones, Digesta ad codicem Florentinum emendatam, Codex et Novellae nec non Justiniani Edicta cum notis integris Dionysii Gothofredi*, IV, Coloniae Munatianae, 1790, Tit. XIII, Cap. 1, nt. 29 (p. 109): *Divisio inter cohaeredes alienatio proprie non est; nec alienat quid dividit, non qui alienat rem suam transfert; is autem qui accipit rem quae fuit alterius, nec antea suam accipit, ac qui ex divisione, rem suam accipere videtur*. A. TARTUFARI, *Sulla natura*, cit., 458 ss., richiama l'attenzione anche sull'obbligo di evizione che accede sui dividendi (Paul. 23 *ad ed. D. 10.3.10.2*) evidenziando che, se la divisione fosse ascrivibile al novero degli altri traslativi, sarebbe stata «supervacanea» la cauzione, in quanto la garanzia d'evizione sarebbe conseguita dalla «natura intima dell'atto».

¹⁵ Secondo A. TARTUFARI, *Sulla natura*, cit., 436 ss., le fonti romane confortano l'idea dell'efficacia distributiva, non commutativa della divisione, la quale non avrebbe mutato «il titolo, la base, il fondamento del dominio dei dividendi» che essi avessero potuto vantare prima dello scioglimento. In senso adesivo F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, IV, Torino, 1878, 161 ss., soprattutto in ragione del fatto che gli effetti della divisione non postulavano il compimento della *traditio*. In argomento vd. pure ID., *Fondamento della massima essere la divisione dichiarativa e non attributiva della proprietà*, in *Giornale delle leggi*, 1878, 361 ss. *Contra* R. MARCHESINI, *Un errore dei pratici in materia di divisione (Risposta ad una dissertazione del cav. Tartufari)*, in *Studi di diritto civile e penale*, Bologna, 1882, 169 ss., e ivi ampia analisi della dottrina di Paolo di Castro, Cuiacio, Donello; vd. anche ID., *Il condominio e la divisione secondo il diritto romano e secondo il sistema francese*, in *Studi di diritto civile e penale*, cit., 202 ss.; sempre sul tema già s'era espresso anche in *La comunione e la divisione secondo il diritto romano e secondo il Codice vigente*, in *Annali della giurisprudenza italiana*, 9, 1875, 57 ss.; in *Del condominio e della divisione per diritto romano e per diritto francese*, in *La Rivista giuridica*, 4, 1876, 1 ss.; incidentalmente connessa a questo tema, dello stesso autore, ID., *La teoria della retroattività delle leggi applicata alla divisione*, in *Studi di diritto civile e penale*, cit., 235 ss.

¹⁶ Ulp. 35 *ad ed. D. 27.9.1* pr.: *Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrabere. 1. Quae oratio in senatu recitata est Tertullo et Clemente consulibus idibus Iunius et sunt verba eius huiusmodi: 2. «praeterea, patres conscripti, interdum tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrabant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt*

tuttavia, che proprio l'esigenza di contemplare siffatte eccezioni¹⁷ ne avrebbe confermato (piuttosto che negato) l'inclusione tra gli atti di alienazione¹⁸.

In ogni modo, sta di fatto che nel XVI sec., mentre in Italia ancora s'invocava il principio «*nemo in communione detinetur invitus*» per ricondurre la *divisio* a una forma di '*alienatio*' necessaria¹⁹ e così temperare la regola dell'indivisibilità del feudo²⁰, oltralpe invece andava affermandosi, in antitesi alla tradizione romanistica, un diverso inquadramento degli atti di divisione con efficacia meramente dichiarativa.

A tal proposito è giustamente celebre la critica di Dumoulin²¹ all'*arrêt* del Parlamento parigino, scaturito nel 1538 dalla *questio* 'an

alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum censeo». A. TARTUFARI, *Sulla natura*, cit., 442.

¹⁷ Ulp. 2 de omn. trib. D. 27.9.8.2: *An obligari communia possint, quaeritur, sed non puto sine decreto obliganda: nam quod excepit oratio, ad hoc tantum pertinet, ut perematur communio, non ut augeatur difficultas communionis*.

¹⁸ P. GROSSI, voce *Divisione (diritto intermedio)*, cit., 417.

¹⁹ ANDREAE DE RAMPINIS ISERNIENSIS *Commentaria in usus et consuetudines feudorum commentaria*, Francofurti, 1629, in tit. de prohibita alienatione feudi per Federicum, n. 36. In argomento, cfr. P. GROSSI, voce *Divisione (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, 13, Milano, 1964, 414 ss., 418, che cita l'edizione napoletana del 1571.

²⁰ JACOBUS DE ARDIZONE, *Summa feudorum*, in *Tractatus illustrium jurisconsultorum* X, pt. I, Venetiis, 1584, cap. CXXXII (p. 165), CXXXIII (p. 166).

²¹ C. MOLINAEI *Commentarii in priores tres titulos Consuetudinis Parisiensis*, I, Tit. I, gl. IX, n. 43 (si cita dal I tomo dell'*Opera omnia* nell'edizione parigina di Quesnel del 1658 (p. 238), ma è agevolmente reperibile anche l'edizione di *Le Preux, Prima pars commentariorum in Consuetudines Parisienses*, Parisiis 1589). F. LAURENT, *Principii di diritto civile* X, trad. it. G. Trono, Napoli-Roma-Milano-Torino, 1882, § 396 (p. 300) ricorda, tuttavia, come il diritto francese, non amando il rigore romano, finì per confermare quel principio: «la consuetudine di Parigi consacrò questa dottrina quando ne fece la riforma anche nel 1580». Sull'*arrêt* del 1538 cfr. anche P. GROSSI, voce *Divisione (diritto intermedio)*, cit., 418. Cursori, ma interessanti cenni alla Coutume di Parigi (art. 80) e a quella di Orléans (artt. 15, 16, 93) anche in N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, Napoli, 1907, 232. È notevole, peraltro, che ancora Jean Domat insistesse nell'analogia degli atti di divisione con la permuta e la compravendita: cfr. G. DOMAT, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, IV, trad. V. Aloj, Napoli, 1798, 343 ss.

*prehensio feudalis... per supervenientem divisionem esset resoluta*²¹: quasi che l'impossessamento di ciascun coerede e, perciò, anche i conseguenti atti di gestione dovessero intendersi come risolutivamente condizionati all'evento della divisione (*huic casui et eventui divisionis et adiudicationis*). Si trattava, invero, di un'ipotesi che Dumoulin non avrebbe stimato meritevole di alcuna considerazione (*nullam mihi videtur habere dubitationem*) se non avesse constatato che dotti ed esperti giuristi del suo tempo propendessero, invece, per la soluzione affermativa, giungendo a ridurre²², dopo la divisione, le garanzie offerte, durante la comunione, dai condividenti alla sola porzione loro eventualmente assegnata²³. Di qui, la fiera opposizione del Molineo in difesa della tradizione romanistica²⁴: di fronte a casi di questo genere, infatti, nell'esperienza romana era andata affermandosi la soluzione opposta, testimoniata dall'epitome giavoleniana di Labeone (2 *post. a Iav. epit.*, D. 33.2.31²⁵), con riferimento all'ipotesi in cui un comunista avesse lasciato alla moglie l'usufrutto sulla quota di un bene comune del quale l'erede avesse chiesto giudizialmente la

²² P. FORCHIELLI, *Divisione*, cit., 24, e ivi bibl.

²³ In tal senso si è evoluta la disciplina civilistica tra l'art. 679 del Codice Pisanelli e l'art. 2825 del Codice, che ha esteso, al comma 4, il fenomeno di surrogazione anche alle somme dovute al cedente a titolo di conguaglio. Con rinvii, tra l'altro, a Mercuriale Merlino e a Giuseppe Lorenzo Maria Casaregi, L. COVIELLO, *La quota indivisa e il divieto di espropriazione forzata*, in *Giurisprudenza italiana*, 4, 1903 (che si cita dall'estratto ripubblicato dalla *Biblioteca giuridica*, II, a cura di R. Favale, A. Di Sapia, 2018, 3-45) 27 ss.

²⁴ C. MOLINAEI *Commentarii in priores tres titulos Consuetudinis Parisiensis*, I, cit., Tit. I, gl. IX, n. 43 (p. 238): *Idem etiam inferebant ad hypothecam (ut error semel admissus late serpit) et dicebant arresto decisum fuisse, creditorem qui mediam certae haereditatis habebat ab altero haeredum pro indiviso hypothecatam. postea, divisione certis regionibus facta inter haeredes, teneri hypothecam suam persequi, et exercere super portione debitori suo pro indiviso hypothecata tantum: et non posse inquietari alterum haeredem, non debitorem, nec portionem illi pro indiviso remanentem.*

²⁵ Labeo 2 *post. a Iav. epit.* D. 33.2.31: *Is qui fundum tecum communem habebat usum fructum fundi uxori legaverat: post mortem eius tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blaesus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, eius partis, quae tibi optigerit, usum fructum mulieri nulla ex parte deberi, sed eius, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram. ego hoc falsum puto: nam cum ante arbitrum communi dividundo coniunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare: quod et receptum est.*

divisione: Labeone riporta, in particolare, la testimonianza di Trebazio (mediata da Bleso) secondo cui l'usufrutto avrebbe dovuto concentrarsi, dopo il frazionamento, solo sulla parte assegnata all'erede, senza gravare su quella spettante all'altro comunista. Labeone, però, avrebbe rifiutato questa dottrina in ragione del fatto che, durante la comunione, l'usufrutto era attribuito alla donna su tutto il fondo, anche se solo per metà (*ex parte dimidia totius fundi*), e che il giudizio tra l'erede del marito e l'altro comunista – vicenda alla quale ella sarebbe rimasta estranea – non avrebbe potuto modificare il suo diritto. Stando a Giavoleno, questa dottrina si sarebbe consolidata, diventando infine *ius receptum*.

Il superamento dell'opinione di Trebazio da parte di Labeone è stato talora interpretato come l'affermazione dell'efficacia costitutiva della divisione rispetto all'idea della dichiaratività²⁶ (difesa da Trebazio) in forza della quale gli effetti degli atti di disposizione compiuti dai comproprietari durante la comunione avrebbero dovuto riflettersi, dopo la divisione, solo sulla porzione eventualmente assegnata al disponente. In realtà, è agevole osservare che la prospettiva labeoniana non riguardava affatto il problema della natura della divisione, ma piuttosto si concentrava sull'inopponibilità della statuizione dell'*arbiter* a un terzo (come l'usufruttuario). E tuttavia, questa soluzione avrebbe acquistato una portata generale: da Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.8 sappiamo infatti che, in linea con il *ius receptum* affermato da Giavoleno, anche secondo Giuliano i creditori di un condividente avrebbero conservato il *ius pignoris* su di un bene eventualmente assegnato ad altri condividenti (*etiamsi adiudicatus fuerit*)²⁷. E a questo insegnamento si sarebbe uniformato, in

²⁶ L. RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 1922, 261 s. Sul punto cfr. A. BURDESE, *La divisione*, cit., 209 che descrive la testimonianza di Trebazio come un'opinione isolata nel panorama giurisprudenziale romano.

²⁷ Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.8: *Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividendo iudicio, sed ius pignoris creditorum manebit, etiamsi adiudicatus fuerit: nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividendo hoc minoris partem aestimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Iulianus ait.* L. BARASSI, *Proprietà*

prospettiva ancora più ampia (senza alludere ai profili processuali del problema), anche Gai. *l.s. ad form. hypoth.* D. 20.6.7.4²⁸.

Nonostante tanta tradizione, sta di fatto però che la retrodatazione dell'apporzioneamento, per quanto non sorretta da solide ragioni dogmatiche²⁹, avrebbe comportato l'indubbio vantaggio di sottrarre la divisione all'onere del relevio o del laudemio³⁰. E pertanto avrebbe trovato, tra l'altro³¹, l'autorevolissimo supporto di Pothier, che si sarebbe adoperato a offrirne anche una giustificazione teorica attribuendo agli atti di divisione una sorta di funzione accertativa della porzione già spettante a ciascun dividente³².

e comproprietà, Milano, 1951, 774 nt. 141, evidenzia invece una lacuna nell'ordinamento civile italiano rispetto all'ordinamento romano nel quale l'*actio communi dividundo* avrebbe permesso all'*arbiter* di assegnare tutto il bene gravato d'ipoteca al comunista che l'avesse costituita, e sostiene che «se la divisione potesse oggi avvenire così i diritti dei terzi sarebbero abbastanza tutelati».

²⁸ Gai. *l.s. ad form. hypoth.* D. 20.6.7.4: *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dedit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtinuit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.*

²⁹ F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, X, cit., § 396 (p. 301): «la finzione della divisione dichiarativa non s'introdusse come principio giuridico», ma piuttosto come «un'arme di guerra contro il fiscalismo feudale»; analogamente R. MARCHESINI, *La comunione*, cit., 215, ritiene che l'arrêt del 1538 avesse sacrificato i profili dogmatici preferendo piuttosto «salvare i cittadini da una gabella».

³⁰ L. COVIELLO, *La quota*, cit., 25, osserva che il principio venne affermandosi nel campo fiscale solo dopo essersi affermato, dopo la morte di Dumoulin (con l'arrêt del Parlamento parigino dell'8 gennaio 1569, riconfermato nel 1581 e nel 1595), in materia di ipoteche. Anche da questo punto di vista, L. Coviello evidenzia peraltro che, sino alla prima metà del secolo XVI, la giurisprudenza (tra cui Dumoulin) avrebbe ricondotto l'obbligo del laudemio solo alle ipotesi di divisione non proporzionali e non fra eredi perché, pur essendo 'fermo' il «concetto che la divisione fosse una specie di alienazione», nondimeno avrebbe potuto escludersi che le parti volessero fare un acquisto.

³¹ Cfr. F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, I. *Seconde partie des successions*, Paris, 1770, 890: «Le partage a un effet rétroactif, et par conséquent remont a un moment de l'ouverture de la succession, parce que c'est un acte simplement déclaratif d'un droit acquis dès-lors, et non pas un acte introductif d'un droit nouveau».

³² R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, pt. VII, art. VI, *Des partages*, n. 631, che si cita da *Ouvres complètes*, I, Paris, 1835, 764 e dalla versione italiana riveduta da Bernardi per

Così confortato, tale inquadramento dogmatico sarebbe stato recepito dal Code civil di Napoleone (art. 883)³³, e per questo tramite, in Italia, dai codici civili preunitari³⁴ e dal Codice Pisanelli (art. 1034)³⁵. Tant'è che si è potuto affermare che, sebbene nata in Francia come contraltare alla disciplina romanistica della divisione, la retrodatazione sarebbe nondimeno espressione di una «regola tipicamente latina»³⁶ allineata a una certa insofferenza verso il

i tipi di Francesco Sonzogno, vol. II, Milano, 1807, p. 387 s.: «secondo le massime del nostro diritto francese, opposte moltissimo a quelle del diritto romano, le divisioni non hanno alcuna relazione col contratto di permuta; non sono i medesimi degli atti mediante i quali i condidenti acquistino, né si considerino acquistare niente gli uni dagli altri. Una divisione, giusta le nostre massime, non è altra cosa se non un atto il quale determina la parte indeterminata la quale aveva prima della divisione ciascun coerede nella massa la quale è stata divisa, rispetto alle sole cose che cadono nella sua porzione». Citando lo Statuto d'Orléans, Pothier rileva che «non sarebbe dovuto nessun profitto di feudo per divisione, quantunque vi sieno delle giunte». In argomento cfr., inoltre, ID. *Traité du contrat de société*, chap. IX, art. II, *De l'effet du partage*, n. 179.

³³ J. MALEVILLE, *Analisi ragionata della discussione intorno al Codice civile*, III, trad. di G. Ricchi, Napoli, 1859, 158, riporta un esempio di applicazione giurisprudenziale precedente l'entrata in vigore dell'art. 883 del Code civil. Sulle influenze dottrinarie su questo articolo, vd. inoltre M.C.S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese* IV, trad. it. Aubry *col confronto della legislazione del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1852, § 625 e nt. 1, p. 272 ss. Con speciale riferimento all'inesigibilità del «dritto di mutazione», ai sensi «dell'art. 68 § II, n. 2, della legge del 22 frimale, anno VII» C.B.M. TROULLIER, *Corso di diritto civile francese*, IV, Napoli, 1824, 342.

³⁴ Per una rapida rassegna dei codici preunitari in Italia, vd. P. GROSSI, voce *Divisione (diritto intermedio)*, cit., 419.

³⁵ N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., 225, esclude una diretta derivazione della norma italiana dall'art. 838 del *code civil*, evidenziandone i precedenti nel diritto canonico e nella giurisprudenza della Rota romana. Sulla giurisprudenza rotale cfr. il dibattito tra A. TARTUFARI, *Sulla natura*, cit., 436 ss. e R. MARCHESINI, *Un errore*, cit., in part. 184 ss.

³⁶ L. BARASSI, *Proprietà*, cit., 771; in tal senso vd. anche G. BONILINI, voce *Divisione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, VI, Torino, 1990, 2485. L. BARASSI, *Proprietà*, cit., 776, auspica «una riforma nel senso della divisione costitutiva»: nella sostanza infatti la divisione avrebbe spiegato gli effetti di un atto attributivo, nonostante la finzione di retroattività; tant'è che, ad esempio, lo stesso legislatore, pur considerandolo come atto meramente dichiarativo, avrebbe comunque imposto i vincoli di forma degli atti traslativi. G. BRANCA, *Comunione*, cit., 342 s., giustifica l'onere della trascrizione degli atti di divisione in ragione del principio della continuità delle trascrizioni.

perdurare della comunione, diversamente dalle legislazioni di matrice germanica³⁷.

Non v'è dubbio, dunque, che l'art. 757 dell'attuale codice civile, radicandosi in questa *humus* normativa, abbia perpetuato in Italia il principio di tradizione francese. Ma, ciò nondimeno, è agevole osservare come la norma (analogamente alla formulazione del codice del 1865) si sia limitata a proclamare l'efficacia retroattiva degli effetti della divisione, senza esprimersi sulla natura dell'atto. Ragion per cui una parte importante e sempre più consistente della civilistica³⁸ non ha mai abbandonato³⁹ l'inquadramento dogmatico dell'istituto tra gli atti di natura costitutiva, contro il tradizionale, diverso orientamento giurisprudenziale⁴⁰.

³⁷ G. DEIANA, *Concetto*, cit., 16, nello stigmatizzare l'«assurda disposizione» allora raccolta dall'art. 1034 del Codice Pisanelli, mette a confronto la mole (e l'imbarazzo) della letteratura italiana e francese, con l'esiguità della tradizione tedesca sia durante la stagione pandettistica sia dopo l'introduzione del BGB.

³⁸ R. MARCHESINI, *Un errore*, cit., 169; ID., *Il condominio*, cit., 201 ss.; G. DEIANA, *Concetto*, cit., 21 ss., che ammetteva l'analogia della divisione alla permuta solo nell'ipotesi, alquanto rara, in cui si fosse risolta soltanto nello scambio di beni, mentre la escludeva quando i conguagli avessero richiesto il ricorso a denaro estraneo alla comunione. Una lucida disamina del tema in G. MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, in *AG*, 136, 1949, 7 ss., e ivi bibl.; per una sintesi efficace, vd. anche ID., voce *Divisione (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 33 ss.

³⁹ Un fondamentale punto di riferimento in tal senso è segnato, nella dottrina italiana, da G. DEIANA, *Concetto*, cit., 15 ss.; in argomento cfr. E. MOSCATO, voce *Divisione. I profili generali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 11, Roma, 1989, 5; A. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1939, 1 ss., in part. 3 ss. anche per un rapido esame della «miriade di tesi» fiorite a proposito dell'efficacia della divisione (p. 11 s.): può dirsi, però, definitivamente accantonato l'inveterato schema della permuta, consueto ancora alla Pandettistica, in favore del riconoscimento della funzione autonoma della divisione.

⁴⁰ La giurisprudenza (ad es. Cass. 10 febbraio 2004, n. 2483) non dubitava, invece, della natura costitutiva delle divisioni per effetto delle quali a uno dei dividendi fosse assegnata una porzione di valore superiore alla quota di spettanza. Diversamente L. BARASSI, *Proprietà*, cit., 779 riteneva che «se la quota di divisione varia per via dei conguagli, la divisione rimane pur sempre dichiarativa». Analogamente, in giurisprudenza si riconosceva efficacia costitutiva alle divisioni di masse plurime, fino all'intervento dell'art. 34 del DPR. n. 131 del 26 aprile 1986. Più raramente, la

D'altro canto, se una certa dottrina ha tentato, da un lato, di superare l'angusta dialettica dei termini 'dichiaratività-traslatività' (ad es. spiegando la divisione come un fenomeno di estinzione della comunione e costituzione di proprietà individuali⁴¹; oppure esaltando il momento abdicativo delle rinunce dei condividenti e descrivendo l'apporzionamento in termini di *ius adcrescendi* senza successione⁴²), dall'altro sono andate sviluppandosi anche teorie intermedie, come l'idea della 'surrogazione reale' delle porzioni alla quota (sostenuta da Cicu)⁴³, o ancora la teoria della 'proprietà incerta' (sostenuta da

giurisprudenza si è spinta a riconoscere alla divisione tout-court natura traslativa «poiché, se da un lato ciascuno condividente si trova investito, prima della divisione, di un diritto *pro indiviso* sull'intera cosa comune e quindi anche sulla quota materiale a lui poi attribuita dall'altro, la divisione trasforma tale diritto *pro indiviso* in un diritto esclusivo su detta quota. Essa, inoltre, dà luogo all'obbligo reciproco dell'evizione tra coeredi..., obbligo che, come è stato rilevato in dottrina, sarebbe incompatibile con la divisione semplicemente ed essenzialmente dichiarativa»: Cass. 29 luglio 1955, n. 2457.

⁴¹ C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, 113 ss.

⁴² L'idea, non nuova in letteratura, è stata ripresa, in tempi relativamente recenti da B. TOTI, *La garanzia per evizione e la natura giuridica della divisione*, in *Rivista del Notariato*, 48, 1994, 647 ss., spec. 690 ss., con bibl., che spiega il negozio di divisione come un atto a natura «modificativa-sostitutiva con effetti retroattivi», piuttosto che come atto a natura traslativa o dichiarativa. Questa teoria mi sembra, tuttavia, poco adatta a giustificare il versamento dei conguagli, quando la divisione postula il conferimento di beni o danaro estranei alla comunione, e si concilia male con la divisione giudiziale.

⁴³ Movendo dall'analisi dell'art. 2825 c.c., A. CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, I, 1947, 1 ss., in part. 7 osserva: «il condomino che dispone della quota non fa una disposizione condizionale, ma trasmette o costituisce un diritto avente per oggetto la quota come bene attuale, avente un contenuto certo ed attuale, quale esso è nelle mani del condomino disponente. Se la surrogazione che la divisione opera, è surrogazione di oggetto ad oggetto, se ne evince che prima della surrogazione oggetto del diritto è appunto la quota. Il diritto trasmesso o concesso non è esposto all'eventualità che, risultando privo di contenuto, svanisca con la divisione, perché esso ha un contenuto concreto cui la divisione sostituirà altro concreto contenuto... Ne consegue che non ha più ragion d'essere la finzione che il condividente cui venga assegnata la cosa ne sia stato sempre proprietario esclusivo, e quello cui essa non venga assegnata non ne sia mai stato proprietario». Cfr. ID., *La divisione ereditaria*, Milano, 1947, 15 ss., in part. 20 ss.

Branca)⁴⁴, che intende lo ‘scioglimento’ della comunione come momento di accertamento della proprietà del comunista, già in stato «quiescente», in condizione «incerta» e ‘potenziale’, fintanto che sui beni in comune si spieghi il dominio collettivo del gruppo⁴⁵ e non sia riconoscibile l’oggetto corporeo del diritto dei condividenti.

Un’idea, questa, che si riannoda all’insegnamento di Pothier⁴⁶ secondo cui gli atti di divisione mirerebbero a «vincere un’incertezza obbiettiva»⁴⁷ intorno alla proprietà dei singoli condividenti; e che sotto diversi profili ricorda, da un lato, la prospettiva di Leonardo Coviello⁴⁸ e di Carusi⁴⁹, i quali descrivono il concetto di quota come un diritto in potenza; dall’altro, la

⁴⁴ G. BRANCA, *Comunione*, cit., 344, rifiuta la ricostruzione dogmatica della partecipazione alla comunione in termini di ‘con-dominio’. Segna ancora oggi uno studio fondamentale sul problematico inquadramento del condominio negli schemi tradizionali della proprietà il saggio di S. PEROZZI, *Saggio*, cit., 439 ss.

⁴⁵ È agevole cogliere l’affinità della dottrina di Branca con l’insegnamento di C. MAYNZ, *Éléments de droit romain*¹², I, Paris, 1856, 440. Per una rapida sintesi di queste ed altre ipotesi vd., inoltre, M.R. MORELLI, *La comunione ereditaria*², Torino 1999, 134 ss.; V. LENOCI, *art. 757*, cit., 313 ss.

⁴⁶ Vd. *supra* nt. 32.

⁴⁷ G. BRANCA, *Comunione*, cit., 344 s. definisce ‘irresistibile’ «l’antica interpretazione che considera lo scioglimento come un negozio diretto, non a innovare o a disporre, ma a chiarire una situazione confusa ed oscura, *ad accertare* (per volontà di legge) di quali cose e in quale misura siano stati proprietari Tizio e Caio, condividenti, per tutto il tempo della comunione».

⁴⁸ Commentando la ricostruzione di S. PEROZZI, *Saggio*, cit., 439 ss., L. COVIELLO, *La quota*, cit., 39 s., si domanda: «se sulla cosa i singoli comunisti non hanno che un dominio virtuale, o potenziale, è lecito parlare a rigore di condominio, o non sarebbe più proprio parlar di compossesso di cosa, di cui può darsi che *dominum non habet sed habere sperat*, e restringere la proprietà attuale del singolo comunista agli utili in ragione della quota?»; l’a. conclude a p. 41: «dato il carattere retroattivo della divisione, non può coscienziosamente affermarsi che esiste presso noi il condominio classico: esso rappresenta uno stato di pendenza di rapporti destinato a sparire senza lasciare tracce di sé nella storia dei mutamenti di dominio».

⁴⁹ F. CARUSI, *Osservazioni in tema di comunione ed efficacia dichiarativa della divisione*, in *Rivista del diritto commerciale*, 46, 1948, 372 ss.

dottrina di Barassi⁵⁰ («civilista romanista»⁵¹ come Branca) che pure riconosce alla divisione, come qualsiasi «fatto che risolve uno stato di pendenza, valore puramente dichiarativo»⁵².

Se Barassi, tuttavia, riconduce la retroattività della divisione a una *fictionis iuris* (rivelata peraltro dal tenore dell'art. 757 c.c., nelle espressioni «ogni coerede è reputato solo e immediato successore» «... e si considera come se⁵³ non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari»), Branca invece respinge tale qualificazione⁵⁴, pur accogliendo l'idea che l'accertamento della proprietà dei conviventi non potrebbe prescindere

⁵⁰ L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 767, aveva rinvenuto nelle fonti romane, in particolare nella loro prospettiva del fenomeno in termini di vendita o permuta, un colpo alla «semplicistica nostra costruzione della comproprietà», intesa come «proprietà di ognuno su tutta la cosa, ma limitata nel suo contenuto dalla coesistenza degli altri diritti di proprietà sulla medesima cosa»: sicché la divisione implicherebbe «una riduzione del diritto di ognuno dal lato estensivo, e in pari tempo la cessazione del limite interno». E tuttavia rilevava l'insufficienza, dal punto di vista formale, degli schemi della compravendita e della permuta a descrivere la divisione esaurendone la vicenda nell'assetto di un fenomeno successorio tra i conviventi: ciò giustificerebbe, nelle moderne legislazioni, l'abbondanza della dogmatica romana per la quale «la non retroattività era indubbia».

⁵¹ La definizione è di P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, 694 s., nt. 14.

⁵² Rifiutando di risolvere la comunione in un mero «stato di cose evanescente», L. BARASSI, *Proprietà*, cit., 781 s., intendeva la comunione come «una realtà positiva»; prima della divisione sarebbe «una limitata signoria di ognuno su tutta la cosa. Venuta la divisione, questa non potrà passare la spugna sul passato; il passato resta quello che è stato, e nessuna forza umana può abolirlo».

⁵³ La lettera dell'art. 757 c.c. riproduce quasi pedissequamente il tenore dell'art. 1034 del Codice del 1865: «ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanti fra i coeredi, e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari». È notevole, tuttavia, che, oltre a sopprimere il riferimento agli incanti, il Codice del '42 abbia sostituito il verbo «ritenere» della vecchia formulazione con «considerare» e soprattutto abbia introdotto l'oggetto di seguente qualificazione da un eloquente «come se».

⁵⁴ G. BRANCA, *Comunione*, cit., 343: «la *fictionis iuris* è piuttosto uno strumento della dinamica del diritto che non un principio della statica, che non un concetto dogmatico: ed è comunque un pretesto per dire, con formula più o meno elegante, che la legge vuole quegli effetti e non altri: e sono essi che contano». Per l'orientamento tradizionale sulla *fictionis iuris*, cfr. G. DEIANA, *Concetto*, cit., 81 ss. e nt. 2.

da una 'struttura' concretamente 'modificativa' della realtà, per quanto orientata a una funzione «dichiarativa *ex leges*»⁵⁵.

Proprio per questa ragione, tuttavia, in replica a tale inquadramento si è evidenziato che lo scioglimento della comunione non si limiterebbe a rimuovere lo stato d'incertezza sull'appartenenza dei singoli beni, ma muterebbe la sostanza della situazione precedente⁵⁶: di fatto realizzerebbe comunque un effetto costitutivo⁵⁷.

2. Anche ad avviso della Suprema Corte, la *vis retroactiva* della divisione opera soltanto «per quanto riguarda l'acquisto della titolarità dei beni assegnati»⁵⁸ senza 'cancellare' gli altri effetti della comunione⁵⁹. Essa, pertanto, non implicherebbe la natura degli atti dichiarativi, ma quella degli atti costitutivi. D'altronde, «il fenomeno della retroattività di un atto giuridico» sarebbe anche in punto di teoria generale «incompatibile» con l'efficacia meramente dichiarativa⁶⁰ giacché se possono retroagire «gli effetti dell'atto che immuta la realtà giuridica», non potrebbero

⁵⁵ Commentando la dottrina di G. DEIANA, *Concetto*, cit., 15 ss., anche A. LUMINOSO, *Divisione*, cit., 13 s., segnala che la norma non riguarderebbe solo il profilo temporale della successione dei conviventi, ma ne qualificerebbe anche il titolo: «la vocazione ereditaria» o il «diverso titolo costitutivo della comunione (non ereditaria)». L'art. 757 c.c. non conterrebbe pertanto una mera *factio iuris*, ma disciplinerebbe «una vicenda effettuale e qualificatoria la cui 'realtà', sul terreno del diritto, non è diversa da quella di qualsiasi altro tipo di effetto giuridico».

⁵⁶ P. FORCHIELLI, *Divisione*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 29.

⁵⁷ B. TOTI, *La garanzia*, cit., 667 nt. 43, con un denso apparato bibliografico, contesta alle teorie dichiarative l'errore metodologico «di ribaltare il problema definitorio dei due istituti connessi, divisione e comunione: dato il carattere dichiarativo della prima, la comunione sarebbe solo un *diritto in sospeso* o una *proprietà che non è proprietà*, una situazione indeterminata e confusa che verrebbe cancellata fin dal suo nascere».

⁵⁸ Così già Cass. 29 aprile 2003, n. 6653, e ivi altri richiami giurisprudenziali.

⁵⁹ In termini analoghi, cfr. peraltro G. BRANCA, *Comunione*, cit., 342 ss. (art. 1116); P. FORCHIELLI, *Divisione*, cit., 487; M.R. MORELLI, *Natura giuridica della divisione ereditaria*, in *Giust. Civ.*, 35, 1985, 1703 ss., in part. 1704; B. TOTI, *La garanzia*, cit., 647 ss.

⁶⁰ Sul punto vd. anche G. AMADIO, *L'efficacia*, cit., 29 s., e ivi bibl.: «dichiaratività e retroattività costituiscono due predicazioni dell'effetto giuridico del tutto incompatibili».

invece «retroagire gli effetti di un atto che si limita a dichiarare o accertare la situazione giuridica già esistente»⁶¹. In conseguenza dello scioglimento i condividenti vedrebbero in realtà modificare la propria sfera giuridica: essi perderebbero, infatti, la (com-)proprietà di tutti i cespiti già facenti parte dell'asse ereditario e concentrerebbero, individualmente, il loro diritto solo su alcuni di essi. Anche se sul piano economico la divisione non comporta un reale incremento patrimoniale per i condividenti, nondimeno, sotto il profilo giuridico, avrebbe «natura specificativa, attributiva» che ne imporrebbe la collocazione «tra gli atti ad efficacia tipicamente costitutiva e traslativa».

La sentenza si dilunga su altre, complesse, interessanti questioni che involgono anche la divisione giudiziale, i limiti dell'opposizione allo scioglimento parziale della comunione ereditaria, le esecuzioni, individuali o concorsuali, concernenti edifici abusivi. In questa sede, però, conviene concentrare l'attenzione su ciò che pare l'aspetto più innovativo e rilevante della sentenza e che riguarda la natura (costitutiva) degli atti di divisione. Si tratta di un punto che ha indotto la Corte, al di là dell'ampio uso di brocardi e doti stilemi giuridici, a diffondersi in diversi cenni alla storia dell'istituto, tra l'esperienza romana e la riflessione sviluppatasi nel diritto intermedio. Un elemento, questo, che non può non richiamare l'attenzione degli storici del diritto.

La riaffermazione dell'inquadramento dogmatico nei termini della tradizione romanistica, in antitesi alle contaminazioni di matrice feudale, non costituisce motivo di facili lusinghe per i romanisti, ma un'occasione

⁶¹ In tal senso già G. CAPOZZI, *Successioni*, cit., 1315: «è vero che la legge, per assicurare l'immediata successione dei condividenti al comune autore, e anche per un *favor divisionis*, fa retroagire l'efficacia specificativa, quindi tipicamente costitutiva della divisione, al momento iniziale della comunione, con la soppressione della situazione intermedia. Ma questa non è dichiaratività, ma semplicemente retroattività; fenomeno compatibile con l'efficacia costitutiva propria del negozio e non dell'accertamento». A questo assunto sembrano oggi ispirarsi le Sezioni Unite quando sostengono «è vero che la legge (*art. 757 c.c.*) fa retroagire l'efficacia della divisione al momento dell'apertura della successione; ma tale effetto giuridico non è dichiaratività: è semplice retroattività». Diametralmente opposto l'insegnamento di N. COVIELLO, *Della trascrizione* I, cit., 228: «se la divisione è retroattiva, non può non essere dichiarativa».

di un rinnovato dialogo con i cultori del diritto positivo. L'esperienza romana, infatti, sembra contraddire l'assunto della Suprema Corte secondo cui la retrodatazione di un fenomeno sarebbe incompatibile con l'efficacia dichiarativa. I *iuris periti* hanno dato prova del contrario, quando hanno risolto – con efficacia retroattiva – alcune situazioni che, ritenute 'pendenti' all'attualità⁶²,

⁶² Il tema, è stato molto studiato in storiografia soprattutto (ma non solo) con riferimento al fenomeno del *postliminium*. Sia consentito proporre qui riportare una rapida selezione bibliografica: A. BECHMANN, *Das 'Ius Postliminii' und die 'Lex Cornelia'. Ein Beitrag zur Dogmatik des römischen Rechts*, Erlangen, 1872; L. SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio*, Torino, 1915, rist. Roma, 1971; U. COLI, 'Capitis deminutio', Firenze, 1922, 22; G. BESELER, 'Postliminium' und *Cornelia*, in *ZSS*, 45, 1925, 192 ss.; E. LEVY, *Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten*, in *Gedächtnisschrift für E. Seckel*, Berlin, 1927, 145 ss. (ora in ID., *Gesammelte Schriften* II, Köln-Graz, 1963, 46 ss.); ID., 'Captivus redemptus', in *Classical Philology*, 38.3, 1943, 159 ss. (ora in *BIDR*, 55-56, 1951, 70 ss.), ora in *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, 25 ss.; U. RATTI, *Studi sulla 'captivitas'*, Roma, 1927, rist. Napoli, 1980, che raccoglie quattro contributi pubblicati con il medesimo titolo in *RISG*, 1, 1926, 175 ss., in *BIDR*, 35, 1927, 105 ss., in *Annali dell'Università di Macerata*, 1, 1927, 57 ss., in *RISG*, 2, 1927, 5 ss.; A. GUARNERI CITATI, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano (appunti e frammenti)*, in *AUME*, 1, 1927 25 ss.; R. AMBROSINO, *Da Giavoleno a Gaio. In tema di 'postliminium'*, in *SDHI*, 5, 1939, 202 ss.; S. SOLAZZI, *Il concetto del 'ius postliminii'*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, II, Milano, 1947, ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963; ID., *Il 'ius postliminii' in Gai 1.129*, in *SDHI*, 20, 1954, 318 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, 679 ss.; L. AMIRANTE, 'Captivitas e postliminium', Napoli, 1950; ID., *Ancora sulla 'captivitas' ed il 'postliminium'*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, I, Milano, 1956, 517 ss.; ID., *Appunti per la storia della «redemptio ab hostibus»*, in *Labeo*, 9, 1957, 7 ss.; ID., *Gai 1. 135: appunti per la storia del dogma della pendenza*, in *BIDR*, 44, 1961, 109 ss.; ID., *Pendenza e prigionia di guerra*, in *Labeo*, 9, 1963, 23 ss.; ID., *Prigionia di guerra, riscatto e 'postliminium'*, Napoli, 1969; ID., *Nota di lettura*, in U. RATTI, *Studi*, cit., viii; ID., voce *Quiescenza*, in *Enc. dir.*, 38, Milano, 1987, 136 ss.; C. GIOFFREDI, *Sul 'ius postliminii'*, in *SDHI*, 16, 1950, 13 ss.; ID., 'Pendenza' e 'sospensione' dalle fonti romane alla dommatica odierna, in *SDHI*, 22, 1956, 113 ss., ripubblicato dal § II sotto il titolo «Pendere»: per la storia di un dogma, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, I, Milano, 1960, 825 ss.; ID., *A proposito di impostazione storica e diagnosi giuridica*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, II, Milano, 1956, 437 ss., in part. 447 ss.; A. DELL'ORO, *Osservazioni sulla situazione giuridica del «captivus»*, Milano, 1950; P. FUENTESECA DÍAZ, *Origen y perfiles clásicos del 'postliminium'*, in *AHDE*, 31-32, 1951-52, 300 ss.; H. KRELLER, *Juristenarbeit am 'postliminium'*, in *ZSS*, 49, 1952, 172 ss.; ID., voce 'Postliminium', in *RE*, 22, 1953, 863 ss.;

potessero essere ‘accertate’ solo ‘*a posteriori*’⁶³.

Il ‘dogma’ (com’è stato a lungo considerato), o forse meglio, il ‘fenomeno’ della ‘pendenza’ è un tema troppo dibattuto e complesso per poter essere rapidamente affrontato in questa sede anche solo con riferimento alla riflessione di Giuliano. Tra le varie occasioni in cui questo giurista vi è ricorso (e.g. con riguardo alle situazioni correlate alla condizione del *captivus*⁶⁴ o a proposito dell’acquisto del *legatum per vindicationem*⁶⁵) mi sembrano emblematici per questa analisi i casi in cui egli ha spiegato la condizione del *dominium* dei capi di bestiame nati in costanza di usufrutto, fintanto che non fosse raggiunto il numero dei capi da reintegrare al proprietario mediante la cd. *summissio*⁶⁶: vale a dire il fenomeno di surrogazione degli animali periti⁶⁷ (oggi disciplinata dall’art. 994 c.c.) che – stando a Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.1.70.5 – Giuliano

M. BARTOŠEK, *La spes en droit romain*, in *RIDA*, 2.1, 1949, 37 ss.; G. LONGO, *Postille critiche in tema di «captivitas»*, in *Iura*, 8, 1957, 29 ss.; G. GROSSO, *Sulla ‘fiducia’ a scopo di ‘manumissio’*, in *RISG*, 4, 1929, 251 ss. [ora in ID., *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, 199 ss., in part. 259]; D. NARDI, *‘Reversio in potestatem patris’ (Gai 1.132)*, in *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, II, Madrid, 1988, 875 ss.; O. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell’antica Roma*, Roma, 1976; G. NICOSIA, *Prigione di guerra e perdita della libertà nell’esperienza giuridica romana*, in *Captivus i Esclaus a l’antiguitat i al món modern*, a cura di M.L. Sánchez León G. López Nadal, Napoli, 1996, 39 ss., ora in *Silloge. Scritti 1956-1996*, II, Catania, 1998, 701 ss., da cui si cita; ID., *‘Captivitas, postliminium’ e pendenza*, in *Munuscula. Scritti in onore di Luigi Amirante*, a cura di E. Dovere, Napoli 2010, 231 ss.; E. BIANCHI, *‘Fictio iuris’*, Padova, 1997, spec. 362 ss.; L. D’AMATI, *‘Civis ab hostibus captus’*. *Profili del regime classico*, Milano, 2004; S. BARBATI, *Sui presupposti di applicazione e la natura giuridica degli effetti del ‘postliminium’*, in *AARC*, 20, 2011, 587 ss.

⁶³ C. GIOFFREDI, *‘Pendenza’*, cit., 118, ne sintetizza il concetto come un’allusione a «situazioni in corso di sviluppo e perciò non definite, incerte, risolvibili cioè in un senso o nell’altro, che si chiariranno insomma a seguito di un evento futuro».

⁶⁴ Paul. 15 *ad Plaut.* D. 41.3.15 pr.; Iul. 62 *dig.* D. 49.15.22.

⁶⁵ Iul. 34 *dig.* D. 30.86.2.

⁶⁶ G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, 238 ss.; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, Napoli, 1962, 138 ss.; A. WATSON, *The acquisition of young in the ‘usufructus gregis’*, in *Iura*, 12, 1961, 210 ss.; A. DELL’ORO, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963, 37 ss.; G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*², Torino, 1972, 674 ss.; R. CARDILLI, *La nozione giuridica di ‘fructus’*, Napoli, 2000, 197 ss. In argomento cfr., inoltre, I. 2.1.38.

⁶⁷ Della pratica danno notizia Colum. *De re rest.* 7.3 e Verg. *Georg.* 3.157-161.

parrebbe aver spiegato proprio in termini di divisione (*summittere autem facti est et Iulianus proprie dicit dispertire et dividere et divisionem quandam facere: quod dominium erit summissorum proprietarii*). Al di là dei dubbi sollevati a questo proposito dalla critica interpolazionistica⁶⁸, l'accostamento tra *summissio* e *divisio* appare, da un lato, giustificato dalla 'funzione divisoria' tra le spettanze del nudo proprietario e quelle dell'usufruttuario e, dall'altro, molto vicino all'inquadramento dell'usufrutto in termini di *pars domini servitutis*⁶⁹ preso in esame anche da Giuliano⁷⁰. In ogni caso, il nucleo dell'insegnamento giuliano viene riferito da Ulpiano⁷¹ nel senso che la proprietà dei nuovi nati (i *fetus*) sarebbe stata pendente fino alla *summissio*:

Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.1.70.1: *Interim tamen, quamdiu summittantur et suppleantur capita quae demortua sunt, cuius sit fetus quaeritur. et Iulianus libro tricentesimo quinto digestorum scribit pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii: quae sententia vera est.*

Da Ulpiano apprendiamo anche che il punto di vista di Giuliano si sarebbe discostato dall'insegnamento di Sabino e Cassio⁷², secondo i

⁶⁸ L. AMIRANTE, «*Ususfructus gregis*», in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, 1953, 280 ss., in part. 282 nt. 6 e ivi bibl.

⁶⁹ Per le diverse posizioni argomento cfr. G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 65 ss.; M. BRETONNE, *La nozione*, I, cit., 65 ss., 149 ss.; G. PUGLIESE, *Usufrutto*, cit., 674 ss.; F. GALLO, *L' 'usus fructus e pars domini?*, in *Jus*, 14, 1963, 567 ss.; G. WESENER, *Zur Frage der Erbsitzbarkeit des 'ususfructus'*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I, Torino, 1968, 201 ss.; R. LA ROSA, *Usus fructus*, Napoli, 2008, e ivi ult. bibl.

⁷⁰ Iul. 54 *dig.* D. 45.1.58: *Qui usum fructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non intellegitur, si usus fructus detrabatur. Et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usum fructum, similis est ei, qui totum stipulatur, deinde partem...;* Paul. 21 *ad ed.* D. 50.16.25 *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. Hoc et Iulianus, et est verius.*

⁷¹ L. AMIRANTE, «*Ususfructus gregis*», cit., 287.

⁷² In tal senso Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.69, Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.1.70. Sul frammento cfr. anche R. CARDILLI, *La nozione*, cit., 97 ss.; recentemente V. DI NISIO, «*Partus vel fructus*». *Aspetti giuridici della filiazione 'ex ancilla'*, Napoli, 2017, 152 ss.

quali i *fetus* sarebbero appartenuti all'usufruttuario, il quale, però, sarebbe stato gravato dall'obbligo di *supplere* i capi estinti in favore del nudo proprietario⁷³:

Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.1.68.1: *Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere. 2. Plane si gregis vel armenti sit usus fructus legatus, debebit ex adgnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum.*

Non a caso, infatti, Cassio – riferisce Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.1.70 pr. – avrebbe specificato che il credito del proprietario sarebbe stato tutelabile solo con un'*actio in personam* (*teneri eum proprietario Gaius Cassius scribit*), confermando, pertanto, che l'usufruttuario avrebbe perso il dominio sui nuovi nati solo dopo aver compiuto la *summissio*.

Di qui, Amirante ha ritenuto che Sabino e Cassio avrebbero attribuito alla *summissio* del *fructuarius* «efficacia costitutiva»⁷⁴; diversamente, nel pensiero giuliano si sarebbe trasformata «la struttura dommatica della *summissio*»⁷⁵ per spiegare un'efficacia «meramente dichiarativa»⁷⁶: solo per

⁷³ In tal senso ancora Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.69: *Vel inutilium alia summittere, ut post substituta fiant propria fructuarii, ne lucro ea res cedat domino. Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse: nam alioquin quod nascitur fructuarii est et cum substituit, desinit eius esse*; P.S. 3.6.20: *Gregis usufructu legato grege integro manente fetus ad usufructuarium pertinent, salvo eo, ut quidquid gregi deperierit, ex fetibus impleatur.*

⁷⁴ L. AMIRANTE, «*Ususfructus gregis*», cit., 280.

⁷⁵ L. AMIRANTE, «*Ususfructus gregis*», cit., 290 s.: «se prima, nella costruzione sabiniana, la *summissio* operava con efficacia costitutiva sul *dominium* dei nuovi nati del gregge, ora, quando questo *dominium* è *in pendenti*, opera con efficacia meramente dichiarativa... Dire, infatti, che la *summissio* dichiara il *dominium* sui nuovi nati del gregge, e non lo costituisce, è come dire che i nati incorporati nel gregge si considerano proprietà del nudo proprietario fin dal momento della loro nascita, e correlativamente, quelli in soprannumero si considerano di proprietà del *fructuarius* fin dal momento in cui sono venuti alla luce. La *summissio* chiarisce in quale misura vi è a parlare di soprannumero».

⁷⁶ L. AMIRANTE, «*Ususfructus gregis*», cit., 297: «se *fructus gregis* sono solo i nati in soprannumero, se questo soprannumero è la *summissio* a chiarirlo e precisarlo, allora ogni acquisto del *fructuarius* va subordinato alla *summissio*. Fino a che non compie la *summissio* il *fructuarius* non può e non deve appropriarsi di nulla; i suoi acquisti vanno sospesi fino al momento in cui, operata la *summissio*, sarà chiaro su quali e quanti capi potrà affermare la sua proprietà».

effetto della *summissio*, infatti, la proprietà dei *fetus* avrebbe potuto essere riconosciuta all'usufruttario e al nudo proprietario⁷⁷ a seconda che fossero o meno in soprannumero rispetto al numero dei capi componenti il gregge dato in usufrutto.

Che, nella prospettiva giuliana, la *summissio* non determinasse un acquisto con efficacia retroattiva ma si limitasse a chiarire uno stato di fatto già sussistente, si ricaverebbe dall'analogia che, nel ricordo di Ulpiano, lo stesso Giuliano avrebbe proposto, sempre nel XXXV libro dei *Digesta*, tra la disciplina del *fructus gregis* e gli acquisti del *servus fructuarius*, spiegando che, finché non fosse stato pagato il prezzo, tali acquisti, come i *fetus*, sarebbero rimasti *in pendenti* fino alla *summissio*:

Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.1.12.5: ... *cum autem in pendenti est dominium (ut ipse Iulianus ait in fetu qui summittitur et in eo quod servus fructuarius per traditionem accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto), dicendum est conditionem pendere magisque in pendenti esse dominium*⁷⁸.

⁷⁷ La dottrina giuliana, pur tendendo a circoscrivere il *fructus gregis* ai solo capi di bestiame eccedenti il numero di quelli da sostituire, si sarebbe scontrata con l'insegnamento sabiniano «*quod nascitur fructuarii est*» (D. 7.1.69); di qui, l'idea di lasciare in sospenso gli acquisti del *fructuarius*. In considerazione di ciò, L. AMIRANTE, «*Ususfructus gregis*», cit., 298 s., giustifica alcune incongruenze dell'applicazione del 'dogma' della pendenza in materia di usufrutto, qual è l'attribuzione al *fructuarius* del *periculum* sui nuovi capi nati all'interno del gregge o della mandria; così Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.1.70.2: *Secundum quae si decesserit fetus, periculum sit fructuarii, non proprietarii, et necesse habebit alios fetus summittere*... Secondo Amirante, ciò «non si spiega tanto agevolmente con la teoria della pendenza, ma si chiarisce immediatamente ove si pensi che in un primo tempo tutti i nati si acquistavano al *fructuarius* e che, pertanto, non poteva essere che lui a sopportarne il *periculum*».

⁷⁸ La testimonianza di D. 7.1.12.5 s'inserisce all'interno di una più ampia rielaborazione della dottrina tratta dal trentacinquesimo libro dei *Digesta* giuliane, concernente anche la questione della spettanza della *condictio ex causa furtiva* al proprietario o all'usufruttario per il furto di *fructus maturi pendentes*: *Iulianus libro trigensimo quinto digestorum tractat, si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant eius: nam si fiunt, qua ratione hoc evenit? nisi ea,*

Solo la *pretii numeratio* avrebbe poi ‘chiarito’ se l’acquisto fosse stato effettuato a spese del nudo proprietario o con denaro dell’usufruttuario e pertanto se la proprietà fosse dell’uno o dell’altro soggetto. In tal senso Ulpiano, rinviando sempre allo stesso libro dei *Digesta* giulianei, esalta la funzione ‘accertativa’⁷⁹ (non ‘costitutiva’) del pagamento del prezzo (*et numerationem pretii declaraturam, cuius sit*)⁸⁰:

Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.25.1: *Interdum tamen in pendenti est, cui adquirat iste fructuarius servus: ut puta si servum emit et per traditionem accepit necdum pretium numeravit, sed tantummodo pro eo fecit satis, interim cuius sit, quaeritur. et Iulianus libro trigensimo quinto digestorum scripsit in pendenti esse dominium eius et numerationem pretii declaraturam, cuius sit: nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuisse...*

ut interim fierent proprietarii, mox adprehensi fructuarii efficientur, exemplo rei sub condicione legatae, quae interim heredis est, existente autem condicione ad legatarium transit. verum est enim conditionem competere proprietario: cum autem in pendenti est dominium (ut ipse Iulianus ait in fetu qui summittitur et in eo quod servus fructuarius per traditionem accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto), dicendum est conditionem pendere magisque in pendenti esse dominium. Rispetto all’opinione di Giuliano secondo cui l’azione sarebbe spettata al proprietario, Ulpiano riporta anche per la notazione di Marcello che si chiedeva se e perché l’usufruttuario avrebbe fatto suoi i frutti, qualora li avesse conseguiti successivamente al furto. Ulpiano conferma l’opinione di Giuliano paragonando la posizione dell’usufruttuario a quella del legatario *existente condicione*. Quando, però, fosse pendente lo stesso *dominium* – evidenzia Ulpiano rinviando nuovamente all’opinione di Giuliano espressa a proposito dei capi di bestiame nati in un gregge o una mandria in usufrutto – anche la *condictio* sarebbe rimasta in una situazione di pendenza. Ritorna la definizione di dominio pendente in C. GIOFFREDI, *Pendenza*, cit., 146, che, intendendo *dominium* come spettanza, esclude anche per questa testimonianza che il *pendere* potesse riferirsi a un diritto ad efficacia sospesa.

⁷⁹ L. AMIRANTE, «*Ususfructus gregis*», cit., 294, il quale rileva che anche la pronuncia giudiziale che volgesse alla condanna dell’usufruttuario che avesse omesso di svolgere la *summissio*, non avrebbe potuto rinunciare a svolgere una «funzione acclarante», finalizzata cioè ad accertare il numero dei capi di bestiame che avrebbero dovuto essere interessati dalla *summissio*, risolvendo il rapporto pendente.

⁸⁰ Analogamente Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 41.1.43.2: *Cum servus, in quo alterius usus fructus est, hominem emit et ei traditus sit, antequam pretium solvat, in pendenti est, cui proprietatem adquisierit: et cum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, solverit, intellegitur fructuarii homo fuisse: cum vero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, solverit, proprietarii ex post facto fuisse videt.*

Invero, ha precisato giustamente Gioffredi⁸¹, la *numeratio pretii* si limitava a rendere palese quanto «soltanto eventualmente» non fosse risultato dal negozio; nel caso della *summissio*, invece, l'incertezza sarebbe stata più radicale, «organica alla fattispecie», in quanto solo al momento della *summissio* si sarebbe potuto svolgere il computo definitivo dei capi morti o da eliminare, per verificare quanti dei nuovi nati sarebbero spettati all'usufruttuario e quanti al nudo proprietario⁸². Di qui il riferimento al '*dominium*' richiamerebbe il concetto di 'spettanza'⁸³, piuttosto che di proprietà; un'attribuzione, meramente astratta all'attualità, piuttosto che una realtà⁸⁴.

⁸¹ C. GIOFFREDI, *Pendenza*, cit., 143 ss. e nt. 60, dove sostiene che sarebbe 'contraddittorio' «da un canto sostenere il carattere dichiarativo della *summissio* e d'altro canto osservare come la *summissio* sia 'un atto destinato a chiarire quanto già si è andato via via verificando nel gioco delle nascite e delle perdite'...; proprio questa realtà in svolgimento impedisce di parlare di un dato 'obbiettivamente esistente' che viene dichiarato».

⁸² C. GIOFFREDI, *Pendenza*, cit., 145 s. rimarca che, se nell'ipotesi di acquisto del *servus fructuarius*, l'incertezza si limitava al solo profilo soggettivo della proprietà, nell'esempio dell'*ususfructus gregis*, l'incertezza riguardava l'oggetto (e solo 'di riflesso' il soggetto) del diritto.

⁸³ C. GIOFFREDI, *Pendenza*, cit., 143 ss. La stessa categoria della 'spettanza' – è appena il caso di segnalare – è stata adoperata anche dalla dottrina civilistica per spiegare la condizione giuridica del comunista fino alla divisione e descrivere la titolarità meramente potenziale del dividendo sui beni in attesa della divisione. In tempi più recenti, tuttavia, C. MIRAGLIA, *Divisione*, cit., 119 ss., la giudica 'anacronistica' «rispetto ai traguardi raggiunti dalla dottrina in materia di diritti reali», alla luce dei quali la partecipazione alla comunione non potrebbe più essere ridotta «a una situazione giuridica in sospenso»; in quanto l'ordinamento riconoscerebbe ai comunisti individualmente considerati, e nel loro complesso, «poteri e facoltà attuali» che delineerebbero dell'istituto «una configurazione ben precisa affatto transitoria». Ciò, che tuttavia a me non sembra sufficiente per ricondurre il fenomeno alla categoria e alla disciplina dell'appartenenza, ben potendosi spiegare poteri e facoltà attuali in ragione di un'attribuzione giuridica qual sarebbe appunto la 'spettanza', senza necessariamente implicare una situazione di dominio.

⁸⁴ La prospettiva di Giuliano, che ritorna con insistenza nei suoi *Digesta*, non era isolata. Al di là delle testimonianze ulpianee comunque dipendenti dal giurista adrianeo, si deve segnalare, soprattutto, l'opinione di Tryph. 18 *disp.* D. 49.17.19.5: *Quid autem, si testamentum fecerit filius et non sit eius adita hereditas? non tam facile est dicere continuatum patri post mortem filii rerum peculii dominium, cum medium tempus, quo deliberant instituti heredes, imaginem successionis praestiterit. alioquin et si adita sit ab instituto hereditas filii, dicetur a patre ad*

3. È agevolmente riconoscibile l'affinità concettuale tra la teoria del *dominium* pendente elaborata da Giuliano per giustificare la *summissio* (cioè quel *dispertire et dividere et divisionem quandam facere*) sia con la teoria della 'surrogazione' reale proposta da Cicu, sia con la teoria della 'proprietà pendente' delle quote all'interno della comunione, avanzata da Branca. Dottrine, queste, che sono state trascurate, tuttavia, dalla recente sentenza delle Sezioni Unite; e che, d'altronde, non hanno mai trovato ampio conforto in dottrina⁸⁵.

Certo, ad esse nessun argomento può derivare dall'autorità di Giuliano, il cui insegnamento, d'altronde, non è stato neanche preso in considerazione da quegli autori, e che, in ogni caso, sarebbe destinato a recedere innanzi alla maggiore coerenza dogmatica della concezione della divisione come di un atto a efficacia costitutiva: essa, infatti, ha il grande pregio di riproporre l'unità del fenomeno divisorio e di ricomprendere nello stesso schema anche le ipotesi di scioglimento di cd. «masse plurime»⁸⁶ e le divisioni che si realizzano attraverso denaro o

eum transisse proprietatem, quod absurdum est. si in pendenti, ut in aliis, et in hac specie habeamus dominia, ut ex facto retro fuisse aut non fuisse patris credamus? secundum quod difficile erit expedire, si, dum deliberant heredes, dies cesserit legati servo dati istius peculii testamento eius, ex quo pater nihil capere potuisset, an id ad ipsum pertineat, cum utique ad heredem filii pertineret. facilius tamen de libertate servi deliberatio est in specie, in qua intestatus filius decessisse proponitur. non est ergo ratio respondendi competere libertatem eo tempore datam, quo non fuit in dominio patris? favorabilem tamen sententiam contrariam in utroque casu non negamus. Interrogandosi sull'appartenenza del *peculium castrense* di cui un *filius* avesse disposto per testamento, Trifonino sottolinea la difficoltà di stabilire se il padre conservasse ancora la titolarità del *peculium* dopo la morte del figlio, in quel *medium tempus* accordato ai chiamati all'eredità per decidere se accettarla o meno: se il *peculium* fosse appartenuto al padre, si sarebbe dovuto inferire che costoro acquistassero il *peculium* dal padre e non dal disponente; *quod absurdum est*. Di qui, la proposta di Trifonino di considerare i *dominia* – in questa fattispecie, come in diversi altri casi (*ut in aliis*) – *in pendenti* all'attualità, di modo che si potesse verificare solo *a posteriori*, ma retroattivamente (*retro*), se fossero o meno appartenute padre (*ut ex facto retro fuisse aut non fuisse patris credamus*). Analoga incertezza veniva registrata a proposito degli acquisti compiutisi durante la pendenza, come l'ipotesi di un legato assegnato a un servo peculiare, il cui *dies cedens* fosse intervenuto in quel frangente.

⁸⁵ Per un'analisi della dottrina a confronto con le tali 'teorie intermedie' vd. B. TOTI, *La garanzia*, cit. 665 s. nt. 39.

⁸⁶ Una brevissima ma efficace sintesi di questo fenomeno in V. LENOCI, *art. 757*, cit., 323 s.

beni estranei alla originaria comunione⁸⁷, alle quali difficilmente può estendersi l'effetto retroattivo (limitato dall'art. 757 c.c. ai «beni ereditari») ⁸⁸.

Ciò che preme qui sottolineare, però, è che l'insegnamento giuliano testimonia nondimeno che, se non anche «sul piano della teoria generale» (per dirla con le parole della Suprema Corte), quantomeno sotto il profilo effettuale dell'esperienza storica del diritto, al contrario di quanto sostenuto dalle Sezioni Unite, è concepibile, *rectius* è stata concretamente concepita un'efficacia della *divisio* (almeno *sub specie* di *summissio*) 'performante' della realtà⁸⁹; come di un atto capace solo *a posteriori* di chiarire le dinamiche proprietarie integrando, in questo senso soltanto, un 'momento efficiente' della vicenda successoria, al di là dell'antitesi tra atti dichiarativi e atti costitutivi.

Ovviamente si tratta di un problema ben più ampio, che riguarda anche i profili dogmatici dei cd. negozi di accertamento da un lato, e del fenomeno della pendenza dall'altro; aspetti, questi, che esulano da questo studio; ma che lasciano presagire che, nonostante l'intervento delle Sezioni Unite, il nuovo orientamento della Cassazione continuerà ad alimentare ampie e (si spera) feconde riflessioni.

⁸⁷ Su questa base si è fondata la distinzione tra 'divisione civile' e 'divisione naturale' (o reale): cfr. tra gli altri E. ZIMMERMANN, *Ueber die Theilung*, cit., 208; su tale distinzione vd. però G. DEIANA, *Concetto*, cit., 21 ss. e ivi ampia bibl.

⁸⁸ A. LUMINOSO, *Divisione*, cit., 15 e ivi bibl.

⁸⁹ C. GIOFFREDI, *Sul 'ius postliminii'*, cit., 14, esprimendosi a proposito del problema della coerenza tra concetti di pendenza e quiescenza dei diritti e il concetto di estinzione, rileva la necessità di tenere presente che gli schemi abituali della dialettica giuridica sono «la sintesi di una lunga esperienza giuridica che in essi risulta superata attraverso un procedimento di astrazione e sistemazione, tanto che spesso il legislatore può farli propri, mentre le formulazioni giuridiche romane non sono, per lo più, che la conciliazione, sul piano pratico, di principi giuridici in evoluzione, elaborate dalla giurisprudenza, e pertanto non rifuggono da espedienti, né sfuggono a contraddizioni».

Abstract

Nel saggio si analizza una recente sentenza della Cassazione che proclama l'efficacia costitutiva degli atti di divisione contro l'opinione tradizionale che ne aveva riconosciuto la natura dichiarativa. Si esamina la genesi della precedente dottrina nell'ambito diritto feudale e se ne segue lo sviluppo, in contrasto con il diritto romano, fino alla disposizione dell'art. 757 c.c. L'autore si sofferma, in particolare, sul tema della compatibilità dell'efficacia dichiarativa degli atti di divisione con l'efficacia retroattiva.

The paper analyses a recent judgment of the Supreme Court of Cassation which states the nature of the division of the assets to be constitutive, in opposition to the traditional opinion that was used to proclaim them as declarative.

The author examines the genesis of the declarative nature of the division deeds in the feudal law and follows the development of this principle in contrast with the Roman Law, until the rule of the art. 757 of the Italian civil Code, which orders to backdate the division, as if there had never been communion between the former co-owners.

The essay highlights the compatibility of the declarative efficacy of the division deeds and their retroactive efficacy in the light of the Roman jurisprudence.

Parole chiave

Atti di scioglimento della comunione, efficacia retroattiva, dichiaratività, efficacia costitutiva.

Deed of division, retroactive efficacy, declarativity, constitutive efficacy.

RAFFAELE D'ALESSIO
Ricercatore di diritto romano
Università degli Studi del Salento
Email: raffaele.dalessio@unisalento.it

