

ATTRIBUZIONI DIVISIONALI E AUTONOMIA PRIVATA (il contratto di divisione – i contorni del tipo)^(*)

Si parla di divisione con riferimento al contratto, al procedimento divisionale o al risultato dello scioglimento della comunione.

Riguardo alla prima accezione, non esiste una definizione del contratto di divisione, per cui essa rappresenta oggi il risultato di un'interpretazione plurisecolare, ma su questo si ritornerà. Con il termine divisione, però, il legislatore assai più spesso si riferisce all'*iter*, al (complesso) procedimento che conduce allo scioglimento della comunione, in specie quella ereditaria¹.

Infine divisione è, in sintesi, il risultato: lo scioglimento della comunione².

A complicare la situazione ci sono poi gli *atti diversi dalla divisione*, che pure abbiano l'effetto di far cessare la comunione, richiamati in tema di azione di rescissione (art. 764 c.c.). La mancanza di una definizione legislativa del contratto costringe l'interprete a indagarne i diversi profili e trarre dalla poco organica disciplina legislativa gli elementi utili alla causa.

§ 1 - Divisione come scioglimento della comunione

Si può iniziare il discorso proprio partendo dalla fine, ossia dall'esito della divisione come scioglimento della comunione. Si è già da tempo osservato che con l'accordo dei conviventi dalla comunione originaria possono derivare distinte comunioni più ristrette ovvero lo scioglimento può riguardare solo una parte della massa (comunione soggettivamente od oggettivamente parziale) e tuttavia si ha comunque divisione poiché “alla comunione fra tutti i coeredi si sostituiscono due distinte comunioni”³, stavolta ordinarie e non ereditarie⁴.

Si può quindi trarre una prima conclusione nel senso che appartiene alla divisione, è propria della divisione la funzione di sciogliere la comunione. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'effetto finale (scioglimento della comunione) deve intendersi *in senso relativo e non assoluto*, poiché all'esito divisionale non necessariamente ciascun partecipante consegue beni in titolarità esclusiva.

§ 2 - La divisione presuppone la comunione

Ugualmente utile è però risalire dalla fine al principio, ossia allo stato di comunione. Se si esclude il caso della divisione del testatore (art. 734 c.c.), nella quale l'attribuzione mortis causa non è preceduta, almeno in senso cronologico, dallo stato di comunione, l'atto tra vivi di divisione presuppone la comunione quale substrato necessario⁵. Il riferimento alla comunione

(*) Il testo sviluppa la relazione tenuta al Convegno organizzato dalla Fondazione Emanuele Casale in Caserta il 28 maggio 2010.

- 1 Il richiamo è evidentemente agli artt. da 713 a 768 del codice civile. Una messe di disposizioni normative che comprendono norme sostanziali, norme processuali oltre a istituti che nulla hanno a che vedere con la divisione in generale e che trovano la loro giustificazione nell'ambito del fenomeno successorio (basti pensare alla collazione, al pagamento dei debiti e al reatratto successorio).
- 2 Questo è il significato che si ricava, per esempio, dall'art. 713 c.c., nel quale “domandare la divisione” si deve intendere come riferito al risultato della stessa, non importa se raggiunto attraverso un giudizio o un accordo stragiudiziale. Un eventuale dubbio al riguardo può essere fugato dalla norma, analoga, dell'art. 1111 c.c., nel quale con diversa formulazione (ma con identità di significato) il legislatore attribuisce a ciascuno dei partecipanti il diritto di “domandare lo scioglimento della comunione”.
- 3 CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1958, p. 388, con riferimento alla divisione tra due gruppi di coeredi. Seguono tale indirizzo BONILINI, voce *Divisione*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. civ.)*, VI, Torino, 1990, rist. 2004, p. 484; CASULLI, *Divisione ereditaria*, (*dir. civ.*), in *Noviss. dig. It.*, VI, Torino, 1960, p. 43; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, p. 79; BURDESE, *Comunione e divisione ereditaria*, in *Enc. Giurid.*, VII, Roma, 1988, p. 6; VENOSTA, *Delle Successioni*, III, in *Comm. del codice civile diretto da E. Gabrielli*, Milano, 2010, p. 7.
- 4 Conclusione parzialmente rettificata in tema di divisione oggettivamente parziale, nella quale si ritiene dai più che la comunione residua abbia comunque natura ereditaria, autori richiamati in VENOSTA, *op. e luogo citati*.
- 5 Questa affermazione impone di superare l'opinione che identifica una generica funzione divisionale, diversa dalle categorie tradizionali di corrispettività e liberalità, la quale si manifesterebbe anche in negozi che non si innestano in uno stato preesistente di comunione, opinione espressa da AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporzionamento nel negozio divisorio*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, nei

permette di comprendere meglio la disciplina della divisione e la sua posizione peculiare nell'ambito del sistema. La comunione comporta una *deminutio* sia qualitativa che quantitativa del dominio non in quanto tale, ma nell'ottica del singolo partecipante. E' difficile negare infatti che rispetto alla piena ed esclusiva proprietà le facoltà del (com)proprietario si caratterizzano per una minore ampiezza:

- sotto il profilo *quantitativo* poiché il partecipante, per esempio, può servirsi della cosa comune purché non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto (1102, comma 1, c.c.). Ciò comporta necessariamente una limitazione spaziale o temporale delle facoltà di godimento;
- sotto il profilo *qualitativo*, in misura non meno significativa, poiché il partecipante non può mutare la destinazione economica della cosa comune (1102, comma 1, c.c.) e non può compiere direttamente innovazioni e può viceversa subire innovazioni deliberate da altri (art. 1108 c.c.).

Inoltre la comunione, non solo ereditaria, rende necessaria la regolamentazione nei rapporti tra i partecipanti e anche nei confronti dei terzi della fase gestionale, insopprimibile anche nelle comunioni più semplificate, con il relativo sistema di ripartizione degli oneri della gestione.

A fronte di questa situazione per così dire critica della proprietà e proprio in risposta a essa sta il fondamentale diritto riconosciuto a ciascun partecipante di chiedere in ogni tempo lo scioglimento della comunione (artt. 713 e 1111 c.c.), un diritto che può essere limitato da un patto la cui durata non può eccedere i dieci anni (art. 1111, comma 2, c.c.) o dalla volontà del testatore per il termine massimo di cinque anni o fino a che l'ultimo istituito abbia compiuto la maggiore età (art. 713, commi 2 e 3, c.c.)⁶. Questo diritto⁷ è inoltre reciproco: spetta a ciascun partecipante nei confronti di tutti gli altri, e non è propriamente un rimedio da azionare sul piano processuale in risposta a una negazione del diritto da parte degli altri. Difatti il giudizio divisorio non presuppone necessariamente contrasti⁸, potendo proseguire anche se non sorgono contestazioni e anche per il semplice fatto che i partecipanti hanno maggior fiducia o convenienza nella fase processuale⁹. La reciprocità di tale diritto comporta che il suo esercizio nei confronti degli altri partecipanti possa viceversa assumere la natura di atto necessitato, qualora questi ultimi intendano avvalersi del diritto a loro volta¹⁰.

§ 3 - Lo scioglimento della comunione e l'attribuzione secondo un criterio proporzionale

Il profilo causale della divisione non è peraltro sufficientemente delineato mercé il semplice richiamo allo scioglimento della comunione. Essa può infatti cessare in virtù di svariati negozi giuridici, quale a mo' di esempio la vendita o la donazione all'altro convivente della propria

Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, IV, Roma, Milano, 2008, p. 28 ss., e *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. not.*, 2006, p. 867 ss.. Nei confini del presente lavoro mi limito a dissentire, segnalando le considerazioni critiche di LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, nei *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, cit., p. 21 ss., e poi in *Riv. dir. civ.*, 2009, e VENOSTA, *op.cit.*, p. 14 ss..

6 Che il limite sia testamentario o convenuto tra gli stessi partecipanti, in ogni caso l'autorità giudiziaria può disporre la divisione anzitempo, qualora gravi circostanze lo richiedano (artt. 713, comma 4, e 1111, comma 3, c.c.).

7 Qualificato dalla dottrina prevalente come diritto potestativo verso gli altri, i quali versano correlativamente in una situazione di soggezione. Per tutti PAVANINI, *Natura dei giudizi divisorii*, Padova, 1942, p. 41 ss., e da ultimo VENOSTA, *op.cit.*, p. 56. Si segnala l'opinione di SALIS, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. diretto da Vassalli*, IV, 2, Torino, 1939, p. 196, secondo il quale il diritto in oggetto è elemento caratterizzante la situazione di contitolarità.

8 MINOLI, *Contributo alla teoria del giudizio divisorio*, Milano, 1950, p. 43.

9 FORCHIELLI, *Della divisione, Libro II – Delle successioni*, in *Comm. del codice civile*, a cura di Scialoja – Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 3: “Perfino l'unanimità dei conviventi può preferire l'*iter* giudiziario e può quindi unanimemente promuoverlo!”.

10 Così la volontà manifestata nei confronti degli altri di dividere, se completa, assume il carattere di proposta irrevocabile, nella misura in cui anche gli altri abbiano manifestato la volontà di dividere, alla stregua di quanto accade per le cosiddette proposte *dovute*. Cfr. sul punto SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, 2004, p. 224.

quota. Di fronte alla norma di cui all'art. 764, rubricato *Atti diversi dalla divisione*, che non si premura di fornire dei criteri distintivi, la dottrina si è affannata a lungo nella individuazione della categoria allo scopo non solo di rendere applicabile la rescissione per lesione *ultra quartum*, ma anche di riconoscervi le altre caratteristiche della divisione in senso stretto¹¹. Un simile sforzo ha richiesto tuttavia una approfondita revisione critica che prende le mosse dal lavoro fondamentale in materia del Deiana¹², che per primo ha sgomberato il campo dalla ricorrente confusione con la permuta. Nella definizione dell'A. la divisione non tende a realizzare, come la permuta, uno scambio di diritti, ma “mira a rendere concreta, come si suol dire, la quota astratta di ognuno”¹³ mediante l'attribuzione, in luogo della sua quota astratta di comproprietà, della “proprietà esclusiva di una quantità di beni il cui valore stia a quello dei beni spettanti agli altri nello stesso rapporto delle quote indivise”¹⁴. E' la definizione del criterio di proporzionalità, che ha permesso di restringere nell'area della divisione solo quei contratti che avessero quale risultato tipico e programmatico lo scioglimento della comunione rispetto a quelli che tale risultato determinassero in via solo occasionale.

La ricostruzione in parola, peraltro, sembrava circoscritta a negozi che contenessero attribuzioni in natura, lasciando fuori la cd. divisione civile, ossia “la distribuzione operata, anche solo parzialmente, mediante conguagli”¹⁵. E' stato merito di altra autorevole dottrina¹⁶ chiarire che la natura divisoria non viene meno per la presenza dei conguagli, nemmeno quando ad alcuni condividenti restino assegnati solo crediti a titolo di conguaglio, poiché anche in tal caso si formerebbero porzioni di valore corrispondente alla quota di diritto, realizzando così il fine tipico della divisione. Infine si è giunti ad affermare più in generale che vanno ricondotti alla divisione tutti quegli atti che realizzano lo scioglimento della comunione mediante l'assegnazione a uno o più soggetti di un valore corrispondente alla quota¹⁷, definizione comprensiva della divisione cd. civile oltre che di quella cd. naturale e di tutti quegli altri atti che, “in un modo o nell'altro, assolvano non occasionalmente la funzione distributiva, propria della divisione; atti ai quali si addice quindi meglio la definizione di «atti equiparati alla divisione», proposta dalla dottrina¹⁸, piuttosto che la formula legislativa «atti diversi dalla divisione» (art. 764)”¹⁹. In effetti si registra tra gli autori la tendenza a considerare l'attribuzione di beni in natura come principio largamente derogabile, il cui sacrificio non muta la qualificazione del contratto divisionale²⁰. Non mancano però opinioni discordi, che ravvisano nel conguaglio un criterio sussidiario correttivo dell'ineguaglianza delle quote e non un possibile criterio da seguire nella formazione delle porzioni²¹. La regola, dunque, sarebbe quella dell'apporzionamento in natura con il solo limite della indivisibilità e

11 BRANCA, *Della proprietà*, in *Comm. del codice civile*, a cura di Scialoja – Branca, Bologna-Roma, 1965, sub art. 1111.

12 DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 15 ss., e *Problemi e riforma in tema di divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, p. 420 ss..

13 Id., *Concetto*, cit., p. 29.

14 Id., *op. cit.*, pp. 18 e 27. Da ultimo a dare il giusto riconoscimento a tali contributi LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., p. 9.

15 MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, in *Arch. giur.*, 1949, p. 13. Concorde FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 13.

16 CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1961, p. 403 ss..

17 MIRABELLI, *op. cit.*, p. 48, e voce *Divisione*, in *Noviss. dig. it.*, p. 34.

18 CICU, *op. e luoghi citati*.

19 Così FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 14.

20 In tal senso FORCHIELLI, *op. cit.*, pp. 14 e 79; GIANNATTASIO, *Delle successioni, divisione – donazione*, Torino, 1964, p. 31; MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 37, che ravvisa divisione anche nel caso in cui i coeredi si accordino per assegnare i beni a un solo condividente a fronte del pagamento di conguagli in denaro.

21 VENOSTA, *op. cit.*, p. 11, secondo il quale la norma che consente l'attribuzione per intero a un solo condividente (art. 720 c.c.) è prevista per il caso della indivisibilità, né la natura disponibile della disposizione in oggetto, così come della maggior parte delle norme in tema di divisione ereditaria, sarebbe argomento sufficiente per superare quello che l'A. considera un limite intrinseco del conguaglio, che non può essere considerato “prestazione interamente sostitutiva della porzione in natura”. La questione non è secondaria, poiché se si accede alla conclusione secondo cui l'attribuzione in natura è elemento costitutivo ed essenziale della divisione, si ricade nella problematica già segnalata a proposito della ricostruzione del Deiana.

salva la facoltà delle parti di realizzare un riparto non simmetrico rispetto alle quote. Con questo peraltro non si risolve il problema, tant'è che la stessa dottrina, rappresentandosi le difficoltà di stabilire una linea di confine, suggerisce di ricorrere al criterio di meritevolezza degli interessi: la presenza di conguagli, anche di valore elevato, resta compatibile con lo schema divisionale allorquando sia giustificabile in base a un interesse oggettivamente apprezzabile e meritevole di tutela²². In conclusione il sistema divisione sarebbe improntato a un principio di assoluta proporzionalità quantitativa e di prevalente proporzionalità qualitativa, quest'ultima intesa come diritto all'attribuzione proporzionale dei beni in natura derogabile solo per oggettiva impossibilità o altra "difficoltà razionalmente giustificabile [...]" e nei limiti in cui tali circostanze giustificative sussistono²³.

La ricostruzione solo apparentemente riconosce ai privati un margine di autonomia, ma in realtà riflette e ripropone in tema di divisione amichevole gli stessi principi che presidiano la divisione giudiziale. In quest'ultima infatti la regola del diritto ai beni in natura (art. 718) soffre delle deroghe, elencate negli articoli che seguono, che operano in via sussidiaria e sono comunque basate su criteri oggettivi e circostanze razionalmente giustificabili. Le norme in oggetto sono ritenute in massima parte derogabili (dalle parti e non dal giudice²⁴), ma paradossalmente sono espresse in termini meno rigorosi della dottrina che qui si commenta. Basti pensare alla formulazione dell'art. 720 c.c., che parla di immobili non comodamente divisibili, secondo un giudizio di opportunità (in chiave economica, si intende), rispetto alla formulazione dell'art. 1112 c.c., che invece parla di cose che, se divise, cesserebbero di servire all'uso a cui sono destinate, stabilendo un metro di maggiore severità²⁵. Si aggiungano le altre ipotesi segnalate in dottrina, espressamente considerate dalla legge come varianti possibili della divisione: la licitazione dei beni in natura a un condividente a fronte di conguagli a favore degli altri (artt. 719, 720 e 757 c.c.), la vendita a un terzo con distribuzione del ricavato tra i condividenti (art. 720 c.c.) e l'attribuzione consensuale a un condividente a fronte del trasferimento agli altri di beni in natura estranei alla comunione (arg. ex art. 719 e 720 c.c.)²⁶. Inoltre il riferimento alla meritevolezza dell'interesse richiede dei chiarimenti: o si ritiene che la divisione cd. civile non appartiene al *tipo* divisione e allora sulla scia della visione tradizionale di volta in volta occorre verificare se sia diretta a realizzare interessi meritevoli di

22 VENOSTA, *op. cit.*. La conclusione viene invocata anche quale correttivo del noto principio secondo cui il criterio della validità o meno della divisione del testatore con conguaglio in danaro riposa (non tanto sulla entità quanto) sulla inevitabilità dell'ineguaglianza delle quote, enunciato da MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 148. Va peraltro osservato che l'opinione che qui si commenta non sembra tenere nella giusta considerazione la preoccupazione di Mengoni tutta rivolta al profilo della successione *mortis causa* e all'esigenza di conciliare l'attribuzione diretta a opera del *de cuius* di beni determinati con la *vocatio in universum ius*, propria della delazione ereditaria.

23 VENOSTA, *op. cit.* p. 12. Opta per una visione più ristretta anche LENER, *La comunione*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da Rescigno, Torino, 1982, p. 328, ma argomentando dalla formulazione dell'art. 764 c.c., il quale nel momento in cui estende il rimedio rescissorio agli atti diversi dalla divisione sembra presupporre che essi siano *altro* rispetto alla divisione medesima. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 12, spiega la scelta legislativa alla luce della scarsa consapevolezza del legislatore in merito alla definizione del contratto divisionale.

24 FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 143; MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 222; CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, p. 63, BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1980, p. 179.

25 In giurisprudenza, tanto di legittimità quanto di merito, si segnala da un lato l'applicazione, nel senso del testo, del criterio di non comoda divisibilità alla stregua di valutazioni strettamente economiche e di opportunità piuttosto che di necessità: App. Palermo, sez. II, 12 gennaio 2009 n. 13, in Guida al diritto, 2009, 14, p. 64 (solo massima); Cass., sez. II, 29 maggio 2007, n. 12498, in Giust.civ.Mass., 2007, 5, e in Giur.It., 2007, 11, p. 2438; Cass., sez. II, 16 febbraio 2007, n. 3635, in Giust.civ.Mass., 2007, 2. Dall'altro al principio dell'assegnazione del bene nella quota maggiore si è talvolta derogato alla stregua di un giudizio basato sul temperamento dell'interesse del titolare della maggior quota con quello, non necessariamente patrimoniale, di altro condividente, cfr. Cass., sez. II, 25 settembre 2008, n. 24053, che ha confermato la sentenza di secondo grado che aveva ritenuto l'interesse all'assegnazione dell'abitazione da parte del condividente, privo di altra abitazione, prevalente rispetto all'interesse di altro assegnatario, già proprietario di una casa di abitazione, sia pur titolare di quota maggiore.

26 CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 403 ss.; MIRABELLI, *Divisione*, cit., p. 34. Opinione condivisa di recente da LUMINOSO, *op. cit.*, p. 11.

tutela (art. 1322, cpv, c.c.), oppure, come ritiene la stessa dottrina²⁷, non vi è spazio per due distinte nozioni di divisione e allora il richiamo alla meritevolezza dell'interesse non si giustifica. Non in base all'art. 1322 perché, a volersi collocare nella prospettiva tradizionale, quella norma, che nell'intenzione del legislatore marca il confine dell'autonomia privata, serve a distinguere contratti validi da contratti nulli, e non è questo il caso. Nessuno infatti dubita della piena conformità ai principi dell'ordinamento di operazioni quali quelle innanzi prospettate. Non si può peraltro fare a meno di ricordare come oggi nella riflessione dottrinarie sono sempre più ristretti i margini del giudizio di meritevolezza, che ha finito sostanzialmente per appiattirsi sul giudizio di liceità²⁸. Sembra piuttosto che il criterio in oggetto sia stato richiamato al più limitato scopo di saggiare l'elasticità del tipo divisione²⁹ alla luce di un giudizio di valore da compiersi di volta in volta, ciò che allo stato appare problematico.

La questione evidentemente è tutt'altro che risolta.

Si può comunque arricchire ulteriormente la definizione del contratto di divisione affermando che esso realizza lo scioglimento di un preesistente stato di comunione mediante l'attribuzione ai partecipanti di quote di fatto di valore corrispondente a quello delle quote di diritto, realizza cioè una funzione distributiva/attributiva secondo un criterio di proporzionalità.

§ 4 - La divisione come tipo legale – il dato normativo

Dunque con la dottrina maggioritaria si deve riaffermare una nozione meno restrittiva di conguaglio, considerando che è lo stesso legislatore a riconoscerne la conformità al modello divisionale e che la scelta è condivisibile anche sul piano concettuale, poiché ciò che conta è che il contratto miri a sciogliere la comunione mediante attribuzioni di porzioni il cui valore sia proporzionale alle quote di diritto, poco importa sul piano funzionale se vi occorranza anche danaro o beni estranei alla massa. Ciò che conta in definitiva, il “nocciolo duro” del negozio divisorio, è l'*apporzionamento proporzionale*³⁰. Già questa conclusione consente di distinguere il negozio divisionale da quegli altri negozi i quali abbiano sì il risultato e talvolta anche lo scopo di far cessare la comunione, ma tale risultato o scopo perseguano in una funzione di scambio o transattiva.

Con tale precisazione non si è tuttavia ancora chiarito un punto a mio avviso importante. La disamina di questo punto passa attraverso la individuazione del contratto di divisione come tipo legale.

Da un esame anche superficiale della dottrina a partire dalla metà del secolo scorso la conclusione non sembra essere stata realmente in discussione³¹. Certo è che la ricomprensione della divisione civile nell'alveo della divisione e il conseguente ripudio della distinzione tra divisione civile e divisione naturale hanno imposto una visione *allargata* del tipo. Difatti, data per scontata la finalità distributiva secondo un criterio di proporzionalità, non si può negare

27 VENOSTA, *op. cit.*, p. 9.

28 G.B.FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 406. In giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, il riferimento alla meritevolezza degli interessi non è mai venuto meno. Il richiamo peraltro a tale criterio è assai spesso privo di un concreto e reale riscontro, alla stregua di una semplice presa d'atto, suffragato costantemente dal richiamo alla liceità dell'operazione. In tal senso Cass., sez. III, 11 marzo 1981, n. 1387, e Cass., sez. II, 4 febbraio 2010, n. 2651, in tema di servitù ccdd. obbligatorie; T.a.r. Lazio Roma, 3 dicembre 2009, n. 12455, e T.a.r. Veneto, 6 novembre 2008, n. 3451, in tema di contratto di avvalimento; Cass., sez. trib., 20 novembre 2009, n. 24498, in tema di contratto costitutivo di un diritto *ad aedificandum* di natura personale e non reale; Trib. Brindisi, 4 giugno 2009, e App. Salerno, 30 settembre 2009, n. 836, in tema di contratto avente a oggetto il medesimo prodotto finanziario, concludono per la non meritevolezza di interessi e quindi nullità del contratto il quale si presenti come aleatorio sì, ma solo per una delle parti. Anche qui (in particolare nella prima sentenza) si afferma la necessità del “prescritto (art. 1322) vaglio di liceità” cui fa però seguito la conclusione nel senso della immeritevolezza sociale. Conclude diversamente Trib. Torino 8 maggio 2009, sempre con riferimento al medesimo prodotto finanziario.

29 Infatti l'A., *op. cit.*, p. 141, in tema di conguagli diversi dal danaro afferma coerentemente trattasi di operazione estranea al tipo della divisione. Sul concetto di elasticità del tipo si tornerà in conclusione.

30 La definizione (incluso il corsivo) è di LUMINOSO, *op. e luogo citati*.

31 DEIANA, *opere citate*.

che sotto il profilo della sintesi degli effetti giuridici essenziali realizzati il contratto di divisione con conguagli in danaro o con attribuzione di altri beni estranei alla comunione è molto più complesso rispetto alla divisione in natura, poiché sull'effetto distributivo/attributivo si innestano altri tipi di effetto, vuoi traslativo vuoi obbligatorio, con conseguente applicazione della relativa disciplina.

Se si parte dall'assunto condiviso che tipo è il modello legale, lo schema astratto del negozio, possiamo allora attraverso una scansione delle varie norme in materia di divisione individuarne i tratti.

Innanzitutto con riferimento al **profilo soggettivo**, in vista del risultato distributivo proprio della divisione, si è sottolineata la necessità della partecipazione di tutti i contitolari³². La conclusione che precede va letta anche nel senso che per potere dividere occorre essere contitolari³³. Di conseguenza il contratto di divisione deve essere inteso come *contratto a soggetti qualificati*³⁴. In quest'ottica non ha senso discorrere di bilateralità piuttosto che plurilateralità, dal momento che la distinzione o è fatta in chiave funzionale e allora le categorie vanno abbinate la prima alla causa di scambio³⁵ e la seconda ai contratti associativi o con comunione di scopo, che qui non ricorrono, oppure si basa puramente e semplicemente sul numero dei contraenti³⁶ ed è parimenti insignificante ai fini della divisione, poiché non si può mutare la qualificazione del contratto se i partecipanti alla comunione siano due o più³⁷, in specie se si pretenda di assegnare a tale distinzione conseguenze in tema di disciplina del contratto³⁸. In sintesi si può affermare che *la divisione è contratto a soggetti qualificati e numero di parti predeterminato, avuto riguardo a un dato momento storico*.

Sotto il profilo del **risultato**, dell'effetto giuridico che tende a realizzare, si è affermato che la divisione realizza lo scioglimento della comunione, ha cioè natura estintiva della situazione pregressa di contitolarità³⁹. Lo scioglimento viene visto come un particolare modo di estinzione della comunione rispetto a tutte le possibili vicende estintive, l'unico cui si possano connettere gli effetti di cui all'art. 757 c.c.⁴⁰. L'affermazione che precede è stata accolta con una significativa puntualizzazione quanto all'ambito oggettivo di efficacia. Di retroattività si può parlare solo con riferimento ai beni oggetto della comunione⁴¹. Diversamente per le prestazioni e attribuzioni a titolo di conguaglio, che pure trovano la loro giustificazione causale nel contratto divisionale, si avrà una ordinaria vicenda traslativa da un condividente

32 La conclusione è corroborata dal richiamo all'art. 784 c.p.c., che impone il litisconsorzio necessario, ma trova il suo fondamento nella funzione del negozio divisorio, che evidentemente non può realizzare l'effetto suo proprio senza la necessaria partecipazione di tutti gli aventi diritto. In dottrina il punto è pacifico.

33 Valgano al riguardo le considerazioni svolte *supra* circa la necessità dello stato di comunione.

34 Non mancano infatti nell'ordinamento casi nei quali determinanti al fine di individuare la ricorrenza di un tipo contrattuale siano qualità soggettive di tutti (art. 2602 c.c., consorzio) o alcuni dei partecipanti (art. 1882 c.c., assicurazione).

35 Se si eccettua il discusso caso delle cosiddette permuta a catena.

36 In dottrina in particolare MESSINEO, voce *Contratti plurilaterali e contratti associativi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 148 ss..

37 In dottrina tracce della disputa sulla natura bilaterale o plurilaterale della divisione in MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti*, in *Comm. Utet*, Torino, 1980, p. 15, e FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 11.

38 Si deve ritenere che non può trovare applicazione l'art. 1332 c.c. (Adesione di altre parti al contratto) perché non si tratta di contratto al quale *possono* aderire altre parti: il concorso di tutti i partecipanti è essenziale. Testualmente è esclusa la disciplina dettata per i contratti plurilaterali in tema di nullità (art. 1420 c.c.), annullabilità (art. 1446 c.c.) e risoluzione (artt. 1459 e 1466 c.c.), riferita ai contratti in cui le prestazioni di ciascuna parte "sono dirette al conseguimento di uno scopo comune".

39 In particolare sulla funzione divisoria quale risultante di due effetti, uno estintivo e uno acquisitivo, si veda MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 39 e 49.

40 MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, 1981, p. 108 ss.: non a caso, tra l'altro, il legislatore parla di "scioglimento della comunione" all'art. 1111 c.c. e di "ogni altro atto che abbia per effetto di fare cessare la comunione" all'art. 764 c.c.. *Cessazione e scioglimento* allora designano entrambe nella visione dell'Autrice una vicenda estintiva della comunione, ma si pongono tra loro in un rapporto di genere a specie, poiché solo alla seconda (che è propria della divisione) si verifica l'effetto caratteristico dell'art. 757 c.c..

41 LUMINOSO, *op. cit.*, p. 16. L'opinione si ritrova anche in altri autori, si veda per tutti BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 207.

all'altro⁴². Egualmente rilevante e in linea con i principi generali è venuta l'ulteriore precisazione dei limiti della efficacia retroattiva, imposti dal principio di conservazione che impronta la fase della comunione⁴³.

Non è questa la sede per riprendere la nota questione della natura dichiarativa o costitutiva della comunione e la sua (pretesa) correlazione con l'effetto retroattivo dell'art. 757 c.c.⁴⁴. Chi scrive condivide appieno l'idea della natura costitutiva della divisione, così come si è venuta formando grazie ai contributi di autori quali Mirabelli⁴⁵ e Forchielli⁴⁶, il quale trae la ulteriore conclusione della efficacia “sostanzialmente traslativa” e, in coerenza con tale conclusione, sostiene che l'acquisto ex divisione dovrebbe soggiacere *quoad effectum* alle ordinarie regole sul contratto traslativo, se non fosse per lo speciale trattamento imposto dall'art. 757 c.c.. Tale principio si giustificerebbe storicamente in base all'esigenza di evitare una doppia imposizione fiscale e di continuità del *dominium*, ma “appare oggi tutt'altro che indispensabile alla finalità essenzialmente distributiva della divisione”⁴⁷.

Oggi, ferma restando l'opzione per la natura costitutiva della divisione, basata sulla essenziale e innegabile constatazione della diversità della situazione giuridica dei conviventi prima e dopo il negozio divisorio⁴⁸, prevale una visione che nega sostanzialmente effetto traslativo, ricollegando l'acquisto in proprietà solitaria del convivente direttamente alla successione o al diverso titolo costitutivo della comunione⁴⁹. Una volta fissata la retroattività come qualità tipica della divisione, elemento caratterizzante il tipo divisione, se ne è tratta da alcuni la ulteriore conclusione della inderogabilità⁵⁰. Secondo altri invece la retroattività è elemento caratterizzante il tipo, ma è pur sempre derogabile, tanto che in difetto si avrà contratto atipico ma comunque valido⁵¹.

Si può ribadire dunque che risultato della divisione è lo scioglimento della comunione, scioglimento *qualificato* dall'effetto di cui all'art. 757 c.c..

Sulla scorta delle osservazioni che precedono ci si può ora confrontare con il **profilo causale** del contratto del quale esistono svariate definizioni, in gran parte coincidenti. La causa della divisione consiste nell'attribuzione a ciascun convivente di beni in proprietà esclusiva di valore proporzionale alla sua quota di diritto, operazione che, all'esito delle attribuzioni, determina lo scioglimento della comunione⁵². Se si preferisce porre l'accento sulla portata estintiva della comunione, si dice anche che il contratto di divisione scioglie la comunione mediante l'attribuzione a ciascun convivente di beni dal valore proporzionale alle rispettive

42 LUMINOSO, *op. e luogo citati*.

43 MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, p. 348 ss., e *Comunione e divisione ereditaria*, in *Tratt. di diritto sulle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, IV, Milano, 2009, p. 167 ss., con puntuali richiami alla disciplina degli atti compiuti dal chiamato (art. 460 c.c.), alle vicende processuali che riguardano l'eredità (art. 486 c.c.), relativamente alla comunione ereditaria, e in generale agli atti compiuti in pendenza della condizione in generale (art. 1361 c.c.) e in materia di successione (art. 641 c.c.). Condivide e riassume tali conclusioni LUMINOSO, *op. e luogo citati*.

44 Questione affrontata da tutti gli autori. Per una recente ricostruzione si vedano MORA, *op. cit.*, p. 154 ss., e VENOSTA, *op. cit.*, p. 33 ss., ove puntuali riferimenti bibliografici.

45 MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, cit., p. 48 ss..

46 FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 22 ss..

47 FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 34, in sostanziale accordo con MIRABELLI, *op. e luogo citati*.

48 Sulla divergenza della situazione giuridica conseguente all'atto, quale elemento tipizzante l'efficacia costitutiva rispetto all'efficacia dichiarativa e all'efficacia preclusiva, si veda il fondamentale contributo di FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 490 ss., e voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 209.

49 MIRAGLIA, *Divisione contrattuale*, cit., p. 114 ss.; MORA, *op. cit.*, pp. 152 ss. e 166; LUMINOSO, *op. cit.*, p. 15. Tale conclusione si riassume felicemente dicendo che ciascun convivente non è dante causa degli altri e succede direttamente al *de cuius*.

50 MOSCARINI, «Gli atti equiparati alla divisione», in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1963, p. 548 ss..

51 BURDESE, *Nuove prospettive per la qualificazione del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 636, e *La divisione ereditaria*, cit., p. 10..

52 La definizione è di LUMINOSO, *op. cit.*, p. 14, che espressamente considera lo scioglimento della comunione come effetto riflesso dell'atto, proprio anche di atti diversi dalla comunione.

quote⁵³. Si può mediare tra le due definizioni sostenendo, con un approccio di tipo pugliattiano che individua la causa del contratto nella sintesi degli effetti giuridici essenziali dello stesso⁵⁴, la natura della divisione come sintesi di due effetti uno estintivo (della comunione) e uno costitutivo (consistente nell'acquisto)⁵⁵.

In conclusione esistono elementi sufficienti nel tessuto normativo per ritenere l'esistenza di un tipo legale divisione pur riconoscendo che, in difetto di una puntuale previsione legislativa, molti di tali elementi sono costituiti da norme concernenti il profilo patologico o quello effettuale, piuttosto che il profilo dispositivo⁵⁶. Tali elementi consistono nel profilo soggettivo dei condividenti (partecipanti alla comunione), nel risultato dello scioglimento della comunione mediante attribuzione di beni secondo il criterio dell'apporzionamento proporzionale e nell'efficacia tipicamente (e unicamente) prevista dall'art. 757 c.c.. Questi ultimi due connotati valgono in particolare a distinguere la divisione da altri contratti di scambio, che pure abbiano come effetto lo scioglimento della comunione, come la permuta, la transazione e la vendita di quota a rischio e pericolo (art. 765 c.c.), ai quali tutt'al più si potrà applicare il rimedio della rescissione (art. 764 c.c.), ma che non condividono con la divisione il profilo causale e di conseguenza neppure il profilo disciplinare/effettuale⁵⁷.

§ 5 - La divisione come tipo legale – conclusioni

Resta un punto problematico, cui ho fatto cenno in precedenza, relativamente alla divisione con conguaglio. È prevalente in dottrina la nozione allargata di conguaglio, che non si limita all'obbligazione pecuniaria, ma ricomprende ogni bene fungibile e anche infungibile, nonostante la formulazione dell'art. 728 c.c., rilevante essendo non tanto la natura dei beni o delle prestazioni oggetto di conguaglio quanto il loro essere finalizzate a correggere le ineguaglianze delle porzioni e quindi in definitiva ad attuare la funzione divisionale, secondo quanto chiarito⁵⁸. Il ventaglio delle opinioni manifestate dagli autori, come si diceva, include insieme con il danaro ogni altro bene o utilità. Non solo nell'ampiezza del concetto deve farsi rientrare ogni bene della vita che sia idoneo a formare oggetto di contrattazione privata⁵⁹ ma più in generale deve ritenersi che nessuna delle categorie di efficacia cui i privati hanno accesso possa dirsi preclusa in linea di principio, purché sia compatibile con il profilo funzionale della divisione.

Lo scioglimento della comunione può rappresentare l'occasione per regolare una serie di rapporti più complessi. Si pensi solo alla fase della crisi coniugale, nella quale agli aspetti più strettamente patrimoniali si affiancano altri aspetti di diritto familiare a contenuto tanto patrimoniale quanto non patrimoniale, quali il mantenimento e l'affidamento della prole. Ora sarebbe senza dubbio eccessivo considerare questi aspetti come secondari rispetto allo scioglimento della comunione, la quale semmai segue la fine della crisi coniugale. Tuttavia non può escludersi che, anche in assenza di una crisi coniugale ovvero prima di essa, prima cioè di giungere al divorzio o addirittura prima della separazione personale dei coniugi, questi ultimi (in separazione dei beni o personalmente separati) intendano procedere a divisione del patrimonio comune, utilizzando lo strumento del conguaglio per bilanciare il valore delle quote. In tale contesto a titolo di conguaglio si potrebbe ipotizzare a carico di un coniuge un

53 MORA, *Comunione e divisione ereditaria*, cit., p. 224, e autori ivi citati.

54 Approccio fatto proprio dallo stesso LUMINOSO, *op. e luogo cit.*, e *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 40 ss..

55 MIRAGLIA, *Divisione contrattuale*, cit., p. 112 s., e *La divisione ereditaria*, cit., pp. 39 e 49.

56 MORA, *Comunione e divisione ereditaria*, cit., p. 226. Ciò non costituisce un ostacolo per la dottrina, che ritiene che viceversa anche una norma che sancisce la invalidità di un negozio può svolgere un ruolo primario nella ricostruzione di una fattispecie negoziale, fornendone una descrittiva implicita, in tal senso MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, p. 43.

57 MORA, *op. cit.*, p. 231.

58 GAZZARA, voce *Divisione della cosa comune* (dir. privato), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 423; LENER, *La comunione*, cit., p. 328; MINERVINI, *Divisione contrattuale*, cit., p. 179; MIRABELLI, voce *Divisione*, cit., p. 35; PALAZZO, voce *Comunione*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. civ.)*, III, Torino, 1990, p. 181; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit. p. 81, e gli autori da me citati alla nota 20 che precede.

59 Il richiamo è agli art. 1346 c.c. (requisiti dell'oggetto) e 1174 (carattere patrimoniale della prestazione), vertendosi evidentemente in tema di negozi a contenuto patrimoniale.

vincolo di destinazione⁶⁰ o anche la costituzione di determinati beni in fondo patrimoniale⁶¹. Qualche precisazione va fatta con riferimento al vincolo di destinazione, quale atto complesso risultante dall'atto di autonomia negoziale con effetto obbligatorio e contenuto organizzativo della destinazione dei beni a uno scopo e dall'effetto della separazione patrimoniale⁶². In particolare se si accolga l'opinione espressa di recente, che scinde la fattispecie di cui all'art. 2645-ter c.c. in una fattispecie primaria, produttiva del solo effetto obbligatorio, soggetta al solo controllo di liceità, e una fattispecie secondaria, produttiva dell'opponibilità *erga omnes*, subordinata all'esistenza di un interesse meritevole di tutela⁶³. Tale severa ricostruzione non mina le conclusioni cui si è giunti in precedenza, salvo a richiedere evidentemente un più penetrante esame, dal punto di vista qualitativo, degli interessi che le parti intendono realizzare.

In conclusione resta da verificare la compatibilità del tipo divisione con una nozione ampia di divisione che si è fatta propria in questo lavoro. Il dubbio è cioè se gli elementi di maggiore complessità e di diversità rispetto al tipico effetto della divisione (art. 757 c.c.) siano sussumibili nel tipo divisione. Potrebbe insomma essere messa seriamente in discussione la stessa bontà dell'inquadramento della divisione come tipo legale così complesso.

Il tipo contrattuale viene definito come un genere, o un modello, di operazione economica suscettibile di essere rivestita dalla forma del contratto, e regolata dalla legge con norme specifiche⁶⁴. La dottrina considera tipicità legale quella “che ha per base una schematizzazione, fissata mediante qualifiche tecnico-legislative e individuata ad opera della legislazione”⁶⁵. La definizione è stata precisata ulteriormente, dal momento che essa apparentemente sembra riferirsi solo a quei contratti i cui tratti siano compiutamente delineati dal legislatore, mentre invece, come osservato in precedenza, si è ritenuto che gli elementi caratterizzanti il tipo possano rilevarsi anche in via di interpretazione, per esempio da una norma che sancisce la invalidità di un negozio⁶⁶. È certamente il caso della divisione, la cui peculiarità consiste nel suo atteggiarsi come negozio che esaurisce i suoi effetti esclusivamente nell'ambito di un determinato compendio (la massa comune), che può definirsi divisione *semplice* o *pura*, ovvero comprende anche prestazioni e attribuzioni che incidano non su beni della massa ma su beni estranei a essa, che può definirsi divisione *mista* o *complessa*⁶⁷. In entrambi i casi si è evidenziata la rispondenza a una finalità distributiva-proporzionale unitaria e si è sottolineata la natura derogabile della norma che prevede il

60 È appena il caso di osservare che, in coerenza con quanto sopra sostenuto, nulla osta a che oggetto del vincolo di destinazione siano beni che il convivente riceve nella sua porzione ovvero beni che non appartengono alla massa divisa. Tali beni potranno essere non solo beni immobili o beni mobili registrati, come testualmente prevede l'art. 2645-ter c.c., se si accetta la lettura cd. *sostanzialistica* che si propone da una parte della dottrina, in particolare FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter*, a cura di M.Bianca, Milano, 2007, p. 6; PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter*, cit., p. 75; DORIA, *Il patrimonio “finalizzato”*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 508 ss.; M.BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter*, cit., p. 36, e *Destinazione patrimoniale e impresa: oggetto e contenuto dell'atto di destinazione*, nei *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, I, Milano, 2010, p. 107, ove si dà conto della contraria lettura cd. *formalistica*.

61 L'utilità di questa opzione non può essere oscurata dalla considerazione che il fondo cessa in caso di divorzio (art. 171 c.c.), dal momento che esso invece può essere considerato dalle parti come strumento di protezione proprio in una fase tanto delicata come quella che accompagna i coniugi verso la cessazione degli effetti civili del matrimonio, che può seguire dopo diversi anni.

62 Profilo delineato in M.BIANCA, *op. cit.*, p. 106.

63 NUZZO, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, nei *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, I, Roma, 2010, p. 28 ss..

64 ROPPO, voce *Contratto*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. civ.)*, III, Torino, 2004 rist., p. 118.

65 MESSINEO, voce *Contratto innominato (atipico)*, in *Enc. dir.*, Milano, X, 1962, p. 95, nt. 1.

66 MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 43.

67 Questa classificazione, lungi dall'avere pretese definitorie, mi pare meglio rispecchiare la sostanza della questione rispetto alla tradizionale ma direi allo stato non più attuale distinzione tra divisione naturale e divisione civile.

conguaglio in danaro (art. 728 c.c.). Tuttavia questa conclusione esprime un giudizio in positivo degli interessi in concreto perseguiti, appartiene alla fase della *valutazione* del negozio. Non ci dice però se l'operazione è suscumbibile nel tipo che ci interessa⁶⁸.

Due sono le possibili risposte:

- la legge contempla la divisione come tipo contrattuale aperto, ossia la norma di cui all'art. 728 c.c. ha natura meramente dispositiva e non costituisce elemento caratterizzante il tipo divisione. Conseguentemente può rientrare nel concetto di conguaglio ogni tipo di prestazione e attribuzione patrimoniale, le quali abbiano per scopo il riequilibrio del valore delle quote⁶⁹. Il legislatore tipizza cioè uno schema astratto per così dire monco, disinteressandosi della natura dei beni attribuiti a titolo di conguaglio, preso com'è dalla preoccupazione esclusiva e assorbente di disciplinare e regolamentare la fase dello scioglimento della comunione. Conseguenza di questa ricostruzione è che il contratto verrà immediatamente qualificato divisione, con tutte le conseguenze del caso;
- la legge contempla il conguaglio come obbligazione che ha per oggetto una somma di danaro, ferma restando la natura dispositiva della norma dell'art. 728 c.c.. A questo punto o si ritiene, come ricordato precedentemente, che detto carattere sia elemento essenziale della divisione e allora si è in presenza di un negozio atipico o soccorre la elasticità del tipo⁷⁰, che “consente nel concreto atteggiarsi del negozio modificazioni di taluni suoi elementi o integrazioni che ne lasciano intatti i caratteri fondamentali”⁷¹, con la conseguenza che all'interprete, pur tenendo in debito conto tali elementi particolari, sarà consentita comunque la sussunzione nel tipo e quindi l'applicazione della relativa disciplina. Naturalmente anche l'elasticità ha un suo limite, oltre il quale il giudizio di qualificazione dà esito negativo e la disciplina da applicare dipenderà dal contenuto del negozio in concreto compiuto (atipico). Per descrivere tale concezione si è fatto ricorso all'esempio della circonferenza nella quale il centro è costituito dal nucleo dei caratteri fondamentali del tipo. Allontanandosi dal centro tali caratteri tendono a sfumare, senza peraltro dissolversi: al di fuori della circonferenza i contorni sono talmente sfumati da non consentirne più la qualificazione. Più il tipo è elastico e più la circonferenza è lontana dal centro⁷². A me pare che le opinioni che considerano restrittivamente la nozione di conguaglio ovvero la costringano in complicati giudizi di valore non trovino adeguata giustificazione alla luce delle considerazioni che precedono. Ritengo infatti che la previsione di conguagli, sia pure di importo rilevante, consistenti in diverse prestazioni o attribuzioni, ove siano finalizzati al risultato dello scioglimento della comunione mediante un apporcionamiento proporzionale, non sia estranea rispetto al tipo divisione. Questo del criterio teleologico è un valido elemento per il giudizio sull'elasticità del tipo⁷³.

68 Appartiene a G.B.FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 348, la distinzione tra il momento conoscitivo e il momento valutativo del contratto. È nella prima fase di conoscenza del negozio giuridico, quella della sua qualificazione, che assume rilievo il fenomeno della tipicità.

69 Non mi sembra di rinvenire precedenti nel sistema. Una qualche affinità potrebbe ravvisarsi nei contratti associativi, penso in particolare agli atti costitutivi di associazioni o di consorzi, nei quali non vi è alcun riferimento alla natura dei contributi degli associati o degli apporti dei consorziati. Diversa attenzione dedica il legislatore alle società commerciali, ove sono previsti specifici conferimenti, oltre al danaro, quali conferimenti in proprietà o in godimento (art. 2254 c.c.) ovvero di crediti (art. 2255 c.c.).

70 Concetto enunciato da FERRI, *op. cit.*, p. 351 ss., che parte dal rilievo che assai di rado si ha perfetta coincidenza tra la struttura propria del tipo e quella risultante dal concreto negozio giuridico, nel quale i contraenti inseriscono elementi personali, clausole e condizioni per meglio realizzare l'interesse cui tendono.

71 FERRI, *op. e luogo citati*.

72 La metafora (suggestiva) è di MARINELLI, *Ruolo della tipicità e disciplina delle fattispecie atipiche*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, I, *Il diritto privato nella giurisprudenza a cura di Paolo Cendon*, Torino, 2004, p. 701.

73 Il punto è sottolineato da Mora, *op. cit.*, p. 231, che rinviene nella particolare efficacia disposta dall'art. 757 c.c. un elemento di rigidità caratterizzante il tipo divisione. La retroattività pone un limite significativo a quegli atti mediante i quali, pur attraverso una distribuzione/attribuzione secondo un criterio di

In una come nell'altra delle ipotesi innanzi contemplate sembra pertanto di potere confermare la conclusione cui si era giunti in precedenza, che cioè il confine del tipo divisione è dato essenzialmente dal rispetto della finalità distributiva secondo un criterio proporzionale, mentre è indifferente, ai fini della qualificazione, la tipologia degli effetti giuridici che si innestano sul tradizionale risultato distributivo/attributivo della divisione⁷⁴.

Questo risultato riceve dal legislatore (art. 757 c.c.) uno speciale trattamento, quanto ai beni comuni: trattasi di una qualità legale dell'effetto (la retroattività), anch'essa *tipica*, perché connessa al tipo legale divisione, riconosciuta solo a quei negozi che realizzino lo scioglimento della comunione mediante attribuzioni secondo un criterio di proporzionalità e che i privati non potrebbero invocare per altre finalità, pur legittime.

Marco Luongo

proporzionalità, si vengano ad assegnare ai conviventi diritti *diversi* da quelli oggetto della comunione: è il caso dell'assegnazione a un convivente dell'usufrutto e a un altro della nuda proprietà. Qui dalla retroattività deriva la necessaria omogeneità dei diritti assegnati.

74 A conclusioni diverse giunge AMADIO, *Funzione distributiva*, cit., p. 35, relativamente ai conguagli diversi dal denaro. Rilevante sarebbe al riguardo la considerazione non tanto della diversa provenienza dei beni o la configurazione traslativa della vicenda quanto il fatto che una porzione di beni estranei alla massa imporrebbe una nuova operazione di stima e di conseguenza un raffronto, un *giudizio di equivalenza* (il corsivo è dell'autore), che orienterebbe l'interprete verso l'individuazione di una causa non tanto distributiva quanto di scambio. A me pare in verità che, una volta chiarita la funzione del conguaglio come strumento di equilibrio patrimoniale delle attribuzioni secondo un criterio teleologico, sia oltremodo difficile attribuire al conguaglio una funzione diversa a seconda del suo contenuto.