



Divisione ereditaria e nullità “urbanistiche”

FRANCESCO VENOSTA

Professore ordinario di Diritto privato

Università degli Studi di Milano

francesco.venosta@unimi.it

ABSTRACT

Il lavoro trae spunto da una recente sentenza delle S.U. della Corte di cassazione in tema di divisione ereditaria di immobili urbanisticamente irregolari: la Corte decide che tali fattispecie ricadono sotto le preclusioni che le norme urbanistiche impongono alla circolazione giuridica dell'immobile. Premesso che la divisione deve considerarsi alla stregua di un atto *inter vivos* e non *mortis causa*, la Corte innova il proprio precedente consolidato orientamento ad attribuire alla divisione ereditaria efficacia dichiarativa, e aderisce ai più moderni orientamenti che le attribuiscono natura costitutiva-traslativa, senza, peraltro, adeguatamente considerare il ruolo di essa nella più ampia vicenda successoria di cui costituisce l'elemento terminale; si conclude, quindi, che se di tale aspetto si fosse tenuto conto, la soluzione del caso concreto avrebbe potuto essere diversa. Sono oggetto di rapido esame anche alcuni profili particolari: la divisione giudiziale, quella parziale e il regime degli atti di disposizione compiuti *manente comunione*.

Parole chiave: Divisione ereditaria – Urbanistica – Immobile irregolare.



The essay is inspired by a recent ruling by the S.U. of the Italian Court of Cassazione in the matter of hereditary division of irregular urban properties: the Court stated that these cases fall under the prohibition concerning the legal circulation of the urban real estate. Provided that the division must be considered an inter vivos deed, the Court overruled its settled case-law holding that the division of inheritance is of constitutive nature and has not merely declaratory value, according to modern approaches. The article also examines some particular issues: the judicial division, the partial division and the regime of disposal acts carried out in communion.

Keywords: Division of inheritance – Urban Property – Irregular Real Estate.

Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo



Divisione ereditaria e nullità "urbanistiche"

SOMMARIO: 1. Premesse generali: la circolazione degli immobili urbanisticamente irregolari. – 2. Immobili irregolari e divisione. – 3. La innovativa sentenza Cass., S.U., 7 ottobre 2019 n. 25021. – 4. Segue: un orientamento innovativo sulla qualificazione della divisione ereditaria. – 5. Segue: la funzione *lato sensu* distributiva della divisione. – 6. Il ruolo della divisione nella complessa vicenda successoria. – 7. Segue: alcune considerazioni critiche sulla sentenza Cass., S.U., n. 26021/2019. – 8. Immobili (irregolari) non comodamente divisibili. – 9. Profili particolari: immobili irregolari e divisione giudiziale. – 10. Segue: immobili irregolari e divisione parziale. – 11. Segue: atti di disposizione compiuti *manente comunione*.

1. Premesse generali: la circolazione degli immobili urbanisticamente irregolari

Una importante sentenza delle S.U. offre l'occasione per alcune considerazioni generali in tema di natura della divisione ereditaria, che la Corte ha riesaminato *funditus* come premessa per decidere una questione in tema di nullità urbanistiche ⁽¹⁾.

Le norme sull'edilizia, infatti, tendono a scoraggiare gli abusi non solo comminando sanzioni amministrative e penali, ma anche utilizzando, per così dire, strumenti di coazione indiretta di natura civilistica, che tendono ad ostacolare l'utilizzo e la circolazione degli immobili abusivi.

Ne è un esempio l'art. 48, T.U. edilizia (DPR 6/6/2001 n. 380), il quale dispone al primo comma che «è vietato a tutte le aziende erogatrici di servizi pubblici somministrare le loro forniture per l'esecuzione di opere prive del permesso di costruire, nonché ad opere in assenza di titolo iniziate dopo il 30 gennaio 1977 e per le quali non siano stati stipulati contratti di somministrazione anteriormente al 17 marzo 1985». Chi richiede il servizio deve allegare alla domanda una autodichiarazione contenente gli estremi del permesso di costruire, o della domanda di permesso in sanatoria, e «il contratto stipulato in difetto di tali dichiarazioni è nullo ...» (comma 2°).

Ma soprattutto vengono qui in considerazione gli ostacoli normativi alla circolazione degli immobili abusivi, che non sono privi di complessità e che vanno descritti in modo diacronico, muovendo dalla legge n. 47 del 1985, ora per

⁽¹⁾ Cass., S.U., 7 ottobre 2019 n. 25021, in *Contr.*, 2019, 607 con nota di F.M. BAVA, *La divisione ereditaria quale atto inter vivos avente natura costitutiva*. La sentenza è ampiamente commentata da G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 13.

la maggior parte non più in vigore perché sostituita dal già richiamato DPR n. 380 del 2001.

Le disposizioni della legge del 1985 consideravano separatamente, da un lato, gli atti relativi ad edifici e quelli relativi a terreni; dall'altro lato, gli atti relativi a edifici realizzati prima o dopo la sua entrata in vigore.

Quanto ai terreni, l'art. 18 l. n. 47 disponeva che *«gli atti tra vivi, sia in forma pubblica sia in forma privata, aventi ad oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni sono nulli e non possono essere né stipulati né trascritti ... ove agli atti stessi non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica ...»* (comma 2°); *«gli atti aventi per oggetto lotti di terreno, per i quali sia stato emesso il provvedimento previsto dal settimo comma [si tratta dell'ordinanza comunale di sospensione della lottizzazione non autorizzata], sono nulli e non possono essere stipulati, né in forma pubblica né in forma privata, dopo la trascrizione di cui allo stesso comma ...»* (comma 9°); *«le disposizioni di cui sopra ... non si applicano comunque alle divisioni ereditarie, alle donazioni fra coniugi e fra parenti in linea retta ed ai testamenti, nonché agli atti costitutivi, modificativi ed estintivi di diritti reali di garanzia e di servitù»* (comma 11°).

Queste disposizioni sono state riprodotte, tali e quali, nell'art. 30, T.U. ed.

Quanto, invece, alle costruzioni irregolari, l'art. 17, l. n. 47 del 1985 disponeva che *«gli atti tra vivi ... aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti, reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria ... Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù»* (comma 1°); *«le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali»* (comma 5°).

La disposizione appena trascritta riguardava le costruzioni posteriori all'entrata in vigore della legge; a quelle anteriori, invece, si applica l'art. 40, che, con formulazione parzialmente diversa, così dispone: *«gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di garanzia o di servitù, relativi ad edifici o loro parti sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ... »* (comma 2°); *«le nullità di cui al secondo comma del presente articolo non si applicano ai trasferimenti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali nonché a quelli derivanti da procedure di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa»* (comma 5°). Come conviene osservare subito, queste ultime disposizioni non contengono alcun espresso riferimento né allo "scioglimento delle comunioni" né tanto meno alle "divisioni ereditarie", ma sembrano collocare nel perimetro della nullità qualunque negozio tra vivi, quale che ne sia la natura o la causa (e fatte salve le eccezioni espressamente disposte), avente come oggetto un diritto reale immobiliare.

L'art. 46 T.U. ed. riprende testualmente la formula del previgente art. 17 con riferimento agli edifici «*la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985*», mentre per gli edifici costruiti prima di tale data continua ad applicarsi la normativa anteriore (cioè l'art. 40, l. n. 47 del 1985).

2. Immobili irregolari e divisione

Queste disposizioni hanno destato discussione intorno al modo in cui esse dovessero applicarsi alle divisioni, ed in particolare intorno alla questione, se esse trovassero applicazione anche alle divisioni ereditarie.

Quanto alla divisione delle aree nude, sia l'art. 18 legge 47/85, sia l'art. 30 T.U. ed. escludono espressamente dalla sanzione della nullità le divisioni ereditarie, mentre vi ricomprendono, altrettanto espressamente, lo scioglimento delle comunioni, in tal modo fra l'altro indicando che le prime, diversamente dallo scioglimento delle comunioni ordinarie, non possono essere considerate, in sé e per sé, alla stregua di lottizzazioni abusive negoziali ⁽²⁾, tanto è vero che sono valide anche se compiute dopo la trascrizione del provvedimento sospensivo comunale. La *ratio* del diverso trattamento deve probabilmente ravvisarsi nel carattere forzoso della comunione ereditaria, la quale per tale ragione non può presumersi che venga utilizzata per eludere le norme che presidiano l'interesse generale alla corretta pianificazione dell'uso del territorio, di modo che prevale l'esigenza di non "condannare" i coeredi ad una non voluta condizione di indivisione, in contrasto, oltre tutto, con una preferenza di fondo dell'ordinamento per la proprietà individuale che si manifesta anche nella attribuzione, a ciascuno dei comunisti, del diritto potestativo a chiedere la divisione ⁽³⁾.

Quanto agli edifici, invece, la situazione è un poco più complessa, e la soluzione non discende pianamente dal tenore letterale delle norme. L'art. 17 l. 47 del 1985 non accenna alle divisioni ereditarie, ma sanziona con la nullità «*gli atti tra vivi ... aventi per oggetto ... [lo] scioglimento della comunione*», e tale disciplina è riprodotta, pari pari, nell'art. 46 T.U. ed.. L'art. 40 l. n. 47 del 1985 (che riguarda gli edifici abusivi costruiti entro il 1° ottobre 1985) neppure accenna

(2) Sulla nozione della lottizzazione negoziale, cfr. da ult. Cons. Stato, VI, 1° marzo 2019 n. 1448; Id., 10 novembre 2015 n. 5108. Questioni riguardanti lottizzazioni negoziali attuate mediante atti di divisione sono state decise da Cons. Stato, V, 20 aprile 2001 n. 2411, in *Riv. giur. ed.*, 2001, I, 639; e da Cons. Stato, V, 24 ottobre 1996 n. 1283.

(3) Così Cass., S.U., n. 25021/2019: «per la divisione di terreni provenienti da eredità, laddove su di essi non sia stato consumato alcun abuso edilizio, il legislatore ha inteso far prevalere l'intento dei coeredi di sciogliersi da una comunione che – in quanto originata da una successione *mortis causa* – essi non hanno voluto; ritenendo di non poter presumere che i *coheredes*, che intendano sciogliersi dalla comunione dei beni ereditari, abbiano – per ciò stesso – l'ulteriore intento di destinare il terreno ricevuto in eredità a scopo edificatorio illecito».

alle divisioni e prende in considerazione «*gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali*», qualificando così la fattispecie non sulla base della natura dell'effetto che l'atto produce, bensì solo alla stregua dell'oggetto dell'atto medesimo (il diritto reale, appunto, fatta eccezione solo per i diritti reali di garanzia o di servitù). Questa disposizione non è stata abrogata dal T.U. ed. ed è, quindi, ancora in vigore (cfr. artt. 136, c. 2°, lett. f e 137, c. 1°, lett. c, T.U. ed.).

In relazione alle due disposizioni da ultimo richiamate, nonché all'art. 46 T.U. ed., il tema della divisione ereditaria si pone in quanto esse fanno riferimento agli "atti tra vivi", mentre, pur non potendosi trascurare l'assenza di una espressa salvaguardia per le divisioni ereditarie, si è dubitato che queste ultime possano catalogarsi senza discussioni fra gli "atti tra vivi", senza tenere in considerazione la loro collocazione nel più ampio contesto della vicenda successoria, non potendosi escludere che il legislatore abbia utilizzato quella formula in modo non restrittivo e comunque non rigoroso, lasciando quindi aperto il tema della esatta collocazione della divisione ereditaria, che pur essendo tecnicamente, in sé e per sé, un atto tra vivi ⁽⁴⁾, si inserisce necessariamente in una vicenda successoria.

In disparte l'incerta formulazione testuale e il non agevole coordinamento fra le diverse norme, l'attenzione deve, quindi, concentrarsi sulla natura della divisione e sulla sua collocazione all'interno della vicenda successoria, e difatti è proprio su questo aspetto che si snodano le motivazioni delle sentenze (non molte, per la verità) che si sono occupate del tema.

Cass. 28 novembre 2001 n. 15133 ⁽⁵⁾ ha deciso una controversia divisionale sulla base dell'art. 17 l. n. 47 del 1985, negando la nullità della divisione sul presupposto che «*non può restare senza rilievo il fatto che nel caso in esame si tratta di scioglimento di comunione ereditaria, poiché la norma che si assume violata, pur riguardando anche gli atti di scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, limita espressamente il proprio campo oggettivo di applicazione ai soli 'atti tra vivi', lasciando, quindi, al di fuori tutta la categoria degli atti mortis causa. E' invero evidente che, come esattamente osservato da autorevole dottrina, la divisione ereditaria, pur attuandosi dopo la morte del de cuius, costituisce l'evento terminale della vicenda successoria e, quindi, rispetto a questa non può considerarsi autonoma. Tale rilievo trova conferma nel dato positivo offerto dall'art. 757 cod. civ., che assegna efficacia retroattiva alle attribuzioni scaturenti dall'atto divisionale*». Saggiunge anche, la Suprema Corte, che una diversa soluzione sarebbe contraddittoria con l'affermazione, data per scontata, che la nullità ex art. 17 non potrebbe operare per la divisione del testatore, così come sarebbe contraddittoria «*l'applicazione della norma all'ipotesi di attribuzione ereditaria di un edificio a più soggetti e la non applicazione all'ipotesi di attribuzione ereditaria dello stesso edificio ad un solo soggetto*».

⁽⁴⁾ Cfr. F. VENOSTA, *La divisione*, nel *Tratt.* diretto da Sacco, Torino 2014, 153.

⁽⁵⁾ In *Vita not.*, 2002, 331.

Cass. 1° febbraio 2010 n. 2313 ⁽⁶⁾ si colloca apparentemente sulla medesima linea, al segno di trascrivere l'intera motivazione della sentenza precedente (quella parte di essa, che anche noi abbiamo sopra riportato), sulla premessa che «*la giurisprudenza di questa corte ha già rilevato che in tema di invalidità del contratto, mentre l'art. 17 ... prevede espressamente la sanzione di nullità degli atti tra vivi, compreso lo scioglimento della comunione, relativi soltanto ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della legge, per quelli realizzati in epoca anteriore l'art. 40 ... , pur specificando le singole categorie di atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali che sono affetti da nullità, non prevede, fra essi, lo scioglimento delle comunioni*».

La Corte, che si trovava a decidere sulla base dell'art. 40 l. n. 47 (immobile costruito prima dell'entrata in vigore della legge), soggiunge che la *ratio* della «*nullità formale o documentale di cui si discute (diversa da quella sostanziale discendente da mancanza della concessione edilizia o in sanatoria) trova fondamento nell'esigenza di fornire all'acquirente una precisa nozione della condizione urbanistica del bene negoziato*», la qual cosa non vale per il coerede dividente; per concluderne che «*la attenuazione del regime più rigoroso di cui all'art. 17 è giustificata dal fatto che trattasi di beni già edificati prima dell'entrata in vigore della legge. Irrilevante è poi la circostanza che l'art. 18 in tema di lottizzazione abusiva includesse ... gli atti di scioglimento della comunione di diritti reali tra quelli che imponevano l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica. La diversità anche testuale delle disposizioni giustifica a maggior ragione un diverso trattamento interpretativo, ferma peraltro, anche nel caso di lottizzazione abusiva, la possibile differenza tra divisione ereditaria e divisione ordinaria*».

Questa seconda sentenza, quindi, sembra introdurre una differenza di trattamento della divisione ereditaria secondo che essa vada soggetta all'applicazione dell'art. 17 l. 47 del 1985 (ora art. 46 T.U. ed.: nullità) ovvero degli artt. 40 e 18 (quest'ultimo ora sostituito dall'art. 30 T.U. ed.: validità). Una distinzione, questa, che per la verità non era stata posta da Cass. n. 15133/2001, la quale aveva ritenuto la validità di una divisione ereditaria sul presupposto che le fosse applicabile l'art. 17 ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ In *Foro it.*, 2010, I, 2127.

⁽⁷⁾ Cfr. anche, da ultimo, Trib. Lucca 31 luglio 2018, in *Juris data*: «sulla base di una corretta interpretazione della vigente disciplina, le divisioni ereditarie sono escluse dall'alveo di applicazione della citata sanzione della nullità, non essendo atti autonomi e diversi da quelli *mortis causa*, ponendosi piuttosto quali atti conclusivi della vicenda successoria». Meritano poi di essere ricordate qui Cass. 13 luglio 2005 n. 14764 (in *Riv. not.*, 2006, 727): «in tema di invalidità del contratto, mentre l'art. 17 della l. n. 47 del 1985 prevede espressamente la sanzione di nullità degli atti tra vivi, compreso lo scioglimento della comunione, relativi soltanto ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della legge, per quelli realizzati in epoca anteriore l'art. 40 della stessa legge, pur specificando le singole categorie di atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali che sono affetti da nullità, non prevede, fra essi, lo scioglimento delle comunioni»;

È appena il caso di osservare che in entrambi i casi la S.C. non accenna neppure a quello che, in tema di natura della divisione, è sempre stato considerato il profilo dominante: se, cioè, la divisione abbia natura dichiarativa, ovvero costitutivo-traslativa ⁽⁸⁾.

3. La innovativa sentenza Cass., S.U., 7 ottobre 2019 n. 25021

Vanno, ora, brevemente riepilogati i principali contenuti di Cass., S.U., 7 ottobre 2019 n. 25021, con la quale la S.C. si ripropone di dare risposta a due quesiti, posti in linea di consequenzialità logica: se fra gli "atti tra vivi" di cui all'art. 40, l. n. 47 del 1985 «*debbano ritenersi compresi o meno gli atti di scioglimento di comunioni*»; se, in caso positivo, siano fra essi comprese anche le divisioni ereditarie ⁽⁹⁾.

nonché Cass. 17 gennaio 2003 n. 630, la quale, senza particolarmente approfondire l'esame della questione, conferma, indirettamente, che la nullità comminata dall'art. 17 non vale per le divisioni ereditarie, ricomprese nella «categoria degli atti *mortis causa*» (in *Riv. giur. ed.*, 2003, 1465 con nota di M. DE TILLA, *Scioglimento della comunione e costruzione abusiva*).

⁽⁸⁾ Per una sommaria ricostruzione del dibattito sul tema, ci permettiamo di rinviare a F. VENOSTA, *La divisione*, cit., 24 ss.. In giurisprudenza la natura dichiarativa della divisione è sempre stata affermata con una certa sicurezza: cfr. da ult. Cass. 7 novembre 2017 n. 26351. Ed anche in dottrina, così recentemente A. MORA, *sub art. 757*, nel *Comm. del cod. civ.* diretto da (Schlesinger) – Busnelli, Milano 2014, 61: «quanto all'atto di divisione, esso è sicuramente dichiarativo; in modo altrettanto netto è retroattivo. Ma a ciascuna delle rispettive qualificazioni si giunge per vie non coincidenti». Si consideri pure che Cass. 24 luglio 2000 n. 9659, pur confermando in generale la natura dichiarativa della divisione, soggiunge che ciò vale solo «nei limiti in cui si abbia una distribuzione dei beni comuni tra i dividendi e le porzioni del complesso attribuite a ciascuno di essi siano proporzionali alle rispettive quote di partecipazione alla comunione»; mentre non vale, e l'atto ha natura traslativa-costitutiva, quando «all'uno dei dividendi venga assegnata, oltre a quella di sua pertinenza secondo il detto criterio, altresì la porzione corrispondente alla quota d'altro dividendo in applicazione, nel caso particolare, dell'art. 720 c.c.».

⁽⁹⁾ Mette conto ricordare qui anche l'altra recente sentenza Cass., S.U., 22 marzo 2019 n. 8230 (in *Foro it.*, 2019, I, 2370 con note di C. DE LORENZO e A.M. SINISCALCHI), la quale non si occupa del tema della divisione, ma contiene comunque considerazioni significative a proposito delle nullità urbanistiche, in particolare prendendo posizione sull'antica e controversa questione del loro carattere "formale" o "sostanziale": se, in buona sostanza, la nullità dipenda solo dalla omissione dei riferimenti ai provvedimenti abilitativi e delle allegazioni documentali, ovvero possa abbracciare anche gli atti che, pur integrando siffatti requisiti "formali", hanno ad oggetto edifici urbanisticamente irregolari in quanto realizzati, ad esempio, in totale difformità dal permesso di costruire. In esito ad una disamina estesa ed accurata, la Corte conclude nel senso che sono nulli solo gli atti mancanti dei riferimenti o delle allegazioni documentali espressamente richieste dalla legge, compresi quelli che contengano falsi riferimenti a titoli inesistenti;

mentre non lo sono gli atti relativi ad edifici che, pur essendo muniti del titolo abilitativo, sono stati costruiti in difformità da esso.

Di tale pronuncia conviene mettere qui in rilievo soprattutto i presupposti metodologici: «pare ... che il principio generale di nullità riferita agli immobili non in regola urbanisticamente che la giurisprudenza c.d. sostanzialista ritiene di poter desumere da tale contesto normativo, sottolineando l'intenzione del legislatore di renderli *tout court* incommerciabili, costituisca un'opzione esegetica che ne trascende il significato letterale e che non è, dunque, ossequiosa del fondamentale canone di cui all'art. 12, 1° comma, preleggi ... La lettera della norma costituisce, infatti, un limite invalicabile dell'interpretazione, che è uno strumento percettivo e recettivo e non anche correttivo o sostitutivo della *voluntas legis*»; soggiungendo poi, altrettanto perspicuamente, che «la tesi della nullità generalizzata non è neppure in linea col criterio di interpretazione teleologica ... che non consente all'interprete di modificare il significato tecnico-giuridico proprio delle espressioni ... ove ritenga che l'effetto che ne deriva sia inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa ... e ciò in quanto la finalità di una norma va, proprio al contrario, individuata in esito all'esegesi del testo oggetto di esame e non già, o al più in via complementare, in funzione delle finalità ispiratrici del più ampio contesto normativo in cui quel testo è inserito».

Questa sentenza ha ricevuto l'energica critica di F. BOCCHINI, *Alienazioni di edifici abusivi: nullità degli atti e pubblicità dei titoli abilitativi*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 625, sul presupposto generale che «la edificazione si atteggia come *attività di rilevanza pubblica*, dovendo risultare compatibile con l'interesse pubblico. Una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa edilizia e urbanistica deve contrastare la edilizia illegale e il suo sbocco naturale di collocazione di edifici abusivi ...» (627); l'Autore perviene alla conclusione che la sentenza in esame sarebbe il frutto di «una visione formalistica della rilevanza del titolo abilitativo, rilevando le sole vicende del documento non la rispondenza del documento alla realtà materiale» (635).

Una presa di posizione favorevole si rinviene, invece, nell'ampio e informato contributo di G. TRAPANI, *La circolazione dei fabbricati dopo la sentenza n. 8230/2019 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, in *Riv. not.*, 2019, 935.

Da un punto di vista costruttivo generale, è anche importante osservare che quelle in discorso vengono, dalle S.U., espressamente ricondotte alla categoria delle nullità testuali di cui al c. 3° dell'art. 1418 c.c., che devono considerarsi di stretta interpretazione («le norme che, ponendo limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni, sanciscono la nullità degli atti debbono ritenersi di stretta interpretazione, sicché esse non possono essere applicate, estensivamente o per analogia, ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste»); piuttosto che alle nullità virtuali di cui al 1° c. dell'art. 1418, che secondo una diffusa opinione potrebbero offrire all'interprete un più ampio margine di discrezionalità. Cfr. in questo senso M. RABITTI, *sub art. 1418*, nel *Comm. del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino 2012; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano 1994, 23 (il quale, peraltro, riconduce le nullità urbanistiche per difetto dei riferimenti richiesti dalla legge alla categoria della "incompletezza dell'atto": *ibid.*, 238). Una posizione più rigorosa, e meno propensa a concedere all'interprete una incontrollata discrezionalità, sembra assumere A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003, 367: «la previsione di una norma imperativa è il frutto di una valutazione di opportunità

Quanto alla prima questione, la Corte ritiene che, avendo il legislatore dell'art. 40 scelto di indicare gli atti colpiti da nullità «*in modo ellittico e sintetico*» attraverso la indicazione del loro oggetto (i diritti reali, appunto), in tale formula debbano ritenersi ricompresi tutti gli atti aventi tale oggetto, a prescindere dalla specifica natura dei loro effetti (traslativi, costitutivi e così via), e quindi anche le divisioni, ancorché non espressamente menzionate. La differenza fra l'art. 40 e l'art. 17 stessa legge, che invece individua gli atti colpiti da nullità attraverso l'indicazione dei loro effetti («*trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali*»), sarebbe solo una differenza di «*struttura semantica*» e non di reale contenuto. Inoltre, conclude la Corte, «*non potrebbe comprendersi ..., in mancanza di espressa previsione di legge, perché lo scioglimento della comunione di un immobile abusivo e non sanabile dovrebbe ritenersi consentito per il solo fatto che il fabbricato sia stato realizzato prima dell'entrata in vigore della l. n. 47/1985 ...*».

Ciò premesso, la S.C. prende in esame, con motivazione particolarmente estesa ed articolata, e riferita non solo all'art. 40 legge del 1985 ma anche all'art. 46 T.U. ed., il problema della applicabilità di tali norme anche alla divisione ereditaria ⁽¹⁰⁾.

Nell'intento di dare soluzione al problema le S.U. innovano i precedenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità su due punti fondamentali: la assimilabilità della divisione ereditaria agli atti *mortis causa* in quanto elemento terminale della vicenda successoria (che come si è visto sopra costituiva la ragione fondamentale che la Corte adduceva per sottrarre le divisioni ereditarie alle nullità urbanistiche); e la natura della stessa divisione, che una giurisprudenza antica e solidissima qualificava come atto dichiarativo ⁽¹¹⁾.

che compete esclusivamente alla legge e dalla quale l'interprete non può discostarsi né per ampliare né per restringere la portata del divieto».

L'importanza del riferimento al terzo, piuttosto che al primo comma dell'art. 1418 è ben colta anche da F. BOCCHINI, *op. cit.*, 637, ove afferma che «l'alienazione di immobile non conforme agli strumenti urbanistici genera una nullità sostanziale per violazione di principi fondamentali di rilevanza costituzionale, integrando una nullità virtuale che doppia la nullità formale testuale prevista dall'art. 46, interagendo entrambe sulla validità del contratto».

⁽¹⁰⁾ Un problema che invece non si pone, o si pone in termini affatto diversi, per l'art. 30 T.U. ed. (già art. 18 l. n. 47), ove con riferimento alla lottizzazione abusiva si esclude espressamente la nullità delle divisioni ereditarie.

⁽¹¹⁾ Questo tema è stato ritenuto rilevante per la risoluzione del problema in esame, in quanto l'art. 46 T.U. - già art. 17 l. del 1985 - allude espressamente agli atti con efficacia traslativa e costitutiva; il che, tuttavia, di per sé non consente di escludere, in via di principio, che il legislatore dell'art. 46 abbia espressamente richiamato gli atti di scioglimento della comunione senza presupporre alcunché in ordine alla qualificazione di essi come traslativo-costitutivi piuttosto che dichiarativi; mentre la formula dell'art. 40, l. n. 47 del 1985, sarebbe di per sé idonea a ricomprendere anche atti di natura dichiarativa, purché aventi ad "oggetto" diritti reali immobiliari.

La motivazione della sentenza merita una meditazione particolare proprio in quanto affronta il tema della natura della divisione su di un piano generale e costituisce, quindi, un contributo significativo anche dal punto di vista dogmatico.

4. Segue: un orientamento innovativo sulla qualificazione della divisione ereditaria

E quindi, la Corte anzitutto nega energicamente che la divisione ereditaria sia di per sé qualificabile come atto a causa di morte: *«il contratto di divisione ereditaria, infatti, produce i propri effetti indipendentemente dalla morte del de cuius (che costituisce un fatto del passato, i cui effetti giuridici si sono esauriti con l'insorgere della comunione ovvero con l'eventuale divisione disposta dal testatore ex art. 734 c.c.). Esso, piuttosto, produce i propri effetti immediatamente, col mero scambio dei consensi ...; il suo contenuto ... dipende dalla volontà dei coeredi, non da quella del de cuius: ciò ne determina, indubbiamente, il carattere di negozio inter vivos. L'atto di scioglimento della comunione ereditaria va dunque assimilato, quanto alla natura e ai suoi effetti, all'atto di scioglimento della comunione ordinaria: entrambi costituiscono contratti plurilaterali ad effetti reali e con funzione distributiva».*

La Corte compie però anche un passo ulteriore, non altrettanto sicuro, quando afferma non potersi condividere *«l'affermazione secondo cui lo scioglimento della comunione ereditaria sarebbe un atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria, della quale costituirebbe l'evento terminale, permeandosi così della medesima natura»*, in quanto *«una volta che la successione si è perfezionata con le accettazioni dell'eredità da parte dei chiamati, il fenomeno successorio si è esaurito, rimanendo ad esso estranee le vicende negoziali successive».* Su questo punto ci intratteremo diffusamente più avanti.

Infine, la Corte ci presenta, contro la sin qui comunemente ritenuta (almeno in giurisprudenza) efficacia dichiarativa della divisione, una ampia argomentazione che muove dall'art. 757 c.c., il quale, come si sa, fa retroagire gli effetti della divisione al momento dell'apertura della successione e rende *«ogni coerede ... solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto ...».*

È noto come questa norma sia stata spesso addotta per giustificare la qualificazione della divisione in termini meramente dichiarativi, ma la S.C. nella sentenza in esame osserva, sulla scorta di una opinione diffusa in dottrina ⁽¹²⁾, che la retroattività non solo non implica dichiaratività, ma al contrario dal punto di vista logico la esclude: *«va osservato, sul piano della teoria generale, che il fenomeno della retroattività di un atto giuridico si accompagna, per sua natura, all'efficacia costitutiva dell'atto stesso, ed è incompatibile con l'efficacia meramente dichiarativa. Invero, non possono retroagire gli effetti di un atto che si limita a dichiarare o accertare la*

(12) Riferimenti in F. VENOSTA, cit., 27.

situazione giuridica già esistente; possono retroagire, invece, gli effetti dell'atto che immuta la realtà giuridica».

In buona sostanza, ad avviso delle S.U. l'art. 757 non mette in discussione, ed anzi in definitiva conferma la natura costitutiva-traslativa della divisione: da un lato, essa modifica sostanzialmente la precedente condizione giuridica dei coeredi, i quali da titolari di quote indivise dell'asse divengono proprietari esclusivi di singoli beni; dall'altro lato, la norma fa sì che ciascuno di essi acquisti direttamente dal *de cuius* e non dagli altri coeredi.

Dall'insieme delle considerazioni sopra richiamate discenderebbe che la divisione ereditaria di un edificio abusivo, come atto *inter vivos* ad efficacia traslativa, deve essere catalogato fra quelli per i quali gli artt. 46 T.U. ed. e 40 l. n. 47 del 1985 comminano la nullità.

5. Segue: la funzione lato sensu distributiva della divisione

La argomentazioni della Corte sono di estremo interesse, su di un piano generale prima ancora che con riferimento alle specifiche questioni che ne hanno costituito l'occasione; ed è soprattutto per questa ragione che appare utile proporre qui alcune ulteriori considerazioni.

Va anzitutto riconosciuta l'importanza del *révirement* in tema di natura della divisione, con il superamento della tralaticia opinione che la qualificava come atto dichiarativo. Per la verità, la dottrina più avveduta era ormai da tempo orientata a proporre soluzioni diverse, anche se ancora manca una *communis opinio* generalmente accolta su aspetti niente affatto marginali, ma è chiaro che l'avallo della giurisprudenza al suo livello più autorevole riveste grande importanza.

Allo stesso modo, crediamo debba riconoscersi la validità della qualificazione della divisione ereditaria, in sé e per sé considerata, come atto fra vivi. Manca però ancora, a nostro avviso, una riflessione adeguata sul significato profondo della sua collocazione nel più ampio contesto della vicenda successoria, riflessione che invece è indispensabile per la piena comprensione della natura e degli effetti di tale atto.

Su questo aspetto la S.C. si esprime in modo eccessivamente *tranchant*, dicendo che «*non può condividersi ... l'affermazione secondo cui lo scioglimento della comunione ereditaria sarebbe un atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria, della quale costituirebbe l'evento terminale, permeandosi così della medesima natura*»; e soggiungendo che «*una volta che la successione si è perfezionata con le accettazioni dell'eredità da parte dei chiamati, il fenomeno successorio si è esaurito, rimanendo ad esso estranee le vicende negoziali successive*» (13).

(13) Il carattere meramente eventuale della divisione, che potrebbe anche non essere mai compiuta dai coeredi, come la Corte *incidenter tantum* mette in rilievo, non modifica in alcun modo la natura di tale atto, né la sua collocazione nella vicenda successoria.

Occorre, infatti, considerare che la divisione, in sé e per sé, ha propriamente una funzione distributiva ⁽¹⁴⁾. Tale funzione è riconosciuta anche dalle S.U. (par. 5.1), che tuttavia pervengono poi (par. 5.3.2) ad attribuire alla divisione un effetto traslativo, il quale sarebbe implicito, come già abbiamo riferito, nella retroattività disposta dall'art. 757 c.c.. Così argomentando, tuttavia, non si tiene conto di due circostanze decisive: anzitutto la funzione distributiva non coincide ed è forse addirittura incompatibile con quella traslativa, pacifico essendo che con la divisione non si opera alcun trasferimento fra coloro che concorrono alla distribuzione; ed in secondo luogo l'art. 757 non si limita a rendere retroattivo l'effetto della divisione, ma rende i condividenti successori diretti del *de cuius* nella proprietà intera dei beni che a ciascuno vengono assegnati, configurando sì un effetto traslativo ma individuando il dante causa nel *de cuius*. L'effetto traslativo, con riferimento al diritto di proprietà piena sui singoli beni, quindi, "si vede" solo se si guarda alla vicenda successoria nel suo complesso, costituita dalla delazione ereditaria che dà luogo (eventualmente) ad una situazione di comunione, e dalla divisione che, ponendo fine al precedente stato di comunione, rende ciascun coerede-condividente successore diretto del *de cuius*. Se ci si limita, invece, a guardare alla divisione in sé, come atto autonomo dalla complessiva vicenda successoria, "si vede" bensì l'effetto distributivo, ma nessun effetto traslativo (fra l'altro, infatti, il dante causa è estraneo alla fattispecie della divisione in sé considerata).

In buona sostanza, collocare la divisione nel contesto più ampio della vicenda successoria costituisce presupposto logico necessario per riconoscerle un effetto (traslativo) diverso e ulteriore rispetto a quello meramente distributivo.

⁽¹⁴⁾ Lo conferma, ancora di recente, G. AMADIO, *Coeredità*, in *Le parole del diritto*, scritti in onore di Castronovo, vol. I, Napoli 2019, 250: «come, sul piano economico, la *distribuzione* si contrappone allo *scambio* e questo si distingue dal *dono*, così, in termini di corrispondenti strutture giuridiche la *proporzionalità* si distingue dalla *corrispettività* delle attribuzioni ed entrambe si distaccano dalla *liberalità*: ciascuna in quanto espressiva di una diversa 'combinazione' di interessi, il cui carattere di 'tipicità' ne fa un vero e proprio modello generale di recezione e organizzazione normativa di un interesse meritevole di protezione». Questa affermazione può essere accettata, mentre rimane, rispetto allo Scrittore di cui si sta riferendo, una diversa valutazione sul punto, se la possibilità di costruire uno schema generale "distributivo" da affiancare a quelli della liberalità e dello scambio autorizzi a qualificare come divisione anche quelle operazioni in cui vi è in qualche modo un apporcionamiento proporzionale fuori dal presupposto di una preesistente comunione. Su questo aspetto rinviamo a F. VENOSTA, *La divisione*, cit., 9 ss..

6. Il ruolo della divisione nella complessa vicenda successoria

Sui due punti di vista, differenti ma entrambi necessari e reciprocamente concorrenti, conviene formulare qualche ulteriore considerazione ⁽¹⁵⁾.

Come si è già ricordato, l'art. 757 c.c. non si limita a negare che vi sia successione fra i conviventi, ma dispone anche, e diremmo principalmente, che ciascun coerede succede immediatamente al *de cuius* in tutti i beni che gli sono stati assegnati. Con riferimento alla titolarità dei singoli beni, quindi, la divisione è l'elemento terminale della complessa fattispecie successoria, di cui la morte dell'autore costituisce l'elemento iniziale. I coeredi subentrano *in universum ius defuncti* in modo necessariamente indistinto e promiscuo (salva l'ipotesi dell'assegno divisionale qualificato di cui all'art. 734 c.c.). Attraverso la divisione si perviene poi alla titolarità individuale dei singoli beni (una situazione che non è necessitata, ma che l'ordinamento considera alla stregua dello stato normale e preferibile). Operano, dunque, nella successione ereditaria due distinte fattispecie, di cui una più ridotta e composta dalla morte e dalle accettazioni dell'eredità, che dà luogo alla situazione tendenzialmente transitoria della comunione ereditaria, e l'altra, più ampia in quanto vi si aggiunge la divisione, che dà luogo alla situazione definitiva della successione di ciascun coerede nella titolarità esclusiva di alcuni dei beni dell'asse. Anche la prima fattispecie è autonoma e in sé conclusa, ma qualora sopravvenga la divisione entra a far parte della fattispecie più ampia. Beninteso, la prima non scompare ma viene assorbita dalla seconda, e alcuni dei suoi effetti vengono specificati retroattivamente da quelli "definitivi" che sono prodotti dalla seconda: si tratta degli effetti che attengono alla titolarità di ciascuno dei beni ereditari, la quale spetta ormai *ab origine* ed in via esclusiva al coerede che li ha avuti in assegnazione.

Va ora fissata l'attenzione sul fatto che la divisione presuppone una preesistente comunione ⁽¹⁶⁾: come "fatto", essa concorre necessariamente con i fatti costitutivi della comunione; se si vuole comprendere appieno il senso e la funzione della divisione non basta considerare la fattispecie di essa in sé e per sé, ma bisogna vederla come elemento della più ampia fattispecie successoria "completa" e definitiva, quale si è sommariamente accennata; e siffatta visione unitaria è resa necessaria dalla stessa formula dell'art. 757: il meccanismo che muove dall'acquisto della qualità di coerede (e quindi di comunista) ⁽¹⁷⁾ all'acquisto della titolarità esclusiva di questo o quel bene è una fattispecie complessa a formazione successiva (ed eventuale, come più volte si è detto), i cui

⁽¹⁵⁾ Una esposizione più ampia, e munita degli opportuni richiami bibliografici e giurisprudenziali, si può leggere in F. VENOSTA, cit., 29 ss.

⁽¹⁶⁾ V. *supra*, nota n. 14.

⁽¹⁷⁾ Ancorché le due situazioni, di coeredità e di comunione, possano non coincidere dal punto di vista logico, e anche dal punto di vista fenomenologico: ampiamente, G. AMADIO, *Coeredità*, cit.

effetti retroagiscono al momento in cui è venuto in essere il primo elemento della fattispecie.

In caso contrario, se si considerasse la divisione alla stregua di una fattispecie acquisitiva autonoma e autoconsistente, verrebbe a mancare il necessario collegamento fra essa e la situazione giuridica facente capo al *de cuius*, e quindi verrebbe meno la stessa simmetria fra la fattispecie e gli effetti che la norma delinea, mentre «se si deve badare alle condizioni necessarie e sufficienti al prodursi di un determinato effetto, la scelta delle unità fondamentali, da considerarsi cause, dipende dalla selezione degli effetti di cui occuparsi»⁽¹⁸⁾. Qui la legge espressamente istituisce una successione diretta e immediata fra il *de cuius* e i condividenti assegnatari, rendendo impossibile escludere dalla fattispecie successoria sia, da un lato, il fatto che ad essa medesima ha dato inizio, sia, dall'altro lato, il fatto che la ha completata fissandone in modo definitivo gli effetti finali.

Questa complessa fattispecie non ha natura costitutiva né estintiva, bensì traslativa, come si comprende immediatamente solo che si tenga conto che la vicenda, cui essa dà luogo, è qualificata dalla norma come "successione", e che la successione consiste nella modificazione soggettiva di un rapporto che per il resto rimane invariato: precisamente, il successore subentra al proprio autore nelle medesime situazioni giuridiche di cui egli era già titolare, e non in altre che vengano costituite *ex novo*⁽¹⁹⁾.

All'interno di tale meccanismo, alla divisione spetta il compito di perfezionare quella fattispecie complessivamente traslativa che determina la successione immediata fra il *de cuius* e gli assegnatari; il carattere retroattivo della

⁽¹⁸⁾ P.G. MONATERI, voce *Fattispecie*, in *Digesto IV, sez. civ.*, vol. VIII, Torino 1992, 224.

⁽¹⁹⁾ Questo aspetto del ruolo svolto dall'art. 757 nella qualificazione della complessa fattispecie divisionale non viene preso in considerazione da G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva*, cit., il quale assegna alla divisione una efficacia in linea generale solo costitutiva, e traslativa unicamente nelle "varianti" della divisione con conguaglio in danaro e della assegnazione del bene indivisibile e della vendita all'incanto (*op. cit.*, 30). Quanto agli accenni alla efficacia traslativa, contenuti nella sentenza in commento delle S.U., lo Scrittore ipotizza trattarsi «essenzialmente di oscillazioni terminologiche, che non toccano la linearità del pensiero e che potrebbero ritenersi innocue; o, al più, occasionate dallo specifico *thema decidendum*, che conduce la Corte a confrontarsi con disposizioni normative, nelle quali è contenuto un richiamo a una dichiarazione della parte 'alienante'» (*op. cit.*, 40). Mette conto ripetere, in proposito, che se si osserva la divisione in sé la sua funzione è indubbiamente distributiva, e l'effetto corrispondente può ascrivere alla categoria degli effetti costitutivi in quanto modifica l'oggetto della situazione giuridica delle parti, che da titolari del diritto sulla quota divengono titolari di un ben diverso diritto di proprietà individuale sui singoli beni già in comunione; ma se si osserva la divisione nel contesto della complessa vicenda successoria, come a noi sembra sia opportuno fare, non può disconoscersene l'effetto traslativo, non già fra le parti della divisione medesima ma fra ciascuna di esse e l'originario *de cuius*.

divisione costituisce presupposto indispensabile della anzidetta successione diretta, dovendosi in caso contrario ipotizzare che la successione sia avvenuta *per saltum*, senza tenere conto della fase intermedia in cui la titolarità è spettata, promiscuamente, a soggetti diversi dall'autore ⁽²⁰⁾; ovvero, altrettanto inaccettabile, che nel periodo intermedio i beni ereditari si reputino, *ex post*, essere rimasti privi di un titolare.

Se si ritiene necessario individuare e qualificare il ruolo particolare svolto dalla divisione nel quadro di una siffatta fattispecie complessa, occorre fissare l'attenzione sulla sua funzione di specificazione dell'oggetto della successione riguardo ai singoli coeredi. Se il *de cuius* ha disposto la divisione per testamento gli eredi assegnatari gli succedono immediatamente nella titolarità dei singoli beni senza necessità di alcun atto di specificazione; se invece sono chiamati per quote, la successione nella titolarità dei singoli beni non può compiersi senza un successivo atto volto a specificare quali fra essi siano assegnati a ciascun singolo coerede. L'atto conclusivo della fattispecie successoria può avere indifferentemente carattere negoziale (contratto) o autoritativo-processuale (ordinanza o sentenza), ma in ogni caso non muta la sua funzione specificativa o determinativa dell'oggetto all'interno di una fattispecie che nel suo complesso ha natura traslativa, determinando essa una vicenda giuridica successoria.

Va da sé, infine, che questa funzione specificativa caratterizza la divisione quando la si guarda nel quadro della complessiva vicenda successoria; il che non toglie che quando il punto di vista si restringe all'atto di divisione in sé e per sé considerato (un punto di vista che pure in tanti casi non è privo di utilità) la funzione della divisione è distributiva, come già sopra si è accennato.

7. Segue: alcune considerazioni critiche sulla sentenza Cass., S.U., n. 26021/2019

Possiamo ora tornare brevemente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 25021/2019.

Come si è già accennato, la Corte conclude che la divisione ha natura di atto traslativo (più precisamente, di «atto assimilabile a quelli di natura traslativa»: par. 5.3.4) e che, conseguentemente, va soggetta alla sanzione della nullità comminata dalle norme edilizie (salvo quando abbia ad oggetto aree nude, in forza della espressa esclusione contenuta nell'art. 30 T.U. ed., già art. 18 l. n. 47/85).

In proposito, va anzitutto segnalato come la discussione circa la qualificazione traslativa della divisione forse non sarebbe neppure stata

⁽²⁰⁾ In realtà l'art. 757 impone di non tenere conto di tale fase intermedia, in cui la titolarità è spettata collettivamente ai coeredi, ma ciò avviene, appunto, attraverso il peculiare meccanismo della retroattività.

strettamente necessaria, stante che le norme considerate contemplano comunque gli atti di scioglimento delle comunioni, quale che ne sia la qualificazione.

D'altra parte, si è spiegato come l'acquisizione circa la natura non dichiarativa, ma traslativa della divisione possa essere condivisa, ma solo sul presupposto che si consideri la divisione dal punto di vista del suo ruolo di elemento terminale della vicenda successoria, altrimenti, se si considera la divisione in sé e per sé, prescindendo da tale suo ruolo, nessun effetto traslativo è in essa ravvisabile, ma solo un effetto distributivo. Il punto sul quale la sentenza in esame potrebbe meritare un ripensamento, quindi, non è quello in cui riconosce la natura traslativa della divisione, ma quello in cui non considerando che tale effetto è concepibile solo nel quadro della vicenda successoria, nega alla divisione medesima il ruolo di «atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria», ed afferma, al contrario, che «una volta che la successione si è perfezionata con le accettazioni dell'eredità da parte dei chiamati, il fenomeno successorio si è esaurito, rimanendo ad esso estranee le vicende negoziali successive».

Se le tesi sopra esposte sono fondate, e se, quindi, una visione completa del fenomeno divisionale non può aversi se non lo si colloca nel quadro complessivo della vicenda successoria (ci riferiamo, ovviamente, alla divisione ereditaria), merita forse una diversa considerazione l'ipotesi che le norme edilizie più volte richiamate, quando alludono agli "atti tra vivi", intendano in realtà escludere dal proprio ambito di applicazione tutti gli elementi della successione *mortis causa*, compresa la divisione che ne costituisce l'evento terminale, senza il quale non può dirsi perfezionato il trasferimento dei singoli beni dell'asse, compresi eventualmente quelli urbanisticamente irregolari, dal *de cuius* ai singoli coeredi (conformemente, peraltro, agli orientamenti giurisprudenziali correnti prima della sentenza delle S.U. che si sta esaminando) ⁽²¹⁾.

Si tratterebbe di una interpretazione non preclusa dalla lettera della legge, e non irrazionale sul piano teleologico, proprio in considerazione dell'esigenza di rafforzare la prevenzione e la repressione dell'abusivismo edilizio, che le norme in questione sono intese a presidiare. Da un lato, infatti, mentre la divisione della comunione ordinaria potrebbe agevolmente essere utilizzata per eludere la sanzione ciò non vale per la comunione ereditaria stante il suo carattere

⁽²¹⁾ Ad una conclusione sostanzialmente analoga perviene, sulla base di considerazioni di natura teleologica che meritano condivisione, anche F. BOCCHINI, *Alienazioni di edifici abusivi*, cit., 632, quando afferma che «la non applicazione agli atti *mortis causa* e quindi anche (e specialmente) alle divisioni ereditarie si giustifica in quanto si è voluto facilitare i trapassi immobiliari generazionali per evitare le note e prolungate stasi nella utilizzazione dei beni; in tal senso anche la disapplicazione che la giurisprudenza ha fatto dell'art. 46 alle divisioni ereditarie, sul presupposto formale del riferimento della norma agli atti tra vivi, in realtà si muove nella medesima direzione materiale: è valorizzata la prospettiva della provenienza dei beni a causa di morte e quindi l'esigenza di agevolare il passaggio generazionale a scapito della natura dell'atto divisionale, che è atto tra vivi».

incidentale o forzoso; dall'altro lato, i vincoli alla circolazione dell'immobile abusivo non verrebbero meno dopo la divisione ⁽²²⁾.

8. Immobili (irregolari) non comodamente divisibili

La Corte adduce, a sostegno della propria decisione, due ulteriori argomenti. Anzitutto rileva che nel caso dell'immobile non comodamente divisibile (art. 720 c.c.) e qualora debba addivenirsi alla vendita all'incanto tale atto, sicuramente *inter vivos*, non potrebbe che considerarsi nullo, e che sarebbe contraddittorio ed illogico consentire la c.d. divisione naturale (ad esempio attraverso l'assegnazione dell'intero immobile ad uno dei condividenti) e non la c.d. divisione civile (attraverso, appunto, la vendita all'incanto del bene e la ripartizione del ricavato). Sembra però di poter osservare, a tale proposito, che non si tratterebbe propriamente di una contraddizione, ma piuttosto di una limitazione rispetto al principio, sempre che, ovviamente, si ritenesse che in via di principio la divisione ereditaria non va soggetta alla nullità. Una limitazione, oltre tutto, giustificabile con la circostanza che la vendita all'incanto conduce al trasferimento dell'immobile ad un soggetto che è estraneo alla comunione, mentre la divisione in natura conduce alla ripartizione dei beni fra i comunisti originari.

Inoltre, occorre mettere a confronto la vendita all'incanto di cui all'art. 720 con quella di cui all'art. 719 c.c., alla quale i coeredi possono risolversi se ne valutano la necessità «per il pagamento dei debiti e pesi ereditari». Anche in questo caso l'incanto sarebbe un atto *inter vivos*, ma trattandosi di una iniziativa presa, in definitiva, a tutela dei creditori, potrebbe forse essere considerata valida per assimilazione con le vendite e le divisioni che hanno luogo nel contesto esecutivo, individuale o concorsuale.

Né appare decisivo l'argomento fondato sull'ultimo comma dell'art. 30 T.U. ed. (già art. 18, l. n. 47/85) nella parte in cui esclude dalla applicazione delle norme che precedono, fra l'altro, le divisioni ereditarie. La Corte prende in considerazione questa disposizione anzitutto dal punto di vista letterale osservando che «*il legislatore, quando ha inteso sottrarre le divisioni ereditarie dalla normativa dettata in tema di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, lo ha detto espressamente*»; e poi dal punto di vista teleologico, affermando fra l'altro che la prevalenza dell'istanza divisoria dei coeredi è giustificata anche dalla circostanza che sui terreni in questione non è «*stato consumato alcun abuso edilizio*». In tal modo, però, non si tiene conto che la norma in questione vale anche per gli atti

⁽²²⁾ L'art. 757 si applica anche alla divisione delle comunioni ordinarie, pur dovendosi tenere conto di variabili che dipendono dalle diverse modalità che possono essere utilizzate per costituire una comunione ordinaria (cfr. F. VENOSTA, *op. cit.*, 39 ss.). E' chiaro, tuttavia, che tali ipotesi di divisione si collocano sempre nel quadro di una successione *inter vivos*, e per tale ragione (oltre che per ragioni strettamente testuali) vanno soggette alle nullità urbanistiche allo stesso modo di tutti gli atti fra vivi.

stipulati dopo la trascrizione dell'ordinanza di sospensione della lottizzazione non autorizzata, e quindi dopo che un abuso è stato (o può essere stato) compiuto, e non solo per gli atti relativi a terreni cui non è stato allegato il certificato di destinazione urbanistica, il che rende anche l'argomento "*ubi lex voluit dixit*" incerto e problematico (anche volendo lasciare in disparte la considerazione che l'art. 30 ult. c. tratta allo stesso modo atti di natura affatto diversa, come le divisioni ereditarie, le donazioni fra coniugi o parenti in linea retta ed i testamenti).

9. Profili particolari: immobili irregolari e divisione giudiziale

Vanno, ora, esaminati alcuni profili particolari, in parte considerati anche dalla Corte nella sentenza che si sta commentando, in parte no.

Può essere, anzitutto, condiviso il principio secondo il quale le nullità che colpiscono le divisioni contrattuali (ove si ritengano sussistenti) valgono anche ad impedire la divisione giudiziale dei medesimi immobili, «*risultando, in caso contrario, oltremodo agevole per i condividenti, mediante il ricorso al giudice, l'elusione della norma imperativa in questione*» (par. 6).

Ed allo stesso modo appare ragionevole e conforme al sistema l'affermazione che «*le disposizioni eccezionali ... [quelle che escludono la nullità degli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari] si applicano anche alle divisioni endoesecutive e a quelle endoconcorsuali*», ancorché la divisione del bene esecutato costituisca un procedimento autonomo rispetto a quello esecutivo in senso stretto.

10. Segue: immobili irregolari e divisione parziale

Quanto alla possibilità di compiere una valida divisione parziale (una divisione, cioè, dalla quale resti escluso l'immobile irregolare), le S.U. la ammettono sulla esatta premessa che il principio di universalità oggettiva della divisione «*non è assoluto e inderogabile*». Per la verità, tuttavia, va precisato che un siffatto principio forse neppure sussiste, essendo pacifico che i coeredi possono sempre accordarsi per una divisione parziale (così come in giudizio possono aderire alla domanda di divisione parziale, che sia stata proposta da alcuno di loro) senza dover addurre particolari motivazioni o allegare la sussistenza di specifici presupposti ⁽²³⁾.

È però chiaro che ordinariamente ciò richiede il consenso di tutti i condividenti (salvo il caso della sospensione parziale della divisione a norma degli artt. 713, c. 3°, 717 c.c.), stante che il diritto potestativo a chiedere la divisione integrale rimette la questione alle loro idiosincratiche decisioni. La Corte si domanda tuttavia, ed è questo il vero problema, «*se uno dei coeredi possa validamente opporsi alla domanda di divisione giudiziale parziale, proposta da altro*

⁽²³⁾ F. VENOSTA, cit., 46 ss.

coerede con la sola esclusione del fabbricato abusivo». La soluzione si discosta, condivisibilmente, dal principio unanimistico sopra ricordato, in quanto se si consentisse al singolo dividendo di opporsi alla divisione parziale «*ne risulterebbe illogicamente compresso il diritto potestativo, spettante ad ogni coerede, di ottenere lo scioglimento della comunione ereditaria; e si conferirebbe ai coeredi convenuti nel giudizio divisorio il potere di impedire, negando il loro consenso, lo scioglimento della comunione ereditaria con riferimento all'intero complesso dei beni per i quali essa è giuridicamente possibile».*

Si realizza in questo modo, nella massima misura che è raggiungibile nelle circostanze concrete, il diritto potestativo ad ottenere la divisione, e si consegue anche il risultato pratico di togliere spazio ad eventuali, ma sempre possibili condotte opportunistiche o speculative.

La Corte, però, riferisce questo ragionamento solo alla divisione giudiziale, ed all'ipotesi in cui sia stata proposta una domanda di divisione parziale. Bisogna chiedersi, quindi, che cosa debba avvenire quando tutti i coeredi chiedano in giudizio la divisione totale, comprensiva dell'immobile abusivo; e soprattutto quando i coeredi dividano contrattualmente un più ampio compendio, di cui l'immobile abusivo costituisce solo una parte.

Nella prima ipotesi è a ritenersi che il giudice, rilevata d'ufficio l'impossibilità giuridica di assoggettare a divisione l'immobile abusivo, debba segnalare tale circostanza alle parti. Se almeno una di esse chiederà la divisione parziale l'eventuale inerzia od opposizione degli altri non avrà alcuna rilevanza, alla stregua del principio enunciato dalle S.U.. Se, invece, tutti insistessero per la divisione totale (ad esempio nella convinzione che l'immobile non sia abusivo, ovvero che la nullità non valga per le divisioni ereditarie), vi è da chiedersi se il giudice possa comunque disporre una divisione parziale, che nessuna delle parti gli ha domandato. Crediamo si possa affermare, in proposito, che la soluzione più corretta, onde non incorrere nel vizio di ultrapetizione, debba ravvisarsi nella pura e semplice reiezione della domanda di divisione ⁽²⁴⁾.

Quanto, invece, al contratto di divisione esteso ad un immobile abusivo, sembra trattarsi di un caso di nullità parziale che si comunica all'intero contratto, stante la stretta compenetrazione che in esso deve ravvisarsi fra tutte le singole attribuzioni, e stante il carattere essenziale del principio di proporzionalità fra tali attribuzioni. L'esclusione dell'immobile abusivo, infatti, è destinata a produrre, fra i dividendi, uno squilibrio irrimediabile e inaccettabile perché contrastante con i principi fondamentali che reggono questo istituto. Si tratta, fra l'altro, di

⁽²⁴⁾ Cfr. Cass. 24 maggio 1990 n. 4699: «Poiché il progetto di divisione deve comprendere l'intera massa da dividere, l'ordinanza del giudice istruttore che, in difetto di una espressa volontà dei dividendi, approvi un progetto di divisione parziale, costituisce un provvedimento abnorme che, avendo carattere dispositivo dei diritti delle parti, è impugnabile per cassazione ...»; conf. Cass. 1° agosto 1990 n. 7708; Cass., S.U., 23 febbraio 1980 n. 1296.

una soluzione che è già stata praticata in giurisprudenza, seppure in una ipotesi di nullità parziale di origine diversa: «*l'estensione della nullità di una clausola ad altra del medesimo contratto si verifica, ai sensi dell'art. 1419 c.c., allorchè le diverse disposizioni siano state convenute in vista di uno scopo unitario. Pertanto in presenza di una divisione negoziale di asse ereditario, costituente l'unico fine pratico perseguito dai contraenti, la nullità (per difetto di atto pubblico) di clausole aventi ad oggetto donazione di cespiti da un coerede all'altro, comporta la nullità anche delle ulteriori clausole che prevedono trasferimenti onerosi fra gli altri coered*» (25).

Né può ipotizzarsi che venga in considerazione l'art. 762 c.c.: «*l'omissione di uno i più beni dell'eredità non dà luogo a nullità della divisione, ma soltanto a un supplemento della divisione stessa*». Nel caso in esame, infatti, il bene non è stato propriamente "omesso", ed anzi se ne è tenuto conto nella formazione delle porzioni, di modo che la sua esclusione *ex post* determina, come anzidetto, uno squilibrio insanabile e inaccettabile (nel caso in cui l'immobile abusivo sia stato tutto assegnato ad uno dei dividendi, quest'ultimo potrà risultare in assoluto non apporzionato; ma anche fuori di una siffatta ipotesi estrema la proporzione originaria fra le varie porzioni viene meno e non potrà più essere ripristinata, neppure attraverso un successivo "supplemento" al quale l'immobile abusivo è e sempre resterà inidoneo; se, invece, la nullità viene sanata, nei casi in cui ciò è giuridicamente possibile, la sanatoria vale per l'intera originaria divisione, e nessun supplemento sarà necessario).

D'altra parte, neppure sarà utilizzabile, in siffatte circostanze, il rimedio della rescissione, che una sentenza ha ritenuto applicabile immediatamente anche alla divisione parziale (26), in quanto esso, richiedendo una lesione *ultra quartum* (27), limiterebbe in modo eccessivo la possibilità di rimediare agli squilibri determinati dalla parziale nullità della divisione.

11. Segue: atti di disposizione compiuti *manente comunione*

Infine, è interessante chiedersi quale sia la sorte degli atti di disposizione che alcuno dei comproprietari avesse individualmente compiuto *manente comunione*.

Gli atti ad effetti reali aventi ad oggetto la quota devono reputarsi sicuramente nulli. Anche nella prospettiva, infatti, di una interpretazione non estensiva delle cause che producono la nullità, gli atti di disposizione della quota, purché abbiano efficacia traslativa reale, vi sono ricompresi, riferendosi le norme in questione agli atti che riguardano l'edificio o una parte di esso. Certo, in un

(25) Cass. 25 marzo 1998 n. 3155, in *Riv. not.*, 1999, 185.

(26) Cass. 3 settembre 1997 n. 8448, in *Giur. it.*, 1998, I, 1108.

(27) Al prevalente fine di rimediare agli eventuali errori compiuti nella stima, salvaguardando però nei casi meno gravi la stabilità della divisione: F. VENOSTA, *op. cit.*, 192.

linguaggio rigoroso altra cosa è la "parte", altra è la "quota" indivisa, ma lo scarso rigore del linguaggio del legislatore e comunque l'incompletezza della formula utilizzata non ne giustificerebbero una interpretazione così manifestamente distante dalla *ratio* (senza trascurare che il trasferimento "interno" delle quote fra i comunisti è anch'esso una forma di "scioglimento della comunione").

Per altro verso, è opinione prevalente in giurisprudenza che «*la sanzione della nullità, prevista dall'art. 40 della l. 28/2/1985 n. 47, con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita*» (28). La questione si presenta con maggiore frequenza per il contratto preliminare, ma il principio accennato vale per tutti i negozi ad efficacia meramente obbligatoria, e quindi anche per l'ipotesi che uno dei comunisti o coeredi venda un bene appartenente alla comunione: anche un negozio di tal genere, infatti, si ritiene comunemente abbia «*solo effetto obbligatorio, essendo la sua efficacia reale subordinata all'assegnazione del bene medesimo al coerede-venditore attraverso la divisione*» (29). Ne consegue che l'atto è valido anche se privo delle menzioni urbanistiche. Certo vi è, fra il preliminare e la vendita obbligatoria dell'immobile comune, una differenza non da poco: nel primo caso il trasferimento presuppone la conclusione di un nuovo contratto (il contratto definitivo, appunto) che non potrà mai essere validamente concluso (così come, d'altro canto, sarà preclusa la pronuncia di una sentenza *ex art. 2932 c.c.*); mentre nel secondo caso l'assegnazione del bene al venditore in sede di divisione determina automaticamente l'acquisto il capo all'acquirente, secondo il meccanismo previsto in generale per la vendita della cosa altrui (art. 1478, c. 2°, c.c.). Ma si tratta di una differenza irrilevante per i fini che qui vengono in considerazione, in quanto delle due l'una: se la successiva divisione è valida *nulla quaestio*, e l'acquirente consegue legittimamente la proprietà del bene; se è nulla l'effetto traslativo cui la legge si oppone non potrà mai verificarsi, salva naturalmente l'ipotesi della successiva sanatoria nei casi in cui è ammessa.

(28) Cass. 7 marzo 2019 n. 6685 (ord.), in *Riv. giur. ed.*, 2019, 650.

(29) Cass. 19 febbraio 2019 n. 4831; Cass. 23 febbraio 2018 n. 4428, in *Riv. not.*, 2018, II, 757 con nota di A. TORRONI; F. VENOSTA, *op. cit.*, 64 ss., 86 ss.; sui problemi posti dalla vendita dell'eredità, o della quota ereditaria, cfr. *ID.*, 201 ss. V. anche Cass. 10 dicembre 2014 n. 26051: «nel caso di vendita da parte di uno dei coeredi di bene ereditario che costituisce l'intera massa, l'effetto traslativo dell'alienazione non resta subordinato all'assegnazione in sede di divisione della quota all'erede alienante, dal momento che costui è proprietario esclusivo della frazione ideale di cui può liberamente disporre, sicché il compratore subentra, 'pro quota', nella proprietà del bene comune».

Bibliografia

- A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003.
- G. AMADIO, *Coeredità*, in *Le parole del diritto*, scritti in onore di Castronovo, vol. I, Napoli 2019, 250.
- G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 13.
- F.M. BAVA, *La divisione ereditaria quale atto inter vivos avente natura costitutiva*, in *Contr.*, 2019, 607.
- F. BOCCHINI, *Alienazioni di edifici abusivi: nullità degli atti e pubblicità dei titoli abilitativi*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 625.
- M. DE TILLA, *Scioglimento della comunione e costruzione abusiva*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, 1465.
- P.G. MONATERI, voce *Fattispecie*, in *Digesto IV, sez. civ.*, vol. VIII, Torino 1992, 224.
- A. MORA, *sub art. 757*, nel *Comm. del cod. civ.* diretto da (Schlesinger) – Busnelli, Milano 2014.
- M. RABITTI, *sub art. 1418*, nel *Comm. del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino 2012.
- G. TRAPANI, *La circolazione dei fabbricati dopo la sentenza n. 8230/2019 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, in *Riv. not.*, 2019, 935.
- F. VENOSTA, *La divisione*, nel *Tratt.* diretto da Sacco, Torino 2014.
- G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano 1994.