



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Chiara Falcone

**Nullità della divisione ereditaria di immobili
abusivi: alcune riserve critiche**

Numero XVI Anno 2023
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

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

Comitato Editoriale

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

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

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

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



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

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

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

Nullità della divisione ereditaria di immobili abusivi: alcune riserve critiche

SOMMARIO: 1. La questione – 2. Il dato normativo di partenza – 3. L'argomento letterale – 4. L'argomento della *ratio legis* – 5. Lo scioglimento della comunione ereditaria come atto *inter vivos* – 6. La retroattività *ex art. 757 cod. civ.* – 7. In conclusione.

1. *La questione*

Il tema della divisibilità tra i coeredi di un immobile del tutto abusivo, ossia privo di permesso di costruire e non sanabile, ha fatto molto discutere negli ultimi anni perché è stato oggetto della pronuncia Cass. SS.UU. 7 ottobre 2019, n. 25021¹: la decisione si segnala per la sua

¹ Pubblicata, tra l'altro, in *Notariato*, 2019, 649 ss., con nota di C. ROMANO, *Natura giuridica della divisione ereditaria: la posizione delle Sezioni Unite*; in *Contratti*, 2019, 607 ss., con nota di F.M. BAVA, *La divisione ereditaria quale atto 'inter vivos' avente natura costitutiva*; in *Giur. it.*, 2020, 1068 ss., con note di S. BOSA, *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche: questioni qualificatorie e processuali*, 1070 ss., e di G. ORLANDO, *Nullità urbanistiche e divisione ereditaria: l'equivoco delle Sezioni Unite*, 2648 ss; in *Fallimento*, 2020, 489 ss., con nota di L. BACCAGLINI, *Comunione ereditaria, immobile abusivo e domanda di divisione proposta dal curatore: via libera dalle Sezioni Unite*; in *Foro it.*, 2020, I, 968 ss., con nota di C. BONA, *1538-2019: si chiude la parentesi sulla 'dichiaratività della divisione'?*; in *Vita not.*, 2019, 1229 ss., con nota di V. CERSOSIMO, *La divisione ereditaria: dalla natura dichiarativa a quella costitutivo-traslativa (prime riflessioni e risvolti pratici)* e di F.P. LOPS, *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche. Considerazioni a margine della recente sentenza delle Sez. Un. Cass., 7 ottobre 2019, n. 25021*, 1257 ss.; in *Guida dir.*, 2019, fasc. 44, 40 ss., con nota di G. BUFFONE, *Linea dura della Corte sugli edifici realizzati in modo abusivo*; in *Riv. giur. edilizia*, 2019, 1296, con nota di R. TREZZA, *La natura giuridica dell'atto di scioglimento della comunione ereditaria e le implicazioni sui beni immobili abusivi: atto 'inter vivos', nullità testuale, divisione ereditaria parziale ed espropriazione dei beni indivisi: il revirement sistematico teleologico della Cassazione*; in *Nuova*

portata dirompente, tale da giustificare, ancora a distanza di qualche anno, alcuni approfondimenti riflessivi.

Il deciso ha sostanzialmente sancito l'assoggettabilità anche dell'atto di scioglimento della comunione ereditaria al regime delle cc.dd. menzioni urbanistiche di cui agli artt. 46, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e 40, comma 2, l. 28 febbraio 1985, n. 47; ma lo ha fatto sovvertendo completamente l'orientamento fino a quel momento invalso in sede di legittimità² e allineandosi ad un'opinione condivisa soltanto da una parte della giurisprudenza di merito³ e della dottrina⁴: in breve, è stato affermato, tra l'altro, che «Gli atti di scioglimento della comunione ereditaria sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità, prevista dall'art. 46, comma 1, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (già art. 17 della legge 28 febbraio 1985, n. 47) e dall'art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, per gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici o a loro parti dai quali non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria».

giur. civ. comm., 2020, 507 ss. con nota di M. CARPINELLI, *Lo scioglimento della comunione avente ad oggetto beni immobili abusivi: estensione della nullità alle divisioni ereditarie*.

² Cass. sez. II 28 novembre 2001, n. 15133, in *Vita not.*, 2002, 331; Cass. sez. II 1° febbraio 2010, n. 2313, in *Notariato*, 2011, 148 ss.; Cass. sez. II 17 gennaio 2003, n. 630, in *Dir. e giur. agr.*, 2003, II, 426 e in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1465; Cass. sez. II 6 ottobre 2016, n. 20041 (in motivazione), in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2017, 2, 161.

³ Trib. Palermo 16 marzo 2009; Trib. Marsala 14 dicembre 2006, in *Corr. merito*, 2007, 305; Trib. Catania 5 giugno 2006, n. 1999; Trib. Termini Imerese 12 maggio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 987; Trib. Napoli 16 ottobre 2002. *Contra*, Trib. Padova 26 agosto 2019, n. 1444; Trib. Sassari 15 marzo 2018, n. 312; Trib. Cuneo 14 marzo 2018, n. 220; Trib. Siracusa 18 gennaio 2018, n. 134; App. Napoli 11 novembre 1999, in *Giur. nap.* 2000, 128.

⁴ Nel senso che la divisione ereditaria sia da assoggettare alla sanzione della nullità in caso di mancanza delle menzioni urbanistiche: M.R. SANTUCCI, *Scioglimento di comunione ereditaria avente ad oggetto immobile abusivo*, in *Notariato*, 2011, 148 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *Comunione ereditaria di immobile abusivo e natura giuridica della divisione*, nota a sentenza Trib. Marsala 14 dicembre 2006, in *Contratti*, 2007, 771 ss.; V. LENOCI, *La divisione*, Torino, 2006, 29. *Contra*, A. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti, in Contratto di divisione e autonomia privata. Atti del Convegno (Santa Margherita di Pula, 30-31 maggio 2008)*, Milano, 2008, 16; F. BOCCHINI, *Alienazioni di edifici abusivi: nullità degli atti e pubblicità dei titoli abilitativi*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 632.

Non è frequente che le Sezioni unite del Supremo Collegio, chiamate a pronunciarsi *ex art.* 374, comma 2, cod. proc. civ. su una questione che abbia dato origine a contrasto tra le sezioni semplici o su una questione di massima di particolare importanza, assumano una posizione di così netta cesura rispetto al passato: per lo più mediano tra gli orientamenti contrapposti formatisi, a volte elaborando una ‘terza via’ di compromesso; oppure esprimono la loro adesione all’uno o all’altro dei filoni interpretativi emersi in seno alla giurisprudenza di legittimità, maggioritario o minoritario, rendendolo pressoché vincolante.

A volte è capitato che una sentenza sia stata ritenuta rivoluzionaria perché la necessità di progressivo adeguamento ad una normativa sopravvenuta o ad una giurisprudenza comunitaria frattanto formatasi ha sospinto i giudici verso una nuova interpretazione, fino a quel momento mai condivisa⁵; ma in generale è piuttosto inconsueto che la Corte di cassazione cambi rotta in maniera così secca, come avvenuto nel caso in esame; e cioè: dando atto dell’univoco orientamento formatosi sul punto nella giurisprudenza della Corte – che «ha ritenuto di risolvere la questione in esame affermando che l’atto di scioglimento della comunione ereditaria è un negozio assimilabile agli atti *mortis causa*,

⁵ Recentemente, ad esempio, è stata accolta dai commentatori con una certa sorpresa la novità contenuta nella sentenza Cass. SS.UU. 30 luglio 2021, n. 21983, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 86 ss., con nota di C. PALMENTOLA, *L’assicurazione R.C.Auto e la circolazione nelle aree private*, che ha esteso la copertura assicurativa da responsabilità civile per la circolazione di veicoli anche ai sinistri avvenuti su aree private, benché i giudici di legittimità avessero sempre sostenuto che invece per l’operatività delle polizze da responsabilità civile automobilistica il danno dovesse essersi prodotto su strade pubbliche o anche private, ma aperte al transito abituale di un numero indeterminato di persone. Si tratta però di un *revirement* solo apparente, perché più che rinnegare una sua opinione consolidata, il Supremo Collegio ha aderito ad un’interpretazione dell’art. 122, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle Assicurazioni) invalsa in anni più recenti presso la giurisprudenza eurounitaria citata in motivazione (Corte Giust. UE 4 settembre 2014, n. 162/2013; Corte Giust. UE, Grande Sezione, 28 novembre 2017, n. 514/2016; Corte Giust. UE 20 dicembre 2017, n. 334/2016; Corte Giust. UE 20 giugno 2019, n. 100/2018) e cioè che per circolazione su aree equiparate alle strade va intesa quella effettuata su ogni spazio ove il veicolo possa essere utilizzato in modo conforme alla sua funzione abituale, indipendentemente dalla sua natura pubblica o privata e dal numero di persone che vi possano accedere.

come tale sottratto alla disciplina della legge n. 47 del 1985» – e, nonostante questo, decidendo risolutamente che «Il Collegio ritiene di non poter condividere queste conclusioni», senza né avere l'appiglio di un precedente, foss'anche isolato o remoto, né l'esigenza di allineamento con gli ordinamenti sovranazionali.

La presa di posizione del Supremo Consesso è tanto più audace in quanto il lungo testo della motivazione tocca alcuni temi fondanti delle istituzioni del diritto privato: la classificazione degli atti *inter vivos* e *mortis causa*, la natura dichiarativa o costitutiva dell'atto di scioglimento della comunione, connessa con la retroattività dell'effetto distributivo imposta dall'art. 757 cod. civ. e la possibilità dello scioglimento parziale della comunione ereditaria, per via contrattuale o giudiziale.

D'altro canto, il solco che viene tracciato dalle pronunce a Sezioni unite diventa sempre più profondo in termini di peso del precedente, via via che il nostro ordinamento si orienta a valorizzare in maniera sempre più significativa l'attitudine nomofilattica della Corte di cassazione e a riservare la prerogativa di giudice di terza istanza alle sezioni semplici. Si vedano, in proposito, le modifiche apportate dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 all'art. 374 cod. proc. civ., con la previsione della obbligatoria rimessione del ricorso alle Sezioni Unite nel caso di non condivisione del principio di diritto da parte della sezione semplice (comma 3). Naturalmente, si tratta di un vincolo di contenuto processuale e meramente negativo, nel senso che le sezioni semplici non hanno l'obbligo di conformarsi al contenuto del precedente delle Sezioni Unite, ma solo il divieto di emettere una pronuncia di contenuto difforme, dovendo trasfondere il loro dissenso in un'ordinanza: con tutto ciò, non può negarsi che la vincolatività dei precedenti più autorevoli è decisamente significativa. Del resto, anche sul tema oggi in esame, si è subito creato un filone giurisprudenziale che si uniforma al deciso delle Sezioni Unite⁶.

⁶ Cass. sez. VI 27 gennaio 2022, n. 2524; Cass. sez. VI 26 maggio 2022, n. 17128; Cass. sez. V 30 novembre 2021, n. 37369; e naturalmente tutta la giurisprudenza di merito, tra cui v. Trib. Civitavecchia 14 dicembre 2022, n. 1295; Trib. Latina 13 dicembre 2022, n. 2339; Trib. Messina 11 novembre 2022, n. 1894; App. Napoli 29 settembre 2022, n. 3981.

Ebbene, la singolarità di un così drastico cambiamento di rotta, il rilievo degli argomenti trattati, la vincolatività di un precedente di tale importanza sono tutti elementi che suggeriscono all'interprete di ripensare una volta di più le conclusioni raggiunte dalla sentenza del 2019, per verificare di poterle effettivamente condividere, prima di farne una tralaticia trasposizione nelle future sentenze sull'argomento, col rischio di replicare anche qualche presupposto oggettivamente opinabile⁷.

2. Il dato normativo di partenza

Lo *ius aedificandi* è tra le prerogative del proprietario più strettamente conformate dall'autorità, per l'esigenza pubblicistica di garantire la preventiva e corretta pianificazione del territorio: il suo esercizio è infatti storicamente soggetto all'osservanza di diverse limitazioni e prescrizioni, sin dall'introduzione dello strumento urbanistico del piano regolatore generale nella l. 25 giugno 1865, n. 2359, passando per l'obbligo di ottenere licenza edilizia per eseguire nuove costruzioni o ampliare o modificare quelle esistenti imposto dalla Legge Urbanistica (l. 17 agosto 1942, n. 1150), sostituito poi dall'obbligo di concessione edilizia sindacale stabilito dalla Legge Bucalossi (l. 28 gennaio 1977, n. 10), fino a giungere al Testo Unico dell'Edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), nel quale sono stati definiti i vari tipi d'intervento edilizio e lo specifico titolo abilitativo necessario per ciascuno di essi, oltre che i casi di attività completamente libere.

Naturalmente, a tali precetti si è sempre accompagnato un articolato

⁷ Sia consentito riferirsi ad un caso in questo senso emblematico, ossia un'altra clamorosa inversione di tendenza, sempre su un argomento fondante delle istituzioni di diritto privato: la pronuncia della Cass. SS.UU. 8 aprile 2008, n. 9148 che ha sancito la responsabilità parziaria dei condòmini per le obbligazioni assunte dal condominio verso terzi rinnegando l'univoco parere fino a quel momento espresso sulla natura solidale di tale obbligo (per approfondire la critica avverso tale '*revirement*', in parte fondato su un'errata affermazione di principio acriticamente ribadita nella pronunce successive, v. C. FALCONE, *L'obbligazione dei condòmini verso i terzi*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, Milano, 2005, 4571 ss.).

sistema sanzionatorio, con l'obiettivo di colpire gli abusi edilizi: sanzioni di tipo penale, come ammenda o arresto⁸ e sanzioni di tipo amministrativo, come sospensione lavori, demolizione, riduzione in pristino, acquisizione gratuita al patrimonio del comune, sanzioni pecuniarie amministrative⁹.

L'art. 10 l. 6 agosto 1967, n. 765 (Legge Ponte), nel modificare l'art. 31 della Legge Urbanistica, affiancò per la prima volta, alle altre, una sanzione di tipo civilistico, sancendo la nullità degli «atti di compravendita di terreni abusivamente lottizzati a scopo residenziale [...] ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza di una lottizzazione autorizzata»; pochi anni dopo, la Legge Bucalossi estese la medesima nullità agli «atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione», a meno che l'acquirente non fosse stato a conoscenza della mancanza (art. 15, comma 7, l. n. 10/1977).

Con la prima legge sul condono edilizio 28 febbraio 1985, n. 47, il sistema è stato rivisto dall'art. 17, comma 1, ove si legge, tra l'altro: «Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, 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 legge¹⁰, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare¹¹ o della concessione in sanatoria¹² rilasciata ai sensi dell'art. 13. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù».

Inoltre, all'art. 40, comma 2, del medesimo testo normativo, si legge: «Gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, esclusi quelli di

⁸ V. art. 41 l. 17 agosto 1942, n. 1150; art. 13 l. 6 agosto 1967, n. 765; art. 17 l. 28 gennaio 1977, n. 10; art. 20 l. 28 febbraio 1985, n. 47; art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

⁹ V. art. 90 l. 25 giugno 1865, n. 2359; art. 26 l. 17 agosto 1942, n. 1150; art. 6 l. 6 agosto 1967, n. 765; art. 15 l. 28 febbraio 1985, n. 47 e art. 40 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

¹⁰ L'art. 17 in parola è stato riprodotto pressoché identico nell'art. 46 t.u. edilizia, ove in questo punto si legge «dopo il 17 marzo 1985».

¹¹ Oggi, nel vigente art. 46 t.u. edilizia è scritto «permesso di costruire».

¹² Oggi, nel vigente art. 46 t.u. edilizia è scritto «permesso in sanatoria».

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 ai sensi dell'art. 31 ovvero se agli stessi non viene allegata la copia per il richiedente della relativa domanda, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione, ovvero copia autentica di uno degli esemplari della domanda medesima, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'oblazione di cui al sesto comma dell'art. 35. Per le opere iniziate anteriormente al 10 settembre 1967, in luogo degli estremi della licenza edilizia può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, rilasciata dal proprietario o altro avente titolo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15, attestante che l'opera risulti iniziata in data anteriore al 10 settembre 1967».

Nel progetto del legislatore, dunque, sono colpiti dalla sanzione civile sia gli atti tra vivi riferiti ad immobili la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, data di entrata in vigore della legge, sia gli atti tra vivi riferiti a edifici costruiti antecedentemente a quella data: per entrambe le ipotesi è prevista, infatti, la nullità dei negozi al cui interno non risultino effettuate dall'alienante le cc.dd. menzioni urbanistiche, cioè non risulti compiuta l'elencazione dei permessi che certificano la regolarità urbanistica, eventualmente anche in sanatoria, della costruzione o quantomeno un atto notorio che collochi l'inizio della costruzione in epoca antecedente il 10 settembre 1967.

Tale sistema sanzionatorio civile è rimasto pressoché invariato a seguito dell'emanazione del t.u. edilizia, dal momento che l'art. 17 l. n.47/1985 è stato trasfuso praticamente identico all'interno dell'art. 46 d.P.R. n. 380/2001, mentre l'art. 40 l. n. 47/1985 è ancora in vigore.

Secondo l'interpretazione generalmente invalsa – quantomeno con riferimento alla formulazione originaria della norma contenuta nella Legge Bucalossi – la '*ratio*' giustificatrice di tale scelta normativa risiedeva nell'esigenza di tutelare l'affidamento dell'acquirente¹³, allertandolo in

¹³ C. DONISI, *La nullità prevista dall'art. 15 della legge sulla edificabilità dei suoli*, in *Riv. giur.*

ordine alle condizioni del bene che stava acquistando e mettendolo in condizione di effettuare gli accertamenti sulla sua regolarità attraverso il confronto tra la consistenza reale e quella risultante dalla concessione edilizia ovvero dalla domanda di concessione in sanatoria: tant'è che mentre la mancata indicazione da parte del venditore degli estremi del titolo edilizio era sanzionata con la nullità dell'atto, la menzione della conoscenza dell'abuso da parte dell'acquirente permetteva di salvarlo. Coerentemente, la sanzione comminata dalla norma è stata qualificata come invalidità relativa, deducibile solo dal contraente in buona fede ignaro dell'abuso edilizio e rivolta a tutelarne le ragioni, consentendogli di ripetere il corrispettivo pagato o di evitarne il pagamento, se non ancora versato¹⁴.

A partire poi dalla riformulazione della norma, come espressa dall'art. 17 l. n. 47/1985 e oggi dall'art. 46 t.u. edilizia, è sembrato agli interpreti che il legislatore avesse inteso valorizzare, accanto all'esigenza di tutela dell'acquirente nell'interesse della certezza e sicurezza di circolazione degli immobili, anche l'intenzione di scoraggiare e reprimere gli abusi edilizi¹⁵: significativa in tal senso è reputata l'eliminazione di ogni riferimento allo stato di buona o malafede dell'acquirente rispetto alle condizioni di regolarità o irregolarità urbanistica dell'immobile¹⁶.

ed., 1977, 238. In giurisprudenza, Cass. sez. II 24 marzo 2004, n. 5898, in *Riv. not.*, 2005, 301; Cass. sez. II 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 1294; Cass. sez. II 26 giugno 1990, n. 6466.

¹⁴ Cass. sez. II 18 marzo 1992, n. 3350, in *Riv. giur. ed.*, 1993, 33; Cass. sez. II 7 aprile 1993, n. 4926, in *Foro it.*, 1994, I, 1884.

¹⁵ Cass. sez. II 17 agosto 1999, n. 8685, in *Vita not.*, 1999, 1384; Cass. sez. II 15 giugno 2000, n. 8147, in *Contr.*, 2001, 13.

¹⁶ Si segnala il divario – oggi composto da Cass. SS.UU. 22 marzo 2019, n. 8230, in *Giur. it.*, 2020, 305 ss. con nota di C. CICERO, *Nullità del contratto – La menzione dei titoli urbanistici tra 'nullità sostanziale' e 'nullità formale'*, in *Contratti*, 2019, 527 ss., con nota di G. ORLANDO, *Le SS.UU. sulla circolazione degli edifici abusivi. Note minime sulle nullità documentali 'non formali'*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 717 ss., con nota di C. NATOLI, *La natura 'testuale' della nullità urbanistica*; in *Urbanistica e appalti*, 2019, 496 ss., con nota di E. AMANTE, *Le Sezioni Unite compongono il contrasto sulla nullità formale o sostanziale dell'art. 46, d.P.R. n. 380 del 2001*; in *Immobili e proprietà*, 2019, 319, con nota di M. MONEGAT, *L'assenza di dichiarazione del venditore degli estremi del titolo urbanistico costituisce nullità testuale*';

Naturalmente, il corretto inquadramento della *ratio legis* sottesa alla disciplina è indispensabile per affrontare anche il profilo problematico che più direttamente interessa in questa sede, ossia l'individuazione delle tipologie di atti da ritenere soggette all'obbligo di menzioni urbanistiche e di quelle che invece ne vanno esenti.

Il dato normativo che può dirsi ormai inconfutabile è che lo scioglimento della comunione ordinaria rientra senz'altro tra gli atti sanzionati di nullità dalla legge quando manchino le dichiarazioni a carico del venditore sulla regolarità del cespite che ne è oggetto: lo si ricava dal tenore letterale dell'art. 17, comma 1, l. n. 47/1985 (oggi 46 d.P.R. n. 380/2001), che menziona espressamente lo scioglimento della comunione di diritti reali nel novero degli «atti tra vivi» soggetti alla relativa formalità a pena di nullità. Qualcuno, in passato, ha ritenuto che

in *Notariato*, 2019, 267, con nota di F. MAGLIULO, *Le menzioni urbanistiche negli atti traslativi: quale nullità?* – insorto tra due orientamenti contrapposti sull'argomento: un primo orientamento, propendeva per la nullità 'formale' o 'testuale' dell'atto privo di menzioni urbanistiche, da considerarsi quindi nullo per la sola mancanza di riferimenti al titolo abilitativo edilizio, ma pienamente valido quand'anche la costruzione fosse stata del tutto difforme da esso, purché indicato, o finanche se nell'atto fossero stati falsamente o erroneamente indicati gli estremi di un titolo edilizio inesistente (Cass. sez. II 14 dicembre 1999, n. 14025, in *Foro it.*, I, 3562; Cass. sez. II 15 giugno 2000, n. 8147, in *Contratti*, 2001, 13; Cass. sez. II 7 dicembre 2005, n. 26970, in *Contratti*, 2006, 660); secondo l'opposto orientamento, invece, la nullità era 'sostanziale' o 'virtuale', sicché la presenza di regolare menzione degli estremi del titolo abilitativo in atto non sarebbe stata sufficiente, occorrendo comunque la verifica che la costruzione non fosse, totalmente o parzialmente, difforme (Cass. sez. II 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 182; Cass. sez. II 17 dicembre 2013, n. 28194, in *Vita not.*, 2014, 269). Non è difficile riconoscere nelle argomentazioni addotte dalle sentenze appartenenti ai due filoni interpretativi, l'enfaticizzazione della *ratio* di tutela del traffico giuridico e protezione dell'acquirente dell'immobile abusivo da parte dei sostenitori della nullità 'formale', mentre i sostenitori della nullità 'sostanziale' propendono per l'idea che la norma sia stata dettata con l'intenzione prevalente di scoraggiare l'abusivismo edilizio. Ne consegue che la composizione del contrasto mediante adesione da parte delle Sezioni Unite al primo orientamento vada significativamente intesa anche come riconoscimento che la funzione prevalente, impressa dal legislatore alla normativa di riferimento, sia non già la repressione dell'abusivismo, cui meglio si acconciano le sanzioni penali e amministrative, quanto piuttosto la tutela dell'ignaro acquirente dell'immobile abusivo.

ciò non valesse per gli atti di divisione ordinaria degli immobili la cui costruzione fosse iniziata in data anteriore al 17 marzo 1985, dato che – contrariamente all’art. 17, comma 1 – l’art. 40, comma 2, l. n. 47/1985 non menziona espressamente tale tipologia di atti¹⁷.

Ma deve ritenersi persuasiva sul punto l’opposta tesi sposata dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019, ove si sottolinea come l’art. 40, comma 2, cit., sia formulato diversamente dall’art. 17, comma 1, cit., perché gli atti oggetto della comminatoria di nullità sono in esso indicati in modo ellittico e sintetico, attraverso l’amplissima espressione «atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali [...] relativi ad edifici o loro parti»: risultano così compresi in tale formula tutti gli atti *inter vivos* aventi ad oggetto diritti reali, indipendentemente dal loro effetto giuridico, tranne quelli espressamente esclusi. Senza dire, poi, che risulterebbe francamente inspiegabile la ragione per la quale lo scioglimento della comunione di un immobile abusivo e non sanabile, che avvenga sotto la vigenza della legge n. 47 del 1985, dovrebbe ritenersi consentito sol perché il fabbricato sia stato realizzato prima dell’entrata in vigore della medesima legge.

Il dato normativo che resta, invece, discutibile è se la legge assoggetti alla sua disciplina anche lo scioglimento della comunione ereditaria, pur non nominandolo espressamente. Ed è fin troppo agevole comprendere come la discussione ruoti, in sostanza, attorno a questo: se debbano ricondursi gli atti di scioglimento della comunione ereditaria alla categoria degli atti *mortis causa* o *inter vivos*.

3. L’argomento letterale

All’esito della loro corposa motivazione, le Sezioni Unite concludono che lo scioglimento della comunione ereditaria sia un atto ‘*inter vivos*’, non meno che lo scioglimento della comunione ordinaria.

Secondo i giudici, il suggello definitivo alla bontà della loro tesi è proprio l’argomento letterale che, però, viene sviluppato per ultimo (v. paragrafo 5.4. sentenza): essi ritengono di leggere *expressis verbis* nel testo

¹⁷ Cass. sez. II 13 luglio 2005, n. 14764, in *Riv. not.*, 2006, 727.

delle disposizioni vigenti degli artt. 46 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e 40 l. 28 febbraio 1985 n. 47, «interpretate secondo i canoni previsti dall'art. 12, primo comma, disp. prel. cod. civ.», che lo scioglimento della comunione ereditaria sia uno degli atti che deve contenere le menzioni urbanistiche, a pena di nullità; e però, affrontando per ultimo questo argomento, finiscono con l'operare un'inversione metodologica che non si ritiene di condividere, essendo invece più rispettoso dei principi, oltre che maggiormente persuasivo dal punto di vista logico, un ragionamento che ponga *in capite lista* il «significato proprio delle parole» e riservi il ricorso agli ulteriori criteri soltanto in successiva battuta¹⁸.

È probabile che il Supremo Collegio utilizzi l'espedito di riservare per ultimo l'argomento letterale proprio per attribuirvi maggiore persuasività di quanta esso non abbia, arrivando a concludere che «È dunque la legge che commina espressamente la nullità dell'atto di scioglimento della comunione che abbia ad oggetto edifici abusivi, senza distinguere in alcun modo tra scioglimento della comunione ordinaria e scioglimento della comunione ereditaria». Ma è illusorio pensare che il

¹⁸ In linea, del resto, con quanto le medesime Sezioni Unite hanno anche recentemente ribadito, ossia che «nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, in virtù dell'esame complessivo del testo, della *mens legis*, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma sì come inequivocabilmente espressa dal legislatore. Soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi, altresì, infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, onde il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare, potendo, infine, assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è intesa» (lett., Cass. SS.UU. 4 febbraio 2020, n. 2505, in motivazione; v. anche Cass. sez. I 6 aprile 2001, n. 5128 e Cass. sez. III 4 ottobre 2018, n. 24165).

testo normativo sia inequivoco, come le Sezioni Unite sembrano ritenere, non foss'altro che perché in tal caso non ci sarebbe stata occasione di un così lungo e acceso dibattito sull'argomento.

In realtà l'interpretazione letterale non fornisce appigli del tutto risolutivi, potendo le parole del legislatore essere invocate con analogia persuasività sia dai sostenitori della tesi dell'inclusione della divisione ereditaria tra gli atti soggetti alle menzioni urbanistiche, sia dai sostenitori della tesi opposta: i primi, infatti, tenderanno a credere – con le Sezioni Unite – che il riferimento della legge agli atti tra vivi aventi per oggetto «scioglimento della comunione di diritti reali», intenda comprendere nell'ampia nozione sia la comunione ordinaria, sia quella ereditaria; gli altri, invece, sottolineeranno la circostanza che se la norma parla degli «atti tra vivi» di scioglimento della comunione avrà inteso riferirsi a quelli che sciolgono la comunione ordinaria e, per contrapposizione, escludere quelli di scioglimento della comunione ereditaria. A meno di non dare per presupposto del ragionamento il fatto che anche lo scioglimento della comunione ereditaria sia un atto tra vivi: il che però è quello che si vuole dimostrare e non può essere il presupposto del ragionamento.

A ben vedere, anzi, l'argomento letterale pare autorizzare maggiormente proprio la tesi avversata dalle Sezioni Unite. La norma dice che sono nulli «gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali»; questo per converso deve indurre alla deduzione che siano invece validi gli atti «a causa di morte» che comportino trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali: e quale altro potrebbe essere un atto *mortis causa* che comporta lo scioglimento della comunione di diritti reali se non, appunto, la divisione ereditaria? Sembrerebbe che il legislatore abbia avuto in mente una nozione meno riduttiva della categoria degli atti *mortis causa* di quella propugnata dalla sentenza del 2019 (v. § 5).

Sempre sul piano dell'interpretazione letterale, le Sezioni Unite ricavano poi dall'art. 30 d.P.R. n. 380/2001 (già art. 18 l. n. 47/1985) in tema di lottizzazione abusiva un'ulteriore conferma della bontà del ragionamento condotto. La norma dispone al comma 2 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 stipulati né trascritti nei pubblici registri immobiliari ove agli atti stessi non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti l'area interessata»; al successivo comma decimo poi aggiunge: «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 od estintivi di diritti reali di garanzia e di servitù». E da tanto i giudici desumono che, evidentemente, quando il legislatore ha inteso escludere un determinato tipo di atti dall'applicazione della normativa sanzionatoria, lo ha detto espressamente. Per questa via, dovrebbe quindi ritenersi precluso all'interprete estendere la portata del precetto dell'art. 46 d.P.R. n. 380/2001 al di là dei casi espressamente ivi previsti e dunque dovrebbe concludersi che non sia consentito ritenere le divisioni ereditarie escluse dagli atti soggetti alla sanzione, dato che la norma non le esclude testualmente.

L'argomentazione è suggestiva, ma non credo sia esatta. L'ultimo comma, infatti, appare contenere più di una specificazione superflua degli atti da escludere dall'applicazione della sanzione del secondo comma, come si ricava dal riferimento ai 'testamenti' che, ovviamente, in quanto atti *mortis causa* erano già esclusi dalla sanzione per via della sua applicabilità ai soli atti 'tra vivi' di trasferimento o costituzione di diritti reali. Nulla vieta quindi che il legislatore, come fatto per i testamenti, abbia ritenuto di dover ribadire in via esplicita nel comma 10 anche l'esclusione della divisione ereditaria, pur avendola già esclusa implicitamente nel comma 2. In sostanza, anche dall'art. 30 non sembra sia ricavabile nulla più che una certa ridondanza del dettato normativo, appesantito da qualche ripetizione di troppo.

Per la verità non pare che spieghi alcunché nemmeno il richiamo alla diversa funzione della sanzione di cui all'art. 46 d.P.R. n. 380/2001 (reprimere un abuso già consumato), rispetto a quella di cui all'art. 30 d.P.R. n. 380/2001 (prevenire un abuso non ancora consumato), che secondo le Sezioni Unite giustificerebbe la scelta legislativa di assoggettare gli atti di scioglimento della comunione ereditaria alla

sanzione di nullità soltanto nel primo caso e non anche nel secondo.

I giudici osservano che nell'ipotesi di cui all'art. 30 «la comminatoria di nullità della lottizzazione abusiva svolge una funzione, non repressiva di illeciti edilizi già consumati, ma preventiva rispetto ad illeciti edilizi ancora da consumarsi, presumendo la legge che la divisione del fondo in lotti sia finalizzata alla realizzazione di edifici abusivi». Questo spiegherebbe perché solo gli atti di scioglimento della comunione ereditaria di terreni, su cui non sia stato ancora consumato alcun abuso edilizio, siano esclusi dalla sanzione *ex art. 30*, quand'anche privi delle dovute menzioni (contrariamente agli atti di divisione ereditaria di immobili abusivi già realizzati, come prevede l'art. 46) non apparendo ragionevole in questo caso far prevalere, sul legittimo diritto dei *coheredes* di sciogliere tra loro la comunione dei terreni ricevuti in eredità, l'intento repressivo di un abuso edilizio probabilmente nemmeno immaginato dai condividenti.

Ancora una volta, però, il ragionamento incorre in una petizione di principio perché presuppone che la legge, nell'art. 46 d.P.R. n. 380/2001, escluda gli atti di scioglimento della comunione ereditaria dal novero degli atti tra vivi e quindi dalla sanzione della nullità, che invece è precisamente quello che si doveva dimostrare.

Neanche questa argomentazione, dunque, vale a supportare la tesi delle Sezioni Unite.

4. *L'argomento della 'ratio legis'*

L'opinione delle Sezioni Unite nella sentenza in esame è che gli atti di scioglimento della comunione ereditaria relativa a fabbricati abusivi siano colpiti da nullità ai sensi degli artt. 46 d.P.R. n. 380/2001 e 40 l. n. 47/1985, perché tale interpretazione sarebbe coerente con la *ratio legis* e con «la scelta del legislatore di contrastare gli abusi edilizi mediante sanzioni civilistiche che colpiscano la negoziabilità dell'immobile».

Solo pochi mesi prima, però, la Corte di cassazione, sempre a sezioni unite, si era espressa in termini diversi. Nella già richiamata decisione n.

8230/2019¹⁹, infatti, aveva ritenuto che la nullità comminata dall'art. 46 d.P.R. n. 380/2001 e dagli artt. 17 e 40 l. n. 47/1985 fosse di tipo testuale o formale, ossia una fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono e che sanziona l'atto per il fatto in sé della mancata inclusione al suo interno degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile; per converso, se nell'atto c'è la dichiarazione dell'alienante con gli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile, il contratto è valido a prescindere dalla conformità o meno della costruzione al titolo indicato in atto.

A tale conclusione la Cassazione era giunta in esito alla complessa ricostruzione dei due orientamenti e riferendo delle opposte argomentazioni a sostegno della teoria sostanziale e della teoria formale; e si era risolta a condividere quest'ultima ritenendo non del tutto condivisibile l'idea fondamentale a supporto della prima, ossia che l'intento del legislatore nel prevedere la nullità degli atti *inter vivos* relativi ai diritti reali su edifici abusivi fosse principalmente quello di prevenire gli abusi edilizi attraverso la comminatoria di sanzioni di natura civilistica, da affiancare a quelle penali e amministrative. Se lo scopo del legislatore fosse stato davvero questo, considerava il Supremo Consesso, avrebbe potuto esser più efficacemente perseguito mediante la previsione di una norma imperativa che prevedesse la generale nullità degli atti aventi ad oggetto immobili abusivi o l'incommerciabilità *tout court* degli stessi; invece, il legislatore ha sanzionato di nullità solo specifici atti ad effetti reali *inter vivos* e ne ha esclusi altri, ossia gli atti *mortis causa*, gli atti ad effetti obbligatori, i diritti reali di garanzia, le servitù e gli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali²⁰.

Naturalmente questo non significa negare che le disposizioni normative in esame abbiano anche una finalità di contrasto al fenomeno dell'abusivismo edilizio; ma tale scopo, secondo le Sezioni Unite della pronuncia n. 8230/2019 viene perseguito per via indiretta: infatti, imponendo le menzioni urbanistiche, la legge mette in condizioni

¹⁹ Cass. SS.UU. 22 marzo 2019, n. 8230, cit., nt. 16.

²⁰ V. la previsione delle esclusioni agli artt. 46, comma 5, d.P.R. n. 380/2001 e 17, comma 5, e 40, comma 5, l. n. 47/1985.

l'acquirente di un immobile che utilizzi la dovuta diligenza *in rebus suis* di poterne riscontrare la eventuale irregolarità e così di valutare la convenienza dell'affare ed eventualmente di rifiutarlo quando sussista il rischio di sanzioni, compresa quella reale della demolizione²¹ che l'art. 31, commi 2 e 3, d.P.R. n. 380/2001 prevede nei confronti sia del costruttore, sia del proprietario, in caso d'interventi edilizi eseguiti in assenza di permesso o in caso di totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'art. 32 seguente²².

Fatto sta che, in pratica, delle due pronunce a Sezioni Unite del 2019, quella precedente pare ritenere che la funzione prioritaria della normativa di riferimento sia ancora, come nella legislazione degli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo, la tutela dell'acquirente dell'immobile non in regola dal punto di vista urbanistico, rispetto al rischio di poter anche, al limite, perdere il cespite, ove l'autorità amministrativa accerti l'abuso e ricorrano le condizioni per la sanzione della demolizione; fermo restando che tale normativa, benché concepita per la tutela dell'acquirente, finisce con l'avere indirettamente anche una funzione dissuasiva dell'abusivismo, considerata la prospettiva del costruttore di non poter validamente alienare un immobile edificato senza permesso.

E la successiva pronuncia a Sezioni Unite appare dissonante rispetto alle conclusioni raggiunte nel deciso di soli due mesi prima, dato che – ribaltando quella prospettiva – enfatizza, al contrario, la funzione di deterrenza dell'abusivismo edilizio sottesa alla disciplina legale rispetto a quella, ritenuta secondaria, di tutela dell'acquirente.

Eppure, se nel risolvere la questione di diritto controversa nella sentenza n. 25021/2019 le Sezioni Unite avessero seguito la medesima logica della sentenza n. 8230/2019, avrebbero dovuto concludere che il

²¹ Cons. St. Ad. Plenaria 17 ottobre 2017, n. 9, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 67.

²² La demolizione potrà essere ordinata in qualunque tempo, in quanto l'abuso costituisce un illecito permanente e l'eventuale inerzia dell'amministrazione non è idonea né a sanarlo o ad ingenerare aspettative giuridicamente qualificate, né a privarla del potere di adottare l'ordine di demolizione, configurandosi, anzi, la responsabilità (art. 31 cit., comma 4 *bis*) in capo al dirigente o al funzionario responsabili dell'omissione o del ritardo nell'adozione di siffatto atto, che resta, appunto, doveroso, nonostante il decorso del tempo (Cons. St. Ad. Plenaria 17 ottobre 2017, n. 9, cit., 67).

contrasto dell'abusivismo non è vanificato sol perché l'atto di scioglimento della comunione ereditaria di un immobile non in regola con la disciplina urbanistica o totalmente difforme dalla concessione edilizia o privo di titolo abilitativo è sottratto alla sanzione della nullità; infatti, i condividenti del cespite saranno comunque impediti nel compimento di qualsiasi atto dispositivo a terzi della porzione di cespite ricevuto in assegnazione e, ricorrendone i presupposti, saranno esposti alle sanzioni amministrative, compresa la demolizione, previste a tutela dell'interesse generale connesso alle prescrizioni della disciplina urbanistica.

Anche l'argomento dell'interpretazione secondo l'intenzione del legislatore appare, pertanto, non decisivo nel senso voluto dal Supremo Collegio; anzi, paradossalmente, con il proposito di risolvere un contrasto interpretativo, si rischia di alimentarne un altro, addirittura con un precedente delle medesime Sezioni Unite.

5. *Lo scioglimento della comunione ereditaria come atto 'inter vivos'*

Va valutato a questo punto il nodo centrale della questione, ossia il passaggio della sentenza n. 25021/2019 in cui le Sezioni Unite qualificano lo scioglimento della comunione ereditaria come atto *inter vivos* e, da questa premessa, ricavano coerentemente che il relativo atto è nullo se privo di menzioni urbanistiche.

Fino al 2019, come sopra già anticipato, l'orientamento della giurisprudenza, di legittimità e merito, era stato differente: l'atto di scioglimento della comunione ereditaria era qualificato come un negozio 'assimilabile' agli atti *mortis causa* e come tale sottratto alla disciplina della l. n. 47/1985; si riteneva, difatti, che il legislatore avesse voluto escludere dal novero degli atti soggetti alla sanzione della nullità sia gli atti *mortis causa* in senso stretto, sia gli atti 'non autonomi' rispetto a quelli, tra cui la divisione ereditaria, considerata l'atto conclusivo della vicenda successoria²³.

Le Sezioni Unite, invece, escludono la riconducibilità dell'atto di scioglimento della comunione ereditaria alla categoria degli atti *mortis causa*, sostanzialmente adducendo due argomenti: il primo potremmo

²³ V. giurisprudenza citata sopra, nt. 2.

definirlo ‘formale’, in quanto si fonda sulla considerazione che – *stricto sensu* – l’unico negozio a causa di morte previsto nel nostro ordinamento è il testamento (art. 587 cod. civ.); il secondo è, invece, ricavato *a contrario* dalla ritenuta infondatezza del principale argomento a supporto della tesi della divisione ereditaria come atto *mortis causa*, ossia la supposta dichiaratività dell’atto di divisione.

a) Il ruolo della morte nel fenomeno successorio

Sul primo argomento, ritiene il Supremo Collegio che soltanto nel testamento «la morte è l’evento in forza del quale l’effetto giuridico si produce e senza il quale il negozio non produce alcun effetto», mentre la divisione produce i propri effetti per lo scambio dei consensi espresso dai dividendi nelle forme di legge e il suo contenuto, ossia l’attribuzione a ciascun dividendo della sua porzione in titolarità esclusiva, dipende non già dalla volontà del *de cuius*, ma da quella degli eredi: se ne deve concludere che soltanto il testamento può essere considerato un atto *mortis causa*, mentre lo scioglimento della comunione ereditaria è palesemente un atto tra vivi. Si tratta, secondo la definizione delle Sezioni Unite, di un contratto consensuale ad effetti reali con funzione distributiva, in cui i contraenti si ripartiscono le cose comuni in proporzione alle rispettive quote, facendo cessare lo stato di contitolarità, esattamente come nello scioglimento della comunione ordinaria.

Né i giudici ritengono condivisibile l’affermazione, a lungo invalsa in dottrina e giurisprudenza, che lo scioglimento della comunione ereditaria sia un atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria della quale costituisce l’evento terminale, permeandosi così della sua stessa natura *mortis causa*²⁴; e ciò negano affermando che (1) la divisione è pur sempre eventuale rispetto alla comunione, ben potendo gli eredi decidere di rimanere in comunione; (2) inoltre, il semplice fatto che un negozio sia inserito nella vicenda successoria non lo rende *mortis causa*, tant’è che

²⁴ «La divisione ereditaria è, dunque, una vicenda della successione ‘*mortis causa*’; l’insorgenza delle proprietà solitarie sui beni costituenti la porzione divisionale non è effetto di trasferimenti di diritti tra coeredi. Titolo dell’acquisto resta l’accettazione dell’eredità: la divisione non ha un autonomo e diverso titolo», è la netta opinione di C. MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni diretto da Pietro Rescigno*, Padova, 2010, 34.

persino l'accettazione dell'eredità, necessaria per il compimento del fenomeno successorio, è pacificamente considerato un negozio unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale. In pratica, secondo le Sezioni Unite «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».

La divisione ereditaria dovrebbe essere quindi esclusa dal novero degli atti *mortis causa* perché «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 cod. civ.)». E, inoltre, gli effetti della divisione si producono «immediatamente, col mero scambio dei consensi espresso dai condividenti nelle forme di legge» e «il suo contenuto - ossia l'attribuzione di un cespite o di un altro in titolarità esclusiva dipende dalla volontà degli eredi, non da quella del *de cuius*: ciò ne determina, indubbiamente, il carattere di negozio *inter vivos*».

La sensazione che si ricava da questi passaggi del ragionamento è che la Cassazione affronti la questione centrale del distinguo tra atti *inter vivos* e *mortis causa* riguardandola soltanto sotto l'aspetto strutturale e temporale, senza alcuna considerazione per l'elemento funzionale²⁵. Come già nel passaggio in cui prende in considerazione l'argomento letterale²⁶, la Suprema Corte si avvale di rigide ripartizioni concettuali per attribuire maggiore forza persuasiva ad un argomento che, se fosse stato davvero risolutivo, non sarebbe arrivato all'attenzione delle Sezioni Unite.

La linea di demarcazione atti tra vivi/atti a causa di morte è sempre stata, in realtà, piuttosto evanescente e di difficile individuazione, perché fortemente dipendente dal ruolo che si attribuisce all'evento della morte: taluni la considerano un elemento interno dell'atto e da esso inseparabile, in quanto caratteristico della sua funzione²⁷; altri come una *condicio iuris*²⁸

²⁵ E. MIGLIACCIO, *Sulla natura e sugli effetti della divisione*, in *Dir. succ. fam.*, 2020, 155.

²⁶ V. punto 5.4. e 5.4.1. della motivazione.

²⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 310; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, 311.

²⁸ D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1950, 992.

o, comunque, come un vero e proprio elemento costitutivo di quella fattispecie complessa che ha per effetto l'acquisto o la successione *mortis causa*; altri ritengono che la morte sia il presupposto legale dell'atto²⁹; altri ancora, un requisito per l'esistenza del rapporto giuridico che dall'atto origina³⁰. Ma in realtà nessuna di queste qualificazioni è decisiva, né definitivamente chiara: pertanto, più che cercare di ricavare una nozione di atto *mortis causa* in base al ruolo che su di esso gioca l'evento morte, sarebbe forse più opportuno fondarla sul suo contenuto, che consiste nel regolamento di una situazione giuridicamente rilevante solo dopo la morte del suo autore³¹.

In questo senso, allora, risulta riduttivo prendere le mosse dalla qualificazione di atto *mortis causa* semplicemente come di atto in cui la morte del suo autore è l'evento che determina direttamente la produzione degli effetti negoziali. Questo tipo di approccio, infatti, non può soddisfare l'interprete, anche perché portando all'estremo il ragionamento si giungerebbe a conclusioni paradossali, come quella che qualsiasi negozio, persino il testamento, sia estraneo alla nozione di atto *mortis causa*.

A ben guardare, se vogliamo, neanche gli effetti negoziali del testamento, ossia l'acquisto da parte dell'erede della quota di patrimonio che egli intendeva destinargli (individualmente o in comunione con altri o per effetto di una divisione disposta dal testatore) si producono quale conseguenza diretta dell'evento morte, ma solo al momento dell'accettazione da parte del chiamato o dei chiamati: cioè, in conseguenza, di un'espressione di volontà riconducibile non certo al defunto, ma ad un soggetto vivente.

Dovrebbe ricavarsene, allora – a stretto rigore – che nemmeno nel testamento la morte è davvero l'evento che 'di per sé' determina la produzione degli effetti negoziali, dal momento che questi si producono solo in conseguenza dell'espressione della volontà di accettazione

²⁹ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, 110.

³⁰ E. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 44.

³¹ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 232. Successivamente, in senso conforme, tra gli altri: M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 66; F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Vita not.*, 1992, 1414.

dell'erede; dunque, lo stesso fenomeno successorio si compie per un fatto estraneo alla volontà del testatore, potendo egli al limite desiderare che la devoluzione avvenga a favore di uno o di un altro successibile, ma non ha certo il potere di imporre l'acquisto in capo a costoro. Ma, ovviamente, una simile conclusione è inaccettabile: se, nella normativa di riferimento, il legislatore ha specificato che sono assoggettati a nullità solo gli atti 'tra vivi', intendeva per forza di cose preservare la validità di quelli 'a causa di morte' e, dunque, quantomeno il testamento. Cos'altro, sennò?

D'altro canto, a seguire l'impostazione della Cassazione del 2019 e quindi a ritenere che anche lo scioglimento della comunione ereditaria sia un atto *inter vivos*, resta senza senso una parte della disposizione dell'art. 46 t.u. edilizia. Questa precisa che sono nulli, in mancanza degli estremi della concessione ad edificare «gli atti tra vivi» aventi ad oggetto «trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali» e, dunque, almeno un'ipotesi di scioglimento di comunione di diritti reali che sia *mortis causa* e che resta esclusa da nullità dovrà pur esistere, altrimenti la norma si sarebbe limitata a sanzionare di nullità gli atti tra vivi di 'trasferimento' e di 'costituzione' di diritti reali, senza riferirsi anche a quelli di 'scioglimento della comunione'. E, se un caso di scioglimento di comunione *mortis causa* esiste, non potrà che essere lo scioglimento della comunione ereditaria.

Detto altrimenti, se si applica il ragionamento del Supremo Collegio e si parte dal presupposto che il testamento è l'unico negozio a causa di morte riconosciuto nel nostro ordinamento, la disposizione normativa in esame dice che è valido (non è nullo) il testamento che trasferisce un immobile abusivo o che vi costituisce sopra un diritto reale, anche se privo di menzioni urbanistiche; ma in questo modo, resta senza giustificazione la specificazione «atti tra vivi di scioglimento della comunione ereditaria», contenuta nella norma, non potendosi ipotizzare uno scioglimento della comunione ereditaria che avvenga per testamento³².

³² Superfluo specificare che non costituisce un esempio di scioglimento di comunione ereditaria per testamento la *divisio inter liberos* (art. 734 cod. civ.), dal momento che in tal caso la divisione, coincidendo con l'apertura della successione, non scioglie alcuna comunione (G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Padova, 2022, 437).

Per evitare incongruenze interpretative, appare allora doveroso presupporre una nozione di atto *mortis causa* che valorizzi adeguatamente, accanto al dato strutturale, anche la *intentio legis*. Occorre chiedersi: per quale ragione il legislatore ha ritenuto di dover sottrarre alla sanzione della nullità il testamento, quand'anche avente ad oggetto un immobile totalmente abusivo, mentre un atto dispositivo del medesimo immobile compiuto dal *de cuius* in vita sarebbe radicalmente nullo? E, una volta individuata la risposta, applicare il medesimo criterio per l'individuazione di tutti i negozi *mortis causa* che, deve ritenersi, il legislatore intendeva sottrarre alla sanzione.

È piuttosto evidente che la risposta risiede in qualche tratto peculiare della successione ereditaria, che la caratterizza rispetto alla successione di un soggetto ad un altro che sia ancora in vita.

In linea generale, la successione *mortis causa* è il subentro di una persona nella situazione giuridico-patrimoniale di un'altra che sia defunta³³.

Tale sistema di sostituzione soggettiva è concepito per soddisfare svariati interessi: quello del defunto alla destinazione *post mortem* del suo patrimonio; quello dei suoi prossimi congiunti alla trasmissione familiare della ricchezza; quello di carattere economico, politico e sociale alla tutela delle attività produttive in modo che i beni del defunto non diventino *res nullius*; quello dei creditori a non vedere risolte le garanzie a protezione del loro credito. Sussistendo questa vasta gamma di interessi da soddisfare – che risulta del tutto assente nel caso di successione nei rapporti giuridici tra vivi – la successione ereditaria innesca un meccanismo che consente all'erede di essere considerato il continuatore della personalità del defunto³⁴: la morte segna l'apertura

Le stesse Sezioni Unite, nella sentenza in commento, osservano che «carattere precipuo della divisione testamentaria è quello di evitare la comunione ereditaria e dar luogo, piuttosto, ad una successione 'individuale' di ciascun singolo erede. Perciò, alla morte del testatore, neppure sorge una comunione tra gli eredi; non viene a formarsi alcuna situazione di contitolarità del patrimonio ereditario tra i coeredi, bensì direttamente una situazione di titolarità solitaria di ciascun erede».

³³ G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 3; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, 5.

³⁴ «L'erede è il continuatore della personalità giuridica del defunto, e non può non

della successione e quando l'erede accetta la chiamata, si verifica il suo subentro retroattivo nella situazione patrimoniale del *de cuius*, con una saldatura temporale che consente di realizzare appunto un'ideale prosecuzione, quanto più possibile perfetta, tra lui e l'avente causa, tranne che ovviamente per i rapporti basati sull'*intuitus personae*.

In questa prospettiva, si comprende perché il legislatore abbia escluso gli atti dispositivi *mortis causa* dal novero degli atti soggetti alla nullità in base alla normativa di cui all'art. 46 t.u. edilizia. Il subentro di un erede al *de cuius* nella proprietà di un immobile abusivo intende realizzare la prosecuzione, in capo all'erede, della soggettività giuridica del defunto, come se questi non fosse mai morto: non avrebbe senso, pertanto, nella logica del legislatore, rendere invalido un negozio che determina «trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali» in conseguenza della morte di un soggetto, perché deve in tal caso prevalere, su qualunque altra, l'esigenza di dare continuità ai rapporti giuridici, a tutti gli svariati fini di cui si è detto sopra.

D'altro canto, la finalità di scoraggiare l'abusivismo edilizio che, quantomeno indirettamente, è sottesa alla normativa *ex art.* 46 t.u. edilizia non sarebbe più utilmente perseguita colpendo con la sanzione di nullità anche gli atti *mortis causa*; infatti, il subentro dell'erede al defunto rende il primo responsabile delle sanzioni civili dell'abuso commesso dal secondo (della cui soggettività giuridica è – come detto – il continuatore) e ne fa finanche il destinatario dell'eventuale ordine di demolizione che dovesse essere impartito dall'autorità amministrativa competente. In sostanza, quindi, è preservata anche la realizzazione della funzione deterrente prevista *in mente legis*, dato che chiunque abbia in animo di realizzare un abuso edilizio sarebbe scoraggiato sia dall'idea di non potersene personalmente avvantaggiare con atti dispositivi *inter vivos*, sia dalla prospettiva che il proprio successore, a titolo universale o particolare, sarebbe soggetto agli stessi limiti.

essere investito della detta qualità e funzione che proprio ed esclusivamente dal defunto, il quale può farne indicazione nel suo testamento o affidarsi facendola propria - alla designazione che ne fa la legge in assenza di una sua indicazione». Così, G. AZZARITI, *Le successioni*, cit., 3.

Ricapitolando. Non appare produttiva un'interpretazione dell'art. 46 t.u. edilizia che sia basata sulla rigida schematizzazione tra atti *inter vivos* e *mortis causa*, già di per sé piuttosto controversa, ma nel caso anche foriera di conseguenze incongrue. Piuttosto, per cogliere il senso della normativa, anzi che valorizzare esclusivamente il ruolo che la morte gioca sulla volontà negoziale, come fanno le Sezioni Unite, va indagato il senso della opzione legislativa di rendere nulli soltanto gli atti tra vivi e di escludere dalla disciplina sanzionatoria quelli *mortis causa*.

Ebbene, questo tipo di approccio suggerisce, per uniformità di *ratio*, di accostare la divisione ereditaria agli atti *mortis causa* più che a quelli *inter vivos*.

Certo non si può negare che, a stretto rigore, lo scioglimento della comunione ereditaria non sia un atto *mortis causa*: ma questo non lo ha mai sostenuto nessuno, se è vero come è vero che anche le precedenti pronunce di legittimità e merito di segno contrario alla sentenza oggi in esame ne hanno sempre parlato non già come di un negozio *mortis causa*, bensì 'assimilabile' o 'non autonomo' rispetto a quelli, dato che rappresenta l'atto conclusivo della vicenda successoria³⁵.

Piuttosto, se si è correttamente individuata poco sopra la ragione che ha spinto il legislatore a fare salvi gli atti *mortis causa* in senso stretto, non v'è motivo per cui la medesima *ratio* non debba valere ad escludere dalla sanzione della nullità anche gli atti a quelli assimilabili, come lo scioglimento della comunione ereditaria. Infatti, se il passaggio per testamento dell'immobile abusivo dal *de cuius* all'erede è valido, anche senza menzioni urbanistiche, non v'è motivo per cui dovrebbe invece ritenersi nullo l'apporzionamento in natura di quello stesso immobile: lo scioglimento della comunione ereditaria non aggrava la situazione di abuso, né in qualche modo agevola i condividenti che si vedono soltanto assegnare una porzione in natura dell'immobile o l'intero, restando

³⁵ V. nt. 23. Per la verità, anche successivamente alla decisione delle Sezioni Unite che si sta analizzando, v'è stata Cass. sez. II 24 maggio 2021, n. 14105, in *Jus civile*, 2022, 1, 209 ss., con nota di G. ORLANDO, *Divisione ereditaria con conguaglio e comunione legale: gli equivoci di Cass., 24 maggio 2021, n. 14105*, che ha continuato ad affermare la riconducibilità della divisione (nel caso giudiziale e con conguaglio) «all'ambito delle vicende successorie *mortis causa* che hanno dato origine alla comunione ereditaria».

comunque impediti in qualsiasi trasferimento a terzi.

b) *Uniformità di trattamento scioglimento comunione ordinaria/ereditaria*

Le Sezioni Unite ritengono poi di trarre una conferma del loro corretto procedere argomentativo considerando che l'atto di scioglimento della comunione ereditaria non può che essere sottoposto alla medesima sanzione prevista dalla normativa per l'atto di scioglimento della comunione ordinaria, trattandosi di due fenomeni del tutto assimilabili: entrambi i negozi, infatti, pongono fine allo stato di contitolarità su un bene o un complesso di beni attraverso la distribuzione tra i condividenti delle cose comuni in proporzione alle rispettive quote e, sia la divisione ordinaria, sia quella ereditaria, realizzano tale scopo con lo scambio dei consensi espresso nelle forme di legge. In quel momento, dunque, il fenomeno successorio si è già ampiamente esaurito, rappresentando la divisione una vicenda negoziale ad esso successiva e del tutto estranea.

Eppure, lo stesso Supremo Collegio pochi capoversi prima aveva sottolineato la natura incidentale, della comunione ereditaria: in linea con questo presupposto, quindi, avrebbe dovuto adeguatamente valorizzare la circostanza che non sono stati i coeredi ad aver provocato o voluto lo stato di contitolarità, perché facendolo sarebbe stata indotta ad alcune riflessioni.

- È ben diverso se due o più soggetti realizzano volontariamente un immobile abusivo e poi lo dividono tra di loro per goderne separatamente, rispetto al caso in cui due o più coeredi si trovino ad ereditare tale cespite indiviso: non foss'altro che, nel primo caso, si tratta di sanzionare con la nullità un atto stipulato tra gli autori stessi dell'illecito, mentre nel secondo caso il reo è defunto e la nullità della divisione del cespite finisce col colpire solo i suoi eredi, costringendoli ad uno stato di contitolarità che, come noto, il legislatore guarda con sfavore (*Communio est mater rixarum*).

- Proprio perché la comunione incidentale è uno stato di comunione del tutto fortuita, andrebbe apprezzata con minor rigore la volontà degli eredi di scioglierla per risolvere un 'incidente' che non hanno provocato, rispetto alla volontà espressa in sede di scioglimento

di una comunione ordinaria da più soggetti che abbiano voluto sia l'abuso, sia la contitolarità del corpo del reato.

- La funzione deterrente rispetto all'abusivismo può operare rispetto alla divisione ordinaria (*cui prodest* la realizzazione di manufatto abusivo in comunione, se i compartecipi non potranno nemmeno sciogliere la comunione e godere ciascuno della sua porzione in natura?), ma è pressoché inefficace nel caso di scioglimento di una comunione ereditaria, proprio perché non voluta (l'abuso è stato commesso da un reo deceduto, il quale ha potuto godere dell'immobile durante la sua vita e che è indifferente alla sua sorte per il tempo in cui avrà cessato di vivere).

c) L'argomento della divisione civile ai sensi dell'art. 720 cod. civ.

Poco persuasivo è anche il successivo argomento affrontato in sentenza, ossia quello secondo cui l'assimilazione dell'atto di divisione ereditaria ai negozi a causa di morte «condurrebbe a conseguenze incongrue ove, non potendosi addivenire all'assegnazione dei beni ai compartecipi (c.d. divisione 'naturale'), debba farsi luogo alla divisione 'civile' mediante la vendita all'incanto ai sensi dell'art. 720 cod. civ. (ad es., in ragione della indivisibilità dell'immobile). La vendita all'incanto, infatti, quale atto indubbiamente *inter vivos*, sarebbe colpita comunque dalla sanzione della nullità di cui agli artt. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 e 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985; con la conseguenza che risulterebbe consentita (sarebbe cioè esente da nullità) la divisione naturale, mentre sarebbe vietata la divisione civile, con conseguente contraddittorietà ed illogicità del sistema».

In realtà, è stato giustamente osservato come non si tratti propriamente di una contraddizione, semmai di una limitazione del principio, che il legislatore ben poteva discrezionalmente introdurre: cioè, non v'è alcuna contraddizione se, dopo aver stabilito agli artt. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 e 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985 che la divisione ereditaria non è tra gli atti sanzionati di nullità, la legge detti una limitazione di tale principio in un'altra norma, applicando cioè – nel caso previsto dall'art. 720 cod. civ. – la regola opposta; soprattutto se tale diverso trattamento è giustificato dal fatto che nel caso della vendita all'incanto avviene il trasferimento dell'immobile ad un soggetto che è

estraneo alla comunione, mentre la divisione in natura determina la ripartizione dei beni fra i comunisti originari³⁶.

d) L'argomento della 'divisio inter liberos' ex art. 734 cod. civ.

Infine, i Giudici non reputano affatto incongruo che lo scioglimento contrattuale della comunione ereditaria sia nullo, in mancanza delle menzioni urbanistiche, mentre nel caso della *divisio inter liberos* ex art. 734 cod. civ., come da opinione largamente condivisa in dottrina e giurisprudenza, non vi sia assoggettamento alla disciplina dettata dalle disposizioni di cui all'art. 46 t.u. edilizia.

Nelle parole delle Sezioni Unite leggiamo che tale differente trattamento si giustifica in base al fatto che la *ratio* della normativa consiste nel «rendere i diritti reali sugli edifici abusivi 'non negoziabili' con atto tra vivi e, al contempo, di assicurare - a garanzia della certezza e della stabilità dei rapporti giuridici - la loro trasmissibilità *iure hereditatis*». D'altro canto, considerano i giudici del Supremo Collegio, «gli eredi subentrano nella medesima posizione del defunto ed acquistano, perciò, il fabbricato abusivo nel medesimo stato di fatto e di diritto in cui era posseduto dal *de cuius*. È naturale allora che, come il *de cuius* non avrebbe potuto alienare l'immobile abusivo a terzi o dividerlo con l'eventuale comproprietario di esso, così - ove l'edificio abusivo cada in comunione ereditaria - anche i *coheredes* non possano alienare a terzi o dividere tra loro il fabbricato abusivo edificato dal loro dante causa, essendo tale immobile destinato a rimanere in comunione fino a quando non sia sanato (ove possibile) o fino a quando l'abuso edilizio non sia materialmente eliminato».

Più di una riserva può essere levata anche contro questa spiegazione fornita nella sentenza in commento.

■ Innanzitutto, secondo il Supremo Collegio la divisione ereditaria sarebbe soggetta alla nullità di legge, al contrario della divisione operata dal testatore, per una ragione specifica: e cioè perché la legge intende colpire con tale sanzione solo gli atti tra vivi e non anche quelli *mortis causa*; dimenticando che la qualificazione della divisione ereditaria come

³⁶ F. VENOSTA, *Divisione ereditaria e nullità 'urbanistiche'*, in *Milan Law Review*, Milano, 2020, 97.

atto tra vivi è precisamente ciò che doveva essere dimostrato.

- La seconda *ratio* individuata dai giudici può in realtà valere a giustificare una tesi come l'altra: il fine della certezza della trasmissibilità *iure hereditatis*, infatti, non è certo compromesso se l'immobile abusivo è trasferito in comunione, anzi che interamente ad un solo coerede o a più coeredi in quote materiali determinate in natura.

- Il *de cuius* non poteva alienare l'immobile abusivo 'a terzi' e ugualmente ciò è impedito anche ai coeredi comunisti: questo è ragionevole; ma non vale a giustificare anche il divieto per i coeredi di suddividere l'immobile tra di loro in porzioni fisicamente individuate. Anzi, bisognerebbe ritenere che proprio perché al testatore è consentito dividere *inter liberos* l'immobile abusivo, altrettanto possano fare anche i *coheredes* che subentrano nella sua medesima posizione.

Sotto altro aspetto ancora, poi, le Sezioni Unite considerano che quando il testatore, nell'istituire i suoi eredi, individua la quota in natura che intende destinare a ciascuno di loro, neppure sorge uno stato di comunione, ma si realizza un subentro individuale di ciascun successore nella quota di beni in natura specificamente riservatagli. Per questo, secondo il Supremo Collegio, è corretto ascrivere la divisione operata dal testatore agli atti *mortis causa*, scaturendo essa dalla volontà del *de cuius* e producendo i suoi effetti *ipso iure*, con la sua morte; al contrario, la divisione contrattuale scaturisce dalla volontà degli eredi ed è dunque da classificare come atto *inter vivos*.

Ma anche questo passaggio della motivazione appare contraddistinto da un eccesso di schematismo e dalla totale obliterazione del dato funzionale e teleologico; soprattutto non si attribuisce in questo modo alcun peso al disposto dell'art. 757 cod. civ. per effetto del quale, anche se la divisione è contrattuale o giudiziale – e non disposta dal testatore – bisogna 'fingere' che il coerede sia subentrato nei beni componenti la sua quota «come se» una comunione non ci fosse mai stata, proprio quindi come avviene nel caso della *divisio inter liberos*. Ecco che quindi, anche per questa via, emerge come le due fattispecie siano sostanzialmente analoghe e, quindi, ingiustificata la disparità di trattamento.

Sul fraintendimento che ruota attorno all'art. 757 cod. civ. ci si soffermerà subito *funditus*.

6. La retroattività ex art. 757 cod. civ.

L'ultimo argomento di cui le Sezioni Unite si avvalgono per giungere ad affermare l'applicabilità della sanzione della nullità di cui agli artt. 46 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e 40 l. 28 febbraio 1985, n. 47 anche agli atti di scioglimento della comunione ereditaria aventi ad oggetto un edificio abusivo mira a screditare uno dei perni attorno a cui ruota il ragionamento dei sostenitori della tesi opposta.

Come noto, l'art. 757 cod. civ. stabilisce che «Ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per l'acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari».

Si tratta di una previsione originariamente concepita per evitare il verificarsi di un fenomeno successorio fra i compartecipi e scongiurare così un doppio pagamento di tributi sul trasferimento della proprietà: prima, all'atto della successione e poi anche all'atto della divisione³⁷. L'obiettivo fu raggiunto attraverso la scelta legislativa di imporre di considerare il condividente proprietario esclusivo del bene assegnatogli con la divisione fin dal momento dell'apertura della successione, «come se» dopo la morte del *de cuius* non fosse intervenuta, nemmeno temporaneamente, una comunione tra gli eredi.

Sulla scorta di tale norma, una parte della dottrina tradizionale³⁸ e la

³⁷ G. DEJANA, *Concetto e natura del contratto di divisione*, in *Riv. dir. iv.*, 1939, 65; M.R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, Torino, 1998, 121.

³⁸ G. AZZARITI, *La divisione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1997, 467; V.R. CASULLI, voce *Divisione ereditaria*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 53; F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1996, 837; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, 500; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 3 e 161; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1962, 568. Ma l'affermazione della natura dichiarativa (e perciò retroattiva) della divisione era altrettanto autorevolmente negata da P. FORCHIELLI, F. ANGELONI, *Divisione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 2000, 63; C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, Milano, 2000, 486; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Le successioni a causa di morte*, in *Diritto civile*, Torino, 1997, 263; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942, 169; C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, 95. F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento*

prevalente giurisprudenza³⁹ hanno a lungo ritenuto che alla natura dichiarativa dell'atto divisorio si accompagni indefettibilmente l'efficacia retroattiva della divisione, con esclusione di ogni sua efficacia costitutiva o traslativa: e ciò perché, se – come vuole l'art. 757 cod. civ. – ogni condividente non acquista la sua porzione dagli altri, ma direttamente dal *de cuius*, l'atto di scioglimento della comunione ereditaria non immuta la realtà giuridica, perché è 'come se' la comunione non fosse mai esistita. E questo porta i sostenitori della tesi a considerare la divisione un atto *mortis causa* e, quindi, a escludere l'applicabilità del regime delle menzioni urbaniste previsto dalla normativa di riferimento.

Le Sezioni Unite 'smontano' agevolmente tale 'dogma', osservando come sia invece concettualmente errato ritenere che l'efficacia retroattiva della divisione *ex art. 757 cod. civ.* imponga di configurare l'atto divisorio come un negozio meramente dichiarativo: semmai, è vero l'opposto, ossia che l'effetto retroattivo ha senso solo se riferito ad un negozio che modifica la realtà giuridica, mentre non si ataglia al negozio che abbia carattere meramente dichiarativo, non potendo retroagire gli effetti di un atto che si limita a dichiarare o accertare una situazione giuridica già esistente.

Per questa via, il Supremo Collegio giunge all'affermazione, se vogliamo, più dirompente del suo ragionamento, sia pure fatta in via di mero *obiter dictum*, ossia quella secondo cui «lo scioglimento della comunione non accerta o dichiara affatto una situazione giuridica preesistente, ma immuta sostanzialmente la realtà giuridica. Con la divisione, infatti, ogni condividente perde la (com)proprietà di tutti i cespiti costituenti l'asse ereditario e concentra il proprio diritto su uno solo o su alcuni di essi ('*aliquid datum, aliquid retentum*')»; sorgono, dunque, tante proprietà individuali laddove, prima, esisteva una comproprietà: essa, pertanto, sarebbe da annoverarsi «tra gli atti ad efficacia tipicamente

negoziale e la transazione, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 314, nega che la divisione abbia efficacia dichiarativa, essendo dotata semplicemente di retroattività «compatibile con l'efficacia costitutiva propria del negozio, e non con l'accertamento».

³⁹ Cass. 7 novembre 2017, n. 26351; Cass. 5 agosto 2011, n. 17061, in *Vita not.*, 2012, 641 ss.; Cass. 29 marzo 2006, n. 7231; Cass. 24 luglio 2000, n. 9659.

costitutiva e traslativa per i quali la legge n. 47 del 1985 e il d.P.R. n. 380 del 2001 comminano la sanzione della nullità ove abbiano ad oggetto edifici abusivi o parti di essi».

Quest'ultimo argomento può essere condiviso fino ad un certo punto.

Intanto, è solo la giurisprudenza della Cassazione che ha costantemente riaffermato nel tempo, come un 'dogma', la natura dichiarativa della divisione; la dottrina, come già sopra si accennava⁴⁰, ha ampiamente discusso tale postulato⁴¹. E diversi autori hanno rimarcato proprio quanto ora condiviso, nel loro recente *revirement*, anche dalle Sezioni Unite e cioè che la retroattività disposta nell'art. 757 cod. civ. non determina affatto la natura dichiarativa della divisione: infatti, la retroattività degli effetti è un principio eccezionale, che va espressamente sancito dalla legge, mentre la dichiaratività è un principio attinente alla natura del negozio, che non può essere oggetto di espressi riferimenti normativi, perché la descrizione delle conseguenze di un fenomeno giuridico – essendo un *posterius* rispetto alla proposizione legislativa – non è compito del legislatore, ma è attività riservata all'interprete⁴². E l'interprete non può trovare nella norma la qualificazione della natura

⁴⁰ V. nt. 38.

⁴¹ La dichiaratività è sostenuta soprattutto dalla dottrina manualistica: D. BARBERO, *Sistema*, cit., 951 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 2011, 309 ss.; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., 568 ss.; V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994, 1121; M. BESSONE, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1995, 266 ss.; F. GALGANO, *Diritto privato*, cit., 837 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 500 ss.; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1996, 941 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 879 ss.; G. BRANCA, *Comunione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, 345 ss.; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 160; A. MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, 297. Per altri, la divisione è qualificabile come atto traslativo (P. FORCHIELLI, F. ANGELONI, *Divisione*, cit., 22); oppure come una forma di surrogazione reale (A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1958, 372 ss.); o ancora come proprietà incerta (G. BRANCA, *Comunione*, cit., 342 ss.); o come un atto dalla natura complessa con effetto modificativo-traslativo in ordine al regime delle garanzie, ma dichiarativo della titolarità dei singoli beni ereditari (A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, Torino, 1980, 209); o, infine, vi è chi ha ravvisato nella divisione un carattere novativo quale sintesi di due effetti, uno estintivo ed uno costitutivo (C. MIRAGLIA, *Divisione*, cit., 87).

⁴² C. MIRAGLIA, *Divisione*, cit., 95.

giuridica del negozio, perché la legge non esprime mai opinioni, ma solo comandi⁴³: soltanto dall'analisi del complesso delle norme dettate per la disciplina di un certo negozio giuridico si può ricavare, dunque, se esso sia inteso dal legislatore come traslativo o dichiarativo o altro.

Pertanto, così come correttamente scrivono i Giudici, non è lecito ricavare dalla norma dell'art. 757 cod. civ. la dichiaratività del negozio di divisione, ma solo l'eccezionale retrodatazione dei suoi effetti.

Largamente diffusa è anche la tesi, espressa nella sentenza in commento e certamente anch'essa da condividere, dell'incompatibilità concettuale tra accertamento e retroattività⁴⁴: se un determinato negozio non modifica il rapporto giuridico esistente fra le parti, ma lo chiarisce, lo accerta attraverso la specificazione dei suoi elementi incerti o controversi, significa che il risultato dell'accertamento negoziale è coerente con la situazione accertata, per cui non si può parlare di efficacia retroattiva dell'accertamento riguardo alla situazione giuridica precedente⁴⁵.

Il *punctum dolens* del ragionamento si incontra là dove i Giudici desumono due conseguenze che non appaiono coerenti con le esatte premesse: (1) che non potendosi effettivamente desumere dall'art. 757 cod. civ. l'efficacia dichiarativa del negozio divisorio, esso abbia *quindi* un effetto costitutivo, «sostanzialmente traslativo»; (2) che, se dalla norma non può desumersi la natura dichiarativa della divisione ereditaria, tantomeno se ne possa ricavare la natura di atto *mortis causa*.

Non è il caso di addentrarsi qui nella disputa sulla natura del negozio divisorio, sulla quale c'è una letteratura vastissima e una quantità enorme di opinioni diverse, molte delle quali ugualmente persuasive, impossibili

⁴³ F. CARUSI, *Osservazioni in tema di comunione e di efficacia dichiarativa della divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, 372 ss.

⁴⁴ Affermano tale principio, sia pure con differenti sfumature, tra gli altri: F. CARRESI, *Note critiche in tema di accertamento negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, 65 ss.; E. MINOLI, *Contributo alla teoria del negozio divisorio*, Milano, 1950, 9; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, 31; C. MIRAGLIA, *Divisione*, cit., 96; E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 62; M. SESTA, *Comunione di diritti. Scioglimento*, Napoli, 1988, 131.

⁴⁵ G. PAVANINI, *Natura dei giudizi divisorii*, Padova, 1942, 16.

da sintetizzare efficacemente in poche righe⁴⁶. Certo è che, proprio l'evidenza dello sforzo interpretativo profuso da tanti, rende discutibile la sbrigativa conclusione per cui, se non ha natura dichiarativa, allora la divisione non può che avere natura costitutivo-traslativa⁴⁷.

Non può ignorarsi infatti che sussistono varie ragioni di incompatibilità tra negozio divisorio e negozio costitutivo ed è praticamente impossibile superarle con un semplice sillogismo. Basti considerare che l'affermata natura costituiva della divisione implica che, quindi, prima di essa i condividenti non vantassero alcun diritto sulla massa comune.

Ma è complicato immaginarla anche come negozio traslativo, posto che non si ravvisa nella divisione la diversità degli scopi perseguiti dalle parti, ossia la reciprocità o corrispettività delle prestazioni tipica dei negozi di scambio: nella divisione, i condividenti tendono a soddisfare un identico interesse. Del resto, è proprio facendo leva sul fatto che il fenomeno divisorio non è uno strumento di scambio e neppure, più genericamente, uno strumento di circolazione dei beni, ma soltanto mero strumento distributivo, che si è riusciti ad evitarne l'assoggettamento alla tassazione indiretta dei movimenti della ricchezza⁴⁸.

Senza dire, poi, che le situazioni soggettive e oggettive dei condividenti sono qualitativamente uguali fra loro, prima e dopo la divisione, mentre nei contratti traslativi esiste una precisa diversificazione degli effetti rispetto ai partecipanti.

⁴⁶ Per una sintetica ricostruzione v. nt. 41.

⁴⁷ R. QUADRI, *Spunti di riflessione sulla natura della divisione ereditaria (anche alla luce della pronunzia delle Sezioni Unite n. 25021/2019)*, in CNN, Studio n. 28-201/C, 16 ss., sottolinea come appaia limitata la visione delle Sezioni Unite secondo cui la divisione debba necessariamente avere effetti dichiarativi o costitutivi, potendosi anche considerare l'opzione che essa rientri nella categoria del contratto 'regolativo' di rapporti giuridici patrimoniali, destinato cioè a 'modificare' i rapporti giuridici preesistenti dei condividenti.

⁴⁸ P. FORCHIELLI, F. ANGELONI, *Divisione*, cit., 34. Sul trattamento fiscale della divisione, M.R. MORELLI, *La comunione*, cit., 479. Si sostiene l'opportunità di privilegiare in sede fiscale la natura economica dell'atto, più che il suo contenuto giuridico. Rassicura sul fatto che l'arresto delle Sezioni Unite non porti comunque ad un mutamento di regime fiscale anche G. AMADIO, *Divisione ereditaria ed efficacia costitutiva: la fine del dogma della dichiaratività*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 701.

A ben vedere, però, non solo la disputa sulla natura della divisione è irrisolvibile in questa sede, ma probabilmente è anche marginale rispetto al problema che si sta affrontando. Non è affatto detto che dalla qualificazione della divisione come negozio di accertamento, oppure ad effetti costitutivo-traslativi, dipenda la sua natura di atto rispettivamente, *mortis causa* o *inter vivos*: quale che sia la natura degli effetti (dichiarativi, costitutivi, modificativi, traslativi, distributivi, estintivi od altro) della divisione ereditaria, è l'art. 757 cod. civ. che espressamente stabilisce che essi si producano *ex tunc*, in modo che ciascun singolo assegnatario sia «solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota». È la legge stessa, dunque, a collegare l'acquisto del condividente direttamente alla successione e a volere, in ultima analisi, che il trasferimento della quota divisa avvenga dal *de cuius* al coerede condividente e, quindi, *mortis causa*, rendendo così superflua ogni ulteriore questione.

Analogo discorso vale con riferimento a quel passaggio motivazionale in cui il Supremo Collegio afferma che «La divisione [...] dà luogo ad un mutamento della situazione giuridico-patrimoniale del condividente; e tale mutamento, che vale a determinare la natura costitutivo-traslativa dell'atto divisorio, è logicamente precedente ed indipendente rispetto all'effetto retroattivo»: ma, precedente o meno, indipendente o meno che sia, il mutamento della situazione giuridica provocato dallo scioglimento della comunione ereditaria è chiaramente neutralizzato dal disposto dell'art. 757 cod. civ., di modo che resta un mero esercizio accademico, non utile alla risoluzione del contrasto che era stato sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite, interrogarsi sulla natura degli effetti prodotti dall'atto di scioglimento della comunione di diritti reali immobiliari, considerata la prevalenza della *voluntas legis* su qualsiasi valutazione dell'interprete.

Persuade poco anche l'argomentazione delle Sezioni Unite secondo cui, essendo pacifico che «il principio dell'efficacia retroattiva della divisione ereditaria di cui all'art. 757 cod. civ. si applichi anche agli atti di scioglimento della comunione ordinaria (cfr. Cass., Sez. 3, n. 7231 del 29/03/2006; Cass., Sez. 2, n. 17061 del 05/08/2011; Cass., Sez. 2, n. 8315 del 16/08/1990), che indubbiamente sono sottoposti alla

comminatoria di nullità di cui all'art. 46, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001», allora non potrebbe sostenersi «che sia l'efficacia retroattiva della divisione ad imporre di sottrarre gli atti di scioglimento della comunione ereditaria alla medesima comminatoria di nullità».

Anche in questo caso, lo sforzo interpretativo è frustrato dal tenore della norma. Non si tratta di far dipendere l'assoggettamento dell'atto di scioglimento della comunione alla nullità prevista dall'art. 46, cit., in forza della retroattività degli effetti della divisione, ma di attribuire il corretto peso alle prescrizioni di legge. L'art. 757 cod. civ. impone indubbiamente la retroattività degli effetti della divisione, proprio con lo scopo di saldare temporalmente il momento dell'acquisto della quota individuale in capo al singolo con quello immediatamente precedente al costituirsi della comunione, «come se» il condividente «non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni»: questo significa che, allora, l'acquisto in capo al condividente sarà *mortis causa* o *inter vivos* a seconda che sia *mortis causa* o *inter vivos* il titolo d'acquisto della comunione.

Coerentemente, dovrà ritenersi che gli atti di scioglimento della comunione ereditaria restano sottratti alla comminatoria di nullità, mentre vi sono assoggettati gli atti di scioglimento della comunione ordinaria, perché sia la legge n. 47 del 1985, sia il d.P.R. n. 380 del 2001 impongono questa distinzione, peraltro assolutamente ragionevole per quanto si è detto sopra.

7. In conclusione

Le ripercussioni dei principi espressi dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 25021/2019 sono rapidamente emerse, soprattutto quelle conseguenti all'affermazione della costitutività/traslatività del negozio divisorio che ha una portata potenzialmente sovversiva; tant'è che alcune pronunce di legittimità successive hanno dovuto operare una sorta di ridimensionamento della portata del deciso.

È stato ritenuto necessario, ad esempio, precisare che «l'atto divisionale non ha per sé solo, nei confronti dei terzi, forza probante del diritto di proprietà attribuito al condividente», dovendosi in tali casi «necessariamente dimostrare il titolo di acquisto della comunione, in

base al quale il bene è stato attribuito in sede di divisione»⁴⁹. Con l'espressa precisazione che la validità di tale principio non è messa in discussione dal riconoscimento del carattere costitutivo della divisione, operato dalle Sezioni Unite, in quanto esso «deve svolgersi pur sempre nel quadro della retroattività reale che la legge attribuisce eccezionalmente all'atto divisionale, per cui l'acquisto dei singoli condividenti si considera avvenuto al momento iniziale della comunione (art. 757 cod. civ.)».

In pratica, è stato ribadito che, anche dopo il rivoluzionario precedente, non è la divisione il titolo d'acquisto della proprietà, ma bisogna far riferimento al titolo d'acquisto della comunione⁵⁰: se la comunione sorge per effetto dell'accettazione di un'eredità da parte di più chiamati, il titolo d'acquisto è rappresentato dalla successione; se la comunione sorge per l'acquisto di uno o più beni in comune da parte di una pluralità di acquirenti, il titolo d'acquisto della proprietà è proprio questo atto di trasferimento.

Di fronte a questo tipo di precisazioni operate nelle recentissime pronunce citate, diventa veramente difficile sostenere che l'acquisto in capo ai singoli coeredi condividenti avvenga 'tra vivi' e sia dunque soggetto all'obbligo di menzioni urbanistiche: infatti, la saldatura temporale tra l'acquisto della quota in natura in capo al singolo condividente con l'apertura della successione, imposto dall'art. 757 cod. civ. e ribadito anche in questi ultimi pronunciamenti, impone di considerare titolo d'acquisto l'atto successorio (*mortis causa*) e non quello divisorio (*inter vivos*); con tutte le relative conseguenze.

Certo, la giurisprudenza non manca mai di sottolineare come l'inidoneità dell'atto di divisione a fornire la prova della proprietà riguardi soltanto i rapporti tra i condividenti e i terzi e non anche le controversie sulla proprietà tra i condividenti o i loro aventi causa⁵¹: ma

⁴⁹ Cass. sez. I 19 luglio 2022, n. 22661; Cass. sez. VI 14 dicembre 2021, n. 40041.

⁵⁰ Le medesime pronunce precisano anche che si deve escludere che la divisione sia da sola sufficiente a costituire titolo per l'usucapione abbreviata.

⁵¹ Cass. sez. II 18 maggio 1994, n. 4828; Cass. sez. II 18 dicembre 2006, n. 27034; Cass. sez. II 10 marzo 2015, n. 4730; Cass. sez. II 13 giugno 2018, n. 15504.

questo non pare comunque giustificare la conclusione che l'atto divisionale sia da qualificare, nel secondo caso, come atto *inter vivos*.

Infatti, la divisione costituisce un titolo idoneo a rivendicare la proprietà nelle controversie tra i condidenti (o i loro aventi causa) non già perché «ricorra tra loro, quella traslazione che è esclusa dalla natura dell'atto divisionale, bensì perché la divisione, accertando i diritti delle parti nel presupposto di una comunione dei beni divisi, presuppone l'appartenenza dei beni alla comunione»⁵². In pratica, quindi, deve ritenersi che nelle controversie tra coeredi l'atto di divisione sia titolo idoneo a dimostrare la proprietà in forza dell'applicazione di un diverso principio, pacificamente condiviso dalla Cassazione, ossia quello secondo cui l'onere probatorio si attenua in tutti i casi in cui il convenuto non contesti l'originaria appartenenza del bene conteso ad un comune dante causa⁵³. Ma questo non esclude che l'eccezionale retrodatazione dell'acquisto al momento dell'apertura della successione, prescritta dall'art. 757 cod. civ., non valga anche nei rapporti tra i condidenti.

In realtà, le Sezioni Unite non sembrano aver tenuto nel dovuto conto le incongruenze che sarebbero derivate dal loro rivoluzionario modo di interpretare la legge e il difficile coordinamento con altre disposizioni normative.

In materia di pubblicità, ad esempio, si pensi alla trascrizione della divisione avente ad oggetto un bene immobile, disciplinata dall'art. 2646 cod. civ.: il Codice civile tratta il contratto divisorio in una disposizione autonoma, distinta da quella dell'art. 2643 cod. civ. che riguarda la trascrizione dei negozi immobiliari ad effetti traslativi, evidentemente proprio con lo scopo di segnare la diversità della divisione rispetto ai negozi con effetti traslativi.

Anche l'efficacia della trascrizione della divisione non partecipa dei

⁵² Si esprime in questi esatti termini Cass. sez. VI 28 maggio 2020, n. 10067, in *Foro it.*, 2020, 3120, con nota di M. ACONE, *La Cassazione mette fine alla 'strage dei giudizi di divisione' causata dalla indebita applicazione analogica dell'art. 567 c.p.c.*: si noti che la pronuncia è successiva a quella delle Sezioni Unite, anche se non la menziona e, nonostante questo, ribadisce la natura dichiarativa dell'atto di divisione.

⁵³ Cass. sez. II 15 luglio 1971, n. 2311; Cass. sez. II 17 aprile 2009, n. 9303; Cass. sez. II 12 ottobre 2022, n. 29848.

medesimi effetti dettati per gli atti traslativi dall'art. 2644 cod. civ. Quest'ultimo attribuisce alla trascrizione efficacia dirimente del conflitto tra più aventi causa del medesimo dante causa, mentre la *ratio* di fondo della trascrizione del negozio divisorio non risiede nell'esigenza di rendere il negozio opponibile ai terzi, ma solo nella necessità di salvaguardare il cosiddetto principio di continuità delle trascrizioni di cui all'art. 2650 cod. civ.⁵⁴; in coerenza del resto, con quanto poco sopra riferito a proposito della inettitudine dell'atto di divisione a costituire prova della titolarità del diritto verso i terzi.

La verità è che il caso al vaglio delle Sezioni Unite meritava una considerazione meno dogmatica, che facesse emergere dal dato letterale l'autentica *voluntas legis*, senza irrigidimenti, né eccessivi schematismi. È stato opportunamente osservato 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»⁵⁵.

E questo è confermato dal fatto che il sistema sanzionatorio attualmente contenuto negli artt. 46, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e 40, comma 2, l. 28 febbraio 1985 n. 47 era stato originariamente concepito con lo scopo di garantire maggiore certezza ai traffici di immobili e assicurare all'acquirente di un immobile abusivo le necessarie informazioni sull'oggetto della compravendita e sulla sua regolarità.

Se invece si pretende, sia pure con le migliori intenzioni, di attribuirgli

⁵⁴ S. CERVELLI, *Trascrizione ed ipoteca*, Milano, 2002, 90; L. FERRI, P. ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1995, 220; Cass. 25 gennaio 2000, n. 821 in *Giur. it.*, 2000, n.7, 908.

⁵⁵ F. BOCCHINI, *Alienazioni di edifici abusivi: nullità degli atti e pubblicità dei titoli abilitativi*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 632.

una funzione non coerente con quella originaria e lo si vuole adattare ad un utilizzo differente, ossia come strumento per punire il colpevole dell'abuso, possono conseguirne gravi aporie, che rischiano di essere rimedi peggiori della malattia. Basti considerare che l'interpretazione invalsa, impedendo lo scioglimento della comunione sull'immobile abusivo, finisce con il costringere i coeredi a rimanere in comunione: in pratica, una norma di legge crea essa stessa le condizioni per moltiplicare le occasioni di conflitto, anzi che appianarle, in aperta contraddizione con quella che è la funzione stessa del diritto.

Anzi, si potrebbe finanche arrivare a prospettare l'illegittimità costituzionale della normativa così interpretata, sotto il profilo che essa crei un'ingiustificata situazione di aggravio della posizione in cui viene a trovarsi una pluralità di coeredi che subentra nella comproprietà di un immobile totalmente abusivo del *de cuius*, rispetto a quella dell'erede singolo: non è facile, infatti, ravvisare una giustificazione plausibile per cui la semplice circostanza di una chiamata congiunta debba impedire ai condividenti di conseguire la titolarità solitaria dei beni ereditati e costringerla ai disagi di una comunione forzosa, protratta a tempo virtualmente indeterminato, mentre all'opposto l'occorrenza, altrettanto fortuita, di una chiamata individuale escluda tutte queste complicazioni.

ABSTRACT

Con un inaspettato e radicale cambiamento di opinione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza 7 ottobre 2019 n. 25021, hanno stabilito che anche l'atto di scioglimento della comunione ereditaria, come già lo scioglimento della comunione ordinaria, sia nullo in mancanza delle cc.dd. menzioni urbanistiche di cui agli artt. 46, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e 40, comma 2, l. 28 febbraio 1985, n. 47, ossia se dall'atto non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria.

La presa di posizione del Supremo Consesso è tanto più audace in quanto il lungo testo della motivazione tocca alcuni temi fondanti delle

istituzioni del diritto privato, come la classificazione degli atti *inter vivos* e *mortis causa*, la natura dichiarativa o costitutiva dell'atto di scioglimento della comunione, connessa con la retroattività dell'effetto distributivo imposta dall'art. 757 cod. civ. e la possibilità dello scioglimento parziale della comunione ereditaria, per via contrattuale o giudiziale.

La singolarità di un così drastico cambiamento di rotta ad opera del Corte, la quale ha sposato un'opinione mai espressa prima in sede di legittimità senza che vi fosse la necessità di adeguarsi ad una normativa sopravvenuta o ad una giurisprudenza comunitaria frattanto formatasi, andando per giunta ad incidere su argomenti così sostanziali, suggerisce un approfondimento della questione per valutare se le conclusioni raggiunte dal Collegio siano effettivamente condivisibili: a maggior ragione in considerazione del peso sempre maggiore che il precedente di legittimità va assumendo nel nostro ordinamento.

With an unexpected and radical change of mind expressed in the sentence October 7, 2019 n. 25021, the United Sections of the Court of Cassation established that the hereditary division, as well as the ordinary division, is null in the lack of the so-called town planning mentions, according to in articles 46, paragraph 1, Presidential Decree June 6, 2001 n. 380 and 40, paragraph 2, of the law February 29, 1985 n. 47, that means if the contract doesn't contain the data of the license or of the building permit or the data of the permit in amnesty.

The position assumed by the Supreme Assembly is even more audacious considering that the long text of the motivation touches some fundamental themes of the institutions of private law, such as the classification of *inter vivos* and *mortis causa* acts, the declarative or constitutive nature of the division, connected with the retroactivity of the distributive effect imposed by article 757 of the civil code and the possibility of a partial dissolution, contractual or judicial, of the hereditary communion.

The singularity of such a drastic change of course of the Court, which embraced an opinion never expressed before by the jurisprudence of legitimacy, without any need to adapt to a supervening legislation or to a new Community jurisprudence and affecting substantial issues,

suggests an in-depth analysis of the question, in order to assess whether the conclusions reached by the Board are truly acceptable: specially, in consideration of the ever-growing weight that the precedent of legitimacy is assuming in our legal system.

PAROLE CHIAVE

Divisione, comunione, immobili abusivi

Division, communion, buildings illegal

CHIARA FALCONE

Email: cfalcone@unisa.it

