La Nuova Procedura Civile
Direttore Scientifico: Luigi Viola
Rivista scientifica di Diritto Processuale Civile
ISSN 2281-8693
Pubblicazione del 22.7.2020
La Nuova Procedura Civile, 3, 2020
Vice direttore: **Stefano AMORE**

Centro Studi
Diritto Avanzato
Edizioni

Comitato scientifico:
*Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza)- Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) – Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione)* - Paolo **DI MARZIO** *(Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) – Andrea **GIORDANO** (Magistrato della Corte dei Conti) – Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) – Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Francesca **PROIETTI** (Magistrato) – Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) – Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) – Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).*

Divisione ereditaria e nullità urbanistica.

Nota a Cassazione, SS.UU., 7 ottobre 2019 n. 25021.

Articolo di **Andrea CORVAGLIA**[1]

Sommario: 1. Il fatto. – 2. La qualificazione del fatto. – 3. L'orientamento sostenuto dalle Sezioni Unite. – 4. Nullità urbanistica e negozio di divisione: il dato letterale. – 4.1. (segue) Il dato teleologico. – 4.2. (segue) Il principio di diritto. – 5. La divisione ereditaria: atto *inter vivos* o *mortis causa*? – 5.1. La natura della divisione ereditaria. – 5.2. L'effetto retroattivo della divisione ereditaria. – 5.2.1. (segue) L'argomento logico. – 6. La divisione giudiziale. – 6.1. (segue) Argomentazioni e principio di diritto. – 6.2. (segue) La divisione giudiziale parziale.

[1] Dello stesso Autore, si segnala: CORVAGLIA, Less is more: l'interpretazione letterale prevale. Modelli deduttivi e induttivi di giustizia predittiva, in *La Nuova Procedura Civile*, 3, 2020.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

1. Il fatto.

La curatela fallimentare di un imprenditore individuale conviene in giudizio i fratelli germani di quest'ultimo. Oggetto del giudizio è la divisione di un bene immobile in comunione ereditaria, di cui si chiede l'assegnazione della quota o, in alternativa, la vendita e la ripartizione del ricavato. Si tratta di un fabbricato costruito prima degli anni '40, abusivamente sopraelevato tra il 1970 e il 1976.

2. La qualificazione del fatto.

Sulla base delle coordinate temporali del fatto la disciplina delle nullità urbanistiche applicabile sarebbe quella di cui alla L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40. Tale disciplina comporta la nullità degli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici (o a loro parti) dai quali non risultino gli estremi della concessione edilizia o della concessione in sanatoria o ai quali non sia allegata copia della domanda di sanatoria corredata dalla prova del versamento delle prime due rate di oblazione (c.d. "menzioni urbanistiche").
La disciplina è stata successivamente sostituita dall'art. 46 del D.P.R. n. 380 del 2001 (cd. T.U. edilizia). Per ricostruire i principi generali della disciplina occorre quindi tenere conto dell'evoluzione normativa.
Premessi cenni alla disciplina applicabile, il principale problema conoscitivo individuato dall'ordinanza di rimessione riguarda l'inquadramento della divisione ereditaria quale atto *mortis causa* e con efficacia dichiarativa oppure come atto tra vivi autonomo con effetti traslativi.
La prima tesi è supportata dalla giurisprudenza[2]. La seconda tesi è proposta in chiave evolutiva dall'ordinanza di rimessione, sulla base delle critiche avanzate dalla dottrina[3]. Premesso l'inquadramento generale dell'istituto, ci si interroga inoltre sugli strumenti di tutela (convenzionali o giudiziali) esperibili.

3. L'orientamento sostenuto dalle Sezioni Unite.

[2] V. Cass. civ., sez. II, n. 15133 del 2001; Cass. civ., sez. II, n. 630 del 2003; Cass. civ., sez. II, n. 2313 del 2010.
[3] Cass., SS.UU. n. 25021 del 2019, punto 4.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

La Corte di Cassazione ha chiarito i termini della questione aderendo alla tesi evolutiva proposta dall'ordinanza di rimessione, ribaltando l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel tempo. Sono due le principali questioni giuridiche affrontate, che analizzeremo in ordine logico: l'applicabilità della disciplina della nullità urbanistica agli atti di divisione della comunione ereditaria; l'assimilabilità o meno del negozio di divisione della comunione ordinaria con quello di divisione della comunione ereditaria.

4. Nullità urbanistica e negozio di divisione: il dato letterale.

I Giudici di legittimità premettono una breve analisi dell'evoluzione normativa. L'art. 40 della l. n. 47 del 1985 individuava gli atti nulli sulla base del loro oggetto (atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici o loro parti) mentre l'attuale art 46 DPR n. 380 del 2001 li individua sulla base dei loro effetti (trasferimento, costituzione o scioglimento di comunione). Le norme hanno la stessa estensione applicativa pur utilizzando una semantica differente.
In ogni caso, la formula è ampia e generica: sono eccettuati solo gli atti espressamente indicati, secondo il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Sul piano letterale non vi sono quindi motivi per escludere la comminatoria di nullità ai negozi di scioglimento della comunione, a meno che, tenuto conto della nuova disciplina, non si riconosca natura meramente dichiarativa all'atto di divisione.

4.1. (segue) il dato teleologico.

Compravendita, costituzione di usufrutto e scioglimento della comunione costituiscono istituti teleologicamente omogenei. Non vi sono ragioni per disciplinare in modo diverso situazioni simili. Per la Suprema Corte, quindi, se sono da ritenersi nulli i contratti di compravendita e gli atti costitutivi di usufrutto aventi ad oggetto immobili "abusivi", allora devono ritenersi nulli anche i negozi di scioglimento della comunione ancorché ereditaria.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

4.2. (segue) Il principio di diritto.

Sulla base dell'indagine della disciplina urbanistica, la Corte enuncia il seguente principio di diritto: "*Gli atti di scioglimento delle comunioni relativi ad edifici, o a loro parti, sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità prevista dalla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, per gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici realizzati prima della entrata in vigore della L. n. 47 del 1985 dai quali non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ovvero ai quali non sia unita copia della domanda di sanatoria corredata dalla prova del versamento delle prime due rate di oblazione o dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che la costruzione dell'opera è stata iniziata in data anteriore al 1 settembre 1967*".

5. La divisione ereditaria: atto *inter vivos* o *mortis causa*?

La disciplina della cd. nullità urbanistica – in tutte le formulazioni succedutesi nel tempo – si applica agli atti "tra vivi", tra cui rientra sicuramente l'atto di divisione della comunione ordinaria. Va quindi chiarito se la divisione ereditaria condivida la stessa natura di quella ordinaria. L'atto di divisione ereditaria, secondo un orientamento giurisprudenziale, ha natura di atto "*mortis causa*"[4]. La base normativa sarebbe costituita dall'art. 757 c.c. nella misura in cui riconosce effetti retroattivi all'atto di divisione. Aderendo a questa impostazione, ne deriverebbe la natura dichiarativa e non traslativa dell'atto[5].

5.1. La natura della divisione ereditaria.

Premessa una completa ed esaustiva disamina della divisione ereditaria[6], La Suprema Corte ne chiarisce la natura di atto *inter vivos*. I negozi *mortis causa* sono tali nella misura in cui la morte è condizione necessaria e sufficiente alla

[4] V. Cass. civ., Sez. II, n. 15133 del 2001; Cass. civ., sez. II, n. 2313 del 2010.
[5] Cass. civ., sez. II, n. 26351 del 2017.
[6] Cass., SS.UU. n. 25021 del 2019, punto 5.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

produzione dell'effetto giuridico. Nella divisione ereditaria, invece, la morte è un mero presupposto di fatto, il cui effetto immediato è quello di rendere possibile la contitolarità dell'asse ereditario o la divisione disposta dal testatore (art. 734 c.c.). L'effetto divisorio non consegue alla morte ma allo scambio dei consensi dei coeredi nell'ambito del negozio divisorio. La struttura della fattispecie è particolarmente evidente nella misura in cui anche il contenuto del negozio è determinato dalla volontà dei coeredi (che, ad esempio, possono accordarsi sull'attribuzione di un cespite piuttosto che di un altro).
In altre parole, la causa per cui si instaura la comunione (*id est*: la morte) non ne muta né la natura né gli effetti e, di conseguenza, non incide nemmeno sulle caratteristiche del negozio divisorio, che ne può conseguire. Deve quindi concludersi che la divisione ereditaria è assimilabile a quella ordinaria e ne condivide la natura di atto *inter vivos*[7] cui è applicabile la disciplina della cd. nullità urbanistica.

5.2. L'effetto retroattivo della divisione ereditaria.

L'effetto retroattivo della divisione ereditaria (art. 757 c.c.) è uno degli argomenti principali a supporto della tesi che argomenta la natura dichiarativa dell'istituto[8]. Poiché l'attuale art. 46 DPR n. 380 del 2001 si applica solo agli atti di trasferimento, costituzione o scioglimento della comunione, qualora si riconoscesse l'effetto dichiarativo dell'atto di divisione ereditaria, se ne dovrebbe inferire la non sussumibilità nell'art. 46 citato.

5.2.1. (segue) L'argomento logico.

Le Sezioni Unite superano la tesi della natura dichiarativa della divisione ereditaria con una brillante ricostruzione teorica (a tratti implicita) della funzione della retroattività[9].

[7] Cass., SS.UU. n. 25021 del 2019, punto 5.1.
[8] Cass., Sez. II, n. 26351 del 2017; Cass., sez. II, n. 17061 del 2011; Cass., sez. III, n. 7231 del 2006; Cass., sez. II, n. 9659 del 2000.
[9] Cass., SS.UU. n. 25021 del 2019, punto 5.3.2.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

La retroattività è una *fictio iuris* che estende gli effetti di una fattispecie astratta ad una fattispecie concreta non sussumibile nella prima. Ad esempio, se un negozio X produce effetti a partire dal tempo T1, allora tale finzione consente di estenderne gli effetti, a determinate condizioni, a partire dal momento T0 antecedente rispetto a T1. In concreto, Se le norme sul negozio di divisione, nella divisione ordinaria, implicano effetti a partire dal momento dello scambio dei consensi (T1), allora la retroattività prevista in ambito successorio consente di estenderne gli effetti al passato, a partire dall'apertura della successione (T0).
La retroattività – chiarisce implicitamente la Corte – è una finzione, che ha l'effetto di estendere la tipicità degli effetti costitutivi della norma con cui si combina. Lo schema logico postula, quindi, l'esistenza di effetti costitutivi della fattispecie base. Non avrebbe invece senso prevedere la (finzione di) retroattività di un negozio dichiarativo, perché, al contrario, postula effetti (reali) già prodotti da un fatto antecedente all'accertamento.
In conclusione, quindi, deve riconoscersi natura costitutiva alla divisione ereditaria che, di conseguenza, ricade nell'ambito applicativo della nullità urbanistica.

6. La divisione giudiziale.

Completata l'analisi della figura della divisione convenzionale, si pongono i seguenti problemi conoscitivi: se le conclusioni a cui si è pervenuti per la divisione ereditaria convenzionale siano valide anche per la divisione giudiziale; se la divisione giudiziale possa atteggiarsi a divisione parziale, avendo cioè ad oggetto i soli beni immobili validamente trasferibili ovvero, nel caso concreto, quelli legittimamente edificati.

6.1. (segue) Argomentazioni e principio di diritto.

L'argomento pragmatico, addotto dalla Corte a favore della equiparazione tra divisione convenzionale e giudiziaria, sembra decisivo.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

Se la nullità urbanistica si applicasse solo alle divisioni convenzionali e non anche a quelle giudiziarie, sarebbe oltremodo semplice, per i coeredi, eludere l'applicazione di norme imperative, poste a presidio dell'interesse pubblico al governo del territorio, ricorrendo al giudice[10].

Per questo, la Corte ha chiarito che "*Quando sia proposta domanda di scioglimento di una comunione (ordinaria o ereditaria che sia), il giudice non può disporre la divisione che abbia ad oggetto un fabbricato abusivo o parti di esso, in assenza della dichiarazione circa gli estremi della concessione edilizia e degli atti ad essa equipollenti, come richiesti dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e dalla L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, comma 2, costituendo la regolarità edilizia del fabbricato condizione dell'azione ex art. 713 c.c., sotto il profilo della "possibilità giuridica", e non potendo la pronuncia del giudice realizzare un effetto maggiore e diverso rispetto a quello che è consentito alle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale. La mancanza della documentazione attestante la regolarità edilizia dell'edificio e il mancato esame di essa da parte del giudice sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio*".

6.2. La divisione giudiziale parziale.

Nel sistema vige il principio della cd. universalità della divisione ereditaria. La divisione deve comprendere, di regola, tutti i beni dell'asse ereditario. Questo principio non ha una base normativa esplicita ma è ricavabile dalla lettura sistematica delle norme sulla successione ereditaria.

Tuttavia, non si tratta di un principio assoluto e inderogabile. Il negozio di divisione parziale è pienamente valido ed efficace, a condizione che si proceda ad un supplemento di divisione (art. 762 c.c.). A tale condizione, l'omissione di uno o più beni dell'eredità non comporta la nullità della divisione.

Ne deriva che è pacificamente ammessa in giurisprudenza sia la divisione parziale convenzionale che la divisione parziale giudiziale[11]. Deve ritenersi quindi ammissibile la divisione giudiziale parziale dell'asse con esclusione del

[10] Cass., sez. II, n. 15133 del 2001; Cass., sez. II, n. 630 del 003.

[11] Cass., sez. II, n. 6931 del 2016; Cass., sez. II, n. 5869 del 2016; Cass., sez. II, n. 573 del 2011; Cass., sez. II, n. 10220 del 1994.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

fabbricato abusivo: tale esclusione è conforme al disposto del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, comma 2. In questo modo, non sono da ritenersi comminate le nullità ivi previste. In sintesi, la Corte afferma il principio di diritto per cui "*allorquando tra i beni costituenti l'asse ereditario vi siano edifici abusivi, ogni coerede ha diritto, ai sensi all'art. 713 c.c., comma 1, di chiedere e ottenere lo scioglimento giudiziale della comunione ereditaria per l'intero complesso degli altri beni ereditari, con la sola esclusione degli edifici abusivi, anche ove non vi sia il consenso degli altri condividenti*"[12].

www.LaNuovaProceduraCivile.com

[12] Cass., SS.UU. n. 25021 del 2019, punto 6.2.

COORDINATORE Redazionale: Giulio SPINA

Comitato REDAZIONALE INTERNAZIONALE:

Giovanni Alessi, **New York City** (United States of America)
Daria Filippelli, **London** (United Kingdom)
Wylia Parente, **Amsterdam** (Nederland)

Comitato REDAZIONALE NAZIONALE:

Jacopo Maria Abruzzo (**Cosenza**), Danilo Aloe (**Cosenza**), Arcangelo Giuseppe Annunziata (**Bari**), Valentino Aventaggiato (**Lecce**), Paolo Baiocchetti (**l'Aquila**), Elena Bassoli (**Genova**), Eleonora Benin (**Bolzano**), Miriana Bosco (**Bari**), Massimo Brunialti (**Bari**), Elena Bruno (**Napoli**), Triestina Bruno (**Cosenza**), Emma Cappuccio (**Napoli**), Flavio Cassandro (**Roma**), Alessandra Carafa (**L'Aquila**), Silvia Cardarelli (**Avezzano**), Carmen Carlucci (**Taranto**), Laura Carosio (**Genova**), Giovanni M. Casamento (**Roma**), Gianluca Cascella (**Napoli**), Giovanni Cicchitelli (**Cosenza**), Giulia Civiero (**Treviso**), Francesca Colelli (**Roma**), Valeria Conti (**Bergamo**), Cristina Contuzzi (**Matera**), Raffaella Corona (**Roma**), Mariantonietta Crocitto (**Bari**), Paolo F. Cuzzola (**Reggio Calabria**), Giovanni D'Ambrosio (**Napoli**), Ines De Caria (**Vibo Valentia**), Shana Del Latte (**Bari**), Francesco De Leo (**Lecce**), Maria De Pasquale (**Catanzaro**), Anna Del Giudice (**Roma**), Fabrizio Giuseppe Del Rosso (**Bari**), Domenico De Rito (**Roma**), Giovanni De Sanctis (**L'Aquila**), Silvia Di Iorio (**Pescara**), Ilaria Di Punzio (**Viterbo**), Anna Di Stefano (**Reggio Calabria**), Pietro Elia (**Lecce**), Eremita Anna Rosa (**Lecce**), Chiara Fabiani (**Milano**), Addy Ferro (**Roma**), Bruno Fiammella (**Reggio Calabria**), Anna Fittante (**Roma**), Silvia Foiadelli (**Bergamo**), Michele Filippelli (**Cosenza**), Elisa Ghizzi (**Verona**), Tiziana Giudice (**Catania**), Valentina Guzzabocca (**Monza**), Maria Elena Iafolla (**Genova**), Daphne Iannelli (**Vibo Valentia**), Daniele Imbò (**Lecce**), Francesca Imposimato (**Bologna**), Corinne Isoni **(Olbia**), Domenica Leone (**Taranto**), Giuseppe Lisella (**Benevento**), Francesca Locatelli (**Bergamo**), Gianluca Ludovici (**Rieti**), Salvatore Magra (**Catania**), Chiara Medinelli (**Genova**), Paolo M. Storani (**Macerata**), Maximilian Mairov (**Milano**), Damiano Marinelli (**Perugia**), Giuseppe Marino (**Milano**), Rossella Marzullo (**Cosenza**), Stefano Mazzotta (**Roma**), Marco Mecacci (**Firenze**), Alessandra Mei (**Roma**), Giuseppe Donato Nuzzo (**Lecce**), Emanuela Palamà (**Lecce**), Andrea Panzera (**Lecce**), Michele Papalia (**Reggio Calabria**), Enrico Paratore (**Palmi**), Filippo Pistone (**Milano**), Giorgio G. Poli (**Bari**), Andrea Pontecorvo (**Roma**), Giovanni Porcelli (**Bologna**), Carmen Posillipo (**Caserta**), Manuela Rinaldi (**Avezzano**), Antonio Romano (**Matera**), Paolo Russo (**Firenze**), Elena Salemi (**Siracusa**), Diana Salonia (**Siracusa**), Rosangela Santosuosso (**Alessandria**), Jacopo Savi (**Milano**), Pierpaolo Schiattone (**Lecce**), Marco Scialdone (**Roma**), Camilla Serraiotto (**Trieste**), Valentina Siclari (**Reggio Calabria**), Annalisa Spedicato (**Lecce**), Rocchina Staiano (**Salerno**), Emanuele Taddeolini Marangoni (**Brescia**), Luca Tantalo (**Roma**), Marco Tavernese (**Roma**), Ida Tentorio (**Bergamo**), Fabrizio Testa (**Saluzzo**), Paola Todini (**Roma**), Fabrizio Tommasi (**Lecce**), Mauro Tosoni (**Lecco**), Salvatore Trigilia (**Roma**), Annunziata Maria Tropeano (**Vibo Valentia**), Elisabetta Vitone (**Campobasso**), Nicolò Vittoria (**Milano**), Luisa Maria Vivacqua (**Milano**), Alessandro Volpe (**Roma**), Luca Volpe (**Roma**), Giulio Zanardi (**Pavia**).

SEGRETERIA del Comitato Scientifico: Valeria VASAPOLLO

Distribuzione commerciale: ***Edizioni DuePuntoZero***

www.LaNuovaPrimaCasa.com