

# **CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FORLÌ E RIMINI**

***Giornata di studio:***

**“DIALOGHI CON LA GIURISPRUDENZA CIVILE E COMMERCIALE”**

**Forlì, 24 ottobre 2020 – Circolo della Scranna**

**“La divisione ereditaria: effetti dichiarativi o traslativi?”**

(breve commento a Cass. Sez. Unite 7 ottobre 2019 n. 25021)

*Antonio Testa – Notaio in Monza*

## ***Le Premesse***

Il titolo della relazione affidatami è certamente ambizioso. Se, con un semplice intervento convegnistico, potessimo davvero porre fine al dilemma che affetta, direi almeno dal 1942, anno di nascita del nostro nuovo Codice Civile, la natura giuridica della divisione e, in particolar modo, della divisione ereditaria, sarebbe una vittoria priva di qualsiasi precedente. E' ovvio come tanta ambizione non può essere congeniale alla breve relazione cui mi accingo.

Perciò, quello che ho cercato di fare, è una considerazione di alcuni principi, non solo attinenti alla natura giuridica della divisione, coi quali l'operatore giuridico oggi si trova a dovere convivere nel percorso della propria esperienza professionale, e ciò, soprattutto, con l'obiettivo di scoraggiare, quanto più possibile, coloro che, dalle conclusioni della S.C. sul punto, volessero davvero trarre il senso di un'ultima parola nell'identificazione dell'effettiva natura giuridica da riconoscersi alla fattispecie in esame.

La Corte di Cassazione, con una sentenza a Sezioni Unite (Cass. Sez. Unite 7 ottobre 2019 n. 25021), la cui portata interpretativa, dunque, va guardata con il rispetto di un "precedente" dal quale sarà difficile potersi discostare, se non assumendo, con immediatezza, coerenti reazioni ed introducendo dibattiti che portino seco una maggiore razionalità giuridica, diversa da quella discendente da un semplice "obiter

*dictum*”, ha affermato che la divisione non ha natura dichiarativa, come a lungo si è stati abituati a ragionare, ma ha effetti costitutivo-traslativi di diritti.

Invero, da tempo, siamo adusi a fare i conti con una incertezza del diritto che, negli ultimi due decenni è cresciuta esponenzialmente, prima di tutto a causa di un tenore letterale della norma non proprio così chiaro, come quello a cui tradizionalmente il Codice Civile ci aveva abituati.

Il corollario di ciò è che, se un testo letterale di legge può prestarsi ad interpretazioni, a volte perfino antitetiche, nessuno dubita che le interpretazioni di tale testo possano legittimamente rimediare opinioni, del tutto, o parzialmente, contrastanti e discordi.

Non pare che un sistema di tal fatta, possa effettivamente giovare all’utenza, tale intendendosi, non solo il variegato pubblico di operatori legali, ma proprio coloro che, della norma di legge, ne costituiscono i diretti destinatari, ovvero tutti i componenti della comunità sociale.

In tempi in cui i grovigli della Giustizia ed il procrastinarsi di procedure la cui lunghezza è inversamente proporzionale all’immediatezza delle esigenze richieste, dovrebbero rivendicare, prima ancora di una radicale revisione del sistema giudiziario, una legislazione che sia coerente con il principio della tanto agognata semplificazione (la quale non può che basarsi, a sua volta, su due cardini: il basso numero di leggi e la chiarezza espositiva di ciò che la norma intende dettare), accade che, al contrario, l’eccezionale aumento dell’incertezza della norma, sortisca due effetti. Per un verso, l’effetto di riconoscere sempre più importanza, anche nei Paesi di “civil law”, all’intervento giudiziale. Per altro verso, cosa assai pericolosa, una tale incertezza del diritto, induce la P.A., latamente intesa, all’applicazione di una naturale strategia difensiva, laddove essa, a fronte di talune fattispecie attorno alle quali si agitano acque non proprio chiare, legittimamente preoccupata da improvvise inversioni di tendenza giurisprudenziali, come da sanzioni improvvisamente introdotte nei confronti del trattamento di taluni casi giuridico-amministrativi, prima ritenuti del tutto legittimi, giunge ad una giustificata ritrosia nel trattamento di quelle fattispecie, sì da determinare, una paralisi, facilmente immaginabile, di alcuni sistemi.

Detto ciò, è necessario registrare un ulteriore, come dire, “vulnus” che affetta il nostro sistema giuridico ad onta di una chiarezza costituzionale che faceva dell’organo legislativo, di quello esecutivo e di quello giudiziario, sistemi i cui ruoli avrebbero dovuto essere del tutto autonomi, e comunque direzionati verso finalità assolutamente diverse.

Purtroppo, il concetto di “precedente giurisprudenziale”, oggi, non viene più considerato come una semplice opinione giurisprudenziale che, sebbene derivi dai più

alti ranghi della Giustizia, sia da considerarsi solo quale espressione di una opinione tecnico giuridica parametrata esclusivamente alla “giustizia del caso singolo”. Oggi un “precedente giurisprudenziale” viene sistematicamente dotato del ruolo di “interpretazione autentica”. Con la conseguenza che quello che assume forza di legge, non è solo il documento legislativo emanato dal Parlamento, ma altresì le variegata e cangiante conclusioni disposte dalle diverse sedi tribuzionali le quali, troppo spesso, vengono assorbite acriticamente, con esclusione di qualsiasi responsabilità a carico del giudice che avesse dipoi il buon senso di tornare sui propri passi.

D'altro canto, fa eco a cotanta leggerezza, l'analogo superficiale abitudine di sindacare, addomesticare, criticare, accogliere, le conclusioni di questa o quell'altra Corte di Giustizia, attraverso la lettura del semplice dispositivo di una sentenza, senza andare a verificare, in quale contesto, certe conclusioni, abbiano attratto l'attenzione dell'organo giudicante ed abbiano condotto, quest'ultimo, a certe decisioni.

A volte, infatti, certe conclusioni giurisprudenziali, se lette in maniera avulsa dalla “storia” alla quale sono riferite, rischiano di poter essere fraintese e, soprattutto, rischiano di essere interpretate come una sorta di “norma di chiusura”, idonea alla soluzione di qualunque questione attenga quella fattispecie, senza considerare, invece, che, quella tale conclusione, deve riferirsi unicamente alla questione specificamente dibattuta.

Sotto questa ottica non pare affatto secondario considerare come la suesposta conclusione cui giunge la S.C., si inserisca in una questione di abusivismo edilizio di tipo primario.

### *La possibile causa che sta a base delle conclusioni in commento*

Facciamo un passo indietro. Sia il quinto comma dell'ancora vigente testo dell'articolo 40 della L. 47/85, sia lo stesso quinto comma dell'articolo 17 della medesima legge, che oggi trova il suo omologo nell'art. 46 del T.U.E., escludono che la nullità cosiddetta “formale”, derivante dalla omissione delle menzioni prescritte da entrambe le norme da ultimo richiamate, sia applicabile alle divisioni che derivino da procedure giudiziali. Lo fanno esplicitamente, mediante l'esclusione testuale dalla nullità formale derivante dalla omissione delle menzioni prescritte per quanto attiene alle procedure esecutive, ma lo dettano implicitamente anche in merito a qualunque atto dispositivo derivi da un procedimento giudiziale in quanto tra i titoli per i quali vengono richieste le prescritte menzioni urbanistiche, non trovano spazio le sentenze e, più in generale, i provvedimenti giudiziali.

A questo punto, pare opportuno richiamare quanto statuito, appena un anno prima, dalle medesime Sezioni Unite della S.C., in materia di abusivismo edilizio e circolazione di beni immobili. La sentenza Cass. Sez. Unite 22 marzo 2019 n. 8230, si era pronunciata nel senso di individuare, in materia di trasferimento di beni immobili abusivi, la distinzione tra “nullità formale” e “nullità sostanziale”. La prima ascrivibile al fatto che l’atto dispositivo di diritti reali immobiliari fosse mancante delle prescritte menzioni urbanistiche, quali richieste dall’art. 46 del T.U.E. e dall’ancora vigente art. 40 della L. 47/85, la seconda determinantesi a causa della effettiva esistenza di un abuso edilizio, in dipendenza del quale, ad onta di un eventuale titolo dispositivo del bene regolarmente contenente le prescritte (ma false!) menzioni urbanistiche, l’immobile abusivo restava del tutto incommerciabile, sebbene il suo titolo di trasferimento fosse, dal punto di vista formale, del tutto inattaccabile.

Di conseguenza, a seguire quanto sancito in seno alla appena richiamata sentenza del 22 marzo 2019 n. 8230, nel caso di una divisione che sia scaturente dal contesto di una procedura giudiziale, non vi è spazio per dare luogo ad una nullità formale, sebbene, dipoi, l’immobile attribuito in divisione, a seguito della procedura, sia insuscettibile di commerciabilità alcuna in quanto sostanzialmente abusivo. Con una ulteriore conseguenza: che, se la nullità sostanziale, come affermato dalla sentenza da ultimo richiamata, dà luogo, da un lato all’applicazione di norme sanzionatorie di natura amministrativa (che possono giungere fino all’ordine di demolizione) e, dall’altro, nell’ambito privatistico, all’applicazione delle misure risarcitorie civilistiche nel contesto dei rapporti tra dante causa e avente causa, nel campo di una procedura giudiziale, l’eventuale ordinanza di assegnazione di un bene immobile (sostanzialmente) abusivo emessa dal Giudice, esporrebbe l’aggiudicatario all’applicazione della normativa sanzionatoria pubblicistica (in sostanza l’ordine di demolizione), senza possibilità alcuna di ottenere ristoro risarcitorio, a livello privatistico, dall’esecutato.

Il problema, quindi, onde evitare tali conseguenze, diventava quello di attrarre la fattispecie divisoria nell’ambito della stessa specie degli atti di natura traslativa.

Ed, infatti, i Giudici della S.C. cosa fanno? Si pronunciano assumendo una serie di principi perentori che possano indurre a tale conclusione.

In primo luogo, gli Ermellini affermano come la divisione di una comunione ereditaria assuma la natura di “atto tra vivi” (e non a causa di morte) e, pertanto, ad essa deve applicarsi la stessa disciplina dettata per gli atti immobiliari traslativi di diritti reali su beni immobili.

Il secondo principio, naturale e coerente corollario del primo, impone che, alle divisioni di beni immobili, in quanto atto tra vivi, (e perciò, sia in caso di comunione ereditaria, sia in caso di comunione ordinaria), debbano applicarsi le norme sulla regolarità edilizia dei fabbricati “a prescindere dalla data della loro costruzione”.

Il terzo brocardo che la S.C. afferma è che la divisione non ha natura dichiarativa, ma ha natura costitutivo-traslativa di diritti, con ciò superando le conclusioni più tradizionali assunte dalla dottrina del tutto maggioritaria, nonché dalla precedente, pressoché costante, giurisprudenza della Corte medesima.

Infine, si afferma che, alla divisione giudiziale (sia in materia di procedure esecutive individuali, che in sede di procedure concorsuali), non può darsi luogo quando l'oggetto della comunione sia costituito da fabbricati per i quali debba applicarsi, a pena di nullità dell'atto, l'intera normativa, prevista, in materia di regolarità edilizia, per gli atti traslativi di beni immobili.

Alla luce di quanto fatto rilevare, diventa del tutto credibile che la sortita sulla natura non dichiarativa della divisione ereditaria, ma costitutivo-traslativa della stessa, sia nata da una ragione contingente: quella di evitare la possibilità che, attraverso una sentenza di divisione giudiziale, si consentisse l'attrazione di un bene immobile abusivo nel patrimonio esclusivo di uno dei dividendi, in tal modo, di fatto, avallandone la momentanea libera circolazione.

Ora, quanto articolato dalla Corte di Cassazione, merita sicuramente qualche osservazione. Ed, in primo luogo, qualora l'obiettivo fosse stato quello di rivendicare, anche al giudizio divisorio avente ad oggetto la distribuzione di beni immobili tra ex comunisti, l'obbligo prescrizionale delle specifiche menzioni urbanistico-edilizie, sarebbe bastato giungere all'affermazione dell'ultimo dei principi indicati, secondo cui alla divisione giudiziale che comprenda beni immobili, non possa darsi luogo, se non con l'applicazione di tutta la normativa dettata in materia di regolarità edilizia per la traslazione dei beni immobili, senza necessità di andare a scomodare la criticità di un principio generale di diritto, in materia di natura giuridica di una fattispecie, che è questione articolata, complessa ed altamente discutibile, quanto delicata, sì da non potersi concludere con una sorta di “*obiter dictum*” giurisprudenziale.

Ma, ciò che nuoce ad una serena disamina delle conclusioni giurisprudenziali che qui si rappresentano, è certamente il contorto ed arzigogolato andazzo di certe consecutive che gli Ermellini hanno fatto proprie, di fatto palesando, più che un razionale cammino, diretto all'affermazione di un consolidato principio, un improbabile, quanto inutile, arrampicarsi sugli specchi, mediante il quale si giunge, come vedremo in conclusione, fino alla disapplicazione di una norma di legge, ad opera

del potere magistratuale. Il che, mi pare, cozza con i principi essenziali costituzionalmente garantiti della netta separazione tra potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario.

### *La superfluità di certi assunti*

Venendo ad una verifica più attenta dei principi sopra enunciati dalla S.C., è anzitutto evidente come debba mettersi in risalto la dubbia utilità di formalizzare un'attrazione del contratto divisionale ereditario nell'ambito degli atti tra vivi.

Lo sforzo compiuto in tale direzione dai Giudici della S.C. consiste nel dipanare un dubbio, essenzialmente dottrinale, sulla natura, *inter vivos* o *mortis causa*, dell'atto di divisione ereditaria. Ora, se non v'è tema di smentita circa il fatto che la divisione ordinaria, sia un atto tra vivi, qualche perplessità era nata, tra gli studiosi del diritto, circa la natura di "atto *mortis causa*" con riferimento alla divisione ereditaria. Tuttavia dubbi di tal fatta sono stati oggetto di ormai risalenti disquisizioni che oggi possono dirsi del tutto superate.

Se, infatti, è vero che l'atto "*mortis causa*" è costituito dall'attività negoziale che trova il proprio fondamento giuridico, ovvero il proprio presupposto per la produzione dei suoi effetti giuridici, nel decesso di un individuo, è del tutto coerente la conclusione secondo cui la divisione ereditaria costituisca un atto volontaristico privato il quale, pur avendo come presupposto l'esistenza di una comunione ereditaria (la cui causa è la morte di un soggetto), non trova il proprio titolo per lo svolgimento degli effetti che ne derivano, nella morte di un soggetto, ma esclusivamente nella manifestazione volontaristica privata espressa da tutti i coeredi.

Nessuna rilevanza assume, sotto questo aspetto, il fatto che i comunisti di una comunione ereditaria siano, in effetti, soltanto "chiamati all'eredità", e non eredi, fino al momento in cui: o abbiano espressamente accettato l'eredità relitta, oppure abbiano compiuto un atto incompatibile con il non essere eredi del *de cuius* della cui successione si tratti. Lo stesso atto divisionale, costituendo un'attività negoziale incompatibile con il titolo di chiamati, genera, per ciò stesso, accettazione tacita dell'eredità in capo a ciascuno dei dividendi.

Quindi, pur nell'ovvietà di quanto concluso, nessuna critica è possibile fare ai Giudici della S.C. allorché essi affermino come il dato che caratterizza il negozio *mortis causa* è costituito dall'evento morte, l'unico dal quale si determina la produzione degli effetti giuridici del negozio. Al contrario, nella divisione ereditaria, il contratto produce i suoi effetti, a prescindere da un evento connesso all'apertura della successione, ed unicamente legato alla manifestazione volontaristica dei chiamati all'eredità la quale, potrebbe essere anche contraria alla volontà di giungere ad alcun apporzionamento,

qualora tutti decidessero di rimanere in comunione. Di guisa che, rispetto alla morte del soggetto, la divisione succedanea allo stato di comunione a cui, pur il decesso del dante causa ha dato luogo, costituisce una mera "eventualità" a scelta dei comunisti, determinando, nell'ipotesi in cui vi si giunga, esclusivamente un negozio che inerisce la vicenda successoria ma che, da essa, prescinde la causa.

Diversamente è a dirsi per quanto riguarda la divisione operata dal testatore i cui effetti giuridici (ovvero l'attribuzione, a ciascuno dei chiamati, di specifici diritti su singoli beni facenti parte dell'asse ereditario relitto) si producono solo in conseguenza della morte del testatore e non possono prescindere da essa. Le due fattispecie (divisione operata dal testatore e divisione della comunione ereditaria), pur sostenute dalle medesime finalità e pur sortendo i medesimi effetti, trovano presupposti differenti. Nel primo caso, nella produzione degli effetti del testamento che non possono prescindere dalla morte dell'autore, nel secondo caso da un contratto che, trovando la propria ragion d'essere nella libera manifestazione volontaristica privata, rimane un atto "*inter vivos*" in quanto sorretto dalla ordinaria causa divisionale e producente effetto indipendentemente dalla morte del dante causa.

Nemmeno sembra possedere la rilevanza che sarebbe degna di una conclusione giurisprudenziale, decisiva rispetto a certe interpretazioni rimaste, nel tempo, tra le nebbie del dubbio, l'affermazione secondo la quale, in conseguenza dell'avvenuta attribuzione, alla divisione ereditaria, della natura di "atto tra vivi", alla stessa debba applicarsi la medesima disciplina (evidentemente urbanistico-edilizia) prevista per gli atti immobiliari traslativi di diritti reali su beni immobili.

Nessuno infatti può dubitare di un dato testuale. Le norme dettate in materia di formalità necessarie alla validità degli atti inerenti diritti reali immobiliari, con riferimento alla regolarità urbanistico edilizia degli stessi, e segnatamente, sia l'articolo 17, che l'art. 40, della l. 47/85, avevano affermato l'applicazione dell'obbligo delle menzioni urbanistiche anche agli atti di scioglimento della comunione di diritti reali, prescrivendo, a pena di nullità dell'atto, la necessità delle menzioni urbanistiche anche agli atti di divisione. Sicché, con riferimento alla divisione giudiziale (di cui la sentenza si occupa) sarebbe bastato che la conclusione dei Giudici si fermasse ad affermare la necessità dell'applicazione delle menzioni urbanistiche rese necessarie per gli atti traslativi immobiliari, anche nel caso di scioglimento di comunioni che avvengano mediante intervento giudiziale..

Né pare plausibile ritenere che, senza la preventiva affermazione che l'atto di divisione ereditaria si appartenga alla schiera degli atti tra vivi, qualcuno potesse seriamente dubitare della non applicabilità della disciplina formale recata sin dalla legge sul primo condono edilizio agli atti di divisione ereditaria, se non altro sulla scorta della

considerazione che nessuna delle due norme appena richiamate (artt. 17 e 40 l. 47/85) ponevano distinguo di sorta, idonei ad escludere l'ambito delle divisioni di una comunione ereditaria dal novero degli atti per i quali quella disciplina era obbligatoria a pena di nullità.

In più, ciò che desta certa meraviglia è che, secondo quanto sancito dai Giudici della Cassazione, sembrerebbe che l'obbligo di applicazione della disciplina anzidetta discenda dalla natura "inter vivos" dell'atto di divisione. Il costrutto logico pecca certamente di una qualche superficialità, ché, se applicato alla lettera, dovrebbe sortire l'effetto per il quale un atto, in quanto "atto tra vivi", obbliga, per ciò stesso, alle formalità di cui alla legge sull'urbanistica. Il che, invero, non è. E, ad escludere queste estreme conseguenze, basta solo verificare quanti sono gli atti tra vivi che restano, direi naturalmente, sottratti alla appena richiamata disciplina.

### *I dubbi dipendenti dal generico richiamo alle "norme sulla regolarità edilizia dei fabbricati" con riferimento agli atti di divisione*

Come se tutto ciò non fosse ancora sufficiente a comandare l'applicazione delle norme formali, dettate in materia urbanistico-edilizia, ai contratti divisionali (anche con riferimento alle comunioni ereditarie), i Giudici vanno oltre, affermando che << **[a tali atti] devono applicarsi le norme sulla regolarità edilizia dei fabbricati, a prescindere dalla data della loro costruzione.** >>.

La conclusione in parola non lascia evidenti spazi per una esatta comprensione delle categorie di norme che, effettivamente, debbano essere applicate; e ciò, tanto più, se si fa riferimento alla sopra richiamata sentenza delle medesime Sezioni Unite che, nel marzo del 2019, avevano posto il punto tra la categoria della "nullità formale" e quella della "nullità sostanziale", con riferimento agli aspetti urbanistico-edilizi di un immobile.

E' del tutto elementare, in primo luogo, comprendere che la normativa "sulla regolarità edilizia dei fabbricati" costituisce una normativa sostanziale, del tutto avulsa, almeno fino ad oggi, rispetto alla ricevibilità dell'atto notarile e rispetto alla formalità delle menzioni (queste sì obbligatorie) che dovrebbero tutelare la libera commerciabilità dell'immobile, almeno sul piano strettamente notarile della tutela della certezza della circolazione dei diritti. E sembrava proprio questo il risultato cui le medesime S.U. della Cass. erano giunte con la sentenza appena richiamata che ha distinto la questione della *nullità formale* dell'atto dispositivo di diritti, (quando l'atto stesso fosse mancante delle menzioni urbanistiche richieste dall'art. 46 del T.U.E. e dall'art. 40 della l. 47/85, tutt'ora in vigore, con conseguenziale responsabilità



notarile), e la diversa questione, incidente esclusivamente sul piano sanzionatorio amministrativo, nei rapporti tra venditore ed acquirente, dell'incommerciabilità effettiva dell'immobile quando il titolo acquisitivo del diritto, pur contenendo le necessarie menzioni urbanistiche, avesse poi per oggetto un manufatto che, ex post, si fosse rivelato essere "manufatto abusivo". Con ciò, l'organo giudicante supremo, era giunto, per un verso, a sdoganare la normativa sanzionatoria della nullità degli atti mancanti dei riferimenti agli estremi dei titoli abilitativi edilizi, dalla sua presunta natura sostanziale, relegandola ad una nullità meramente formale e, per altro verso, avevano riconosciuto come, dipoi, l'immobile effettivamente abusivo, tale restando in mancanza di provvedimenti determinanti la sanatoria (o la sanabilità del manufatto stesso), restasse del tutto incommerciabile, determinando la nullità dell'avvenuto trasferimento, sotto però un profilo eminentemente sostanziale.

Ora, un richiamo alle "*norme sulla regolarità edilizia dei fabbricati*" è cosa diversa dal precedente richiamo, effettuato nel primo principio introdotto dalla sentenza oggetto del presente commento, sulla necessità di applicare, agli atti divisionali, la "***stessa disciplina dettata per gli atti immobiliari traslativi di diritti reali su beni immobili***". Si comprende, infatti, facilmente come, mentre nel secondo caso, il Notaio si imbatte in una disciplina meramente formale, discutibile per quanto si voglia, anche con riferimento alla certezza del traffico giuridico, ma pur sempre basata su un dato esclusivamente afferente la forma, nel primo caso, ad interpretare fedelmente il contenuto letterale del secondo assunto formulato dai Giudici supremi, l'affermazione secondo cui agli atti divisionali debbasi applicare la disciplina "sulla regolarità edilizia dei fabbricati", lascia notevoli e pericolosi spunti critici sull'operato di quel Notaio che non si sia curato, di verificare, nella sostanza, la rispondenza degli estremi edilizi enunciati in atto, con l'affettiva regolarità edilizia degli immobili oggetto di divisione.

Altrettanto inquietante, senza voler peccare di eccessi di "talebanismo", appare la conclusione giurisprudenziale, sopra riportata, per la quale, sempre la richiamata disciplina sulla regolarità urbanistica dell'immobile, vada applicata, agli atti divisionali, "***a prescindere dalla data della loro costruzione***". E' evidente che una tale affermazione possa determinare la definitiva messa in crisi del disposto per il quale, in relazione agli immobili i cui lavori di costruzione fossero iniziati in data antecedente il giorno 1 settembre 1967, la tutela (ovviamente formale) della piena validità dell'atto, affidata alla mera dichiarazione di parte che ciò avesse affermato in atto, mediante dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, possa essere messa in forte discussione. Se, infatti, il richiamo testuale delle conclusioni giurisprudenziali vanno, almeno con riferimento agli atti di divisione (anche ereditaria) verso la necessità di applicare la disciplina sostanziale (e non formale) dei provvedimenti urbanistici abilitativi, non

essendo, la dichiarazione cosiddetta “ante ‘67”, titolo abilitativo edilizio, essa dovrebbe, ragionevolmente, perdere ogni rilevanza ai fini della piena validità della divisione immobiliare.

### *Il lapidario sbocco cui perviene la Suprema Corte: la natura costitutiva della divisione*

Ma il Supremo Collegio giudicante non si ferma qui. Una volta dimostrato, e non pare che sul punto possano esservi obiezioni seriamente sostenibili, che l’atto di divisione avente ad oggetto cespiti di una comunione formalizzata a seguito della morte del precedente titolare dei beni in comune, sia comunque un atto tra vivi, e non un atto “mortis causa”; una volta affermato che la divisione costituisce atto per il quale la disciplina sulle menzioni urbanistiche richiede espressamente che l’atto, quando avesse per oggetto “trasferimento o costituzione [di diritti reali su beni immobili], o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici o loro parti[...]”, sono sottoposti alla disciplina delle obbligatorie menzioni urbanistiche, la Corte, compie un ulteriore passo dettato, come è probabile, dalla volontà di disporre un approfondimento qualitativo di ciò che fino a quel punto aveva sostenuto in funzione delle conclusioni cui era già pervenuta.

L’assunto, secondo il quale la divisione, non ha natura dichiarativa, ma assume valore traslativo-costitutivo di diritti, appare di una dirompenza eccezionale, se raffrontato, non solo al diffuso convincimento della dottrina per il quale la natura della fattispecie divisionale è dichiarativa, ma altresì se considerato alla stregua della lunghissima tradizione operativa che ha, pressoché da sempre, qualificato l’atto di divisione secondo un carattere che naturalmente veniva considerato “dichiarativo”.

Senza avere la presunzione di calarsi in argomentazioni di teoria generale del diritto per le quali chi scrive è obbligato a declinare qualsiasi capacità accademica, è opportuno fare talune considerazioni che, nella loro elementarietà, non siano suscettibili di critiche di superficialità.

E’ risaputo come la natura dichiarativa della divisione sia stata sostenuta mediante il riferimento alla retroattività degli effetti del negozio divisionale desumibili da una disposizione tipica, quale quella contenuta nell’articolo 757 C.C.

In effetti non pochi studiosi hanno sottolineato come tale riferimento normativo, lungi dal costituire una giustificazione giuridica della natura dichiarativa della divisione, rappresenta esclusivamente una norma disponente solo l’effetto retroattivo della stessa.

Per altro verso sembra difficilmente superabile la tesi di chi, con altrettanto acume, ha affermato che la dichiaratività di una fattispecie è rintracciabile al solo cospetto di un negozio giuridico che non modifica la sostanza di ciò che è, rispetto al quale “status quo”, il negozio in questione assume mera efficacia ricognitiva. Così per il negozio di accertamento, come per quello di identificazione catastale, o, ancora, per quello di riconoscimento di confini o di riconoscimento di debito e, comunque, per tutte le ipotesi nelle quali, l’efficacia dell’atto giuridico, si ferma al piano della mera ipotesi ricognitiva, a vantaggio della certezza di situazioni o, più tecnicamente, di diritti che, altrimenti, rischiano di restare di dubbia titolarità. Ma è proprio quest’ultimo punto il fulcro attorno al quale ruota la sostanza della dichiaratività. Essa non può richiamarsi quando la natura della fattispecie è attributiva di diritti che prima non si avevano. Essa esiste quando la fattispecie, non modificando nella sostanza l’effettiva titolarità di un diritto, è funzionale a dipanare dubbi circa la stessa.

Ricostruita in tali termini la natura della dichiaratività di una fattispecie, è evidente come non possa immaginarsi una piena sovrapposizione tra l’effettiva funzione della divisione e l’assunta dichiaratività della stessa. Se è, infatti, vero che la divisione non è attributiva di un diritto di cui prima non si era titolari, è peraltro altrettanto vero come la divisione apporta una modificazione della situazione giuridico-economica pregressa, sostituendo allo stato di contitolarità indistinta di un diritto su una massa di beni, la titolarità esclusiva di ciascun partecipante su singoli beni, prima costituenti la massa comune. E se ciò avviene con efficacia *ex tunc* (e non *ex nunc*), questa non è dichiaratività della fattispecie, ma semplice retroattività dei suoi effetti.

Pertanto, a sommo parere di chi scrive, deve considerarsi lodevole l’esperienza dottrinale di quanti hanno dedotto dal negozio divisorio, non una natura propriamente dichiarativa, ma una funzione “distributivo-attributiva”. Su quest’ultimo assunto, è tuttavia opportuno chiarirsi le idee, proprio per evitare che ci si trovi logicamente costretti a condividere le medesime conclusioni cui sono giunti i Giudici delle Sezioni Unite con la sentenza in commento.

Sul concetto della funzione *distributiva* ascrivibile alla divisione, non ritengo ci sia molto da dire, dal momento che, attraverso l’operazione divisionale, effettivamente si giunge ad una distribuzione di beni tra tutti i partecipanti all’ex comunione.

Preoccupa di più, sinceramente, il concetto collegato alla funzione “*attributiva*” che, in prima battuta e ad una lettura superficiale, potrebbe portare acqua al mulino di quanto sostenuto dalla S.C., laddove essa ha affermato la natura costitutivo-traslativa della divisione, al contempo, negando, alla stessa, la tradizionale natura dichiarativa.

Tuttavia, la funzione “attributiva” di cui si parla, non può essere letta con l’ottica del negozio costitutivo-traslativo di diritti, dovendosi, quel carattere “attributivo” collegato al negozio divisorio, essere esclusivamente inteso come strettamente funzionale alla “distribuzione” di diritti che è naturalmente connessa alla funzione divisoria.

In altri termini, allorché si riconosca alla divisione la natura “attributiva”, tale carattere non deve essere inteso come una qualificazione della natura del negozio divisorio che sia consequenziale all’acquisizione della titolarità di un diritto, prima inesistente in capo a ciascuno dei dividendi apporzionati mediante il negozio divisorio stesso, sibbene quale funzione, naturalmente discendente dalla distribuzione della massa comune, attraverso la quale si attua la sostituzione, in capo a ciascuno dei partecipanti alla comunione, dell’originario diritto, indistinto ed indiviso sul tutto, esclusivamente quantificato da una quota proporzionale, ideale ed astratta, di un diritto su uno (o più) beni determinati, comunque da sempre facenti parte della massa comune, il cui valore sia tendenzialmente coerente con il valore percentuale di spettanza, sugli ex beni comuni, di ciascuno dei soggetti apporzionati. Sicché, l’affermata funzione “attributiva” della divisione va intesa come funzione direttamente collegata alla distribuzione della massa comune, funzionale ad ufficializzare, non una nuova titolarità di un diritto, che prima il dividendo non aveva, ma solamente l’assunzione di una titolarità esclusiva (e non più condivisa con altri) su singoli e determinati beni.

Si comprende come, giunti a queste conclusioni, non è possibile riconoscere alla divisione, né un effetto costitutivo di diritti (ché, se così fosse, bisognerebbe partire dall’assurdo presupposto per il quale ciascuno dei comunisti siano soggetti avulsi da qualsiasi diritto sulla massa comune e, pertanto, solo titolari di una aspettativa alla costituzione, in capo a ciascuno di essi, di diritti su singoli e specifici beni, prima non vantabili), ma tanto meno, un effetto traslativo, né a titolo gratuito, né a titolo oneroso.

Non il primo perché è fin troppo evidente come, a prescindere dallo spirito di liberalità, manchi l’essenza stessa che caratterizza i negozi a titolo gratuito, ovvero il depauperamento del patrimonio del soggetto disponente, al quale non corrisponda un sacrificio patrimoniale a carico del soggetto beneficiario. Ma nemmeno il secondo, perché gli effetti traslativi onerosi sono rinvenibili solo in presenza di un’operazione negoziale in cui, alla cessione di un diritto, corrisponda un’attività remuneratoria a favore del disponente. Il che, quanto meno con riguardo alla divisione pura (e cioè a quella che prescinde dal pagamento di conguagli), resta cosa estranea alla fattispecie divisionale. Lo scioglimento della comunione (ereditaria, o meno che sia), non conduce ad una titolarità di diritti “solitaria” che trovi il proprio fondamento nell’atto divisionale, ma semplicemente ad una modificazione del regime di titolarità della

massa: prima appartenentesi, indivisamente ed indistintamente, a ciascuno dei comunisti per quote solitarie, ideali ed astratte, e, dipoi, in seguito all'atto divisionale, convertita in una titolarità esclusiva e distinta su singoli beni provenienti dalla massa comune ed attribuiti, in via esclusiva, a ciascuno dei partecipanti.

### *Le rischiose conseguenze derivanti dalla assunta natura costitutivo-traslativa dell'atto di divisione*

E' ovvio come una piena condivisione delle ultime conclusioni giurisprudenziali conduce a necessari corollari del tutto coerenti con la novella natura giuridica attribuita dai Giudici all'atto divisionale.

La prima conseguenza sarebbe costituita dal dover considerare l'atto di divisione, e non il titolo pregresso, costitutivo della comunione, il vero elemento giustificativo della titolarità di un diritto in capo al soggetto attualmente disponente. Pare inutile soffermarsi su tutto ciò che, da questo aspetto, ne discende, a livello di indagini ipocatastali (basti pensare che, se l'atto divisionale ha una data certa che copre il ventennio pregresso, non parrebbe necessaria l'istruzione di ulteriori indagini sui titoli pregressi ante ventennio divisionale!!!), oppure a livello di accertamenti fiscali nell'ambito di una divisione ereditaria (non pare più necessario alcun accertamento sull'effettiva presentazione della dichiarazione di successione da parte degli eredi comunisti!!!), o, ancora, con riferimento al campo dell'effettivo utilizzo di un certo diritto (ad esempio, essendo del tutto estraneo all'ambito negoziale della divisione il recupero ed il riporto di eventuali patti speciali inerenti l'acquisto di un dato immobile facente parte della massa, potrebbe rischiarsi la perdita della rilevanza, per il futuro, di taluni aspetti dell'acquisto pregresso che, non avendo trovato naturale allocazione nella pubblicità immobiliare, finirebbero per rimanere lettera morta e sconosciuta agli aventi causa dal disponente-condividente apporzionato!!!).

In secondo luogo, l'attribuzione al negozio di divisione di una natura costitutivo-traslativa, implicherebbe la necessità (almeno con riferimento alle divisioni ordinarie ma, considerata la novella natura giuridica attribuita alla divisione, che la sdogana dalla successione ereditaria, probabilmente anche per le divisioni conseguenti ad una comunione ereditaria) di coinvolgere nell'apporzionamento anche il coniuge del dividente che si trovasse in comunione legale dei beni.

E tanto più, l'interpretazione conferita dalla giurisprudenza al negozio giuridico divisionale suona come una interpretazione autentica, tanto maggiore dovrebbe essere, in coerenza, il convincimento che tale assunta natura traslativo-costitutiva della divisione non può essere *ex nunc*, ma avere effetti storici retroattivi, con la

conseguenza di dovere considerare i dividendi di qualunque divisione perfezionata anche prima del 7 ottobre 2019, qualora dividendi in comunione legale dei beni col proprio coniuge, soggetti che debbano condividere la titolarità del proprio apportionamento col relativo coniuge!

Ma quello che, sinceramente, è di maggiore preoccupazione è che la conclusione circa l'efficacia traslativo-costitutiva che la divisione assumerebbe, secondo l'interpretazione dell'ultima giurisprudenza qui in commento, possa rappresentare un pericoloso precedente al fine di produrre una sostanziale modificazione del trattamento fiscale e tributario dell'atto di divisione.

Sebbene l'assunto giurisprudenziale assuma un connotato prettamente civilistico (assolutamente distante e distinto da considerazioni fiscali) è noto come l'appetito finanziario dell'Erario, possa condurre ad una inversione di tendenza, non solo attraverso una pratica disapplicazione dell'art. 34 del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 nella parte in cui esso implicitamente (e solo implicitamente, purtroppo!) vedrebbe l'esclusione della tassazione riferita ai trasferimenti solo alle divisioni che non comportino conguagli e alle divisioni che, pur comportando lo scioglimento di masse plurime, abbiano come ultimo titolo una successione ereditaria. Meno che mai, a questo punto, potrebbe assumere una qualche rilevanza, una semplice Circolare (come quella del 29 maggio 2013 n. 18/E, Par. 2 Agenzia delle Entrate), secondo la quale << il legislatore tributario, ai fini dell'imposta di registro, considera la divisione come atto avente natura dichiarativa, sottoponendo questo negozio all'aliquota dell'1%. Una specifica disciplina essendo prevista [...] nel caso in cui l'atto di divisione dia luogo a conguagli. >>.

Ora, se un Giudice di legittimità ha il potere di interpretare in maniera autentica una norma di diritto sostanziale, come quella recata dall'art. 757 C.C., di fatto conducendo ad una inversione di rotta rispetto ad una tradizione giuridica sorretta per anni da dottrina e giurisprudenza, di merito e di legittimità (per tutte, si veda Cass. 7604/2018; 26351/2017; 6942/2013) non si comprende come possa escludersi a priori il rischio che, ad un tram di tal fatta, possa attaccarsi anche l'interprete fiscale, con analogo inversione di tendenza.

Non pare condivisibile, sul punto, quanto affermato da Annarita Lomonaco in un recente studio del C.N.N. portante "Prime riflessioni sulla sentenza della Cassazione SS.UU. 7 ottobre 2019 n. 25.021", laddove l'Autore sembra convalidare l'impossibilità che il legislatore fiscale possa tradurre l'assunto della sentenza in un diverso trattamento tributario dell'atto di divisione, giustificando tale impossibilità attraverso il recupero di un passaggio, pur contenuto nella sentenza che qui si commenta, secondo cui: << Il passaggio dalla contitolarità pro quota dei beni comuni alla titolarità

*esclusiva della porzione, non si traduce in un incremento patrimoniale per il dividente.* >>. Peccato che un passaggio dal tenore letterale testé riportato, rappresenta, a sommosso avviso di chi scrive, una aperta contraddizione in termini con le conclusioni alle quali si è tentato fin qui di obiettare. Se, infatti, a dire dei Giudici di Piazza Cavour, la divisione non ha natura dichiarativa in quanto *dà luogo ad un mutamento della situazione giuridico-patrimoniale del contribuente*, tale assunto fa a pugni con quanto asserito poco prima. Ed è certo che un mutamento (evidentemente incrementativo) patrimoniale non facilmente potrà passare inosservato da un fisco sempre più vorace ed affamato di denaro. Senza contare che l'esclusione di una natura dichiarativa della divisione, a vantaggio di una novella natura costitutivo-traslativa di diritti attribuita alla stessa, rimette in discussione la neutralità, finora riconosciuta, che la divisione ha a livello fiscale in relazione a diversi effetti tributari, quali quelli dipendenti da una rilevanza del tema delle plusvalenze e dell'imposizione I.V.A.

### ***La disapplicazione normativa ad opera del potere giudiziario***

Volendo riprendere, per poi concludere, l'ultimo dei principi sopra enucleati con i quali il Collegio Giudicante si è espresso con la sentenza in commento, non si può proprio considerare marginale l'affermazione secondo la quale il provvedimento del Giudice che disponesse in merito ad una divisione giudiziale, non può essere adottato (sia nella procedura esecutiva individuale, che nella procedura esecutiva concorsuale), se non vi è il rispetto della normativa prescritta, a pena di nullità, per gli atti traslativi di beni immobili in tema di regolarità edilizia dei fabbricati oggetto di divisione.

Non pare che ci sia nulla da dover aggiungere rispetto ad una palese verifica di disapplicazione, in via giurisprudenziale, di una legge. Qui non si tratta di avere interpretato una norma, ma di avere concluso un procedimento il quale, partendo da una inusitata nuova interpretazione della natura giuridica di una certa fattispecie, la divisione appunto, si conclude con l'abrogazione, di fatto, di una disposizione civilistico-amministrativa, in quanto non più coerente con il presupposto interpretativo della fattispecie a cui quella norma fa riferimento.

E' vero che, come da qualcuno già sostenuto, al fine di salvaguardare la costituzionalità dell'intervento magistratuale, la sentenza in commento non altererebbe minimamente il costruito della norma di cui al quinto comma dell'art. 46 del T.U. sull'Edilizia, in quanto, un conto è il riferimento letterale contenuto nella norma appena richiamata che si riferisce << ai trasferimenti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali [...] >>, e altra cosa è il riferimento al giudizio divisorio, sul

quale effettivamente i Giudici estensori della sentenza 25.021/2019 si sono, invece, espressi.

Ma è pur vero che tale obiezione fa acqua da tutte le parti. In primo luogo perché, se è vero che la norma si riferisce ai trasferimenti derivanti da procedure esecutive, è altrettanto lapalissiano che la divisione giudiziale costituisce parte del procedimento esecutivo (almeno quando la vicenda coinvolge anche aspetti divisionali) e non può considerarsi avulsa da quella. In secondo luogo, perché è proprio la divisione a costituire, nell'ambito di una procedura in cui essa debba intervenire, il presupposto logico-giuridico dell'assegnazione e quindi del trasferimento derivante dalla procedura stessa. Infine, perfino se si accettano le conclusioni fin qui criticate, secondo cui la divisione, lungi dall'aver efficacia dichiarativa, assume efficacia traslativo-costitutiva, l'assunto per il quale il giudice dell'esecuzione non potrebbe adottare provvedimenti dispositivi di una divisione giudiziale, in assenza della possibilità di riportare, nel provvedimento, le obbligatorie menzioni urbanistiche previste per gli atti di trasferimento immobiliare, suona ancora più assurdo nel quadro, lo si ribadisce, della disapplicazione, ad opera di una sentenza giudiziale, di una chiara (una volta tanto!) disposizione di legge sulla quale, fino a ieri, non potevano esserci temi di smentita.

E' chiaro come si possa, e anzi, si debba condividere l'assunto, pur sostenuto nel corpo della sentenza, secondo cui: << l'ordinamento giuridico non può consentire che le parti, attraverso il ricorso al giudice, conseguano un effetto giuridico ad esse precluso per via negoziale, così aggirando il complesso sistema di sanzioni posto a tutela dell'ordinato assetto del territorio; >>. Ma tale assunto pare inutilmente ribadito. Il caso sotto esame non è quello di una semplice divisione giudiziale, per la quale nessuna norma esclude la necessaria applicazione delle norme edilizio-urbanistiche dettate per lo scioglimento, in via negoziale, di una comunione, ma è quello di una "speciale" divisione giudiziale che, inserendosi nell'ambito di una procedura esecutiva, quale presupposto dell'esito finale della stessa, non può che richiamare le norme di cui agli articoli 46, comma 5 del D.P.R. 380/2001 e 40, commi 5 e 6 della l. 47/85, la cui eccezionalità, sebbene contestabile, promana pur sempre da una chiara volontà legislativa rispetto alla quale, l'assunta democrazia del sistema politico-costituzionale del nostro Paese, non dovrebbe lasciare spazio ad una disapplicazione normativa da parte di un potere, quello magistratuale, che è costituzionalmente distinto e diverso dal potere legislativo.



