

PRIME RIFLESSIONI SULLA SENTENZA DELLA CASSAZIONE SS. UU. 7 OTTOBRE 2019 N. 25021

Leo Mauro, Lomonaco Annarita, Fabiani Ernesto, Piccolo Luisa

UFFICIO STUDI

Prime riflessioni sulla sentenza della Cassazione SS. UU. 7 ottobre 2019 n. 25021

I - Le Sezioni Unite su divisione ereditaria e disciplina urbanistica (Mauro Leo)

La Corte di Cassazione, con la sentenza a Sezioni Unite del 7 ottobre 2019 n. 25021, ha sancito che gli atti di scioglimento della comunione ereditaria relativi ad edifici, o a loro parti, sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità prevista dall'art. 46, comma 1, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dall'art. 40 comma 2, della legge n. 47 del 1985.

Nel lungo *iter* argomentativo, funzionale all'affermazione di tale principio, i giudici hanno definito la natura giuridica della divisione ereditaria, ritenendo che la stessa:

- a. abbia natura di atto *inter vivos* e non *mortis causa*, non ponendosi lo scioglimento della comunione ereditaria quale atto conclusivo del fenomeno successorio bensì assumendo autonoma rilevanza rispetto allo stesso;
- b. produca un effetto costitutivo, sostanzialmente traslativo, poiché con la divisione ogni condividente *perde la (comp)roprietà sul tutto (che prima aveva) e correlativamente acquista la proprietà individuale ed esclusiva sui beni a lui assegnati (che prima non aveva)*.

La pronuncia non viene resa per comporre un contrasto tra le Sezioni semplici della Cassazione ma, secondo quanto stabilito dall'art. 374 c.p.c., per risolvere una questione di massima di particolare importanza. In materia di divisione ereditaria, invero, sussisteva un orientamento consolidato a partire dagli anni cinquanta oggi avversato dalle Sezioni Unite anche ribadito per fattispecie estranee alla materia urbanistica[1].

Fino alla pronuncia in esame era *ius receptum* della Cassazione che la divisione ereditaria, pur attuandosi dopo la morte del *de cuius*, costituisse l'evento terminale della vicenda successoria e, quindi, rispetto a questa non potesse considerarsi autonoma, ovvero che essa avesse natura dichiarativa, non costitutiva. Conseguentemente, ai sensi dell'art. 757 cod. civ., ciascun coerede, dopo la formazione delle porzioni e la determinazione dei beni componenti le singole quote, subentrava soltanto nei rapporti giuridici relativi ai beni compresi nella quota a lui attribuita. O ancora che lo scioglimento della comunione ereditaria con assegnazione di un bene ad un condividente non fosse qualificabile come atto di alienazione e, quindi, non violasse il relativo divieto imposto dal testatore, in quanto l'effetto dichiarativo-retroattivo della divisione rende ogni comproprietario titolare di quanto attribuitogli fin dall'epoca di apertura della successione.

1. Posizione del notariato.

Non appare chiaramente individuabile, in assenza di un contrasto delle sezioni semplici, su quale aspetto vertesse la particolare importanza ravvisata e posta a fondamento dell'Ordinanza di rimessione (16 ottobre 2018 n. 25836) alle SS. UU.

Non sar stata certo lesigenza di porre un argine alla disapplicazione, pi o meno generalizzata, della disciplina urbanistica in sede di scioglimento delle comunioni ereditarie, laddove si consideri che sull'applicabilit alla divisione ereditaria delle menzioni urbanistiche, il notariato ha da sempre condiviso i principi oggi sanciti dalle Sezioni Unite. Gi nelle Prime note diffuse a seguito della legge n. 47/1985 [2] ed anche nei successivi Criteri applicativi[3] si legge infatti che

sono colpiti da nullit gli atti . di scioglimento della comunione di diritti reali e quindi qualunque ipotesi divisionale che abbia ad oggetto immobili "abusivi", sia che la comunione nasca da atti fra vivi, sia da atti mortis causa.

A quanto consta peraltro la prassi notarile si sempre attenuta a tale indirizzo, anche dopo le sentenze della Cassazione - richiamate dalla pronuncia odierna[4] che pure escludevano la divisione ereditaria dal perimetro delle norme urbanistiche interpretate.

Si ha quasi la sensazione che le Sezioni Unite, pi che sulla questione urbanistica, abbiano inteso prendere posizione e procedere ad una (ri)qualificazione teorica della divisione ereditaria, tema questo finora prevalentemente confinato nell'ambito del dibattito dottrinale, dove nato ed stato variamente declinato[5].

2. Liter argomentativo della pronuncia.

a) *Lo scioglimento della comunione ereditaria quale atto inter vivos.* Le Sezioni Unite hanno ritenuto di assoggettare lo scioglimento della comunione ereditaria agli articoli 40 L. 47/1985 e 46 D.P.R. n. 380 /2001, affermando che i presupposti applicativi della disciplina contemplati dalle due norme, siano estensibili anche alla fattispecie al vaglio.

A ci giungono innanzitutto ritenendo che lo scioglimento della comunione ereditaria sia da qualificare quale atto *inter vivos* e non *mortis causa*, cos da includerlo nell'*incipit* del precetto normativo degli artt. 40 e 46 citati (Gli atti tra vivi...).

Attraverso l'interpretazione letterale e teleologica delle norme urbanistiche, non perfettamente coincidenti, ma contemplanti entrambe la divisione ereditaria tra gli atti tra vivi, la Corte afferma in particolare, che nulla autorizza a ritenere quanto segue:

- che la sanzione della nullit ex art. 40 co. 2 L. 47/1985 abbia un ambito oggettivo diverso da quella dell'art. 46 co. 1,
- che lo scioglimento della comunione ereditaria non sia contemplata nel perimetro dell'art. 40,
- che il legislatore abbia introdotto un regime circolatorio differenziato per gli immobili abusivi oggetto delle divisioni ereditarie, a seconda che siano stati realizzati prima o dopo il 17 marzo 1985.

La natura di atto *inter vivos* dello scioglimento della comunione ereditaria, dimostrata poi confutando i medesimi argomenti posti a base dei precedenti arresti giurisprudenziali che avevano invece ritenuto di attribuire a tale atto la natura di atto *mortis causa*, non autonomo rispetto alla vicenda successoria.

Le SS.UU. ricordano che il dato caratterizzante dei negozi *mortis causa* costituito dalla morte del *de cuius*, evento che determina la produzione degli effetti giuridici; il contratto di divisione ereditaria

produce invece i suoi effetti indipendentemente da tale evento, essendo posto in essere dai coeredi dividendi: ci lo caratterizza senz'altro come atto tra vivi.

In quest'ottica il contratto di scioglimento della comunione ereditaria (incidentale) non differisce in nulla dal negozio con il quale i comunisti procedono allo scioglimento della comunione ordinaria; quanto alla natura, essendo entrambi contratti plurilaterali ad effetti reali con funzione distributiva, quanto agli effetti, essendo entrambi negozi ad effetti reali che determinano la cessazione dello stato di contitolari rispetto ad uno o pi beni.

Con le accettazioni dell'eredità da parte dei coeredi il fenomeno successorio si esaurisce, secondo la Corte, sicché rispetto ad esso sono estranee le vicende negoziali successive come appunto la divisione. Ne emerge così la critica all'affermazione che l'atto di scioglimento della comunione ereditaria sia un atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria della quale costituirebbe l'evento terminale.

La divisione della comunione ereditaria non costituisce necessariamente l'evento della successione *mortis causa* ma una mera eventualità, ben potendo infatti gli eredi decidere di restare in comunione. Inoltre il fatto che un negozio si inserisca nella vicenda successoria non implica affatto che esso debba essere qualificato *mortis causa*.

Altro argomento non condiviso dalle SS. UU. quello che fa leva sulla ritenuta omogeneità tra la divisione ereditaria e la divisione operata dal testatore (art. 734 cod. civ.).

Poiché infatti a quest'ultima figura si ritengono pacificamente non applicabili gli articoli 40 e 46 citati, verrebbe a crearsi un'ingiustificata disparità di trattamento tra le due figure di divisione.

Le SS. UU. obiettano che l'omogeneità tra le due figure deve essere limitata al solo profilo funzionale dell'apportionamento dei beni tra gli eredi, che nell'ipotesi dell'art. 734 cod. civ. avviene mediante le disposizioni testamentarie mentre nell'ipotesi della divisione ereditaria si verifica mediante contratto. Tale aspetto per non determina una parificazione degli atti giuridici che producono il medesimo risultato.

Mentre infatti la divisione ereditaria posta in essere mediante un atto *inter vivos*, che scaturisce dalla volontà degli eredi, la divisione testamentaria ex art. 734 cod. civ. posta in essere attraverso un atto *mortis causa* che scaturisce dalla volontà del *de cuius* e produce i suoi effetti *ipso iure*. Del resto, si aggiunge, poiché la finalità delle norme urbanistiche *de quibus* quella di rendere i diritti reali sugli edifici abusivi non negoziabili, ne discende che così come il testatore non poteva - quando era in vita trasferire o dividere il bene abusivo, così anche i coeredi non potrebbero alienare o dividere i beni ereditari.

b) *Il negozio di scioglimento della comunione ereditaria quale atto traslativo.* Altro argomento confutato dalla pronuncia in esame, ricorrente nell'orientamento giurisprudenziale (e dottrinale) fino ad oggi consolidato, quello basato sull'efficacia retroattiva della divisione.

L'impostazione tradizionale ritiene che l'effetto attributivo debba ricollegarsi alla vicenda ereditaria. L'art. 757 cod. civ. sancisce infatti che i coeredi devono reputarsi proprietari esclusivi fin dall'apertura della successione, e quindi come se non vi fosse mai stata una comunione tra gli stessi. Direttamente dalla posizione giuridica del *de cuius*, quindi, che deriva la titolarità esclusiva dei coeredi dividendi, e non invece dal negozio divisorio. Corollario di tale impostazione che la divisione ha natura meramente dichiarativa, caratterizzata da efficacia retroattiva, con esclusione di ogni efficacia costitutiva e traslativa derivante dal contratto divisorio.

Le Sezioni Unite rigettano anche tale argomento che ritengono basato sul dogma della retroattività e dichiaratività del negozio divisorio.

Partendo dalla nozione di retroattività degli atti giuridici in generale, i giudici sottolineano che tale fenomeno si accompagna sempre agli effetti costitutivi dell'atto stesso, evidenziando che non possono

retroagire gli effetti di un atto che si limita a dichiarare o accertare una situazione giuridica già esistente. Retroagirebbero, invece, solo gli effetti di un atto destinato a cambiare (immutare) la realtà giuridica, come avviene con la sentenza che risolve o annulla il contratto, produttiva di effetti costitutivi e non con quella che accerta la nullità del negozio che avrebbe effetti retroattivi.

Gli effetti retroattivi sarebbero propri, quindi, del negozio divisorio ma nell'accezione accolta dalle Sezioni Unite, secondo le quali in tale fenomeno sarebbe insito un effetto costitutivo, sostanzialmente traslativo: con la divisione ogni dividendo perde la (com)proprietà sul tutto (che prima aveva) e correlativamente acquista la proprietà individuale ed esclusiva sui beni a lui assegnati (che prima non aveva). In questo caso sorgono dunque tante proprietà individuali laddove, prima, esisteva una proprietà.

Le Sezioni Unite, in sostanza, non negano che la divisione ereditaria abbia effetti retroattivi, ma escludono che essa abbia natura dichiarativa o comunque accertativa, derivando invece proprio dalla retroattività la portata costitutiva (lo scioglimento della comunione), attributiva e distributiva.

I giudici relegano la retroattività della divisione ad un profilo esclusivamente economico, ed assimilano sul piano effettuale l'acquisto che il partecipante consegue tramite la divisione a quello che egli potrebbe ottenere nel caso in cui acquistasse la proprietà esclusiva dello stesso cespite, in virtù di un normale negozio traslativo (ad es. compravendita), per volontà unanime dei coeredi.

3. Portata della sentenza.

Una lettura a caldo della sentenza n. 25021/2019 e il limitato spazio a disposizione, rendono opportuno tralasciare ogni valutazione ed indagine sulle ragioni che hanno indotto il Supremo Collegio ad abbandonare un orientamento giurisprudenziale uniforme, applicato da oltre sessant'anni in numerosissime decisioni (anche estranee alla materia urbanistica).

In un'ottica notarile possibile per in questa sede segnalare alcune incertezze interpretative, a fronte delle quali, in ogni caso, appare ragionevole assumere un atteggiamento equilibrato e allo stesso tempo prudente, senza che la nuova ricostruzione teorica dall'istituto operata dalle SS. UU. spinga i notai ad un immediato mutamento delle prassi operative, almeno fino a quando non si registreranno ulteriori pronunce che ne facciano o meno applicazione.

a) *La rilevanza della decisione in esame quale precedente.* In quest'ottica deve essere ricordato che nel sistema giuridico italiano la rilevanza del precedente giurisprudenziale assume un ruolo e una portata vincolante diverso dai sistemi di *common law*.

Occorre chiedersi se la decisione sia o meno destinata a costituire un precedente vincolante per il notaio, anche per fattispecie giuridiche analoghe a quella decisa, al pari del giudice, chiamato successivamente a pronunciarsi su casi analoghi a quello del precedente[6].

Il precedente può avere effetti persuasivi di varia natura e di diversa intensità, lungo una scala che va da un grado massimo, in cui esso crea un vero e proprio obbligo per il giudice successivo di applicare la stessa *ratio decidendi*, sino ad un grado minimo, in cui ha un'efficacia soltanto illustrativa, ossia costituisce solo un esempio di una possibile decisione [7].

Proprio su questo punto la Cassazione, in relazione alla responsabilità civile del magistrato, ha stabilito che la decisione del giudice difforme da precedenti orientamenti della giurisprudenza, non integra grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, fonte di responsabilità ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. a), della l. n. 117 del 1988 (nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 18 del

2015), atteso che il precedente giurisprudenziale, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni Unite, e quindi anche se diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto e, pertanto, non di norma vincolante per il giudice (Cass. S.U. 3 maggio 2019 n. 11747) [8].

Sembrerebbe quindi che una decisione, per quanto dotata di una forza persuasiva anche molto rilevante, possa assurgere a precedente la cui vincolatività debba tuttavia essere circoscritta alle circostanze specifiche del singolo caso concreto e non sia estensibile ad altre fattispecie.

Deve essere quindi saggiamente considerato se la ricostruzione della natura giuridica della divisione ereditaria, come prospettata dal Supremo Collegio, rilevi in termini generali ovvero se quella ricostruzione debba intendersi circoscritta alla materia urbanistica, così come risultante dai principi di diritto enunciati. L'adesione alla prima opzione porterebbe, all'evidenza, la necessità di riconsiderare una molteplicità di interpretazioni di istituti e fenomeni poggianti sulla precedente ricostruzione della divisione ereditaria quale negozio retroattivo e dichiarativo.

b) Persuasività o meno delle argomentazioni e confutazioni di teoria generale del diritto utilizzate dalle SS.UU.

Indubbio che la persuasività del precedente giurisprudenziale riposa, oltre che sull'autorevolezza del Consesso che l'ha pronunciato, anche sulla solidità delle argomentazioni prospettate.

In quest'ottica, guardando alla sentenza in esame, da alcuni passaggi della motivazione sembra trasparire a parere di chi scrive - un certo margine di incertezza in ordine alle argomentazioni e confutazioni di teoria generale del diritto utilizzate.

Così, in via esemplificativa, per arrivare a sostenere che la divisione abbia natura traslativa, nel punto 5.3.1 della sentenza le SS. UU. sanciscono il parallelo tra retroattività e costitutività degli effetti degli atti, precisando che non possono retroagire gli effetti dell'atto che non mutano la realtà giuridica. Poiché la divisione ereditaria modificando la situazione giuridica preesistente costitutiva e non dichiarativa produrrebbe effetti retroattivi.

Questo uno dei passaggi più oscuri della motivazione, ove si consideri che la stessa nozione di retroattività stata autorevolmente considerata una stranezza che ha suscitato e suscita contrasti interminabili [9].

Infatti diffuso convincimento degli interpreti che la retroattività degli effetti di un negozio si ricolleghi al carattere dichiarativo e non costitutivo dello stesso. Ad esempio, con riferimento al negozio di transazione, sulla cui natura costitutiva vi è generale consenso, si trova affermato che la natura costitutiva della transazione, oggi condivisa in dottrina e in giurisprudenza, rende non più predicabile una efficacia retroattiva di essa, ipotesi che era invece ritenuta ammissibile sotto il prevalente codice da coloro che attribuivano efficacia meramente dichiarativa alla transazione. Si ritiene quindi oggi che la transazione non sia retroattiva in senso tecnico [10].

Le SS. UU. fanno discendere l'effetto traslativo della divisione ereditaria, dalla costitutività del negozio divisorio, con il quale si attua il passaggio dalla comproprietà alla proprietà singola in capo al coerede. Il comproprietario, per effetto della divisione, diverrebbe titolare della proprietà individuale sui beni attribuiti, non diversamente da quanto avverrebbe se il cespite fosse stato acquistato dagli altri dividendi con una normale compravendita.

Ci sembra stridere con la scelta del legislatore operata nell'art. 757 cod. civ., di caratterizzare la divisione come atto non traslativo tra i dividendi.

La ricostruzione delle SS. UU. deve essere quindi attentamente vagliata per comprendere come la divisione ereditaria possa determinare un effetto traslativo assimilabile a quello della compravendita

(così le SS.UU.), se si considera che quell'effetto proprio dei negozi di attribuzione patrimoniale onerosi, nei quali all'attribuzione in favore di un soggetto fa riscontro un'attribuzione a carico dello stesso [11], fenomeno che la sentenza riconduce ad un piano puramente economico.

Lo stesso provvedimento al vaglio, dall'altra parte, a far dubitare che il mutamento della situazione giuridica in capo al condividente venga determinato dal negozio divisorio. Sia quando afferma che la *vis retroactiva* opera, tuttavia, solo sul piano dell'effetto distributivo proprio della divisione (il c.d. apporzionamento), ossia solo per quanto riguarda l'acquisto della titolarità dei beni assegnati (?); sia quando ritiene che con il negozio divisorio si procederebbe ad una mera conversione, transitando lo stato di comproprietà a quello di proprietà esclusiva. Se di conversione si tratta il comproprietario non perderebbe invero e acquisterebbe alcunché; solo la situazione giuridica originaria che si trasforma. Altro aspetto da considerare è l'illustrazione delle ragioni che a detta del S.C.

giustificherebbero l'inclusione della comunione ereditaria tra gli atti soggetti alla comminatoria di nullità. Si afferma che ci 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.

Se questa fosse la ragione, invero, le previsioni legislative farebbero sorgere notevolissime perplessità, perché non si comprende quale possa essere il motivo che abbia indotto il legislatore a costringere i soggetti a restare in comunione vietandone lo scioglimento, quando la inalienabilità potrà giocare nello stesso modo anche dopo la divisione [12].

c) Ricerca di percorsi interpretativi alternativi per la prassi notarile

Nel caso in cui si ritenga di sostenere un'applicazione generalizzata della sentenza in esame, anche al di fuori della materia urbanistica (e qui si ribadisce il *caveat* indicato al punto a) sulla vincolatività del precedente giurisprudenziale), andrebbe verificato se la nuova qualificazione della divisione ereditaria possa comunque incidere, quale atto tra vivi ad effetti traslativi, su quelle fattispecie che il notaio incontra nella prassi professionale e che finora si basavano sulla tradizionale concezione della divisione quale atto ad effetti dichiarativi.

In questo caso il notaio sarebbe chiamato a ricercare criteri interpretativi alternativi rispetto a quello che poggiava storicamente sulla dichiaratività dello scioglimento della comunione ereditaria.

Potrebbe, ad esempio, continuare ad escludere l'applicazione alle divisioni ereditarie della disciplina dell'attestato di prestazione energetica (APE), previsto appunto per gli atti traslativi giusto quanto previsto dall'art. 6 D.lgs. n. 192/2005, facendo leva sull'argomento letterale della gratuità, cui si riferisce il comma 2 del citato articolo (riguardo all'obbligo di dotazione) e all'onerosità dell'atto, di cui al comma 3 (riguardo all'obbligo di allegazione).

Il negozio divisorio, per quanto come affermato dalle SS. UU. caratterizzato da effetti traslativi, non potrebbe infatti ricondursi alla prima categoria, poiché manca il depauperamento senza corrispettivo e, inoltre, al trasferimento del bene immobile al condividente non corrisponde un sacrificio patrimoniale a carico degli altri condividenti, da soddisfare per le rispettive quote; e alla seconda categoria, mancando la corrispettività tra le prestazioni, nel senso che la prestazione di una parte dovrebbe trovare remunerazione nella prestazione dell'altra, il che certamente non avviene nella divisione, da taluno qualificata come atto neutro sul piano economico-patrimoniale [13].

Il percorso interpretativo ora individuato per l'art. 6 del D.lgs. n. 192/2005, appare spendibile anche per altre disposizioni normative di cui il notaio è chiamato a fare applicazione, il cui discrimine dato dalla natura onerosa o gratuita del trasferimento.

Si consideri ad esempio la disciplina in materia di proprietà coltivatrice, che impone di concedere la prelazione agraria a favore di determinati soggetti (art. 8 co. 1, L. 26 maggio 1965 n. 590) in caso di trasferimento a titolo oneroso. La non applicabilità di questa disciplina all'atto di scioglimento della

comunione ereditaria potrebbe pertanto continuare a sostenersi, anche perché sarebbe arduo allesito delle operazioni divisionali rispettare le parità di condizioni da concedere al prelazionario, mancando nel negozio divisorio, come detto, quella corrispettività tra le prestazioni tipica dell'onerosità.

Alla stessa conclusione possibile approdare anche riguardo alla prelazione urbana da concedersi al conduttore, tanto nell'ambito della locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione (artt. 38 e 39 L. 392/1978), in cui ricorre il medesimo riferimento letterale al trasferimento a titolo oneroso dell'immobile locato, quanto in quella prevista per le locazioni di immobili adibiti ad uso abitativo (art. 3 co. 1 lett. g) L. n. 431/1998), in cui il riferimento testualmente riconnesso alla vendita posta in essere dal locatore che farebbe sorgere la prelazione, e quindi al paradigma dei contratti traslativi a titolo oneroso.

Quanto detto per la prelazione agraria e urbana (esclusione della divisione ereditaria dal perimetro applicativo di quelle norme) non può non valere anche per la prelazione artistica, quando vengano in considerazione negozi di divisione ereditaria. In base all'art. 60 del Codice dei beni culturali (D.Lgs 22 gennaio 2004 n. 42), infatti, gli Enti ivi indicati hanno facoltà di acquistare in via di prelazione i beni culturali alienati a titolo oneroso al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione.

Va anche evidenziato, guardando alla *ratio* delle diverse norme richiamate, che queste sembrano avvinte da un unico filo conduttore, vale a dire la preoccupazione del legislatore che gli interessi tutelati vengano frustrati in occasione dell'uscita del bene dal patrimonio del disponente mediante un contratto oneroso.

Appare difficile, quindi, sostenere che nel caso in cui il bene in comunione e venga diviso contrattualmente tra i coeredi, allesito di questo negozio si verifichi l'uscita della proprietà del bene diviso dal patrimonio del dividente; e quindi si produca un mutamento di titolarità nella proprietà nel senso considerato dalle norme. Avvenuto lo scioglimento della comunione ereditaria, infatti, si avrà comunque una riconducibilità della titolarità del proprietario esclusivo alla precedente situazione giuridica goduta che, inizialmente esercitata in regime di comproprietà, dopo la divisione viene convertita in proprietà esclusiva, restando inalterate le ragioni dei dividendi sia prima che dopo la divisione[14].

Come è stato evidenziato l'identità tra comproprietà e proprietà solitaria un presupposto indefettibile per la natura dichiarativa della divisione[15].

La circostanza che nella divisione non si verifichi, in senso tecnico, un mutamento nella titolarità dei beni divisi si spiega anche sul piano causale, non essendo riconducibile la funzione del negozio divisorio alla circolazione dei beni.

L'assenza di un fenomeno traslativo, dall'altra parte, corrisponde alla comune opinione secondo cui l'alienazione comporta per il cessionario l'acquisto di un diritto che corrisponde ad un interesse prima inesistente[16].

Se si esclude dunque che nella divisione ereditaria si verifichi un fenomeno traslativo analogo a quello proprio dei contratti commutativi, appaiono privi di fondamento anche i dubbi sulla possibile incidenza della sentenza in esame sul regime degli acquisti compiuti dai coniugi coniugati in regime di comunione legale dei beni. Non si può ipotizzare che il coniuge non dividente possa beneficiare, allesito delle operazioni divisionali, dell'acquisto del bene assegnato all'altro coniuge, erede dividente.

Come evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, la comunione legale tra i coniugi di cui all'art. 177 cod. civ. riguarda gli acquisti, cioè gli atti implicanti l'effettivo trasferimento della proprietà della "res" o la costituzione di diritti reali sulla medesima[17]. Mancando nello scioglimento della comunione ereditaria quel tipo di trasferimento, nessun acquisto sembra configurabile in capo al coniuge estraneo alla comunione ereditaria[18]. La divisione non apporta un incremento patrimoniale di cui rendere partecipe l'altro coniuge[19].

Del resto la divisione ereditaria, attuata in costanza di matrimonio, dal coniuge che vi partecipa in forza di titoli (ereditari) di cui alle lett. a) e b) dell'art. 179 cod. civ., non può che concernere beni aventi natura

personale, sia che tale natura venga riferita all'anteriorità del titolo rispetto alla nascita della comunione legale (come nel caso in cui l'apertura della successione e la formazione della comunione ereditaria risalga a quel periodo giusto l'art. 179 lett. a)), sia quando il titolo di provenienza successoria, si sia formato in costanza di matrimonio (giusto l'art. 179 lett. b) cod. civ.) [20].

In questi casi non potrebbe infatti ragionevolmente sostenersi che si applichino le norme sul regime patrimoniale dei coniugi, riguardanti una medesima vicenda giuridica l'acquisto di beni ereditari in comproprietà con altri coeredi a seconda che essa si verifichi prima o dopo il matrimonio. Sarebbe come ammettere un doppio regime circolatorio dei beni, in base all'adesione o meno ad una opzione interpretativa in merito al negozio di divisione ereditaria.

Non sembra possibile ipotizzare che il coniuge non dividente intervenga all'atto di divisione stipulato dai coeredi, per rendere la dichiarazione prevista dall'art. 179, comma 2 c.c., che il legislatore prevede invece, qui sostanzialmente, per altre ipotesi.

L'esclusione della caduta in comunione legale del bene acquistato in sede di divisione ereditaria, infine, trova conforto nella *ratio* dello stesso art. 177 lett. a) cod. civ. che esclude tale effetto per acquisti relativi a beni personali, ciò nella prospettiva del legislatore di mantenere integro il patrimonio del coniuge che deve svilupparsi secondo la sua naturale evoluzione[21].

II - I riflessi della sentenza delle Sezioni Unite sulla tassazione della divisione (Annarita Lomonaco)

La posizione assunta dalle Sezioni Unite con riguardo alla natura specificativa, attributiva [della divisione, ndr], che impone di collocarla tra gli atti ad efficacia tipicamente costitutiva e traslativa non ha riflessi sui criteri finora applicati ai fini della tassazione della divisione nell'ambito dell'imposta di registro, in ragione della specifica disciplina dettata dal legislatore.

Infatti, seppur vero che l'art. 34 del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, sembra occuparsi della divisione solo se essa comporti dei conguagli, a ben vedere - prevedendo, per tale ipotesi, l'assimilazione alla vendita limitatamente alla parte [della quota di fatto, ndr] eccedente la quota di diritto, con applicazione delle aliquote stabilite per i trasferimenti mobiliari ed immobiliari

(secondo il meccanismo di cui all'art. 34, comma 2, citato) - non vi può essere alcun dubbio che al contrario la divisione senza conguaglio (reale o presunto/fittizio) non sconta (non può scontare) l'imposta di trasferimento e quindi per stabilirne la tassazione non si può attingere alle disposizioni rivolte ai trasferimenti (così lo studio n. 123-2018/T, Petteruti, Divisione ed accertamento di valore, approvato dalla Commissione Studi Tributarî il 12 ottobre 2018).

L'esclusione, legislativamente disposta, della tassazione della divisione quale atto traslativo[22] (salvo quanto stabilito dall'art. 34 cit.) trova conferma anche nell'ultimo comma dell'art. 34, in quanto la *fictio iuris*, volta a considerare come un'unica comunione le masse plurime riunificate da un ultimo acquisto di quote derivante da successione a causa di morte, si giustifica proprio per evitare, in un'ottica ritenuta tradizionalmente agevolativa, la tassazione dello scioglimento delle cd. masse plurime secondo le regole degli atti traslativi. E ciò non può che presupporre la soggezione dello scioglimento della comunione (unica) ad una minore tassazione.

Se, dunque, la disciplina generale applicabile alla divisione agli effetti dell'imposta di registro non quella degli atti traslativi, occorrendo stabilire a quale categoria fare riferimento per individuare l'aliquota applicabile, si sempre pacificamente ritenuto valorizzandone la funzione di atto che trasforma la *pars quota in pars quanta* che proprio in considerazione di tale carattere e del tradizionale inquadramento come contratto di natura dichiarativa (in dipendenza di quanto stabilito dall'art. 757 c. c.), seppur con effetti distributivi-costitutivi, l'unica disposizione del TUR che risulta applicabile quella relativa agli atti di natura dichiarativa (art. 3 Tariffa Parte prima TUR) (studio n. 123-2018/T cit.[23]).

Affermazione che trova conferma anche nella circ. Agenzia delle entrate 29 maggio 2013, n. 18/E, par. 2, secondo la quale il legislatore tributario, ai fini dell'imposta di registro, considera la divisione come atto avente natura dichiarativa, sottoponendo questo negozio giuridico all'aliquota dell'1% (articolo 3 della tariffa, parte prima, allegata al TUR). Una specifica disciplina prevista nel caso in cui l'atto di divisione dia luogo a conguagli.

Una tale conclusione non pu che restare ferma anche alla luce della sentenza delle Sezioni Unite in esame, in quanto, a prescindere dalla considerazione che sotto il profilo civilistico lo scioglimento della comunione di luogo ad un mutamento della situazione giuridico-patrimoniale del contribuente avendo causa attributiva e distributiva, in quanto ciascun convivente pu divenire l'unico titolare di questo o di quel bene ricadente in comunione solo se vi sia stato un procedimento (contrattuale o giudiziale) che abbia determinato, con effetti costitutivi, lo scioglimento della comunione, ci che rileva sotto il profilo fiscale che il passaggio dalla contitolarit pro quota dei beni comuni alla titolarit esclusiva della porzione non si traduce in un incremento patrimoniale per il convivente (cos la stessa sentenza in commento).

Tenuto conto, quindi, che nella divisione la capacit contributiva si manifesta solamente in via indiretta, in quanto gli indici legati alla modificazione quantitativa del patrimonio risalgono pi propriamente all'atto di provenienza, atto tra vivi o successione a causa di morte[24] (come emerge anche dal riferimento a questi ultimi contenuto nell'art. 34 comma 1, ultimo periodo, per la determinazione del valore della massa comune), l'effetto distributivo della divisione assume ai fini dell'imposta di registro una portata assimilabile all'ambito degli atti dichiarativi (ovviamente fatte salve le previsioni dell'art. 34 cit.), intesi quali atti che possono produrre un rafforzamento, una specificazione o un affievolimento delle situazioni giuridiche preesistenti[25].

Resta da valutare, e sar successivamente oggetto di approfondimenti da parte del Settore Studi, se le conclusioni delle Sezioni unite con riguardo alla natura della divisione portino a dover riflettere sulla (ir) rilevanza finora riconosciuta in via interpretativa alla divisione ad altri effetti tributari in ragione della natura dichiarativa (si pensi, ad esempio, alle plusvalenze ex art. 67 d.p.r. n. 917/1986, o all'imposta sul valore aggiunto[26]), pur dovendosi avere presente, comunque, che la retroattivit e la funzione distributiva (seppure costitutiva) connotano l'atto in questione in modo peculiare rispetto agli atti traslativi.

III - Le Sezioni Unite intervengono sulla divisione (giudiziale, endoesecutiva e endoconcorsuale) di immobili abusivi (Ernesto Fabiani Luisa Piccolo)

1. I termini del problema: la delimitazione del perimetro applicativo del regime urbanistico degli *atti tra vivi* e della disciplina derogatoria prevista per la vendita forzata rispetto alla divisione giudiziale, endoesecutiva e endoconcorsuale.

Com noto, gli artt. 40 della legge n. 47 del 1985 e 46 del d. P. R. 380/2001 vietano la stipulazione di *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).

Al contempo, per, le medesime disposizioni (artt. 46, comma 5, d. P.R. 380/2001 e 40, commi 5 e 6, alla L. n. 47/1985) escludono la nullit con riferimento agli *atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali*.

Da lungo tempo gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza sono conseguentemente protesi nella direzione di delimitare lambito di applicazione: per un verso, del suddetto divieto, fondamentalmente incentrato sulla nozione di atto tra vivi; per altro verso, della suddetta disciplina derogatoria, fondamentalmente incentrata sulla nozione di atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali.

Particolarmente controversa, in questambito, la disciplina della divisione, ove entrambi i suddetti profili vengono in rilievo nellipotesi in cui la stessa sia realizzata nelle forme della divisione giudiziale nonch in quelle della divisione (non autonoma ma) sorta nellambito di una procedura esecutiva - espropriazione di beni indivisi - (divisione cd. endoesecutiva) ovvero nellambito di una procedura concorsuale (divisione cd. endoconcorsuale).

2. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale

Con riferimento alla divisione giudiziale, nellambito del dibattito dottrinale suscitato dalle disposizioni appena pi sopra richiamate, ha assunto un ruolo di centrale importanza, anche in precedenti interventi dellUfficio Studi del CNN, la qualificazione della natura della divisione nella peculiare ipotesi in cui questa, a seconda delle differenti possibili strade che pu intraprendere il giudizio divisorio a norma dellart. 784 e ss., venga disposta dal giudice con ordinanza in assenza di contestazione delle parti[27].

Maggiore risolutezza connota alcune pronunzie della Corte di legittimit, la quale ha talvolta

ritenuto applicabile alla divisione giudiziale la normativa urbanistica prevista per gli atti tra vivi senza indugiare nel discernere tra i possibili snodi del giudizio divisorio, ritenendo decisiva largomentazione in forza della quale, lopposta conclusione renderebbe oltremodo agevole lelusione, da parte dei dividendi, di una norma imperativa, rivolgendosi al giudice per ottenere lo scioglimento della comunione anche quando non vi sia controversia sull'esigenza di porre fine allo stato di comunione [28]. Con riferimento all'ipotesi in cui la divisione si svolga in assenza di contestazioni, parte della dottrina ha ricondotto il risultato del processo divisorio alla volont delle parti, qualificando la suddetta non contestazione in termini di negozio omissivo o di volont presunta: in questottica, lordinanza con la quale il giudice dichiara esecutivo il progetto di divisione non contestato non avrebbe natura decisoria e assolverebbe alla funzione di omologare il negozio giuridico *inter partes* attribuendogli esecutivit[29], mentre il fondamento negoziale sottrarrebbe lordinanza ai mezzi di impugnazione dei provvedimenti del giudice e assoggetterebbe il negozio sottostante ad essa, ove viziato, ai mezzi di impugnativa negoziale (azioni di nullit, annullabilit, rescissione per lesione)[30].

Al contempo, l'attribuzione della natura negoziale all'ordinanza che dispone la divisione in assenza di contestazioni, ha indotto altres questa dottrina a ricondurre questa ipotesi nellambito degli *atti tra vivi* [31] di cui alle disposizioni in esame, con conseguente applicabilit delle relative prescrizioni di forma e della relativa nullit. Alla divisione che si svolge in assenza di contestazioni, in forza della natura prettamente negoziale, tanto la dottrina quanto l'Ufficio Studi, riconnette listituto della conferma con atto notarile, negata invece con riferimento alla divisione decisa con sentenza in presenza di contestazioni[32].

In precedenti contributi dell'Ufficio Studi del CNN, si altres evidenziato come non si possa escludere la comminatoria della nullit in forza della ritenuta natura giudiziale della divisione, stante la sussistenza di provvedimenti giudiziali con riferimento ai quali, secondo limpostazione largamente prevalente, detta nullit trova applicazione (come nel caso, in particolare, della sentenza

di cui all'art. 2932 c.c. o quella di cessazione degli effetti civili del matrimonio)[33]. In effetti, per taluni provvedimenti giudiziali, come le sentenze *ex art. 2932 cc.* o i provvedimenti resi in sede di separazione e divorzio, si ritiene applicabile la disciplina propria degli atti privati sulla scorta del principio secondo cui non si pu ottenere con un provvedimento giudiziale ci che vietato all'autonomia delle parti, soprattutto laddove si ritenga che il risultato finale abbia portata equivalente. Alla stregua di tale considerazione, secondo alcuni, dovrebbe pervenirsi al rigetto della domanda di divisione in caso di immobile privo dei requisiti della commerciabilit per illiceit o limpossibilit giuridica relativa all'oggetto del giudizio[34]. Ci vale soprattutto con riferimento all'ipotesi in cui sia necessario procedere alla vendita del cespite abusivo ereditario in quanto non divisibile in natura[35], poich, ritenendo diversamente, si giungerebbe (...) all'assurdo che un contratto in astratto non stipulabile, diverrebbe lecito solo perch il notaio viene in ci autorizzato dal giudice, che in tal modo assicurerebbe alle parti un risultato vietato all'autonomia privata[36]. Analogamente si ritenuto, in dottrina, che il giudice dovrebbe rigettare la domanda di divisione giudiziale di un bene abusivo per illiceit ovvero per limpossibilit giuridica relativa dell'oggetto del giudizio, ...perch l'autorit giudiziaria non pu produrre effetti sostanziali preclusi all'autonomia privata[37].

Con riferimento all'espropriazione di beni indivisi in cui si dia luogo alla vendita, un precedente studio della Commissione Esecuzioni Immobiliari e Attivit Delegate ha ritenuto certamente possibile all'aggiudicatario/assegnatario presentare la domanda di sanatoria in quanto lo scioglimento della comunione, in questo specifico caso, una delle ulteriori conseguenze dell'esecuzione immobiliare e la vendita del bene indiviso pu configurarsi (anche) funzionale all'attuazione coattiva delle ragioni del credito per cui si procede in sede esecutiva[38].

Con riferimento alla divisione endoesecutiva, un altro studio della Commissione Esecuzioni Immobiliari e Attivit Delegate del CNN[39], pur non prendendo posizione, ha evidenziato una possibile interpretazione estensiva della disciplina derogatoria avente ad oggetto la vendita forzata tendente a far leva sulla *ratio* della stessa, ravvisata, pi che in una speciale tutela del credito, nella natura coattiva di questa peculiare ipotesi di vendita, in forza della quale detta deroga, salva la valutazione di volta in volta della fattispecie concreta, ben potrebbe trovare applicazione anche in altre ipotesi di ipotesi di vendite giudiziali anchesse connotate dalla suddetta coattivit.

Posizioni restrittive sono state espresse dalla giurisprudenza di merito secondo la quale la disciplina derogatoria in esame si riferisce solo alle vendite disposte nell'ambito delle procedure esecutive, considerato, per un verso, il carattere eccezionale di questa disciplina, e per altro verso, l'autonomia del giudizio divisorio rispetto al procedimento di esecuzione[40].

3. L'intervento delle Sezioni Unite con riferimento alla divisione giudiziale e alla divisione endoesecutiva ed endoconcorsuale

Questo, fondamentalmente, il contesto in cui si inserisce l'intervento delle Sezioni Unite, la cui pronuncia analizza, tra le altre questioni interpretative, quella dell'applicabilit alla divisione giudiziale della normativa prevista per le divisioni convenzionali in materia urbanistica, nonch quella della legittimit o meno della divisione di un edificio abusivo che si renda necessaria nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi (divisione c.d. endoesecutiva) o nell'ambito delle procedure concorsuali (divisione c.d. endoconcorsuale).

In ordine al regime urbanistico della divisione giudiziale, la sentenza enuncia il seguente principio di diritto: *quando sia proposta domanda di scioglimento di una comunione (ordinaria o ereditaria che sia), il giudice non pu 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 regolarit edilizia del fabbricato condizione dell'azione ex art. 713 c.c., sotto il profilo della "possibilit giuridica", e non potendo la pronuncia del giudice realizzare un effetto maggiore e diverso rispetto a quello che 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.

Tale epilogo interpretativo fondato:

- a. sull'orientamento giurisprudenziale di legittimità secondo cui le disposizioni in materia urbanistica si applicano anche alle divisioni giudiziali[41], tesi peraltro consonante con l'indirizzo interpretativo enunciato in tema di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.[42].;
- b. sull'esigenza, sottesa a tale orientamento, dell'ordinamento giuridico di impedire 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;
- c. sulla ritenuta natura della regolarità edilizia del fabbricato in comunione di presupposto giuridico della divisione giudiziale e più precisamente, di condizione dell'azione ex art. 713 c. sotto il profilo della possibilità giuridica[43].

In ordine alla divisione endoesecutiva o endoconcorsuale di immobili abusivi, ai sensi del primo comma dell'art. 384 del codice di rito, le Sezioni Unite enunciano il seguente principio di diritto: *in forza delle disposizioni eccezionali di cui all'art. 46, comma 5 del d.P.R. n. 380 del 2001 e all'art. 40, commi 5 e 6, della legge n. 47 del 1985, lo scioglimento della comunione (ordinaria o ereditaria) relativa ad un edificio abusivo che si renda necessaria nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi (divisione c.d. endoesecutiva) o nell'ambito del fallimento (ora, liquidazione giudiziale) e delle altre procedure concorsuali (divisione c.d. endoconcorsuale sottratta alla comminatoria di nullità prevista, per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi, dall'art. 46, comma 1, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dall'art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47.*

Il Supremo collegio giunto a tale approdo interpretativo in ragione, fondamentalmente:

- a. della intervenuta riforma dell'art. 600 c.p.c., la quale, nell'accentuare il nesso di strumentalità necessaria che avvince il giudizio divisorio al processo espropriativo, avrebbe sostanzialmente modificato i termini del rapporto intercorrente fra divisione ed espropriazione forzata[44], tradizionalmente ricostruito in termini di autonomia del giudizio di divisione rispetto a quello esecutivo [45];
- b. della ritenuta esclusione del carattere eccezionale delle norme di cui agli artt. d.p.r. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5 e alla l. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6 (in quanto detta disciplina derogatoria, lungi dal contrastare con la *ratio legis* posta a fondamento della sanzione di nullità, si collocerebbe proprio nel solco della detta *ratio* normativa e non avrebbe ragion d'essere rispetto agli atti strumentali all'espropriazione forzata intrapresa nei confronti del proprietario del fabbricato abusivo)[46];
- c. dell'interpretazione letterale delle disposizioni in esame, incentrata, più in particolare, sull'utilizzazione:

c1) del plurale nella espressione *Le nullità di cui al presente articolo non si applicano (...)*, contenuta negli artt. 46, comma 5, D.P.R. n. 380 / 2001, e nell'art. 40, comma 5, legge 47/85 e sul carattere generale e onnicomprensivo di tale rinvio, significativi del fatto che il legislatore ha inteso riferirsi all'intera serie degli atti colpiti dalla sanzione della nullità ai sensi della medesima disposizione;

c2) dell'espressione atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, con cui il legislatore mostra di volersi riferire ad un novero di atti più ampio di quelli facenti parte *stricto sensu* della procedura di espropriazione forzata immobiliare. Tale locuzione, indubbiamente, tale da includere non solo le vendite poste in essere nell'ambito della procedura esecutiva, ma anche le divisioni disposte, con separato giudizio, nell'ambito (e previa sospensione) del medesimo procedimento esecutivo;

d. della *ratio* informativa delle disposizioni eccezionali in discorso, che converge con lo scopo legislativo di massimizzare il risultato della vendita forzata, laddove esse prevedono, in favore dell'aggiudicatario dell'immobile abusivo, la riapertura dei termini per presentare domanda di sanatoria dell'abuso (quando consentita).

4. Luci ed ombre nella pronuncia delle Sezioni Unite

La pronuncia delle Sezioni Unite segna un momento di notevole novità nell'attuale panorama giurisprudenziale nella parte in cui ritiene decisivo, ai fini della risoluzione della problematica in esame con riferimento alla divisione cd. endoesecutiva o endoconcorsuale, il rapporto intercorrente fra quest'ultima e, rispettivamente, la procedura esecutiva o concorsuale. Mentre si limita, invece, sostanzialmente a recepire l'indirizzo giurisprudenziale già espresso da precedenti pronunce di legittimità con riferimento alla divisione giudiziale, in relazione alla quale continua, dunque, a prescindere, ai fini della individuazione della soluzione più corretta da dare alla problematica in esame:

- per un verso, dalle differenti possibili modalità di svolgimento e conclusione del giudizio divisorio, invece valorizzate, con importanti ricadute pratiche anche al di là della disciplina urbanistica, da quella prospettiva dottrinale che tende a far leva sulla natura negoziale della divisione in assenza di contestazione delle parti;
- per altro verso, dall'approfondimento dei rapporti fra le previsioni testualmente dettate per gli atti tra vivi e le ipotesi in cui il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi ad edifici, o loro parti o terreni avvenga per effetto di un provvedimento giudiziario^[47], in relazione ai quali si limita esclusivamente ad invocare il principio, già affermato con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 2932 c.c., in forza del quale non è possibile conseguire in via giudiziale ciò che fatto oggetto di espresso divieto con riferimento alla via negoziale.

La prospettiva innovativa con la quale viene affrontata la problematica in esame con riferimento alla divisione cd. endoesecutiva o endoconcorsuale di grande interesse, come confermato anche dallo studio approvato dalla Commissione Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate del CNR in precedenza richiamato, ma *liter* argomentativo seguito lascia insoddisfatti e, conseguentemente, apre ineliminabili prospettive di indagine e di approfondimento della tematica che ci occupa.

L'interpretazione letterale e la ritenuta intervenuta modificazione dei rapporti fra divisione e processo esecutivo per effetto della riforma dell'art. 600 c.p.c. (che peraltro, come già evidenziato, non trova riscontro in un panorama dottrinale tendente a riaffermare, a tutt'oggi, la tradizionale autonomia del giudizio di divisione rispetto a quello di espropriazione) non appaiono argomenti decisivi, mentre viene totalmente pretermesso il profilo attinente alla *ratio* sottesa alla suddetta disciplina derogatoria, ad avviso di chi scrive decisiva per delimitarne i relativi confini.

Non si vede, infatti, come possa essere delimitato l'ambito di applicazione della disciplina derogatoria in esame senza stabilire quale sia la *ratio* giustificatrice della esclusione, da parte del legislatore, della nullità con riferimento agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali.

Nei circoscritti confini di questa nota basti evidenziare come detta *ratio* non può essere ravvisata nella natura giudiziale del provvedimento cui riconducibile l'effetto traslativo.

Conformemente a quanto già evidenziato, esistono, infatti, ipotesi di provvedimenti giudiziari in cui, secondo dottrina e giurisprudenza assolutamente prevalenti, la nullità in esame applicabile.

A ben vedere talune di queste ipotesi non sono neanche prive di una dimensione coattiva, come la sentenza che tiene luogo del contratto di cui all'art. 2932 cc, la quale, sebbene presenti una controversa

natura[48], possiede degli indubbi profili di coattivit. Eppure, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, soggetta all'applicazione della disciplina in materia urbanistica, compresa la comminatoria della nullit dellatto in ipotesi di sua violazione.

Appare conseguentemente riduttivo cogliere la *ratio* della disciplina derogatoria in esame esclusivamente nella coattivit, che indubbiamente connota la vendita forzata, quanto meno ove sia intesa, in termini restrittivi, nel senso che la vendita avviene contro la volont del soggetto obbligato[49]. Appare plausibile ritenere che il legislatore abbia ritenuto opportuno escludere dall'ambito di applicazione della nullit in esame dette ipotesi in quanto, non solo indubbiamente connotate dalla coattivit (intesa nei termini restrittivi di cui sopra), ma anche espressione della tutela del credito (e segnatamente della responsabilit patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.) come in parte riconosce anche la decisione in commento -, oltre che oggettivamente difficilmente suscettibili di strumentalizzazione per aggirare il divieto a cui presidio prevista la sanzione della nullit (a differenza di quanto accade in altre ipotesi, comunque connotate da coattivit, come quella del trasferimento realizzato in forza di sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c.[50]).

In altri termini, con riferimento alla disciplina urbanistica, nelle ipotesi di vendite coattive, l'elemento della tutela del credito sembrerebbe rilevare non solo sul piano dello scopo del processo espropriativo, peraltro di rilievo costituzionale, ma anche su quello della struttura: rappresenta l'elemento che, unitamente al carattere coattivo della vendita forzata, giustifica l'esclusione dall'ambito di applicazione della nullit in esame e rende oggettivamente difficilmente percorribili eventuali aggiramenti del divieto di cui si discute.

Se cos , resta peraltro non indagata dalla pronuncia in esame neanche la prospettiva, di crescente interesse da parte della giurisprudenza[51] e della dottrina[52] - seppur sotto profili differenti da quello in esame -, della equiparabilit della vendita disposta in sede esecutiva a quella disposta nel giudizio di divisione endoesecutiva, onde conseguentemente verificare, anche sotto questo profilo, l'applicabilit a quest'ultima della disciplina derogatoria prevista per la vendita forzata.

In definitiva, sembrerebbe eccessivamente semplificante la prospettiva fatta propria dalle Sezioni Unite tendente a risolvere la complessa ed articolata problematica in esame esclusivamente sulla base dell'interpretazione letterale della normativa derogatoria in tema di vendita forzata e del ritenuto rinnovato rapporto di strumentalit fra divisione (cd. endoesecutiva) e processo esecutivo in forza della riforma dell'art. 600 c.p.c. Anche se, sembrerebbero comunque sussistere significative argomentazioni, in precedenza evidenziate ancorch nei circoscritti confini di una nota a prima lettura -, per condividere le conclusioni cui le stesse sono pervenute con riferimento alla divisione cd. endoesecutiva e endoconcorsuale.

NOTE

[1] Cass. 07 novembre 2017, n. 26351; Cass. 10 gennaio 2014 n. 406; Cass. 12 ottobre 2011 n. 21013; Cass. 5 agosto 2011, n. 17061; Cass. 15 giugno 2010 n. 14398; Cass. 1 febbraio 2010 n. 2313; Cass. Sez.5, 3 aprile 2006 n. 7764 ; Cass. 29 marzo 2006 n. 7231; Cass. 17 gennaio 2003 n. 630; Cass. 28 novembre 2001 n. 15133; Cass. 24 luglio 2000 n. 9659; Cass. 13 agosto 1998 n. 7954; Cass. 10 dicembre 1996 n. 10977; Cass. 7 settembre 1978 n. 4042; Cass. 10 novembre 1976 n. 4131; Cass. 16 luglio 1973 n. 2066; Cass. 1 luglio 1968 n. 2207; Cass. 22 aprile 1965 n. 711; Cass. 3 luglio 1959 n. 2116; Cass. 8 ottobre 1957 n. 3660.

[2] Consiglio Nazionale del Notariato, *Prime note sulla L. 28 febbraio 1985 n.47 recante Norme in materia di controllo dell'attivit urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere abusive*.

[3] Consiglio nazionale del Notariato, *La legge 28 febbraio 1985 n. 47. Criteri applicativi*, pag. 5. Per la dottrina notarile si veda M. R. Santucci, *Scioglimento di comunione ereditaria avente ad oggetto immobile abusivo*, in *Notariato* 2/2011, 148 ss.

[4] Cass. n. 15133/2001; Cass. 26351/2017; Cass. 17061/2011; Cass. 7231/2006; Cass. n. 9659/2000.

[5] Hanno sostenuto la natura dichiarativa (talvolta accertativa) della divisione ereditaria come se il coerede in ragione della finzione legale di cui all'art. 757 cod. civ. non avesse mai avuto la proprietà di altri beni, così da cancellare il pregresso stato di comunione, Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, 6 ed., in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 345; Corrado, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, p. 7. Hanno sostenuto invece la natura traslativa della divisione ereditaria, P. Forchielli e F. Angeloni, *Della divisione*, 2 ed., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000, p. 34; G. Deiana, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 65 ss.; E. Minoli, *Contributo alla teoria del negozio divisorio*, Milano, 1950, 9 ss. Qualificano la divisione ereditaria come una vicenda non autonoma della successione *mortis causa*, nella quale l'insorgenza delle proprietà individuali sui beni non ha effetto di trasferimento tra i coeredi, M. Fragali, *La comunione*, in *Trattato Cicu Messineo*, 1983, 499; A. Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1980, 208; A. Lener, *La comunione*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1982, 330; E. Moscati, *Divisione*, in *Enc. Giur. Teccani*, XI, Milano, 1989, 1. Una diversa ricostruzione riconducibile a A. Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria*, in *Trattato Cicu Messineo*, Milano, 1958, 395 - riporta il fenomeno divisorio ad una surrogazione reale nel senso che al diritto del coerede comproprietario della quota ideale la divisione sostituirebbe una parte individuata di beni ereditari.

[6] E quindi se la decisione enunci in termini generali una regola di diritto, destinata ad avere efficacia tendenzialmente vincolante su tutte le fattispecie decise dalle pronunce giurisprudenziali future, ovvero se la decisione sia espressione delle modalità con cui una regola giuridica stata applicata a fatti concreti del singolo caso, con la conseguenza che il precedente, secondo questa concezione, avrà un'applicazione limitata anche nelle decisioni future, dal momento che la *ratio decidendi* consiste nella specifica applicazione della norma nel caso specifico, e non nell'astratta enunciazione di un principio (per maggiori approfondimenti si rinvia a M. Taruffo, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 110).

Appare problematica la mancata definizione degli effetti che il precedente produrrebbe sulle decisioni giudiziarie successive, e quindi l'efficacia del precedente quale vincolo per il giudice ad applicare il precedente nella sua decisione.

[7] M. Taruffo, *op. cit.*

[8] Ed in quest'ottica che il principio di certezza, sicuramente garantito da una prassi ispirata allo *stare decisis*, deve essere, per, combinato ed armonizzato con quello della libertà di interpretazione di ogni giudice tutte le volte in cui si ponga l'esigenza dello Sviluppo e del Progresso del Diritto in un dato momento o contesto sociale di riferimento, R. Tomasino, *Il valore del precedente: un'analisi critica*, in <http://www.associazionemagistrati.it>.

[9] Branca, *Condominio negli edifici*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1982, 342.

[10] T. Galletto, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, pag. 1379.

[11] F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 224 ss.

[12] In questo senso, CNN, *Prime note*, *cit.*

[13] Con l'eccezione dell'ipotesi della divisione con conguagli, soprattutto nell'ipotesi di conguagli di rilevante valore che portano a qualificare l'operazione come divisione parziale (cd. stralcio quota), per la quale si sempre indicata una prassi ispirata alla prudenza, in questo senso G. Rizzi, *CNN Studio* n. 657-

2013/C (aggiornamento), *La disciplina nazionale della certificazione energetica. Guida operativa 2014*, in *CNN Notizie* del 30 giugno 2014.

Sulla divisione, come atto neutro, Casulli, voce *Divisione ereditaria* (diritto civile), in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1975, 54.

[14] In questo senso C. Miraglia, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, 43.

[15] E. Minervini, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, in *Quaderni Rass. Dir. civ.*, Napoli, 1990, 49.

[16] P. Carusi, *Le divisioni*, Torino, 1978, 26.

[17] Cass. 18 febbraio 1999, n. 1363; Cass. 24 gennaio 2008 n. 1548

[18] Alla quale potrebbe partecipare solo in seguito alla morte del coniuge, succedendo *iure successionis* nella quota ereditaria acquistata, ovvero nel diritto di accettarla ex art. 479 cod. civ.

[19] T. Auletta, *La comunione legale: oggetto*, in *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, in T. Auletta (a cura di), in *Tratt. dir. priv.*, M. Bessone, Torino, 2011, 394.

[20] In ogni caso, come rilevato da E. Russo, *Loggetto della comunione legale e i beni personali*, in *codice commentato P. Schlesinger*, Milano, 1999, 157, la soluzione dovr essere omogenea per entrambe le ipotesi. LA. sostiene che non sarebbe possibile pervenire per la divisione ereditaria, a soluzioni diametralmente opposte a seconda che le ragioni ereditarie siano anteriori o successive al matrimonio. Se infatti i beni assegnati nella divisione che segue lacquisto di beni successori ex art. 179 lett. b) hanno natura di beni personali, tale carattere dovranno avere anche i beni derivanti dalla divisione che segue una ragione ereditaria anteriore al matrimonio ex art. 179 lett. a).

[21] E. Russo, *Loggetto della comunione cit.*, 157.

[22] Esplicito in questo senso era lart. 48 del Regio decreto 30 dicembre 1923, n.3269, che al primo comma stabiliva le assegnazioni che hanno luogo nelle divisioni di beni mobili od immobili tra comproprietari o fra soci, non sono considerate traslative della propriet dei beni rispettivamente assegnati, quando ciascun dividente riceve una quota che corrisponda ai diritti che realmente gli spettano.

[23] Nel medesimo senso anche Pischetola, *La divisione contrattuale, Profili civilistici e fiscali*, Roma, 2015, 69 il quale ben evidenzia come il dibattito, cos intensamente costruito ed elaborato sul piano dottrinale, soprattutto circa la effettiva natura giuridica (se dichiarativa o costitutiva) della divisione, nellambito fiscale evapora radicalmente. Appare evidente infatti che essa pu essere ascritta (per cos dire per differenza) alla sola categoria dei negozi di natura dichiarativa.

[24] Cfr. studio n. 123-2018/T cit.; Formica, *La divisione nel diritto tributario*, in Trattato breve delle successioni e donazioni, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, vol. II, Milano, 2010, 671 il quale ricorda come lapplicazione dellaliquota propria degli atti dichiarativi trovi giustificazione, anche nella sua origine storica, nella esigenza di evitare un doppio onere impositivo e, cio, quello previsto prima per lacquisto in comunione e poi per lassegnazione al dividente.

[25] Sul tema cfr. Contrino, *Note sulla nozione di atto di natura dichiarativa nel tributo di registro*, in *Rass. trib.*, 2011, 3, 662 ss.

[26] Cfr. Formica, op. cit., 721 ss

[27] Si pongono diverse problematiche in relazione alle due strade che il giudizio divisorio, a norma degli artt. 784 e ss. del codice di rito, pu intraprendere, a seconda che sorgano o meno contestazioni. Laddove sorgano contestazioni (attinenti al diritto di procedere allo scioglimento della comunione, ai

diritti dei comproprietari, al progetto di distribuzione, o se la proposizione di domande riconvenzionali implica ampliamento del giudizio) la causa deve essere istruita secondo le regole ordinarie e decisa con sentenza. Laddove, invece, non sorgano contestazioni tra le parti (ovvero se le contestazioni vengano decise con sentenza parziale e conseguente rimessione della causa al giudice), la divisione disposta con ordinanza dal giudice. In particolare, il giudizio si conclude con la pronuncia di un'ordinanza che formula un progetto di divisione il cui contenuto varia in rapporto alle tre differenti modalità di realizzazione dello scioglimento della comunione, ossia assegnazione dell'intero bene al comproprietario che lo richiede, dietro versamento del prezzo di stima; la vendita dell'intero bene; l'attribuzione di porzioni concrete del bene a ciascun comproprietario dietro eventuali versamenti di conguagli. In merito alla ricostruzione del dibattito giurisprudenziale e dottrinale sulla natura e struttura del giudizio di divisione si rinvia a R. Lombardi, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, Napoli, 2009, passim; Di Cola, *Loggetto del giudizio di divisione*, Milano, 2011, passim.

[28] *Cos Cass. 28 novembre 2001, n. 15133; in senso conforme, ritengono necessaria anche per la divisione giudiziale il rispetto della normativa urbanistica Cass. 18 aprile 2013, n. 9491; Cass. 17 gennaio 2003, n. 630.*

[29] *Ex multis*, vd. Carnelutti, *Meditazione sul processo divisorio*, in *Riv.dir.proc.*, 1946, II, 22; Pavanini, *Divisione giudiziale*, in *Enc. Del diritto*, Milano, XIII, 1964, 474; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 614; Proto Pisani, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *RDPr*, 1979, 590.

[30] Cfr. Ripepi, *Procedimento divisorio*, *Dig.civ.* XIV, Torino, 1996, 647e ivi ulteriori riferimenti. Seguendo quest'indirizzo dottrinale potrebbe recuperarsi la natura negoziale dell'ordinanza di assegnazione; operazione difficile allorché l'assegnazione venga disposta da sentenza che, lungi dal recepire un accordo dei dividendi, risolva delle contestazioni: in tal caso alla divisione non potrà in alcun modo essere ricollegata alla volontà dei comunisti ma al provvedimento giudiziale: Cfr. Studio n. 5453/C, *La divisione ordinaria o comune e la divisione ereditaria: regola ed eccezione nella circolazione dei terreni*, a cura di G. Trapani, approvato dalla Commissione studi civilistici il 22 gennaio 2005, *Studi e Materiali*, 2005, 135 ss. e reperibile nella banca dati Angelo Gallizia. La tesi che riconduce natura negoziale all'ordinanza in discorso non unanimemente condivisa: altra parte della dottrina attribuisce natura giurisdizionale all'ordinanza *de qua* cui sarebbe ricollegabile l'effetto divisorio. In sostanza, secondo quest'orientamento, si sarebbe in presenza di una delle specifiche ipotesi in cui il procedimento contenzioso si conclude con un'ordinanza con valore di sentenza in senso sostanziale soggetta al giudicato: Allorio, *Giudizio divisorio e sentenza parziale con pluralità di parti*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 487; Schiavone, *Ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di stralcio di quota e giudizio divisorio*, in *Giur.it.*, 1960, I, 715. Cfr. Studio n. 5453/C, *La divisione ordinaria o comune e la divisione ereditaria: regola ed eccezione nella circolazione dei terreni*, cit.: Qualora il diritto non sia controverso, il legislatore permette una soluzione della questione non contenziosa attuata attraverso un provvedimento che assume la veste formale di ordinanza e sulla cui natura giuridica (giurisdizionale o volontaria) si è a lungo interrogata la dottrina. In quest'ultimo caso, non sorgono dubbi in ordine alla natura negoziale del progetto sia in ipotesi in cui esso venga formato da un Notaio appositamente delegato (art. 791 c.p.c.), sia nell'ipotesi in cui a disporlo sia il giudice (art. 789 c.p.c.). Cfr. sulla natura della divisione in discorso, anche per una panoramica dottrinale e giurisprudenziale, P. Divizia, M. Cante, V. Pugliese, *Divisione giudiziale carente di menzioni urbanistiche e confermabilità con atto notarile*, in *Notariato*, 2010, 3, 279.

[31] E come si ritiene che in tale ipotesi valga il regime delle impugnazioni, proprio dei negozi giuridici, così deve ritenersi che il progetto sia soggetto alle prescrizioni di forma dell'art. 17. Le quali non valgono invece se, essendo sorte contestazioni, la causa sia rimessa al collegio: perché in tal caso la divisione non va ricollegata alla volontà delle parti, ma al provvedimento del giudice, se vero che, decidendo la controversia, il collegio redige e fa proprio il progetto, che può integrare o modificare con le clausole ritenute più opportune per la divisione: Cardarelli, *La legge 28 febbraio 1985, n. 47, nei suoi riflessi sull'attività notarile*, *Riv. Not.*, 1986, 287; Casu - Raiti, *Condono edilizio e attività negoziale*, Milano, 1999, 19.

[32] Cfr., tra tutti, P.Divizia, M. Cante, V.Pugliese, *Divisione giudiziale carente di menzioni urbanistiche e confermabilit con atto notarile*, in *Notariato*, 2010, 3, 279. Anche l'Ufficio Studi si esprime in tali termini: cfr., *ex multis*, RQ 1532007/C, est. A. Ruotolo; RQ 445-2008/C, est. G. Casu; RQ 78-2017/C, est. L. Piccolo.

[33] Su cui cfr. Ruotolo, *Esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre e condono edilizio*, in *Studi e materiali*, VI, Milano, 2001, 749 ss.; E. Fabiani, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e l. 47/85 sul condono edilizio*, *ibidem*, 1115 ss.) o quella di cessazione degli effetti civili del matrimonio (su cui cfr. E. Fabiani-Ruotolo, *Cessazione degli effetti civili del matrimonio e legge n. 47 del 1985*, nota n. 4106 del 25 novembre 2002, in *Studi e materiali. Quaderni semestrali*, 2/2003, 734 ss.

[34] Cfr. Criscuolo, *Il giudizio di divisione tra norme sostanziali e regole processuali*, *REF*, 3, 2010, 480, secondo cui questa soluzione, che ha trovato riscontri in giurisprudenza relativamente all'azione di cui all'art. 2932 c.c. vale anche laddove ad essere sciolta sia una comunione ereditaria, in quanto le norme sopra richiamate, sebbene esonerino dalla nullità degli atti *mortis causa*, non possono ritenersi che abbiano riguardo anche alla divisione, non già del testatore, ma contrattuale o giudiziale, essendo chiaramente degli atti *inter vivos*.

[35] St. 16 - 2010/E, *La delega al notaio della vendita di beni immobili nel giudizio di scioglimento della comunione (ex art. 788 c.p.c.)*, est. E. Gasbarrini, in *Studi e Materiali*, 2010, 4, 963 ss.

[36] Ad avviso di Criscuolo, *Le vicende successive del giudizio di divisione*, in *Riv. esec. forz.*, 3/2010, 481, al rigetto della domanda dovrebbe pervenirsi anche se il giudizio di divisione intervenisse a seguito di procedura espropriativa di beni indivisi ovvero nel corso di una procedura concorsuale.

[37] R.Lombardi, *Orientamenti giurisprudenziali sul procedimento di scioglimento di comunioni*, in *Corriere Giur.*, 2011, 9, 1219.

[38] Studio n. 7-2008/E, *Osservazioni sull'applicabilità dell'art. 40 l. 47/1985 nell'ambito del giudizio divisorio*, a cura di M.R. Santucci (approvato dalla Commissione Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate il 18 luglio 2008), in *Studi e Materiali*, 2008, 4, 1678 ss.

[39] E.Gasbarrini, *La delega al notaio nel giudizio di scioglimento della comunione (ex art. 788 c.p.c.)*, cit.

[40] Cfr. Trib. Bari, 30 marzo 2010 che, testualmente, quanto all'ultimo comma dell'art. 46 d.P.R. 380/2001, afferma: la norma si riferisce esclusivamente alle vendite disposte nell'ambito delle procedure esecutive, in quanto l'ultimo comma dell'art. 46 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, pone una deroga al principio generale sancito dal comma 1 della predetta disposizione legislativa, sicché, trattandosi di norma eccezionale, insuscettibile di interpretazione estensiva od analogica. Inoltre, il giudizio di divisione completamente autonomo rispetto al procedimento di esecuzione, anche se trovi occasione in quest'ultimo, con la conseguenza che qualora lo scioglimento della comunione debba attuarsi mediante una vendita giudiziale, tale atto non può qualificarsi come atto del processo esecutivo.

[41] Testualmente la sentenza in commento ricorda come questa Suprema Corte abbia già avuto occasione di precisare che la disposizione di cui alla L. n. 47 del 1985, art. 17, comma 1, (ora D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46, comma 1) si applica non solo alle divisioni volontarie, ossia a quelle contrattuali, ma anche alle divisioni giudiziali, risultando, in caso contrario, oltremodo agevole per i dividendi, mediante il ricorso al giudice, elusione della norma imperativa in questione (Cass., Sez. 2, n. 15133 del 28/11/2001; Cass., Sez. 2, n. 630 del 17/01/2003).

[42] La sentenza in esame ricorda come la Corte abbia statuito che non può essere emanata sentenza di trasferimento coattivo, ai sensi dell'art. 2932 c.c., in assenza di dichiarazione - contenuta nel preliminare o prodotta successivamente in giudizio - sugli estremi della concessione edilizia, che costituisce requisito richiesto a pena di nullità dalla L. n. 47 del 1985, art. 17 ed integra una condizione dell'azione ex art. 2932 c.c., non potendo tale pronuncia realizzare un effetto maggiore e diverso da quello

possibile alle parti nei limiti della loro autonomia negoziale (Cass., Sez. 6 - 2, n. 8489 del 29/04/2016; analogamente, Cass., Sez. 6 - 2, n. 1505 del 22/01/2018).

[43] La sentenza in epigrafe richiama, in questo senso, la pronunzia emessa in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita di un immobile di Cass., Sez. Un., n. 23825 del 11/11/2009, secondo cui la sussistenza della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, di cui alla L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, rilasciata dal proprietario o da altro avente titolo, attestante l'inizio dell'opera in data anteriore al 2 settembre 1967, non costituisce un presupposto della domanda, bensì una condizione dell'azione, che può intervenire anche in corso di causa e sino al momento della decisione della lite; da ultimo, Cass., Sez. 2, n. 6684 del 07/03/2019).

[44] Testualmente, secondo la pronunzia in esame dall'applicabilità alla presente controversia del nuovo testo dell'art. 600 c.p.c. discende la necessità di rivedere la conclusione della Corte territoriale circa l'asserita autonomia che andrebbe riconosciuta alla divisione endoesecutiva rispetto al processo di esecuzione. In sostanza, sulla base del vigente testo dell'art. 600 c.p.c., deve ritenersi che la liquidazione della quota di comproprietà indivisa su di un bene avviene, di norma, proprio tramite lo scioglimento della comunione su quel bene. La divisione del bene, dunque, strutturalmente funzionale all'espropriazione forzata della quota. Non rileva in senso contrario il fatto che il giudizio divisionale endoesecutivo sia comunque un giudizio di cognizione, distinto soggettivamente ed oggettivamente - dal procedimento di espropriazione.

Esso, nondimeno, inserito nell'ambito del processo di espropriazione, del quale costituisce una parentesi, finendo per costituirne un'articolazione procedimentale. A sostegno di tale assunto la Corte invoca il nuovo testo dell'art. 181 disp. att. c.p.c., che assegna al giudice dell'esecuzione - previa sospensione della procedura esecutiva ai sensi dell'art. 601 c.p.c. - la competenza funzionale alla trattazione del giudizio di divisione, da svolgersi secondo l'ordinaria disciplina di cui agli artt. 784 c.p.c. ss., nonché la speciale legittimazione ad agire per lo scioglimento della comunione che è riconosciuta al creditore precedente e all'interventore munito di titolo esecutivo; legittimazione che trova il proprio fondamento nel credito per la soddisfazione del quale l'azione esecutiva è esercitata, di tal che il giudizio di divisione dei beni pignorati non può essere iniziato e, se iniziato, non può proseguire ove venga meno in capo all'attore la qualità di creditore e, con essa, la legittimazione e lo stesso interesse ad agire (cfr. Cass., Sez. 3, n. 6072 del 18/04/2012). Indirizzo interpretativo diverso sembrerebbe sia stato espresso da Cass. 20 agosto 2018, n. 20817 (sentenza che peraltro si inserisce nel cd. Progetto esecuzioni) secondo cui può riconoscersi che la riforma non ha inciso sulla struttura e sulla funzione del giudizio in questione, del quale ha in sostanza meglio precisato alcuni aspetti formali e procedurali da un lato il giudizio di divisione in esame costituisce una parentesi di cognizione - vale a dire un procedimento incidentale consistente in un vero e proprio giudizio di cognizione - nell'ambito del procedimento esecutivo, in quanto tale restando autonomo, perché soggettivamente ed oggettivamente distinto da questo, tanto da non poterne essere considerato né una continuazione, né una fase (per tutte: Cass. 10/05/1982, n. 2889; Cass. 08/01/1968, n. 44; Cass. 12/10/1961, n. 2096; ai fini dell'individuazione dei rimedi esperibili avverso i singoli atti di quello: Cass. 24/11/2011, n. 4499; Cass. sez. U

29/07/2013, n. 18185; Cass. ord. 29/12/2016, n. 27346); dall'altro lato, permane una correlazione funzionale del giudizio di divisione endoesecutiva al processo esecutivo, uno dei cui effetti è stato riconosciuto, ad esempio, il mantenimento, in capo al creditore esecutante, della sua legittimazione ad agire in divisione fintantoché in capo a lui permanga la qualità di creditore.

[45] L'opinione tradizionale, prevalente anche all'indomani delle riforme del 2005-2006, ha ravvisato nel giudizio divisorio incidentale una parentesi di cognizione nell'ambito del procedimento esecutivo, autonoma e soggettivamente distinta da questo, e da non poterne essere considerata una continuazione o una fase (cfr. per i richiami A. Cardino, in *Processo di esecuzione*, a cura di Cardino e Romeo, Padova, 2018, 1048). Questa questione spiega importanti ricadute concrete, tra cui, a titolo esemplificativo, si pensi all'onere dell'introduzione del giudizio divisorio anche nel caso di soddisfacimento del credito azionato *in executivis*, ai fini della liquidazione e del recupero delle spese, o la possibilità che, anche in caso di estinzione dell'esecuzione, esso continui su impulso di qualche contitolare interessato allo scioglimento della comunione (cfr. A. Cardino, *op.cit.*, 1048). Non un caso che la problematica della natura del giudizio di divisione endoesecutiva e il suo rapporto di autonomia o dipendenza

dallespropriazione forzata, gi da tempo allesame della dottrina, stata tra le prime affrontate dalla terza sezione della Corte di cassazione nellambito del cd Progetto esecuzioni (come rileva R.Lombardi, *Le connessioni tra divisione ed espropriazione forzata*, in *Riv.esecuzione forzata*, 2019, 3, 546) con una pronunzia con cui la Corte (Cass. 20 agosto 2018, n. 201817 in *Corriere giur.*, 2019, 383, con nota di BACCAGLINI, in *Giur. it.*, 2019, 550, con nota di FRADEANI, in www.inexecutivis.it con nota di CRIVELLI) ha sottolineato il collegamento del giudizio divisorio incidentale con il processo esecutivo, ma senza escludere lautonomia del giudizio di divisione rispetto a quello esecutivo. *Adde* sullautonomia del giudizio divisionale Cass. 18 aprile 2012, n. 6072, in *Giust. civ.*, Mass. 2012, 4, 511; in tempi pi risalenti cfr. Cass. 10 maggio 1982, n. 2889, in *Giust. Civ.*, 19982,

I, 2049. In dottrina, pur sottolineando il nesso funzionale tra i due giudizi, ne rimarcano lautonomia: cfr. tra gli altri R. Lombardi, *Lespropriazione dei beni indivisi e le riforme dellultimo decennio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 2, 317; L. Baccaglioni, *La cassazione esclude in ogni caso la necessit di introdurre il giudizio di divisione endoesecutiva con atto di citazione*, in *Corriere Giur.*, 2019, 3, 383; A.Cardino, in *Processo di esecuzione*, a cura di Cardino e Romeo, Padova, 2018, 1048; A.Crivelli , *Il giudizio divisionale endoesecutivo: soluzioni giurisprudenziali e aspetti problematici*, in www.inexecutivis.it .; *adde* sullautonomia in parola E.Astuni, in *Il nuovo rito civile*, III, *Le esecuzioni*, Milano, 2006, 547.

[46] Testualmente secondo la Corte se vero, infatti, che - come si detto - la comminatoria di nullit degli atti *inter vivos* che abbiano ad oggetto edifici abusivi ha natura sanzionatoria nei confronti del proprietario di essi e dei suoi eredi, precludendo loro la possibilit di negoziare i diritti reali relativi a tali edifici, evidente come tale comminatoria di nullit non abbia ragion d'essere rispetto agli atti strumentali all'espropriazione forzata intrapresa nei confronti del proprietario del fabbricato abusivo. Gli atti di espropriazione dei beni pignorati o di quelli soggetti a procedura concorsuale, invero, lungi dal promanare dalla volont negoziale del proprietario del fabbricato abusivo, costituiscono invece atti che questultimo deve patire nellambito delleseecuzione forzata intrapresa nei suoi confronti dai creditori. Non si tratta di atti posti in essere ad iniziativa e nellinteresse del proprietario dellimmobile abusivo (che il debitore esecutato o il fallito), ma di atti posti in essere in suo danno, ad iniziativa e a vantaggio dei suoi creditori. Non avrebbe senso, allora, una comminatoria di nullit che si estendesse agli atti traslativi posti in essere nellambito delle procedure esecutive individuali o concorsuali, perch una comminatoria di tal fatta, piuttosto che svolgere la sua tipica funzione di sanzione nei confronti del proprietario delledificio abusivo, finirebbe - al contrario - per avvantaggiare questultimo in pregiudizio dei creditori.

[47] Cfr. E. Fabiani, *Conformit catastale e provvedimenti giudiziari*. La sentenza della Corte di Cassazione del 14 settembre 2016, n. 17990 (segnalazione novit giurisprudenziale), in *Cnn Notizie* del 20 ferraio 2017; Id, *Note in tema di conformit catastale e provvedimenti giudiziari*, in *Foro it.*, 2017, I, 2057 s.

[48] Si discute in dottrina se si tratti di unipotesi di esecuzione in forma specifica ovvero di un processo cognitivo volto a produrre gli effetti ex art. 2908 cc: cfr. per tutti B.Capponi, *Manuale delleseecuzione forzata*, Torino, 2016, 14.

[49] Sui connotati della vendita forzata come vendita coattiva (che avviene *invito domino*, nellambito di un procedimento giurisdizionale finalizzato allattuazione della responsabilit patrimoniale ex art. 2740 c. c.) cfr. E.Fabiani, *La vendita forzata. Evoluzione dellistituto ed attualit del pensiero di Salvatore Pugliatti*, in *Il giusto processo civile*, 2015, 3, 703 ss.

[50] Sul punto cfr. pi ampiamente E. Fabiani, *Esecuzione specifica dellobligo di concludere un contratto e l. 47/85 sul condono edilizio*, cit.

[51] Cfr. da ultimo Trib. Torino 17 gennaio 2019, n.204, secondo il quale non sussiste alcuna differenza ontologica tra la vendita disposta in sede esecutiva e la vendita disposta nel giudizio di divisione. Questultimo , infatti, un giudizio funzionalmente connesso alleseecuzione del quale costituisce una conseguenza pressoch necessaria () la finalit del quale , in ogni caso, la liquidazione della quota di

diritto pignorato; evidenziando, al contempo, come la liquidazione del bene avviene dietro iniziativa dei creditori, la vendita si celebra secondo le medesime modalità e deve essere preceduta dai medesimi incombenzi pubblicitari (ivi compresa la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche).

[52] Sulla compatibilità della disciplina della vendita del bene indiviso davanti al giudice istruttore con quella propria della vendita forzata e i tratti distintivi cfr., tra gli altri, S.Passafiume, *La vendita di beni immobili nell'espropriazione forzata e nel giudizio di divisione endoesecutivo: profili comuni e tratti distintivi*, in *Ref*, 2018, 1, 125; A.Cardino, *op.cit.*, 1070; R. Lombardi, *Le connessioni tra divisione ed espropriazione forzata*, *Riv.esecuzione forzata*, 2019, 3, 546.