Sentenza del 07/10/2019 n. 25021 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio Sezioni unite

Testo

Intitolazione:

Imposta di registro - Registrazione degli atti - Scioglimento della comunione ereditaria - Equiparabilità ad atto di alienazione inter vivos - Fondamento.

Massima:

Lo scioglimento della comunione ereditaria è qualificabile come atto di alienazione inter vivos ed ha effetto costitutivo -retroattivo. L'atto di scioglimento della comunione ereditaria va assimilato, quanto alla natura e ai suoi effetti, all'atto di scioglimento della comunione ordinaria: entrambi costituiscono contratti plurilaterali ad effetti reali e con funzione distributiva. Tuttavia, gli atti di scioglimento della comunione ereditaria, sia contrattuale che giudiziale, avente ad oggetto un edificio abusivo, o parti di esso, sono soggetti alla comminatoria della sanzione di nullità prevista dagli artt. 46 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47. Non ricade nel divieto di tali norme, lo scioglimento della comunione (ordinaria o ereditaria) relativa a un edificio abusivo che si renda necessaria nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi nel fallimento (ora, liquidazione giudiziale) e delle altre procedure concorsuali.

Massima redatta a cura del Ce.R.D.E.F.

Testo:

Fatti di causa

1. - La Curatela del fallimento di L.R.C. convenne in giudizio, dinanzi al Tribunale di Palermo, L.R.M. e L.R.F., onde ottenere lo scioglimento della comunione ereditaria esistente tra il fallito ed i convenuti (germani del medesimo) relativamente ad un fabbricato destinato a civile abitazione (composto da quattro elevazioni fuori terra) sito in (OMISSIS) e proveniente dalla successione legittima del comune genitore; chiese l'assegnazione alla curatela della quota (pari a 2/9) di proprietà del cespite spettante al fallito; in subordine, per il caso di non comoda divisibilità e di mancata richiesta di attribuzione, chiese la vendita del fabbricato e la ripartizione del ricavato; domandò anche la condanna dei convenuti al pagamento di una indennità per l'occupazione dell'immobile.

Nella contumacia dei convenuti, il Tribunale rigettò le domande attoree.

2. - Sul gravame proposto dalla Curatela del fallimento, la Corte di Appello di Palermo, confermò la pronuncia di primo grado.

Secondo la Corte territoriale, il chiesto scioglimento della comunione ereditaria non poteva essere disposto, perchè il fabbricato di cui si chiedeva la divisione, originariamente costituto dal solo piano terra (edificato prima del 1940), era stato sopraelevato nel periodo compreso tra il 1970 e il 1976 in assenza di concessione edilizia. A dire dei giudici di appello, lo scioglimento della comunione ereditaria rientrerebbe a pieno titolo tra gli atti inter vivos e, come tale, sarebbe assoggettato alle disposizioni di cui alla L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40, che vietano - comminando la sanzione della nullità - 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").

Secondo la Corte di merito, poi, nella specie sarebbe inapplicabile il D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46, comma 5, che esclude la nullità degli atti posti in essere nell'ambito di procedure esecutive immobiliari, dovendo tale norma intendersi riferita solo alle vendite disposte nell'ambito di procedure esecutive e non essendo estensibile alle divisioni. Infine, secondo i giudici del gravame, la domanda di condanna dei convenuti al pagamento di una indennità per il godimento dell'immobile non poteva comunque essere accolta, non essendovi prova che i predetti avessero avuto l'esclusiva disponibilità del cespite.

3. - Per la cassazione della sentenza di appello ha proposto ricorso la Curatela del fallimento di L.R.C. sulla base di due motivi.

L.R.M. e L.R.F., ritualmente intimati, non hanno svolto attività difensiva.

4. - All'esito dell'udienza pubblica del 13 giugno 2018, la Seconda Sezione Civile di questa Corte, con ordinanza interlocutoria n. 25836 del 16 ottobre 2018, ha disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, rilevando come il ricorso presentasse una "questione di massima di particolare importanza".

L'ordinanza interlocutoria ha richiamato la giurisprudenza di questa Corte secondo cui la nullità prevista dalla L. n. 47 del 1985, art. 17 (ora D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46) per i negozi aventi ad oggetto immobili privi di concessione edificatoria (compresi quelli di "scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti") deve ritenersi limitata ai soli atti "tra vivi" e non riguarda, invece, gli atti "mortis causa" e quelli non autonomi rispetto ad essi, tra l'quali deve ritenersi compresa la divisione ereditaria quale atto conclusivo della vicenda successoria (Cass., Sez. 2, n. 15133 del 28/11/2001; Cass., Sez. 2, n. 630 del 17/01/2003; Cass., Sez. 2, n. 2313 del 01/02/2010); ed ha ritenuto che tale giurisprudenza meriti di essere rimeditata alla luce delle critiche avanzate dalla dottrina, sia con riferimento alla inclusione dello scioglimento della comunione ereditaria tra gli atti mortis causa, sia con riferimento alla presupposta efficacia meramente dichiarativa dell'atto divisorio.

5. - Il Primo Presidente ha disposto, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2, che sulla questione la Corte pronunci a Sezioni Unite.

Ragioni della decisione

1. - Col primo motivo di ricorso, si deduce (ex art. 360 c.p.c., n. 3) la violazione e la falsa applicazione del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1 (che ha sostituito, mutuandone il contenuto, la L. n. 47 del 1985, art. 17) e dell'art. 40, comma 2, della detta L. n. 47 del 1985, quest'ultimo relativo agli abusi edilizi realizzati (originariamente) entro il 1 ottobre 1983.

Sotto un primo profilo, la ricorrente curatela lamenta che la Corte territoriale, dopo aver accertato che le opere abusive erano state realizzate tra l'anno 1970 e il 1976, non abbia poi considerato che la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, - applicabile proprio in relazione all'epoca di realizzazione delle opere abusive - non prevede espressamente gli atti di scioglimento della comunione tra quelli per i quali commina la sanzione della nullità ove da essi non risultino le menzioni urbanistiche ovvero non sia prodotta la dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante l'inizio della costruzione in epoca anteriore al 1 settembre 1967.

Sotto un secondo profilo, poi, la ricorrente lamenta che la Corte territoriale abbia qualificato gli atti di scioglimento della comunione ereditaria come atti inter vivos, come tali sottostanti alle previsioni di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, se relativi a fabbricati abusivi, in contrasto con i principi enunciati, nella materia, dalla giurisprudenza di legittimità.

Il motivo, in sostanza, sottopone due questioni di diritto collegate tra di loro.

Innanzitutto, per quanto rileva nella presente controversia (avuto riguardo alla data di realizzazione dell'edificio abusivo), si tratta di stabilire se, tra gli atti tra vivi per i quali la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, commina la sanzione della nullità al ricorrere delle condizioni ivi previste, debbano ritenersi compresi o meno gli atti di scioglimento delle comunioni ("prima questione di diritto").

Ove la risposta a tale questione risulterà positiva (ove cioè debba ritenersi che lo scioglimento delle comunioni sia ricompreso tra gli atti tra vivi per i quali la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, commina la sanzione della nullità), si tratterà di risolvere un'altra conseguente questione di diritto: se possano considerarsi atti inter vivos, come tali soggetti alla comminatoria di nullità prevista dalla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, (ma anche dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1), solo gli atti di scioglimento della comunione "ordinaria" o anche quelli di scioglimento della comunione "ereditaria" ("seconda questione di diritto").

2. - La soluzione della prima questione deve muovere dal confronto tra il testo della disposizione di cui alla L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 17 (ora corrispondente al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46, comma 1, che ne ha mutuato il contenuto) e quello della disposizione di cui all'art. 40, comma 2, della medesima L. n. 47 del 1985, nonchè dall'analisi del significato dei relativi enunciati normativi sul piano logico-semantico.

Com'è noto, la L. 28 febbraio 1985, n. 47 (denominata "Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere abusive") ha predisposto un complesso sistema sanzionatorio degli abusi edilizi, che si muove su tre direttrici: le sanzioni penali dell'arresto e dell'ammenda nei confronti di chi ha realizzato l'edificio abusivo (D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44); le sanzioni amministrative della demolizione dell'edificio abusivo o dell'acquisizione di esso al patrimonio del comune (art. 31 D.P.R. cit.); le sanzioni civili della non negoziabilità con atti tra vivi dei diritti reali relativi al detto edificio (artt. 17 e 40 D.P.R. cit.).

Mentre le sanzioni penali hanno carattere "personale" (art. 27 Cost.) e - come tali - non possono trasmettersi agli eredi di colui che ha commesso l'abuso edilizio, le sanzioni amministrative e quelle civili hanno, invece, carattere "ambulatorio", nel senso che afferiscono al regime giuridico del bene (sono, cioè, propter rem) e valgono anche nei confronti degli eredi dell'autore dell'abuso.

Tali ultime sanzioni sono state configurate dalla legge in modo da perseguire il duplice scopo di reprimere - con riguardo al futuro - il fenomeno dell'abusivismo edilizio e di sanare - con riguardo al passato - gli abusi edilizi già consumati.

Nella prima direzione temporale, la L. n. 47 del 1985, art. 17, comma 1, ha stabilito, quanto alle sanzioni civili, che "Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria rilasciata ai sensi dell'art. 13. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù".

Nella seconda direzione, il successivo art. 40, comma 2, della medesima legge ha disposto - con riferimento alle costruzioni abusive realizzate prima dell'entrata in vigore della L. n. 47 del 1985 - che "Gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di garanzia o di servitù, relativi ad edifici o loro parti, sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ai sensi dell'art. 31 ovvero se agli stessi non viene allegata la copia per il richiedente della relativa domanda, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione, ovvero copia autentica di uno degli esemplari della domanda medesima, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'oblazione di cui al comma 6 dell'art. 35. Per le opere iniziate anteriormente al 1 settembre 1967, in luogo degli estremi della licenza edilizia può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, rilasciata dal proprietario o altro avente titolo, ai sensi e per gli effetti della L. 4 gennaio 1968, n. 15, art. 4, attestante che l'opera risulti iniziata in data anteriore al 1 settembre 1967".

Com'è noto, al menzionata L. n. 47 del 1985, art. 17 è stato abrogato (a differenza dell'art. 40, che è tuttora vigente) dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 136 ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia") a far data dalla entrata in vigore di tale ultimo decreto, ma è stato sostanzialmente riprodotto dall'art. 46 del medesimo D.P.R. n. 380, il cui comma 1 dispone:

"Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù".

Queste Sezioni Unite hanno recentemente statuito che "La nullità comminata dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 e dalla L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40 va ricondotta nell'ambito dell'art. 1418 c.c., comma 3, di cui costituisce una specifica declinazione, e deve qualificarsi come nullità "testuale", con tale espressione dovendo intendersi, in stretta adesione al dato normativo, un'unica fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono, volta a sanzionare la mancata inclusione in detti atti degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile, titolo che, tuttavia, deve esistere realmente e deve esser riferibile, proprio, a quell'immobile. Pertanto, in presenza nell'atto della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile, il contratto è valido a prescindere dal profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo menzionato" (Cass., Sez. Un., n. 8230 del 22/03/2019). Trattasi di una nullità che costituisce la sanzione per la violazione di norme imperative in materia urbanistico-ambientale, dettate a tutela dell'interesse generale all'ordinato assetto del territorio (cfr. Cass., Sez. 1, n. 13969 del 24/06/2011); ciò spiega perchè tale nullità sia rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (cfr. Cass. Sez. Un., n. 23825 del 11/11/2009; Cass., Sez. 2, n. 6684 del 07/03/2019).

Si deve avvertire che, seppur la nullità scaturisca dalla mancata dichiarazione nell'atto degli estremi del titolo abilitativo dell'edificio, e non dal carattere illecito dell'edificio in sè (la nullità, tuttavia, non è impedita dalla dichiarazione di un titolo abilitativo inesistente; mentre la mancata dichiarazione del titolo abilitativo esistente può essere emendata - D.P.R. n. 380 del 2001, ex art. 46, comma 4, e L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 3 - con atto successivo che contenga la dichiarazione prescritta), per ragioni di brevità nel prosieguo si parlerà di edifici "abusivi", con ciò intendendo nondimeno riferirsi (in conformità alla configurazione della fattispecie giuridica) a quegli edifici oggetto di atti negoziali in cui non siano menzionati gli estremi dei titoli abilitativi ad essi relativi.

Orbene, dal confronto tra la disposizione del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e quella della L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, risulta come soltanto nella prima gli "atti di scioglimento della comunione" sono espressamente contemplati tra quelli colpiti da nullità ove da essi non risultino le menzioni urbanistiche; nella seconda disposizione (la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2), invece, nessun riferimento espresso vi è agli atti di scioglimento della comunione.

Questa mancata coincidenza tra il testo delle due disposizioni ha indotto in passato questa Corte ad affermare, facendo applicazione del canone interpretativo "ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit", che la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, - a differenza di quanto vale per l'art. 17, comma 1, della stessa legge (ora D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1) - non è applicabile agli atti di scioglimento della comunione (Cass., Sez. 2, n. 14764 del 13/07/2005); sicchè nessuna

comminatoria di nullità esisterebbe per gli atti di scioglimento della comunione di qualsiasi tipo (anche comunione ordinaria) relativa ad edifici abusivi, non sanati, realizzati prima dell'entrata in vigore della L. n. 47 del 1985.

Le Sezioni Unite ritengono che vi siano validi argomenti per rivedere tale conclusione.

In primo luogo, sul piano della interpretazione letterale, va considerata la diversa struttura semantica delle due disposizioni normative.

Infatti, mentre il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 (come prima la L. n. 47 del 1985, art. 17, comma 1) individua gli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici abusivi (o a loro parti), per i quali commina la sanzione della nullità, avendo riguardo al loro effetto giuridico ("trasferimento, costituzione o scioglimento di comunione"), la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, invece, individua gli atti inter vivos per i quali commina la nullità avendo riguardo solo al loro "oggetto", richiedendo cioè che si tratti di "atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali (...) relativi ad edifici o loro parti", prescindendo dal loro effetto giuridico (il richiamo all'effetto giuridico degli atti, contenuto nella locuzione "esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di garanzia o di servitù", si rinviene nella disposizione solo con funzione eccettuativa, ossia per escludere, dal campo di applicazione della norma, gli atti costitutivi, modificativi ed estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù).

In sostanza, la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, indica gli atti oggetto della comminatoria di nullità in modo ellittico e sintetico, attraverso l'amplissima formula "atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali (...) relativi ad edifici o loro parti"; tale espressione, sul piano logico-semantico, risulta comprensiva di tutti gli atti inter vivos aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici, qualunque effetto giuridico abbiano, eccettuati solo gli atti espressamente esclusi.

Pertanto, come - nella detta formula - devono ritenersi senza dubbio compresi gli atti di trasferimento o di costituzione di diritti reali aventi ad oggetto edifici o loro parti (anch'essi non espressamente previsti), così non vi sono ragioni per escludere - sul piano dell'interpretazione letterale - gli atti di scioglimento della comunione se e in quanto aventi ad oggetto edifici (o loro parti).

In secondo luogo, poi, sul piano della interpretazione teleologica e avuto riguardo allo scopo perseguito dal legislatore, va considerato che sia l'art. 46 che l'art. 40 disciplinano comunque atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici abusivi o a loro parti.

Non potrebbe comprendersi, allora, in mancanza di espressa previsione di legge, perchè lo scioglimento della comunione di un immobile abusivo e non sanabile dovrebbe ritenersi consentito per il solo fatto che il fabbricato sia stato realizzato prima dell'entrata in vigore della L. n. 47 del 1985; considerato, peraltro, che le sanzioni amministrative della demolizione dell'edificio abusivo e dell'acquisizione di esso al patrimonio del comune valgono anche per i fabbricati realizzati prima della entrata in vigore della detta legge.

Tantomeno potrebbe comprendersi perchè dovrebbe essere vietata la compravendita o la costituzione di usufrutto relativamente ad un tale immobile e dovrebbe invece essere consentito

lo scioglimento della comunione, pur se trattasi di comunione non ereditaria.

In entrambi i casi si è dinanzi ad un immobile edificato illecitamente e non ricondotto a legittimità sul piano amministrativo. La omogeneità delle situazioni non consente, in mancanza di una espressa previsione normativa, di concludere per una diversità di disciplina.

In definitiva, va preso atto che la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, sia pure attraverso un diverso percorso semantico, ha la medesima estensione applicativa dell'art. 46 del D.P.R. n. 380 cit. (e della disposizione che lo ha preceduto). Nulla autorizza a ritenere che la comminatoria di nullità prevista dalla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, abbia un ambito oggettivo diverso da quello della comminatoria prevista dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1; nulla autorizza a ritenere che gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi o loro parti siano esclusi, alle condizioni stabilite, dalla comminatoria di nullità, considerato che essi rientrano comunque nella classe degli atti contemplati nella disposizione di cui alla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2; nulla autorizza a ritenere che il legislatore abbia inteso prevedere una disciplina differenziata per gli atti di scioglimento di comunione aventi ad oggetto edifici, a seconda che la costruzione sia stata realizzata in data anteriore o successiva rispetto all'entrata in vigore della L. n. 47 del 1985.

Alla stregua di quanto sopra, deve concludersi che la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, è applicabile anche agli atti di scioglimento della comunione. Restano fuori dal campo di applicazione della L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, così come - d'altra parte - dal campo di applicazione del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, (e prima della L. n. 47 del 1985, art. 17, comma 1), gli atti mortis causa e, tra quelli inter vivos, gli atti privi di efficacia traslativa reale (ossia quelli ad effetti meramente obbligatori), gli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù (espressamente esclusi dalle richiamate disposizioni) e - come si vedrà nel prosieguo - gli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali (D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6).

La prima questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite va dunque risolta con l'enunciazione - ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1, - del seguente principio di diritto:

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

Dal principio di diritto appena enunciato scaturisce l'infondatezza della censura in esame, giacchè l'applicabilità della L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, alla fattispecie per cui è causa (per essere state le parti abusive dell'edificio in comunione edificate - secondo l'accertamento in fatto compiuto dalla Corte territoriale - prima della entrata in vigore della detta legge) non

comporta affatto l'esclusione della comminatoria della nullità per gli atti di scioglimento della comunione.

Una volta risolta la prima questione di diritto nel senso che lo scioglimento della comunione deve ritenersi ricompreso tra gli atti tra vivi per i quali la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, commina la sanzione della nullità, è necessario passare all'esame della seconda questione sottoposta col primo motivo di ricorso.

3. - La questione di diritto ora da risolvere è la seguente: se nel novero degli atti tra vivi, per i quali la L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, comma 2, (come sopra interpretato) commina la sanzione della nullità, possa includersi solo l'atto di scioglimento della comunione ordinaria, dovendo ritenersi l'atto di divisione della comunione ereditaria un negozio assimilabile agli atti mortis causa, ovvero debba includersi anche l'atto di scioglimento della comunione ereditaria, da qualificarsi invece come negozio inter vivos.

Seppure, nella presente causa, in relazione all'epoca di realizzazione dell'abuso edilizio, rilevi solo l'applicazione dell'art. 40 cit., la questione ha valenza più ampia, investendo, nei medesimi termini, anche l'interpretazione del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46, comma 1. Essa, pertanto, può essere trattata in termini generali, in rapporto ad entrambe le norme.

Com'è noto, la giurisprudenza di questa Corte ha ritenuto di risolvere la questione in esame affermando che l'atto di scioglimento della comunione ereditaria è un negozio assimilabile agli atti mortis causa, come tale sottratto alla disciplina della L. n. 47 del 1985.

Si è affermato, in particolare, che la nullità prevista dalla L. n. 47 del 1985, art. 17 con riferimento alle vicende negoziali relative a beni immobili privi della necessaria concessione edificatoria, tra le quali sono da ricomprendere anche gli atti di "scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti", deve ritenersi limitata ai soli "atti tra vivi", rimanendo esclusa, quindi, tutta la categoria degli atti "mortis causa" e di quelli non autonomi rispetto ad essi, tra i quali deve ritenersi compresa la divisione ereditaria, quale atto conclusivo della vicenda successoria (Cass., Sez. 2, n. 15133 del 28/11/2001; Cass., Sez. 2, n. 2313 del 01/02/2010). E si è ritenuto di trovare sostegno a tale conclusione nel dato positivo offerto dall'art. 757 c.c., che assegna "efficacia retroattiva" alle attribuzioni scaturenti dall'atto divisionale, essendosi da tale disposizione dedotto che la divisione non ha efficacia traslativa, non è cioè un atto di alienazione, ma ha natura puramente dichiarativa (Cass., Sez. 2, n. 9659 del 24/07/2000; Cass., Sez. 3, n. 7231 del 29/03/2006; Cass., Sez. 2, n. 17061 del 05/08/2011; Cass., Sez. 2, n. 26351 del 07/11/2017).

Il Collegio ritiene di non poter condividere queste conclusioni per le ragioni qui di seguito illustrate.

Prima di esaminare funditus la questione circa la natura giuridica dell'atto di scioglimento della comunione ereditaria, appare opportuno svolgere alcune essenziali premesse volte a illustrare l'attuale configurazione codicistica della comunione ereditaria e del suo scioglimento.

4. - La legge non definisce la comunione "ereditaria", la cui nozione va ricavata da quella - più generale - dettata dall'art. 1100 c.c. per la comunione c.d. "ordinaria", definita come quella situazione in cui "la proprietà o altro diritto reale spetta in comune a più persone". Ogni comunione consiste nella contitolarità della proprietà di un bene o di altro diritto reale sopra di esso, di modo che ogni compartecipe è titolare del diritto sull'intero bene per una quota ideale: la "quota" è la misura della contitolarità spettante al partecipe alla comunione.

Ma la peculiarità della comunione ereditaria, che ne fa una "figura speciale" rispetto alla più generale figura della comunione (è questa la ragione per cui è soggetta alla medesima disciplina della comunione ordinaria - artt. 1100 c.c. e segg. - in quanto con essa compatibile), consiste nel fatto che essa ha ad oggetto i beni che componevano il patrimonio del de cuius e si costituisce ipso iure tra gli eredi quando, a seguito dell'apertura di una successione mortis causa, vi siano una pluralità di chiamati all'eredità ed una pluralità di accettazioni (espresse o tacite).

La comunione ereditaria è, perciò, indipendente dalla volontà dei chiamati alla eredità (non è una comunione "volontaria", mancando un atto negoziale diretto a costituirla) e va annoverata tra le comunioni "incidentali" ("communio incidens"), in quanto sorge per il verificarsi del mero "fatto giuridico" della pluralità di acquisti della medesima eredità; tale fatto è indipendente ed esterno rispetto al negozio di accettazione, diretto com'è - quest'ultimo - solo a perfezionare l'acquisto della eredità (per la qualificazione della comunione ereditaria come comunione incidentale, cfr. Cass., Sez. 2, n. 355 del 10/01/2011; Cass., Sez. 2, n. 1085 del 30/01/1995). Con l'apertura della successione e con l'accettazione, gli eredi subentrano in universum ius defuncti in modo indistinto e promiscuo, divenendo (con)titolari dell'intero patrimonio del de cuius e di tutte le attività che lo compongono.

Carattere peculiare della comunione ereditaria è il fatto che essa - a differenza della comunione ordinaria, la quale può avere ad oggetto solo i diritti reali, ma non quelli personali - comprende anche i crediti del de cuius, i quali - secondo quanto prevede l'art. 727 c.c. - vanno inclusi nelle porzioni da formare ai fini della divisione della eredità (Cass., Sez. Un., n. 24657 del 28/11/2007; Cass., Sez. 2, n. 11128 del 13/10/1992; Cass., Sez. 3, n. 15894 del 11/07/2014). Non fanno parte della comunione ereditaria, invece, i debiti del defunto, i quali si ripartiscono automaticamente tra i coheredes in proporzione delle rispettive quote ereditarie (art. 752 c.c.), di modo che ogni coerede può essere chiamato a rispondere di essi solo nei limiti della propria quota ("debita hereditaria ipso iure dividuntur").

Ogni comunione è, per sua natura, "transitoria", potendo in ogni momento cessare. La cessazione della comunione può determinarsi per fatti o atti giuridici (come il perimento della cosa comune; l'usucapione di essa da parte del contitolare o di un terzo; la donazione di quota tra compartecipi; l'acquisto della quota del compartecipe per successione mortis causa; l'accrescimento; la rinunzia abdicativa); ma ciascuno dei partecipanti può chiedere in ogni tempo lo scioglimento della comunione (c.d. "divisione"), anche in disaccordo con gli altri compartecipi, mediante l'esercizio di un apposito diritto potestativo individuale riconosciutogli dall'ordinamento (art. 1111 c.c., comma 1): vale il principio "In communione nemo compellitur invitus detineri".

Tale principio, che nella comunione ordinaria può essere derogato con l'accordo dei compartecipi di rimanere in comunione purchè per un tempo non superiore a dieci anni (art. 1111 c.c., comma 2), è inderogabile nella comunione ereditaria, in quanto "i coeredi possono sempre domandare la divisione" (art. 713 c.c.); anche se in taluni casi la legge prevede una indivisibilità temporanea della comunione ereditaria, a tutela degli interessi di particolari chiamati (art. 715 c.c.) o del patrimonio ereditario (art. 717 c.c.).

La divisione - la cui disciplina codicistica, dettata con riferimento alla comunione ereditaria, si applica anche alla comunione ordinaria in quanto compatibile (art. 1116 c.c.) - può essere "contrattuale", quando è conseguita attraverso l'accordo tra i tutti i partecipanti alla comunione, culminante nella stipulazione di un apposito contratto divisionale (divisio ex contractu); oppure "giudiziale", quando è disposta con apposita pronuncia del giudice (divisio ope iudicis) a seguito dell'azione di divisione esercitata da uno dei partecipanti alla comunione (si tratta dell'azione che le fonti giustineanee denominano "actio familiae erciscundae", che corrisponde, con riguardo alla comunione ordinaria, alractio communi dividundo").

Il negozio divisorio (che, quando concerne beni immobili, è soggetto alla forma scritta ad substantiam: art. 1350 c.c., n. 11) è un contratto plurilaterale, cui devono necessariamente prendere parte tutti i partecipanti alla comunione, con il quale la quota ideale spettante a ciascun condividente (pars quota) viene convertita in una "porzione concreta" (pars quanta) dei beni comuni in titolarità esclusiva (c.d. "apporzionamento").

L'apporzionamento determina l'attribuzione in titolarità esclusiva dei diritti in comunione su una porzione di essi, il cui valore, rispetto al valore dei beni divisi, deve corrispondere al valore della quota spettante al condividente sui beni comuni.

Anche la divisione giudiziale, come quella contrattuale, esige la partecipazione al giudizio di tutti i compartecipi (l'art. 784 c.p.c. prevede espressamente che, nel giudizio divisorio, vi è litisconsorzio necessario tra tutti gli eredi o condomini: cfr. Cass., Sez. 2, n. 4891 del 26/04/1993; Cass., Sez. 1, n. 7954 del 13/08/1998). Con essa alla contitolarità del diritto sopra i beni comuni si sostituisce il diritto esclusivo di ciascuno degli originari partecipanti su una parte di tali beni; ma la legge prevede che, qualora i beni ereditari non possano essere divisi in natura, si possa procedere all'attribuzione congiunta (se più coeredi la chiedano) o alla vendita all'incanto con successiva divisione del ricavato (artt. 720 e 722 c.c.).

5. - Premesso quanto sopra in ordine alla natura della comunione ereditaria e della relativa divisione, può passarsi all'esame degli argomenti posti a fondamento della tesi secondo cui l'atto di scioglimento della comunione ereditaria avente ad oggetto un edificio abusivo o parti di esso non sarebbe tra quelli sanzionati con la nullità dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, pur se da esso non risultino le menzioni urbanistiche.

5.1. - Il primo argomento su cui si fonda la tesi di cui sopra è quello secondo cui l'atto di divisione di una comunione ereditaria non sarebbe un atto inter vivos, ma sarebbe assimilabile agli atti mortis causa (così, Cass., n. 15133 del 2001, cit.).

Sul punto, va ricordato che, secondo la dottrina, i negozi a causa di morte si distinguono dai negozi tra vivi per il fatto che i loro effetti giuridici sono collegati all'evento della morte del loro autore, del quale sono destinati a regolamentare la vicenda successoria o a disporre per il tempo successivo alla sua morte. Nei negozi mortis causa, la morte è l'evento in forza del quale l'effetto giuridico si produce e senza il quale il negozio non produce alcun effetto.

Nel nostro ordinamento, che vieta i patti successori (eccettuati ora i patti di famiglia: art. 458, come novellato dalla L. 14 febbraio 2006, n. 55, art. 1), si ritiene tradizionalmente che l'unico negozio a causa di morte sia il testamento (art. 587 c.c.); accanto al quale si pongono - quali negozi mortis causa a struttura inter vivos la dispensa dalla imputazione (art. 564 c.c., comma 2) e la dispensa dalla collazione (art. 737 c.c.), ove contenute in un atto di donazione o in un atto inter vivos posteriore alla donazione.

Orbene, se la morte dell'autore del negozio è l'evento che connota i negozi mortis causa e che determina la produzione dei loro effetti, è da escludere che il contratto di scioglimento della comunione ereditaria possa essere qualificato come negozio mortis causa.

Il contratto di divisione ereditaria, infatti, produce i propri effetti indipendentemente dalla morte del de cuius (che costituisce un fatto del passato, i cui effetti giuridici si sono esauriti con l'insorgere della comunione ovvero con l'eventuale divisione disposta dal testatore ex art. 734 c.c.). Esso, piuttosto, produce i propri effetti immediatamente, col mero scambio dei consensi espresso dai condividenti nelle forme di legge; il suo contenuto - ossia l'attribuzione di un cespite o di un altro in titolarità esclusiva - dipende dalla volontà degli eredi, non da quella del de cuius: ciò ne determina, indubbiamente, il carattere di negozio inter vivos.

L'atto di scioglimento della comunione ereditaria va dunque assimilato, quanto alla natura e ai suoi effetti, all'atto di scioglimento della comunione ordinaria: entrambi costituiscono contratti plurilaterali ad effetti reali e con funzione distributiva, con i quali i contraenti si ripartiscono le cose comuni in proporzione alle rispettive quote, facendo cessare lo stato di contitolarità in cui essi si trovano rispetto ad un bene o ad un complesso di beni; entrambi i negozi producono i loro effetti col mero scambio dei consensi espresso nelle forme di legge.

In sostanza, la diversa origine della comunione non muta nè la natura nè gli effetti del negozio divisorio, che ha carattere unitario. Di ciò, del resto, si trae conferma dalla previsione dell'art. 1116 c.c., che estende l'applicazione delle norme sulla divisione dell'eredità alla divisione delle cose comuni, in quanto non contrastino con le norme che regolano la comunione.

Non può condividersi, perciò, l'affermazione secondo cui lo scioglimento della comunione ereditaria sarebbe un atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria, della quale costituirebbe l'evento terminale, permeandosi così della medesima natura.

Innanzitutto, lo scioglimento della comunione - seppure corrisponda all'id quod plerumque accidit - non costituisce un atto necessariamente conseguente all'evento successorio; è un atto "eventuale", che potrebbe non essere compiuto dagli eredi ove essi decidano di rimanere in comunione.

Va poi considerato che il fatto che un negozio si inserisca nella vicenda successoria non implica affatto che esso debba essere qualificato mortis causa: persino l'accettazione dell'eredità (art. 459 c.c.), che pur costituisce un atto necessario della vicenda successoria essendo indispensabile al suo completamento, non costituisce un negozio mortis causa, dovendosi piuttosto qualificare come un negozio unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.).

In realtà, una volta che la successione si è perfezionata con le accettazioni dell'eredità da parte dei chiamati, il fenomeno successorio si è esaurito, rimanendo ad esso estranee le vicende negoziali successive.

Infine, va considerato che assimilare l'atto di divisione ereditaria ai negozi mortis causa, così da sottrarlo alla comminatoria di nullità prevista, per gli edifici abusivi, dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, comma 2, condurrebbe a conseguenze incongrue ove, non potendosi addivenire all'assegnazione dei beni ai compartecipi (c.d. divisione "naturale"), debba farsi luogo alla divisione "civile" mediante la vendita all'incanto ai sensi dell'art. 720 c.c. (ad es., in ragione della indivisibilità dell'immobile). La vendita all'incanto, infatti, quale atto indubbiamente inter vivos, sarebbe colpita comunque dalla sanzione della nullità di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 e L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2; con la conseguenza che risulterebbe consentita (sarebbe cioè esente da nullità) la divisione naturale, mentre sarebbe vietata la divisione civile, con conseguente contraddittorietà ed illogicità del sistema.

Deve allora concludersi, sul punto, che l'atto di scioglimento della comunione ereditaria costituisce un negozio inter vivos, allo stesso modo dell'atto di scioglimento della comunione ordinaria.

5.2. - Altro argomento posto (da Cass. n. 15133 del 2001, cit.) a fondamento della tesi secondo cui l'atto di scioglimento della comunione ereditaria avente ad oggetto un edificio abusivo o parti di esso non sarebbe assimilabile all'atto di scioglimento della comunione ordinaria (come tale colpito dalla comminatoria di nullità ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2) è quello secondo cui, diversamente opinando, si perverrebbe ad una irragionevole disparità di trattamento rispetto all'ipotesi, ritenuta "omogenea", in cui la divisione sia stata operata dal testatore, ipotesi questa in cui pacificamente si ritiene non applicabile la disciplina dettata dalle disposizioni sopra richiamate.

Anche questo argomento non può essere condiviso.

La divisione testamentaria, prevista dall'art. 734 c.c. (derivata dall'antica "divisio inter liberos"), consiste in ciò, che il testatore, nell'istituire gli eredi, provvede alla materiale composizione delle quote a ciascuno di essi destinate.

Ora, carattere precipuo della divisione testamentaria è quello di evitare la comunione ereditaria e dar luogo, piuttosto, ad una successione "individuale" di ciascun singolo erede. Perciò, alla morte del testatore, neppure sorge una comunione tra gli eredi; non viene a formarsi alcuna situazione di contitolarità del patrimonio ereditario tra i coeredi, bensì direttamente una situazione di titolarità solitaria di ciascun erede (ciò, naturalmente, a condizione che la divisione

del testatore riguardi tutti i beni ereditari; altrimenti, la successione individuale sarà limitata ai soli beni divisi dal de cuius, instaurandosi per gli altri la comunione tra i coeredi).

E allora, anche a voler rinvenire una omogeneità tra la divisione testamentaria e quella contrattuale, tale omogeneità è limitata al profilo funzionale dell'apporzionamento dei beni tra gli eredi (disposto nell'un caso con le disposizioni testamentarie, nell'altro con quelle contrattuali), ma essa non attinge la natura degli atti giuridici attraverso i quali l'apporzionamento viene conseguito, che rimane sostanzialmente diversa.

E infatti, la divisione testamentaria costituisce certamente un atto mortis causa, perchè scaturisce dalla volontà del testatore e produce i propri effetti, ipso iure, con la morte del testatore e con l'apertura della successione; la divisione contrattuale, invece, non può che essere un negozio tra vivi, in quanto scaturisce dalla volontà degli eredi ed i suoi effetti sono indipendenti dall'evento della morte del de cuius.

Nè può ritenersi illogico che al de cuius sia consentito - mediante il testamento - dividere tra i futuri eredi l'edificio abusivo di cui è proprietario, mentre agli eredi sia vietato dividere tra loro il medesimo edificio con apposito contratto divisorio.

La ratio delle disposizioni di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e alla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, è, infatti, quella di rendere i diritti reali sugli edifici abusivi "non negoziabili" con atto tra vivi e, nel contempo, di assicurare - a garanzia della certezza e della stabilità dei rapporti giuridici - la loro trasmissibilità iure ereditatis.

Gli eredi subentrano nella medesima posizione del defunto ed acquistano, perciò, il fabbricato abusivo nel medesimo stato di fatto e di diritto in cui era posseduto dal de cuius.

E' naturale allora che, come il de cuius non avrebbe potuto alienare l'immobile abusivo a terzi o dividerlo con l'eventuale comproprietario di esso, così - ove l'edificio abusivo cada in comunione ereditaria - anche i coheredes non possano alienare a terzi o dividere tra loro il fabbricato abusivo edificato dal loro dante causa, essendo tale immobile destinato a rimanere in comunione fino a quando non sia sanato (ove possibile) o fino a quando l'abuso edilizio non sia materialmente eliminato.

5.3. - Ulteriore argomento, posto a sostegno della tesi secondo cui l'atto di scioglimento della comunione ereditaria avente ad oggetto un edificio abusivo (o parti di esso) non sarebbe oggetto della comminatoria di nullità di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, è quello che fa perno sull'efficacia retroattiva della divisione.

La retroattività - com'è noto - è un fenomeno giuridico di tutto rilievo nella successione mortis causa, cui il legislatore ricorre per ricondurre gli effetti di determinati atti al momento dell'apertura della successione e assicurare così la continuità della titolarità dei beni tra il defunto e l'erede (così: l'art. 459 c.c. per l'accettazione della eredità; l'art. 521 c.c. per la rinunzia alla eredità; l'art. 649 c.c. per l'acquisto del legato).

Con riferimento alla divisione, l'art. 757 c.c. stabilisce che "Ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione,

anche per l'acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari".

L'efficacia retroattiva della divisione - le cui radici risalgono al diritto intermedio (dove aveva lo scopo di evitare che il tributo feudale dovuto per l'acquisto dell'eredità dovesse essere corrisposto due volte, all'atto della successione e all'atto della divisione) - si traduce nella negazione di una successione fra i compartecipi, nel senso che il condividente viene considerato proprietario esclusivo del bene assegnatogli con effetto ex tunc, fin dal momento dell'apertura della successione, come se su quel bene non vi fosse stato - nel periodo intermedio intercorso tra la morte del de cuius e lo scioglimento della comunione - un rapporto di comunione tra gli eredi.

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; ma essa non cancella gli altri effetti della comunione e le situazioni attive e passive acquisite dal condividente o dai terzi durante lo stato di comunione: ad es., i frutti naturali della cosa comune già separati al momento della divisione restano acquisiti alla comunione e non competono all'assegnatario del bene che li aveva prodotti (cfr., Cass., Sez. 2, n. 2975 del 20/03/1991); i condividenti sono tenuti a reciproca garanzia per l'evizione (art. 759 c.c.); sopravvivono pure i diritti reali costituiti in favore di terzi durante la comunione (salva la garanzia ipotecaria costituta dal compartecipe che, ai sensi dell'art. 2825 c.c., si trasferisce sui beni a lui assegnati); restano opponibili i rapporti di locazione.

Orbene, la dottrina tradizionale e la giurisprudenza hanno ritenuto che l'efficacia retroattiva della divisione deponesse per la natura meramente dichiarativa dell'atto divisorio, con esclusione di ogni efficacia costitutiva o traslativa, in quanto, in forza dell'effetto previsto dall'art. 757 c.c., ciascun singolo erede acquista direttamente dal de cuius e non dagli altri condividenti ed è come se la comunione non fosse mai esistita (Cass., Sez. 2, n. 26351 del 07/11/2017; Cass., Sez. 2, n. 17061 del 05/08/2011; Cass., Sez. 3, n. 7231 del 29/03/2006; Cass., Sez. 2, n. 9659 del 24/07/2000). L'efficacia retroattiva della divisione - si assume - escluderebbe che l'atto divisorio possa avere efficacia traslativa, quale atto di alienazione, dovendosi l'efficacia traslativa retrodatare al momento dell'apertura della successione; dal che troverebbe conferma l'esclusione della sua natura di atto inter vivos.

L'idea che l'efficacia retroattiva della divisione, prevista dall'art. 757 c.c., implichi la necessità di configurare l'atto divisorio come un negozio meramente dichiarativo costituisce una delle costruzioni dogmatiche più risalenti e resistenti nella dottrina tradizionale; un "dogma" che, tuttavia, ad un attento esame, si rivela privo di solide fondamenta.

Diverse sono le ragioni che non consentono di aderire a tale tesi.

5.3.1. - In primo luogo, va osservato, sul piano della teoria generale, che il fenomeno della retroattività di un atto giuridico si accompagna, per sua natura, all'efficacia costitutiva dell'atto stesso ed è incompatibile con l'efficacia meramente dichiarativa del medesimo.

Invero, non possono retroagire gli effetti di un atto che si limita a dichiarare o accertare la situazione giuridica già esistente; possono retroagire, invece, gli effetti dell'atto che immuta la realtà giuridica. E' per tale ragione che non hanno effetto retroattivo le sentenze che accertano la nullità di un negozio, mentre hanno effetto retroattivo le sentenze che pronunciano l'annullamento o la risoluzione di un contratto.

In sostanza, l'efficacia retroattiva di un negozio si coniuga, per sua natura, col carattere costitutivo, traslativo, con l'efficacia reale dello stesso; essa, invece, non si attaglia al negozio che abbia carattere meramente dichiarativo.

D'altra parte, l'art. 757 c.c. - laddove prevede che l'efficacia retroattiva si estende a tutti i beni ereditari pervenuti al coerede "anche per acquisto all'incanto" - attribuisce espressamente l'efficacia retroattiva ad atti con effetti costitutivi-traslativi, come l'acquisto dei beni in comunione che il compartecipe faccia mediante compravendita o all'incanto (artt. 719 e 720 c.c.).

E', dunque, lo stesso art. 757 c.c. che lega l'efficacia retroattiva ad atti tipicamente di natura costitutivo-traslativa.

5.3.2. - In secondo luogo, poi, va considerato che lo scioglimento della comunione non accerta o dichiara affatto una situazione giuridica preesistente, ma immuta sostanzialmente la realtà giuridica. Con la divisione, infatti, ogni condividente perde la (com)proprietà di tutti i cespiti costituenti l'asse ereditario e concentra il proprio diritto su uno solo o su alcuni di essi ("aliquid datum, aliquid retentum"); sorgono, dunque, tante proprietà individuali laddove, prima, esisteva una comproprietà.

E' chiaro, dunque, che l'idea secondo cui la divisione non costituirebbe titolo di acquisto dei beni assegnati in proprietà esclusiva può essere condivisa solo a patto di restringerne il significato al piano puramente economico, essendo chiaro che il passaggio dalla contitolarità pro quota dei beni comuni alla titolarità esclusiva della porzione non si traduce in un incremento patrimoniale per il condividente.

Tuttavia, sul piano della modificazione della sfera giuridica dei condividenti, è indubbio come nel fenomeno divisorio sia insito un effetto costitutivo, sostanzialmente traslativo, perchè con la divisione ogni condividente 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): le quote ideali spettanti a ciascun condividente su tutti i beni facenti parte della comunione sono convertite in titolarità esclusiva su taluni singoli beni.

Deve, pertanto, riconoscersi che la divisione ha una natura specificativa, attributiva, che impone di collocarla tra gli atti ad efficacia tipicamente costitutiva e traslativa (efficacia, peraltro, della quale non si dubitava nè nel diritto romano nè in quello intermedio).

D'altra parte, l'acquisto che il compartecipe consegue tramite la divisione non è diverso, sul piano effettuale, da quello che il compartecipe potrebbe ottenere ove acquistasse la proprietà esclusiva dello stesso cespite in virtù di un normale negozio traslativo (ad es. compravendita), per volontà unanime dei coeredi.

5.3.3. - Va piuttosto osservato come la tesi che vorrebbe far discendere la natura di atto meramente dichiarativo della divisione dalla sua efficacia retroattiva finisca, in realtà, per confondere l'efficacia "legale" dell'atto, derivante dall'art. 757 c.c., con la natura dell'atto stesso.

E' vero che la legge (art. 757 c.c.) fa retroagire l'efficacia della divisione al momento dell'apertura della successione; ma tale effetto giuridico non è dichiaratività: è semplice retroattività.

Se non vi fosse l'art. 757 c.c., infatti, l'acquisto ex divisione sarebbe sottoposto alle medesime regole che valgono per ogni contratto traslativo ed avrebbe, perciò, effetti ex nunc, ossia dal momento del perfezionamento del contratto divisorio.

E' il legislatore che, per assicurare continuità tra la posizione giuridica del defunto e quella dell'erede attributario del bene diviso, fa retroagire gli effetti dell'acquisto al momento dell'apertura della successione. Questa retrodatazione prevista dalla legge è, tuttavia, limitata agli "effetti" della divisione (come si evince dalla stessa locuzione adoperata dall'art. 757 c.c.: "ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota"); ma non incide sulla natura dell'atto, che è e rimane costitutiva.

La divisione, come si è detto, dà luogo ad un mutamento della situazione giuridico-patrimoniale del condividente; e tale mutamento, che vale a determinare la natura costitutivo-traslativa dell'atto divisorio, è logicamente precedente ed indipendente rispetto all'effetto retroattivo.

D'altra parte, è pacifico che il principio dell'efficacia retroattiva della divisione ereditaria di cui all'art. 757 c.c. si applichi anche agli atti di scioglimento della comunione ordinaria (cfr. Cass., Sez. 3, n. 7231 del 29/03/2006; Cass., Sez. 2, n. 17061 del 05/08/2011; Cass., Sez. 2, n. 8315 del 16/08/1990), che indubbiamente sono sottoposti alla comminatoria di nullità di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1. Non può logicamente sostenersi - allora - che sia l'efficacia retroattiva della divisione ad imporre di sottrarre gli atti di scioglimento della comunione ereditaria alla medesima comminatoria di nullità.

5.3.4. - In conclusione, dalla disposizione di cui all'art. 757 c.c. e dall'efficacia retroattiva dell'atto divisionale, non può argomentarsi la natura meramente dichiarativa del contratto di divisione ereditaria e, tantomeno, la sua natura di atto mortis causa.

La divisione non ha causa ricognitiva di effetti giuridici già verificatisi, ma - al contrario - ha causa attributiva e distributiva, in quanto ciascun condividente può 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 di quella comunione.

Essa costituisce, pertanto, un atto assimilabile a quelli di natura traslativa, per i quali la L. n. 47 del 1985 e il D.P.R. n. 380 del 2001 comminano la sanzione della nullità ove abbiano ad oggetto edifici abusivi o parti di essi.

5.4. - La tesi secondo cui l'atto di scioglimento della comunione ereditaria avente ad oggetto un edificio abusivo non sarebbe oggetto della comminatoria di nullità di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40 è, d'altra parte, smentita dal testo delle

disposizioni appena richiamate, interpretate secondo i canoni previsti dall'art. 12 preleggi, comma 1.

5.4.1. - Innanzitutto, sul piano dell'interpretazione letterale della legge, secondo il "significato proprio delle parole" (art. 12 preleggi, comma 1, prima parte), va considerato che il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 (come, prima di esso, la L. n. 47 del 1985, art. 17) include espressamente l'atto di scioglimento della comunione avente ad oggetto edifici abusivi (o loro parti) tra gli atti inter vivos colpiti da nullità; ed analoga inclusione deve ritenersi per quanto si è veduto supra (par. 2.) - con riferimento alla L. n. 47 del 1985, art. 40.

E' dunque la legge che commina espressamente la nullità dell'atto di scioglimento della comunione che abbia ad oggetto edifici abusivi, senza distinguere in alcun modo tra scioglimento della comunione ordinaria e scioglimento della comunione ereditaria.

La previsione - nel D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 e L. n. 47 del 1985, art. 40 - di un "unico" regime giuridico per ogni tipo di scioglimento di comunione comporta, in applicazione del canone interpretativo "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus", che lo scioglimento della comunione ereditaria, ove abbia ad oggetto fabbricati abusivi (o parti di essi), deve ritenersi sottoposto al medesimo trattamento giuridico ("comminatoria di nullità") previsto per lo scioglimento della comunione ordinaria.

Si è già rilevato, peraltro, che il fenomeno divisorio ha carattere unitario, tanto che la disciplina dettata dal codice civile per la divisione ereditaria si applica anche allo scioglimento della comunione ordinaria in quanto compatibile (art. 1116 c.c.) e che persino l'effetto retroattivo previsto per la divisione ereditaria vale anche per le divisioni dei beni comuni.

Non vi sono, pertanto, valide ragioni per ritenere che lo scioglimento della comunione ereditaria sia sottratto alla comminatoria di nullità di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 e L. n. 47 del 1985, art. 40.

Piuttosto, va rilevato che l'inclusione degli atti di scioglimento della comunione ereditaria relativa a fabbricati abusivi tra quelli colpiti da nullità ai sensi del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40 è 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.

La non negoziabilità con atti inter vivos dei diritti reali su edifici abusivi costituisce, infatti, un importante deterrente alla realizzazione degli abusi edilizi; e tale deterrente risulterebbe indubbiamente depotenziato ove il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, fossero interpretati nel senso di consentire agli eredi di colui che ha realizzato la costruzione abusiva di sciogliersi dalla comunione ereditaria. Nè avrebbe senso, sul piano della formazione delle quote in natura tra i condividenti, sciogliere la comunione su un edificio abusivo (non sanato), attribuendolo in titolarità esclusiva ad uno dei coeredi, quando un tale edificio deve essere comunque demolito o acquisito al patrimonio dell'ente comunale.

5.4.2. - Conferma della correttezza di tale conclusione si ricava, d'altra parte, sempre sul piano dell'interpretazione letterale della legge, dalla considerazione che il legislatore, quando ha inteso sottrarre le divisioni ereditarie all'applicazione della normativa dettata in tema di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, lo ha detto espressamente.

Decisiva è, in tal senso, la previsione del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 30 (già L. n. 47 del 1985, art. 18) in materia di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio.

Tale disposizione, dopo aver stabilito, nel primo periodo del comma 2, che "Gli atti tra vivi (..) aventi ad oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni sono nulli e non possono essere stipulati (...) ove agli atti stessi non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti l'area interessata", aggiunge poi, nel decimo e ultimo comma, che "Le disposizioni di cui sopra (...) non si applicano comunque alle divisioni ereditarie, alle donazioni fra coniugi e fra parenti in linea retta e ai testamenti, nonchè agli atti costitutivi, modificativi od estintivi di diritti reali di garanzia e di servitù".

Com'è agevole osservare, quest'ultima previsione svolge una funzione eccettuativa rispetto al resto della disposizione, essendo destinata ad escludere dalla comminatoria di nullità - prevista per gli atti di lottizzazione di terreni ai quali non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica - una serie di atti espressamente elencati, tra i quali le "divisioni ereditarie": ciò non altro significa che, in mancanza di tale previsione derogatoria, anche le divisioni ereditarie sarebbero state sottoposte al regime dettato dall'art. 30 cit.

Orbene, tale previsione non può non riflettersi nella interpretazione delle altre norme del D.P.R. n. 380 del 2001, dovendo ritenersi che il legislatore, ogni volta che ha inteso escludere un determinato tipo di atto dall'applicazione della normativa sanzionatoria dettata in via generale, lo ha detto espressamente. L'interprete, perciò, non può estendere la deroga al di là dei casi espressamente previsti dalla legge ("ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit").

In altri termini, la determinazione dell'ambito oggettivo di applicazione del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, deve tener conto della circostanza che tale articolo non contiene una previsione eccettuativa analoga a quella dell'ultimo comma dell'art. 30 della stessa legge. La mancanza di una tale previsione fornisce conferma alla conclusione secondo cui le divisioni ereditarie non sono sottratte alla comminatoria di nullità posta dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1.

5.4.3. - Anche l'interpretazione "secondo lo spirito della legge", secondo la c.d. "intenzione del legislatore" (art. 12 preleggi, comma 1, seconda parte), corrobora tale conclusione.

Il fatto che il legislatore abbia ritenuto di sottrarre le divisioni ereditarie al regime giuridico dettato dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 30 per le lottizzazioni di terreni ed abbia ritenuto, invece, di sottoporre le stesse al regime giuridico previsto per i fabbricati abusivi dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, corrisponde ad una precisa, quanto razionale, scelta di politica legislativa.

Molto diversa è, infatti, la ratio delle sanzioni comminate dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, rispetto a quella della sanzione comminata dall'art. 30, comma 2, dello stesso D.P.R..

Invero, mentre il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, nel sancire la non negoziabilità inter vivos dei diritti reali relativi a fabbricati abusivi, perseguono lo scopo di colpire un abuso edilizio già consumatosi (con conseguente attualità della lesione all'ordinato assetto del territorio), la disposizione di cui all'art. 30, comma 2, dello stesso D.P.R. ha, invece, il diverso scopo di ostacolare il fenomeno della lottizzazione abusiva, sulla presunzione che la divisione del fondo in lotti sia finalizzata alla futura realizzazione di edifici abusivi.

In realtà, la comminatoria di nullità della lottizzazione abusiva svolge una funzione, non repressiva di illeciti edilizi già consumati, ma preventiva rispetto ad illeciti edilizi ancora da consumarsi, presumendo la legge che la divisione del fondo in lotti sia finalizzata alla realizzazione di edifici abusivi.

Tale funzione meramente preventiva degli abusi edilizi, svolta dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 30, spiega perchè la legge sottragga una serie di atti aventi ad oggetto la lottizzazione di terreni alla comminatoria di nullità. Si tratta di atti che il legislatore, in considerazione della loro natura e della qualità soggettiva dei contraenti, non reputa indici espressivi di un pericolo di abusivismo edilizio.

In particolare, per la divisione di terreni provenienti da eredità, laddove su di essi non sia stato consumato alcun abuso edilizio, il legislatore ha inteso far prevalere l'intento dei coeredi di sciogliersi da una comunione che - in quanto originata da una successione mortis causa - essi non hanno voluto; ritenendo di non poter presumere che i coheredes, che intendano sciogliersi dalla comunione dei beni ereditari, abbiano - per ciò stesso - l'ulteriore intento di destinare il terreno ricevuto in eredità a scopo edificatorio illecito.

In sostanza, la diversa "ratio" della nullità di cui all'art. 30, comma 2, del D.P.R., rispetto a quella di cui all'art. 46, comma 1, dello stesso D.P.R., spiega perchè la legge escluda la comminatoria di nullità solo per lo scioglimento della comunione ereditaria relativa a terreni, e non anche per lo scioglimento della comunione ereditaria relativa ad edifici abusivi, prevalendo in tale ultimo caso l'intento del legislatore di sanzionare l'illecito già consumato.

Anche sotto tale profilo, risulta corroborata la conclusione secondo cui l'atto di scioglimento della comunione ereditaria che abbia ad oggetto edifici e sia privo delle menzioni urbanistiche è nullo ai sensi del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40.

5.5. - In definitiva, sulla base degli argomenti svolti nei paragrafi che precedono, la seconda questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite può essere risolta con l'enunciazione - ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1, - del seguente principio di diritto:

"Gli atti di scioglimento della comunione ereditaria sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità, prevista dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46, comma 1, (già L. 28

febbraio 1985, n. 47, art. 17) e dalla L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, comma 2, per gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici o a loro parti dai quali non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria".

6. - Rimangono da verificare le implicazioni che le conclusioni cui si è pervenuti, relativamente allo scioglimento della comunione ereditaria in generale, hanno sulla divisione "giudiziale" dell'eredità.

Le questioni da esaminare sono due: la prima, di carattere più generale, attiene all'applicabilità alla divisione giudiziale dell'eredità del medesimo regime che vale per la divisione convenzionale; la seconda concerne la possibilità di procedere ad una divisione giudiziale parziale dell'asse ereditario, con esclusione dell'edificio abusivo.

6.1. - Con riguardo alla prima questione, va ricordato 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 condividenti, mediante il ricorso al giudice, l'elusione della norma imperativa in questione (Cass., Sez. 2, n. 15133 del 28/11/2001; Cass., Sez. 2, n. 630 del 17/01/2003).

Il principio si pone in linea con quanto la giurisprudenza di legittimità ha affermato in tema di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di edifici o di loro parti; laddove questa Corte ha 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).

Sul punto, e con riferimento alla fattispecie per cui è causa, va ribadito come l'ordinamento giuridico non possa 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; nè il giudice potrebbe - contraddittoriamente - da un lato dichiarare la nullità delle divisioni negoziali poste in essere in violazione del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 e L. n. 47 del 1985, art. 40 e, dall'altro, disporre la divisione giudiziale dei fabbricati abusivi.

Invero, la regolarità edilizia del fabbricato in comunione, come costituisce presupposto giuridico della divisione convenzionale, parimenti costituisce presupposto giuridico della divisione giudiziale; più precisamente, costituisce condizione dell'azione ex art. 713 c.c. sotto il profilo della "possibilità giuridica" (in questo senso, in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita di un immobile, 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).

Non può pertanto il giudice disporre lo scioglimento di una comunione (ordinaria o ereditaria) avente ad oggetto fabbricati, senza osservare le prescrizioni dettate dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e dalla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, rispettivamente applicabili a seconda che l'edificio sia stato costruito successivamente o anteriormente alla entrata in vigore della L. n. 47 del 1985.

Essendo la regolarità edilizia del fabbricato posta a presidio dell'interesse pubblico all'ordinato assetto del territorio, la carenza della documentazione attestante tale regolarità è rilevabile d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio (Cass., Sez. Un., n. 23825 del 11/11/2009, cit.); parimenti, è rilevabile d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, il mancato esame di tale documentazione da parte del giudice.

Sul punto, va pertanto enunciato il seguente principio di diritto:

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

6.2. - Con riguardo alla diversa questione relativa alla possibilità di procedere ad una divisione parziale dell'asse ereditario, con esclusione dell'edificio abusivo che ne faccia parte, tale possibilità potrebbe apparire, ad un primo esame, preclusa per il fatto di porsi in contrasto col principio della c.d. "universalità" della divisione ereditaria, in forza del quale la divisione dell'eredità deve comprendere, di norma, tutti i beni facenti parte dell'asse ereditario.

Com'è noto, a differenza dello scioglimento della comunione ordinaria (che ha sempre ad oggetto le singole cose comuni, atomisticamente considerate), lo scioglimento della comunione ereditaria si presenta per sua natura "universale", nel senso che deve comprendere tutte le situazioni giuridiche facenti parte dell'asse ereditario. Si tratta di un principio che, pur non trovando esplicita enunciazione nel diritto positivo, è comunque desumibile dal sistema e trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di garantire agli eredi l'attribuzione di porzioni tra loro omogenee e proporzionali ai valori delle rispettive quote di partecipazione alla comunione.

Nondimeno, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell'affermare che il principio dell'universalità della divisione ereditaria non è assoluto e inderogabile, in quanto, oltre a

trovare eccezioni legislativamente previste (art. 713, comma 3; artt. 720, 722 e 1112 c.c.), può essere derogato dall'accordo unanime dei condividenti.

Tale conclusione poggia sul disposto dell'art. 762 c.c., il quale, stabilendo che l'omissione di uno o più beni dell'eredità non dà luogo a nullità della divisione, ma determina solo la necessità di procedere ad un supplemento della stessa, sancisce, implicitamente, la piena validità ed efficacia della "divisione parziale" ed esclude la possibilità di considerare tale divisione come una struttura negoziale provvisoria e priva di autonomia (cfr. Cass., Sez. 2, n. 8448 del 03/09/1997, che ha affermato l'esperibilità dell'azione di rescissione per lesione oltre il quarto, ai sensi dell'art. 763 c.c., anche rispetto alla sola divisione parziale).

Questa Suprema Corte ha perciò affermato che è possibile una "divisione parziale" dei beni ereditari (in questo senso, Cass., Sez. Un., n. 1323 del 16/03/1978; Cass., Sez. Un., n. 1145 del 24/03/1977), sia per via contrattuale, allorquando vi sia apposito accordo tra tutti i coeredi, sia per via giudiziale, quando, essendo stata richiesta tale divisione da uno dei coeredi, gli altri non amplino la domanda, chiedendo a loro volta la divisione dell'intero asse (Cass., Sez. 2, n. 6931 del 08/04/2016; Cass., Sez. 2, n. 5869 del 24/03/2016; Cass., Sez. 2, n. 573 del 12/01/2011; Cass., Sez. 2, n. 10220 del 29/11/1994; per l'affermazione del carattere abnorme dell'ordinanza del giudice che approvi un progetto di divisione parziale dei beni ereditari in difetto di consenso esplicito di tutti i condividenti, v. Cass., Sez. 2, n. 4699 del 24/05/1990; Cass., Sez. 2, n. 1297 del 23/02/1980; Cass., Sez. 2, n. 1012 del 12/02/1980).

Con la divisione parziale dei beni ereditari, ciò che viene attribuito a ciascun partecipante assume la natura di acconto sulla porzione spettante in sede di divisione definitiva. I beni non divisi rimangono in comunione (Cass., Sez. 2, n. 905 del 09/02/1980; Cass., Sez. 1, n. 1398 del 16/05/1973) e tale comunione conserva la sua originaria natura ereditaria, con la conseguenza che al suo scioglimento sono applicabili i principi, anche di carattere processuale, propri della divisione ereditaria (Cass., Sez. Un., n. 1323 del 16/03/1978; Cass., Sez. 2, n. 8448 del 03/09/1997) e che l'ultima porzione da attribuirsi va determinata, salvo patto contrario, attraverso una valutazione globale di tutti i beni, quelli già divisi e quelli rimasti in comunione, secondo un criterio uniforme e riferito allo stesso momento temporale (Cass., Sez. Un., n. 1145 del 24/03/1977).

Alla luce dei principi appena richiamati, deve ritenersi certamente ammissibile la divisione giudiziale parziale dell'asse ereditario con esclusione del fabbricato abusivo che ne faccia parte, quando vi sia la concorde volontà di tutti i coeredi.

L'esclusione del fabbricato abusivo dall'atto di scioglimento della comunione, infatti, rende tale atto conforme al disposto del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, comma 2, e lo sottrae alla comminatoria di nullità ivi prevista.

Il giudice, perciò, non può sottrarsi al dovere di procedere alla divisione parziale con esclusione del fabbricato abusivo, quando uno dei coeredi abbia proposto domanda in tal senso (eventualmente anche in corso di causa, mediante la riduzione della originaria domanda di divisione) e vi sia il consenso degli altri coeredi convenuti, nel senso che questi ultimi si astengano dal chiedere la divisione dell'intero asse.

Rimane da stabilire se uno dei coeredi possa validamente opporsi alla domanda di divisione giudiziale parziale dell'asse ereditario, proposta da altro coerede, con la sola esclusione del fabbricato abusivo.

Per dare risposta a tale quesito, occorre considerare che la necessità del consenso di tutti i coeredi alla divisione parziale dell'eredità ha come suo presupposto logico la giuridica divisibilità di tutti i beni ereditari.

Quando tutti i beni ereditari sono giuridicamente divisibili, la pretesa di uno dei coeredi di ottenere, secondo una propria scelta di convenienza, solo una divisione parziale dell'eredità, facendo proseguire la comunione ereditaria per taluni cespiti, deve essere necessariamente coniugata col diritto di ciascuno dei condividenti di ottenere la divisione dell'intero patrimonio ereditario comune.

Come si è detto, ciascuno dei partecipanti alla comunione è titolare di un apposito diritto potestativo di ottenere la divisione (art. 1111 c.c., comma 1); e l'esercizio di tale diritto è indipendente dal consenso degli altri compartecipi, giacchè "in communione nemo compellitur invitus detineri".

Si comprende allora perchè, quando sia possibile la divisione universale di tutti i beni ereditari, il diritto di ciascun coerede di chiedere la divisione parziale dei beni comuni debba necessariamente coniugarsi col diritto degli altri coeredi di ottenere la divisione dell'intero asse ereditario: è il diritto di ciascuno ad ottenere la divisione di tutti i beni ereditari ad implicare che possa accedersi alla divisione parziale solo con la concorde volontà di ogni partecipante alla comunione.

Diverso è però il caso in cui, tra i beni costituenti il patrimonio del de cuius, vi sia un fabbricato abusivo.

In tale ipotesi, il coerede che limita la domanda di divisione ai beni diversi dall'edificio abusivo non compie una scelta di convenienza, ma si adegua semplicemente al disposto del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, che vietano lo scioglimento della comunione relativa ad un tale immobile, per il quale non è possibile indicare nell'atto gli estremi del titolo abilitativo (inesistente).

Non vi è ragione, pertanto, di dar rilievo alla volontà degli altri coeredi, convenuti nel giudizio di divisione, e di consentire loro di opporsi alla domanda di divisione che investa tutti i beni dell'asse ereditario con la sola esclusione di quelli che per legge non sono divisibili.

Diversamente opinando, ne risulterebbe illogicamente compresso il diritto potestativo, spettante ad ogni coerede, di ottenere lo scioglimento della comunione ereditaria; e si conferirebbe ai coeredi convenuti nel giudizio divisorio il potere di impedire, negando il loro consenso, lo scioglimento della comunione ereditaria con riferimento all'intero complesso dei beni per i quali essa è giuridicamente possibile.

In definitiva, deve ritenersi che il divieto di scioglimento della comunione relativa ad un fabbricato abusivo determina solo una limitata compressione del diritto del coerede di ottenere

lo scioglimento della comunione ereditaria; una compressione che è limitata al detto immobile, ma non riguarda gli altri beni ereditari, per i quali il coerede, ai sensi dell'art. 713 c.c., comma 1, ha diritto di chiedere lo scioglimento della comunione.

Sul punto, va enunciato il seguente principio di diritto:

"Allorquando tra i beni costituenti l'asse ereditario vi siano edifici abusivi, ogni coerede ha diritto, ai sensi all'art. 713 c.c., comma 1, di chiedere e ottenere lo scioglimento giudiziale della comunione ereditaria per l'intero complesso degli altri beni ereditari, con la sola esclusione degli edifici abusivi, anche ove non vi sia il consenso degli altri condividenti".

7. - Dai principi sopra enunciati discende l'infondatezza anche del secondo profilo della censura formulata col primo motivo, dovendosi ritenere che l'atto di scioglimento della comunione ereditaria è incluso nel novero degli atti tra vivi per i quali il D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, comma 2, comminano la sanzione della nullità.

Ne consegue il rigetto dell'intero primo motivo di ricorso.

8. - Risolte le questioni di ordine generale relative all'applicabilità del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e della L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, allo scioglimento della comunione ereditaria, va ora affrontata l'ulteriore questione circa l'applicabilità o meno della comminatoria di nullità di cui alle menzionate disposizioni di legge allo scioglimento della comunione ereditaria relativa ad un edificio abusivo che sia chiesto, in sede di procedura esecutiva immobiliare, dai creditori di uno dei coeredi ai fini della liquidazione della quota a quest'ultimo spettante (nella fattispecie per cui è causa, la curatela del fallimento del coerede ha chiesto lo scioglimento della comunione ereditaria esistente su un edificio abusivo, onde ottenere la liquidazione della quota di comproprietà spettante al fallito, pari a 2/9 dell'intera proprietà).

In particolare, col secondo motivo di ricorso, la ricorrente curatela fallimentare deduce la violazione e la falsa applicazione del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e della L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, per avere la Corte di Appello ritenuto di dover negare la divisione dell'edificio abusivo chiesta dalla detta curatela nell'interesse dei creditori, sul presupposto che dovesse escludersi che tale divisione rientrasse tra gli "atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali" che le disposizioni di cui sopra sottraggono alla comminatoria di nullità di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 2.

Prima di procedere all'esame della questione di diritto sottoposta, va osservato come quest'ultima si ponga nei medesimi termini sia per la divisione c.d. "endoesecutiva" (la divisione disposta nel corso del processo di espropriazione individuale) sia per la divisione c.d. "endoconcorsuale" (quella - che ricorre nella fattispecie oggetto della presente causa - chiesta in seno alla procedura fallimentare, ma anche alle altre procedure concorsuali), essendo entrambe accomunate dalla necessità, nell'ambito delle rispettive procedure esecutive, di far cessare lo stato di comunione e di liquidare la quota spettante al debitore. Per tale ragione, il problema verrà esaminato in termini generali.

A tal fine, va ricordato che il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, stabilisce (come già la L. n. 47 del 1985, art. 17) che "Le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali. L'aggiudicatario, qualora l'immobile si trovi nelle condizioni previste per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria, dovrà presentare domanda di permesso in sanatoria entro centoventi giorni dalla notifica del decreto emesso dalla autorità giudiziaria"; parimenti, la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 5, stabilisce che "Le nullità di cui al comma 2 del presente articolo non si applicano ai trasferimenti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali nonchè a quelli derivanti da procedure di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa" e il comma 6 della stessa disposizione soggiunge che "Nell'ipotesi in cui l'immobile rientri nelle previsioni di sanabilità di cui al capo IV della presente legge e sia oggetto di trasferimento derivante da procedure esecutive, la domanda di sanatoria può essere presentata entro centoventi giorni dall'atto di trasferimento dell'immobile purchè le ragioni di credito per cui si interviene o procede siano di data anteriore all'entrata in vigore della presente legge".

La Corte territoriale ha ritenuto che queste disposizioni eccettuative - tali in quanto sottraggono alla sanzione della nullità (altrimenti applicabile) gli "atti derivanti da procedure esecutive immobiliari" aventi ad oggetto edifici abusivi - si riferirebbero esclusivamente alle vendite; ed ha fondato tale conclusione, da un lato, sul rilievo che, secondo la normativa asseritamente applicabile ratione temporis, il giudizio di divisione non potrebbe essere qualificato come "atto del processo esecutivo" in quanto sarebbe autonomo rispetto al procedimento di esecuzione e, dall'altro, sull'idea che le disposizioni del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, porrebbero "norme eccezionali", come tali insuscettibili di interpretazione estensiva o analogica.

La ricorrente curatela ha contestato tale interpretazione, sostenendo, al contrario, che non vi sarebbero valide ragioni per ritenere che la divisione richiesta dal curatore fallimentare (avente ad oggetto l'edificio abusivo appartenente al fallito in comunione indivisa) sia sottoposta ad un regime giuridico diverso da quello previsto per le vendite disposte nell'ambito delle procedure esecutive: a suo dire, la divisione dei beni del debitore esecutato o del fallito costituirebbe senz'altro un "atto derivante dalla procedura esecutiva immobiliare" (individuale o concorsuale), come tale ricadente nel regime giuridico eccettuativo previsto dalle richiamate disposizioni.

Questa Corte è chiamata, dunque, a risolvere la seguente questione di diritto: se la divisione di un edificio abusivo che si renda necessaria nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi (di cui al capo V del titolo I del libro III del codice di procedura civile) (divisione c.d. "endoesecutiva") o nell'ambito delle procedure concorsuali (divisione c.d. "endoconcorsuale"), sia vietata in quanto colpita dalla comminatoria di nullità prevista per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi ovvero sia sottratta a tale comminatoria in forza delle disposizioni eccettuative di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5 e alla L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6.

Il Collegio ritiene che la divisione endoesecutiva e quella endoconcorsuale vadano ricomprese tra gli atti sottratti alla comminatoria di nullità di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 e L. n. 47 del 1985, art. 40. Tale conclusione è imposta da plurimi argomenti qui di seguito illustrati.

8.1. - Com'è noto, nell'ambito della disciplina dell'espropriazione forzata di cui al vigente codice di procedura civile, l'art. 599 c.p.c. prevede che i beni indivisi possano essere sottoposti a pignoramento "anche quando non tutti i comproprietari sono obbligati verso il creditore".

In tali casi, l'art. 600 c.p.c., comma 1, stabilisce che "Il giudice dell'esecuzione, su istanza del creditore pignorante o dei comproprietari e sentiti tutti gli interessati, provvede, quando è possibile, alla separazione della quota in natura spettante al debitore"; il comma 2 della medesima disposizione - come sostituito dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, art. 2, comma 3, lett. e), convertito, con modificazioni, dalla L. 14 maggio 2005, n. 80 soggiunge poi che "Se la separazione in natura non è chiesta o non è possibile, il giudice dispone che si proceda alla divisione a norma del codice civile, salvo che ritenga probabile la vendita della quota indivisa ad un prezzo pari o superiore al valore della stessa, determinato a norma dell'art. 568".

A fronte di tale vigente normativa, la prima questione da risolvere è quella se il novello testo del comma 2 dell'art. 600 c.p.c. - che, come si dirà, accentua, rispetto alla disciplina precedente, il ruolo affidato alla divisione nell'ambito dell'espropriazione forzata dei beni indivisi - sia applicabile ratione temporis alla controversia in esame (come sostiene la ricorrente) ovvero non sia ad essa applicabile (come sostiene la Corte di Palermo), per essere stata la domanda di divisione proposta (con atto di citazione del 22 luglio 2003) prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione.

La questione va risolta sulla base del disposto dell'art. 2, comma 3-sexies, del richiamato D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (aggiunto dalla L. 28 dicembre 2005, n. 263, art. 1, comma 6, e modificato dal D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, art. 39-quater, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 febbraio 2006, n. 51), a tenore del quale il nuovo testo dell'art. 600 c.p.c., comma 2 si applica anche alle procedure esecutive pendenti alla data della sua entrata in vigore (1 marzo 2006), salvo che sia stata già ordinata la vendita (che, in tal caso, dovrà aver luogo con l'osservanza delle norme precedentemente in vigore).

Nella specie, dunque, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte territoriale, la nuova disposizione deve ritenersi applicabile al presente giudizio di divisione, nel quale la vendita del cespite non è stata disposta; ciò, peraltro, in coerenza col principio "tempus regit actum", che regola - in via generale - l'efficacia temporale delle norme processuali.

8.2. - 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.

E infatti, mentre l'originario testo dell'art. 600 c.p.c. prevedeva che - qualora non fosse possibile la separazione della quota in natura spettante al debitore - il giudice poteva ordinare indifferentemente la vendita della quota indivisa o la divisione del bene, scegliendo tra tali due opzioni secondo criteri di opportunità e convenienza (cfr. Cass., Sez. 3, n. 10334 del 17/05/2005), il nuovo testo dell'art. 600 configura invece il giudizio divisorio come lo sviluppo normale di ogni procedura di espropriazione di beni indivisi.

E' vero che la nuova norma attribuisce preferenza alla separazione in natura della quota spettante al debitore; tuttavia, tale preferenza è soltanto teorica, subordinata com'è alla possibilità materiale di tale separazione e alla richiesta del creditore pignorante o dei comproprietari.

In mancanza, "il giudice dispone che si proceda alla divisione a norma del codice civile".

La divisione è, dunque, la via ordinaria, indicata dalla legge, per attuare l'espropriazione dei beni indivisi; considerato, peraltro, che la possibilità di procedere alla vendita della quota indivisa (per sua natura scarsamente appetibile sul mercato) è normativamente relegata ad un ruolo "residuale" e di assoluta eccezione, essendo condizionata al verificarsi di una situazione di fatto di difficile realizzazione pratica (ossia al caso in cui la vendita della quota appaia, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, in grado di assicurare un prezzo almeno pari al valore della quota stessa, determinato ai sensi dell'art. 568 c.p.c.) (cfr. Cass., Sez. 3, n. 20817 del 20/08/2018; Cass., Sez. 3, n. 6072 del 18/04/2012).

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 è, 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, è inserito nell'ambito del processo di espropriazione, del quale costituisce una parentesi, finendo per costituirne un'articolazione procedimentale.

Di ciò si trae conferma dal nuovo testo dell'art. 181 disp. att. c.p.c. (introdotto dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, art. 2, comma 3 ter, lett. f, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 maggio 2005, n. 80), 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. e segg..

Il legame di dipendenza strumentale del giudizio divisorio rispetto al procedimento espropriativo è poi confermato dalla speciale legittimazione ad agire per lo scioglimento della comunione che è riconosciuta al creditore procedente (ma anche 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).

In definitiva, contrariamente da quanto ritenuto dai giudici di appello, deve concludersi che il giudizio di divisione endoesecutiva non è affatto autonomo dal processo di espropriazione, ma si trova in rapporto di "strumentalità necessaria" rispetto ad esso.

8.3. - Infondata è anche l'affermazione della Corte territoriale secondo cui le disposizioni del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, porrebbero "norme eccezionali", come tali insuscettibili di interpretazione estensiva o analogica.

A parte la dibattuta questione circa la possibilità di sottoporre le norme eccezionali ad interpretazione estensiva ovvero la necessità di sottoporle ad interpretazione restrittiva, nella specie va del tutto escluso che le norme poste dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, possano qualificarsi "eccezionali".

Le norme eccezionali, secondo la definizione normativa, sono quelle che "fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi" (art. 14 preleggi); esse, dunque, possono essere tali solo nel confronto con altre norme di legge (espresse) ovvero con regole o principi generali dell'ordinamento giuridico (anche inespressi, ma ricavabili dal sistema per via interpretativa).

Secondo la dottrina e la giurisprudenza, una norma è eccezionale innanzitutto quando "deroghi" ad altra norma di carattere generale, altrimenti applicabile; a tal fine, non basta che essa costituisca un complemento o una specializzazione della disciplina comune, ma è necessario che rappresenti un'interruzione della consequenzialità logica della norma più ampia, ponendo una disciplina contrastante ed antinomica rispetto a quella posta dalla norma generale.

Orbene, nella specie, non può dirsi che le disposizioni eccettuative di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, dettino una disciplina contrastante con la ratio legis posta a fondamento della comminatoria di nullità di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e alla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2. Anzi, l'esclusione di tale comminatoria per gli "atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali" si colloca proprio nel solco della detta ratio normativa.

Se è vero, infatti, che - come si è detto - la comminatoria di nullità 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 possibilità di negoziare i diritti reali relativi a tali edifici, è evidente come tale comminatoria di nullità 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 volontà negoziale del proprietario del fabbricato abusivo, costituiscono invece atti che quest'ultimo deve patire nell'ambito dell'esecuzione forzata intrapresa nei suoi confronti dai creditori. Non si tratta di atti posti in essere ad iniziativa e nell'interesse del proprietario dell'immobile abusivo (che è 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 nullità che si estendesse agli atti traslativi posti in essere nell'ambito delle procedure esecutive individuali o concorsuali, perchè una comminatoria di tal fatta, piuttosto che svolgere la sua tipica funzione di sanzione nei confronti del proprietario dell'edificio abusivo, finirebbe - al contrario - per avvantaggiare quest'ultimo in pregiudizio dei creditori.

Deve ritenersi, perciò, che le disposizioni di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, lungi dal derogare al disposto del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1 e della L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, ne costituiscono invece il coerente completamento.

Va escluso anche che le disposizioni di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, deroghino ai principi generali dell'ordinamento giuridico.

Al contrario, la possibilità di espropriare i fabbricati abusivi, nell'ambito delle procedure esecutive individuali e concorsuali, è necessaria per assicurare ai creditori di chi è proprietario esclusivamente di fabbricati abusivi la medesima tutela giurisdizionale dei diritti che è assicurata ai creditori di chi è proprietario di fabbricati urbanisticamente legittimi, risultando così implicata dai principi costituzionali di cui all'art. 3 Cost., comma 1 e art. 24 Cost. e coerente con essi.

Dunque, le disposizioni eccettuative di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, non solo sono in linea con la ratio posta a fondamento della generale comminatoria di nullità di cui ai precedenti commi delle medesime disposizioni, ma si accordano appieno anche coi principi generali dell'ordinamento, dai quali anzi sono implicate.

Deve pertanto escludersi che le disposizioni di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, pongano norme che possano essere definite "eccezionali" e che l'interpretazione di esse incontri limiti di sorta.

8.4. - Rimane a questo punto da stabilire cosa debba intendersi per "atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali" (D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5) e per "trasferimenti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali" (L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 5).

Nessuno dubita che la vendita forzata, posta in essere in sede di esecuzione immobiliare individuale o in sede concorsuale, sia sottratta alla generale comminatoria di nullità prevista per gli atti tra vivi, aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici, privi delle c.d. menzioni urbanistiche.

Si tratta, in questa sede, di stabilire se tale esclusione dalla comminatoria di nullità valga anche per lo scioglimento della comunione finalizzata alla esecuzione individuale o concorsuale.

Orbene, ritiene il Collegio che le disposizioni eccettuative di cui sopra si applicano anche alle divisioni endoesecutive e a quelle endoconcorsuali.

Innanzitutto, sul piano dell'interpretazione letterale, l'uso del plurale nella espressione "Le nullità di cui al presente articolo non si applicano (...)", contenuta nel D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5 (ma, analogamente, nella L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 5) ed il carattere generale e onnicomprensivo di tale rinvio significano chiaramente che il legislatore ha inteso riferirsi all'intera serie degli atti colpiti dalla sanzione della nullità ai sensi della medesima disposizione.

Pertanto, poichè - alla stregua di quanto in precedenza osservato - l'atto di scioglimento della comunione (anche ereditaria) avente ad oggetto fabbricati abusivi rientra tra gli atti tra vivi colpiti dalla comminatoria di nullità di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 e L. n. 47 del 1985, art. 40, deve ritenersi che tale atto, ove afferente a procedure esecutive immobiliari (individuali o concorsuali), sia parimenti compreso tra quelli sottratti alla comminatoria di nullità.

In secondo luogo, poi, sempre sul piano dell'interpretazione letterale, va considerato che il legislatore, con l'espressione "atti derivanti da procedure esecutive immobiliari", 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, è 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.

Anche l'espressione "trasferimenti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali", di cui alla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 5, è tale da includere gli atti di divisione dell'immobile abusivo; considerato, peraltro, che - come si è detto (supra, par. 5.3.2.) - agli atti divisionali va riconosciuta efficacia costitutivo-traslativa.

D'altra parte, come sì è veduto, nell'ambito del procedimento di espropriazione della quota, la divisione costituisce lo strumento principale previsto dalla legge per soddisfare il credito de quo agitur. Impedire la divisione dell'edificio privo di legittimità urbanistica vorrebbe dire, perciò, ridurre l'espropriazione forzata alla vendita della quota indivisa, indirizzandola così verso esiti economicamente irrisori quanto al possibile ricavato.

E invece la legge punta a massimizzare il risultato della esecuzione forzata. In tal senso depongono le disposizioni eccettuative in esame, laddove esse prevedono, in favore dell'aggiudicatario dell'immobile abusivo, la riapertura dei termini per presentare domanda di sanatoria dell'abuso (quando consentita).

In sostanza, sia la lettera delle disposizioni di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, sia la loro la ratio normativa depongono nel senso che la divisione "endoesecutiva" e quella "endoconcorsuale" sono sottratte alla comminatoria di nullità prevista per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi.

Considerato il carattere unitario del fenomeno divisorio, è appena il caso di osservare che non vi sono ragioni per distinguere tra scioglimento della comunione ordinaria e scioglimento della comunione ereditaria: le disposizioni eccettuative sopra esaminate sottraggono entrambe le divisioni alla comminatoria di nullità di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2.

8.5. - In definitiva, deve ritenersi che, con le disposizioni di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, e L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, la legge ha inteso esentare dalla comminatoria di nullità tutti gli atti finalizzati a portare a termine la procedura esecutiva immobiliare, individuale o concorsuale.

Tra tali atti va compresa la divisione dell'edificio abusivo, di cui il debitore sia comproprietario pro quota, da disporsi con apposito giudizio divisorio, comunque inserito nell'ambito del processo di espropriazione individuale; e vanno compresi gli atti di divisione, contrattuali o giudiziali, promossi dal curatore in seno al procedimento fallimentare disciplinato dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267 e successive modificazioni (la cui disciplina continua ad applicarsi alla presente causa ratione temporis, considerato che il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", introdotto dal D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, non sì applica alle procedure di fallimento pendenti alla data della sua entrata in vigore, le quali - ai sensi del D.Lgs. n. 14 del 2019, art. 390 - continuano ad essere regolate dalla precedente disciplina) o dall'omologo organo gestorio delle altre procedure concorsuali.

Sul punto va dunque enunciato, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1, il seguente principio di diritto:

"In forza delle disposizioni eccettuative di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5 e al L. n. 47 del 1985, art. 40, commi 5 e 6, 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") è sottratta alla comminatoria di nullità prevista, per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi, dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46, comma 1, e dalla L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, comma 2".

Alla stregua di tale principio, va accolto il secondo motivo di ricorso e va cassata sul punto la sentenza impugnata, con rinvio ad altra sezione della Corte territoriale.

9. - In definitiva, va rigettato il primo motivo di ricorso; va accolto il secondo; la sentenza impugnata va cassata con riferimento alla censura accolta, con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Palermo, che si conformerà al principio di diritto enunciato a conclusione dell'esame della detta censura.

Il giudice di rinvio provvederà anche in ordine alle spese relative al presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione, pronunciando a Sezioni Unite, rigetta il primo motivo di ricorso; accoglie il secondo; cassa la sentenza impugnata in relazione alla censura accolta e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, ad altra sezione della Corte di Appello di Palermo.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 16 aprile 2019.

Depositato in Cancelleria il 7 ottobre 2019

Documenti citati

Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza