

## ARGOMENTO 10

### La divisione ereditaria

**Sommario:** 1. L'istituto. - 2. La sentenza. - a. Cass., 16 ottobre 2018, n. 25836. - 3. Il tema svolto.

#### 1. L'istituto

**Uno dei mezzi per far cessare la comunione ereditaria è la divisione.**

La divisione può avvenire per via contrattuale, quando tutti i coeredi concordano sull'effettuazione della divisione e sul contenuto di essa, per via giudiziale, quando non vi è accordo anche su una sola di tali circostanze o per via testamentaria. La divisione, tuttavia, non è l'unico mezzo per far cessare la comunione ereditaria.

In merito alla **divisione contrattuale**, il patto tra i coeredi, più in generale tra i contitolari di un diritto reale, in virtù del quale essi si accordino per sciogliere una comunione attribuendosi reciprocamente una porzione di beni dal valore proporzionale alle rispettive quote è un contratto a tutti gli effetti (MORA).

Come tutti i contratti, il contratto di divisione necessita di un **consenso validamente manifestato**.

È **contratto consensuale** ed il consenso può essere manifestato simultaneamente ma, quando si svolga secondo le fasi dettate dalle c.d. operazioni divisionali, il consenso dovrà riguardare tutte le operazioni divisionali. Il contratto di divisione deve essere stipulato tra tutti i coeredi a pena di nullità.

La Cassazione ha precisato che la **partecipazione al negozio di divisione ereditaria da parte del contitolare della comunione** è necessaria soltanto se lo scioglimento concerne la titolarità dello stesso diritto (comunione omogenea) e non invece allorché sullo stesso bene concorrano diritti reali di tipo differente, come ad esempio usufrutto e proprietà (comunione impropria). Ne consegue che non è affetto da nullità l'accordo stipulato dai comproprietari per lo scioglimento della relativa comunione nonostante che nella divisione negoziale non sia intervenuto il coniuge superstite titolare del diritto di usufrutto e partecipe – quale legatario ex lege – della comunio-

ne ereditaria dal momento dell'apertura della successione (BONILINI; contra Cass. 21 luglio 1981, n. 4703 e MINERVINI che ritengono il contratto inefficace relativamente al comunista pretermesso).

Ai sensi dell'art. 1350, n. 11, è soggetto a **forma scritta ad substantiam** quando concerne beni immobili o altri diritti reali immobiliari (Cass 7 luglio 1988, n. 4469); al riguardo è stata dichiarata nulla la divisione di beni immobili contenuta in una planimetria sulla quale ogni condividente abbia apposto la propria firma in corrispondenza del lotto assegnato.

Di regola il contratto di divisione ha **efficacia** reale, ma può avere effetti obbligatori, come nel caso di un contratto preliminare con il quale ci si accordi sulle modalità di divisione (MORA).

È controversa la **natura di contratto plurilaterale**: in dottrina vi è chi l'ammette (GIANNATTASIO) e chi l'esclude (MORA); la giurisprudenza esclude l'applicabilità dell'art. 1420. Non è contratto sinallagmatico in quanto la proporzionalità tra porzioni e quote non individua la corrispettività delle prestazioni ma esprime l'essenza del tipo divisorio (MORA). È contratto a titolo oneroso, (MORA) sebbene in dottrina non manchino opinioni diverse che ritengono che sia un atto neutro, non oneroso ma nemmeno gratuito.

Dall'onerosità deriva l'**impossibilità dell'apposizione di un modus al contratto**, mentre, con riguardo agli altri elementi accidentali, è ammissibile l'apposizione di condizione risolutiva, così come quella sospensiva (MORA).

Qualora non sia raggiunta l'unanimità dei consensi, si procede alla **divisione giudiziale** ad iniziativa di qualsiasi coerede interessato. La divisione giudiziale, può esser richiesta in ogni momento, salvo sussista un divieto di divisione, da uno qualunque dei coeredi che dovrà convenire in giudizio tutti gli altri coeredi. Per tale via prende forma, ai sensi dell'art. 784 c.p.c., un litisconsorzio necessario. La divisione è statuita con sentenza impugnabile nelle ordinarie forme giurisdizionali, non essendo qui ammissibili le suddette impugnative contrattuali dell'annullamento e della rescissione.

Il **procedimento divisionale** consiste in una pluralità di operazioni che vanno dalla formazione della massa dividenda, alla formazione delle porzioni, approdando all'assegnazione delle porzioni.

La **formazione della massa da dividere** ha la funzione ricognitiva di individuazione di tutti i beni del patrimonio ereditario. Occorre all'uopo tener conto di tutti i beni mobili ed immobili. Si procede poi alla formazione dello stato attivo e passivo dell'eredità, per poter individuare le porzioni ereditarie, i conguagli e i rimborsi che si devono tra loro i condividenti (art. 723 c.c.). In tale fase si inserisce la collazione delle donazioni e l'imputazione dei debiti (art. 724 c.c.). In particolare, i coeredi tenuti a collazione devono conferire nella massa dividenda tutto ciò che è stato loro donato (sulla collazione cfr. infra § 5.); ciascun coerede, inoltre, deve imputare alla sua quota le somme di cui era debitore verso il defunto e quelle di cui è

La divisione del testatore non viene meno, ai sensi dell'art. 734 c.c., se costui non abbia compreso tutti i beni del suo patrimonio, dato che i beni non compresi sono attribuiti conformemente alla legge, purché non risulti una diversa volontà del testatore stesso. Viene, per tale via, consentita una divisione oggettivamente parziale.

Il testatore incontra come limite quello di comprendere nella divisione i legittimari (art. 735 c.c.) e di non arrecare lesioni eccedenti il quarto della quota dei condividenti (altrimenti è applicabile il rimedio della rescissione). La divisione è nulla se il testato-re non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti (preterizione di erede, art. 735 c.c.). Qualora il testatore, nel fare le porzioni, leda la quota di legittima spettante ad alcuno dei coeredi, questi può sempre agire con l'azione di riduzione (art. 735, comma 2, c.c.).

L'art. 733 c.c. attribuisce al testatore, altresì, la facoltà di stabilire particolari norme per formare le porzioni (ad es. nomino eredi universali Tizio e Caio e voglio che nella porzione di Tizio sia compresa la casa di Alghero), che sono vincolanti per gli eredi salvo che l'effettivo valore dei beni non corrisponda alle quote stabilite dal testatore. Risulta evidente la differenza che intercorre rispetto alla divisione fatta dal testatore. La fattispecie di cui all'art. 733 c.c., infatti, non esclude la formazione di una comunione ereditaria tra i coeredi, pertanto lo scioglimento della comunione stessa dovrà avvenire nel rispetto delle norme disposte dal testatore che hanno carattere obbligatorio (e non efficacia reale come nell'ipotesi di divisione fatta dal testatore). L'autonomia del testatore non è illimitata, dovendosi sempre rispettare le norme dettate a tutela dei legittimari. Giusta il disposto dell'art. 733 c.c., al testatore è consentito di disporre che la divisione si effettui secondo la stima di persona da lui designata che non sia erede o legatario. L'erede e legatario sono esclusi dal potere ora indicato al fine di impedire il rischio di parzialità. In ogni caso, la divisione proposta dal terzo non vincola gli eredi se l'autorità giudiziaria la considera contraria alla volontà del testatore o manifestamente iniqua.

Gli artt. 758 e 759 c.c. dettano la disciplina della garanzia per le molestie ed evizioni derivanti da causa anteriore alla divisione.

In particolare, se un terzo sostiene che il *de cuius* non era proprietario di uno o più beni compresi nella porzione attribuita ad uno dei coeredi ed il coerede è costretto a rilasciare

## 2. La sentenza

### a. Cass., 16 ottobre 2018, n. 25836

È questione "di particolare importanza" che giustifica la rimessione degli atti al primo presidente, affinché valuti l'opportunità di assegnare la trattazione e la

decisione del ricorso alle sezioni unite, quella relativa alla qualificazione dello atto di scioglimento della comunione ereditaria, se cioè, esso sia assoggettato alla disciplina prevista per gli atti "*mortis causa*" o se, invece, sia da qualificarsi atto "*inter vivos*".

...omissis...

la Corte di merito afferma che la comminazione della sanzione di nullità risponde alla ratio pubblicistica di impedire il consolidarsi di gravi violazioni urbanistiche mediante la circolazione dei beni abusivi, ritenuta confliggente con l'interesse superindividuale ad un ordinato assetto del territorio; e che, nella fattispecie, ad eccezione per il piano terra, gli ulteriori piani erano stati costruiti tra il 1970 e il 1976 in modo abusivo e nessuno dei documenti richiesti dalla legge era stato depositato nei due gradi di giudizio;

che la ricorrente ritiene che il Giudice di secondo grado abbia erroneamente ritenuto ricompresa in tali fattispecie la presente divisione: in primo luogo, dal momento che le opere abusive risalgono al periodo tra il 1970 e il 1976, la norma applicabile sarebbe la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, (e non l'art. 17, comma 1, della stessa legge), che, tra gli atti nulli, non prevede lo scioglimento delle comunioni; e, in secondo luogo, perché anche l'assunto della Corte territoriale, per cui la divisione ereditaria non sarebbe un atto *mortis causa*, ma *inter vivos*, non risulta coerente ai principi enunciati, in materia, dalla consolidata giurisprudenza di questa Corte (la ricorrente richiama a proposito quanto affermato da Cass. n. 2313 del 2010, che ha precisato che la L. n. 47 del 1985, art. 40, limita il proprio campo di applicazione ai soli "atti tra vivi", lasciando fuori gli atti *mortis causa*; e che la divisione ereditaria, pur attuandosi dopo la morte del *de cuius*, costituisce l'evento terminale della vicenda successoria e, quindi, non può considerarsi autonoma rispetto a questa);

che, con il secondo motivo di ricorso, la Curatela lamenta la "Violazione e falsa applicazione della L. n. 47 del 1985, art. 17, u.c., e art. 40, commi 5 e 6, e del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3", là dove la Corte d'Appello avrebbe erroneamente applicato il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 5, per il quale "Le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali", ritenendo che tali disposizioni non si applichino al giudizio di scioglimento della comunione, qualora lo stesso sia promosso da una procedura fallimentare relativamente alla quota posseduta dal fallito;

che, infatti, il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, u.c., pone una deroga al principio generale sancito dal primo comma, sicché trattandosi di norma eccezionale, è insuscettibile di interpretazione estensiva o analogica e quindi il giudizio di divisione risulta autonomo rispetto al procedimento di esecuzione, anche se trova occasione in esso, con la conseguenza che, ove lo scioglimento della comunione si debba attuare con una vendita giudiziale, tale atto non può qualificarsi atto del processo esecutivo;

che, dunque, per la ricorrente, anche la vendita effettuata nell'ambito del giudizio di divisione per lo scioglimento della comunione, relativa a una quota del fallito, deve essere qualificata come atto derivante da procedura esecutiva immobiliare, individuale o concorsuale (giacché la vendita del bene del fallito prescinde dal consenso del proprietario-venditore che, in quanto fallito, è privato della capacità di disporre dei propri beni; ed è una vendita necessitata in quanto finalizzata al pagamento dei creditori).

sia soggetta alle stesse norme, e in particolare alle prescrizioni urbanistiche, di quest'ultima; giacché ragionando contrariamente si arriverebbe al risultato paradossale di potere eludere le norme urbanistiche attraverso il procedimento giudiziario.

Ritenuto:

che, in relazione a tutto quando precede, rileva il collegio che, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2, appaiono sussistere le condizioni per la rimessione degli atti al primo presidente, affinché valuti l'opportunità di assegnare la trattazione e la decisione del ricorso alle sezioni unite, atteso che le questioni sopra accennate possono qualificarsi, anche per l'impatto sulla circolazione dei beni immobili e sul relativo contenzioso, "di particolare importanza" ai sensi della predetta disposizione di rito.

...omissis...

### 3. Il tema svolto

*Premessi cenni sulla natura giuridica della divisione ereditaria, tratti il candidato dell'ammissibilità della divisione di un immobile abusivo.*

La **comunione ereditaria cessa** normalmente **con la divisione**, giudiziale o convenzionale. Ciascuno dei soggetti che partecipavano alla comunione ottiene, in sede di divisione, la titolarità esclusiva su una parte determinata del bene o dei beni che erano comuni, corrispondente per valore alla quota spettante nello stato di indivisione.

Con le **operazioni divisionali**, dunque, cessa la partecipazione congiuntiva – *pro quota* – all'intero ed a tale situazione si sostituisce l'attribuzione materiale dei beni o di parte di essi, a ciascun partecipante.

La divisione **ha efficacia dichiarativa**, essendo già in astratto fissato quanto spetti a ciascun coerede, ed efficacia **retroattiva**. L'assegnazione delle varie porzioni concrete, conseguentemente, non realizza una vicenda traslativa, poiché questa si è già compiuta al momento dell'apertura della successione, in seguito alla delazione ed alla successiva accettazione.

Ciò emerge inequivocabilmente dal tenore letterale dell'art. 757 c.c. ai sensi del quale "ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione anche per acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari". In sostanza la legge, per attribuire carattere dichiarativo e retroattivo all'atto di divisione che, per sua natura, ha carattere costitutivo ed efficacia *ex nunc*, ricorre ad una *fictio iuris* che ha radici antiche (essa venne ideata dai giuristi medievali per sottrarre l'atto di divisione al *laudemio* che colpiva gli atti dispositivi) e che oggi si giustifica ancora in ragione del fatto che il carattere dichiarativo determina una semplificazione dei diversi passaggi traslativi connessi alla vicenda successoria.

Si evidenzia in dottrina che il **carattere dichiarativo** assicurerebbe, inoltre, il rispetto del **principio di continuità nella titolarità dei rapporti giuridici**. Si pensi al caso in cui un coerede abbia disposto a mezzo vendita, prima della divisione, di un bene comune violando la regola generale fissata dall'art. 1108 c.c. In questo caso, l'atto di disposizione non si considera posto in essere *a non domino* ove quel bene resti assegnato, con la divisione, proprio al coerede disponente. In tal caso, infatti, l'atto di disposizione (da considerarsi fino al termine delle operazioni divisionali sottoposto alla condizione sospensiva dell'assegnazione al disponente) acquisirà definitivamente efficacia con retrodatazione al giorno dell'apertura della successione. Qualora, invece, il bene venga attribuito ad altro coerede, l'atto di disposizione non avrà effetto.

**L'effetto retroattivo desumibile dall'art. 757 c.c. ha carattere assoluto**, nel senso che opera non solo nei confronti dei coeredi ma anche dei terzi (con conseguente inefficacia anche nei confronti di questi ultimi degli atti di disposizione di singoli beni ereditari compiuti da dividendi ai quali questi beni non siano successivamente assegnati in sede divisionale).

Se tutti i coeredi sono d'accordo, si procede alla **divisione contrattuale**, che **si perfeziona con l'unanimità dei consensi** sull'insieme delle varie operazioni necessarie, peraltro analiticamente disciplinate dalla legge agli artt. 718 ss. c.c.

La **divisione contrattuale** altro non è che un **accordo stragiudiziale** con cui i coeredi convertono i diritti di ciascuno, espressi in quote ideali del patrimonio ereditario, in diritti su singoli beni, in modo che il valore dei beni individualmente assegnati corrisponda al valore delle quote in comunione.

La legge non disciplina espressamente il contratto di divisione limitandosi a prevedere il rispetto *ad substantiam* della forma scritta qualora la divisione concerna beni immobili (art. 1350, n. 11, c.c.) e l'assoggettamento a trascrizione (artt. 2646 e 2685 c.c.). Mancando una disciplina *ad hoc* si ritiene che alla divisione siano **applicabili le norme sul contratto in generale**. In particolare, quanto all'accordo, è necessario il consenso di tutti i coeredi tanto che il contratto sarà nullo se difetti il consenso anche di uno solo di essi. Ad ogni buon conto, è da escludersi che ci si trovi di fronte ad un contratto plurilaterale dato che questo si caratterizza per la circostanza che ciascuna parte può non essere essenziale (artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.), mentre nella divisione la partecipazione di tutti i coeredi è sempre necessaria ed essenziale ai fini della validità.

Si discute sulla **natura giuridica dell'atto di divisione**, se cioè si tratti di atto **inter vivos** (avente quindi **effetti traslativi**) oppure **mortis causa** (avente cioè mera **efficacia dichiarativa**).

La scelta fra le due opzioni non è priva di **risvolti pratici**. Ove, infatti la divisione abbia **ad oggetto un immobile abusivo**, non è secondario

qualificarla in un senso oppure in un altro: **se** la si considera un **atto tra vivi**, infatti, si tratterebbe di un **negozio nullo**, in base a quanto disposto dagli artt. 17, comma 1, e 40, comma 2, della Legge n. 47/1985 (attuale art. 46, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. edilizia). Norma che, come recita il testo della norma, **non trova applicazione rispetto agli atti mortis causa**.

**In caso di successione mortis causa**, invero, **il dante causa, ormai deceduto, non si gioverebbe** né potrebbe giovare, infatti, quantomeno non in termini di immediata utilità economica o pecuniaria, **dell'eventuale abuso edilizio** dallo stesso perpetrato sull'immobile oggetto di trasferimento come accade, invece, nell'ipotesi di atto *inter vivos* in cui l'alienante, che abbia violato le inderogabili norme di legge dettate dal legislatore in tema di corretta gestione del territorio, finirebbe, vieppiù, per lucrare – qualora non fosse prevista una siffatta sanzione civilistica della nullità dell'atto – del compiuto abuso a fronte del corrispettivo ottenuto per la sua cessione (MANLIO – TAFURI).

Orbene, rispetto al quesito iniziale, va riferito che si confrontano **due opposte soluzioni**.

Secondo la **giurisprudenza di legittimità**, la **divisione ereditaria**, pur attuandosi dopo la morte del *de cuius*, costituisce **l'evento terminale della vicenda successoria** e, quindi, rispetto a questa non può considerarsi autonoma. Tale rilievo trova **conferma nel dato positivo offerto dall'art. 757 cod. civ.**, che **assegna efficacia retroattiva alle attribuzioni** scaturenti dall'atto divisionale. Peraltro, **diversamente opinando**, si perverrebbe a **irragionevoli differenze di trattamento rispetto ad ipotesi sostanzialmente omogenee**, non potendosi in alcun modo giustificare l'esigenza dell'applicazione della norma in esame alla divisione ereditaria e la non applicazione di essa alla divisione operata del testatore oppure l'applicazione della norma all'ipotesi di attribuzione ereditaria di un edificio a più soggetti e la non applicazione all'ipotesi di attribuzione ereditaria dello stesso edificio ad un solo soggetto

A sostegno dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità, si rileva, altresì, che **la comunione ereditaria prescinde dalla volontà dei compartecipi**, in ragione del fatto che **i coeredi comproprietari** sono tali in forza di una **successione** proveniente **dal de cuius, che a suo tempo ha posto in essere la violazione di legge**.

Infine, a differenza di quanto ritenuto dalla giurisprudenza di merito, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che **l'effetto dichiarativo-retroattivo della divisione**, ex art 757 c.c., comporta che **ciascun condividente sia considerato titolare dei beni assegnatigli ex tunc**, e cioè **dall'apertura della successione** e che **la natura dichiarativa della divisione esclude che essa abbia efficacia traslativa**, e così il **titolo di acquisto** del condividente risale non all'atto divisionale, ma **all'originario titolo che**

**ha costituito la situazione di comproprietà** (il titolo risale alla delazione ereditaria e all'accettazione).

Va riferito che **l'affermazione del contenuto dichiarativo** viene, in seno alla dottrina, dai diversi Autori **variamente giustificata**.

Secondo autorevole dottrina (CICU, CIATTI), il **diritto del comunista** sarebbe **già un diritto di proprietà piena**, sia pure **circoscritto ad una quota ideale dei beni** compresi nella massa: la **divisione** avrebbe ad esattamente **individuare l'oggetto di tale diritto**, specificandolo sul bene determinato; la natura del diritto del comunista resterebbe quindi inalterata. Questa ricostruzione troverebbe **conferma** nelle previsioni di cui agli **artt. 1103 e 2825 c.c.** In particolare, questa ultima norma (al suo 2° co.) assegna piena efficacia all'atto di concessione di ipoteca effettuato sulla propria quota *manente comunione* da uno dei comproprietari, trasferendo – per il caso in cui il concedente riceva in assegnazione bene diverso da quello ipotecato – l'efficacia del gravame ipotecario (nei limiti del valore del bene in precedenza ipotecato) sui diversi beni a questi concretamente pervenuti. La **norma** realizzerebbe quindi un **meccanismo di surrogazione reale**, sostituendo all'ipoteca su quota quella sul bene assegnato, con modificazione dell'aspetto oggettivo della fattispecie. A parere del suo sostenitore, a questo procedimento – anziché circoscritto al caso dell'ipoteca – dovrebbe riconoscersi valenza generale (argomentando anche dall'art. 1103 c.c. e dal 4° co. dello stesso art. 2825 c.c.), operandosi surrogazione anche a riguardo dell'ipotesi di alienazione della quota, con subentro in vece di questa – successivamente al perfezionamento della divisione – della cosa assegnata al disponente. Il che varrebbe a dimostrare, in buona sostanza, che la divisione non viene ad incidere sul contenuto del diritto del comunista, bensì solo sul suo oggetto, scambiandosi la quota ideale con i beni di fatto attribuiti.

Secondo **un'altra linea di pensiero**, favorevole a riconoscere **natura traslativa allo scioglimento della comunione** (e quindi avente natura di atto *inter vivos*), invece, «lo **scioglimento della comunione** non elimina soltanto l'incertezza in ordine all'appartenenza dei singoli beni, **ma modifica sostanzialmente la situazione precedente**, nel senso di instaurare tante proprietà individuali laddove, prima, esisteva invece una comproprietà» (FORCHIELLI). Si aggiunge inoltre che, dal punto di vista effettuale, **l'acquisto** del dividendo «**non è diverso** dall'acquisto che egli farebbe nell'ipotesi in cui egli **divenisse cessionario esclusivo di quello stesso bene per consenso unanime dei compartecipi**, in virtù di un normale negozio traslativo, indipendentemente da qualsiasi paradigma divisorio».

A questa prospettazione aderisce anche **parte della giurisprudenza di merito**, (si veda Corte d'Appello di Palermo del 23 maggio 2013, n. 868) concludendo «che anche lo scioglimento della comunione ereditaria rientra