

Civile Ord. Sez. 2 Num. 25836 Anno 2018

Presidente: MATERA LINA

Relatore: BELLINI UBALDO

Data pubblicazione: 16/10/2018

PU

### **ORDINANZA INTERLOCUTORIA**

sul ricorso 17912-2014 proposto da:

CURATELA DEL FALLIMENTO DI CARMELO LA ROSA, in persona del Curatore, Avv. Ignazio Cammalleri, rappresentata e difesa dall'Avvocato DOMENICO CAROTA ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Aloisia Bonsignore, in ROMA, VIALE GIULIO CESARE 71

**- ricorrente -**

**contro**

LA ROSA MARIA GIUSEPPA e LA ROSA FRANCESCO

**- intimati -**

avverso la sentenza n. 868/2013 della CORTE D'APPELLO di PALERMO, depositata il 23/05/2013;

O.l.  
2408/18



udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 13/06/2018 dal Consigliere Dott. UBALDO BELLINI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FULVIO TRONCONE, che ha concluso per rigetto del ricorso.

UDITO L'AVV. BONSIGNORE -

*Ritenuto*

che, con atto di citazione del 22.7.2003, la CURATELA DEL FALLIMENTO DI CARMELO LA ROSA conveniva in giudizio, avanti al Tribunale di Palermo, Sezione distaccata di Bagheria, MARIA GIUSEPPA LA ROSA e FRANCESCO LA ROSA per ottenere la divisione del fabbricato destinato a civile abitazione, sito in Bagheria, Via Aguglia n. 22, procedendo allo scioglimento della comunione tra i germani Maria Giuseppa, Francesco e Carmelo La Rosa, comproprietari di detto immobile, onde assegnare alla curatela quella parte del cespite, pari al valore dei 2/9, corrispondente alla quota di spettanza del fallito Carmelo La Rosa;

che, nella contumacia dei convenuti, espletata C.T.U., il Tribunale, con sentenza n. 125/2006, depositata il 12.4.2006, rigettava le domande attoree, ponendo le spese di lite a carico della parte attrice;

che, avverso detta sentenza, la Curatela proponeva appello chiedendone la riforma; mentre gli appellati, nuovamente, non si costituivano in sede di gravame;

che, disposte ulteriori indagini tecniche, la Corte d'Appello di Palermo, con la sentenza n. 868/2013, depositata il 23.5.2013, confermava la sentenza di primo grado, rigettando l'appello.

*Rilevato*



che, avverso detta sentenza, propone ricorso per cassazione la Curatela del fallimento di Carmelo La Rosa sulla base di due motivi:

che, con il primo motivo di ricorso, la Curatela deduce la «Violazione e falsa applicazione degli artt. 17, comma 1, e 40, comma 2, della L. n. 47/1985 e dell'art. 46, comma 1 del D.P.R. n. 380/2001 in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c.», sull'assunto che la Corte d'Appello avrebbe violato e falsamente applicato, tanto l'art. 17, comma 1, della L. n. 47/1985, e l'art. 46, comma 1, del D.P.R. n. 380/2001 che lo ha abrogato e sostituito recependone il disposto (secondo cui «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»); tanto l'art. 40, comma 2, della stessa L. n. 47/1985, che analogamente dispone per abusi edilizi realizzati prima dell'entrata in vigore della legge (prevedendo 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'articolo 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 sesto comma dell'articolo 35»);

che 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 di 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 l'art. 40, comma 2 della L. n. 47/1985 (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<sup>2</sup> coerente ai principi enunciati, in materia, dalla consolidata giurisprudenza di questa Corte (la ricorrente richiama a proposito quanto<sup>†</sup> affermato da Cass. n. 2313 del 2010, che ha precisato che l'art. 40 della L. n. 47/1985 limita il proprio campo di applicazione ai soli "atti tra vivi", lasciando fuori gli atti *mortis*

B  
L



*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 degli artt. 17, u.c. e 40, commi 5 e 6 della L. n. 47/1985 e dell'art. 46, comma 5 del D.P.R. n. 380/2001 in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c.», là dove la Corte d'Appello avrebbe erroneamente applicato l'art. 46, comma 5, del D.P.R. n. 380/2001, 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, l'art. 46 u.c. del D.P.R. n. 380/2001 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

n  
4



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).

*Considerato*

che, con riferimento ad analoghe vicende, questa Corte ha rilevato come non possa «restare senza rilievo il fatto che nel caso in esame si tratta di scioglimento di comunione ereditaria, poiché la norma che si assume violata [art. 17, comma 1, della L. n. 47/1985], pur riguardando anche gli atti di "scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti", limita espressamente il proprio campo oggettivo di applicazione ai soli "atti tra vivi", lasciando, quindi, al di fuori tutta la categoria degli atti *mortis causa*». Per questa Corte, «è invero evidente che, come esattamente osservato da autorevole dottrina, 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 ad 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

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



applicazione all'ipotesi di attribuzione ereditaria dello stesso edificio ad un solo soggetto» (Cass. n. 15133 del 2001);

che (allorquando non risulta che si tratti di divisione ereditaria), «si applica quindi il principio secondo cui (Cass. 28.11.2001, n. 15133) la nullità prevista dall'art. 17 della legge n.47 del 1985 con riferimento a 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*» (Cass. n. 630 del 2003; nel senso che «la chiara lettera dell'art. 17, comma 1, L. n. 47/1985, [...] espressamente prevede la sanzione di nullità solo con riferimento agli atti tra vivi, compreso lo scioglimento della comunione "relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge": Cass. n. 14764 del 2005)»;

che, peraltro, è stato ribadito che «mentre la L. n. 47 del 1985, art. 17, prevede espressamente la sanzione di nullità degli atti tra vivi, compreso lo scioglimento della comunione, relativi soltanto ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della legge, per quelli realizzati in epoca anteriore l'art. 40 della stessa legge, pur specificando le singole categorie di atti fra vivi aventi ad oggetto diritti reali che sono affetti da nullità, non prevede, fra essi, lo scioglimento delle comunioni. (Cass. 14764/05). Già in precedenza questa sezione aveva affermato (Cass. 15133/01) che "non può restare senza rilievo il fatto che nel caso in esame si tratta di scioglimento di comunione ereditaria, poiché la norma che si assume violata, pur



riguardando anche gli atti di "scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti", limita espressamente il proprio campo oggettivo di applicazione ai soli "atti tra vivi", lasciando, quindi, al di fuori tutta la categoria degli atti *mortis causa*. È invero, evidente che, come esattamente osservato da autorevole dottrina, 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» (così, Cass. n. 2313 del 2010, per la quale, 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 ad 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»;

che, di conseguenza, «la divisione ereditaria non è condizionata dalla regolarizzazione urbanistica dell'immobile di cui trattasi. Infatti, la nullità prevista dall'art. 17 l. n. 47/1985 con riferimento a 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

B  
↓



tra i quali si deve ritenere compresa anche la divisione ereditaria, quale atto conclusivo della vicenda successoria (Cass. 28 novembre 2001, n. 15133); lo stesso principio è poi da affermare con riferimento alla nullità comminata dall'art. 40 della stessa legge (Cass. 1 febbraio 2010, n. 2313). Ne discende che nemmeno la divisione giudiziale del compendio ereditario possa ritenersi subordinata al conseguimento, da parte di condividenti, del titolo di regolarizzazione urbanistica» (Cass. n. 20041 del 2016);

che, a sostegno dell'orientamento di questa Corte, anche la ricorrente deduce 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; che pertanto, la sanzione di nullità non può ricadere su coloro che sono stati estranei alle vicende pregresse dell'immobile, tenuto conto anche della circostanza per cui, in forza dell'art. 757 c.c., ogni coerede succede nei limiti della propria quota e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari;

che, inoltre, a rafforzare la tesi, concorre il generale principio di diritto per cui le ipotesi di nullità non possono applicarsi al di fuori della sfera strettamente delineata dal legislatore, il quale, nella fattispecie, ha limitato l'ambito sanzionatorio agli atti tra vivi;

che, infine, a differenza di quanto ritenuto dalla Corte di merito, questa Corte di legittimità (Cass. n. 7231 del 2006) ha affermato che l'effetto dichiarativo-retroattivo della divisione, ex art 757 c.c., comporta che ciascun condividente sia considerato

B  
E



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 dividente 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).

*Considerato*

che, viceversa, nel giudizio *de quo* la Corte di merito ha affermato «che anche lo scioglimento della comunione ereditaria rientra nell'ambito della categoria degli atti tra vivi, cui si applicano le disposizioni previste dagli artt, 17, 18 e 40 L. 47/85» (sentenza impugnata, pag. 7);

che, a sostegno di tale affermazione la Corte d'appello ripropone e fa proprie le argomentazioni dottrinarie (su cui si fonda parte della giurisprudenza di merito: Trib. Termini Imerese 12.05.2003; Trib. Napoli 16.10.2002; Trib. Napoli 15.10.2003, Trib. Marsala 14.12.2006) contrarie alla affermazione, che sorregge dogmaticamente il contenuto della decisione, relativa alla natura giuridica di atto *mortis causa* dello scioglimento della comunione ereditaria;

che, infatti (secondo questo opposto orientamento) i negozi *mortis causa* si distinguono dai negozi *inter vivos* in quanto soltanto i primi sono destinati a regolamentare la vicenda successoria o a disporre per il tempo successivo alla morte del disponente; mentre i negozi *inter vivos* sono immediatamente efficaci, anche se contengono eventualmente una disposizione di proroga della loro stessa efficacia;

che, dunque, i primi si distinguono in base al fatto che la causa negoziale dell'attribuzione è l'evento morte, nella

M  
J



qualificazione dei secondi non si fa riferimento ad una specifica causa, in quanto le cause possono essere molteplici ed incontrano l'unico limite della legittimità e sussistenza di esse;

che, alla luce ~~luce~~ dei tratti distintivi ora evidenziati fra i negozi *mortis causa* e quelli *inter vivos*, tale diverso orientamento interpretativo ritiene prive di pregio sia la pretesa equiparazione dell'atto di scioglimento della comunione ereditaria con la disposizione testamentaria che attribuisce a ciascun erede un certo bene, sulla base dell'osservazione che entrambi gli atti realizzerebbero l'identico risultato, sia l'affermazione per cui l'articolo 757 c.c. (che fa retroagire al momento della morte gli effetti dello scioglimento della comunione ereditaria) avalli questa tesi; laddove, se anche lo scioglimento volontario della comunione ereditaria può realizzare, di fatto, l'attribuzione di un singolo cespite dell'asse ereditario ad uno o più eredi, viene rilevato che, dal punto di vista giuridico, essa non può certamente essere ricondotta alla volontà del *de cuius*, discendendo in realtà soltanto dalla volontà dei contraenti, vivi, del negozio divisorio;

che la tesi della natura meramente dichiarativa dello scioglimento della ~~della~~ comunione ereditaria sarebbe attualmente recessiva in dottrina, ove si sottolinea la sostanziale identità nella sistematica del codice del negozio di divisione, a prescindere dalla fonte della comunione (*inter vivos* o *mortis causa*), e la sua natura costitutiva (si veda in tal senso, sia pure quale *obiter dictum*, Cass. n. 6653 del 2003, in parte motiva);

che, pertanto, gli atti di scioglimento della comunione ereditaria posti in essere tra i coeredi non possono che rientrare nella categoria dei negozi *inter vivos*;

B



che neppure risulta possibile fondare una conferma testuale dell'inserimento del negozio di divisione nella categoria degli atti *mortis causa*, nell'art. 757 c.c., che fa retroagire al momento della morte gli effetti della comunione ereditaria; giacché la *ratio* effettiva di tale disposizione codicistica può in realtà essere individuata nella ben diversa prospettiva che, attraverso la *fictio juris* prevista da questa norma, il legislatore abbia voluto evitare un vuoto temporale nella titolarità del patrimonio del defunto con conseguenti difficoltà di gestione dei rapporti tra gli eredi e i terzi;

che, inoltre, la tesi che tende a salvaguardare eccessivamente la divisione ereditaria, oltre a destabilizzare concetti giuridici consolidati ed a violare i canoni ermeneutici sanciti dall'articolo 12 delle preleggi, vanificando le intenzioni del legislatore, aprirebbe "vistose crepe" nella tutela del patrimonio, rischiando infatti di immettere in circolazione un bene che potrebbe in seguito essere confiscato o demolito in danno del possessore, consentendo altresì un illecito arricchimento del contravventore;

che, infine, si sostiene che, avendo la pronunzia giudiziaria di scioglimento della comunione una funzione suppletiva di quella negoziale, deve ritenersi che essa 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 del secondo comma dell'art. 374 c.cp.c., 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.

**P.Q.M.**

dispone la trasmissione del procedimento al primo presidente, per l'eventuale rimessione alle sezioni unite.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della seconda sezione civile del 13 giugno 2018, riconvocata nella camera di consiglio del 10 luglio 2018.

Il presidente  
D.r. Lina Matera

Il Funzionario Giudiziario  
Valeria NERI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA  
Roma, 16 OTT. 2018