

Civile Sent. Sez. 2 Num. 26563 Anno 2021

Presidente: MANNA FELICE

Relatore: BELLINI UBALDO

Data pubblicazione: 30/09/2021

C.C. 14/04/2021

**SENTENZA**

sul ricorso 15315-2014 proposto da:

AZZARELLI GIORGIO, rappresentato e difeso dall'Avvocato VINCENZO IOZZIA ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in MODICA (RG) VIA SACRO CUORE 114/a

- *ricorrente* -

**contro**

AZZARELLI FRANCESCO, rappresentato e difeso dall'Avvocato GIOVANNI GIUCA, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. Simona Pandolfini in ROMA, VIA dell'ACQUEDOTTO del PESCHIERA 96;

CONTRO RICORRENTE

AZZARELLI SALVATORE e AZZARELLI GIOVANNI, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocato LUIGI RAIMONDO ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in SIRACUSA, VIA dei SANTI CORONATI;

inve INTIMATO

123/21

AZZARELLI ANTONINA e AZZARELLI GIUSEPPINA, rappresentate  
e difese dall'Avvocato MARCO SCALA ed elettivamente  
domiciliate nel suo studio in CATANIA, VIA TRIESTE 28;

~~- controricorrenti -~~

**- nonché contro -**

IACONO GIUSEPPA e IACONO ROSA (quali eredi di Azzarelli Rosaria); AZZARELLI MARIA (nata l'1.1.1947); AZZARELLI GIOVANNA, AZZARELLI ANTONINO, AZZARELLI GIUSEPPE e AZZARELLI GIOVANNI (quali eredi di Azzarelli Pietro, nato il 26.11.1929 e deceduto il 26.2.2012); ZOCCO CONCETTA, AZZARELLI ANTONINO, AZZARELLI ROSA, AZZARELLI PATRIZIA, AZZARELLI MARIA (nata l'11.1.1967), AZZARELLI PIETRO (nato il 5.5.1970) (quali eredi di Azzarelli Carmelo)

**- intimati -**

avverso la sentenza n. 1904/2013 della CORTE d'APPELLO di CATANIA pubblicata il 14/11/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 14/04/2021 dal Consigliere Dott. UBALDO BELLINI.

### **FATTI DI CAUSA**

Con atto di citazione, notificato in data 30.8.1988, i fratelli FRANCESCO, SALVATORE, GIORGIO e GIOVANNI AZZARELLI convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Modica gli altri sei fratelli PIETRO, ROSARIA, CARMELO, MARIA, ANTONINA e GIUSEPPA AZZARELLI, premettendo di essere comproprietari *pro indiviso* di alcuni beni ereditati dai genitori Antonino Azzarelli e Rosa Colombo, beni costituiti da due case in Pozzallo, da azioni e

da somme di denaro depositate in conti correnti bancari e libretti di deposito. Aggiungevano che altri beni erano stati donati dai genitori ai convenuti Pietro, Rosaria, Antonina, Giuseppa e Carmelo Azzarelli. Chiedevano che il Tribunale procedesse (previa collazione per imputazione dei beni donati) alla divisione ereditaria e condannasse i convenuti al rimborso delle spese funerarie e di sistemazione della tomba di Rosa Colombo, asseritamente anticipate dagli attori.

Tutti i convenuti, ad eccezione di Carmelo Azzarelli, si costituivano, aderendo alla domanda di scioglimento della comunione ereditaria e chiedendo il rigetto della domanda relativa al rimborso delle spese funerarie, mentre si dichiaravano pronti, previa verifica dei documenti giustificativi, a partecipare alle spese di sistemazione della tomba. In via riconvenzionale, chiedevano che Francesco Azzarelli, avendo detenuto fin dal novembre 1979 l'appartamento al primo piano di Via Colombo, venisse condannato a versare in loro favore il relativo frutto; che Giorgio Azzarelli, avendo detenuto l'appartamento al primo piano di Via Colombo, il garage posto al piano terra di Via Enna e il locale cantina ivi sito, oltre all'autovettura FIAT 124, già di proprietà del padre, venisse condannato a versare in loro favore i relativi frutti; che Salvatore Azzarelli, avendo detenuto sin dalla morte della madre, l'appartamento al primo piano di Via Colombo e la casa di Via Enna, venisse condannato a versare in loro favore i frutti.

In sede di precisazione delle conclusioni, nell'insistere sulle altre domande e nell'opporvi alle domande riconvenzionali dei convenuti, gli attori concordemente chiedevano che in sede di divisione fosse assegnato a Giorgio Azzarelli l'immobile costituito

dal locale falegnameria e dall'attiguo garage e a Francesco Azzarelli il residuo compendio immobiliare.

Con la sentenza n. 579/2002 il Tribunale di Modica accoglieva la domanda di scioglimento della comunione ereditaria e, tra l'altro, attribuiva: a) a Giorgio Azzarelli l'unità immobiliare a piano terra della casa in Pozzallo con ingresso da Via Enna n. 23 e il garage di Via Colombo; b) a Francesco Azzarelli la casa sita in Pozzallo, Via Roma nn. 16-18, gli appartamenti al primo e secondo piano dell'immobile di Via Colombo n. 25 e il locale deposito di Via Enna n. 23; condannava: c) Giorgio Azzarelli a versare agli altri coeredi *pro quota*, a titolo di fruttificazione, gli interessi del 5% annuo sul valore dell'appartamento sito al primo piano di Via Colombo dal 12.1.1988 al 5.9.1989; d) Rosaria, Pietro e Antonina Azzarelli a versare agli altri coeredi *pro quota*, a titolo di fruttificazione, gli interessi del 5% annuo sul valore dei beni loro rispettivamente donati dal 21.11.1978 sino alla data della sentenza; e) Carmelo e Giuseppa Azzarelli a versare agli altri coeredi *pro quota*, a titolo di fruttificazione, gli interessi del 5% annuo sul valore dei beni loro rispettivamente donati dal 12.1.1988 sino alla data della sentenza.

Il Tribunale prevedeva, inoltre, che i condividenti procedessero ai conferimenti, ai prelievi e al versamento dei conguagli indicati nel dispositivo. Il Tribunale rigettava le domande di rimborso delle spese funerarie e di sistemazione della tomba e le altre domande di fruttificazione proposte nei confronti di Francesco e Salvatore Azzarelli, nonché di Giorgio Azzarelli (limitatamente a quelle aventi a oggetto il garage posto a piano terra di via Enna e il locale cantina ivi sito, nonché l'autovettura Fiat 124).

Avverso detta sentenza proponeva appello Giorgio Azzarelli, lamentando: A) l'erroneità del metodo utilizzato per effettuare la collazione; B) l'errata descrizione del bene assegnatogli in sede di divisione, ricomprendente anche il locale di Via Enna n. 21 (e non 23), locale facente parte dell'immobile richiesto in assegnazione e invece attribuito a Francesco Azzarelli; il CTU avrebbe errato anche nella stima dei due immobili; C) l'errato calcolo degli importi dovuti dai convenuti a titolo di fruttificazione; D) l'errata stima (per difetto) di taluni di tali ultimi beni; E) l'insussistenza dell'obbligo di cui al superiore punto 3); F) l'omessa liquidazione delle spese in favore dell'appellante, costituitosi con nuovo procuratore.

L'appellante osservava che in conseguenza dei predetti errori egli risultava creditore e non debitore della massa. Pertanto, insisteva nella domanda di divisione ma chiedeva che, previa CTU, la sentenza venisse riformata attraverso l'esatta individuazione degli immobili assegnati, il corretto ricalcolo della massa e delle quote nonché degli importi dovuti per la fruttificazione, la revoca dell'obbligo di conguaglio a suo carico e dell'obbligo di cui al punto (iii), nonché la rideterminazione delle spese legali e la restituzione di quanto versato a seguito delle procedure esecutive immobiliari intraprese nei suoi confronti sulla base della sentenza impugnata.

Antonina e Giuseppa Azzarelli si costituivano, convenendo sull'erronea individuazione degli immobili assegnati al fratello Giorgio e Francesco e chiedendo il rigetto dei motivi di cui alle lettere A), C), E), F). Spiegavano altresì appello incidentale, al fine di ottenere un'equa e giusta divisione, in ordine alle stime degli immobili donati. Lamentavano, infine, il rigetto della



domanda riconvenzionale spiegata nel primo giudizio contro Giorgio Azzarelli in ordine alla fruttificazione del locale di Via Enna.

Anche gli altri attori si costituivano nel giudizio di secondo grado. Salvatore e Giovanni Azzarelli insistevano nella domanda di divisione ma chiedevano che la Corte d'Appello dichiarasse inammissibile l'appello proposto per difetto di interesse a impugnare e in subordine che rigettasse l'appello in quanto il vano garage non era da attribuire a Giorgio Azzarelli, in quanto a servizio degli appartamenti sovrastanti e non del locale falegnameria; che i motivi di appello sub E) e F) fossero rigettati nel merito; in subordine, che le quote spettanti a ciascun condividente fossero rideterminate previa nuova valutazione dei cespiti ereditari; che fossero accolte le domande di rimborso delle spese funerarie e di sistemazione della tomba, rigettate in primo grado.

Si costituiva anche Francesco Azzarelli, insistendo nella domanda di divisione e spiegando appello incidentale con cui chiedeva l'attribuzione del vano garage, erroneamente attribuito a Giorgio.

Gli altri appellati non si costituivano.

Con ordinanza del 20.4.2009 il Collegio disponeva altra CTU, la quale accertava che sulla terrazza di copertura del fabbricato di Via Colombo n. 25 vi erano dei vani prima non rilevati dai consulenti nominati dal primo Giudice. Fornendo i chiarimenti richiesti in udienza dalle parti, il CTU precisava che, in assenza di eventuale titolo concessorio, i vani (che talune parti avevano dichiarato esistenti fin dal 1989, ma che non risultavano



dalle CTU di primo grado) dovevano considerarsi abusivi e quindi il fabbricato non era trasferibile.

Con ordinanza del 4.1.2012 il CTU riceveva l'incarico di predisporre un progetto di divisione che tenesse conto della stima dei beni all'anno 2010.

All'udienza del 4.1.2012 il difensore di Francesco Azzarelli, nel contestare i valori indicati nel nuovo progetto di divisione, dichiarava che gli stessi non rendevano più conveniente la richiesta di assegnazione a suo tempo formulata dal proprio assistito e quindi revocava la richiesta.

Con ordinanza del 3.6.2013 il Collegio invitava le parti a interloquire in ordine all'eventuale divisione, anche parziale, dei beni caduti in successione e alla disponibilità delle parti alla proposizione di eventuale istanza di sanatoria in ordine alle opere abusive o alla loro demolizione.

All'udienza del 16.9.2013 le parti si limitavano a chiedere che la causa venisse decisa.

Con sentenza n. 1904/2013, depositata in data 14.11.2013, la Corte d'Appello di Catania rigettava le domande di scioglimento della comunione ereditaria; annullava i capi della sentenza aventi per oggetto l'assegnazione degli immobili e la determinazione dei conferimenti, dei conguagli e dei prelevamenti; a parziale modifica del capo di sentenza con cui si condannava Giorgio Azzarelli a corrispondere agli altri coeredi, *pro quota*, a titolo di fruttificazione, gli interessi del 5% annuo sul valore dell'appartamento sito al primo piano dell'immobile di Via Colombo, a partire dal 12.1.1988, determinava il termine finale in quello del 5.9.1988, anziché in quello del 5.9.1989; condannava Giorgio Azzarelli a corrispondere *pro quota* a



Giuseppa e Antonina Azzarelli, a titolo di fruttificazione per il vano falegnameria sito in Pozzello, Via Enna, una somma pari al 5% annuo del valore del predetto immobile, oltre interessi legali, a far data dal 21.1.1988 fino alla data della sentenza; condannava ciascuna delle appellate Antonina, Giuseppa, Rosaria e Maria a pagare, a titolo di rimborso delle spese funerarie e di sistemazione della tomba di Rosa Colombo, a Salvatore Azzarelli la somma di € 52,68, oltre interessi legali dall'apertura della successione alla data della sentenza; condannava le suddette appellate a pagare, a titolo di rimborso delle spese funerarie e di sistemazione della tomba di Rosa Colombo, a Giovanni Azzarelli la somma di € 52,68, oltre interessi legali dall'apertura della successione alla data della sentenza; dichiarava compensate le spese di lite del grado di appello, ponendo le spese di CTU del grado di appello a carico degli appellati costituiti in ragione di un sesto ciascuno.

In particolare, la Corte di merito osservava che l'accoglimento delle domande di assegnazione degli immobili e di rideterminazione dei conguagli era precluso dall'accertamento [raggiunto solo nel corso del giudizio di appello] della natura abusiva dei vani costruiti sulla terrazza di copertura del fabbricato di Via Colombo n. 25. Riteneva che non vi fossero elementi per ritenere che le opere fossero state realizzate in data anteriore al 1967, né le parti avevano prodotto dichiarazioni sostitutive in tal senso, per cui le opere necessitavano di un titolo concessorio. La Corte d'Appello richiamava il combinato disposto degli artt. 17 e 40 della L. n. 47/1985, che sanziona di nullità la stipula di atti tra vivi aventi per oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione



di diritti reali relativi a edifici costruiti senza concessione. La sentenza richiamava un orientamento giurisprudenziale secondo cui tali norme non sarebbero applicabili alla divisione ereditaria, assimilata a un atto *mortis causa* (Cass. n. 2313/2010), ma riteneva di non condividere tale orientamento, considerando la divisione ereditaria un istituto che presenta i caratteri peculiari dei negozi *inter vivos*.

Avverso detta sentenza propone ricorso per cassazione Giorgio Azzarelli sulla base di un articolato motivo. Resiste Francesco Azzarelli con controricorso, depositando memoria.

All'esito dell'udienza pubblica del 6 luglio 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" in tema di divisione ereditaria. La causa veniva rinviata a nuovo ruolo (20 novembre 2018; 19 settembre 2019) in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite; ed infine fissata nella odierna camera di consiglio.

#### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. - Con un unico articolato motivo, il ricorrente lamenta la «Violazione e falsa applicazione degli artt. 17 e 40 della L. n. 47/1985, degli artt. 757 e 762 c.c. e dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.», osservando che la Corte di Appello, in violazione dell'art. 757 c.c., aderiva a un orientamento risalente della Suprema Corte (Cass. n. 3842 del 1980), per il quale la divisione ereditaria avrebbe natura costitutiva. Per il giudice del gravame tale indirizzo è ormai superato dal più recente orientamento della giurisprudenza di



legittimità, secondo il quale l'effetto dichiarativo-retroattivo della medesima divisione [che poggia in via esclusiva sull'art. 757 c.c.] comporta che ciascun dividendo sia considerato titolare *ex tunc*, e cioè all'apertura della successione, dei beni assegnatigli (Cass. n. 7231 del 2006). Con la sentenza n. 2313 del 2010 la Suprema Corte ha affermato che non rientra nelle ipotesi di nullità lo scioglimento di una comunione ereditaria riguardante immobili abusivi in quanto trattasi di atto *mortis causa*. La suddetta sentenza evidenzia che la divisione ereditaria costituisce l'evento finale della vicenda successoria e non può essere considerata autonoma dalla morte del "de cuius". Pertanto, sotto il primo profilo, il ricorrente concordava nel senso che l'abusività di parte dell'immobile sito in Via Colombo non costituisse elemento ostativo allo scioglimento della comunione ereditaria, non trovando applicazione alla fattispecie gli artt. 17 ovvero 40 della L. n. 47/1985. Conseguentemente, sotto il secondo profilo, appariva illogica e contraria al principio dispositivo di cui all'art. 112 c.p.c. la sentenza impugnata nella parte in cui d'ufficio riteneva di dover richiedere requisiti speciali per i vani costruiti sul terrazzo e, senza che alcuno lo avesse richiesto, qualificare gli stessi come abusivi. In terzo luogo, il ricorrente lamentava la omessa applicazione dell'art. 762 c.c., per cui la divisione parziale dell'asse ereditario non è affetta da nullità, essendo possibile la divisione con esclusione dei beni ritenuti abusivi (Cass. n. 8448 del 1997).

1.1. - Stante la loro stretta connessione logico-giuridica, i primi due profili del ricorso vanno esaminati e decisi congiuntamente. Essi sono entrambi fondati.

1.2. - Il menzionato orientamento interpretativo, seguito dai giudici Catanesi è stato radicalmente superato dalla giurisprudenza contraria delle Sezioni Unite, le quali, in forza di una più ampia rivisitazione letterale e teleologica - riferita dapprima alla affermazione della natura dell'atto di scioglimento della comunione ereditaria, costituente un negozio *inter vivos*, allo stesso modo dell'atto di scioglimento della comunione ordinaria - hanno negato la sussistenza di valide ragioni per differenziare il trattamento normativo in base al tempo di edificazione dell'immobile abusivo, e quindi per escludere la nullità dello scioglimento della comunione relativa ad edificio irregolare sol perché questo sia stato costruito anteriormente all'entrata in vigore della L. 47/1985 (Cass., sez. un., n. 25021 del 2019).

Pertanto, gli atti di scioglimento delle comunioni relative ad edifici, o a loro parti, sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità prevista dall'art. 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985 per gli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici realizzati prima della entrata in vigore della detta legge, ove dagli atti non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria, ovvero ad essi 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.

1.3. - Sicché, quando sia proposta domanda di scioglimento di una comunione (*id est*: 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 dall'art. 46 del d.P.R. 5 giugno 2001, n. 380 e dall'art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, 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. Peraltro, nella ipotesi in cui tra i beni costituenti l'asse ereditario vi siano edifici abusivi, ogni coerede ha diritto, ai sensi dell'art. 713, comma 1, c.c., 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 dividendi. Laddove, 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.

Così pure l'accoglimento delle domande relative alla assegnazione degli immobili compresi nella eredità, nonché alla rideterminazione dei conguagli, è precluso dall'accertamento della natura abusiva dei vani costruiti sulla terrazza di copertura del fabbricato in oggetto. E nella ipotesi in cui tra i beni costituenti l'asse ereditario vi siano edifici abusivi, ogni coerede ha diritto, ai sensi dell'art. 713, comma 1, c.c., 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, pur senza il consenso degli altri dividendi.

2. – Il terzo profilo non è fondato.

2.1. – L'art. 762 cod. civ., stabilendo che l'omissione di uno o più beni dell'eredità non è causa di nullità della convenuta divisione, ma determina esclusivamente la necessità di procedere ad un supplemento della divisione stessa, sancisce, implicitamente, la indiscutibile validità ed efficacia dell'atto parziale così compiuto, escludendo ogni possibilità di considerarlo come struttura negoziale non dotata di propria autonomia, tale, cioè, da rendere comunque necessario attendere lo scioglimento della comunione sui residui beni per poter proporre la eventuale azione di rescissione per lesione oltre il quarto, azione che sarà, pertanto, legittimamente esperibile anche in relazione alla sola divisione parziale (Cass. n. 8448 del 1997).

E' dunque condivisibile e corretta la motivazione del Giudice dell'appello in ordine alla non applicabilità, nella fattispecie, di tale norma, in quanto risultava *per tabulas* che nessuno dei coeredi abbia avanzato formale richiesta di divisione parziale, non essendovi tra i medesimi alcun accordo sul punto.

3. – Rigettato dunque il terzo profilo del motivo di ricorso, vanno accolti il primo ed il secondo profilo, nei limiti di cui in motivazione. Va cassata la sentenza impugnata e rinviata la causa alla Corte di Appello di Catania, in diversa composizione, che provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

**P.Q.M.**

La Corte rigetta il terzo profilo del motivo di ricorso; accoglie i primi due profili del motivo medesimo, nei limiti di cui in motivazione; cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa



alla Corte d'appello di Catania, in diversa composizione, che provvederà anche alla liquidazione delle spese di questo giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della seconda sezione civile, della Corte Suprema di Cassazione, il 14 aprile 2021.