

CAPITOLO II

NATURA GIURIDICA, FUNZIONE ED EFFETTI DELLA DIVISIONE EREDITARIA

SOMMARIO: 1. La comunione ereditaria. - 2. La divisione. - 3. La sentenza delle Sezioni Unite n. 25021 del 2019 sull'applicabile alla divisione della disciplina delle c.d. menzioni urbanistiche. - 4. La natura di atto *inter vivos* della divisione ereditaria. - 5. L'efficacia costitutivo-traslativa (e non dichiarativa) della divisione ereditaria. - 6. Funzione distributiva e funzione di scambio: principio di proporzionalità *versus* principio di corrispettività.

1. La comunione ereditaria

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 partecipante è **titolare del diritto sull'intero bene per una quota ideale**: la “quota” è la misura della contitolarità spettante al partecipante 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 ss. c.c. – 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 chia-

mati all'eredità ed una pluralità di accettazioni (espresse o tacite).

La comunione ereditaria è, perciò, **indipendente dalla volontà dei chiamati** all'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.

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 novembre 2007**). 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 rinuncia 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, co. 1, c.c.): 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 purché per un tempo non superiore a dieci anni (art. 1111, co. 2, c.c.), 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.).

2. La divisione

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.

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 dividente 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. II, n. 4891 del 26 aprile 1993; Cass., Sez. I, n. 7954 del 13 agosto 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.).

3. La sentenza delle Sezioni Unite n. 25021 del 2019 sull'applicabile alla divisione della disciplina delle c.d. menzioni urbanistiche

Con la **sentenza 7 ottobre 2019, n. 25021**, le **Sezioni Unite** hanno affermato l'applicabilità alle divisioni ereditarie della disciplina delle menzioni urbanistiche (di cui all'art. 46, co. 1, d.P.R. n. 380/2001 e all'art. 40, co. 2, l. n. 47/1985) e della relativa sanzione di nullità, per la loro omissione.

Al di là della questione specifica oggetto di decisione, la pronuncia merita particolare attenzione per le considerazioni di carattere generale svolte in ordine alla natura e agli effetti della divisione ereditaria.

Secondo le Sezioni Unite, la divisione ereditaria ha natura di **atto *inter vivos*** (non *mortis causa*) ed ha **efficacia costitutiva e non meramente dichiarativa**.

4. La natura di atto *inter vivos* della divisione ereditaria

Le Sezioni Unite, nella sentenza in esame, hanno innanzitutto escluso 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*.

In particolare, secondo le Sezioni Unite, 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**, 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 né la natura né 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.

5. L'efficacia costitutivo-traslativa (e non dichiarativa) della divisione ereditaria

La sentenza della Sezioni Unite si segnala anche per aver superato la tesi tradizionale della natura dichiarativa della divisione ereditaria, cui è stata, invece, riconosciuta efficacia costitutiva-traslativa.

Secondo le Sezioni Unite, divisione ereditaria e divisione ordinaria vanno assimilate “quanto alla natura” e agli “effetti”, in quanto entrambe “**contratti plurilaterali ad effetti reali e con funzione distributiva**”.

L'efficacia modificativa-costitutiva (e non meramente dichiarativa) della divisione viene desunta dalla considerazione che essa determina un significativo mutamento nella sfera

giuridica dei conviventi, segnando **il passaggio dalla contitolarità indivisa pro quota alla proprietà esclusiva** della porzione dei beni assegnati.

In dottrina vi è chi, **in senso contrario**, ha osservato che la divisione potrebbe essere inquadrata tra le “disposizioni senza attribuzione”, e che essa non costituisce mai “titolo di acquisto dei diritti” assegnati in proprietà esclusiva, titolo che sarebbe rappresentato, viceversa, unicamente dalla delazione ereditaria (LUMINOSO). La prima affermazione può condividersi, a patto di intenderla in senso economico, cioè di riferirla all’incremento patrimoniale conseguente alla divisione. Da questa limitata prospettiva, è indubbio che il passaggio dalla contitolarità pro quota alla titolarità esclusiva della porzione non si traduce in una maggiore consistenza del patrimonio dell’assegnatario.

È altrettanto certo, tuttavia, che, trasposta al diverso piano delle modificazioni della sfera giuridica dei singoli partecipi, la **divisione è titolo del mutamento**, e dunque causa dell’attribuzione della diversa situazione giuridica soggettiva (la titolarità esclusiva), destinata a sostituirsi (ove vi sia) alla preesistente contitolarità. Di conseguenza, se si accetta (come accade anche nella decisione delle Sezioni Unite) la prospettiva del mutamento, insita nel **passaggio da comunione a proprietà esclusiva**, ricondurre l’acquisto di essa esclusivamente alla delazione, rischia di essere riduttivo, e tradursi, in ultima analisi, nell’apodittica riproposizione dell’idea della dichiaratività.

La **tesi della natura dichiarativa** della divisione è del resto **difficile da conciliare** con la previsione normativa di fattispecie, configurate dal legislatore stesso come varianti del *genus* divisione, nelle quali l’apportionamento si realizza, senza dubbio alcuno, mediante un acquisto **a struttura traslativa** avente ad oggetto (per di più) utilità non provenienti dalla successione: dall’ipotesi del **conguaglio** (*ex art. 728 c.c.*), ai casi, già ricordati, dell’**attribuzione dell’intero bene a un coerede**, con tacitazione in danaro dei diritti degli altri partecipi (art. 720 c.c.); e ancora della **vendita all’incanto**, ovvero anche senza

incanto, nel concorso di un accordo unanime (e della non opposizione dei terzi qualificati *ex art. 719 cpv., c.c.*), con successiva ripartizione del ricavato.

Le Sezioni Unite esaminano e confutano l'**argomento tradizionale**, addotto a sostegno della tesi della dichiaratività: quell'*art. 757 c.c.*, che nelle declamazioni tradizionali dimostrerebbe la tesi stessa, prevedendo la retroattività della divisione ereditaria. Sul punto, la sentenza conduce il ragionamento sul piano della teoria generale, riproponendo la critica che fa leva **sull'incompatibilità tra dichiaratività e retroazione degli effetti**. Il fenomeno della retroattività "*si accompagna, per sua natura, all'efficacia costitutiva*"; e quindi "*non possono retroagire gli effetti di un atto che si limita a dichiarare o accertare la situazione giuridica già esistente*".

E infatti, comunque se ne ricostruisca la *ratio*, la norma dell'*art. 757 c.c.*, proprio sancendo la retroattività degli effetti della divisione, smentisce che di dichiaratività si possa ancora parlare: dato che un fenomeno dichiarativo, proprio perché costituisce accertamento di una situazione giuridica preesistente, non può (né ha bisogno) di retroagire. E dunque, dichiaratività e retroattività costituiscono due predicazioni dell'effetto giuridico del tutto incompatibili.

L'esito dell'argomentazione delle Sezioni Unite, a questo punto, è inevitabile. Riconosciuta la decisiva valenza che sul piano della funzione distributiva della divisione assume l'apportionamento proporzionale; ricollegato allo stesso il valore di titolo dell'acquisto; svalutato (anzi addotto a confutazione) l'argomento facente leva sulla retroattività, il corollario non può che essere la collocazione del fenomeno divisionale "tra gli atti ad efficacia tipicamente **costitutiva e traslativa**".

L'endiadi appena citata, che affianca l'effetto costitutivo all'idea del trasferimento, merita una riflessione (cfr. AMADIO).

Ora, se si tiene fede alla più compiuta, e tuttora insuperata, sistematica dell'efficacia giuridica e delle sue varianti, nell'ambito delle "trasformazioni delle situazioni giuridiche", che

segna i confini della costitutività in senso ampio, è dato distinguere, le *species* della costituzione, della modificazione e dell'estinzione: in perfetta assonanza a quanto già enunciato dal codificatore, nella norma definitoria del contratto. Ma considerata analiticamente, la **modificazione** non necessariamente investe la **titolarità della situazione stessa**: non si traduce, cioè, in trasferimento.

Trasferita al tema della divisione ereditaria, che si è visto potersi realizzare attraverso congegni effettuali variabili, quella sistematica consente di distinguere i casi in cui l'apporzionamento implica un trasferimento (come accade nell'ipotesi di cui all'art. 720 c.c., o in molti atti equiparati *ex art.* 764 c.c.), da quelli in cui ciò non avviene; e di constatare come, nella fattispecie tipica e di gran lunga più frequente nella prassi (quella della divisione che attribuisce porzioni formate esclusivamente dai beni comuni), le assegnazioni producono una trasformazione nella natura (da comproprietà a proprietà esclusiva) e nell'oggetto (da quota indivisa dell'intero a porzione individuata) del diritto dei dividendi, ma non nella titolarità dello stesso. Cioè una trasformazione, in certo senso, speculare e contraria rispetto a quella prodotta dal trasferimento: vicenda nella quale, natura e oggetto del diritto trasferito restano identici, e ciò che muta è invece, e soltanto, la titolarità.

Nella decisione delle Sezioni Unite, accanto a passi in cui l'efficacia della divisione è descritta esattamente in questi termini, o nei quali ci si riferisce solo all'idea del mutamento della realtà giuridica, se ne trovano altri, in cui l'effetto viene definito "costitutivo e traslativo", "costitutivo-traslativo", o "costitutivo, sostanzialmente traslativo". Si tratta essenzialmente di oscillazioni terminologiche, che non toccano la linearità del pensiero e che potrebbero ritenersi innocue; o, al più, occasionate dallo specifico *thema decidendum*, che conduce la Corte a confrontarsi con disposizioni normative, nelle quali è contenuto un richiamo a una dichiarazione della parte "alienante".

Che questa possa essere la ragione dell'uso dei termini, trova conferma nel passo che conclude il ragionamento sugli effetti, e apre la parte dedicata all'applicabilità della disciplina urbanistica divisione: nel quale, richiamatane la "causa attributiva e distributiva", si ribadisce che essa determina, "con effetti costitutivi, lo scioglimento della comunione" e che "costituisce, pertanto, un atto assimilabile a quelli di natura traslativa, per i quali la l. n. 47/1985 e il d.P.R. n. 380/2001, comminano la sanzione di nullità".

6. Funzione distributiva e funzione di scambio: principio di proporzionalità *versus* principio di corrispettività

Il contratto di divisione è, quindi, un contratto ad effetti reali (costitutivi o traslativi), con causa non di scambio, ma **distributiva**.

Il principio-cardine che ispira e sovrintende la funzione distributiva è il **principio di proporzionalità oggettiva tra quote e porzioni**: esso informa l'intera disciplina del procedimento, trovando specifica messa in atto nel rimedio rescissorio.

In quest'idea di proporzione si racchiude il nucleo essenziale e costante degli interessi dei condividenti: l'esigenza di veder "concretato" il contenuto patrimoniale della partecipazione, espressa logicamente e quantitativamente dal concetto di quota: in una parola, l'interesse alla "distribuzione quotativa" di una massa patrimoniale.

Esso si realizza, pur nei **limiti imposti dalla confligente esigenza di stabilità del riparto** (riflessa dall'irrilevanza dell'eventuale lesione *infra quartum*), garantendo che le utilità conseguite da ciascun condividente trovino titolo e parametro esclusivo di determinazione nella quota, intesa come **criterio di consistenza relativa** della sua partecipazione all'intero: mantenendo, cioè, tra il valore di quanto da ciascuno acquistato, il rapporto preesistente di consistenza reciproca delle partecipazioni.

Come, sul piano economico, la *distribuzione* si contrappone allo *scambio* e questo si distingue dal *dono*, così, in termini di corrispondenti strutture giuridiche la *proporzionalità* si distingue dalla *corrispettività* delle attribuzioni, ed entrambe si distaccano dalla *liberalità*: ciascuna in quanto espressiva di una diversa “combinazione” di interessi, il cui carattere di “tipicità” ne fa un vero e proprio modello generale di recezione e protezione normativa (così AMADIO).

Si recupera in tal modo un criterio di soluzione di tutta una serie di (veri o falsi) problemi, che affliggono da sempre la costruzione teorica.

È quanto accade, ad esempio, quando ci si interroga sulla gratuità, onerosità, o corrispettività della divisione contrattuale; e si contrappone alla tesi che ne fa un contratto “neutro”, il tentativo di fondarne l’onerosità o la corrispettività sulla presenza, o meno, di “prestazioni”, o “sacrifici” a carico dei dividendi. Salvo poi, dopo aver evocato l’idea di sinallagma tra prestazioni, svalutarne il rilievo, affermando l’irrisolubilità del contratto, e giustificandola con l’operare di rimedi succedanei (quali l’ipoteca legale *ex artt.* 2817, n. 2, e 2834 c.c.), o in base a un principio generico quale il *favor divisionis*.

L’analisi, confinata al piano della struttura, non si avvede che la distanza tra distribuzione e corrispettività è data non dalla presenza di prestazioni o sacrifici, quanto nella configurazione, (convenzionale o normativa) degli interessi secondo un modello diverso dallo scambio. Lo conferma la logica dell’apportionamento, in cui l’idea della “reciprocità” delle prestazioni, cioè di un nesso qualificato *tra un’attribuzione e l’altra*, cede il passo alla nozione di “proporzionalità”, fondata sul rapporto *tra ciascuna di esse e l’intero*: “non si ha da valutare una porzione in confronto all’altra, ma ciascuna porzione *in confronto del tutto* e sulla base di un dato prestabilito che è la *quota*” (CICU).

L’idea della funzione distributiva della divisione come contratto con causa di attribuzione patrimoniale ha incontrato

il favore della più recente e attenta dottrina giuscommerciale, che ne ha colto la valenza sistematica generale, facendone applicazione a fenomeni in apparenza assai lontani dalla divisione ereditaria (come la ripartizione dell'attivo, a seguito della liquidazione delle società), ma in realtà riconducibili a un *genus* comune, individuato dalla funzione distributiva.