

## **Introduzione**

Una recente decisione dell’Agenzia delle Entrate (dicembre 2019) ha riconosciuto un trattamento molto vantaggioso ad un contratto poco utilizzato nella prassi.

## **La vicenda esaminata dall’Agenzia delle Entrate.**

Questi i fatti che hanno portato alla decisione dell’A.E.

Con un primo atto del 1979, i coniugi TIZIO e CAIA, in regime di comunione legale, e FILANO, all’epoca celibe, acquistano un’area (il primo e la seconda, in ragione della quota indivisa di 1/2; il terzo, in ragione della quota indivisa di 1/2).

Con ulteriore atto del 1989 i coniugi TIZIO e CAIA, in ragione della quota indivisa pari ad 1/2, nonché i coniugi FILANO e MEVIA, anch’essi in regime di comunione legale dei beni fra loro ed in ragione della quota indivisa pari ad 1/2, acquistano la piena proprietà di altra area, adiacente a quella acquistata nel 1979.

Le due aree così acquistate vengono unite catastalmente; sull’unica area così formata viene realizzato un fabbricato costituito da 4 appartamenti per civile abitazione e 4 posti auto scoperti.

Conseguenza delle operazioni compiute: per il principio dell’accessione,

- TIZIO e CAIA diventano contitolari in regime di comunione legale della quota indivisa pari a 50/100 sull’area complessiva e sul fabbricato che vi insiste;
- FILANO diventa titolare della quota indivisa pari a 46,2875/100 su detti beni;
- i coniugi FILANO e MEVIA diventano contitolari in regime di comunione legale della quota indivisa pari a 3,7125/100 sugli stessi beni.

I signori CAIO e SEMPRONIA, FILANO e MEVIA intendono dividere tra loro gli appartamenti realizzati, rispettando nelle attribuzioni il valore delle quote di diritto di ciascuno di essi.

L’interpello rivolto all’Agenzie delle Entrate riguarda il percorso da seguire per tassare l’operazione con la favorevole aliquota dell’1% prevista in generale per gli atti di natura dichiarativa, evitando così le maggiori aliquote previste per gli atti di natura traslativa.

## **L’elemento critico della vicenda.**

C'è un principio, pacifico da sempre in giurisprudenza: se gli stessi soggetti, in virtù di fatti o atti giuridici diversi che si succedono nel tempo, compiono una pluralità di acquisti pro indiviso - siano essi inter vivos ovvero mortis causa -, non si è in presenza di un'unica comunione, ma di tante comunioni quanti sono i titoli di acquisto.

Questo principio, espresso dalla Cassazione a Sezioni Unite sin dal 1961 (18 ottobre 1961, n. 1224), è stato poi sempre ribadito dalla S.C. nelle varie sentenze in materia.

Il che, porta con sé due conseguenze.

Conseguenza numero 1:

- se più sono i titoli, più sono le comunioni; ma allora bisogna riconoscere, come fa la giurisprudenza, che saranno necessarie per lo scioglimento delle varie comunioni altrettante divisioni. Non è un caso che la best practice professionale in questa materia è quella che impone di far menzione nell'atto di divisione dei diversi "titoli di provenienza" dei beni, per evidenti motivi di tecnica tributaria legati alla corretta liquidazione dell'imposta di registro.

Conseguenza numero 2:

- in ogni divisione, ognuno dei partecipanti ha diritto di vedersi assegnata una porzione di beni provenienti dalla massa oggetto di divisione, in misura corrispondente alla quota che ciascuno vanta su quella determinata massa; sicchè, un eventuale "apporzionamento" che avvenisse con beni derivanti da altre masse o che fosse influenzato dalla misura della quota spettante al dividente su queste altre masse creerebbe un problema sia giuridico, sia fiscale, che l'operatore del diritto dovrebbe farsi carico di definire.

Tutto questo, tradotto in termini giuridici, significa una cosa molto semplice: la comunione, nel nostro ordinamento, non costituisce una struttura per così dire "aperta": non è, cioè sostenibile che la massa indivisa che si costituisce con il primo acquisto rimanga "unitaria", e semplicemente si incrementi per effetto degli acquisti successivi.

Una sola fattispecie fa eccezione a questo principio: la comunione legale tra i coniugi, unica ipotesi di comunione "aperta" esistente nel nostro ordinamento =

- si dice che in tale ipotesi la massa comune ha carattere unitario, ancorchè i singoli beni che ne fanno parte siano stati acquistati con titoli distinti: e ciò appunto perchè la fonte dell'unificazione non è la volontà delle parti, ma la legge;

- non solo: lo stato di indivisione, al verificarsi di una causa di scioglimento, cessa attraverso un'unica divisione del patrimonio comune (art. 194 c.c.).

Ma - se escludiamo questa fattispecie - che succede se i comproprietari realizzino, con un solo atto, da esse qualificato come “divisione”, lo scioglimento di più masse?

E che succede se il cd. “apporzionamento” dei condividenti non avviene nei termini innanzi illustrati?

Due ipotesi ci aiutano a comprendere.

La prima ipotesi sembra la più traumatica:

- Tizio e Caio sono comproprietari in parti uguali di due masse (massa A e massa B), in ognuna delle quali rientrano due beni del valore di 50 ciascuno;
- con la divisione, a Tizio vengono attribuiti i due beni della massa A ed a Caio i due beni della massa B.

In questo caso, il negozio concluso (al di là del nomen che vi diano i contraenti) non può essere una divisione:

- il tipo della divisione, infatti, esige che i beni in concreto attribuiti sia almeno in parte provenienti dalla comunione;
- nel nostro caso, invece, ciascuna parte è totalmente estromessa dall’assegnazione dei beni di una massa.

Il negozio è, invece, una permuta, perchè realizza un trasferimento reciproco delle quote sulle due masse (principio pacifico).

Meglio: il negozio concluso è uno di quegli atti equiparati alla divisione di cui parla l’art. 764 c.c., cioè uno di quegli atti che, pur non essendo divisione in senso tecnico, realizza lo stesso fine dello scioglimento della comunione (altro esempio tipico: la vendita della quota di un bene da un comproprietario all’altro).

Sulla stessa lunghezza d’onda la Cassazione, la quale (con la recente sentenza 15494/2019) ha escluso che l’eventuale atto negoziale compiuto nel caso di specie possa avere natura dichiarativa, assumendo invece la sostanza di un negozio traslativo (si proceda o meno al pagamento di conguagli), qualificabile in termini

- a) di permuta, nel caso (corrispondente al nostro) in cui al condividente vengano assegnati beni di una sola massa, di valore corrispondente alla somma dei diritti a quel condividente spettanti pro quota su tutte le masse comuni,
- b) ovvero di compravendita, in caso di plusvalenza quantitativa, cioè di assegnazione ad un condividente di una quota di fatto eccedente quella di diritto.

Ulteriore, naturale conseguenza: nessun dubbio che l'atto in questione, dal punto di vista fiscale, debba essere trattato come atto traslativo.

Seconda ipotesi:

- Tizio e Caio sono comproprietari in parti uguali di due masse (massa A e massa B), in ognuna delle quali rientrano due beni, del valore del rispettivo valore di 30 e 70;
- con la divisione,
  - a) a Tizio viene attribuito il bene di 30 proveniente dalla massa A) e il bene di 70 proveniente dalla massa B);
  - b) a Caio viene attribuito il bene di 70 proveniente dalla massa A) e il bene di 30 proveniente dalla massa B).

Che atto poniamo in essere?

Ora, se la sfida che il Notaio deve affrontare è solo in sede fiscale, magari potrà anche sostenere di aver concluso una divisione, che ha realizzato il suo tipico effetto del cd. "apporzionamento": ed infatti, la cd. "proporzionalità nelle attribuzioni" è stata rispettata almeno con riferimento al valore complessivo di tutti i beni.

Ma se il Notaio deve affrontare la stessa sfida sul terreno del diritto, quegli argomenti (è inutile nascondere) rivelano tutta la loro debolezza. Ed infatti:

- la cd. "proporzionalità nelle attribuzioni" è stata rispettata con riferimento al valore di tutti i beni, ma non con riferimento ad ogni singola massa;
- quindi riscontriamo una sproporzione di partenza, che però viene compensata in natura, cioè attraverso beni provenienti da altra massa comune.

Il risultato di tutto questo è che, nel caso di specie, non c'è una sola divisione, ma due divisioni, ben distinte tra loro (ancorchè collegate); solo che in ognuna delle divisioni

sorgono obblighi di conguaglio, che vengono immediatamente soddisfatti attraverso una parte dei beni in maggior quota provenienti dall'altra massa; quindi attraverso una sorta di datio in solutum.

Non solo.

Se vogliamo essere coerenti con la premessa da cui siamo partiti (in presenza di più comunioni, sono necessarie altrettante divisioni), la questione (giuridica e fiscale) dovrà porsi anche nell'ipotesi "basica", solo apparentemente meno problematica, in cui:

- a) Tizio e Caio sono comproprietari in parti uguali di due masse (massa A e massa B), in ognuna delle quali rientrano due beni del valore di 50 ciascuno;
- b) con la divisione, a ciascuno di essi viene assegnato un bene proveniente sia dalla massa A, sia dalla massa B.

Siamo in presenza di un'unica divisione oppure, con maggiori probabilità, di più divisioni collegate soltanto dal punto di vista documentale, ovvero di una permuta?

## **Il rischio**

Quale il rischio per il Notaio che riceve un simile atto?

Ricapitoliamo.

Il negozio riceve un atto che battezza come "divisione"; quell'atto, però, può subire – anche in sede fiscale - una "riqualificazione" giuridica come negozio traslativo; la conseguenza è l'elevata possibilità che le imposte dovute siano nuovamente liquidate.

Lo sa bene la giurisprudenza.

In particolare, una sentenza del Tribunale di Rimini (4 marzo 2016) ha sottolineato come il Notaio che riceve un simile atto, abbia un doppio onere:

- a) prima della stipula = verificare la prassi applicativa seguita dall'Agenzia delle Entrate locale per fattispecie analoghe a quella sottoposta al suo esame;
- b) sempre ed in ogni caso = informare i clienti del rischio che, in relazione a quell'atto, l'A.E. possa chiedere un supplemento nelle imposte dovute

Se non lo fa, il Notaio può essere chiamato a risponderne in termini professionali

### **La possibile soluzione**

L'alternativa valida, per risolvere il problema alla radice, evitando la necessità di effettuare tante divisioni per quante sono le masse, diventa quel negozio esaminato recentemente dall'Agenzia delle Entrate: il negozio di messa in comunione o di preunificazione.

Questa la dinamica del negozio:

- a) ciascuno dei comunisti - secondo la terminologia utilizzata della Cassazione (5798/1992) - “conferisce” in una nuova comunione i diritti di cui è contitolare;
- b) nasce, così, una nuova comunione, o meglio un nuovo ed unico titolo di comproprietà; la nuova massa comune sarà distinta rispetto alle masse originarie; ed anche se tutte le precedenti comunioni derivassero da successioni a causa di morte, la nuova comunione avrà sempre titolo contrattuale;
- c) in questa nuova comunione ciascun soggetto conserva la propria quota di diritto invariata rispetto a quella derivante dai titoli originari;
- d) ma soprattutto (elemento decisivo), avendo la nuova comunione un unico titolo costitutivo, la stessa può essere sciolta con una sola divisione.

Questo negozio – dice l'Agenzia delle Entrate nella risposta ad interpello 526/2019 - “produce effetti analoghi, seppur opposti, a quelli dell'atto di divisione”, e quindi merita lo stesso trattamento tributario: imposta di registro dell'1%, tipica degli atti divisionali o, più genericamente, degli atti di natura dichiarativa (tra l'altro, su una base imponibile determinabile anche con valori catastali).

Un trattamento fiscale così vantaggioso costituisce un'opportunità di cui il Notaio deve tener conto.

### **L'inquadramento giuridico**

La fattispecie ricorda un altro negozio giuridico, espressamente previsto dalla legge: la collazione in natura, perchè anche questo negozio comporta la riunione dei beni in un'unica massa comune.

Ma l'analogia con altre figure può essere ingannevole.

Non pochi autori, ad esempio, considerano il negozio di messa in comunione alla stregua di un banale contratto di permuta: è come se il singolo trasferisse una quota su una singola comunione, ricevendo in cambio una quota dell'unica comunione (massa complessiva).

E', tuttavia, un'affermazione che presenta un doppio, vistoso limite.

Anzitutto, trascura che è lo stesso legislatore che colloca il negozio in esame in uno spazio a sé: il negozio costitutivo della comunione è, infatti, espressamente previsto dalla legge (e dunque è tipico) in due distinte norme:

- a) l'art. 1350, n. 3, c.c., che pone l'obbligo della forma scritta per i negozi di messa in comunione avente ad oggetto beni immobili;
- b) l'art. 2643, n. 3, c.c., che prevede espressamente la trascrizione dei negozi costitutivi della comunione.

Dunque, il negozio di messa in comunione è un contratto a se' stante, con una sua autonoma causa.

La tesi che qui si critica, inoltre, ha il limite di cogliere solo una parte di un fenomeno che, invece, ha ben più ampia portata: il negozio di messa in comunione può, infatti, ma non deve necessariamente produrre effetti traslativi, in singole, determinate ipotesi, che il Notaio ha il dovere di individuare in anticipo.

### **La tenuta del contratto in sede fiscale**

Perché la vera questione, è proprio questa:

A) quali sono le ipotesi in cui il negozio di messa in comunione produce effetti

traslativi?

B) E soprattutto, qual è il regime applicabile? Possiamo applicare a tali ipotesi l'aliquota dell' 1%?

**1.** C'è una prima ipotesi che non lascia alcun dubbio, ed è l'ipotesi in cui i soggetti siano comproprietari in tutte le comunioni, e con quote uguali = tre soggetti, che acquistano con titoli diversi tre beni per la quota di 1/3 ciascuno, li conferiscono in una sola comunione.

In questi casi il negozio di messa in comunione non produce alcun effetto traslativo.

In questi casi, infatti, anche dopo la stipula del negozio di preunificazione,

- le parti restano le stesse,
- tutti continuano a partecipare a tutti i beni,
- la nuova partecipazione del singolo corrisponde, nel calcolo quantitativo, alla somma delle singole quote di comproprietà nelle precedenti comunioni.

Il che significa che, pur dopo il nostro negozio, permane l'identità in termini

- a) soggettivi
- b) oggettivi
- c) e quantitativi.

La costituzione della nuova comunione rileverà solo sul piano tecnico - giuridico, non anche su quello economico; non può esserci, pertanto, alcun effetto traslativo.

**2.** Agli antipodi di questa ipotesi, c'è, invece, quella in cui

- vi siano più comunioni, ma le compagini all'interno delle stesse siano diverse, perché i soggetti non siano partecipi di tutte le comunioni,
- ed attraverso il negozio di preunificazione si intenda uniformare le varie masse, consentendo l'ingresso in una comunione di un soggetto che fa parte soltanto dell'altra.

Qui l'effetto traslativo è innegabile, e precisamente su quei beni, dei quali il singolo in precedenza non era compartecipe.

3. C'è infine una zona grigia, nella quale la sicurezza cede il posto al dubbio; ed è l'ipotesi in cui tutti i soggetti partecipino alle diverse comunioni, ma le quote degli stessi siano diverse tra loro.

Il mio pensiero:

- se attraverso il negozio di messa in comunione, le quote di partenza di ciascun soggetto vengono soltanto sommate, sì da rispettare i valori di partenza, non vi sarà alcun effetto traslativo.
- Se, invece, attraverso il negozio di messa in comunione le varie quote vengono uniformate, sì da assumere lo stesso valore nell'unica massa, l'effetto (parzialmente) traslativo non potrà negarsi;

Quindi la madre di tutte le questioni, che chiama in causa il Notaio: quale sarà il trattamento fiscale del negozio di messa in comunione che produce effetti traslativi?

Potrà qui applicarsi l'imposta di registro con l'aliquota dell'1%?

Resta il dubbio che la questione sia ancora aperta, nonostante la decisione dall'Agenzia delle Entrate: la fattispecie esaminata in quella occasione è, infatti, senza dubbio "speciale"; difficile, perciò, che quella decisione esprima un principio generale, valido per tutte le ipotesi di negozio di messa in comunione.

Quale dev'essere, allora, l'atteggiamento del Notaio in queste ipotesi?

N. 1 = anzitutto, il Notaio che intenda sciogliere distinte masse comuni con unico atto, non ha alternative, ma un percorso giuridico obbligato: il Notaio "deve" stipulare prima il negozio di messa in comunione prima della divisione;

N. 2 = lo stesso Notaio non può pensare di giocare da solo la partita; il Notaio dovrà, invece,

- confrontarsi con i clienti,

- sottolineare gli aspetti dubbi ed i rischi della tassazione
- e condividere la strategia.

Se il Notaio mancherà a questo dovere e l’Agenzia delle Entrate dovesse liquidare in misura maggiore le imposte, il Notaio rischierà di risponderne professionalmente.

### **La tecnica di redazione**

L’atto che in queste ipotesi riceveremo, sarà suddiviso in due parti, l’una dedicata al negozio di messa in comunione, l’altra contenente la divisione.

Quell’atto realizzerà, inoltre, il fenomeno giuridico del "collegamento negoziale" in senso tecnico – giuridico tra i due negozi.

Questa la clausola tratta dal formulario di Gaetano Petrelli =

*“Le parti precisano:*

- *che i negozi conclusi con il presente atto sono tra loro collegati, in quanto diretti a realizzare l’interesse delle parti alla divisione di una massa unitaria di beni;*
- *che quindi il negozio di preunificazione e quello di divisione, pur strutturalmente autonomi, sono diretti a realizzare una funzione unitaria;*
- *che conseguentemente le parti fanno riferimento alle norme ed ai principi che regolano il collegamento contrattuale.”*

Si tratterà, più precisamente di un collegamento:

- genetico, in quanto il negozio preunificatorio è preordinato alla formazione del negozio divisorio;
- funzionale, in quanto i due contratti (di messa in comunione e di divisione), strutturalmente autonomi, sono però finalizzati al perseguimento di uno scopo comune;
- unilaterale: è la divisione che dipende dalla messa in comunione, ripercuotendosi su quella i vizi di quest'ultima.

- (ma soprattutto) necessario, in quanto in mancanza del negozio di preunificazione, manca la possibilità di effettuare una sola divisione.

Questo aspetto della “necessità” vuol dire “sempre”; e dunque anche quando la divisione si realizzi in sede giudiziale.

Emblematica è la vicenda definita dalla Cassazione nel 2019 (sentenza n. 15494):

- Tizio conviene innanzi al Tribunale di Bergamo i fratelli Caio e Sempronio, chiedendo che venga disposta la divisione sia dei beni pervenuti a tali soggetti dalla successione del padre, sia dei beni acquistati in comunione dalle stesse parti, con due atti di compravendita distinti;
- il Tribunale dispone la divisione, ma sulla base di un progetto divisionale unitario redatto dal Consulente Tecnico;
- la Corte d’appello di Brescia conferma quella decisione;
- la Cassazione cassa con rinvio quest’ultima sentenza, ribadendo che si può procedere ad un’unica divisione, allorché vi siano masse distinte originate da titoli differenti tra loro, ma solo con il consenso espresso da tutti i condividenti.

Analogo giudizio era stato espresso dalla Suprema Corte nel 2016 (sentenza n. 17576).

### **Gli elementi del negozio**

Torniamo al negozio di messa in comunione, ed ai suoi elementi essenziali.

**1.** Il primo elemento del negozio di messa in comunione è costituito dalla volontà delle parti di unificare le masse, o, come dice la Cassazione, di "conferire tutte le masse in una sola".

E qui la Cassazione esige:

- “una chiara volontà dei comproprietari” (sentenza 8.5.1981, n. 3014),

- ovvero “una volontà espressa in maniera inequivocabile” (sentenza n. 3029 del 6 febbraio 2009).

Ciò significa che in questo articolo la pena del Notaio dovrà muoversi senza incertezze.

Il modo migliore, a mio avviso, è far seguire alla prestazione del consenso la menzione dell’effetto principale prodotto dal negozio di messa in comunione: la costituzione di una nuova comunione tra gli stessi soggetti, che sostituisce quelle precedenti, con la conseguenza che a varie quote su più masse, subentra un'unica quota (della stessa entità delle prime), su una massa di maggiore consistenza.

Questo è – evidentemente - un fenomeno di surrogazione reale, perchè il negozio di messa in comunione realizza un mutamento dell’oggetto del rapporto giuridico.

Questo aspetto aiuterà sul piano pratico, nell’eventualità in cui il singolo comproprietario intenda disporre dei propri diritti, e cioè intenda cedere la propria quota: quale sarà l’oggetto dell’atto di disposizione?

In tal caso si distinguerà sulla base del momento in cui venga conclusa la cessione;

- perché se quel soggetto vorrà cedere i propri diritti prima della conclusione del negozio di messa in comunione, potrà anche disporre della quota della singola comunione;
- ma se invece vorrà compiere lo stesso atto dopo la conclusione del negozio di messa in comunione, potrà disporre solo della quota che allo stesso è stata riconosciuta sull’intera massa (e che ha sostituito tutte le masse originarie).

Il che significa che dopo la messa in comunione. lo scenario cambia, perché cambiano i termini della cd. “quotona”.

**2.** Trattandosi di atto che produce effetti uguali ed opposti rispetto al contratto di divisione, dovremo rispettarne le stesse formalità: conformità catastale, menzioni urbanistiche (e se il nostro negozio produrrà effetti traslativi, anche la disciplina sulla certificazione energetica).

**3.** Nel contenuto del negozio, il Notaio rogante preciserà:

- il valore dell'unica massa che si costituisce;
- il valore delle quote spettanti ai vari compartecipi sia sulle originarie masse, sia sull'unica massa costituitasi.

Solo in un caso, forse, quest'ultimo requisito potrebbe mancare: nel caso in cui le quote delle parti su ogni singola massa fossero uguali.

E se, negli altri casi, dovesse mancare quell'indicazione, dovremmo presumere che a ciascun conferente - a fronte della proprietà individuale che perde - competa una quota il cui valore è dato dal rapporto tra il valore della sua proprietà individuale conferita e quello della massa comune.

### **L'effetto retroattivo della divisione**

Altro aspetto da considerare: come opera nel caso di specie il principio della retroattività della divisione di cui parla l'art. 757 c.c.?

E cioè, da quale momento produce effetti la divisione che interviene dopo la conclusione del negozio di messa in comunione?

Qualcuno sostiene che, in questi casi, la divisione preceduta dal negozio di preunificazione retroagisca alla data di ciascuno dei titoli che diedero vita alle singole comunioni.

Il condividente sarebbe, allora, considerato unico proprietario dei beni in concreto attribuitigli, a partire da tempi diversi.

Ma l'affermazione non convince: la comunione che nel nostro caso si scioglie, è quella che nasce con il negozio di preunificazione: questa comunione, come detto in precedenza, sostituisce le varie comunioni unificate.

Di conseguenza, sembra più corretto far retroagire la divisione al momento dell'atto di unificazione, cioè al momento della nascita del titolo (contrattuale) che da' origine alla comunione di cui si effettua lo scioglimento.

## **Quando la comunione derivi da una successione a causa di morte**

L'ultima questione riguarda l'ipotesi in cui si sia in presenza di diverse comunioni, e l'ultima di esse derivi da una successione a causa di morte.

Le ipotesi sono molteplici.

### **a) – L'ingresso in comunione di nuovi beni**

I coniugi Tizio e Caia sono comproprietari di beni acquisiti con titoli diversi; in virtù di una successione a causa di morte quei soggetti acquistano in comunione altri beni.

### **b) – La successione degli altri comproprietari**

I coniugi Tizio e Caia sono comproprietari di beni immobili acquistati in base a titoli diversi. Tizio muore e lascia come eredi Caia e tre figli.

La differenza rispetto alla precedente ipotesi, è che in quest'ultimo caso non entrano in comunione altri beni.

### **c) - La successione di soggetti diversi**

I coniugi Tizio e Caia acquistano beni in tempi e con atti diversi; a seguito della morte di Tizio, Caia rinuncia all'eredità, e nella quota di Tizio subentrano i figli Tizietto e Caietto.

Più soggetti siano comproprietari di beni acquisiti con titoli diversi, uno di essi muoia, ed a tale soggetto succedano altri soggetti, diversi dagli originari comproprietari.

La differenza rispetto alla precedente ipotesi, è che in quest'ultimo caso la successione va a beneficio di soggetti diversi dagli originari comproprietari.

La questione da affrontare in tutte queste ipotesi è la seguente: è necessario concludere il negozio di messa in comunione nell'ipotesi in cui si intenda sciogliere con unico atto le diverse comunioni, nel caso in cui l'ultima di esse derivi da una successione a causa di morte?

La prassi notarile sembrerebbe rispondere negativamente al quesito, basandosi sulla previsione dell'art. 34, 4° comma, Testo Unico sull'Imposta di Registro, il quale stabilisce che la divisione stipulata in quella situazione sconta l'aliquota dell'1% prevista per gli atti di natura dichiarativa.

Si sostiene = in questo caso sarebbe la legge fiscale a riconoscere alla successione a causa di morte la funzione di unificare le diverse masse; ciò che renderebbe superfluo il negozio di preunificazione delle masse.

L'interpretazione, però non è condivisibile: il principio posto dalla citata norma, infatti, ha avere una valenza esclusivamente fiscale e solo nell'ambito dell'imposta di registro: la norma, cioè, avrebbe solo voluto favorire la divisione tra soggetti normalmente legati tra loro da vincoli di parentela e che si ritrovano in comunione per un evento che non dipende dalla loro volontà.

Tuttavia, dal punto di vista del diritto civile, nella fattispecie si è in presenza di tante, distinte comunioni, dunque di masse plurime.

La conferma deriva da una decisione Cassazione del 23 luglio scorso, che ha affermato questo principio nell'ipotesi apparentemente più "inoffensiva": Tizio, Caio e Sempronio sono coeredi a seguito di una successione a causa di morte in loro favore; muore Sempronio, e succedono ancora Tizio e Caio.

Dice la Cassazione:

- le comunioni, in tal caso, sono due, autonome l'una dall'altra, derivando da diverso titolo;
- e questo vale anche nell'ipotesi in cui le comunioni riguardino i medesimi beni ed intercorrano tra gli stessi soggetti;
- sicchè, le due comunioni richiedono in linea di principio separate operazioni divisionali.

Se in quelle condizioni viene stipulato un solo atto di divisione,

- l'imposta di registro resta all'1%, in virtù dell'espressa previsione della legge sull'imposta di registro;
- ma l'atto stipulato sarà qualificabile tecnicamente non come "divisione", bensì come atto traslativo.

Ed allora le conseguenze sono tutt'altro che trascurabili.

Pensiamo, ad esempio,

- all'operatività dell'eventuale regime della comunione legale di alcuno fra i condividenti;

- oppure alla necessità di rispetto delle norme sulla certificazione energetica (non applicabili alla divisione, ma applicabili come sappiamo agli atti traslativi);
- alla necessità di allegare il c.d.u. (del quale, invece, potremmo fare a meno nella divisione ereditaria);
- oppure alla violazione di un eventuale diritto di prelazione, ecc. ...

E cosa ne penserà la stessa Amministrazione Finanziaria per questioni fiscali diverse dall'imposta di registro, ad esempio in tema di plusvalenze immobiliari?

Per queste ragioni, mi sentirei di raccomandare al Notaio che si accinge a stipulare un contratto di divisione nell'ipotesi indicata, di inserire nel contratto una clausola "soft" =

*"Le parti, in tema di criteri divisionali, precisano che intendono procedere a divisione nel presupposto della natura unitaria della massa in cui sono compresi i beni che saranno oggetto di attribuzioni"*.

Qualcuno sostiene che quella clausola integri quello che gli autori moderni qualificano "negozio di configurazione", cioè un accordo sul modo in cui considerare, o meglio configurare le masse nel negozio di divisione: le masse, pur autonome e distinte, verrebbero "considerate" unitariamente in vista del futuro scioglimento.

La clausola, in altri termini, non avrebbe alcuna efficacia dispositiva: esprimerebbe, invece, solo un parametro, tecnico - giuridico, sulla base del quale la divisione dovrebbe svolgersi.

Dal mio punto di vista, più banalmente, la clausola, integrare solo una forma di messa in comunione meno eclatante, un escamotage da utilizzare per risolvere il problema delle masse plurime e - magari - per evitare di pagare l'imposta dell'1% dovuta per il negozio in esame.

### **Il negozio di messa in comunione a scopo di godimento**

Il negozio di messa in comunione, poi, può operare nel caso in cui più persone conferiscano in comunione beni di cui sono proprietari esclusivi

Alcuni casi tratti dall'esercizio della professione.

Primo caso.

Tizio, Caio e Sempronio sono proprietari di tre abitazioni, ciascuna acquistata con autonomo titolo, costituenti un fabbricato con destinazione residenziale.

Gli stessi soggetti, inoltre, sono proprietari esclusivi di tre locali accessori alle rispettive abitazioni, attualmente destinati a deposito, ciascuno collocato in un piano diverso.

E' loro intenzione realizzare all'interno di questi locali un ascensore; è, inoltre, loro intenzione "passare" da una situazione di proprietà esclusiva di ciascuno di essi sul singolo locale, ad una situazione di comproprietà indivisa su quei tre locali, che diventeranno "vano ascensore".

Secondo caso.

Tizio è pieno ed esclusivo proprietario dell'appartamento A, così come la moglie Tizia è piena ed esclusiva proprietaria dell'appartamento B.

Gli appartamenti A e B sono contigui e sarebbe intenzione dei proprietari fonderli.

Per la fusione, è necessario che i due appartamenti abbiano la medesima intestazione in Catasto.

Quale strada percorrere?

Si potrebbe procedere con una permuta: ciascun coniuge trasferisce all'altro la quota di 1/2 del proprio appartamento.

Ma altra soluzione, altrettanto plausibile, può essere rappresentata dal negozio con il quale i coniugi conferiscono in comune i due appartamenti di proprietà esclusiva (che potrebbe risultare conveniente soprattutto nel caso in cui al contratto di permuta, in concreto, non fossero applicabili le agevolazioni 1° casa).

Terzo caso.

Noi sappiamo che è prevista un'esenzione da imposta di successione e donazione, nel caso di trasmissione di partecipazione di controllo in società di capitali.

L'Agenzia delle Entrate (risoluzione n. 75/E del 2010) ha chiarito che l'esenzione opera:

- sia quando la trasmissione abbia ad oggetto una partecipazione che era già di controllo del de cuius o del donante,
- sia quando la trasmissione abbia ad oggetto una partecipazione che non era di controllo del de cuius o del donante, ma che si somma ad una quota già di controllo dell'erede o del donatario;

- sia quando la trasmissione abbia ad oggetto una partecipazione che non era di controllo del de cuius o del donante, che si somma ad una quota non di controllo dell'erede o del donatario, dando vita in tal modo ad una quota di controllo.

Può, poi, verificarsi che il requisito del "controllo societario" si realizzi solo se, prima della successione o della donazione in loro favore, alcuni soci, titolari di distinte partecipazioni sociali, diventino contitolari delle stesse.

Di qui, l'opportunità del negozio di messa in comunione che preceda la successione o la donazione.

La differenza con tutte le altre ipotesi prima analizzate è enorme.

1.

Nella prima ipotesi, i partecipanti conferiscono beni già comuni, ma dislocati in masse diverse.

Nella seconda ipotesi, invece, i partecipanti mettono in comune dei cespiti che, prima, erano in proprietà esclusiva di ciascuno di essi: ecco perchè si dice che il punto di partenza di tali operazioni è rappresentato da "masse orizzontali" nel primo caso, e da "masse verticali" nel secondo caso.

2.

Nella prima ipotesi, con il contratto di messa in comunione nasce un'unica grande massa comune, che però muore immediatamente dopo: ecco perché in quelle ipotesi si parla di "messa in comunione a scopo divisorio".

Nella seconda ipotesi, invece, si costituisce una massa comune, affinché la stessa possa sopravvivere: chi conferisce il bene in comunione, ne rimane contitolare; questa ipotesi, pertanto, rientra in un concetto di messa in comunione a "scopo di godimento".

3.

La costituzione di una comunione a scopo di godimento trae origine da una libera scelta dei contraenti.

La costituzione di una comunione a scopo divisorio, invece, diventa un passaggio obbligato, ove le parti intendano compiere un'unica divisione di distinte comunioni.

4.

Nella costituzione a scopo divisorio - lo abbiamo detto - l'effetto traslativo può mancare: è questa l'ipotesi in cui gli stessi soggetti siano contitolari, nelle stesse quote, in tutte le comunioni.

La comunione costituita a scopo di godimento produce, invece, necessariamente un effetto traslativo nei confronti di quei beni rispetto ai quali, in precedenza, il singolo non aveva alcun diritto.

Anche in tali casi, alcuni autori sostengono che il negozio concluso sia sostanzialmente un contratto di permuta di quote che, solo come effetto secondario, realizzi la costituzione di una comunione.

L'affermazione trascura che esiste una norma che riconosce al nostro contratto un preciso fondamento = l'art. 2248 cod. civ., che distingue il fenomeno delle società da quello della "comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose".

In questo contratto "il godimento collettivo" rappresenta la causa, e non un semplice motivo; e quando le parti espressamente conferiscono in comunione i beni di cui sono esclusivi proprietari, la creazione della comunione non è l'effetto secondario di un atto traslativo, ma la causa stessa del contratto.

Tecnica di redazione.

Nell'ipotesi in esame, le parti non intendono semplicemente dar vita ad una comunione; è loro intenzione far sì che questa comunione resti stabile nel tempo.

Di qui l'esigenza di paralizzare il diritto che la legge riconosce a ciascun comunista di richiedere "in ogni momento" lo scioglimento della comunione (artt. 713, 1° comma, e 1111, 1° comma, c.c.).

Questo effetto deve passare attraverso uno strumento tecnico ben preciso: il "patto di indivisibilità", e cioè il patto di rimanere in comunione, di cui parla espressamente l'art. 1111, comma 2°, cod. civ.

*“I comparenti convengono di mantenere in comunione i beni oggetto del presente atto, rinunciando a chiederne la divisione prima di 10 anni.”*

Si tratta di un patto che crea sui beni oggetto del negozio un vincolo opponibile erga omnes, efficace, dunque, anche nei confronti degli aventi causa dei partecipanti.

Due precisazioni.

N. 1: il patto di indivisibilità di cui parliamo non include anche quello che vieta di alienare le quote della comunione; ciascun comunista, pertanto, ai sensi dell'art. 1103, 1° comma, c.c., non può chiedere la divisione, ma conserva la facoltà di disporre del suo diritto.

Certo, sarà possibile per gli attori del negozio costitutivo di comunione stipulare contestualmente un divieto di alienazione delle quote ai sensi dell'art. 1379 c.c.; ma ciò non basterebbe a quei soggetti per sentirsi al sicuro: quel patto, infatti, a differenza del patto di indivisibilità, ha efficacia meramente obbligatoria, e pertanto il suo inadempimento non inciderà sulla validità dell'atto dispositivo compiuto, ma darà origine solo all'obbligazione di risarcire il danno a carico del comunista inadempiente.

Questo significa che il divieto di alienazione non riesce a garantire la stabilità della contitolarità originariamente costituita.

N. 2: il vincolo di indivisibilità, per espressa previsione di legge, non può eccedere la durata di 10 anni: l'eventuale previsione di un termine maggiore comporterà la riduzione "ipso jure" dello stesso a 10 anni.

Naturalmente, nulla esclude che le parti si accordino per sciogliere la comunione prima della scadenza del termine convenuto: il patto di indivisibilità, infatti, ha natura convenzionale, in quanto avente origine dalla volontà dei contraenti; coloro che lo posero in essere possono pertanto superarlo con una nuova volontà concorde, e magari far ritorno alle proprietà individuali.

### **L'ipotesi intermedia del negozio di messa in comunione**

Esistono, infine, ipotesi che si collocano a metà strada tra quelle prima considerate: sono le ipotesi in cui le parti danno vita ad una comunione a scopo divisionale, ma conferendo nella stessa comunione beni di proprietà esclusiva di ciascuno di essi.

L'ultima vicenda da considerare, è quella che trae origine dalle cd. convenzioni edilizie cd. "di lottizzazione", che pongono a carico dei proprietari delle aree comprese nel comprensorio l'obbligo di cedere gratuitamente al Comune le aree destinate ad uso pubblico, cioè alla realizzazione delle opere di urbanizzazione (primaria, come le strade o gli spazi di parcheggio, e secondaria, come le scuole o gli impianti sportivi).

Quasi sempre accade che, dopo l'indicata cessione di aree, si determini fra i vari lottizzanti una situazione di squilibrio, in quanto la titolarità delle aree cedute non sia ugualmente distribuita tra tali soggetti: potrebbe anche accadere, al limite, che le aree da cedere appartengano ad uno solo o ad alcuni dei lottizzanti, mentre gli altri non debbano cedere alcunché.

In tale situazione, allora, si rende necessario procedere alla stipula di un atto che riequilibri i diritti dei lottizzanti sulle aree residue dopo le cessioni, cioè di un atto che in qualche modo compensi il maggior sacrificio sopportato da alcuno dei proprietari in sede di adempimento dell'obbligo di cessione gratuita di aree al Comune: in altri termini, di un atto che consenta a ciascuno dei lottizzanti di diventare titolare di un lotto edificabile di entità proporzionale a quello della sua proprietà originaria.

Nella prassi, normalmente si stipula un atto che contiene diverse, reciproche cessioni di parte dei terreni residuati in proprietà, oppure un atto che operi semplici cessioni di cubatura.

Altra soluzione, però, potrebbe consistere in un atto di messa in comunione con il quale,

- a) si pongono in comunione le aree che residuano dopo le cessioni al Comune; queste aree, quindi, divengono di comproprietà tra i co-lottizzanti;
- b) si dividono le medesime aree fra i co-lottizzanti, con assegnazione di lotti proporzionali alla consistenza delle proprietà originarie, senza corresponsione di alcun conguaglio.

Perché l'ipotesi è intermedia, cioè si colloca a metà strada tra le due macro-ipotesi sopra indicate?

Perché, a ben guardare,

- come nella prima ipotesi, l'operazione realizza un'autentica messa in comunione a fini divisorii;
- ma, come nella seconda ipotesi, la messa in comunione non riguarda beni già comuni, ma beni inizialmente di proprietà esclusiva.

L'ultimo caso, potrebbe verificarsi nel cd. condominio precostituito = più soggetti mettono in comunione i vari terreni di proprietà esclusiva, allo scopo di edificarvi sopra un edificio, stipulando contestualmente una divisione di cosa futura (l'erigendo fabbricato).

Anche in questa ipotesi si conferiscono beni di proprietà esclusiva di ciascuno dei contraenti, ma per fini divisionali.

### **Trascrizione**

Anzitutto va sottolineato che esiste un codice specifico per i contratti diretti alla costituzione di comunioni, il codice 121, che parla appunto di "costituzione di comunione reale".

Il che rappresenta un'ulteriore conferma del fatto che ci troviamo di fronte ad un contratto autonomo, a sé stante.

Considerazione preliminare (fin troppo scontata): la trascrizione dei negozi costitutivi di comunione va eseguita a favore e contro ciascun conferente, dal momento che la comunione non ha soggettività giuridica.

Ora, per comprendere come eseguire la pubblicità, occorre tener conto della situazione di partenza e di quella di arrivo dei beni.

#### a) Messa in comunione a fini divisorii

1° ipotesi

Tizio, Caio e Sempronio sono comproprietari nelle quote di 1/3 ciascuno dei beni A), B) e C) acquistati con titoli diversi, ed intendono conferirli in una nuova, unica comunione.

In tal caso, nei "soggetti contro",

- i tre beni vanno inseriti come tre autonome unità negoziali;

- nei riguardi di ciascuna di tali unità, i nomi di Tizio, Caio e Sempronio vanno ripetuti tre volte distinte, con le rispettive quote di 1/3.

La ripetizione dei soggetti per tre volte serve ad evidenziare la presenza di tre distinte comunioni “di partenza”.

Nei cd. "soggetti a favore",

- i tre beni vanno indicati in unica unità negoziale, con la lettera "T",
- i nomi di Tizio, Caio e Sempronio vanno indicati una sola volta per le rispettive quote di 1/3 nei riguardi (non dei singoli, ma) di tutti i beni.

In questo modo si evidenzierà che è stata costituita una nuova comunione, che sostituisce le precedenti.

Naturalmente, la presenza degli stessi soggetti in entrambi i quadri "a favore e contro", genera un errore, che però è forzabile.

2° ipotesi

Le cose non cambiano nell'eventualità in cui siano diverse tra loro le quote dei protagonisti della vicenda negoziale: ad esempio, supponiamo che Tizio, Caio e Sempronio siano comproprietari in quote diverse di due beni, ad esempio del bene A (Tizio 2/6, Caio 1/6 e Sempronio 3/6) e del bene B (Tizio 3/6, Caio 1/6 e Sempronio 2/6), ed intendano conferirli in una nuova, unica comunione.

In tal caso, la nota sarà redatta nel seguente modo:

- nei soggetti contro, i nomi di Tizio, Caio e Sempronio vanno ripetuti tre volte distinte, con le rispettive e diverse quote per ciascun bene;
- nei soggetti a favore, i nomi di Tizio, Caio e Sempronio vanno indicati una sola volta per le rispettive quote di 1/3 nei riguardi dei beni A) e B), indicati unitariamente con la lettera T).

b) Messa in comunione a fini di godimento

Tizio è proprietario del bene A)

Caio è proprietario del bene B)



Intendono conferirli in comune tra loro.

Nei Soggetti contro, avremo:

- Tizio, per la piena proprietà del bene A)
- Caio, per la piena proprietà del bene B).

Nei Soggetti a favore: i nomi di Tizio e Caio vanno indicati una sola volta per la quota 1/2 sui beni A) e B), indicati unitariamente con la lettera "T".