

## *Divisione e patto di famiglia* (\*)

SOMMARIO: 1. Intorno al concetto giuridico di divisione. – 2. (*Segue*). Divisione in natura e altri schemi divisionali. – 3. (*Segue*). Sugli effetti derivanti dalla divisione. – 4. La particolare figura della divisione fatta dal testatore. – 5. Il patto di famiglia nel quadro dei fenomeni divisionali. – 6. Il profilo funzionale del patto di famiglia. – 7. (*Segue*). L'attribuzione dei beni d'impresa come liberalità diretta non donativa. – 8. La liquidazione dei partecipanti non assegnatari e il problema della rescindibilità per lesione del patto di famiglia. La garanzia per il caso di evizione dei beni d'impresa.

1. – È noto che, secondo la sistematica del nostro codice, comunione e divisione trovano la loro disciplina in luoghi diversi: la prima nel libro dedicato alla proprietà e ai diritti reali limitati, come forma di imputazione dell'una o degli altri a più soggetti; la seconda, per la parte più cospicua, nel libro delle successioni, quale strumento di ripartizione dell'eredità tra i coeredi.

Questa scelta non è così semplice da giustificare. Se ne può individuare il fondamento in una ragione eminentemente pratica, data la maggior frequenza con cui le divisioni si attuano in ambito successorio. Oppure si può andare oltre, tentando di mettere in luce un nesso più preciso capace di tenere uniti i due insiemi rappresentati dalle disposizioni normative di cui agli artt. 713 ss. e 1100 ss. c.c. E in quest'ottica potrà soccorrere l'idea, sottesa – a quanto pare – al rinvio operato dall'art. 1116 c.c., secondo cui la comunione ereditaria, costituendosi come mera conseguenza del concorso di più eredi nella successione universale <sup>(1)</sup>, altro non sarebbe se non una comunione incidentale, in tal senso qualificata dalla sua fonte <sup>(2)</sup>.

\* Il testo rielabora la relazione presentata al Convegno “*Contratto, responsabilità patrimoniale e impresa nel diritto di famiglia e delle successioni*”, Grado, 22 ottobre 2011.

<sup>1</sup> BUSNELLI, voce «*Comunione ereditaria*», in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 277 ss.; CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*<sup>2</sup>, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961, p. 363.

<sup>2</sup> MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. breve delle succ. e don.*<sup>2</sup> diretto da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, II, Padova, 2010, p. 3 ss. ed ivi 5; MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria. La divisione*, in *Tratt. di diritto delle succ. e don.* diretto da G. Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 131 ss. ed ivi 133; BURDESE, voce «*Comunione e divisione ereditaria*», in *Enc. giur. it.*, VII, Roma, 1988, p. 1 ss. ed ivi 3; FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, I, Milano, 1973, p. 71 ss. In modo critico, peraltro, rispetto alla consueta veduta che, intendendo la coeredità come vicenda acquisitiva, concepisce la comunione ereditaria come situazione ad essa conseguente, AMADIO, *Comunione e apporzionamento*

Sembra dunque essere la specialità della fonte – il fatto che la comunione qui derivi, in altri termini, dal prodursi di una vicenda successoria a titolo universale – ciò che giustifica il peculiare collocamento della disciplina affidata agli artt. 713 ss. c.c.

Se rigorosamente intesa, per vero, la concezione testé accennata si presenta densa di significative ricadute <sup>(3)</sup>. A voler considerare la comunione ereditaria – può osservarsi – come semplice comunione incidentale <sup>(4)</sup>, e cioè quale *species* caratterizzata in ragione della propria fonte nell'ambito del *genus* regolato dagli artt. 1100 ss. c.c., i quali sarebbero senz'altro ad essa applicabili <sup>(5)</sup>, evidenti appaiono i corollari che tutto ciò dovrebbero comportare. In base a tali premesse, infatti, la comunione ereditaria tenderà ad essere pensata, quanto al suo oggetto, come un fenomeno limitato ai singoli beni caduti in successione, mentre sarebbero da considerare ad essa estranei i rapporti obbligatori del *de cuius* non estintisi con la sua morte <sup>(6)</sup>. Per quel che riguarda poi l'aspetto strutturale, i beni ereditari andrebbero intesi come il punto di riferimento di una situazione di contitolarità, tra gli eredi, per quote di appartenenza individuali <sup>(7)</sup>.

Ma non è alla comunione ereditaria che ci si vuole qui dedicare <sup>(8)</sup>, né, tanto meno, alla comunione in generale <sup>(9)</sup>, sibbene alla divisione, cercando di coglierne, anzitutto, il concetto, sia pure nella consapevolezza delle difficoltà che questa indagine comporta <sup>(10)</sup>.

---

*nella divisione ereditaria. (Per una revisione critica della teoria della divisione), in Quaderni Riv. dir. civ., VIII, Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia a cura di S. Delle Monache, Padova, 2007, p. 227 ss. ed ivi 232 ss.*

<sup>3</sup> BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur. Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova, 2005, p. 133 ss.

<sup>4</sup> Per l'inquadramento della comunione ereditaria nelle comunioni incidentali v. anche BUSNELLI, voce «Comunione ereditaria», cit., p. 278, secondo cui, peraltro, occorrerebbe riconoscerle «una propria autonomia dogmatica». Diversamente, su questo punto, MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 5 s.

<sup>5</sup> GAZZARA, voce «Divisione ereditaria (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 429 ss.; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della divisione*<sup>2</sup>, Art. 713-768, in *Comm. del Cod. Civ. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2000, p. 39.

<sup>6</sup> Per la divisione *ipso iure* dei crediti e debiti tra gli eredi, fatte salve le eccezioni previste dalla legge, GAZZARA, voce «Divisione ereditaria (dir. priv.)», cit., p. 429 e 431. Negli stessi termini, FORCHIELLI e ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 42 ss.; CASULLI, voce «Divisione ereditaria (dir. civ.)», in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 40 ss. ed ivi 53. Nel senso, invece, che i diritti di credito concorrano a formare l'oggetto della comunione ereditaria, BUSNELLI, voce «Comunione ereditaria», cit., p. 279.

<sup>7</sup> Tuttavia, come precisa BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. di dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1980, p. 8 s., «il fatto che i coeredi siano a ritenersi contitolari delle individue situazioni giuridiche costituenti il patrimonio ereditario comune non significa ancora che la loro contitolarità *pro quota* della eredità si esaurisca nella somma atomistica della contitolarità *pro quota* di dette situazioni».

<sup>8</sup> Sul tema si veda, di recente, BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur*, cit., p. 143 s., secondo cui la comunione ereditaria si risolve in un fenomeno «qualitativamente diverso dalla comunione ordinaria», dovendosi pensare, sulla scorta del modello rappresentato dalla comunione c.d. a mani riunite, «ad un patrimonio *che solo nel suo complesso* è oggetto di comunione tra gli eredi».

<sup>9</sup> Sulla natura giuridica della comunione, da ultimo, TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, Milano, 2009, p. 131 ss. Si veda, inoltre, SCOZZAFAVA, voce «Comunione», in *Enc. giur. it.*, VII, Roma, 1988, p. 1 ss. ed ivi 2 ss.

<sup>10</sup> Osserva, così, MOSCATI, voce «Divisione - I) Profili generali», in *Enc. giur. it.*, XIII, Roma, 1989, p. 1 ss. ed ivi 3, che «il concetto di divisione appare una costruzione squisitamente dottrinarica che presenta tuttora vaste zone d'ombra».

Il nostro codice non contiene alcuna disposizione tesa a definire la divisione <sup>(11)</sup> o il contratto con cui essa può attuarsi <sup>(12)</sup>. Queste nozioni sono date per presupposte negli artt. 713 ss. c.c. <sup>(13)</sup>, i quali, anche se precedono la disciplina dettata a proposito della comunione (con le poche regole dedicate, nella sua parte finale, al fenomeno divisorio), si pongono – nei limiti della compatibilità – come susseguenti, in un ideale svolgimento del discorso normativo, agli artt. 1111 ss. c.c., riallacciandosi al rinvio di cui all’art. 1116 c.c. <sup>(14)</sup>.

Neppure tali ultime disposizioni, peraltro, offrono spunti significativi, se si eccettua il dettato dell’art. 1111, 1° comma, c.c., che parla del diritto dei partecipanti alla comunione di domandarne lo scioglimento in ogni tempo.

Questa disposizione normativa trova una corrispondenza nell’art. 713, 1° comma, c.c., il quale, a sua volta, stabilisce che i coeredi possono sempre domandare la divisione <sup>(15)</sup>. Scioglimento della comunione e divisione sembrerebbero dunque costituire due concetti omologhi. Il che peraltro non è, come facilmente si comprende se si ragiona sul fatto che lo scioglimento della comunione può certo derivare da fenomeni che divisionali non sono: ad es., l’usucapione operata da un compartecipe in danno degli altri, la donazione ad un terzo della cosa comune, la sua distruzione totale <sup>(16)</sup>.

Se dunque non è vero che lo scioglimento della comunione richieda lo svolgersi di una divisione <sup>(17)</sup>, più salda sembrerebbe essere l’implicazione contraria, il fatto che, cioè, la divisione determini lo scioglimento di uno stato di comunione. Anche questa, tuttavia, è una proposizione falsa, come il fenomeno della divisione del testatore – lo vedremo – vale a dimostrare. La si può peraltro tener ferma, in questa fase, quale enunciato dell’ipotesi attorno a cui costruire il nostro discorso: anche perché la centralità di una

<sup>11</sup> CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 385; SESTA, *Comunione di diritti, scioglimento, lesione*, Napoli, 1988, p. 121.

<sup>12</sup> BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 120; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 11; MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, p. 11.

<sup>13</sup> Sulla sfera applicativa di tali disposizioni, FORCHIELLI e ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 8 s., secondo cui esse «hanno riguardo al fenomeno divisorio nella sua realtà sostanziale e contemplan la divisione stragiudiziale non meno che la divisione giudiziale».

<sup>14</sup> In questo senso è corretto osservare che gli «artt. 713 e ss. c.c., unitamente agli artt. 784 e ss. c.p.c., costituiscono la *lex generalis* in materia di divisione»: TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, cit., p. 343.

<sup>15</sup> È in gioco, qui, un diritto potestativo, «inteso come potere ... di far produrre dietro propria richiesta la divisione giudiziale della comunione ereditaria»: BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 92. Si vedano, al riguardo, anche CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 407 ss.; GAZZARA, voce «Divisione (*dir. priv.*)», in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 419 ss. ed ivi 421; BRANCA, *Comunione. Condominio degli edifici*, Art. 1100-1139, in *Comm. del Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 271 ss.; PALAZZO, voce «Comunione», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 158 ss. ed ivi 180; MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, p. 107 ss.

<sup>16</sup> MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 28; MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*, cit., p. 140 s.; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 33 ss.; MOSCATI, voce «Divisione», cit., p. 3; PALAZZO, voce «Comunione», cit., p. 180.

<sup>17</sup> Quest’ultima, piuttosto, si caratterizza per essere lo specifico mezzo con cui si scioglie una comunione mediante apporzionamenti proporzionali alle quote dei singoli partecipanti: MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*, cit., p. 141.

tale ipotesi trova in qualche modo riscontro nella disciplina normativa della divisione, là dove il legislatore parla, per sottoporli al rimedio rescissorio, degli altri atti che producono anch'essi come effetto quello di far cessare (cioè, di sciogliere) una comunione (art. 764, 1° comma, c.c.).

2. – La divisione «*ha luogo in natura*», secondo quanto statuito nell'*incipit* dell'art. 1114 c.c., laddove questa regola, poi, trova puntuale conferma nell'art. 718 c.c., che riconosce agli eredi il diritto ad una «*parte in natura dei beni mobili e immobili dell'eredità*», e ancora nell'art. 727, 1° comma, c.c., in cui si stabilisce che, tendenzialmente, i singoli lotti divisionali debbono essere formati comprendendo in ciascuno «*una quantità di mobili, immobili e crediti di eguale natura e qualità, in proporzione all'entità di ciascuna quota*».

Se ne ricava un'immagine della divisione quale fenomeno caratterizzato non solo in ragione dell'esito che è capace di determinare (lo scioglimento di uno stato di comunione), ma anche per il modo in cui questo esito dovrebbe realizzarsi (la distribuzione per parti materiali omogenee del bene o della massa di beni oggetto di contitolarità). Ed è quasi inutile osservare come codesta immagine corrisponda al concetto di divisione proprio del senso comune (<sup>18</sup>), poiché dividere qualcosa appunto significa, secondo l'intendimento corrente, trarne delle parti per distribuirle tra una pluralità di soggetti (<sup>19</sup>).

Ma per poco che si approfondisca la riflessione non si tarda a rendersi conto di come il concetto giuridico di divisione tenda a distanziarsi, in realtà, dal concetto di senso comune. È già l'art. 1114 c.c. a mettere sull'avviso l'interprete, poiché la regola dianzi evidenziata, secondo cui la divisione deve farsi in natura, sembra posta, per vero, in termini di residualità, essa applicandosi soltanto «*se la cosa può essere comodamente divisa in parti corrispondenti alle quote dei partecipanti*». Il legislatore non sembra considerare, qui, le situazioni in cui la contitolarità è riferibile ad una massa di beni, ma guarda piuttosto alla comunione di cose singole, avvertendo l'esigenza di chiarire che ciascun partecipante potrà bensì pretendere il riparto in natura, ma solo nei limiti in cui la cosa, per il suo modo d'essere, lo permetta.

Allorché la comunione presenti un oggetto esteso, invece, ad un complesso di beni, come in genere accade se è radicata in un fenomeno di coeredità (<sup>20</sup>), la divisione per porzioni materiali risulterà praticabile con

<sup>18</sup> CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 385: «La divisione implica l'idea di un frazionamento della cosa comune».

<sup>19</sup> Nel senso, peraltro, che sia estranea alla comune idea di divisione la fase relativa alla «attribuzione delle porzioni in proprietà esclusiva ai singoli partecipanti in modo da far cessare la situazione di contitolarità», MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 29.

<sup>20</sup> Sulla coeredità come fonte di una «situazione soggettiva di contitolarità *pro quota* ... in ordine al patrimonio ereditario comune» e per l'idea che quest'ultima sia da intendere come contitolarità che investe anche le individue situazioni giuridiche comprese in tale patrimonio, BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 3 ss.

maggior facilità, sicché il legislatore sancisce con più perentoria formula che sia essa a dover trovare attuazione (in mancanza di diverso accordo, ben s'intende, tra gli eredi), ma preoccupandosi di far salva, nell'art. 727 c.c., l'ipotesi regolata in particolare dall'art. 720 c.c., e comunque precisando, nell'art. 728 c.c., che l'ineguaglianza delle porzioni «*si compensa con un equivalente in denaro*».

Ecco che il concetto giuridico di divisione, pertanto, viene a riempirsi di valenze particolari, come si diceva. La proporzionalità inerente alla divisione, anzitutto, si realizza non già attraverso una necessaria corrispondenza dei beni assegnati a ciascun dividente, in termini di valore, rispetto alla quota ideale di sua spettanza<sup>(21)</sup>: sono invece possibili anche assegnazioni non proporzionali, di per sé, alle quote, purché le differenze siano compensate in denaro<sup>(22)</sup>. La qual cosa tuttavia significa che la divisione, anziché esaurirsi, sul piano effettuale, nella trasformazione del diritto di quota in diritto solitario su determinati beni, si può ergere a fonte costitutiva di rapporti nuovi, di natura obbligatoria, tra i dividendi e per questa via è capace di assurgere a fondamento giustificativo di attribuzioni destinate a svolgersi all'interno della compagine dei dividendi stessi<sup>(23)</sup>.

Ma la disposizione normativa più rilevante, nel quadro del discorso che stiamo conducendo, è senza dubbio l'art. 720 c.c., il quale, a proposito degli immobili non comodamente divisibili o al cui frazionamento si oppongano ragioni di pubblico interesse, prevede che gli stessi, quando la divisione dell'eredità non possa farsi senza frazionarli, debbano preferibilmente essere compresi per intero, con addebito dell'eccedenza, nella porzione di uno degli eredi aventi diritto alla quota maggiore.

Ci si potrebbe chiedere, per vero, se questa assegnazione per intero, con addebito dell'eccedenza, costituisca un'operazione divisionale o sia da intendere come un qualcosa che esula dalla divisione, non rientrando nel suo concetto<sup>(24)</sup>. La lettera della legge, da un certo punto di vista, parrebbe indicare che sia questa seconda la risposta corretta. L'assegnazione dell'immobile ad uno dei coeredi, infatti, è contemplata

<sup>21</sup> Si tenga presente peraltro che, come precisa MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, p. 24 s., il valore dei beni indivisi difficilmente coincide con la somma dei valori dei singoli beni ripartiti tra i dividendi, sicché ciascuno di questi ha diritto di conseguire, in realtà, non «una quantità di beni il cui valore sia eguale a quello della propria quota indivisa», bensì «beni il cui valore, nei riguardi del valore di quanto ricevono gli altri comunisti, si pon[ga] nello stesso rapporto proporzionale in cui le quote di proprietà stavano tra loro».

<sup>22</sup> Sul conguaglio come strumento che consente di correggere le differenze di valore tra quote e porzioni, «senza che con ciò svanisca il concetto di divisione», GAZZARA, voce «*Divisione (dir. priv.)*», cit., p. 420.

<sup>23</sup> Anche il CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 386, sottolinea come il concetto di divisione non venga meno, quando le differenze di valore tra quote e porzioni siano colmate mediante conguagli effettuati con denaro proveniente dal patrimonio personale dei dividendi.

<sup>24</sup> Nella dottrina meno recente, nel senso che, quando i beni comuni vengano assegnati ad uno dei dividendi con pagamento agli altri di una somma di denaro, non si debba parlare di divisione, ma di un contratto di vendita di quote indivise, DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 15 ss. ed ivi 20 ss.

come possibile quando «*la divisione dell'intera sostanza non può effettuarsi senza il [suo] frazionamento*»: la qual cosa sembrerebbe suggerire l'idea che codesta assegnazione costituisca un'alternativa alla divisione, questa essendo comunque attuabile, ma solo a prezzo, appunto, di dover frazionare l'immobile. Senonché l'ultima parte dell'art. 720 c.c., facendo parola dell'inclusione del bene, per intero, nella «*porzione*» di uno degli eredi aventi diritto alla quota maggiore (o nelle «*porzioni*» di più coeredi che lo richiedano), lascia intendere che si è al cospetto di un'assegnazione non già operata – per così dire – *a latere* della divisione, ma pienamente compresa nella sfera dei suoi effetti <sup>(25)</sup>.

Il debito per l'eccedenza (ovverosia l'«*addebito dell'eccedenza*» cui ci si riferisce nel citato art. 720 c.c.) non si giustifica dunque sul presupposto che l'attribuzione, per la parte dell'immobile assegnata *ultra quotam*, trovi il suo fondamento in un'ipotetica funzione di scambio <sup>(26)</sup>; né l'assegnatario è soggetto di cui possa dirsi che abbia acquistato dagli altri coeredi le quote dell'immobile di loro spettanza, con il risultato che l'eccedenza addebitatagli altro non sarebbe se non il corrispettivo dovuto a costoro <sup>(27)</sup>.

Si deve aggiungere, a questo punto, che la messa in opera dello strumento delineato nell'art. 720 c.c. non esclude che la divisione possa attuarsi mediante assegnazioni in natura a favore degli altri dividendi, come nel caso – testualmente previsto, del resto, dalla disposizione citata – in cui la sostanza da dividere sia composta anche da beni ulteriori, oltre all'immobile attribuito in proprietà esclusiva. Se questi altri beni sono distribuiti tra i dividendi, in modo che ciascuno riceva, a parte ciò che gli è dovuto dal destinatario dell'immobile, una porzione concreta della massa comune, sarà questa una divisione che fundamentalmente riproduce lo schema di cui all'art. 728 c.c. <sup>(28)</sup>.

Peraltro, l'art. 720 c.c. è suscettibile di applicazione anche nel caso in cui l'unico bene da dividere, tra i coeredi, sia un immobile che presenta le caratteristiche da esso contemplate <sup>(29)</sup>. Né vi sono ragioni per escludere,

<sup>25</sup> Secondo BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 85, «si tratta di atto pur sempre rientrante nel concetto legislativo tipico di divisione, in ordine al quale è da ammettersi l'efficacia di cui all'art. 757 cod. civ., oltreché l'obbligo di garanzia di cui all'art. 758 cod. civ. e la rescissione per lesione di cui all'art. 763 cod. civ. ancorché non si abbia mera divisione materiale dei beni ereditari».

<sup>26</sup> TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, cit., p. 401.

<sup>27</sup> MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 30; ID., *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 cod. civ. Vendita di quota e transazione tra coeredi*, in *Quaderni del notariato*, VI, Milano, 1995, p. 11 s. In giurisprudenza, peraltro, si veda Cass. 10 febbraio 2004, n. 2483, in *Giur. it.*, 2005, c. 708 ss., secondo cui, nell'ipotesi dell'art. 720 c.c., alla pronuncia giudiziale «non può non riconoscersi un effetto traslativo-costitutivo in relazione alla porzione dei beni comuni che il titolare della corrispondente quota sostanzialmente cede in cambio d'un equivalente in danaro». Nello stesso senso, Cass. 29 aprile 2003, n. 6653, in *Riv. del not.*, 2004, p. 786 ss.; Cass. 24 luglio 2000, n. 9659.

<sup>28</sup> Tuttavia, per la qualificazione della divisione con conguagli come contratto misto, DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, cit., p. 31 s.

<sup>29</sup> BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 84.

ancora, la sua estensibilità alle comunioni non ereditarie <sup>(30)</sup>. Il rinvio alla disciplina della divisione dell'eredità operato dall'art. 1116 c.c., nonché il principio posto dall'art. 1114 c.c., secondo cui la divisione deve aver luogo in natura, purché la cosa comune possa essere «*comodamente divisa in parti corrispondenti alle quote dei partecipanti*», non consentono alcun dubbio in proposito. Ma se questo è vero, se ne ricava che nel concetto di divisione accolto dal legislatore rientra pienamente l'ipotesi in cui la quota di uno o più condividenti sia concretata mediante beni che non sono mai stati comuni (il denaro corrisposto dall'assegnatario dell'immobile).

Ciò significa che, quando il bene comune è assegnato per intero ad uno degli aventi diritto, ma tanto più se la divisione ha luogo in natura con riequilibrio delle porzioni in denaro, il titolo in forza del quale è versato il conguaglio – latamente inteso, come comprensivo dell'eccedenza *ex* art. 720 c.c. – sarà la qualità di condividente del beneficiario <sup>(31)</sup>. Il conguaglio, in altre parole, può dirsi tale e partecipa della funzione divisoria, nonostante il suo oggetto non sia costituito da cose comuni, se ed in quanto la somma di denaro in cui consiste serve a concretare la quota del condividente che lo riceve, realizzandone l'apporzionamento <sup>(32)</sup>. Dopo di che è facile comprendere come esso presupponga che, compiuta la stima dei beni da dividere, sia stato determinato il valore spettante, in frazione, ai singoli aventi diritto, valore che il beneficiario del conguaglio potrà, per questa via, conseguire per intero.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se il conguaglio debba necessariamente tradursi nel pagamento di una somma di denaro o possa avere per oggetto anche beni diversi, mobili o immobili <sup>(33)</sup>. Se si ammette questa alternativa <sup>(34)</sup>, bisognerà anche riconoscere che, nel secondo caso, due siano le stime da effettuare: l'una relativa alle cose comuni, l'altra riferita al bene da attribuire a titolo di conguaglio, bene che dovrà risultare corrispondente, in termini di valore, al contenuto economico della quota di spettanza del beneficiario (o di quella sua parte non soddisfatta in natura). Il compimento di queste stime e il modo in cui è costruito il regolamento negoziale attorno ai dati con esse acquisiti potranno condurre a considerare connotato da una funzione divisoria il contratto con cui, a fronte

<sup>30</sup> MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*, cit., p. 136 s.; FEDELE, *La comunione*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1967, p. 356.

<sup>31</sup> MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 30 s.

<sup>32</sup> In riferimento all'ipotesi del conguaglio con cui si sopperisce alla non corrispondenza delle porzioni alle quote, osserva GAZZARA, voce «*Divisione ereditaria (dir. priv.)*», cit., p. 434, che, essendo esso «un elemento integratore», la sua «determinazione ... rientra nell'operazione di formazione delle porzioni».

<sup>33</sup> MIRABELLI, voce «*Divisione (dir. civ.)*», in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 33 ss. ed ivi 35; GAZZARA, voce «*Divisione ereditaria (dir. priv.)*», cit., p. 423 s.; FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, III, Milano, 1983, p. 498.

<sup>34</sup> Agli autori citati alla nota precedente *adde* MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 32, secondo cui non sussiste, qui, un atto meramente equiparabile alla divisione ai fini dell'art. 764, 1° comma, c.c., dovendosi considerare «assorbente la funzionalizzazione del trasferimento del bene all'apporzionamento divisorio».

dell'acquisto in proprietà solitaria delle cose comuni, un condividente trasferisca agli altri uno o più dei propri beni <sup>(35)</sup>. In mancanza delle stime, non si potrebbe affermare, invece, la natura divisionale della fattispecie, dovendosi piuttosto riconoscere la rispondenza ad una funzione di scambio <sup>(36)</sup>. La qual cosa ad ogni modo non esclude – almeno secondo una certa prospettiva – che il contratto, pur diverso dalla divisione, sia da considerare ad essa equiparato per gli effetti contemplati dall'art. 764, 1° comma, c.c. <sup>(37)</sup>.

Orbene, quanto fin qui è stato osservato serve ad offrire un'immagine mosca – diciamo così – della divisione, nel cui ambito rientrano ipotesi che si allontanano, man mano, dalla figura tipica (e più vicina al concetto comune) che consiste nella distribuzione dei beni tra i condividenti in misura proporzionata alla quota di ciascuno, con conseguente scioglimento della contitolarità e trasformazione del diritto dei singoli da diritto quotate sul tutto a diritto solitario sui beni ricevuti <sup>(38)</sup>.

La possibilità, in particolare, che la divisione si attui attraverso assegnazioni che indirizzano i beni comuni verso uno o più condividenti soltanto, con tacitazione di chi resta insoddisfatto mediante apporzionamenti costituiti da beni, denaro o altro, che non sono mai stati comuni <sup>(39)</sup>, induce a negare che coesistente al concetto di divisione sia l'idea di un suo necessario compimento per il tramite del riparto materiale dei beni tra tutti i condividenti <sup>(40)</sup>. La divisione sembrerebbe perciò dover essere definita – sulla scorta di una linea di pensiero, del resto, ormai

<sup>35</sup> Nel senso che la funzione divisoria di un determinato accordo, che comporti lo scioglimento di uno stato di comunione, debba essere individuata avuto riguardo «alla reale intenzione dei contraenti quale risulterà da elementi e indici esterni obiettivamente desumibili dal contenuto del regolamento negoziale e dal comportamento» dei contraenti stessi, SESTA, *Comunione di diritti, scioglimento, lesione*, cit., p. 136.

<sup>36</sup> In argomento, AMADIO, *Comunione e apporzionamento nella divisione ereditaria*, cit., p. 254 s., che ritiene si debba muovere, anche nel caso di effettuazione delle stime, da una sorta di presunzione nel senso della sussistenza di uno scambio.

<sup>37</sup> La costruzione della categoria degli atti di cui all'art. 764, 1° comma, c.c. – com'è noto – costituisce un problema di non facile soluzione (per una sintesi sullo stato della dottrina, di recente, TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, cit., p. 388 ss.). Si è precisato, al riguardo, che l'alternativa consiste nel considerare essenziale, come reputa l'opinione prevalente, che l'atto estintivo presenti una funzione apporzionatoria, la sua diversità rispetto alla divisione dovendo allora rintracciarsi sul piano strutturale, ovvero nel ritenere che sia necessario accogliere una nozione del negozio divisorio caratterizzata nei termini di una certa «elasticità tipologica», con la conseguenza che sarà l'aspetto funzionale a consentire di individuare il tratto distintivo, rispetto alla divisione, degli atti riconducibili al dettato dell'art. 764, 1° comma, c.c. (così MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 cod. civ.*, cit., p. 4, facendo propria questa seconda prospettiva, per la quale si veda già ID., *Divisione contrattuale*, cit., p. 28: «La diversità cui accenna l'art. 764 cod. civ. non è strutturale ma funzionale»).

<sup>38</sup> È questa, secondo BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 84, la «divisione in senso stretto». Per la confutazione della tesi tradizionale, che riconduceva la divisione in natura allo schema della permuta, DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, cit., p. 37 ss.: «Ciò che il condividente ... dichiara di volere non è lo scambio delle quote indivise ma la ripartizione dei beni».

<sup>39</sup> GAZZARA, voce «Divisione (dir. priv.)», cit., p. 423 s.

<sup>40</sup> In termini perspicui, sul punto, MIRABELLI, voce «Divisione (dir. civ.)», cit., p. 35: «Non, dunque, la spartizione dei beni comuni, ma l'assegnazione a tutti i partecipanti di valori proporzionali alle loro quote, è l'elemento fondamentale del contratto di divisione». Diversamente, nella fase di passaggio dal vecchio al nuovo codice, DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, cit., p. 28.

risalente nel tempo <sup>(41)</sup> – come l’insieme delle operazioni che consentono di sciogliere un precedente stato di contitolarità mediante l’attribuzione ai singoli compartecipi di beni il cui valore sia proporzionato alla quota di ciascuno <sup>(42)</sup>.

Queste prime indicazioni, evidenziando la necessaria attitudine della divisione a realizzare il soddisfacimento proporzionale del diritto di ogni condividente, sono già sufficienti a mettere in luce come essa non possa che essere governata da un principio di universalità soggettiva <sup>(43)</sup>, con la conseguenza che la divisione cui non partecipino tutti (e solo) gli aventi diritto sarà da giudicare nulla per difetto di causa, poiché inidonea ad attuare la propria funzione <sup>(44)</sup>.

3. – Il discorso che stiamo conducendo, volto ad enucleare il concetto giuridico di divisione, non potrebbe dirsi completo se si omettesse di prendere in esame, sia pure brevemente, l’annoso problema della natura che ad essa deve attribuirsi avuto riguardo agli effetti di cui è capace.

In proposito, è noto che l’opinione tradizionale <sup>(45)</sup>, secondo una teoria che si assume riflessa nel disposto dell’art. 757 c.c. <sup>(46)</sup>, riconosce nella divisione un atto avente natura dichiarativa, poiché volto soltanto a individuare o specificare l’oggetto materiale del diritto del singolo partecipante, inteso come diritto frazionato o limitato dalla presenza di altri diritti qualitativamente identici <sup>(47)</sup>.

Più in particolare, la peculiarità della divisione andrebbe colta – è stato detto – sotto il profilo della sua ritenuta attitudine a produrre un effetto di accertamento, rispetto alla precedente situazione di incertezza in ordine all’oggetto del diritto proprietario dei singoli condividenti <sup>(48)</sup>, o sotto il

<sup>41</sup> Puntuale riferimenti in MOSCATI, voce «*Divisione*», cit., p. 4 s., che sottolinea come questo orientamento abbia condotto a superare la tradizionale distinzione tra divisione “in natura” e divisione “civile” (distinzione in ordine alla quale, per tutti, si veda DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, cit., p. 20 ss., secondo cui, in realtà, si potrebbe parlare di divisione solo «quando ciascun condomino riceva in cambio della sua quota astratta di comproprietà una certa quantità di beni comuni»).

<sup>42</sup> MIRABELLI, voce «*Divisione (dir. civ.)*», cit., p. 34 s.; GAZZARA, voce «*Divisione (dir. priv.)*», cit., p. 421; BONILINI, voce «*Divisione*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 481 ss. ed ivi 484; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 21 ss.; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 33.

<sup>43</sup> DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, cit., p. 29; MIRABELLI, voce «*Divisione (dir. civ.)*», cit., p. 34; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 28.

<sup>44</sup> Per tutti, con un ampio apparato di citazioni, MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 241 ss. Precisa che l’atto deve considerarsi nullo anche nell’ipotesi di partecipazione involontaria di soggetti *sine titulo*, TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, cit., p. 397.

<sup>45</sup> Ampi e puntuali riferimenti in TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, cit., p. 17 ss.

<sup>46</sup> «La più importante delle norme sulla divisione ereditaria»: BRANCA, *Comunione*, cit., p. 342.

<sup>47</sup> La disposizione citata, peraltro, ha anche suscitato vibrati scetticismi, tra i quali va segnalata la voce del DEIANA, *Per la futura soppressione dell’art. 757 cod. civ. (Note in vista della revisione del codice)*, in *Foro pad.*, 1947, III, c. 67 ss. e 113 ss. ed ivi 119, che già all’indomani dell’entrata in vigore del codice attuale proponeva di abbandonare «l’assurdo principio dell’art. 757, che è in netto contrasto con la vera natura giuridica della divisione», questa essendo «attributiva di diritti».

<sup>48</sup> Per questa prospettiva, BRANCA, *Comunione*, cit., p. 342 ss., ma muovendo dall’idea che «durante la comunione proprietario non è il singolo né, all’opposto, un ente astratto, unitario, ma la collettività dei

profilo della sua idoneità a determinare un fenomeno di surrogazione reale, mediante una modificazione contenutistica del rapporto, passandosi dalla contitolarità (talvolta intesa come diritto *sulla* quota) al diritto esclusivo di ciascun dividente sui beni che gli sono assegnati (<sup>49</sup>).

In ogni caso, l'acquisto dei beni ricevuti in sede divisionale sarà un acquisto da considerare avvenuto, quando si tratti di divisione ereditaria (<sup>50</sup>), mediante una successione che si opera *recta via* dal *de cuius* al singolo divisionario. Sarebbe dunque il titolo successorio a costituirne l'unico fondamento (<sup>51</sup>), senza che sia dato ipotizzare, per altro verso, lo svolgersi di alcuna vicenda traslativa tra i dividendi (<sup>52</sup>).

Ora, non v'è dubbio che, nel sancire la diretta successione del coerede al *de cuius*, l'art. 757 c.c. impedisce di qualificare la divisione come atto traslativo tra i dividendi. Il dire "*a te va questo*", quale contenuto dell'atto divisionale, è un dire irrilevante di fronte a codesta disposizione normativa, che vuole il divisionario avente causa dal defunto: o meglio, è un dire cui non può ricollegarsi la produzione di alcun effetto traslativo (<sup>53</sup>).

Ciò posto, bisognerà anche riconoscere, peraltro, che un tale principio, mentre opera per gli apporzionamenti realizzati mediante beni comuni, perde completamente di significato rispetto agli apporzionamenti – pur possibili, come abbiamo visto – compiuti con utilità (diverse dal denaro) non appartenenti alla massa da dividere, questi essendo indubbiamente affidati a meccanismi effettuali a contenuto traslativo (<sup>54</sup>).

---

comunisti». In senso critico, ancora di recente, MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*, cit., p. 143 ss.

<sup>49</sup> Si vedano, con qualche diversa sfumatura, CICU, *Successioni per causa di morte*, p. 394 ss.; GAZZARA, voce «*Divisione (dir. priv.)*», cit., p. 423; CASULLI, voce «*Divisione ereditaria (dir. civ.)*», cit., p. 53 s. In giurisprudenza, Cass. 25 ottobre 2005, n. 20645, secondo cui con la divisione si realizza soltanto «una trasformazione dell'oggetto del diritto, da diritto sulla quota ideale a diritto su un bene specifico».

<sup>50</sup> Prevalle la tesi – si osservi – che afferma l'estensibilità del principio di cui all'art. 757 c.c. alle divisione non ereditarie: FEDELE, *La comunione*, cit., p. 369 s. nt. 137; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 199; BRANCA, *Comunione*, cit., p. 342; BONILINI, voce «*Divisione*», cit., p. 483; MOSCATI, voce «*Divisione*», cit., p. 2 s.; MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*, cit., p. 138.

<sup>51</sup> In questo senso, incisivamente, TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, cit., p. 369 s. e 375, ma su basi diverse dalla teoria dichiarativa e rifacendosi alla prospettiva secondo cui il fenomeno divisionale si realizzerebbe attraverso un sistema di rinunce abdicative compiute da ciascun dividente rispetto alla proprietà dei beni assegnati ad altri.

<sup>52</sup> Si vedano, tuttavia, FORCHIELLI e ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 63, secondo cui al fenomeno divisorio si ricondurrebbe «un effetto sostanzialmente traslativo», giacché l'acquisto della proprietà del dividente sui beni assegnatigli, «dal punto di vista effettuale, non è diverso dall'acquisto che egli farebbe nell'ipotesi in cui ... divenisse cessionario esclusivo di quello stesso bene per consenso unanime dei compartecipi».

<sup>53</sup> GAZZARA, voce «*Divisione (dir. priv.)*», cit., p. 423; BRANCA, *Comunione*, cit., p. 342; SESTA, *Comunione di diritti, scioglimento, lesione*, cit., p. 131; MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 51; MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*, cit., p. 165; LENER, *La comunione*<sup>2</sup>, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, VIII, Torino, 2002, p. 281 ss. ed ivi 362 s.

<sup>54</sup> Al riguardo, TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, cit., p. 398 s., secondo cui, nel caso di utilizzazione a titolo di conguaglio di cespiti (diversi dal denaro) estranei alla massa dividenda, non si avrebbe «un'operazione propriamente divisionale, ma (se rispettato almeno il criterio della

Pur prescindendo, comunque, da questo aspetto, vale la pena di osservare come la tradizionale teorica che intende la divisione quale atto avente natura dichiarativa fatichi a dar conto dell'effetto estintivo di cui essa è capace, effetto richiamato dal legislatore nell'art. 764, 1° comma, c.c. per estendere il rimedio della rescissione agli atti, pur diversi dalla divisione, che a questa vanno equiparati<sup>(55)</sup>. L'affermata dichiaratività della divisione, invero, sembrerebbe compatibile soltanto con una vicenda che, lasciando in vita il rapporto che ne costituisce l'oggetto, semplicemente incida in modo retroattivo sul suo contenuto<sup>(56)</sup>. Al contrario, l'effetto consiste, qui, nel sostituire al rapporto di comunione, che si estingue, una molteplicità di proprietà solitarie secondo valori proporzionali alle quote dei singoli divisionari<sup>(57)</sup>. Sicché, in questo senso, la divisione immuta la realtà giuridica, determinando il passaggio dal diritto quotale sull'intero al diritto esclusivo rispetto ai beni assegnati al divisionario<sup>(58)</sup>, beni da intendere acquistati in base ad un titolo che, trattandosi del riparto di una massa ereditaria, sarà dunque da rinvenire, in ultima analisi, non nella successione *mortis causa* soltanto, ma nella successione come integrata dalle conseguenti operazioni divisionali.

4. – Un capitolo a sé, nel panorama dei fenomeni divisionali, merita la fattispecie della divisione del testatore, testualmente prevista, com'è noto, dall'art. 734 c.c.

La divisione del testatore, secondo l'interpretazione più avveduta, può attuarsi attraverso una duplice modalità. È possibile che, anzitutto, il testatore istituisca i chiamati ciascuno secondo una determinata quota astratta, provvedendo contestualmente, o attraverso un testamento successivo, a concretare le quote mediante assegnazioni rappresentative di altrettanti apporzionamenti divisorii. Ma può anche accadere – ed anzi è questa l'ipotesi considerata normale – che le assegnazioni siano poste in essere senza alcuna previa determinazione di quota, sempre che il testatore abbia inteso attribuire i beni oggetto dei singoli lasciti in funzione di un

---

corrispondenza proporzionale) un atto equiparato». Si veda, sul punto, anche SESTA, *Comunione di diritti, scioglimento, lesione*, cit., p. 131 s.

<sup>55</sup> Con lucidità, BRANCA, *Comunione*, cit., p. 345: «Quando i comunisti dovessero considerarsi proprietari attuali del bene comune, difficilmente la teoria dichiarativa si reggerebbe dinanzi al fatto che con la divisione chi era proprietario di una quota o per quota diviene proprietario d'una cosa oramai determinata: come negare il fenomeno dell'acquisto d'un oggetto diverso da quello che s'aveva?».

<sup>56</sup> Sulla retroattività come corollario della tesi che riconosce natura dichiarativa alla divisione, FORCHIELLI e ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 50; PALAZZO, voce «*Comunione*», cit., p. 181. In altro senso, invece, MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 62; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 40.

<sup>57</sup> La divisione, osserva BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 207, determina la «sostituzione della vicenda costitutiva di comunione ereditaria in ordine a ciascun bene (o credito indivisibile) dell'eredità ... con una vicenda immediatamente traslativa del diritto su di esso (o del credito) dal *de cuius* al singolo coerede assegnatario del medesimo». In tal senso, altresì, MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 63.

<sup>58</sup> La sua efficacia – si è ritenuto – avrebbe perciò natura estintivo-costitutiva: MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 34 ss.; ID., *Divisione contrattuale*, cit., p. 107 ss.

rapporto con il proprio intero patrimonio, in conformità alla previsione dell'art. 588, 2° comma, c.c. (<sup>59</sup>).

In ogni caso, tanto secondo l'una quanto secondo l'altra delle due modalità appena accennate, la divisione del testatore non produce lo scioglimento di una situazione di contitolarità, ma previene il formarsi della comunione ereditaria, essa comportando – come costantemente, ormai, si sottolinea – l'acquisto diretto del bene da parte dell'assegnatario che abbia provveduto ad accettare l'eredità (<sup>60</sup>).

Senonché, venuta ad affermarsi questa prospettiva, che ha determinato il definitivo superamento della tesi – già sostenuta, sotto il vecchio codice, a proposito della divisione d'ascendente (<sup>61</sup>) – secondo cui si dovrebbe ipotizzare che per un istante ideale la massa dei beni divisi cada in comunione (<sup>62</sup>), l'inquadramento della divisione del testatore nell'ambito dei fenomeni divisionali, intuitivamente, si fa problematico (<sup>63</sup>).

Per mantenere fermo questo inquadramento si è ritenuto necessario spostare l'attenzione dalla struttura al momento funzionale della fattispecie, quale si individua avuto riguardo alla finalità distributiva che il testatore persegue mediante l'insieme delle assegnazioni concrete disposte nella scheda. Codesta finalità distributiva sarebbe l'elemento capace di creare una sintesi tra le singole assegnazioni, rendendone possibile una considerazione unitaria sul piano funzionale, in quanto strumenti attraverso cui si realizza il riparto per quote di una determinata massa di beni (<sup>64</sup>).

Si giunge così a ricostruire la divisione del testatore nei termini di un regolamento negoziale organico, il cui contenuto si articola in un complesso di assegnazioni sorrette da un'unica funzione distributiva (<sup>65</sup>).

Ciò posto, qualche osservazione supplementare – prima di proseguire – merita la particolare ipotesi della divisione testamentaria senza predeterminazione di quote, cui in precedenza si è accennato. Questa

<sup>59</sup> Si veda, per tutti, MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 29: «Infatti, la divisione del testatore non si atteggia costantemente come un *complesso di istituzioni ex rebus certis*, secondo la figura tipica dell'art. 588<sup>2</sup> ... Dagli artt. 735<sup>1</sup> e 763<sup>2</sup> risulta che essa può concretarsi anche in una distribuzione di beni per quote *astrattamente prestabilite*, cioè come un *complesso di assegni divisionali*».

<sup>60</sup> Cfr., con vari accenti, MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 33; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 4 s., 84 e 255; ID., voce «Comunione e divisione ereditaria», cit., p. 1; GAZZARA, voce «Divisione ereditaria (*dir. priv.*)», cit., p. 435; CASULLI, voce «Divisione ereditaria (*dir. civ.*)», cit., p. 57; FRAGALI, *La comunione*, cit., p. 495; BONILINI, voce «Divisione», cit., p. 496; FORCHIELLI e ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 308 e 310 s.; MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*, cit., p. 307 s.

<sup>61</sup> Compiuti riferimenti in TEDESCHI, *La divisione d'ascendente*, Padova, 1936, p. 8 ss.

<sup>62</sup> CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, p. 760.

<sup>63</sup> Sul punto, CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 459 s.

<sup>64</sup> Nel senso che la divisione testamentaria consista «in una serie di attribuzioni di beni che provengono dallo stesso patrimonio, concepite l'una in rapporto all'altra, come porzioni della sostanza del disponente», GAZZARA, voce «Divisione ereditaria (*dir. priv.*)», cit., p. 435.

<sup>65</sup> MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 80 s.: «L'unità di funzione si riflette, sotto il profilo strutturale della fattispecie, in *unità di negozio*».

figura mette in luce la sussistenza di un preciso legame sistematico tra il fenomeno regolato nell'art. 734 c.c. e la previsione di cui al cpv. dell'art. 588 c.c., giacché la fattispecie in discorso – come dicevamo – trova il suo strumento tecnico nell'istituzione *ex re certa* <sup>(66)</sup>. Con la conseguenza che le quote attribuite ai singoli assegnatari saranno determinabili soltanto *a posteriori*, com'è tipico della chiamata che si svolge ai sensi del citato art. 588, 2° comma, c.c. <sup>(67)</sup>.

Essendovi coincidenza strutturale – può aggiungersi, per meglio delineare questi concetti – tra apporzionamento e disposizione istitutiva, la misura del diritto di ciascun assegnatario sarà data proprio ed esclusivamente dalla porzione di beni materiali attribuitagli. La nullità per preterizione, dunque, ai sensi dell'art. 735 c.c. non potrà verificarsi, se non nel caso di esclusione dal riparto di un legittimario, mentre la proporzionalità *in re ipsa* tra quota e porzione rende inapplicabile il rimedio rescissorio di cui all'art. 763 c.c. <sup>(68)</sup>.

5. – Il percorso fin qui seguito ha consentito di constatare come il concetto giuridico di divisione presenti, secondo la lettura corrente, una notevole ampiezza. Non sembra dubitabile che esso possa abbracciare, così, le ipotesi in cui la comunione è sciolta senza che i beni comuni vengano materialmente divisi, come allorché questi siano attribuiti per intero ad un partecipante con assunzione dell'obbligo, da parte sua, di soddisfare in denaro o addirittura con beni diversi il diritto degli altri dividendi. Né sussistono incertezze – come abbiamo visto – in ordine al riconoscimento dell'appartenenza ai fenomeni divisori della fattispecie regolata dall'art. 734 c.c., nonostante i tratti di marcata specificità che essa manifesta, giacché la divisione del testatore, mentre non determina, per un verso, lo scioglimento di una comunione, ma ne impedisce il formarsi, presenta una struttura effettuale, per altro verso, costituita da un fascio di attribuzioni traslative, le quali mettono fuori gioco, per così dire, il tradizionale problema della dichiaratività degli atti divisionali.

Orbene, questo essendo il contesto di riferimento, non stupisce che in dottrina, fin dai primi commenti, si sia potuto individuare un fenomeno riconducibile alla divisione anche nel patto di famiglia <sup>(69)</sup>, il quale viene

<sup>66</sup> Nel senso che «l'istituto dell'art. 734 è uno svolgimento logico del principio dell'art. 588<sup>2</sup>, e insieme ne rappresenta l'applicazione più cospicua», MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 28, il quale, peraltro, riporta a quel medesimo principio anche la divisione testamentaria con predeterminazione di quote (p. 74 s.). Da ultimo, sul rapporto tra le figure di cui alle disposizioni normative testé citate, BARBA, *Istituzione ex re certa e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 53 ss.

<sup>67</sup> Si veda, ancora, MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 13.

<sup>68</sup> Tuttavia, su alcuni limiti di queste ultime conclusioni, tradizionalmente proposte dalla dottrina, sia consentito il rinvio a DELLE MONACHE, *Revoca tacita dell'istituzione ex re certa*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 395 ss. ed ivi 424 s. e 427.

<sup>69</sup> GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 217 ss. ed ivi 219; VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 447 ss. ed ivi 447 e 462 s.; DE NOVA, *Introduzione*, in *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006, p. 3.

descritto, secondo le prospettive che sembrano aver ricevuto maggior consenso, come un contratto con funzione distributiva <sup>(70)</sup>, capace di generare una successione anticipata rispetto alla massa dei beni d'impresa assegnati dal disponente al destinatario dell'attribuzione preferenziale <sup>(71)</sup>.

Il patto di famiglia non ha niente a che vedere, evidentemente, con la divisione intesa, secondo la sua immagine più scontata, quale fattispecie che determina lo scioglimento di uno stato di contitolarità mediante il mezzo tecnico degli apporzionamenti proporzionali alle quote. Sennonché la non essenzialità dell'esistenza di una comunione e dell'effetto consistente nel suo scioglimento è un dato da aversi per acquisito, se si tiene conto di istituti come, in particolare, la divisione testamentaria, in quanto fenomeno la cui natura divisoria emerge dal nesso di reciproca subordinazione funzionale individuabile tra le singole attribuzioni traslative, le quali tutte contribuiscono a realizzare una causa unica, costituita dallo scopo distributivo perseguito dal testatore <sup>(72)</sup>.

In ultima analisi, la qualificazione del patto di famiglia come negozio divisorio non è che il riflesso, perciò, di un intendimento della divisione quale categoria a forte impronta funzionale: l'interesse alla distribuzione proporzionale di una determinata massa di beni – si ritiene – sta al centro del fenomeno e lo qualifica causalmente, giustificando l'attribuzione in proprietà esclusiva dei cespiti oggetto delle singole assegnazioni <sup>(73)</sup>.

6. – Per vero, sembra difficile negare che il patto di famiglia trovi posto entro l'ambito degli atti di liberalità. La sua attitudine a determinare la soddisfazione di un interesse liberale del disponente è un dato normativamente recepito, solo in questa luce potendosi giustificare il dettato dell'art. 768-*quater*, ult. comma, c.c. che sottrae gli acquisti dei contraenti all'istituto collatizio e all'azione di riduzione.

Ciò posto, l'interrogativo cui occorre rispondere è il seguente: appartiene questo interesse all'area della causa negoziale?

La tesi che riconosce nel patto di famiglia un negozio divisorio, se rigorosamente intesa, sembrerebbe doverlo negare, poiché essa implica che, sotto il profilo funzionale, il patto venga a caratterizzarsi per la propria idoneità a consentire la realizzazione di un interesse distributivo del disponente.

<sup>70</sup> AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 345 ss. ed ivi 354 ss.; ID., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 69 ss. ed ivi 75 ss.

<sup>71</sup> ZOPPINI, *Profili sistematici della successione «anticipata» (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 272 ss.; ID., *L'emersione della categoria della successione anticipata*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 270 ss.

<sup>72</sup> Per questo concetto della divisione testamentaria, si rinvia, ancora, a MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 80 ss., che riconosce «la rilevanza causale dell'intenzione del testatore di effettuare una distribuzione quotativa della massa dei suoi beni».

<sup>73</sup> AMADIO, *Comunione e apporzionamento nella divisione ereditaria*, cit., p. 243 ss.

Questa conclusione – come abbiamo accennato – muove dall'accoglimento di un concetto giuridico di divisione intesa quale categoria connotata funzionalmente in ragione dell'attitudine del fenomeno a determinare il soddisfacimento dello specifico interesse alla distribuzione proporzionale tra più soggetti di una determinata massa di beni.

Tuttavia, a noi sembra che, sia pure in una prospettiva volta, correttamente, a sottolineare la pregnanza dell'elemento funzionale nella definizione del concetto di divisione, non si possa rinunciare a porre nel giusto rilievo un dato di struttura che in realtà concorre a plasmare quel concetto. Intendiamo alludere al fatto che la divisione inevitabilmente presuppone la spettanza di un diritto quotate in capo ai singoli divisionari apporzionati: un diritto ad ottenere valori, cioè, che si trovino in un rapporto di corrispondenza proporzionale rispetto alla propria quota, si configuri poi questa come misura della partecipazione ad un rapporto in comune o anche soltanto come oggetto di una vocazione ereditaria<sup>(74)</sup>.

Da questo punto di vista, invero, anche la coeredità, come fenomeno che deriva dalla coesistenza, in favore di una pluralità di soggetti, di un titolo a succedere nell'*universum jus defuncti*<sup>(75)</sup>, si traduce nel diritto di ogni coerede ad una quota dell'asse ereditario, quota che la divisione consente di concretare<sup>(76)</sup>.

Solamente in base ad una sorta di illusione ottica potrebbe disconoscersi che il dato di struttura di cui parliamo valga a connotare la stessa figura della divisione fatta dal testatore senza predeterminazione di quote. Questa si realizza – come accennato – mediante un insieme di istituzioni *in rebus certis*, con la conseguenza che la determinazione quantitativa della quota di ciascun divisionario dipenderà da una valutazione *a posteriori*, compiuta mettendo il valore del bene assegnatogli in rapporto con il valore dell'intera massa tenuta presente dal testatore nel momento in cui la scheda è stata perfezionata<sup>(77)</sup>. La qual cosa, tuttavia, non può e non deve far perdere di vista il fatto che, nella *heredis institutio ex certa re*, l'istituzione in quota voluta dal testatore costituisce un momento logicamente antecedente all'apporzionamento, da questo distinguendosi. Una disposizione testamentaria apparentemente unica, in altre parole,

<sup>74</sup> Questo aspetto resta in ombra, allorché, aderendo alla tesi della proprietà plurima integrale quale modello di spiegazione della comunione, si precisa, a proposito del concetto di quota, che questa va riferita alla singola situazione reale, rappresentando «non l'oggetto, ma la misura (non del contenuto, bensì) dell'esercizio» del diritto di ciascun partecipante, laddove, nella divisione, la quota fungerebbe da semplice «parametro valutativo della congruità economica dell'attribuzione» ricevuta dai singoli divisionari (TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, cit., p. 381; sul valore polisemico del termine «quota», e per la sottolineatura, invece, che «nella divisione la quota è misura del diritto del dividente», MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, cit., p. 3 nt. 1).

<sup>75</sup> BURDESE, voce «*Comunione e divisione ereditaria*», cit., p. 1.

<sup>76</sup> Sul punto, CASULLI, voce «*Divisione ereditaria (dir. civ.)*», cit., p. 53, secondo cui la divisione vale «a rendere concreto l'oggetto del diritto di ciascun coerede stabilito in una quota astratta dell'eredità».

<sup>77</sup> Non si deve perciò tener conto, a questo fine, dei beni sopravvenuti o che il testatore ignorava di avere: MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 13.

all'analisi si sdoppia in un'istituzione in quota accompagnata dal concretamento della quota stessa mediante i beni che il testatore vuole assegnati al successibile <sup>(78)</sup>.

Le ricadute sul piano effettuale, del resto, sono evidenti. Se il testatore ha distribuito, in funzione di quota, tutte le sostanze che aveva presenti quando la scheda è stata composta (sicché il riparto, dal suo punto di vista, sia stato totale), dovrà escludersi, rispetto ai beni non considerati, perché acquistati successivamente o perché il testatore stesso ignorava di esserne titolare, che possa aprirsi la successione legittima, al cui svolgimento si oppone, in un caso del genere, la sussistenza di una «*diversa volontà*», secondo il dettato dell'art. 734, 2° comma, c.c. Su questi beni i beneficiari dei lasciti potranno dunque affermare il loro diritto, ciascuno secondo la propria quota di spettanza, quale risulterà dalla determinazione *a posteriori* tipica delle istituzioni ereditarie in cosa determinata <sup>(79)</sup>.

Più in generale, se è vero che, quale semplice effetto di una pluralità di vocazioni a titolo universale (che siano state accettate), la coeredità non determina l'instaurarsi, di per sé, di uno stato di comunione tra gli eredi, e se su queste basi si è dunque sostenuto che sarebbe la prima, non la comunione, a costituire il presupposto della divisione ereditaria, le conseguenze che se ne sono volute trarre, segnatamente, a proposito della collazione, intesa quale fenomeno divisionale che non richiede che il bene donato sia riattratto all'asse ereditario <sup>(80)</sup>, confermano che l'apporzionamento, al di là delle strutture effettuali cui è affidato, richiede la titolarità, in capo al beneficiario, di un *previo* diritto di quota, tale essendo, in questa prospettiva, la natura del diritto del coerede sulle liberalità fatte dal defunto a favore del coniuge o di un proprio discendente <sup>(81)</sup>.

Tutto ciò posto, e per tornare al patto di famiglia, quale mai sarebbe, dunque, il diritto quotale rispetto a cui funziona l'apporzionamento?

Taluno qualifica – come accennavamo – la vicenda originata dal patto nei termini di una “successione anticipata” rispetto ai beni d'impresa assegnati dal disponente. E se a questa espressione si attribuisce un preciso significato tecnico, non già meramente descrittivo, si dovrebbe pensare che

<sup>78</sup> Su tutto ciò, in senso parzialmente diverso, MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 13, 75 e 78 ss., secondo cui, pur dovendosi prendere atto dei due momenti distinti in cui è scomponibile l'istituzione *ex re certa*, quale strumento della divisione testamentaria senza predeterminazione di quote (i momenti rispettivamente rappresentati, cioè, dalla volontà di istituire il chiamato in una quota di eredità e dalla volontà di materializzare la quota mediante una *res certa*), bisognerebbe tuttavia riconoscere che un accostamento del fenomeno alla «divisione in senso tecnico» sia possibile «*soltanto sul piano funzionale*».

<sup>79</sup> Cfr. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 92 ss.

<sup>80</sup> AMADIO, *Comunione e apporzionamento nella divisione ereditaria*, cit., p. 257 s.

<sup>81</sup> Parla della spettanza *ex lege*, ai soggetti attivi della collazione, del «diritto ad una quota dell'arricchimento ricevuto dal donatario non dispensato», AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, cit., p. 356, ritenendo di poter trarre dall'istituto una conferma in ordine all'affermata funzione distributiva del patto di famiglia, sebbene la collazione operi, diversamente dal patto, all'interno di una cornice di diritti di quota previamente riconosciuti ai rispettivi titolari.

il perfezionamento del patto importi l'implicita devoluzione ai beneficiari di quote dei beni d'impresa pari, rispettivamente, alla disponibile più l'eventuale legittima, per quanto riguarda l'assegnatario, e alla sola legittima, per i non assegnatari <sup>(82)</sup>.

Tuttavia, non sembra che, in genere, nella riflessione dottrinale su questi temi si sia disposti a giungere a tanto: e giustamente, poiché suona come una superfetazione l'idea che il disponente, attraverso il patto, intenda attribuire i beni d'impresa ai singoli partecipanti secondo determinate quote astratte, le quali sarebbero destinate a concretarsi, nello stesso tempo, per effetto dell'assegnazione di tali beni e del conseguente insorgere degli obblighi liquidatori posti a carico del discendente prescelto <sup>(83)</sup>.

Ma se dunque si deve riconoscere che manca una cornice di diritti quotali capaci di definire la struttura al cui interno gli apporzionamenti dovrebbero trovare posto, bisognerà anche ammettere che il patto di famiglia non integra un negozio divisorio propriamente inteso. Più in particolare, le quote di legittima, rispetto al patto di famiglia, fungono da mero criterio di determinazione del valore da corrispondere ai legittimari *in pectore* non assegnatari dei beni d'impresa. Esse non sono rappresentative in alcun modo di altrettanti diritti *pro quota*, su quei beni, di cui si realizzi il concretamento mediante le liquidazioni in denaro previste dalla legge.

Una divisione in senso tecnico, allora, non può esservi: poiché l'atto divisionale, pur non attuandosi necessariamente attraverso lo scioglimento di una contitolarità, sempre presuppone il riconoscimento della spettanza di un diritto quotale in capo ai singoli dividendi.

7. – Una volta escluso che l'alienazione dei beni d'impresa al discendente prescelto integri un apporzionamento in senso tecnico, bisognerà riconoscere che l'interesse liberale, sicuramente sotteso, come si ricava dall'art. 768-*quater*, ult. comma, c.c., al patto di famiglia, è un interesse che ne plasma la causa o forse, meglio, che ne conforma il tipo (dato che per causa intendiamo, qui, la funzione che connota lo schema astratto prefigurato dal legislatore) <sup>(84)</sup>. Il che sembra trovare conferma,

<sup>82</sup> In questo senso, coerentemente, IEVA, *Il patto di famiglia*, in *Tratt. breve delle succ. e don.*<sup>2</sup> diretto da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, II, Padova, 2010, p. 317 ss. ed ivi 342.

<sup>83</sup> Del resto, immaginando che la stipulazione del patto di famiglia determini il previo acquisto, in capo ai partecipanti diversi dal disponente, di una quota ideale dei beni d'impresa, quota contestualmente concretata in natura a favore del discendente prescelto e mediante le liquidazioni in denaro per quanto riguarda i legittimari esclusi, rimarrebbe da individuare l'interesse sotteso all'attribuzione dei singoli diritti quotali.

<sup>84</sup> La letteratura relativa ai temi della causa e del tipo negoziale, come si sa, è amplissima: basti richiamare, in proposito, il fondamentale contributo di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, *passim*.

oltre tutto, nel requisito della forma pubblica richiesto, a pena di nullità, dall'art. 768-ter c.c. (<sup>85</sup>).

In alternativa, rispetto a questa qualificazione dell'interesse liberale come interesse *tipizzato* nello schema del patto di famiglia, bisognerebbe ritenere che esso delinei un profilo soltanto eventuale della fattispecie, con la conseguenza che il non assoggettamento a collazione e riduzione previsto (in deroga ai principi) dal citato art. 768-quater, ult. comma, c.c., andrebbe inteso quale effetto destinato a prodursi, in realtà, solo nella misura in cui risultasse che, *in concreto*, l'atto presenta una causa di natura liberale (<sup>86</sup>).

Posto quanto sopra, è da affermare, secondo noi, che l'alienazione dei beni d'impresa compiuta con il patto di famiglia si configura come una liberalità diretta non donativa: liberalità diretta, perché l'interesse liberale è elevato a causa della vicenda circolatoria che si svolge tra disponente e assegnatario; liberalità non donativa, perché essa comunque si realizza attraverso un tipo contrattuale diverso dalla donazione (<sup>87</sup>).

Il patto di famiglia sembrerebbe dunque collocarsi, almeno a muovere da certi presupposti, in uno spazio intermedio tra donazione e atti di liberalità non donativi *ex art.* 809 c.c., inducendo a ripensare la tradizionale bipartizione che separa l'una dagli altri (<sup>88</sup>).

In ogni caso, proprio il fatto che esso proponga, rispetto ai beni d'impresa, ma anche agli altri beni eventualmente assegnati ai legittimari esclusi dall'attribuzione preferenziale (<sup>89</sup>), l'identica sostanza in termini oggettivo-funzionali della donazione (traslativa) porta a ritenere che il patto di famiglia debba considerarsi tendenzialmente sottoposto, sotto questo riguardo, alla disciplina prevista dagli artt. 769 ss. c.c., fatte salve le disposizioni che risultino incompatibili con il regolamento normativo affidato dal legislatore agli artt. 768-bis ss. c.c.

<sup>85</sup> Ad esiti analoghi giunge BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, in *Tratt. teorico-pratico di dir. priv.* diretto da G. Alpa e S. Patti, Padova, 2009, p. 485 ss., secondo cui «non v'è dubbio che ad animare la complessiva operazione sia l'intento liberale dell'imprenditore».

<sup>86</sup> Tuttavia, per un approfondito esame critico della prospettiva che identifica nella causa liberale, intesa in senso oggettivo, l'elemento fondante della categoria degli atti di liberalità, GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002, p. 128 ss. e 463 ss., secondo cui un tale elemento va piuttosto ritrovato sul piano effettuale.

<sup>87</sup> Sottolinea il TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956, p. 18, che la dottrina meno recente identificava le donazioni dirette con quelle compiute *recta via*, «cioè con la forma stabilita per la donazione sia in un atto *ad hoc*, sia in altro atto o con la tradizione reale della cosa donata».

<sup>88</sup> Osserva GATT, *La liberalità*, I, cit., p. 32, che, in astratto, «l'aggettivo *indiretto* in relazione alle attribuzioni liberali può essere utilizzato per qualificare il procedimento attributivo (diverso da quello del contratto di donazione) oppure per qualificare l'atto posto in essere, che può presentare uno schema attributivo eventualmente analogo a quello della donazione, ma che per il solo fatto di *non* essere donazione e di realizzare, tuttavia, un effetto liberale sarebbe, appunto, *indiretto*».

<sup>89</sup> Sia consentito il rinvio, sul punto, a DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 185 ss.

8. – Le precedenti osservazioni non bastano ad offrire un'immagine completa del patto di famiglia sotto il profilo degli interessi che ne connotano la causa.

Come si diceva, il trasferimento dei beni d'impresa appare sostenuto da una causa liberale. Ma la fattispecie risulta caratterizzata anche da un altro effetto attributivo: l'acquisto del diritto alla liquidazione della propria quota da parte dei legittimari non prescelti. Questo ulteriore effetto segnala l'intreccio di interessi che il patto di famiglia consente di realizzare, interessi che si allargano sino a comprendere quello relativo al riparto proporzionale dell'utilità economica rappresentata dai beni d'impresa all'interno della cerchia soggettiva costituita dall'intero novero dei legittimari *in pectore*, oltre al discendente preferito.

Né il trasferimento di codesti beni né la liquidazione della quota dei legittimari esclusi dall'assegnazione preferenziale danno luogo, tecnicamente, ad un apporzionamento: nondimeno sembra difficile disconoscere al patto di famiglia l'attitudine a realizzare, avuto riguardo al profilo testé evidenziato, anche una funzione *lato sensu* divisoria.

Dopo di che il problema più rilevante che questa conclusione mette in gioco si risolve nell'interrogativo se alla fattispecie risulti applicabile, rispetto alla liquidazione in denaro delle quote dei partecipanti non assegnatari, il rimedio della rescissione per lesione *ex art. 763 c.c.* <sup>(90)</sup>.

In generale, perché possa dirsi concretata – a prescindere, ora, dalla sua ampiezza <sup>(91)</sup> – una lesione a carico di uno dei divisionari, occorre, evidentemente, che questi riceva meno di ciò a cui avrebbe avuto diritto secondo il valore della sua quota, valore che si calcola procedendo alla stima della massa da dividere e applicando al dato così ottenuto l'entità frazionaria in cui la quota stessa si traduce.

Su queste premesse è facile comprendere che, se l'apporzionamento avviene in denaro (in esecuzione di un corrispondente obbligo assunto dal partecipante cui siano assegnati i beni comuni), non potrà sussistere una lesione, in linea di principio, a meno che non sia errata la stima della massa da dividere <sup>(92)</sup>. Nel caso del patto di famiglia, i legittimari, per potersi giovare del rimedio rescissorio, dovrebbero così dar prova che vi è stato un errore nella valutazione economica dei beni d'impresa alienati al

<sup>90</sup> Sul fondamento rigorosamente obiettivo dell'azione in parola, CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 486 ss., il quale sottolinea come essa si giustifichi in ragione del fatto che il «valore dei beni compresi in ciascuna porzione deve corrispondere ad una determinata frazione del valore del tutto». Analogamente, tra i tanti, MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 533 ss. ed ivi 539 s.; MIRABELLI, voce «*Divisione (dir. civ.)*», cit., p. 38; CASULLI, voce «*Divisione ereditaria (dir. civ.)*», cit., p. 55; BURDESE, voce «*Comunione e divisione ereditaria*», cit., p. 11; MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 30 ss.; MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 377.

<sup>91</sup> Il margine del quarto – si osservi – risponde ad un'esigenza di tutela della stabilità della divisione, attesa l'incertezza e opinabilità dei criteri di stima: così, MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 35 e 47; in senso conforme, MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 379.

<sup>92</sup> Nel senso che la lesione possa dipendere, in generale, anche da fattori come, ad es., la debolezza di uno dei dividendi nelle trattative, MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 33.

discendente prescelto. Sennonché sembra di poter dire che la stima si atteggi, in questo ambito, in modo affatto peculiare.

Per fare chiarezza sul punto occorre sottolineare come la divisione c.d. amichevole – quella compiuta, cioè, per contratto – sia normalmente preceduta dalla fissazione di un valore che le parti riconoscono ai beni comuni, tanto che questo valore derivi dalla stima operata da un terzo, quanto che sia il frutto di una determinazione concordata cui le parti stesse provvedano<sup>(93)</sup>. Sennonché la fase appena descritta non è affatto imprescindibile, le valutazioni compiute rispetto a ciascun bene appartenente alla massa potendosi indirettamente desumere dall'entità delle singole assegnazioni concrete<sup>(94)</sup>. Ma soprattutto, anche quando tali assegnazioni si reggano su di una determinazione di valore previamente concordata, non sembra possa sostenersi che essa rientri nell'ambito del contenuto precettivo del contratto<sup>(95)</sup>.

Diversamente è a dirsi per il patto di famiglia, riguardo al quale l'indicazione del valore dei beni d'impresa non solo costituisce un elemento essenziale della fattispecie, ma si presenta come un dato capace di esprimere un proprio preciso significato vincolante rispetto ai partecipanti all'accordo contrattuale, tanto da assumere portata impegnativa, come indirettamente si ricava dall'art. 768-*quater*, 3° comma, c.c., anche sotto il profilo della riunione fittizia e dell'imputazione *ex se*<sup>(96)</sup>.

Da questo punto di vista va osservato che, mentre il contratto di divisione produce effetti che possono essere ricondotti, con sintesi descrittiva, alla cessazione di uno stato di contitolarità mediante il mezzo tecnico degli apporzionamenti, il patto di famiglia, al di là delle attribuzioni di cui beneficiano il discendente prescelto e i non assegnatari

<sup>93</sup> CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 490.

<sup>94</sup> CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 490.

<sup>95</sup> Si è sul piano, invece, delle dichiarazioni enunciative dei presupposti attorno a cui il regolamento contrattuale è costruito. Sulla distinzione tra contenuto del contratto in senso formale e in senso sostanziale, BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*<sup>2</sup>, Milano, 2000, p. 315 ss.

<sup>96</sup> Com'è noto, assai controverso è il problema, che nel testo si assume dover essere risolto positivamente (in tal senso anche BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, cit., p. 471 ss.), se le attribuzioni che trovano la loro fonte nel patto di famiglia assumano rilevanza in sede di riunione fittizia e di imputazione *ex se* (per un quadro di sintesi, FUSARO, *I patti di famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia* diretto da G. Ferrando, II, Bologna, 2008, p. 857 ss. ed ivi 880 s.). La tesi che esclude l'applicabilità di questi istituti sembra condurre a risultati paradossali. Primo esempio: si immagini che Tizio, ricevuta *ex pacto*, dal padre rimasto vedovo, un'azienda il cui valore concordato è pari a 600, liquidi il proprio unico fratello Caio con il pagamento di 200. Si immagini, ancora, che poco prima di morire il disponente doni a Caio un immobile il cui valore, al momento della successione (apertasi *ab intestato*), ammonta a 200. Orbene, ipotizzando che il *relictum* sia pari a zero, bisognerà concludere, ammettendo la non interferenza del patto di famiglia sulla successione, che Tizio abbia subito una lesione e possa pretendere di concretare la legittima sull'immobile donato al fratello. Secondo esempio: il disponente, dopo aver alienato l'azienda del valore di 600 a Tizio, il quale liquida il proprio fratello, compie una donazione a favore di un estraneo alla famiglia, destinandogli l'immobile sopra indicato. Se, anche qui, all'apertura della successione il *relictum* è pari a zero, potrà Tizio agire in riduzione verso l'estraneo? La risposta dovrebbe essere positiva, se si accoglie la tesi da noi contrastata.

dei beni d'impresa, si pone come la fonte di un effetto ulteriore, avente natura accertativo-valutativa<sup>(97)</sup>.

Far valere l'inadeguatezza per causa di errore della stima dei beni d'impresa equivarrebbe, dunque, a tentare di sottrarsi al significato impegnativo della valutazione concordata *inter partes*.

All'apertura della successione il legittimario escluso dall'attribuzione preferenziale non potrà avanzare – si noti – nessuna pretesa fondata sui possibili mutamenti di valore che abbiano interessato l'azienda o le partecipazioni societarie<sup>(98)</sup>. Egli si è impegnato, infatti, a considerare come definitivo il dato inerente al valore di stima dei beni d'impresa alienati con il patto di famiglia. Ma se così è, non si vede come lo si potrebbe ammettere a dimostrare l'inadeguatezza già in origine della stima, quale presupposto per dolersi dell'insufficienza di quanto ricevuto e per far valere la lesione subita, se superiore al quarto. Ciò fermo restando che, invece, il patto di famiglia potrà essere annullato quando sia stato concluso per effetto di violenza o di dolo, anche se la coartazione della volontà o l'errore provocato nella vittima del dolo afferiscano all'elemento della determinazione di valore dei beni d'impresa.

Per concludere, ci sembra che il problema dell'applicabilità dell'art. 763 c.c. debba ricevere soluzione negativa.

Piuttosto, la funzione *lato sensu* divisoria, che il patto di famiglia – come abbiamo detto – si presta a realizzare, manifesta il suo pratico rilievo in una diversa prospettiva, e cioè avuto riguardo all'evizione dei beni d'impresa e all'applicabilità, in questo caso, degli artt. 758 e 759 c.c., quali disposizioni normative di portata generale<sup>(99)</sup>, il cui fondamento si rinviene nel principio di proporzionalità che governa i fenomeni divisionali<sup>(100)</sup>.

Sembra invece da escludere che l'assegnatario evitto, in alternativa, possa pretendere di essere garantito dal disponente ai sensi dell'art. 797 n. 3 c.c. Non solo o non tanto perché il patto di famiglia integra una figura diversa dalla donazione modale<sup>(101)</sup>, quanto perché la regola in parola non pare allineata con i caratteri tradizionalmente riconosciuti all'onere, quale accessorio della donazione e peso che incide, limitandolo,

<sup>97</sup> Vede nell'accordo liquidativo il «fulcro dell'operazione», BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, cit., p. 472. Nel senso che, poi, la stima dei beni assegnati costituisca un oggetto della «volontà negoziale», CHECCHINI, *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 297 ss. ed ivi 301.

<sup>98</sup> Cfr. FUSARO, *I patti di famiglia*, cit., p. 866.

<sup>99</sup> E da non ritenere limitate, perciò, alla divisione ereditaria: MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*, cit., p. 138 s.

<sup>100</sup> Nel senso che si tratti di «deroghe legali» alla «retroattività della divisione ... dirette a correggere un difetto funzionale della causa divisionale, dato dall'alterazione della proporzionalità tra *pars quota* e *pars quanta*», TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, cit., p. 352. Sul punto, inoltre, BURDESE, voce «Comunione e divisione ereditaria», cit., p. 10; LENER, *La comunione*, cit., p. 363; MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 46 ss.

<sup>101</sup> FUSARO, *I patti di famiglia*, cit., p. 868.

sull'arricchimento del donatario (<sup>102</sup>). Questi caratteri, come giustificano il dettato dell'art. 793, 2° comma, c.c., così sembrerebbero suggerire che, se l'attribuzione traslativa non si realizza, ciò debba riflettersi sull'obbligazione modale: al contrario, l'art. 797 n. 3 c.c., stabilendo che la garanzia è dovuta – e che il donante, dunque, deve rispondere – fino alla concorrenza dell'ammontare dell'onere, a quest'ultimo asservisce la donazione, trasmutandola in una sua mera struttura di sostegno. Il che non può rinvenire la sua *ratio*, evidentemente, se non in un'esigenza conservativa dell'onere (<sup>103</sup>). Mentre la stessa regola non avrebbe senso alcuno avuto riguardo all'obbligo di liquidazione delle quote dei legittimari *in pectore* posto dalla legge a carico dell'assegnatario dei beni d'impresa: liquidazione che in tanto si giustifica, in quanto l'attribuzione di codesti beni abbia a realizzarsi in via definitiva.

<sup>102</sup> TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*<sup>38</sup>, Padova, 1998, p. 180; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Napoli, 1978, p. 205 ss.

<sup>103</sup> La dottrina tende a esprimersi però in modo diverso: sul punto, in termini riassuntivi, PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2000, p. 552; si veda, inoltre, CATAUDELLA, *La donazione*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da M. Bessone, Torino, 2005, p. 129 s.