

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2013 – 2014

TESI IN: ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO

TITOLO: I CONTRATTI A CAUSA DIVISORIA

RELATORE: Chiar.ma Prof. ROSSELLA BORGIA

CANDIDATO: MATTEO MARIANGELI

MATR: 103823

CORRELATORE (I) :Chiar.mo Prof. MICHELE TAMPONI

INDICE

CAPITOLO PRIMO

LO SCIoglimento DELLA COMUNIONE QUALE EFFETTO DELLA VOLONTA' NEGOZIALE

1. Il contratto tipico di divisione e le sue species	4
2. Segue: Fondamento e natura giuridica	10
2.1 Teoria della natura dichiarativa	11
2.2 Teoria della natura costitutiva	13
3. Divisione contrattuale e divisione giudiziale a confronto	15
4. Impugnazione della divisione contrattuale: il rimedio della rescissione per lesione	19
5. L'intervento del testatore nella divisione ereditaria	26
6. I rapporti tra comunione e divisione: la tesi della non necessarietà della comunione quale presupposto della divisione	34

CAPITOLO SECONDO

I CONTRATTI A CAUSA DIVISORIA

1. Causa in astratto e causa in concreto del contratto ad effetto divisorio	37
--	-----------

2. Tipicità ed atipicità del contratto quali strumenti dell'autonomia privata per la realizzazione dell'effetto divisorio	43
3. Lo scioglimento della comunione mediante negozio indiretto.....	48
4. Lo scioglimento della comunione mediante negozio a causa mista.....	50
5. Lo scioglimento della comunione mediante collegamento negoziale.....	55
6. La qualificazione di una fattispecie divisoria e l'interferenza della normativa fiscale: la divisione di masse plurime.....	59
7. L'oggetto di un contratto a causa divisoria	65
8. Il problema dei beni non divisibili	74
9. Effetto retroattivo della divisione e dei suoi surrogati.....	80

CAPITOLO TERZO

CONTRATTI TIPICI ED ATIPICI CON EFFETTO DIVISORIO

1. La divisione con conguagli e la divisione civile.....	85
2. La permuta di bene o di quota su beni.....	90
2.1 Segue: La permuta di quote su beni indivisi.....	92
3. La donazione.....	94
4. Il patto di famiglia	98
5. La transazione	115

CONCLUSIONI.....122

BIBLIOGRAFIA.....126

CAPITOLO PRIMO

LO SCIoglIMENTO DELLA COMUNIONE QUALE EFFETTO DELLA VOLONTA' NEGOZIALE

SOMMARIO: 1. Il contratto tipico di divisione e le sue species. – 2. Segue: Fondamento e natura giuridica. – 2.1 Teoria della natura dichiarativa. – 2.2 Teoria della natura costitutiva. – 3. Divisione contrattuale e divisione giudiziale a confronto. – 4. Impugnazione della divisione contrattuale: il rimedio della rescissione per lesione – 5. L'intervento del testatore nella divisione ereditaria. – 6. I rapporti tra comunione e divisione: la tesi della non necessarietà della comunione quale presupposto della divisione.

1. Il contratto tipico di divisione e le sue species

La realtà del fenomeno divisorio suscita per lo più due idee: l'idea dello scioglimento di un preesistente stato di comunione¹ e l'idea, strettamente collegata, di un'equa distribuzione fra tutti i compartecipi dei beni sino a quel momento comuni.

¹C. MIRAGLIA *Divisione ereditaria*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, vol. II, Milano, 2010, p. 1 La comunione, come configurata dalla sua disciplina positiva, integra un rapporto giuridico complesso, che si instaura intorno alla medesima cosa, caratterizzato dall'identità qualitativa delle posizioni dei compartecipi e nel quale il diritto imputato alla pluralità di soggetti, pur conservando la sua natura sostanziale, si rifrange e si ricompone in un intreccio di situazioni reali ed obbligatorie, di poteri individuali di godimento e di disposizione *pro quota* e di poteri collettivi di gestione di disposizione *pro indiviso* della cosa comune.

Presupposto, non sempre necessario², della divisione è, appunto, uno stato di comunione.

A fini della nostra indagine, rileva, anzitutto, l'ovvia distinzione, tra due tipologie di comunione: comunione ereditaria e comunione ordinaria.

Uno stato di comunione ereditaria si determina ogni qualvolta l'eredità venga acquistata da più eredi mediante accettazione, espressa o tacita, o per effetto di compossesso di beni ereditari. La comunione ereditaria è sempre unica³ anche se esistono coeredi in base a diverso titolo, ossia eredi legittimi o legittimari accanto ad eredi testamentari.

A differenza della comunione ereditaria, che come visto, ha come oggetto normale e tipico *l'universum ius defuncti*, la comunione ordinaria ha una struttura atomistica⁴; in questo caso, quando i beni in comune provengono da titoli diversi, non si realizza un'unica comunione, ma tante comunioni quanti sono i titoli di provenienza: alla pluralità di titoli corrisponde una pluralità di masse, ciascuna delle quali costituisce un'entità patrimoniale a se stante⁵.

Al fine di addivenire allo scioglimento della situazione di comunione, ordinaria o ereditaria che sia, il legislatore ha previsto l'istituto della divisione, dedicandogli una duplice normativa⁶, legate da un rapporto di

²Lo stato di comunione, infatti, non è un presupposto necessario della divisione operata dal testatore. In questo caso, come si dirà in seguito, l'effetto della divisione dovrebbe scaturire come conseguenza del decesso del *de cuius*, quindi, la situazione di comunione non si verrebbe nemmeno a creare.

³A. TORRONI *Divisione ordinaria e divisione ereditaria: rilevanza della distinzione e casistica* in *Contratto di divisione ed autonomia privata. Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2008, p. 43 dove si scrive “ il coerede non subentra solo nella contitolarità dei beni ereditari ma subentra invece nell'*universum ius defuncti*.”

⁴A. TORRONI *Divisione ordinaria e divisione ereditaria: rilevanza della distinzione e casistica*, cit., l'oggetto della comunione ordinaria è identificato precisamente nel titolo che costituisce la fonte della comunione: ad esempio, atto di acquisto in comune da parte di più comunisti; legato testamentario a favore di più collegatari.

⁵Cass. 21 maggio 1979, n. 2937, in *Riv. not.*, 1979, p.1494; Cass. 8 maggio 1981, n. 3014, in *Vita not.*, 1981, 223.

⁶La divisione trova duplice disciplina nel vigente codice civile: quella generale che si rinviene nel libro III del codice (nel titolo della comunione agli artt. 1111-1116 c.c.), e una normativa speciale che si trova nel libro II del codice civile (titolo IV DELLA

interdipendenza che determina una singolare compenetrazione tra le due discipline, dando vita a quattro gruppi di norme.⁷

Tale normativa ha carattere derogabile, in quanto tutela interessi privati dei conviventi i quali possono rinunziarvi, implicitamente o esplicitamente, in sede di divisione giudiziale o stragiudiziale.

La disciplina delle successioni *mortis causa* è influenzata, da una lato, dalla sua natura peculiare di *universitas iuris e*, dall'altro, da esigenze di tutela della famiglia come istituto di importanza sociale, che si traducono, ad esempio, negli istituti della collazione dei beni donati e nella riduzione delle disposizione lesive dei diritto riconosciuti ai legittimari.

Inoltre, la disciplina della divisione ereditaria è finalizzata a definire in maniera definitiva i rapporti di debito-credito tra i coeredi e ad evitare che venga procrastinato il regolamento dei conti tra i conviventi⁸.

Queste esigenze, appunto, proprie della divisione ereditaria, la distinguono dalla divisione ordinaria.

La divisione, istituto, come ricordiamo, previsto dal legislatore allo scopo di sciogliere un preesistente stato di comunione, può essere attuato in diverse

DIVISIONE, artt. 713 c.c. e ss.), che riguarda la divisione ereditaria e che si applica anche alla divisione ordinaria nei limiti della compatibilità.

⁷Anzitutto abbiamo un primo gruppo di norme che sono comuni tanto alla divisione ordinaria che alla divisione ereditaria: si pensi al diritto alla divisione (art 713 c.c. e 1111 c.c.) o la sospensione giudiziale della divisione (art. 717 c.c. e 1111 1° comma seconda parte c.c.). Poi abbiamo norme sulla divisione in generale che si applicano anche alla divisione ereditaria, ciò in quanto la disciplina del genere si applica anche alla specie, se non è diversamente stabilito; queste norme riguardano l'intervento nella divisione dei creditori e degli aventi causa (art. 1113 c.c.) l'estinzione delle obbligazioni solidali dei partecipanti (art 1115 c.c.) e il patto di indivisibilità fra i conviventi (art. 1111 comma 2° e 3° c.c.). C'è da dire che non esistono norme sulla divisione in generale non applicabili alla divisione ereditaria, perché il legislatore con la disciplina speciale ha integrato e non derogato alla disciplina generale. Un terzo gruppo di norme riguardano la divisione ereditaria e sono applicabili anche alla divisione in generale, in osservanza di quanto disposto dall'art. 1116 c.c.

L'ultimo gruppo ricomprende quelle norme che riguardano la divisione ereditaria ma che non sono applicabili alla divisione generale: queste norme riguardano delle eccezioni che si giustificano per la loro necessaria afferenza alla comunione ereditaria, ad esempio l'istituto della collazione dell'imputazione dei debiti artt. 724, 725, 737-751 c.c.; il pagamento dei debiti ereditari artt. 752-756 c.c.

⁸Cfr. artt. 719, 724, 725 c.c.

forme, celebre è la distinzione fra divisione contrattuale e divisione giudiziale.

Anche se la divisione giudiziale, a tutta prima farebbe propendere per un necessario contrasto fra i condividenti, ciò non è assolutamente esatto, in quanto ciascun partecipante potrà richiedere la divisione giudiziale, anche solo perché ritiene maggiori le garanzie offerte dal giudice.

Il codice civile, invece, non dà una definizione di contratto di divisione, essendo stato il compito lasciato dal legislatore alla dottrina.

Ordinario mezzo di deroga alla disciplina legale, il contratto di divisione è stato definito da autorevole dottrina⁹ come “il contratto con il quale si perviene allo scioglimento di una comunione attraverso l’assegnazione a ciascuno dei compartecipi di una porzione di valore corrispondente alla quota”, in sostanza si ha quell’effetto che si sostanzia nel passaggio dalla proprietà sulla *pars quota* alla *pars quanta*¹⁰.

I requisiti del contratto di divisione sono quelli previsti dal codice¹¹ per ogni altro contratto: l’accordo, la causa, l’oggetto e la forma.

L’accordo delle parti deve essere soggettivamente universale, a pena della sua validità¹²; la prestazione del consenso può avvenire simultaneamente ovvero mediante adesione successiva di ciascun condividente alla proposta fatta da uno o più condividenti. Finché tutti i condividenti non abbiano il consenso il contratto non è perfezionato, le adesioni possono essere ritirate così come le proposte¹³.

⁹G. MIRABELLI voce *Divisione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1960, vol. VI, p. 33.

¹⁰F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1962, p. 567.

¹¹Cfr. art.1325 c.c.

¹²Conseguenza ulteriormente rafforzata dalla disciplina della divisione giudiziale che impone il litisconsorzio necessario ex art. 784 cod. proc. civ. (nel caso, invece, di cessione di quota da parte di un coerede, la qualità di litisconsorte necessario spetta al cessionario e non al coerede cedente come stabilito da Cass. Sez. 2, n. 12242 del 6/06/2011, in *GADIT*).

¹³G. GAZZARA, voce *Divisione della cosa comune (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 425; C. MIRAGLIA *Divisione ereditaria* cit., p. 124.

Ancora, il contratto può essere a formazione istantanea, quando l'accordo investe tutte le fasi procedurali essenziali poste in essere, o a formazione progressiva, quando si raggiungono progressivi accordi sulle varie operazioni divisorie; questi ultimi non hanno la qualifica di contratti, ma sono fasi di un più complesso contratto a formazione progressiva del quale sono atti essenzialmente preparatori.

Quanto alla causa la dottrina afferma che essa consiste nello scioglimento della comunione attuato a mezzo dell'apporzionamento, cioè a mezzo dell'assegnazione a ciascun partecipe di un valore proporzionale al valore della sua quota¹⁴.

La forma, elemento che il codice stesso richiede quando è prescritta dalla legge a pena di nullità¹⁵, deve essere scritta se riguarda beni immobili o mobili registrati; invece in caso di beni mobili il contratto si perfeziona con il consenso manifestato verbalmente dalle parti. La forma scritta è prodromica alla trascrizione.¹⁶

Da ultimo, in relazione all'oggetto, l'ampia nozione di divisione porta a comprendere anche beni non comuni¹⁷.

Il contratto di divisione è un contratto ad effetti reali contestuali¹⁸.

Il contratto, però, potrebbe non avere effetti immediati nel caso in cui le parti decidessero di sottoporlo ad un evento futuro ed incerto, ossia ad una

¹⁴G. CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, Milano, 2002, t. II, p. 696; L. V. MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 533.

¹⁵Cfr. art. 1325 1° comma n. 4 c.c.

¹⁶La forma deve essere una di quelle previste dall'art. 2657 c.c., ovvero atto pubblico, scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente.

¹⁷G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 696, secondo il quale si ricomprendono i conguagli (ossia le somme di danaro date per compensare il minor valore dei beni ricevuti rispetto al valore della quota a determinati condividenti) e ogni altro bene che venga dato allo scopo di effettuare la dovuta assegnazione di valori corrispondenti alle quote.

¹⁸P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della Divisione*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*. Bologna, 2000, p. 13, poiché dal momento della conclusione del contratto si producono gli effetti reali della divisione ed i condividenti passano dalla situazione di con titolarità alla situazione di proprietà esclusiva; vedi anche C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per l'evizione*, Napoli, 1981, p.158.

condizione¹⁹. Le parti possono dedurre anche una condizione risolutiva²⁰, ma in questo caso è necessario che si accordino per regolare le conseguenze dell'eventuale avverarsi della condizione dedotta, in modo da non alterare la proporzionalità tra quote e porzioni.

Anche se ancora in materia non vi è accordo unanime, molti autori annoverano il contratto di divisione fra i contratti sinallagmatici ed onerosi²¹, anche se convincente sembra l'assunto di coloro che lo definiscono come contratto neutro²².

¹⁹L'ipotesi più frequente di condizione dedotta in questa categoria di contratti è la condizione sospensiva nella divisione con conguagli; anche se è vero che in questo caso il condividente è garantito da ipoteca legale per il pagamento del conguaglio ex art. 2817 comma 2° c.c., qualora i beni da dividere siano esclusivamente beni mobili, e come tali insuscettibili di essere gravati da iscrizione ipotecaria, le parti possono decidere di risolvere tale inconveniente sottoponendo il contratto a divisione.

²⁰A. MORA, *Il contratto di divisione*, Milano 1995, p. 138.

²¹P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 18, G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 692, A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 237-238 e 139. In particolare l'autore citato qualifica il contratto di divisione come un contratto oneroso, poiché ogni condividente porrebbe in essere una prestazione che consisterebbe nella rinuncia al diritto sulla *pars quota* che di conseguenza comporta l'acquisto del diritto di ogni condividente-rinunciante sulla *pars quanta*. Sempre secondo l'autore citato tale contratto non avrebbe anche la natura di contratto sinallagmatico, in quanto il vantaggio consistente nell'acquisto della proprietà esclusiva sui beni attribuiti conseguentemente all'apporzionamento divisorio sarebbe conseguenza esclusiva della propria prestazione.

²²In particolare, C. MIRAGLIA *Divisione ereditaria*, cit., p. 134-135, se oneroso significa che dal contratto derivi un sacrificio di carattere patrimoniale, subito da ciascuna parte al fine di conseguire un vantaggio in un rapporto di equivalenza delle rispettive prestazioni, allora la divisione non può essere definita onerosa, perché il condividente ricevendo beni di valore proporzionale alle sua quota, non fa alcun sacrificio; la divisione, quindi, è preferibilmente definibile come atto neutro, non oneroso ma neanche gratuito, visto che nessuno dei condividenti compie liberalità a favore degli altri; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 294; V. R. CASULLI, voce *Divisione ereditaria (dir. civ.)* nel *Noviss. Digesto it.*, VI, Torino, 1960, p. 54; in senso conforme M. R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, Torino 1986, p. 171; in giurisprudenza Trib. Roma, 22 marzo 1994, in *Gius. Fasc.* 14, p. 147; App. Milano, 3 Febbraio 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 2980, per il quale la natura di atto neutro della divisione implica che, ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria, non è richiesta la prova della *scientia damni* del terzo.

2. Segue: Fondamento e natura giuridica

E' opinione diffusa che la comunione sia causa di frequenti dissidi fra i contitolari del diritto e che l'attenuazione dell'interesse ad una gestione dinamica della cosa comporti il rischio dell'astensione da utili iniziative, con conseguente pregiudizio per la produttività dei beni comuni e per la loro libera circolazione.²³

L'effetto della divisione, cioè quello di attribuire mediante apporzionamento, beni in proprietà esclusiva di valore proporzionale a quello della quota sui beni comuni, dovrebbe evitare tali problemi.

Problematica è la questione relativa alla natura giuridica dell'istituto in esame, in particolare due teorie si contendono il campo. La prima, affermata in passato, sosteneva la natura dichiarativa della divisione, l'altra, più recente, che, invece, ritiene la divisione abbia natura costitutiva.

La questione deve essere posta nei seguenti termini: dalla divisione discende un autentico effetto costitutivo, nel senso che il condividente acquisterebbe sul bene un nuovo diritto; o si ha un mero effetto dichiarativo, cioè mediante la divisione verrebbe solamente inquadrato l'oggetto del diritto del compartecipe, verrebbe quindi specificata la quota, pur restando immutato il diritto del compartecipe?

²³E' opinione altrettanto corrente che la disciplina positiva della comunione e della divisione sia incentrata sulla opzione politica del *favor divisionis*; il legislatore, infatti, mosso dallo sfavore nei confronti dello stato di comunione ha emanato una normativa che è volta ad incentivare le operazioni divisorie, e a prevedere come eccezionale le ipotesi di sospensione della divisione stessa, regolate dagli artt. 713 comma 2° e 3° c.c. (sospensione per volontà del testatore) 715 c.c.(sospensione legale) 717 e 1111 comma 1° seconda parte c.c. (sospensione per provvedimento dell'autorità giudiziaria).

2.1 Teoria della natura dichiarativa²⁴

Nel tentativo di classificare l'effetto tipico della divisione, due questioni sorgono per l'interprete²⁵: l'una rappresentata dall'antica tesi, secondo cui la divisione produrrebbe un effetto meramente “dichiarativo”, l'altra rappresentata dal diritto vigente²⁶, che sembra aver dato base positiva alla predetta tesi.

In sostanza, chi aderisce alla teoria della natura dichiarativa della divisione, ritiene che la stessa non verrebbe “a fare altro che a tradurre in realtà l'astrazione; a rendere effettiva la ripartizione ideale preesistente²⁷”.

Tale assunto è stato ulteriormente rafforzato in sede di normativa, con una disposizione (art.757 c.c.) che sembrava avesse consacrato positivamente gli approdi di questa ricostruzione.

Tuttavia, col tempo questa teoria non è andata esente da critiche, in particolare criticato era l'assunto che il passaggio dalla comunione alla proprietà individuale non creasse un nuovo diritto per il convivente.

Proprio al fine di aggirare tali critiche, alcuni autori hanno cercato, con sforzi interpretativi, di dare nuovo vigore a questa datata teoria.

²⁴G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 693 La teoria dichiarativa ha la sua genesi più che in motivi giuridici, in esigenze pratiche che, si andavano manifestando nel diritto intermedio. In particolare, essendo dovuto un tributo molto sostanzioso al sovrano per ogni trasferimento di diritti feudali, al fine di evitare che in sede di successione ereditaria questo tributo fosse pagato due volte, dottrina e giurisprudenza riuscirono ad elaborare ed imporre l'ingegnosa tesi per cui la divisione avrebbe avuto carattere meramente ricognitivo, con il quale ci si sarebbe limitati a dichiarare il diritto parziario di ciascun coerede già acquisito a seguito della successione.

²⁵P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 49

²⁶L'art 757 c.c. rubricato “Diritto dell'erede sulla propria quota” recita espressamente: “Ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari”.

²⁷F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., p. 568; F. CARNELUTTI, *Meditazioni sul processo divisorio*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 20 e ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 294; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, p.7; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 527.

In questo modo, nell'ambito di coloro che sostengono la natura dichiarativa, vi sono differenti punti di vista.

Innanzitutto, la dottrina ha cominciato col porsi la domanda se il contratto di divisione potesse essere qualificato come contratto di accertamento²⁸: contratti con i quali si rimuove l'incertezza di una situazione giuridica preesistente fissandone il contenuto.

Per i fautori della tesi, la qualificazione del negozio divisorio come negozio di accertamento, consentirebbe, appunto, di soddisfare l'interesse di accertare una situazione giuridica incerta²⁹, quella della comunione.

Questa tesi è, però, incompatibile sia con la divisione con conguagli non provenienti dalla divisione³⁰, dove l'accertamento, già da un lato logico, sarebbe impossibile, ma anche con riguardo alla garanzia per l'evizione³¹, dove se uno dei contitolari subisse l'evizione l'accertamento sarebbe da considerarsi inesatto.

Autorevole dottrina³² ha introdotto la tesi della surrogazione reale.

Questa sostiene che con la divisione la modificazione che si crea consiste nel passaggio dalla proprietà sulla quota alla proprietà esclusiva sui singoli beni che ad ogni dividente vengono attribuiti; il mutamento non toccherebbe il diritto del singolo, che rimarrebbe sempre lo stesso- diritto di proprietà- ma riguarderebbe l'oggetto del diritto stesso. Questo, appunto,

²⁸E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del <<negozio di accertamento>>*, in *Rass. Dir. civ.*, 1986, p. 584; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1926, I, p. 206 ss.; G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 132 ss.

²⁹La situazione di incertezza circa la comunione è diversamente ravvisata a seconda che si faccia riferimento ad una situazione di incertezza soggettiva, cioè incertezza in relazione a chi i beni spettino, ovvero incertezza di natura oggettiva, in relazione ai singoli diritti di proprietà.

³⁰La considerazione è di A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione ed acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, 2^a ed., Milano, 1961, p. 371, nota 11.

³¹C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per l'evizione*, cit., p. 104.

³²A. CICU, *Le successioni a causa di morte*, Milano, 1958, p. 394 ss, alla quale hanno aderito V.R. CASULLI, voce <<Divisione ereditaria (diritto civile)>>, in *Noviss. Dig. It.*, vol VI, Torino, 1960, p. 53 e G. GAZZARA, voce *Divisione della cosa comune (Diritto privato)*, cit., p. 423.

perché la divisione determinerebbe una surrogazione reale. Da ciò deriva che la divisione non può essere definita come atto traslativo ma come atto dichiarativo, essendo sempre stato il contitolare proprietario dei beni che gli vengono assegnati³³.

Anche la ricostruzione della surrogazione reale non è rimasta indenne da critiche, in particolare viene contestato il presupposto su cui fonda, cioè il diritto di proprietà sulla quota³⁴.

Da ultimo, merita menzione la tesi di chi vede nella divisione un mezzo per eliminare la situazione di incertezza che *naturaliter* si accompagna alla divisione, appunto, definita teoria della proprietà incerta³⁵.

2.2 Teoria della natura costitutiva

Di recente ha preso campo una diversa interpretazione della norma legislativa³⁶ che sembrava dare fondamento alla teoria della natura

³³L'assunto si basa sull'art. 2865 c.c. che tratta il caso di ipoteca su beni oggetto della comunione. Nella fattispecie, se un contitolare ipoteca un bene della comunione, e in sede di divisione riceve un bene diverso da quello ipotecato, l'ipoteca passa sui beni che gli vengono attribuiti, sempre che si tratti di beni immobili o di beni mobili registrati.

³⁴P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 54 La quota, infatti rappresenta solo un aspetto ideale, uno strumento di misurazione di diritti che appartengono in comune a più soggetti; risolvere la divisione nel passaggio dalla quota altro non significherebbe dire che nella divisione vi sia il passaggio del diritto del compartecipe, senza definirne in alcun modo il contenuto.

³⁵A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 97 Partendo dal presupposto che la comunione rappresenterebbe una situazione di proprietà incerta, dove il diritto di proprietà non spetterebbe al singolo ma alla "collettività dei comunisti", con la divisione si determinerebbero le singole porzioni, non ancora individuate in pendenza di comunione, e si eliminerebbe così l'incertezza congenita della comunione. Tale ragionamento trova sostegno normativo negli artt. 2825 comma 1° e 2646 c.c., che disciplinano la trascrizione della divisione con effetti che divergono rispetto a quella regolata dall'art. 2644 c.c. tipica degli atti traslativi, e si sostiene non essendo la divisione trattata in questo caso alla stregua degli atti traslativi, ciò consentirebbe di escluderla dal novero di tali atti.

Tuttavia bisogna discostarsi da questa interpretazione che è viziata già nel presupposto, ossia nell'affermare essere la comunione una situazione di proprietà incerta; con la comunione, infatti, si realizza la contitolarità dei diritti in capo ai partecipanti, relativamente a tutto il bene nella sua interezza, e la misura della partecipazione del singolo è data dalla sua quota, intesa non come bene, né come diritto, ma come misura del diritto sull'intero bene.

dichiarativa, ma all'opposto fine di sostenere la tesi avversa, ovvero, la tesi della natura costitutiva³⁷ dell'istituto divisorio.

Infatti, non può sostenersi la preesistenza della situazione giuridica determinata dalla divisione, cioè quella che corrisponde alla situazione di proprietà individuale dei beni in capo ai singoli condividenti: la situazione di comunione è comunque esistita per un certo lasso di tempo.

Di certo non si può negare che la legge faccia retroagire l'efficacia della divisione al momento iniziale della comunione, al fine di garantire l'immediata successione dei condividenti nella posizione del *de cuis*, ma ciò altro non è se non retroattività, fenomeno compatibile con l'efficacia propria di un negozio costitutivo e non solo di accertamento.

Inoltre, alla tesi del negozio di mero accertamento, o comunque dichiarativo, deve essere mossa necessariamente la critica, che lo scioglimento della comunione non elimina solo lo stato di incertezza circa l'appartenenza dei singoli beni, ma modifica in maniera sostanziale la situazione precedente, nel senso di instaurare tante proprietà individuali in luogo di una comproprietà.

³⁶Art. 757 c.c. alla luce della diversa interpretazione, per i fautori della natura costitutiva, non può essere trascurato il tenore letterale della norma. Questi, infatti, reputano lo stesso perfettamente compatibile con la tesi costitutiva della divisione. La legge non dice infatti che il condividente "è" o "diviene" immediato od esclusivo proprietario dei beni a lui successivamente assegnati nella divisione sin dal momento dell'apertura della successione; dice invece che il condividente "è reputato", "si considera" unico proprietario fin da quel momento. Ciò conforta la tesi di chi vede in questa norma una mera finzione legale, che non può, perciò, costituire valido fondamento per una visione dichiarativa dell'istituto di divisione.

³⁷F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 32; P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 58, G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 694.

3. Divisione contrattuale e divisione giudiziale a confronto

Sebbene sia possibile addivenire all'effetto divisorio attraverso una moltitudine di procedimenti, la divisione va sempre considerata, concettualmente, in prospettiva unitaria.

E, benché la distinzione fra divisione contrattuale e divisione giudiziale rimanga fondamentale, l'unitarietà del fenomeno non può essere messa in discussione indipendentemente da quale sia il procedimento che la pone in essere, accordo tra gli aventi diritto o ricorso al giudice.

Ciò, a maggior ragione considerando il forte rilievo che nella dottrina italiana assume la tesi della identità di disciplina sostanziale, per il caso delle due tipologie di divisione poc'anzi citate³⁸.

Per quanto riguarda la divisione contrattuale, della quale già si è diffusamente parlato³⁹, essa trova fondamento sull'accordo di tutti gli aventi diritto e si formalizza nel contratto di divisione.

Nel caso, invece, di ricorso al giudice, essa può essere provocata dalla domanda del singolo partecipante⁴⁰, indipendentemente dal consenso degli altri.

Essa, non necessariamente implica un contrasto tra i partecipanti, essendo necessario solamente che uno di essi eserciti il diritto di chiedere la divisione, dando inizio al relativo giudizio che prosegue anche nel caso in cui non dovessero sorgere contestazioni; la scelta dell'*iter* giudiziale può essere giustificata anche solo dal convincimento della sua opportunità nel

³⁸Gli artt. 718 ss. c.c. trovano applicazione in sede di divisione giudiziale, ma fissano anche i criteri divisionali cui ci si deve attenere in sede di divisione amichevole, sempre salvo il diritto di ciascun partecipante di instaurare una contestazione giudiziaria al fine di ottenere l'applicazione, così P. FEDELE, *La comunione*, nel *Trattato Grosso e Santoro-Passarelli*, p. 369; E. MOSCATI, *Comunione ereditaria e legittimario pretermesso*, in *Giur. mer.*, 1970, I, 4.

³⁹Vedi *supra* n.1.

⁴⁰Tale domanda produce l'effetto di accettazione tacita dell'eredità; Cass. 23 febbraio 1985, n.1628, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, fasc.2; Trib. Roma 20 aprile 2000, in *Giur. merito*, 2000, 733.

caso concreto, e può essere anche promossa di comune accordo da tutti i dividendi.

La disciplina sostanziale della divisione giudiziale non differisce rispetto a quella amichevole, quindi anche per essa troveranno applicazione le norme che regolano le fasi divisorie.

Interessante è il dibattito che si è instaurato sulla natura del giudizio di divisione⁴¹, essendosi la dottrina processualistica a lungo interrogata a proposito, giungendo ad una prima fase a soluzioni contrastanti, l'una riconoscendo al giudizio divisorio natura contenziosa, ordinaria, sommaria o esecutiva⁴², l'altra attribuendo natura di procedimento di volontaria giurisdizione avente natura negoziale⁴³.

La soluzione del problema, però, in chiave di essenziale alternativa fra queste due posizioni, ha comportato numerose critiche per entrambe le teorie.

Alla prima, quella della giurisdizione contenziosa, si obietta in particolare che allora così argomentando essa implica necessariamente l'assimilazione alla sentenza dell'ordinanza pronunciata dal giudice istruttore, in mancanza

⁴¹Il problema della natura del contratto di divisione è già stato trattato nel paragrafo n. 2 al quale si rimanda per approfondimenti.

⁴²Per la natura contenziosa e sommaria del giudizio divisorio E. ALLORIO, *Giudizio divisorio e sentenza con pluralità di parziale con pluralità di parti*, in *Giur. It.*, 1946, I, 79 ss. Sul fatto che il procedimento divisorio sia modellato sulle esigenze del giudizio contenzioso vedi C. RIPEPI, voce *Procedimento divisorio*, in *Digesto delle discipline priv.*, Torino, 1996, p. 643. Per la natura esecutiva del giudizio, v. I. ANDOLINA, *Note sull'oggetto del giudizio divisorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, II, p. 588 ss.; Cass. 4 aprile 1987, n. 3262, in *Foro It.*; Recentemente è stata proposta una soluzione contenziosa originale, fondata sul mancato accordo dei compartecipi C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1995, p. 280.

⁴³F. CARNELUTTI, *Meditazioni sul processo divisorio*, cit., p. 22 ss. in una successiva opera (*Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, III, Roma, 1951, p. 192 ss.) l'autore assimila la divisione ad ogni altro processo volontario di stato, in quanto ogni disaccordo che insorge tra i compartecipi sul fondamento o sulle modalità della divisione non è da considerare come una lite, ma come un mero dissenso sul modo di raggiungere il comune interesse. Sulla natura non contenziosa della divisione giudiziale S. SATTA, *Sulla natura giuridica del processo di divisione*, in *Foro It.*, 1947, I, p. 356 ss. Per la natura volontaria E. FAZZALARI, voce *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 368 ss.

di contestazioni⁴⁴; che non vi è il presupposto di una norma di condotta che si prenda violata⁴⁵.

Alla teoria che cataloga il processo di divisione fra quelli di volontaria giurisdizione, si fa notare che essa conduce ad un inevitabile parallelismo con i processi di stato⁴⁶ ed ad un eccessivo restringimento della giurisdizione contenziosa anche nel caso in cui alla divisione si pervenga nel disaccordo dei partecipanti⁴⁷.

Viste le difficoltà che si sono incontrate, si è andato affermando un orientamento, apprezzato tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, che desistendo dall'ambizione di dare una qualificazione unitaria a questo procedimento, lo qualifica con una duplice chiave di lettura, come processo contenzioso di cognizione, ovvero come procedimento di volontaria giurisdizione, a seconda che la divisione sia decisa, nel caso di disaccordo delle parti, con un provvedimento autoritativo del giudice, o, per contro, mediante un provvedimento di omologazione della concorde volontà dei comunisti, formatasi con la partecipazione cooperativa di un giudice⁴⁸.

La domanda di divisione si propone con atto di citazione al Tribunale del luogo di apertura della successione, e deve essere notificata a tutti i coeredi e agli eventuali creditori oppositori.

Dà una diversa soluzione chi ritiene che la divisione giudiziale abbiano natura di processo di volontaria giurisdizione, in questo caso si ritiene che

⁴⁴Cfr. art. 789 c. p. c.; E. ALLORIO, *Giudizio divisorio e sentenza con pluralità di parziale con pluralità di parti*, cit., p. 79 ss.

⁴⁵E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1979, p. 271; G. TOMEI, voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. dir. Treccani*, XI, 1989, p. 2.

⁴⁶F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, cit., p. 192 ss.

⁴⁷Per tale critica E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, p. 201 ss.

⁴⁸U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, VI, UTET, Torino, 1967, p. 360; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1954, III, p. 416, secondo il quale la natura contenziosa del giudizio investirebbe *l'an dividendum*, mentre quella volontaria le difficoltà circa il *quomodo*. Aderiscono alla soluzione mista anche R. VACCARELLA e G. VERDE, *Cod. proc. civ. commentato, sub. artt. 784 ss.*, Torino, 1997, p. 681; La concezione bivalente della divisione giudiziale è stata recepita e sviluppata dalla dottrina civilistica, seppure con sfumature diverse: P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 3; G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p.692; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, p. 467.

la domanda si proponga con ricorso al giudice che deve porre in essere le operazioni divisionali, con la possibilità di far gravare sul cancelliere l'onere di comunicare alle parti la data d'inizio delle operazioni stesse⁴⁹.

Per quanto riguarda l'oggetto del giudizio di divisione, questo è rappresentato bensì dall'accertamento del diritto di ciascun coerede ad una quota ideale dell'asse, ed anche dalla sua trasformazione in diritto di proprietà esclusiva su di una corrispondente porzione⁵⁰.

Il principio del doppio grado di giurisdizione vige anche per quanto riguarda il giudizio di appello divisionale, sicché l'originaria domanda giudiziale di divisione che non comprendeva un determinato bene non può essere integrata in appello dovendosi dichiarare inammissibile⁵¹.

In sostanza, va qualificata come una nuova domanda e quindi come *mutatio libelli*, piuttosto che *emendatio libelli*; come *emendatio* è da qualificarsi anche, e quindi dichiarare inammissibile, la richiesta di estendere lo scioglimento anche a beni per i quali, in primo grado, era stato chiesto ed ottenuto che rimanessero in stato di comunione, giacché essa non sarebbe una diversa modalità di realizzazione della divisione, ma introduce una nuova richiesta⁵².

Per quanto riguarda la conclusione del processo divisionale, questo non può ritenersi compiuto fino all'approvazione del verbale di assegnazione delle quote ereditarie attribuite a ciascun coerede⁵³, non potendo ritenere sufficiente in tal senso la sola approvazione del progetto divisionale⁵⁴.

⁴⁹G. TOMEI, voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. dir. Treccani*, cit., p. 4.

⁵⁰Cass. 10 Novembre 1998, n.11293 in *Mass. Giust. civ.* 1998, 2309.

⁵¹Cass 29 novembre 1994, n. 10220, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, fasc.11; Cass. 31 maggio. 1988, n. 3706, *ivi*, 1988, fasc. 5.

⁵²Cass. 28 aprile 2011, n. 9472, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 4, 671.

⁵³Cfr. art. 195 disp. att. c.p.c.

⁵⁴Cass 17 gennaio 2007, n.1049, in *D&G*, 2007.

4. Impugnazione della divisione contrattuale: il rimedio della rescissione per lesione

Per la divisione attuata mediante contratto, il legislatore, ha previsto, accanto alle impugnazioni inerenti all'invalidità di ogni negozio giuridico, due particolari azioni: annullamento per violenza e dolo⁵⁵; rescissione per lesione.

L'annullamento della divisione per violenza e dolo⁵⁶, vedrebbe il suo ambito di applicazione non limitato alla divisione negoziale, ma suscettibile di applicazione anche alla divisione giudiziale, in particolare quando questa è definita con decreto di assegnazione nel caso di accettazione unanime del progetto divisorio predisposto dal giudice o dal notaio.⁵⁷

Venendo a parlare della rescissione per lesione, la sua particolarità, che la distingue dall'azione di rescissione generale⁵⁸ prevista dal legislatore per i contratti, deriva dal fatto che in essa è riconosciuto, e trova tutela, uno degli

⁵⁵L'art. 761 c.c. dispone che la divisione contrattuale può essere annullata quando è l'effetto di violenza o dolo. L'azione si prescrive in cinque anni dal giorno in cui è cessata la violenza o il dolo è stato scoperto.

⁵⁶E' implicitamente escluso l'annullamento per errore; tale soluzione è stata giustificata dal fatto che il legislatore in compenso abbia inserito il rimedio della divisione supplementare nel caso di errore sulla quantità dei beni da dividere (art. 762 c.c.) e la rescissione per lesione nel caso di errore sulla valutazione dei beni (art. 763 c.c.). Tuttavia, alcuni autori tra cui G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 707, evidenziano che l'errore acquisti rilevanza non come vizio della volontà, ma come vizio della causa, cioè quando esso riguardi i presupposti indispensabili della divisione, quali la partecipazione di tutti i coeredi, la determinazione della quota spettante a ciascuno di essi o l'esistenza di un valido titolo divisionale (testamento ignorato al tempo della divisione). L'errore sui presupposti, però, come si osserva in dottrina, non sarebbe causa di annullabilità, ma addirittura di nullità, per mancanza totale o parziale di causa.

⁵⁷G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 707.

⁵⁸A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 375, dove l'Autore sottolinea le differenze. Una prima differenza già consiste nella misura della lesione, che per la divisione è di un quarto, mentre per l'azione generale è della metà, inoltre nella rescissione della divisione per lesione *ultra quartum* non sono richiesti i requisiti dello stato di bisogno e dell'approffittamento, che invece sono presupposti necessari per la rescissione generale; differente, ancora, è il termine di prescrizione che, nella divisione è di due anni, mentre di un solo anno nel caso di rescissione in generale. P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 731, ritengono che il maggior termine possa spiegarsi con il minore dinamismo del fenomeno divisorio.

aspetti fondamentali che caratterizzano la divisione: la proporzionalità tra il valore delle porzioni assegnate ai condividenti e il valore delle quote⁵⁹.

La rescissione per lesione della divisione è ammessa quando la lesione dei diritti di uno dei condividenti è pari al quarto del valore della sua quota.

Anche se si ritiene non rilevino nella rescissione per lesione elementi di carattere soggettivo, si ritiene che vi possa essere un'incidenza di fattori affettivi nella formazione delle porzioni, quali, ad esempio, l'aspirazione del condividente di vedere assegnato alla propria porzione un determinato bene. Il condividente, potrebbe, per tali ragioni, assoggettarsi all'assegnazione di una porzione inferiore a quella di sua spettanza, con lesione superiore ad un quarto. Però, l'aspetto soggettivo è tutelato solo nella possibilità di incidere, sotto il profilo qualitativo, nella formazione delle porzioni. Il limite della possibilità di disporre, nell'ambito quantitativo della formazione delle porzioni è rappresentato dal limite di tolleranza del quarto, all'interno del quale non è concessa l'azione di rescissione per lesione⁶⁰.

⁵⁹Proprio in ciò, A. Mora, fonda la distinzione più rilevante fra le due azioni, e cioè sul piano funzionale. Mentre la rescissione per lesione è fondata sul presupposto oggettivo dell'attribuzione proporzionale alle quote, e conseguentemente la lesione andrebbe ad incidere sulla causa del contratto di divisione, che oltre allo scioglimento della comunione ha come ulteriore elemento qualificativo l'apporzionamento proporzionale al valore della quota, nell'azione generale, che afferisce ai contratti di scambio, ciò che rileva, non è solo l'entità della lesione ma anche che essa sia conseguenza di uno stato di bisogno di una parte di cui l'altra parte ne aveva conoscenza e si sia approfittata; lo squilibrio fra le prestazioni delle parti diviene rilevante dal momento in cui non sia stato liberamente voluto dalle stesse.

⁶⁰Suscita interesse analizzare come la dimensione della lesione protetta sia variata nel tempo. Man mano che la rescissione per lesione nella divisione assume carattere di autonomia e si discosta sempre di più rispetto a quella di carattere generale, il limite di tolleranza della sproporzione decresce. In sostanza, finché la divisione era considerata come un *emptio-venditio* la misura della lesione era la stessa della vendita, ossia la metà. L'autonomia della divisione porterà nel XVII secolo il presidente del Senato di Savoia, all'esplicita distinzione fra vendita e divisione anche sotto il profilo della misura della lesione, che non sarà più della metà bensì di un terzo. Ma si deve a Pothier, il merito di aver definitivamente fissato la distinzione fra la vendita e la divisione ed il principio di eguaglianza nella divisione. Questi sancirà, definitivamente, a misura della lesione oltre il quarto.

Il margine di tolleranza, entro il quale non v'è difetto funzionale, risponde alla finalità di assicurare la conservazione degli atti compiuti e la tutela dei terzi⁶¹. La previsione del predetto margine di tolleranza afferisce alla peculiare funzione di attribuzione della divisione, e vi rientrano tutte le ipotesi di errore che influiscono sul risultato economico dell'apporzionamento, come ad esempio effettivi errori sulla stima dei beni o sulle operazioni divisorie; nel limite del quarto privi di rilievo rimangono i fattori soggettivi di debolezza del contraente ed interessi affettivi per particolari beni⁶².

L'azione di rescissione per lesione oltre il quarto, secondo un orientamento⁶³, in quanto mira ad evitare che si turbi oltre certi limiti l'equilibrio economico delle prestazioni e l'eguaglianza delle quote, riguarda l'interesse pubblico e, pertanto, non potrebbe essere oggetto di rinuncia preventiva da parte dei dividendi.

Secondo, invece, un altro orientamento⁶⁴ il dividendo leso potrebbe rinunciare all'azione in esame, in quanto il breve termine di prescrizione per esercitarla, la previsione della sanzione dell'inefficacia piuttosto di quella della nullità che solitamente accompagna l'atto di autonomia privata che si pone in contrasto con interessi pubblici, unitamente al silenzio normativo in ordine all'ammissibilità della convalida del contratto di divisione rescindibile, denotano in modo in equivoco che il rimedio in

⁶¹G. GAZZARA, voce *Divisione*, cit., p. 426; A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 375; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, nel *Trattato di dir. civ. it.* Diretto da F. VASSALLI, Torino, 1980, p. 233.

⁶²C. MIRAGLIA *La divisione contrattuale*, cit., p. 80-81.

⁶³E. MINERVINI, *La divisione contrattuale ed atti equiparati*, 1990, p. 45; V. R. CASULLI, voce <<*Divisione ereditaria (diritto civile)*>>, cit., p. 55;

⁶⁴P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 740; A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 384, questo autore ritiene che <<qualora i dividendi decidano di rinunciare ad un'eventuale azione di rescissione per lesione, e, qualora la lesione sussista, pongono in essere un contratto che, prescindendo dalla causa divisoria, attribuisce porzioni secondo un criterio che deroga alla previsione di tipo legale del contratto di divisione>>.

esame sia posto a salvaguardia di interessi privatistici, che come tali non sono sottratti all'autonomia del titolare che ne può validamente disporre.

La domanda di rescissione deve essere promossa nei confronti di tutti i conviventi od i loro aventi causa a titolo universale.

Presupposto dell'azione di rescissione è la valutazione in concreto se sussista la lesione. A tal fine, bisogna procedere ad una valutazione comparativa fra il valore della porzione attribuita al convivente che si ritiene leso e quello della porzione che gli sarebbe spettata se con la divisione si fosse tenuto conto del criterio di proporzionalità fra porzioni e quote⁶⁵.

La sentenza di rescissione della divisione produce effetti che portano all'annullamento della divisione con effetto retroattivo, facendo ritornare in vita il preesistente stato di comunione⁶⁶.

Affinché il giudice possa pronunciare la rescissione per lesione è necessario che la lesione perduri fino al tempo in cui la domanda è proposta.

La rescissione non pregiudica i diritti dei terzi acquistati sui beni ereditari con atto trascritto prima la domanda di rescissione.

Al convivente convenuto in un giudizio di rescissione per lesione, il legislatore riconoscere un rimedio al fine di porre fine al procedimento di rescissione: questi può corrispondere un supplemento all'attore e ad i conviventi intervenuti⁶⁷.

La scelta tra il supplemento e la rescissione, compete al solo convenuto e non all'attore, il quale non può chiedere in via preventiva il supplemento ma solo la rescissione del contratto; il supplemento non potrà, inoltre, essere disposto d'ufficio dal giudice.

⁶⁵Proprio per questo motivo l'art. 766 c.c. dispone che per verificare se sussiste la prospettata lesione, si deve procedere ad una stima dei beni secondo il loro valore e stato al momento della divisione.

⁶⁶A. MORA, *il contratto di divisione*, cit., p. 386; V. R. CASULLI, voce <<Divisione ereditaria (diritto civile)>>, cit., p. 55.

⁶⁷In questo caso la facoltà è concessa dall'art. 767 c.c.

Se proposta in pendenza di giudizio, l'offerta di supplemento non paralizza l'azione di rescissione in quanto il giudice, dovrà valutare, se vi sia stata la lesione e la portata della sua entità, e solo successivamente potrà vagliare la congruità del supplemento⁶⁸.

La rescissione, oltre che contro la divisione può essere esperita anche contro ogni atto che abbia l'effetto di far cessare la comunione⁶⁹.

Non è prevista la rescissione, nel caso di vendita del diritto ereditario fatta senza frode ad uno dei coeredi, a suo rischio e pericolo⁷⁰, da parte degli altri coeredi o di uno di essi. Ovviamente, anche questa vendita rientra tra gli atti diversi, perché ha lo scopo di far cessare la comunione, ma viene qualificato come contratto aleatorio, perché essa ha per oggetto non beni determinati, ma una quota di eredità, è, quindi, possibile solo in maniera approssimativa calcolarne il valore. Manca, al momento del negozio, il rapporto di proporzionalità tra quanto ciascuno dei contitolari ha ricevuto, e quanto avrebbe dovuto prendere, manca il presupposto stesso della rescissione. L'azione, invece, è ammessa, solo se la vendita è fatta con frode; questo elemento altera l'equilibrio del negozio e contraddice il suo carattere aleatorio, ammettendo il rimedio rescissorio.

L'azione non può trovare applicazione quando la divisione è fatta dal testatore senza predeterminazione di quote⁷¹, cioè quella in cui la misura

⁶⁸Interessante sembra la questione relativa alla qualità dei beni che formano il supplemento. Alla convinzione che questi debbano essere solamente beni di provenienza ereditaria, avendo l'offerta di beni non ereditari carattere transattivo, A. MORA, *contratto di divisione*, cit., p. 388 ribatte ritenendo che tale interpretazione sia eccessivamente restrittiva e non rispondente alle finalità del supplemento che consiste nel porre rimedio ad una o più attribuzioni lesive. Secondo l'Autore, sarebbe indifferente se la lesione sia colmata con beni facenti parte della comunione o con beni di proprietà del singolo dividente; infatti, se il supplemento soddisfa il *favor divisionis*, sarebbe solo d'ostacolo, rispetto a tale principio, ritenere che il dividente non possa offrire il supplemento qualora non abbia più la disponibilità di beni a lui assegnati in divisione.

⁶⁹Cfr. art 764 1° comma c.c.

⁷⁰Cfr. art. 765 c.c.

⁷¹P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 735; G. AMADIO, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 261ss.; Cass., 11 marzo 008, n. 6449, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 3, 396.

della quota viene individuata a successivamente, dalla valutazione comparativa delle singole porzioni formate dal testatore.

In questa ipotesi, infatti, se il testatore ha formato porzioni di disegual valore, questo significa soltanto che egli si è avvalso della sua discrezionalità testamentaria, ha inteso distribuire il proprio patrimonio secondo quote diseguali; non potrà quindi parlarsi di lesione e di, conseguente, rimedio rescissorio. Se il testatore avesse commesso un errore circa il valore di alcuno dei beni assegnati, tale errore non sarebbe rimediabile fino a quando non sia accertato che il testatore stesso abbia inteso ripartire i beni ereditari secondo determinate quote prestabilite, diverse dalle porzioni da lui realmente formate.

Il rimedio rescissorio può essere applicato solo nel caso in cui il contrasto esista nella stessa volontà del testatore, contrasto che insorge tra determinazione della quota e formazione delle porzioni.

Il rimedio, in questo caso, non corregge la volontà del legislatore, ma risolve solamente il contrasto tra volontà stessa alla quale viene adeguata la distribuzione finale.

Ancora, l'azione di rescissione non è ammessa contro la transazione⁷² con la quale si è posto fine alle questioni insorte a causa della divisione o dell'atto fatto in luogo della medesima, ancorché non fosse al riguardo incominciata alcuna lite.

Si tratta della transazione divisoria, contratto che ordinariamente avviene dopo che la divisione nella quale era sorta la lite sia stata perfezionata, anche se non è escluso che possa aversi nel corso della divisione; da non confondere con la divisione transattiva, vero e proprio negozio divisorio con il quale le parti, non compongono una lite, ma superano amichevolmente i problemi inerenti le operazioni di divisione e contro la quale la dottrina⁷³ ammette l'esperimento dell'azione in esame⁷⁴.

⁷²Cfr. art. 764 comma 2° c.c.

⁷³A. CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1946, p. 497 ss.

Da ultimo, giova ricordare, che la rescissione non è ammessa nel caso di divisione giudiziale, qualora il provvedimento con cui si conclude il giudizio sia di giurisdizione contenziosa, restando in questo caso la sentenza assoggettata agli ordinari gravami prima del suo passaggio in giudicato⁷⁵.

⁷⁴Sul punto si tornerà successivamente, vedi (*infra* Cap. 3 par. 5).

⁷⁵G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 709.

5. L'intervento del testatore nella divisione ereditaria

L'istituto della divisione fatta dal testatore non è una novità del codice del 1942, anzi, esso ha un'origine al quanto risalente coincidendo con la *divisio parentis inter liberos* del diritto romano. In sostanza, si trattava della divisione della massa ereditaria, attuata in età classica dal padre, e a partire dall'epoca dell'imperatore Costantino anche dalla madre, tra figli, eredi legittimi o testamentari, *pro quota*; disposta *mortis causa* o *inter vivos* ed eseguita dall'*albiter* del giudizio divisorio o dagli stessi coeredi, mediante atti privati⁷⁶.

Disciplinato anche dal *Code Napoléon*, che aveva accolto entrambe le modalità di attuazione, è stato introdotto nel codice civile italiano del 1865 e poi profondamente modificato dal codice in vigore⁷⁷.

Passando all'analisi dell'istituto, come questo è attualmente regolato⁷⁸, esso consente una duplice modalità di attuazione: i) l'ipotesi base è quella nella quale vi è una predeterminazione delle quote astratte seguita da attribuzioni di porzioni concrete corrispondenti (divisione fra coeredi *ex partibus scriptos*), ii) la seconda modalità attuativa consiste nel ripartire concretamente i beni attraverso attribuzioni specifiche, rappresentative di altrettante quote del patrimonio ereditario (divisione fra coeredi *sine partibus scriptos*).

⁷⁶G. AMADIO, *La divisione del testatore*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Milano, 2010, p. 205; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1967, p. 476 ss.

⁷⁷Disciplinato dagli artt. 1044 ss. del vecchio codice, attuabile sia dal padre che dalla madre e dagli altri ascendenti in favore dei figli e degli altri discendenti, come già nel diritto romano era previsto, poteva essere disposto *mortis causa* o *inter vivos*, la figura anomala di questo istituto dava luogo a difficoltà di sistemazione dogmatica, fu radicalmente modificato con l'entrata in vigore del codice del 1942. Due le innovazioni più importanti che l'attuale codice civile ha introdotto nel 1942: l'abrogazione della divisione d'ascendente per atto *inter vivos*; la concessione della possibilità a qualsiasi testatore della facoltà di procedere alla divisione fra i vocati, anche se estranei.

⁷⁸Cfr. art. 734 c.c.

In quest'ultima ipotesi è ovviamente possibile, a posteriori, quantificare la quota astratta considerando l'entità dei lasciti stessi.

Da quanto sopra detto, emerge un chiaro collegamento tra l'istituto in esame e la norma contenuta nell'art. 588 comma 2° c.c. che disciplina l'*institutio ex re certa*⁷⁹. Questa norma, è di particolare importanza in quanto fa salva la qualifica di erede, e quindi di successore a titolo universale, anche nel caso di designazione testamentaria desunta da una semplice attribuzione specifica di beni, quando è possibile interpretare che il *de cuius* abbia inteso attribuire questi beni come quota di patrimonio, e non solo nel caso di istituzione universale di erede dopo aver predeterminato le quote in maniera astratta; da ciò, è agevole, quindi, dedurre, che la qualità di erede può risultare anche se la disposizione testamentaria attribuisce una porzione concreta di beni, senza fare menzione alcuna di quote astratte⁸⁰.

A conclusione di questa analisi di collegamento normativo, non si può che dimostrare che la fattispecie regolata dall'art. 588 comma 2° c.c. e quella dell'art. 734 c.c. possano coincidere, dato che l'*institutio ex re certa* può essere una modalità di attuazione della divisione del testatore, il quale effettuando una divisione *sine partibus scriptos* pone in essere un collegamento funzionale fra le varie istituzioni di erede le quali realizzano il risultato distributivo perseguito dal testatore⁸¹; ad ogni modo, anche se questa perfetta coincidenza possa verificarsi, non è possibile escludere che gli ambiti delle fattispecie siano solo parzialmente coincidenti, sia in quanto il testatore potrebbe propendere per una divisione *ex partibus scriptos*, sia

⁷⁹«L'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio».

⁸⁰P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 304.

⁸¹G. AMADIO, *La divisione del testatore*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., p. 267-268.

perché è possibile che il testatore, con un'unica institutio *ex re certa*, non attui tecnicamente una divisione⁸².

Infine, è doveroso sostenere, che non ogni divisione fatta dal testatore senza indicazione delle quote astratte costituisca comunque un insieme di *institutiones ex rebus certis*, collegate con scopo distributivo, sarà possibile, anche, una divisione testamentaria senza predeterminazione di quote astratte che non realizzi una istituzione *ex re certa* degli eredi apporzionati⁸³.

Per una completezza di analisi dell'istituto, prima di passare a discutere dei poteri del testatore in sede di divisione e degli ovvi limiti che questi incontra nella predisposizione delle porzioni da attribuire agli eredi, limiti che devono essere rispettati al fine di non incorrere nelle impugnazioni all'uopo previste dal legislatore, è necessario introdurre un'anticipazione sulla caratteristica principale di questo istituto, cioè che essa non scioglie un precedente stato di comunione che non esiste⁸⁴.

Come abbiamo detto più sopra, la divisione è l'istituto predisposto dal legislatore che consente di sciogliere uno stato di comunione, ma nella divisione fatta dal testatore “ il termine divisione non viene assunto nel significato ordinario di scioglimento della comunione”⁸⁵. A seguito dell'accettazione dell'eredità, i singoli beni come divisi dal testatore

⁸²G. AMADIO, *La divisione del testatore*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., p. 268.

⁸³G. AMADIO, *La divisione del testatore*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., p. 268.

⁸⁴G. AMADIO, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, cit., p. 265; G. AZZARITI, *Nullità, per preterizione di legittimario, della divisione fatta dal testatore*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, p. 828; DEL PASQUA, *La divisio inter liberos secondo il nuovo codice civile*, in *Nuovo diritto*, 1950, p. 423; FRANCO, *Osservazioni in tema di institutio ex re certa e divisione testamentaria*, in *Vita not.*, 1997, III, LXXXVII; Cass., 26 Maggio 1951, n. 1308, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, p. 502; Cass. 18 Maggio 1957, in *Mass. Foro It.*, 1957, n. 1794; Cass. 21 marzo 1960, n. 578, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1178; Trib. Roma, 18 dicembre 1996, in *Nuovo dir.*, 1997, 733, con nota di V. SANTARSIERE.

⁸⁵G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 750.

diventano immediatamente di proprietà dei singoli eredi, senza che una situazione di comunione ereditaria si possa configurare⁸⁶.

Passando alla trattazione dei poteri del testatore, principio cardine è quello per cui ciò che è consentito fare al giudice, al notaio e ai condividenti di comune accordo non può non essere riconosciuto anche al testatore, il quale nella formazione delle porzioni, quindi, gode di ampia libertà⁸⁷.

Nel procedere alla divisione potrà fare anche ricorso ai conguagli⁸⁸, con duplice funzione: da una lato potrà servirsi dei conguagli al fine di perequare eventuali ineguaglianze in natura, presenti fra le porzioni fin dal momento della formazione del piano di riparto, dall'altro potrà servirsene allo scopo di correggere eventuali squilibri verificatisi in seguito alla fluttuazione dei prezzi di mercato <<o ad altri non prevedibili eventi⁸⁹>> .

La libertà divisoria del testatore, come prima si accennava, non è ovviamente illimitata, essendo temperata da due limiti relativi al valore delle quote assegnate.

Il primo di essi, analogamente a quanto previsto per la divisione ordinaria, consiste nella proporzione che deve sussistere fra il valore della quota e quello dei beni assegnati: come anche più sopra descritto, un'eventuale discrepanza di valore maggiore al quarto consentirebbe di impugnare la divisione per rescissione⁹⁰.

Il secondo limite, invece, riguarda l'obbligo di non tralasciare nella divisione i legittimari, ai quali, proprio per evitare che questi agiscano con l'azione di loro spettanza ossia l'azione di riduzione, deve essere

⁸⁶Sul punto si tornerà successivamente (*infra* 6).

⁸⁷In particolare, il testatore può anche formare porzioni senza tenere conto del diritto all'omogeneità delle porzioni stesse, che, invece, nella divisione ordinaria è riconosciuto dagli artt. 718 c.c. (diritto ai beni in natura) e 727 c.c. (norme per la formazione delle porzioni) del codice civile.

⁸⁸C. GIANNATTASIO, *Successioni testamentarie*, in *Comment. del cod. civ.*, UTET, Torino, 1978, p. 63.

⁸⁹G. AMADIO *La divisione del testatore*, cit. p. 211; Cass. 24 Ottobre 1981, n.5568, in *Mass. Giust. civ.*, p. 1971.

⁹⁰Cfr. Art. 763 comma 2° cod. civ.

riconosciuto quanto ad essi dovuto *ex lege*. Questo limite, però, è solo quantitativo e non qualitativo⁹¹.

Il testatore può altresì disporre una divisione parziale, e non esclusivamente totale, e parziale sia in senso soggettivo che oggettivo.

Partendo da questo ultimo caso⁹², si ha divisione oggettivamente parziale quando il testatore distribuisce agli eredi solo una parte dei beni che compongono l'asse ereditario; tale ipotesi non è affatto eccezionale, ma si verifica, ad esempio, ogni qual volta il testatore abbia acquistato beni dopo aver confezionato il testamento.

In tale situazione *ictu oculi* emerge un quesito al quale la dottrina ha prontamente dato risposta.

Il quesito che bisogna porsi è il seguente: come vengono distribuiti i restanti beni che non sono oggetto di divisione testamentaria? Partendo dal dato normativo, questo stabilisce che i beni che non sono compresi nella divisione siano “attribuiti conformemente alla legge”, salvo che non emerga “diversa volontà del testatore.

Varie sono state le interpretazioni date dalla dottrina⁹³ a questa norma apparentemente superflua, visto che è comunque ovvio che alla ripartizione dei beni si proceda secondo legge, con successione legittima in assenza di un testamento, ma alla fine la lettura tradizionale⁹⁴ della norma sembra quella preferibile.

Secondo codesta interpretazione, i beni non compresi nella divisione saranno attribuiti secondo le norme della successione legittima, a meno che

⁹¹Ciò si desume a chiare lettere dal tenore dell'articolo 734 c.c. il quale espressamente consente al testatore di comprendere in sede di divisione anche la quota disponibile.

⁹²G. AMADIO, *La divisione del testatore*, cit. p. 216 secondo cui la configurabilità di una divisione oggettivamente parziale, oltre che risultare positivamente dal capoverso dell'art. 734 c.c. sarebbe logicamente deducibile dalla correlativa ammissibilità d'una istituzione di erede parziale. In altre parole, non si potrebbe negare al testatore, che ben può a norma dell'art. 588 comma 1° c.c. disporre di una quota soltanto del proprio patrimonio, di procedere alla ripartizione concreta di una sola parte dell'asse.

⁹³A. CICU, *Successioni*, cit., p. 434 ss.

⁹⁴A. CICU, *Successioni*, cit., p. 435; G. AZZARITI, *Le successioni*, cit., p. 722; ; V. R. CASULLI, voce *Divisione ereditaria*, cit., p. 57, MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 593.

non sia possibile dal tenore del testamento⁹⁵ accertare una volontà del disponente nel senso di devolvere i beni tra gli stessi assegnatari dei lotti già attribuiti, nella stessa proporzione deducibile dal riparto attuato mediante la divisione.

Venendo a trattare della divisione soggettivamente parziale, questa si ha quando il testatore avendo formato le porzioni di alcuni dei coeredi, non abbia provveduto in tal senso anche per quanto riguarda gli altri coeredi; ovvia conseguenza di questa situazione è il restringimento della comunione che rimane tale solo fra i coeredi non apporzionati⁹⁶.

La validità di un siffatto tipo di divisione si ricava argomentando per sottrazione, dal potere generale del testatore di apporzionare tutti i coeredi: se egli ha la facoltà di attribuire i beni e quindi dividerli fra tutti, ben egli può farlo solo per alcuni di essi, tenendo sempre in conto che un apporzionamento si verifica anche nei confronti dei coeredi che rimangono in comunione, essendo ad essi sottratti i beni distribuiti; ancora, potremmo argomentare a favore della possibilità di siffatta tipologia divisoria dicendo che, come a breve avremo modo di esprimere più dettagliatamente, la nullità per preterizione si ha solo quando a seguito della divisione non siano stati lasciati beni sufficienti a soddisfare i successori legittimari o gli eredi istituiti.

Ultimo accenno meritano i mezzi di impugnazione della divisione fatta dal testatore: il legislatore ne prevede tre e sono nullità per preterizione⁹⁷,

⁹⁵P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 312 ss. La dottrina ha individuato dei casi in cui è evidente la volontà del testatore di prevenire l'operatività della successione legittima. Così si può dire il caso in cui il testatore indichi le quote che sommate raggiungano il totale del patrimonio ma si limiti ad assegnare solo parte dei beni: così ad esempio G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 753 "Istituisco eredi Tizio per la metà e Caio per l'altra metà e assegno il fondo Tuscolano a Caio"; oppure il caso in cui il disponente pur assegnando solo una parte dei beni in sede divisoria dichiara espressamente di voler escludere dalla successione gli eredi legittimi.

⁹⁶G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 752 "Nomino eredi universali Primo, Secondo e Terzo e formo la porzione di Terzo con il fondo Tuscolano".

⁹⁷Cfr. Art. 735 1° comma c.c.

riduzione per lesione della quota di riserva⁹⁸ e rescissione per lesione oltre il quarto⁹⁹.

Procedendo con ordine, la nullità della divisione per preterizione è dalla dottrina interpretata secondo due diverse visioni. Da un lato vi è chi¹⁰⁰ ritiene che la divisione sia nulla in tutti i casi in cui il testatore non abbia compreso tutti gli eredi legittimari ed istituiti, così implicitamente negando la configurabilità di una divisione soggettivamente parziale, dall'altro, invece, chi¹⁰¹ interpreta la norma logicamente, facendo incorrere la nullità solo nel caso in cui non siamo stati lasciati bene per un ammontare tale da soddisfare le pretese dei pretermessi; quest'ultima soluzione sembra quella da preferire; ad ogni modo la norma non dispensa i legittimari dall'esperimento dell'azione di riduzione, cioè la norma¹⁰² non scalfisce il solido principio consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte¹⁰³ secondo il quale il legittimario pretermesso non partecipa alla comunione senza avere prima vittoriosamente esperito l'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie.

Per quanto riguarda l'azione di riduzione per lesione della quota di riserva, questa altro non rappresenta se non una speciale applicazione della generale azione di riduzione.

La situazione che si cerca di correggere con questa azione, che evidentemente non ha lo scopo di far dichiarare la nullità della divisione stessa, è quella nella quale il testatore ha si istituito erede il legittimario ma, nel procedere alla divisione gli ha attribuito beni in misura inferiore alla quota di riserva; in questo caso, ovviamente, non si può parlare di preterizione del legittimario, visto che questi non è stato escluso dalla

⁹⁸Cfr. art. 735 2° comma c.c.

⁹⁹Cfr art. 763 2° comma c.c.

¹⁰⁰V. R. CASULLI, voce *Divisione ereditaria*, cit., p. 57 ss.

¹⁰⁰A. CICU, *Successioni*, cit., p. 460.

¹⁰¹P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 332; L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 106.

¹⁰²Art 735 c.c.

¹⁰³Cass. 6 ottobre 1972, n. 2870, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 78.

divisione, ma ha solo ottenuto beni per un valore inferiore a quanto è a tale categoria di eredi dovuto per legge.

L'azione in esame, quindi, ha lo scopo di correggere la divisione¹⁰⁴ così effettuata integrando la porzione del legittimario in modo tale che la sua quota possa raggiungere il livello garantito dalla legge, integrazione che avverrà con beni ereditari¹⁰⁵.

Infine, il legislatore ha esteso anche al tipo di divisione in esame il rimedio della rescissione per lesione *ultra quartum*. La rescissione è consentita quando il valore dei beni assegnati ad uno dei coeredi è inferiore di oltre un quarto all'entità della quota di sua spettanza.

La rescissione per lesione oltre il quarto è consentita solo quando sia possibile fare un confronto tra la quota astrattamente assegnata e il riparto dei beni, ciò rappresenta un evidente differenza rispetto all' *institutio ex re certa*, che evidentemente non consente rescissione essendo possibile in quest'ultimo caso solo a posteriori dedurre l'entità delle rispettive quote.

¹⁰⁴L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 216 ss.

¹⁰⁵G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 756 nel quale l'autore fa il seguente esempio per chiarificare come opera la norma " Tizio, vedovo, ha due figli e lascia beni per un valore di 90 milioni. Egli nomina eredi il primo figlio per i 2/3 dell'eredità e il secondo figlio per 1/3, ma attribuisce nella divisione, beni per un valore di 65 milioni al primo figlio e beni per un valore di 25 milioni al secondo figlio, ledendo così la sua legittima per il valore di 5 milioni. L'istituzione resterà valida e la divisione non dovrà essere rifatta, ma il primo figlio dovrà corrispondere al secondo un valore di 5 milioni, vale a dire 1/6 della quota a lui spettante(che è di 30; cfr art. 537 c.c.)".

6. I rapporti tra comunione e divisione: la tesi della non necessarietà della comunione quale presupposto della divisione

A conclusione di questo capitolo introduttivo è d'uopo soffermarci nuovamente¹⁰⁶ su un tema che ha interessato la dottrina, quello del presupposto della divisione e della non necessarietà di uno stato di comunione ai fini di una valida divisione fra i contitolari dei diritti.

La divisione, come è utile ricordare, è stata definita come l'istituto che consente lo scioglimento della comunione attraverso l'apporzionamento¹⁰⁷.

Dei due elementi tipici della divisione, da un lato lo scioglimento e dall'altro l'apporzionamento, il primo non risulta adeguatamente verificato come si cercherà di evidenziare nel prosieguo.

La preesistenza di uno stato di contitolarità, infatti, si presenta non solo come inessenziale ma anche come insufficiente a caratterizzare il fenomeno divisorio.

Insufficiente in quanto in tutta una serie di casi il venir meno della comunione non comporta divisione tecnicamente intesa: si pensi al caso del perimento della cosa comune¹⁰⁸, dell'usucapione di essa da parte del contitolare¹⁰⁹, oppure dell'acquisto della quota stessa per successione *mortis causa* tra coeredi¹¹⁰ o anche dell'accrescimento¹¹¹.

Da ciò si deduce, ulteriormente, che l'interesse allo scioglimento sia solo un debole riflesso del più intenso interesse all'acquisto della porzione in proprietà esclusiva; e che quindi lo scioglimento sia alquanto inadeguato ad

¹⁰⁶Vedi *supra* n.5 "L'intervento del testatore nella divisione ereditaria".

¹⁰⁷G. AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporzionamento nel negozio divisorio*, in *Atti del convegno Santa Margherita di Pula Fortevillage 30 e 31 Maggio 2008, Contratto di divisione e autonomia privata*, Milano, 2008, p. 28 "L'apporzionamento si attegga a mezzo tecnico tipico, seppur non esclusivo, dello scioglimento; simmetricamente il venir meno della contitolarità appare come il risultato degli apporzionamenti, e dunque l'effetto finale della divisione".

¹⁰⁸A. PALAZZO, voce *Comunione*, in *Dig., disc. Priv., sez. civ.*, III, Torino, 1990, p. 180.

¹⁰⁹A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 84.

¹¹⁰A. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 468; F. D. BUSNELLI, voce *Comunione ereditaria, dir. civ.*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 282.

¹¹¹A. CICU, *op. ult. cit.*, p. 363.

esprimere il più pregnante conflitto di interessi che la divisione regola, tanto da portarci a concludere circa la sua inidoneità ad individuarne lo schema causale.

Ancora, in sede successoria, lo scioglimento di una comunione, che dovrebbe caratterizzare l'evento divisorio, si rivela non essenziale.

Ne è dimostrazione, come anticipato precedentemente, la fattispecie della divisione del testatore: alla quale si ricollega l'effetto di prevenire¹¹², con riferimento ai beni assegnati, l'instaurazione di una comunione ereditaria e quindi la conseguente necessità di operazioni divisionali ulteriori, ma alla quale non vi è dubbio che si possa attribuire la qualificazione di fenomeno sostanzialmente divisionale¹¹³.

Infatti, anche i tratti caratteristici della divisione del testatore inducono un'autorevole dottrina¹¹⁴ a definire la divisione testamentaria alla stregua di una pluralità di separate attribuzioni di beni che attribuiscono a ciascun erede un diritto per l'innanzi inesistente, e quindi a riconoscere carattere attributivo ma non anche distributivo alla divisione operata dal testatore, non può essere negato che tale istituto attui un regolamento di situazione attraverso assegnazioni immediatamente attributive, comunque sostenuto dallo scopo distributivo, e quindi classificabile come divisione.

Del resto, anche la dottrina meno recente¹¹⁵ riteneva la divisione testamentaria essere sorretta da un chiaro intento distributivo, anche se la stessa giungeva a questo assunto argomentando con una *fictio iuris* per lo

¹¹²F. GAZZONI, Manuale di diritto privato, cit., p. 491 “Anche l'ipotesi ex art.734 c.c. rientra nel fenomeno divisorio, benché non si tratti di sciogliere una comunione, ma anzi di impedire che essa si formi”.

¹¹³G. AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporcionamiento nel negozio divisorio*, cit, p. 26 “L'attenzione si sposta dal profilo della struttura a quello a quello teleologico, e il risultato perseguito dal disponente (attraverso l'insieme delle assegnazioni) vale a determinare tra esse un nesso di reciproca subordinazione funzionale, che ne configura la causa unitaria: la distribuzione (per quote) di un complesso patrimoniale”.

¹¹⁴F. MESSINEO, Manuale di diritto civile e commerciale, III, Milano, 1947, p. 591.

¹¹⁵C. LOSANA, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il codice civile*, Torino, 1911, p. 706; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 714.

meno discutibile, secondo la quale comunque uno stato di comunione fra i coeredi si determinasse, immediatamente sciolta dal testatore, ricollegando appunto l'effetto distributivo allo scioglimento di questa ideale comunione; si configurava in questo modo un duplice passaggio di proprietà: dal testatore alla collettività degli eredi, e dalla collettività a ciascuno dei divisionari.

Per concludere, vorrei portare all'attenzione del lettore, anche al fine di corroborare l'assunto per cui la divisione testamentaria prevenga l'insorgere di uno stato di comunione, e che quindi questa non sia sempre un elemento necessario della divisione, la differenza tra la divisione fatta dal testatore e la fattispecie del c.d. assegno divisionale semplice¹¹⁶.

Con l'assegno divisionale semplice il testatore, senza procedere immediatamente alla divisione, ha la facoltà di limitarsi a stabilire delle regole distributive¹¹⁷, da seguire nella composizione dei lotti, in sede di divisione ordinaria: criteri che sono vincolanti per gli eredi, salvo che l'effettivo valore dei beni non corrisponda alla quote stabilite dal testatore. Detto che la ricorrenza dell'uno o dell'altro istituto dovrà essere valutata con riferimento alla volontà ed intenzione del testatore, importante è la differenza che ricorre dal punto di vista degli effetti: nel caso di semplici norme dettate dal testatore per la divisione, a norma dell'art.733 c.c., si evita l'effetto tipico della divisione del testatore, quindi non si elude lo stato di comunione, tra i chiamati a succedere; con ciò che successivamente si dovrà dare seguito ad una divisione ordinaria tra i coeredi, che ovviamente, in quella sede avranno il diritto di far rispettare le indicazioni date in precedenza nel testamento e, quindi, di vedersi assegnato quanto stabilito dal disponente.

¹¹⁶Cfr. art. 733 1° comma c.c.

¹¹⁷Ovviamente il disponente incontra dei limiti nel dettare le norme per la successiva divisione, limiti per i quali vale quanto già detto sopra circa la libertà divisoria in genere, e soprattutto il limite di rispettare le regioni dei legittimari.

CAPITOLO SECONDO

I CONTRATTI A CAUSA DIVISORIA

SOMMARIO: 1. Causa in astratto e causa in concreto del contratto ad effetto divisorio. – 2. Tipicità ed atipicità del contratto quali strumenti dell'autonomia privata per la realizzazione dell'effetto divisorio. – 3. Lo scioglimento della comunione mediante negozio indiretto. – 4. Lo scioglimento della comunione mediante negozio a causa mista. – 5. Lo scioglimento della comunione mediante collegamento negoziale. – 6. La qualificazione di una fattispecie divisoria e l'interferenza della normativa fiscale: la divisione di masse plurime. – 7. L'oggetto di un contratto a causa divisoria.– 8. Il problema dei beni non divisibili. – 9. Effetto retroattivo della divisione e dei suoi surrogati.

1. Causa in astratto e causa in concreto del contratto ad effetto divisorio

Il codice civile prevede la causa fra gli elementi essenziali del contratto¹¹⁸ elemento connotato dalla sua complessità, che si è evoluto nel tempo, e che tutt'ora ricopre un ruolo di preminenza quando si introduce l'argomento contratto.

¹¹⁸Cfr. art 1325 c.c.

Il codice vigente, in continuità con quello del 1865, annoverando la causa fra gli elementi essenziali del contratto, accoglie il principio causalistico; questo è reso ancora più rigoroso dalla giurisprudenza, la quale accerta la nullità del contratto se la causa non sia espressamente menzionata nello stesso, con ciò statuendo il principio dell'*expressio causae*, che vale anche per la donazione, con la sola deroga generalmente ammessa per il contratto gratuito atipico¹¹⁹.

Sotto il vigore del precedente codice, però, la causa era riferita esclusivamente all'obbligazione, ciò perché dominava l'idea che il contratto fosse unicamente fonte dell'obbligazione, e che, quindi, non fosse possibile concepire una causa del contratto che non fosse causa dell'obbligazione. Questa situazione sarà superata con una certa gradualità, prima si sostituisce all'idea di obbligazione quella di prestazione, concetto importato dall'elaborazione giuridica tedesca, che meglio ricomprende anche vicende non obbligatorie ma immediatamente traslative. Sarà poi con l'elaborazione dottrinale¹²⁰ coeva alla nuova codificazione che prenderà campo un'idea di

¹¹⁹F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, V.II, 1, Padova, 2004, p. 226 ss.; R. ROLLI, *Quando la massima travisa la ratio decidendi: è, dunque, inammissibile l'atto unilaterale ricognitivo, con effetti traslativi*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 525 ss.

¹²⁰E. BETTI, voce Causa del negozio giuridico, (diritto romano), in *Noviss. dig. It.*, Torino, 1957, p. 36; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, V.II, 1, cit., p. 226; F. SANTORO-PASSARELLI, *dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, p. 174; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 32, il quale non esita a definire la causa come << ragione economico-giuridica dell'atto >>; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, V. I, Torino, 2004, p.742, dove la causa è trattata tra i costituenti del contratto; F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p.133 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, V.IV, 2, Milano, 1972, p. 127; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 321; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. CICU- F. MESSINEO, V.XXI, t.2, Milano, 1972, p. 204; ID., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 63; F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà*, Padova, 1994, p.115; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, libro IV, tomo II, p. 159; ID., *Causa, oggetto, funzione, interesse*, in *Arch. giur.* Filippo Serafini, 1950, p. 106; La teoria soggettiva ha continuato ad essere sostenuta dopo il codice civile del 1942 da D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, V.I, Torino 1958, p. 409; F. CARUSI, *La causa nei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947, p. 218; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 762; M. BESSONE, *Obiter dicta della giurisprudenza, l'accertamento della causa <<reale>> dei contratti, gli equivoci*

causa svincolata dagli scopi individuali dei contraenti e dall'unilaterale prospettiva dell'obbligazione, a tutto vantaggio di una prospettiva oggettiva "incentrata nell'unità del contratto come strumento per il perseguimento di scopi riconducibili all'interno di schemi predisposti dal legislatore¹²¹".

Non ci si può esimere, però, dal rilevare che non sono mancate teorie che hanno negato rilevanza alla causa stessa¹²².

Alla causa, come intesa dopo l'emanazione del codice del 1942, è attribuito un nuovo compito¹²³, che non consiste più nel mediare tra gli interessi individuali dei contraenti in vista della tutela di interessi dei singoli, ma che è funzionale a realizzare un più ampio controllo dell'ordinamento sull'autonomia privata: nella sua nuova veste essa funge da limite dell'autonomia privata, oltre il quale l'ordinamento giuridico non ne conosce l'efficacia; la causa cessa di essere intesa solo come funzione oggettiva del contratto, ma in via più generica come « funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica l'autonomia privata¹²⁴».

Il lungo percorso concettuale sviluppatosi attorno a questo complesso elemento contrattuale, ha portato a una distinzione che ormai compare in tutti i manuali di diritto privato, la ormai celebre distinzione fra causa in astratto e causa in concreto¹²⁵.

della funzione economico-sociale del negozio, in Rischio contrattuale e autonomia privata, a cura di Alpa-Roppo-Bessone, Napoli, 1982, p. 65.

¹²¹F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 813.

¹²²M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1965, p. 65 ss.; OSILLA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 365, il quale sottolinea che «la causa, come elemento essenziale del contratto, non è definibile»; L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 166 e 225 ss.; R. CORRADO, *Negozio di accertamento*, Torino, 1942, p. 38.

¹²³G. B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 128.

¹²⁴Relazione al codice civile n. 613.

¹²⁵Tale distinzione si rinviene anche nella relazione al Re n. 614, la quale rileva che «[...] in ogni singolo rapporto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio realizza, per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall'ordinamento giuridico possa

La causa astratta è la funzione economico-sociale che tipicamente il contratto realizza¹²⁶, come nel caso del contratto di divisione che consiste nello scioglimento della comunione attuato a mezzo dell'apporzionamento¹²⁷; astratta in quanto fotografa la situazione astrattamente considerata, come schema costante di regolamentazione di interessi, che prescinde dal contesto concreto, dalle circostanze esistenti, dalle finalità pratiche perseguite dai contraenti; in questa accezione la causa realizza la funzione tipica e costantemente ripetuta del tipo contrattuale considerato. Così intesa essa è identificata con il tipo contrattuale.

La dottrina specialistica che più da vicino ha esaminato il contratto divisorio ha, prevalentemente, tratto dalla causa del contratto il criterio per individuare il contratto di divisione quale tipo¹²⁸.

In più occasioni¹²⁹, infatti, è stato detto che l'unicità del negozio divisorio, individuato sotto il profilo funzionale, deriva dall'impossibilità che più negozi di tipo diverso abbiano una medesima causa, da qui è evidente l'identificazione del tipo con la causa.

Tuttavia è d'uopo rilevare, conformemente ai risultati ai quali la dottrina¹³⁰ è giunta, che non sarebbe possibile qualificare il contratto divisorio per mezzo del profilo funzionale.

veramente attuarsi, avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare.>>

¹²⁶R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, diretto da F. Galgano, Padova, 2008, p. 67.

¹²⁷G. MIRABELLI, voce *Divisione (diritto civile)*, cit., p. 35.

¹²⁸A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 207.

¹²⁹G. MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, in *Arch. giur. Serafini*, 1949, p. 7 ss.

G. MIRABELLI, voce *Divisione (diritto civile)*, cit., p. 34

¹³⁰M. GIORGIANNI, voce *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, sl., ma Milano, s.d., ma 1960, p. 547; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, p. 249; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 91; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 74 ss.; A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1985, p. 227.

La dottrina¹³¹, è giunta a una distinzione tra causa e tipo qualificando la causa come funzione non più economico-sociale, ma economico-individuale, coincidente con l'assetto degli interessi predisposto dalle parti nel regolamento contrattuale¹³²; con l'avvertenza, tuttavia, che il riferimento agli interessi delle parti non debba far pensare ad un ritorno ad una concezione soggettivistica della causa, ma bisogna solo prendere in considerazione quelle che appunto è stata definita la causa in concreto.

Infatti, oggi, si ritiene corrispondere maggiormente alle esigenze di un teoria evolutiva del contratto concepire la causa come concreta: non più come ragione che astrattamente giustifica qualsiasi contratto che appartenga al tipo del contratto in esame (lo scioglimento di quella comunione, tra quei partecipanti i quali perseguono interessi che sono specifici del caso concreto nell'insieme di circostanze che quel caso caratterizzano).

In tal modo << la causa del contratto comprende gli interessi della parte che il contratto deve assicurarle, perché formano la ragione giustificativa del contratto stesso¹³³>>.

I fautori della dimensione concreta della causa, comunque, hanno avvertito l'esigenza di non contraddire la conquista di una dimensione oggettiva della causa, vista la rilevanza giuridica che nel concetto di causa concreta è attribuita agli interessi delle parti.

¹³¹G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 372.

¹³²Questa concezione della causa, però, non si limita alla mera distinzione con il tipo contrattuale, ma è il risultato di una più pregante riflessione circa i vari aspetti del contratto, quali il rapporto tra il contenuto e gli effetti del contratto, tra le fonti stesse del contratto, come fonti legali e convenzionali, e in via più generica sull'integrazione ed interpretazione del contenuto del contratto. In questo senso si veda, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 264 ss.

¹³³E. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 364.

Infatti, la causa concreta non << deve risolversi in una mera proiezione di un disegno soggettivo, ma deve rilevare oggettivamente, ossia deve essere immediatamente o potenzialmente idonea a diventare operativa nella pratica¹³⁴>>.

La causa sarebbe così la funzione del contratto espressa nella relazione fra gli interessi da soddisfare e mezzi giuridici utilizzati dalle parti¹³⁵.

Con ciò, in conclusione, quando si risolve la causa nello scopo pratico individuale bisogna sempre tenere a mente che si fa riferimento all'individualità del contratto e non all'individualità delle parti: così la causa è lo scopo comune alle parti e obbiettato nel contratto.

¹³⁴G. B. FERRI, *tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942, cit., p. 142.*

¹³⁵A. CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti, (intorno alla nozione di causa), in Il contratto, Silloge in onore di G. Oppo, V. I, Milano, 1992, p. 151.*

2. Tipicità ed atipicità del contratto quali strumenti dell'autonomia privata per la realizzazione dell'effetto divisorio

L'ordinamento giuridico, concetto che ricomprende il complesso di regole e di istituzioni attraverso le quali è governato e diretto lo svolgimento della vita sociale e dei rapporti fra i singoli, lascia agli individui, per la realizzazione dei loro interessi, una sfera di libertà¹³⁶.

L'attività di autoregolamentazione dei propri interessi e rapporti è detta autonomia: l'ordinamento riconosce l'autonomia sotto due diverse funzioni, da un lato autonomia pubblicistica, come fonte di norme giuridiche destinate a far parte integrante dello stesso ordinamento giuridico che la riconosce, dall'altro, autonomia privatistica, come presupposto e fonte generatrice di rapporti giuridici già disciplinati, in astratto e in generale, dalle norme dello stesso ordinamento giuridico¹³⁷.

Possiamo, quindi, ritenere che l'autonomia privata coincida con la libertà di esplicare la propria libertà morale e con il potere di autoregolamentare i propri interessi; è la possibilità di decidere sul se, e sul come perseguire un certo scopo¹³⁸.

Siffatta autonomia in ambito successorio, detta autonomia ereditaria, coinvolge tutte le manifestazioni di autonomia che influiscono sul fenomeno successorio: non solo quindi il testamento, giacché si ritiene sia

¹³⁶F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 369. I singoli godono della possibilità di disciplinare da loro i propri rapporti, essendo ad essi stessi attribuita una sfera di interessi e un potere di iniziativa per la loro regolamentazione, si attua così – secondo R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, II ed., p. 92 – una soluzione storica del problema della regolamentazione degli interessi privati e della circolazione dei beni, soluzione che trova le sue radici nella stessa natura umana e nel principio di libertà individuale.

¹³⁷R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 87.

¹³⁸C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 88; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 84; F. CARRESI, *Autonomia privata nel contratto e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.* 1957, I, p. 526.

limitativo considerare il testamento come l'unico atto di autonomia privata che vada a incidere sulla disciplina delle successioni *mortis causa*¹³⁹.

L'autonomia privata va quindi a occupare gli spazi lasciati vuoti dal legislatore: questa ha modo si manifestarsi in vari modi, libertà di concludere o meno il negozio, di stabilirne il contenuto, di dar vita a disposizioni atipiche.

Infatti, proprio la legge¹⁴⁰, prevede il potere dei privati di determinare il contenuto del contratto, potendo anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare positivamente individuata dal legislatore.

In particolare, la possibilità delle parti di dare una connotazione atipica al contratto è espressione magnifica dell'autonomia privata, essendo queste abilitate non solamente a determinare il contenuto del contratto all'interno di schemi contrattuali tipici, ma possono altresì esercitare questa facoltà all'interno di schemi atipici, cioè "inventati" dai privati contraenti poiché meglio adattantesi all'interesse da costoro perseguito.

Riconosciuta autonomia ai privati è necessario, comunque, tenere conto della competenza dispositiva che a questi si attribuisce: ossia si deve tener conto del rapporto concorrenziale tra autonomia e diritto positivo, in relazione alla disciplina della situazione di interesse¹⁴¹.

Lo Stato, in sostanza, non deve esclusivamente limitarsi a riconoscere il diritto di ciascuno di regolare da se i propri interessi, se questo diritto divenga uno strumento di abuso a danno di altri: il regolamento dei propri interessi deve essere diretto a "realizzare interessi meritevoli di tutela

¹³⁹Si può portare l'esempio del patto di famiglia, tipico esempio di contratto che manifesta il carattere di anticipazione della successione non solo fra il disponente e i beneficiari, ma anche tra costoro *inter se*: G. OPPO, *Patto di famiglia e "diritti della famiglia"*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439; G. BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, p. 390.

¹⁴⁰Cfr. art. 1322 cod. civ.

¹⁴¹In questo senso R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 171.

secondo l'ordinamento giuridico", come il codice civile¹⁴² espressamente prevede.

Proprio a questo fine sono previsti dei limiti all'attività privata autonoma, limiti che hanno sempre carattere negativo¹⁴³.

In termini generali i limiti dell'autonomia privata possono essere raggruppati in due ambiti distinti: limiti che riguardano il procedimento di formazione del negozio e limiti che attengono direttamente al suo contenuto.

Solo questi ultimi sarebbero da intendersi quali veri divieti o limiti, in senso stretto, essendo i primi oneri di natura positiva che incombono su chi, aspirando a un risultato pratico, ha interesse alla validità del negozio che compie per raggiungerlo¹⁴⁴.

Gli oneri, sono classificabili come oneri formali e oneri di carattere causale, che attengono alla funzionalità del negozio giuridico, qualificabili come oneri di legittimità¹⁴⁵.

Tra i primi s'include: la determinazione dei tempi e delle modalità per le manifestazioni dei consensi o per la loro revoca, e secondo parte della dottrina anche i fattori impeditivi alla genuinità dell'accordo come vizi della volontà, lo stato di bisogno, la simulazione¹⁴⁶; sotto questo punto di vista il diritto ereditario è denso di oneri giustificati da una comprensibile esigenza di certezza: sono imposte forme particolari, infatti, oltre che per l'accettazione o la rinuncia dell'eredità, per la divisione della stessa, per la revoca del testamento o per la rinuncia al legato.

¹⁴²Cfr. art. 1322 cod. civ.

¹⁴³G. CODACCI-PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, p. 45.

¹⁴⁴La distinzione fra limiti ed oneri dell'autonomia privata si deve a E. BETTI, *Teoria generale de negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, Torino, 1960, rist. II ed., p. 103.

¹⁴⁵E. BETTI, *Teoria generale de negozio giuridico*, cit., p. 108.

¹⁴⁶P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231; E. M. D'AURIA, *Il negozio giuridico notarile fra autonomia privata e controlli*, Milano, 2000, p.12.

Resta da dire, per completezza, che alcuni di questi oneri positivi hanno carattere disponibile, in quanto il consenso o l'acquiescenza della controparte può dispensare dall'osservarli, ovvero sanare le conseguenze di una loro eventuale inosservanza¹⁴⁷.

Per gli oneri di legittimità la liceità della causa gioca un ruolo essenziale¹⁴⁸.

Venendo a parlare dei divieti, si devono ricordare quelli posti da norme imperative con o senza esplicita comminatoria di nullità¹⁴⁹. Il legislatore non sempre si è curato di rendere manifesto che una norma sia inderogabile, imperativa o invalidante. C'è da dire, comunque, che l'atto autonomo è un atto spontaneo, che non costituisce adempimento di alcun dovere: essendo esterni i limiti, v'è senz'altro un'area in cui l'autonomia può liberamente operare¹⁵⁰.

Tra le più chiare manifestazioni dell'autonomia ereditaria vi è senza dubbio il contratto di divisione, con il quale si dà un assetto individuale ai beni compresi nella massa comune.

Bisogna ricordare che in materia di divisione ereditaria vige la regola della proporzionalità tra il valore dei beni che sono stati attribuiti ai coeredi apporzionati e il valore della quota astrattamente a questi spettante: questo rappresenta un evidente limite all'autonomia dei coeredi che possono

¹⁴⁷F. CARRESI, *Introduzione ad uno studio degli oneri e obblighi delle parti nella formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 843 ss., secondo il quale possono qualificarsi disponibili gli oneri la cui inosservanza pregiudica l'efficacia vincolante delle dichiarazioni nei riguardi della controparte: ad essi fa riscontro, nella controparte, un onere di rilievo, la cui inosservanza vale acquiescenza e sana l'inefficacia. In antitesi, gli oneri indisponibili sarebbero quelli comuni ad entrambe le parti.

¹⁴⁸E. BETTI, *Teoria generale de negozio giuridico*, cit., p. 108; diversamente P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, cit., p. 231.

¹⁴⁹G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435; R. BIRKE, *Libertà contrattuale e norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 473; F. CORSI, *Autonomia privata e norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 493.

¹⁵⁰Di diverso avviso F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, p. 189, il quale ritiene che la normativa di origine eteronoma vincoli e restringa l'autonomia privata fin all'interno, e non dunque agendo dall'esterno di essa. Ciò significherebbe che si è in presenza di una funzionalizzazione dei poteri privati, la quale, tendenzialmente, è presente in tutti i settori del diritto privato, dall'impresa, al diritto di proprietà, e, almeno in potenza, alla stessa iniziativa economica privata.

solamente incidere sulla qualità dei beni che a ciascuno di essi verrà assegnato non potendo, invece, decidere niente in merito alla loro quantità¹⁵¹.

I coeredi, neppure in sede di divisione, hanno la facoltà di disporre del patrimonio del *de cuius* in maniera difforme dalle quote di reciproca spettanza: la rinuncia ad eventuali conguagli (in una divisione con attribuzione ad uno dei coeredi di beni di valore superiore alla sua quota e tacitazione degli altri con conguagli in denaro) rappresenterebbe una donazione indiretta.

¹⁵¹A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 356.

3. Lo scioglimento della comunione mediante negozio indiretto

Con il termine negozio indiretto si fa riferimento a quella particolare situazione nella quale i privati utilizzano un dato tipo negoziale per raggiungere un scopo che non è quello tipico del negozio stesso, ma uno ulteriore o addirittura diverso¹⁵².

Ciò è possibile a volte in forza dell'apposizione di speciali clausole o patti accessori, altre volte altre volte attraverso la combinazione di una serie di atti.

Vi è la possibilità, infatti, che talvolta vi sia parziale divergenza tra lo scopo programmato dalle parti e il risultato che sarebbe raggiungibile attraverso l'atto tipizzato dal legislatore; è in casi come questo che, appunto, attraverso un insieme di atti collegati fra loro e avvinti da quello che è definito collegamento negoziale è possibile raggiungere lo scopo che le parti si prefiggono¹⁵³.

La caratteristica principale di siffatta tipologia di negozi sta proprio nella divergenza tra lo scopo perseguito in concreto dalle parti e la funzione tipica del negozio posto in essere¹⁵⁴: si dice anche che in esso vi sia un'eccedenza dello scopo rispetto al mezzo: la finalità pratica perseguita dai contraenti va al di là della causa tipica dell'atto¹⁵⁵.

¹⁵²M. DI PAOLO, *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, XII, Torino, 1995, p. 124.

¹⁵³S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1950, p. 298; G. SCALFI, voce *Negozio giuridico*, V, in Enc. giur. Treccani, XX, Roma, 1990, p. 3; D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, Torino, 1993, p. 265.

¹⁵⁴A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998, p. 149 – 150 Dove si specifica che anche se lo scopo è diverso da quello che di regola si persegue con il negozio tipico, il negozio indiretto essendo sostanzialmente voluto, ha piena validità e la sua disciplina è quella stabilita per il negozio posto in essere; perché esso non costituisca frode alla legge o non serva a realizzare motivi illeciti comuni ad entrambe le parti.

¹⁵⁵F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 182.

Ad esempio, qualora i coeredi stipulassero una compravendita fra di essi, scambiandosi il bene comune contro il prezzo, in questo caso avremo appunto un tipico caso di divisione attuata tramite negozio indiretto.

Cercando di cogliere l'aspetto essenziale dell'esempio, bisogna rilevare che l'aggettivo indiretto non si riferisce agli effetti del negozio, bensì alla sua funzione pratica che non corrisponde affatto alla causa in astratto assegnata positivamente dalla legge al tipo di atto in concreto posto in essere dalle parti.

E' evidente che lo schema causale della compravendita, e lo scopo che lo stesso consente di raggiungere, ossia lo scambio della cosa contro il pagamento del prezzo della stessa, non è la reale intenzione delle parti, le quali attraverso la vendita, appunto, cercano anche di soddisfare l'ulteriore loro interesse ad avere un bene in proprietà esclusiva e non più uno stato di comunione (ovviamente attraverso la compravendita un soggetto riceverà in proprietà esclusiva il bene e l'altro avrà come corrispettivo il denaro).

Si tratta, per spiegarsi meglio, di un'aberrazione causale, di una mancanza di corrispondenza tra causa in astratto e causa in concreto¹⁵⁶.

¹⁵⁶C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, p. 459.

4. Lo scioglimento della comunione mediante negozio a causa mista

L'operazione economica realizzata dai privati, talvolta, presenta taluni elementi di un tipo e taluni elementi di un altro tipo contrattuale. In questa eventualità si teorizza l'esistenza di un contratto misto, cioè un contratto che è il risultato di una combinazione di una pluralità di elementi appartenenti a differenti schemi negoziali tipici che si fondono in un'unica causa¹⁵⁷.

Parte della dottrina, invece, ritiene che tale contratto non costituisca un'autonoma categoria del diritto, in quanto rientrerebbe nel più ampio *genus* del contratto atipico¹⁵⁸. La confluenza in un unico contratto di parti di schemi contrattuali tipizzate darebbe vita ad un contratto non riconducibile a nessuno dei frammenti che concorrono a costituirlo. La concettualizzazione del contratto misto, quindi, secondo alcuni¹⁵⁹, servirebbe ad assolvere una funzione meramente descrittiva.

Per completezza v'è da dire, che non mancano autori che cercano di inquadrare il contratto misto in una indipendente categoria giuridica, rifuggendo dall'usuale binomio tipico\atipico¹⁶⁰.

Il contratto misto, ovviamente, non gode di una propria regolamentazione tipica, varie sono state le elaborazioni dottrinali, che in parte corrispondono anche a quelle della sua inquadratura dogmatica, al fine di ricavare una regolamentazione per la categoria contrattuale in esame.

¹⁵⁷V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto, approfondimenti tematici e giurisprudenza annotata*, Milano, 2004, p. 44.

¹⁵⁸R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt.* G. Grosso- F. Santoro-Passarelli, Milano, 1966, p. 134; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del c.c.* UTET, Libro IV, Tomo 2, Torino, 1980, p. 33.

¹⁵⁹L. BIGLIAZZI GERI – U. Breccia – F. D. Busnelli- U. Natoli, *Diritto civile, fatti e atti giuridici*, Torino, 1986, p. 509; BIANCA, *Il contratto*, 3, Milano, 2000, p. 478.

¹⁶⁰Con argomentazioni diverse: G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazioni, classificazioni e disciplina. "Negotia mixta cum donatione"*, Padova, 1934, p. 112 ss.; A. CATUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 46 ss.

Per cominciare bisogna dar conto della teoria dell'analogia: in coerenza con l'assunto dell'inquadramento del contratto misto nella più ampia categoria del contratto atipico, autorevole dottrina applica al contratto misto i medesimi criteri dell'analogia che servono a fissare la disciplina per i contratti innominati¹⁶¹.

Altri autori, invece, aderiscono alla tesi della combinazione, che ha anche il pregio di sapersi adattare alla reale struttura del contratto misto.

In sostanza, i fautori di questa teoria¹⁶², traggono come conseguenza del fatto che il contratto misto si presenta come composto dalla mescolanza di una pluralità di parti di schemi contrattuali tipizzati quella di applicare le norme dettate per i singoli schemi da cui risultano formati. La teoria ora esposta presuppone una duplice serie di operazioni. Innanzitutto è necessario individuare i singoli tipi contrattuali che formano la struttura del contratto stesso, dopodiché si può procedere ad applicare ai tipi così individuati la normativa per essi prevista dal legislatore. Tuttavia, la teoria della combinazione da tempo soggiace ad aspre critiche. Per primo si rileva che essa rompe l'unicità contrattuale¹⁶³. Inoltre la stessa non è sempre di facile applicazione pratica.

La giurisprudenza, dal canto suo, tradizionalmente, si è sempre ancorata al principio dell'assorbimento. La Suprema Corte, infatti, la maggior parte delle volte isola all'intero della complessiva operazione negoziale lo schema tipico che ricopre nel suo ambito un ruolo preminente, per così applicarne la relativa ed unica disciplina a tutto il contratto. Di recente, tuttavia, la Corte di cassazione sembra aver cambiato orientamento, allontanandosi dal criterio dell'assorbimento per seguire un misto fra

¹⁶¹G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 29; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 229.

¹⁶²L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1956, p. 219; G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazioni, classificazioni e disciplina. "Negotia mixta cum donatione"*, cit., p. 176 ss.

¹⁶³S. ORLANDO-CASCIO C. ARGIROFFI, voce *contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 5.

quest'ultimo e quello della combinazione. In sostanza essa ha precisato, in alcune sentenze¹⁶⁴, che il criterio della prevalenza non esclude ogni possibile rilevanza giuridica ad altri elementi che le parti, nel libero esercizio della loro autonomia, hanno inserito nel contratto. Tali elementi, anche se secondari, concorreranno quindi a fissare l'ampiezza del programma di interessi in concreto predisposto, con il solo limite della loro incompatibilità con la disciplina unitaria basata sugli elementi prevalenti.

Riveste un'importanza sicuramente centrale il dibattito che si è sviluppato al fine di individuare la differenza, o meglio il criterio da utilizzare per individuarla fra il contratto misto e i contratti collegati.

Di fronte ad una operazione negoziale nella quale, per volontà delle parti, concorrono una pluralità di prestazioni, il quesito al quale bisogna trovare una risposta è quello se siamo in presenza di un unico contratto o di diversi schemi contrattuali collegati fra loro.

Bisogna, per comprendersi meglio, individuare il criterio per distinguere se siamo in presenza di una pluralità di negozi o meno, partendo dalla ormai pacifica assunzione della non decisività del dato formale costituito dalla predisposizione di una pluralità di negozi o meno.

A tal fine una parte della dottrina si è fatta portatrice di una teoria soggettiva, altra di una teoria oggettiva.

La tesi soggettiva fa dipendere l'unicità o la pluralità del contratto dalla volontà delle parti¹⁶⁵; la critica mossa a questa teoria si basa sul fatto che non si può demandare alle parti di determinare e qualificare gli effetti giuridici che scaturiscono dalle fattispecie negoziali. Questo compito è di esclusiva spettanza dell'ordinamento giuridico¹⁶⁶.

¹⁶⁴Vedi per tutte Cass., 2 dicembre 1997, n.12199, in *Giur. it.*, 1998, 1808.

¹⁶⁵T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donationem*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, p. 464.

¹⁶⁶G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazioni, classificazioni e disciplina. "Negotia mixta cum donatione"*, cit., p. 52; M. GIORGIANNI, *negozi giuridici collegati*, in *riv. it. scienze giur.*, 1937, p. 9 ss.

La teoria oggettiva ha prospettato due divergenti linee interpretative. Da un lato vi è quella che fonda la distinzione sull'elemento causale¹⁶⁷. Nel contratto misto, infatti, i frammenti negoziali appartenenti ai diversi tipi negoziali tipizzati perdono la loro identità fondendosi in un'unica causa; il collegamento negoziale, invece, mantiene la individualità dei contratti che concorrono alla sua formazione ognuno di questi mantenendo il loro assetto causale. Secondo questo ragionamento, in presenza di un'unica causa avremo un unico negozio, misto appunto; nel caso di più cause avremo una pluralità di negozi (collegati).

Tuttavia, si è osservato in chiave critica come una siffatta distinzione non conduca ad una soluzione del problema in quanto si fonda su un concetto estremamente controverso.

Si è così proposto di far ricorso alla nozione di prestazione. In particolare, se in presenza di una pluralità di prestazione è possibile individuare un rapporto di subordinazione funzionale tra le stesse nel senso che una prevale sulle altre, avremo allora un unico contratto, misto; se, per contro, tra le prestazioni vi è una relazione di pari ordinazione avremo allora una pluralità di contratti collegati¹⁶⁸.

Anche qui, però, per completezza è doveroso ricordare che si va incontro all'obiezione che non sempre è possibile individuare una prestazione che possa essere qualificata come prevalente.

In mancanza di parametri di sicura applicazione, sembra potersi dire che l'elemento causale sia il più affidabile come criterio discretivo¹⁶⁹. Tale

¹⁶⁷G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1996, p. 45; MINUTILLO TURNER, *I contratti collegati*, in *Giust. civ.*, 1987, II, p. 262-263; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 318 ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 299 nt. 35; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione fra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1955, p. 373; in giurisprudenza si veda Cass., 22 novembre 1989, n. 5001, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 431.

¹⁶⁸M. GIORGIANNI, *negozi giuridici collegati*, cit., p. 28.

¹⁶⁹Recentemente la Cassazione ha affermato quanto segue: « Il criterio distintivo fra contratto unico e contratto collegato non è dato da elementi formali quali l'unità o la pluralità di documenti contrattuali o la mera contestualità delle stipulazioni, ma da quello

scelta, è utile sottolineare, non ha esclusiva valenza dommatica in quanto dalla stessa discendono conseguenze circa la disciplina applicabile all'operazione contrattuale, come sopra già è stato detto.

Un caso di scioglimento di comunione mediante negozio a causa mista può essere ravvisato quando le parti pongano in essere una divisione transattiva: in tale situazione, il negozio è connotato dalla compresenza della causa della divisione, ossia quello dello scioglimento della comunione con apporzionamento dei coeredi, e quello della transazione che è rappresentata dall'eliminazione della lite, anche solo potenziale, tramite lo schema delle reciproche concessioni.

In questa situazione l'elemento causale riveste un importante ruolo anche come termine discretivo: infatti a secondo della preponderanza della causa divisoria o di quella transattiva avremo le figure della divisione transattiva o della transazione divisoria, con importanti conseguenze operative delle quali più avanti si avrà modo di approfondire.

sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti (...) >> Cass., 28 giugno 2001, n.8844, in *Giur. it.*, 2001, 1618 ss., con nota di NARDI, *Collegamento negoziale: funzionale od occasionale?*).

5. Lo scioglimento della comunione mediante collegamento negoziale

Il collegamento negoziale può essere considerato come quella particolare tecnica contrattuale con cui le parti predispongono tutta una serie coordinata di atti negoziali per il perseguimento di risultati economici altrimenti non perseguibili utilizzando un singolo negozio giuridico.

La giurisprudenza¹⁷⁰, a proposito, è giunta a un'affermazione ormai assurta a *ius receptum* secondo la quale il collegamento negoziale si verifica ogni qual volta che: << le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale danno vita, contestualmente o no, a distinti contratti i quali, caratterizzandosi ciascuno in funzione della propria causa e conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, alla cui disciplina rimangono rispettivamente sottoposti, vengono tuttavia concepiti e voluti come funzionalmente e teleologicamente collegati fra di loro e posto in rapporto di reciproca dipendenza cosicché le vicende dell'uno debbono ripercuotersi sull'altro condizionandone la validità e l'efficacia>>.

Non è indispensabile che i soggetti dei singoli contratti siano i medesimi¹⁷¹, anche se, come dalla dottrina sottolineato, occorre che il secondo contratto abbia in comune con il primo almeno una delle parti; altrimenti verteremo non nella situazione di collegamento contrattuale, bensì in quella di influenza di un contratto su di un altro¹⁷².

Il fondamento di questa tecnica contrattuale è, con certezza, ravvisabile nel principio di autonomia contrattuale. Il nesso funzionale che le parti

¹⁷⁰Cass., 15 febbraio 1980, n. 1126, in *Mass. Giur. it.*, 1980; sul collegamento negoziale si veda altresì, tra le sentenze più recenti: Cass., 16 maggio 2003, n. 7640, in *Giust. civ. mass.*, 2003, f. 5; Cass., 11 giugno 2001, n. 7852, in *Mass. Foro it.*, 2001, 684; Cass., 23 aprile 2001, n. 5966, *ivi*, 510; Cass., 2 aprile 2001, n. 4812, *ivi*, 401; Cass., 12 gennaio 2001, n. 396, *ivi*, 36; Cass., 13 dicembre 2000, n. 15762, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 2593; Cass., 4 agosto 2000, n. 13278, *ivi*, 1714; Cass., 28 luglio 2000, n. 9944, in *Dir. & Giur.*, 2000, 33, 41.

¹⁷¹Cass., 30 ottobre 1992, n. 11638, in *Giust. civ. mass.*, 1991, fasc. 10.

¹⁷²F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 49.

decidono di instaurare tra distinti negozi giuridici rappresenta una delle possibili manifestazioni della libertà di determinare il contenuto del contratto¹⁷³.

Essendo diverse le forme attraverso le quali il collegamento negoziale si può manifestare, la dottrina che si è occupata dei contratti collegati¹⁷⁴ si è proposta anche di individuare efficaci schemi classificatori all'interno dei quali sistemare le possibili forme di nesso contrattuale esistenti. Lasciando al di fuori di questi schemi, come ormai dalla maggioranza sostenuto¹⁷⁵, il collegamento occasionale, il quale non si può definire collegamento in senso tecnico, in quanto manca una forma di coordinamento fra i diversi contratti verso un fine unico, e sussistendo solo un rapporto esteriore fra negozi cui l'apparenza del legame funzionale deriva nella maggior parte dei casi dall'unicità del documento o dalla medesimezza delle parti, è prevalsa l'adozione di un criterio ordinatorio che distingue tra collegamento necessario (detto anche tipico) e collegamento volontario (detto anche atipico).

¹⁷³G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino 1991, p. 587; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, cit., p. 49; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 376; in giurisprudenza vedi Cass., 28 giugno 2001, n.8844, cit., 1618, con nota di S. NARDI, *Collegamento negoziale: funzionale od occasionale?*.

¹⁷⁴F. CARINGELLA, *Il collegamento negoziale*, in *Studi di diritto civile*, Milano, 2003, p. 1867 ss.; A. PALAZZO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale in una recente ricostruzione*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 387; M. RONDINELLI, *I contratti collegati: profili dell'interpretazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 133.

¹⁷⁵F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1993, p. 188; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, cit., p. 582; A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 259; in giurisprudenza è frequente la distinzione tra collegamento funzionale e collegamento occasionale << Nel caso di negozi collegati, il collegamento deve ritenersi meramente occasionale, quando le singole dichiarazioni, strutturalmente e funzionalmente autonome, siano solo casualmente riunite, mantenendo l'individualità propria di ciascun tipo negoziale in cui esse si inquadrano; il collegamento è invece funzionale quando i diversi e distinti negozi, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza>>(Cass., 19 giugno 2001, n. 8333, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2875; nello stesso senso Cass., 11 giugno 2001, n. 7852, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 1165).

Il collegamento volontario, del quale sinora si è trattato, nasce, giova ripeterlo, dalla relazione che le parti instaurano tra negozi dotati di propria autonomia strutturale per il raggiungimento di uno scopo economico unitario.

Il collegamento necessario, viceversa, si caratterizza per l'esistenza di una correlazione funzionale tra contratti che trova la propria fonte nella legge¹⁷⁶, o nella natura dei contratti stessi¹⁷⁷, o nella funzione che un contratto svolge nei confronti dell'altra¹⁷⁸.

Nonostante questa non sia la sede più appropriata per affrontare la complicata questione della causa, sicuramente merita menzione il meccanismo operativo che presiede all'instaurazione del nesso teleologico tra contratti strutturalmente autonomi.

In sostanza, le parti si prefiggono il raggiungimento di un determinato risultato economico complesso; consapevoli dell'impossibilità di ottenere quanto programmato mediante un solo strumento giuridico, decidono di far ricorso ad una serie combinata di atti al fine di raggiungere l'obiettivo stesso.

Ciascun contratto manterrà inalterata la sua funzione economico-individuale, ossia la sua causa in concreto. L'operazione contrattuale nel suo complesso considerata, invece, avrà la sua ragione concreta nell'interesse globale che ha costituito la spinta alla realizzazione dell'affare; consistendo la causa, quindi, nella ragione pratica dell'affare, accanto alle singole cause dei negozi che compongono la catena negoziale, le c.d. cause parziali, dovrà esser individuata una causa posta a fondamento dell'intera attività negoziale, c.d. causa complessiva¹⁷⁹.

¹⁷⁶F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, cit., p. 49.

¹⁷⁷R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, cit., p. 377.

¹⁷⁸N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, cit., p. 373.

¹⁷⁹C. M. BIANCA; *Il contratto*, cit., p. 484; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, in *Il diritto privato oggi*, Milano, 1998, p. 154.

Dopo aver analizzato la struttura e la funzione dei contratti collegati, resta da dire circa gli effetti che il collegamento produce sulla sorte dei singoli contratti che costituiscono la serie negoziale.

E' diffusa da tempo la convinzione secondo cui la regola operativa alla base del collegamento negoziale sia quella della ripercussione delle vicende relative alla validità, efficacia ed esecuzione di uno solo dei negozi sugli altri ad esso connessi, regola sintetizzata nel noto brocardo *simul stabunt simul cadent*¹⁸⁰.

E' possibile ipotizzare lo scioglimento della comunione tra i vari condividenti attraverso la tecnica del collegamento negoziale nel caso di una pluralità di vendite di quota a favore di un solo comunista. In questa ipotesi, infatti, il collegamento funzionale s'instaura fra le varie compravendite, tendendo le stesse, nel loro insieme, ad un solo scopo comune, ossia quello dello scioglimento dello stato di comunione.

¹⁸⁰F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 437 ss.; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, cit., p. 357; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, cit., p. 52 ss.; in giurisprudenza si veda per tutte, Cass., 18 Gennaio 1988, n.321, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1214.

6. La qualificazione di una fattispecie divisoria e l'interferenza della normativa fiscale: la divisione di masse plurime

La questione riguardante il trattamento tributario delle divisioni ereditarie di masse plurime è caratterizzata, nel suo evolversi, da una sequenza di approcci che sono espressione di due esigenze antagoniste, che nella fattispecie vengono in gioco, e che sono da un lato quella di alleggerire il carico fiscale (in evidente funzione di *favor divisionis*), dall'altro di limitare il più possibile le elusioni realizzabili attraverso l'uso surrettizio della divisione¹⁸¹.

Abbiamo più volte detto che la divisione ha quale scopo quello di far cessare uno stato di comunione. Bisogna aggiungere, però, che i medesimi soggetti possono essere partecipi di più comunioni. Ciò, in particolare, accade quando due o più soggetti hanno fatto in comune più acquisti, in forza di titoli diversi; in tale situazione, ciascuno di essi è titolare di tante quote quanti sono i titoli di provenienza, e non, come si potrebbe pensare, di una sola quota quale somma delle singole quote di sua spettanza¹⁸².

Anche la giurisprudenza in materia civile¹⁸³, contrastando una plurisecolare legislazione e prassi tributaria¹⁸⁴, nel caso in cui i beni che debbono essere divisi provengano da diversi titoli, afferma che fra i condividenti non vi sia

¹⁸¹M. R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, Torino, 2^a ed., 1998, p. 524.

¹⁸²A. CEVARO, *Il nuovo trattamento tributario della <<divisione>> di masse plurime*, in *Riv. Not.*, 1986, p. 1123.

¹⁸³Tale orientamento ha trovato elaborazione per la prima volta in Cass., 30 agosto 1947 n. 1556 in *Giur. Imp. Dir.*, 1949, p. 360; confermata con la sentenza Cass. S.U. 18 ottobre 1961 n. 2224 in *Foro It.* 1962, I, p. 1549, dove è sancito il principio secondo il quale "l'acquisto di beni in comunione, attraverso titoli diversi, dà luogo alla "sommatoria" di tante comunioni ciascuna regolata dal suo titolo [...] Ciascun compartecipe non vanta sulla totalità dei beni, che deriva dalla somma di tutti i beni delle diverse comunioni, un diritto unico, ma tanti diritti, ciascuno per la quota corrispondente ad ogni titolo e relativo ai beni acquistati da quel titolo".

¹⁸⁴N. CINTI, *La divisione e le masse plurime secondo il nuovo T.U. dell'imposta di registro*, in *Boll. Trib.*, 1988, p. 617.

un'unica comunione, bensì tante comunioni quanti sono i titoli di provenienza dei beni¹⁸⁵.

Ne consegue che, nel caso in cui si proceda alla divisione di tali beni, non si realizza un'unica divisione, ma tante divisioni quanti sono i titoli costitutivi delle singole comunioni, in modo che la sostituzione della *pars quota* con la *pars quanta* avvenga per ogni compartecipe nell'ambito circoscritto di ogni singola massa comune.

Qualora, invece, i soggetti titolari di più comunioni con un unico atto pongano fine alle stesse, la quota ideale di ogni condividente deve essere computata e la porzione che gli è assegnata deve essere circoscritta nell'ambito di ogni singola comunione. Nell'ambito di ciascuna massa, in sostanza, dovrà trovare applicazione la questione relativa alla corrispondenza fra quota di fatto e quota di diritto. Quindi, nel caso in cui le singole assegnazioni di beni non corrispondano esattamente alle quote di spettanza di ciascun condividente in ogni singola comunione, la divisione non avrà natura esclusivamente dichiarativa, ma si determinerà un'equiparazione meramente fiscale, per l'eccedenza, in relazione ad ogni massa, di ciascun conguaglio ad un trasferimento tra condividenti (con l'applicazione delle più pesanti imposte proporzionali sui trasferimenti¹⁸⁶).

¹⁸⁵Se, ad esempio, A e B acquistano *pro indiviso* una casa e un terreno non con un unico atto, ma con due distinti atti, essi sono contitolari non di una ma di due comunioni, anche se hanno sempre acquistato in parti uguali; e precisamente ognuno di essi sarà titolare di una quota pari ad un mezzo sulla comunione che ha per oggetto la casa e di una quota pari ad un mezzo sulla comunione che ha per oggetto il terreno; A. CEVARO, *Il nuovo trattamento tributario della <<divisione>> di masse plurime*, cit., p. 1124.

¹⁸⁶L. SCORDINO, *Sull'imposizione della divisione di comunioni plurime*, in *Il Fisco*, 1991, p. 1554 ss.; P. ARMATI, *La disciplina tributaria della divisione*, in *Successioni e Donazioni*, a cura di Pietro Rescigno, 1994, vol. II, Padova, p. 396; G. BARALIS e D. PODETTI, *La nuova disciplina tributaria della divisione delle masse plurime nel testo unico dell'imposta di registro*, in *Riv Not.*, 1988, p. 606; M. CANNIZZO, *Il trattamento tributario della divisione*, in *Le Successioni (IV, Divisione)*, in *Diritto Privato nella Giurisprudenza*, a cura di Paolo Cedon, Torino, 1999, p. 196; Comm. Trib. Centrale, Sez. X, 12 ottobre 1988, n.6691, in *Boll. Trib.* 1989, p. 1273; Comm. Trib. centrale, Sez. IV, 3 luglio 1990, n.5888, in *Fiscovideo*.

Un'attenuazione di quest'ultimo principio deriva dalla possibilità di tassare come permuta¹⁸⁷ l'eventuale scambio di beni fra masse. In questo caso, infatti, l'imposta di trasferimento sui conguagli sarà applicabile soltanto al valore di quello, tra i due beni, che darà luogo alla percezione della maggiore imposta, ai sensi della lettera b) del primo comma dell'art. 43 del TUR¹⁸⁸.

Il Testo Unico dell'imposta di Registro ha tentato di temperare, in esito ad una lunga evoluzione storica¹⁸⁹, il trattamento fiscale che deriva da una siffatta ricostruzione delle masse plurime, nell'ultimo comma dell'art. 34¹⁹⁰, a norma del quale si considerano comunioni uniche, e non plurime, anche quelle che trovano origine in titoli diversi purché l'ultimo acquisto di quote avvenga *mortis causa*.

Questa norma, ispirata chiaramente al principio del *favor divisionis*, amplia quindi l'applicazione della minor aliquota di divisione, applicabile anche nel caso di comunioni che trovano origine in più titoli, ma ponendo, comunque, due importanti limitazioni.

La medesimezza dei soggetti partecipi delle comunioni rappresenta la prima limitazione.

¹⁸⁷“Tornando all'esempio precedente, se A e B decidono di dividere tra loro la casa e il terreno, acquistati con due distinti atti, assegnando ad A la casa e a B il terreno, con un tale atto, in realtà A cede a titolo di permuta a B la mezza quota di sua spettanza sulla comunione che ha per oggetto il terreno, mentre B cede a titolo di permuta ad A la mezza quota di sua spettanza sulla comunione che ha per oggetto la casa. Ciò è del tutto evidente solo se si pensa che con detto atto ad A nulla viene della comunione sul terreno, come egualmente a B nulla viene dalla comunione sulla casa” così A. CEVARO, *Il nuovo trattamento tributario della <<divisione>> di masse plurime*, cit., p. 1125.

¹⁸⁸L. NASTRI e M. NASTRI, *Il manuale applicativo delle imposte indirette*, Milano, 1996, p. 157; F. FORMICA, *La divisione nel diritto tributario*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., p. 688.

¹⁸⁹F. BUSONI, “*Il problema delle masse plurime*”, in *La nuova giurisprudenza Civile Commentata*, 2000, 2, p. 17 e ss.

¹⁹⁰La norma ha innovato il testo dell'art. 32 del precedente D.P.R. 634\1972 il quale prevedeva l'applicazione della più lieve aliquota della divisione a comunioni che trovassero origine in più titoli, ma esclusivamente a causa di morte.

I soggetti devono essere i medesimi al momento della divisione: non determinano, invece, per unanime opinione¹⁹¹, masse plurime le variazioni soggettive dei comunisti, a seguito di successione o di atti tra vivi traslativi di quote. In questo caso, infatti, la modifica soggettiva non produce l'ulteriore effetto di intaccare il rapporto genetico e funzionale che intercorre fra titolo e massa¹⁹².

Queste modificazioni di natura esclusivamente soggettiva possono avvenire in qualsiasi momento, addirittura anche come ultima vicenda della fattispecie, nulla mutando ai fini fiscali, continuando a essere un'unica comunione¹⁹³.

Per quanto riguarda la seconda limitazione, questa è data dal fatto che, per essere considerata un'unica comunione, l'ultimo acquisto di quote deve derivare da una successione a causa di morte.

La preoccupazione del legislatore di punire le elusioni, che potrebbero realizzarsi attraverso l'artificio di aumentare artificiosamente la compagine dei comunisti, con negozi tra vivi a tal fine conclusi, è qui di tutta evidenza. L'ultimo acquisto deve essere necessariamente a causa di morte, proprio al fine di collegare questo peggiore trattamento fiscale ad un evento che è fuori dalla sfera volitiva dei comunisti.

Dal punto di vista ermeneutico, la dizione "ultimo acquisto di quote" – una volta chiarito che le modificazioni soggettive non incidono sul rapporto genetico e funzionale fra titolo e massa – altro non significa se non che l'ultimo titolo costitutivo della comunione può essere solo ed

¹⁹¹C. SERENELLINI, *Le divisioni nel Testo Unico dell'imposta di registro*, in *Notaro*, 1986, p. 69; S. CARDARELLI, *Il trattamento tributario delle divisioni*, in *Corr. Trib.*, 1986, p. 224.

¹⁹²Così, ad esempio, se Tizio Caio e Sempronio sono comproprietari di beni per acquisto fatto per unico atto *inter vivos*, l'eventuale cessione di quota fatta da Tizio ad un terzo determinerà soltanto una modificazione soggettiva dei comproprietari, ma non cambierà il titolo di acquisto che ha generato la massa in comunione da dividere, che resterà sempre il primo, e la massa, sempre unica, F. FORMICA, *La divisione nel diritto tributario*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., p. 689.

¹⁹³*Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n.23\bis*, in data 20 Maggio 1991, in *CNN Strumenti*, II (1991), N.14, 0700, 5.1; e *Studio del Consiglio Nazionale del Notariato 5 luglio 2002* (estensore Formica), in *CNN Strumenti*, 0700, 17.

esclusivamente un titolo a causa di morte¹⁹⁴. Quindi, un ultimo titolo di acquisto, per successione ereditaria, a favore di tutti gli attuali comunisti, avente per oggetto un bene diverso da quelli già costituenti la comunione. Tale interpretazione trova l'importante conferma nella relazione all'art. 34 TUR, la quale testualmente afferma che «una modifica sostanziale è stata apportata all'annosa questione della tassazione delle masse plurime, ossia che trovano origine in più titoli, nel senso che esse sono considerate comprese in una sola comunione soltanto se i comunisti sono gli stessi e se l'ultimo titolo di acquisto di quota derivi da successione a causa di morte¹⁹⁵». Qui il termine titolo, che si riferisce alla quota, sarebbe uno di quei titoli che danno origine alle masse plurime¹⁹⁶.

Da ultimo, vi è da ritenere che la massa sia unica anche nel caso in cui la comunione si estenda ad altri beni come effetto di fenomeni quali l'accrescimento, che implicano delle relazioni di derivazione (ad esempio i

¹⁹⁴Così F. FORMICA, *La divisione nel diritto tributario*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., p. 691.

¹⁹⁵Per un illuminante esempio F. FORMICA, *La divisione nel diritto tributario*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., p. 689 “ Tizio e la moglie Caia sono comproprietari di tre immobili. Tizio muore, lasciando superstiti per legge la moglie e i tre figli: nella sua eredità è ricaduta la metà dei tre immobili. Pertanto, Caia è divenuta proprietaria di essi per 4/6; dei restanti 2/6 sono divenuti comproprietari i tre figli. Se Caia dona la sua quota di 4/6 ai tre figli e questi ultimi procedono alla divisione, attribuendosi ciascuno uno dei tre immobili (presupponendoli di egual valore), non si verifica il fenomeno delle masse plurime. In questo caso, infatti, la morte di Tizio ha determinato, ai sensi della norma in esame, la riunificazione dei tre titoli di provenienza in un'unica massa da dividere, fra Caia e i tre figli. La donazione fatta da Caia, invece, comporta una modificazione meramente soggettiva che, come detto più volte, non determina variazioni sull'unicità della massa, determinatasi, ai fini fiscali, con l'ultimo acquisto fatto a causa di morte dalla moglie Caia e i figli, tutti eredi di Tizio.

¹⁹⁶G. BARALIS e D. PODETTI, *La nuova disciplina tributaria della divisione delle masse plurime nel testo unico dell'imposta di registro*, cit., p. 611; A. FEDELE, *Sulla nozione di “massa” ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro sugli atti che producono lo scioglimento della comunione*, in *Riv. dir. Trib.*, 1991, III, p. 1182; Circolare Ministero delle Finanze 12 giugno 1986 n.37\220391; Comm. Trib. centrale, n.5888 del 18 settembre 1990 in *Rep. Foro it.*, 1990, voce registro, n.105; Comm. Trib. Centrale, n. 7118 del 16 novembre 1991, in *Rep. Foro It.*, voce registro, 1992, n. 95; Comm. Trib. Centrale n. 3077 del 5 maggio 1989, in *Rassegna Tributaria*, 1989, 2, p. 1074; Comm. Trib. Centrale n. 6691 del 12 ottobre 1988, in *Rassegna Tributaria*, 1989, 2, p. 188; M. CAPURRO, *La divisione in presenza di comunioni plurime*, in *Il Fisco*, 1991, p. 6334; un' interessante casistica si trova in A. CEVARO, *Il nuovo trattamento tributario della <<divisione>> di masse plurime*, cit., p. 1125.

frutti della cosa comune) o di attrazione (ad esempio accessione) fra i beni o i diritti¹⁹⁷.

In casi come questi, si assiste solamente ad un incremento dei beni, per il solo effetto della legge, che formano la massa da dividere, già unificata fiscalmente dall'ultimo acquisto a causa di morte.

¹⁹⁷A. FEDELE, *Sulla nozione di "massa" ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro sugli atti che producono lo scioglimento della comunione*, cit., p. 83.

7. L'oggetto di un contratto a causa divisoria

Soffermando la nostra attenzione sull'oggetto del contratto di divisione, una preliminare analisi dell'oggetto del contratto si rende necessaria, nozione che ha visto la dottrina molto attiva e non sempre concorde sul significato da attribuire a questo elemento essenziale del contratto.

Analizzando le diverse conclusioni, cui anche la dottrina più recente è pervenuta, non si può fare a meno di attestare che, nonostante gli sforzi profusi, il significato da dare all'oggetto del contratto costituisce tuttora un problema aperto¹⁹⁸, senza trascurare che vi è anche chi ha affermato l'inutilità della questione¹⁹⁹.

Il pensiero di parte della dottrina, innanzitutto, è orientato a sostenere che l'oggetto del contratto sia rappresentato dagli interessi, dalla materia o dai beni in esso regolati²⁰⁰; configurazione che comunque è stata oggetto di critiche da parte di alcuni autori che hanno evidenziato come, con questa chiave di lettura per qualificare l'oggetto del contratto si designa un elemento del contratto che sta al di fuori di esso, ricorrendo ad un termine esterno²⁰¹.

Il negozio desume l'oggetto dalla situazione giuridica su cui viene a incidere, finalizzandolo ad una modificazione della situazione medesima,

¹⁹⁸V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, vol. III, *I requisiti del contratto*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, s.l., ma Torino, s.d., ma 1991, p. 727 ss.

¹⁹⁹G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (Civil Law) (Saggio di critica mediante il metodo comparativo)*, in *Jus*, 1953, p. 295; E. ROPPO, *Sugli usi giudiziali della categoria <<indeterminatezza\indeterminabilità dell'oggetto del contratto>>, e su una sua recente applicazione a tutela di <<contraenti deboli>>*, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, c. 146 ss.

²⁰⁰E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 79 ss, sulle cui osservazioni si vedano le critiche parziali di L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 625.

²⁰¹F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, rist., 1983, p. 129.

questa è la posizione assunta, invece, da altra autorevole dottrina²⁰²; l'oggetto, quindi, delle dichiarazioni delle parti è il contenuto; il negozio è ciò che determina; il contenuto è ciò che è determinato²⁰³.

Orientandosi sotto il profilo del risultato unico voluto dalle parti, altri autori²⁰⁴ concepiscono il contratto come consenso, e l'oggetto è il termine di riferimento del consenso, l' *id* sul quale e verso il quale il consenso si manifesta²⁰⁵.

Diversamente da quanto detto, altri ritengono non sia possibile far coincidere l'oggetto con il contenuto del contratto; quest'ultimo, infatti, sarebbe inteso come l'insieme delle clausole volute dalle parti o inserite nel contratto per forza di legge, degli usi o dell'equità²⁰⁶. L'oggetto invece è la cosa o il diritto che il contratto trasferisce da una parte all'altra²⁰⁷, e che altro non è se non la prestazione che una parte deve porre in essere in favore dell'altra.

Infine, l'oggetto è individuato nel bene, non solo inteso come risultato della definizione codicistica²⁰⁸, ma come attività, come valore anche incorporale²⁰⁹.

Dopo questo breve sunto delle diverse posizioni dottrinali, breve ma essenziale anche a fini dell'analisi di quello che da più vicino ci interessa

²⁰²N. IRTI, voce << Oggetto del negozio giuridico >>, in *Noviss. dig. It.*, vol XI, s.l., ma Torino, s.d., ma 1965, p. 803, anche N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, s.l., ma Milano, s.d., ma 1984, p. 191 ss. In particolare p. 203.

²⁰³N. IRTI, voce << Oggetto del negozio giuridico >>, cit., p. 803.

²⁰⁴G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, s.d., ma 1960, p.16 nota 14; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1273 ss.

²⁰⁵P. PERLINGERI, *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di <<cosa futura >>*, Napoli, 1962, p. 69.

²⁰⁶F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, V.II, *Le obbligazioni e i contratti*, t. I, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, cit., p. 199.

²⁰⁷F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, V.II, *Le obbligazioni e i contratti*, t. I, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, cit., p. 199.

²⁰⁸Cfr. art. 810 cod. civ.

²⁰⁹G. B. FERRI, *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 11; G. B. FERRI, *Le anamorfosi del diritto civile attuale*. Saggi, s.l., ma Padova, 1994, p. 339.

l'analisi dell'oggetto nel contratto di divisione, si comprende meglio la difficoltà di un inquadramento generale dell'oggetto del contratto.

Ora, venendo a parlare proprio del contratto di divisione, la caratteristica peculiare di quest'ultimo sta proprio in ciò che esso incide sempre su una situazione di comunione.

Per mezzo della divisione, infatti, i diritti che riguardano il complesso di beni in comunione si trasformano in diritti su determinati beni assegnati. In questo senso, fuor di dubbio, il contratto ricava l'oggetto dalla situazione giuridica su cui viene a incidere, cioè la comunione²¹⁰.

Il contratto divisorio può avere a oggetto un solo bene, quando la comunione è formata da un solo bene appartenente a più comproprietari ma può avere a oggetto anche una pluralità di beni, nel caso in cui i beni che compongono la comunione siano più di uno; generalmente, quindi, possiamo affermare che ci sia un'equivalenza fra i beni che compongono la comunione e i beni che i condividenti dividono con il contratto. Unica eccezione a quest'affermazione è da rinvenire nell'eventuale conguaglio predisposto dai condividenti al fine di mantenere la proporzionalità fra quota e beni assegnati.

Tuttavia, questo sistema che può quasi definirsi binario, da un lato oggetto della divisione, dall'altro oggetto della comunione, non deve portare all'errata conclusione che la quota sia l'oggetto del contratto di divisione²¹¹.

La quota, infatti, non è un bene e quindi non può costituire oggetto di un diritto. Essa rappresenta uno strumento di misura della contitolarità del diritto, mentre il diritto del compartecipe è sull'intero bene, ovviamente limitato dal diritto degli altri compartecipi²¹².

²¹⁰N. IRTI, voce << Oggetto del negozio giuridico >>, cit., p. 803.

²¹¹S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, rist., 1964, p. 163.

²¹²A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, sl., ma Milano, sd., ma 1990, p. 262.

Per quanto riguarda i connotati dell'oggetto del contratto di divisione, come per ogni contratto, la legge²¹³ richiede che esso sia possibile, lecito, determinato o determinabile.

Per quanto riguarda la possibilità, essa attiene alla possibilità materiale dell'oggetto; così è impossibile una divisione di beni distrutti o inesistenti, come non si possono dividere beni che non compongano una comunione²¹⁴. Non si dubita, invece, dell'ammissibilità della divisione di cosa futura; in particolare, il contratto di divisione con oggetto un bene futuro è definitivo e a effetto reale, i cui effetti però si verificano nel momento in cui la cosa viene ad esistenza²¹⁵.

L'impossibilità dell'oggetto è ravvisata nel caso di beni che la legge²¹⁶ non consente di dedurre in contratto, prevedendo un vincolo di indivisibilità per determinate categorie di beni appartenenti alla comunione.

I requisiti della liceità e della determinatezza non presentano questioni particolari rispetto ai principi generali validi per tutti i contratti in generale. La giurisprudenza intervenendo sul profilo della determinatezza ha posto quale condizione di sufficienza che sia chiaro che i beni in comunione siano attribuiti a ciascuno dei condividenti²¹⁷.

Rimane da dire che il contratto di divisione, benché abbia carattere universale, avendo ad oggetto tutti i beni che compongono la comunione, non è da escludere una divisione parziale, rimando i condividenti in

²¹³Cfr. art. 1346 c.c.

²¹⁴Si è negata, ad esempio, da parte della giurisprudenza di merito, la possibilità alla divisione nel caso in cui il *de cuius* si sia spogliato in vita di tutti i suoi beni, poiché, in tale ipotesi, mancherebbe la massa da dividere che ne costituisce il presupposto, App. Napoli, 17 ottobre 1969, in *Giur. it., Rep.*, 1970, voce <<Divisione>>.

²¹⁵Cass. 12 dicembre 1974, n. 4231, in *Riv. giur. edilizia*, 1975, I, p. 510; Cass. Civ., 30 marzo 1968, n.998, in *Giur. it., Rep.*, 1968, voce <<Divisione>> n.3; Cass. Civ., 10 maggio 1978, n. 2263, in *Giur. it., Rep.*, voce <<Divisione>> n. 37; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 741.

²¹⁶Si tratta delle limitazioni previste dagli artt. 720, 722 e 1112 del codice civile, dei quali si tratterà successivamente (*infra* n. 9).

²¹⁷Cass. civ., 18 dicembre 1942, n. 2714, in *Foro it., Rep.* Voce <<Divisione>> n. 10.

comunione relativamente ai beni non divisi²¹⁸. Nel caso in cui, alcuni dei beni che compongono la comunione e che non stati compresi nella divisione siano stati acquistati dal *de cuius* sotto condizione risolutiva, l'avverarsi della condizione comporta la caducazione *ex tunc* della divisione, essendo quei beni estranei alla comunione *ab origine*²¹⁹.

Trattato l'oggetto come elemento essenziale del contratto, e anche nello specifico caso che in questa sede interessa, come oggetto del contratto di divisione, non resta che analizzare alcune interessanti vicende che hanno riflessi diretti sull'oggetto del contratto e che meritano una seppur breve menzione, vicende in ordine alle quali si dubita dell'appartenenza di determinate categorie di beni alla comunione.

La prima situazione di cui è interessante trattare concerne i frutti prodotti dal bene oggetto della comunione. Il quesito che bisogna risolvere è se i frutti dei beni prodotti *manente comunione* cadano anch'essi in comunione e, di conseguenza, siano anch'essi oggetto di divisione ovvero se questi, a seguito della divisione, spettino in proprietà esclusiva agli assegnatari dei beni che li hanno prodotti, come risultato degli effetti retroattivi della divisione.

In questa situazione è d'uopo, preliminarmente, prendere in considerazione la distinzione in ordine alla tipologia dei frutti, cioè la nota distinzione fra frutti civili e frutti naturali, esaminando il loro rapporto nei confronti del bene che li ha generati, se, quindi, siano stati separati o meno. In dottrina, ormai senza dubbi, si definiscono i frutti naturali come quelli che derivano per separazione dalla cosa "madre" e che si acquistano automaticamente per

²¹⁸A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 367; Cass. civ. 29 novembre 1994, n. 10220, in *Giur. it., Rep.* 1994, voce <<Divisione>> n. 34, che viene negato che il principio di universalità della divisione abbia carattere inderogabile, e si afferma la possibilità di una divisione parziale sia per accordo tra le parti, sia qualora, richiesta giudizialmente la divisione parziale, le altre parti non amplino la domanda estendendo la divisione all'intero asse ereditario; Cass. civ. 9 febbraio 1987, n. 1337, in *Riv. notar.*, 1987, p. 1160.

²¹⁹In tal senso Cass. civ., 17 maggio 1984, n. 3049, in *Giust. civ., Rep.*, voce <<Divisione>> n. 6.

effetto del diritto sulla cosa²²⁰; da ciò discende, come logica conseguenza, che possiamo avere frutti naturali separati dalla cosa “madre” e frutti naturali non separati. Per i frutti naturali non separati, si ritiene che essi seguano, per quanto riguarda il diritto di proprietà, i beni che li abbiano generati²²¹. Ciò si può dedurre dal codice civile, dove la norma²²² che dà la nozione di frutti civili e frutti naturali, statuisce che, i secondi, fino a quando non avvenga la loro separazione fanno parte della cosa “madre”. Sempre secondo il codice civile, la proprietà dei frutti naturali spetta al proprietario dei beni che li ha prodotti, e quindi, nel caso di specie, ai comproprietari. Quindi, i frutti naturali che non siano stati separati cadono in comunione; si dividono tra i compartecipi in quanto beni della comunione e saranno apporzionati quale parte integrante del bene. In questo caso è ritenuto²²³ operante il principio di retroattività disposto dal codice civile²²⁴, cosicché ogni assegnatario percepirà i frutti prodotti dal bene assegnato in divisione.

Nel caso opposto in cui i frutti naturali siano stati separati *manente comunione*, il complesso dei frutti separati è acquisito dalla massa e quindi alla proprietà *pro quota* di ciascun coerede²²⁵.

Per i frutti civili, ossia quei beni che si traggono come corrispettivo per aver concesso il godimento di un bene ad altri²²⁶, il codice civile dispone che si acquistino giorno per giorno in ragione della durata del diritto, ma nulla dice riguardo chi li acquisti. In questo caso, si ritiene²²⁷ che valga lo stesso criterio adottato per i frutti naturali separati, quindi formano una massa

²²⁰P. BARCELLONA, voce <<Frutti (diritto civile)>>, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, s.l., ma Milano, s.d., ma 1969, p. 204 ss.

²²¹A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 30.

²²²Cfr. art. 820 cod. civ.

²²³A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 159.

²²⁴Cfr. art. 757 cod. civ.

²²⁵Cass. civ., 5 marzo 1987, n. 2320, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 456.

²²⁶P. BARCELLONA, voce <<Frutti (diritto civile)>>, cit., p. 215.

²²⁷A. MORA, *Il contratto di divisione*, cit., p. 160.

indivisa sulla quale ciascun comunista vanta diritti in proporzione alla quota di spettanza.

Nella divisione ereditaria, resta da evidenziare, l'assegnazione *pro quota* a un coerede dei frutti prodotti quando la comunione era pendente non retroagisce al momento dell'apertura della successione ma a quando questi siano venuti ad esistenza se questo momento è posteriore a quello dell'apertura della successione²²⁸.

Un'altra questione che suscita interesse e che merita di essere esposta riguarda la sorte dei debiti facenti capo al *de cuius* e dei crediti ereditari. L'opinione a lungo sostenuta dalla dottrina è quella che può essere riassunta nel brocardo <<*nomina et debita hereditaria ipso iure dividuntur*>>, ossia debiti e crediti ereditari non cadono in comunione ma si dividono automaticamente, *ipso iure*, tra gli eredi.

L'applicazione e la validità di questo principio sono stato vagliati e in un certo senso revisionati nel corso del tempo.

Partendo dai debiti, la dottrina a lungo è rimasta ancora al tradizionale principio²²⁹, ritenendosi che i debiti si dividessero automaticamente tra i coeredi dal momento dell'apertura della successione. Opinione che la dottrina sostiene e fonda sulla base di varie disposizioni legislative²³⁰.

²²⁸A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 201.

²²⁹D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, nuova ed., a cura di A. Liserre e G. Floridia, s.l., ma Torino, s.d. ma 1998, p. 1221; A. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 364; V. R. CASULLI, voce <<*Divisione ereditaria (diritto civile)*>>, cit., p. 53 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, Milano, 1962, p. 605; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 11 ss.

²³⁰La prima di esse è l'art. 752 cod. civ. il quale dispone che gli eredi contribuiscono al pagamento dei debiti e dei pesi ereditari proporzionalmente alle quote di loro spettanza. Altra conferma si rinviene nell'art. 754 cod. civ. secondo il quale gli eredi sono tenuti al pagamento dei debiti ereditari personalmente ed in proporzione alla loro quota ereditaria. Ancora, un'altra disposizione che si evoca in favore della suddetta tesi è la norma dell'art. 1295 c.c. in tema di obbligazioni solidali; l'obbligazione si divide fra gli eredi di uno dei condebitori o di uno dei creditori in solido, in proporzione delle rispettive quote.

La giurisprudenza è sempre rimasta fedele al principio dell'automatica rifrazione dei debiti²³¹, senza poi entrare nel merito delle critiche che parte della dottrina²³² ha mosso alla validità del principio stesso.

Per i crediti, la dottrina che ammette la divisione automatica ritiene che detto principio sia contenuto nel codice civile²³³. Anche in questo caso non sono mancate le critiche. Il presupposto della diversa tesi è una differente qualificazione del rapporto comunione ereditaria - coerede, nella quale prevalga l'interesse dei coeredi ad amministrare congiuntamente le passività e le attività ereditarie. Si tratta, in sostanza, di qualificare la disciplina dei rapporti in comunione come una disciplina collegiale, dove le decisioni sono adottate a maggioranza.

Fatte queste premesse, si critica la divisione *ipso iure* dei crediti in quanto anche i sostenitori di questo principio ne negano l'operatività relativamente alle obbligazioni indivisibili, non tenendo conto del fatto che i concetti di divisibilità e indivisibilità attengono non tanto all'obbligazione essendo un carattere della prestazione. Inoltre sarebbe incompatibile con la divisione ereditaria la circostanza che il coerede possa disporre *iure proprio* della quota di debito e di credito prima della divisione. All'affermazione che la comunione dei debiti sarebbe troppo gravosa per il coerede, si è ribattuto che non è comprensibile perché debba accollarsi al creditore il rischio dell'insolvenza di un coerede quando si tratti di eredità lucrosa²³⁴. Due

²³¹Cass. civ. 13 ottobre 1992, n. 11128, in *Foro it.*, 1993, I, 1, c. 2283; per una remota decisione in questo senso Cass. civ., 24 luglio 1945, n. 608, in *Foro it., Rep.*, 1943-45, voce << *Successione legittima e testamentaria* >>, 126.

²³²F. D. BUSNELLI, voce *Comunione ereditaria*, cit., p. 279; F. D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, p. 89 ss.; P. SCHLESINGER, voce << *Successioni (diritto civile): parte generale* >>, in *Noviss. dig. It.*, vol. XVIII, s.l., ma Torino, s.d., ma 1971, in particolare p. 762; G. CATTANEO, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*, Milano, 1988, p. 71.

²³³In particolare negli artt. 1295 e 1324 del cod. civ.; si veda A. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 365; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 18.

²³⁴P. SCHLESINGER, voce << *Successioni (diritto civile): parte generale* >>, cit., p. 762.

norme del codice civile sono state ritenute importanti, la prima²³⁵, che prevede la decisione a maggioranza tra i coeredi al fine di vendere i beni dell'eredità per pagarne i debiti, fatto che riguarda tutti i coeredi in funzione di un interesse collettivo²³⁶; l'altra²³⁷, prevedendo la resa dei conti, richiede la formazione dell'attivo e del passivo, all'interno della quale ricadono debiti e crediti che cadono nell'eredità.

Per i crediti, dettando il legislatore²³⁸ le regole per la formazione delle porzioni ed facendovi rientrare in esse beni mobili, immobili e crediti di eguale natura, si schierebbe evidentemente in favore della caduta in comunione anche dei crediti²³⁹. Anche l'art. 757 del codice civile porta a propendere per la caduta dei crediti in comunione, in quanto l'eventuale assegnatario si deve considerare successore dal momento dell'acquisto dell'eredità²⁴⁰.

Anche la giurisprudenza ha mutato il proprio orientamento tradizionale con una decisione, alquanto recente, che testimonia il recepimento degli ultimi approdi dottrinali, stabilendo che i crediti del *de cuius* non si dividono automaticamente tra i coeredi in proporzione alle rispettive quote, ma entrano a far parte della comunione ereditaria come si desume dagli artt. 727 e 757 del codice civile²⁴¹.

²³⁵Cfr art. 719 c.c.

²³⁶P. SCHLESINGER, voce << Successioni (diritto civile): parte generale >>, cit., p. 762.

²³⁷Cfr. art. 723 c.c.

²³⁸Cfr. art. 727 c.c.

²³⁹A. LENER, *La comunione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 8, *Proprietà*, t. II, s.l., ma Torino, s.d., ma rist. 1991, p. 329.

²⁴⁰F. D. BUSNELLI, voce *Comunione ereditaria*, cit., p. 279.

²⁴¹Cass. civ., 13 ottobre 1992, n. 11128, cit.

8. Il problema dei beni non divisibili

La ragioni che spinsero il legislatore, già nel 1865, a escludere l'operatività del generale diritto alla divisione per i beni indivisibili o non comodamente divisibili sono abbastanza evidenti: si sono voluti evitare frazionamenti che risulterebbero non adeguati allo scopo o per l'elevato costo delle operazioni divisionali o per altri aspetti negativi che la divisione stessa genererebbe come la perdita di ricchezza che il bene subirebbe, misurabile confrontando la somma del valore delle porzioni e il valore che il bene avrebbe conservato se rimasto integro oppure la scarsa funzionalità delle porzioni stesse²⁴².

²⁴²P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, Della divisione, cit., p. 126; Affermano che la comoda divisibilità deve valutarsi non solo dal punto di vista strutturale, ma anche da quello funzionale, nel senso che le porzioni divisorie devono essere idonee ad assolvere alla funzione economica dell'intero bene oggetto di frazionamento le decisioni di Cass., 19 aprile 1962, in *Mass. Foro It.*, 1962, n. 779; Cass. 12 luglio 1963, n. 1893, in *Giust. civ.*, 1963, I, 251; Cass. 22 luglio 1963, n. 2034, in *id.*, 1963, I, 2346; Cass. 4 agosto 1965, n. 1868, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 1298; 5 febbraio 1966, n. 385, in *Riv. giur. edilizia*, 1966, I, 744; Cass. 4 luglio 1966, in *Mass. Foro it.*, 1966, n. 1720; Cass. 4 gennaio 1967, in *id.*, 1967, n. 11; Cass. 9 maggio 1967, in *id.*, 1967, n. 926; Cass. 9 Ottobre 1971, n. 2813, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1724; Cass. 8 aprile 1972, in *Mass. Foro it.*, 1972, n. 1086; Cass 17 Maggio 1975, in *id.*, 1975, n. 1930; Cass. 29 dicembre 1975, n. 4243, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1730; Cass. 29 maggio 1976, in *Mass. Foro it.*, 1976, n. 1947; Trib. Verona 6 luglio 1990, in *Giur. merito*, 1990, 929, con nota di G. AZZARITI, secondo la quale la divisibilità dei beni immobili non può essere sostenuta in base al dato meramente formale di distinte indicazioni catastali e va accertata, invece, alla stregua di criteri obiettivi di natura economica e funzionale.

La comoda divisibilità non può neppure escludersi in base soltanto alla minore possibilità di sfruttamento delle singole frazioni di un immobile rispetto all'intero, trattandosi di un effetto che consegue normalmente e necessariamente in qualsiasi caso in cui la cosa comune sia divisa tra i partecipanti anziché attribuita in via esclusiva e per intero ad uno solo dei condomini : Cass., 29 dicembre 1975, in *Mass. Foro it.*, 1975, 4243.

A. LIUNI, *I beni durevoli sono sempre divisibili*, in *Riv. giur. edil.*, 1992, II, p. 121 ss., dove l'autore sostiene che i beni durevoli siano sempre comodamente divisibili; sempre secondo l'autore tali beni che hanno sempre un mercato del prezzo dell'uso, distinto da quello del prezzo del bene, sono sempre divisibili in parti attribuendo nel tempo il godimento dell'intero bene a persone diverse, commisurando il periodo del relativo godimento alla quantità di bene dovuta alle varie persone che insieme dovranno godere il bene per l'intera vita economica dello stesso.

La legge²⁴³, quando una di queste prospettive è ipotizzabile, ritiene ingiusto che il diritto del singolo ad avere la sua quota di spettanza di ogni bene in natura possa essere imposto, con danno evidente, alla maggioranza; a tal fine il diritto del singolo è piegato all'interesse collettivo; e senza remore in quanto questo sacrificio non comporta la negazione del fondamentale diritto di ottenere la divisione, attraverso i mezzi indiretti dell'assegnazione, del conguaglio o della vendita. In questo modo è realizzato un equo contemperamento degli interessi in gioco²⁴⁴.

La fattispecie, quindi, sussiste quando è accertato in modo rigoroso la ricorrenza dei presupposti, che sono costituiti dalla impossibilità *tout court* di frazionare il bene, dalla sua realizzabilità solo a pena di un eccessivo deprezzamento dello stesso o dalla impossibilità di frazionare formando porzioni in concreto suscettibili di autonomo e libero godimento, ossia, non compreso da servitù, pesi o limitazioni eccessive²⁴⁵.

Prima di proseguire nell'analisi, è opportuna una precisazione.

La disposizione in esame, l'art 720 del codice civile, se presa alla lettera, riguarderebbe soltanto i beni immobili.

Ma non v'è dubbio che tutti gli aspetti che in un certo senso giustificano il regime d'indivisibilità dei beni immobili non comodamente divisibili non si atteggiano in maniera diversa per quanto riguarda i beni mobili²⁴⁶.

La coerenza, quindi, sembra imporre la stessa soluzione sia per i beni mobili che per i beni immobili, e ciò in via di interpretazione estensiva o in

²⁴³Ci si riferisce agli artt. 720 e 722 del c.c., da leggersi in connessione tra loro che rappresentano una chiara eccezione al diritto potestativo di ciascun partecipante ad ottenere i beni in natura.

²⁴⁴Trib. La Spezia, 22 agosto 1946, in *Foro pad.*, 1947, I, 346, con nota di E. FORCIERI.

²⁴⁵Trib. Roma, sez. VII, 18 aprile 2012, n. 7784, in *Giuda dir.*, 2012, 26, 66; Cass. 11 aprile 1987, n. 3617, in *Vita not.*, 1987, p. 751;

²⁴⁶P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 140, con un calzante esempio “una pietra preziosa, ad esempio, dal punto di vista materiale è facilmente divisibile, ma essendo il valore commerciale degli esemplari più grandi di gran lunga maggiore del valore degli esemplari più piccoli, è palese come, sezionando un diamante o uno smeraldo, si determini una grave perdita di ricchezza.

via di estensione analogia della norma²⁴⁷. La mancata menzione dei beni immobili è stata giustificata in chiave storica, in funzione del minor valore che i beni mobili possedevano in passato rispetto agli immobili²⁴⁸.

I concetti d'indivisibilità e di non comoda divisibilità vanno ricostruiti attraverso la “considerazione integrata” dei numerosi riferimenti normativi ad essi operati dal codice civile²⁴⁹.

Il concetto di incomoda divisibilità è stato ripreso dal nostro codice dal modello francese²⁵⁰, con esso il limite alla divisione materiale dal suo ambito naturale è esteso alla categoria dei beni non comodamente divisibili. L'esame sulla comoda divisibilità va effettuato in concreto e non è sindacabile dal giudice di legittimità se motivato in maniera adeguata²⁵¹.

Tra i due criteri, quello della indivisibilità e quello della non comoda divisibilità, è stato introdotto un criterio per così dire gerarchico: infatti, il fatto che il bene si deprezzi a seguito della partizione non assume rilevanza qualora risulti l'indivisibilità del bene sul piano funzionale²⁵².

Non può farsi questione di indivisibilità o comunque di non comoda divisibilità, quando facciano parte di una comunione ereditaria più immobili, o meglio più beni, che consentano di comporre la quota di alcuni coeredi, da soli o insieme con altri beni, in modo che le porzioni degli altri possano formarsi con i restanti beni: in questo caso il soddisfacimento delle quote si realizza con la ripartizione qualitativa e quantitativa dei vari cespiti compresi nella comunione²⁵³.

Nel caso in cui, invece, i beni restanti non consentano di compensare gli altri partecipanti, allora fra i tanti confliggenti diritti al bene in natura

²⁴⁷M. VITALEVI, *Comunione dei beni*, III, n. 1029, p. 1371; L. MENGONI, *Successione necessaria*, n. 86, p. 316.

²⁴⁸L. MENGONI, *Successione necessaria*, n. 86, p. 316 e ss.

²⁴⁹Cfr artt. 722, 846, 1112, 1114, 1119, 1316 e 1772 c.c.

²⁵⁰Cfr art. 827 Cod. Nap.

²⁵¹Cass. 2 febbraio 1995, n. 1260, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 275.

²⁵²Cass., 11 marzo 1997, n. 2170, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 381.

²⁵³Cass. 8 settembre 1994, n. 7700, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 1137.

prevale quello del condividente a cui spetta la quota maggiore; la quota maggiore andrà valutata tenendo conto dei beni eventualmente già assegnati al condividente che chiede l'attribuzione del bene in via esclusiva, quindi deve farsi riferimento al fine di calcolare le quote in gara, al valore residuo di ciascuna quota, dedotto quello dei beni già attribuiti²⁵⁴. Ad ogni modo si deve fare riferimento al momento della divisione e non dell'apertura della successione²⁵⁵. Ancora, bisogna sempre tenere conto dell'eventuale acquisto di quota effettuato *manente comunione* da parte di un condividente come dell'eventuale concentrazione di più quote nella persona di un solo coerede²⁵⁶.

La regola della prevalenza della quota maggiore, comunque, non è una regola rigida, si ammette infatti la disapplicazione giudiziale di questo principio valido a dettare al giudice un criterio di massima²⁵⁷, come indicato dall'avverbio preferibilmente²⁵⁸; criterio dal quale il giudice, quindi, potrebbe discostarsi, con motivazione che indichi le ragioni che hanno fatto propendere per l'esclusione dell'automatica applicazione del criterio della maggior quota²⁵⁹.

Resta fuori dalla disciplina dell'art. 720 c.c. l'eventualità di una partizione in natura del bene, mentre la vendita all'incanto è configurata come rimedio a cui si fa ricorso quando nessuno dei coeredi è disposto a giovare dell'assegnazione per l'intero; ciò significa che il legislatore abbia previsto la vendita all'incanto come *extrema ratio* cui ricorrere quando nessuno dei

²⁵⁴Cass. 29 ottobre 1992, n. 11769, in *IMass. Giust. civ.*, 1992, fasc. 10.

²⁵⁵Cass. 11 luglio 1995, n. 7588, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 615.

²⁵⁶Cass. 4 maggio 1985, n.2795, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, fasc. 5.

²⁵⁷P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 152 nota 12 e p. 153, dove gli autori parlano di criterio di semplice preferenza relativa.

²⁵⁸*Contra* P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 147, dove gli autori ritengono che l'avverbio "preferibilmente" indicherebbe che il condividente di quota maggiore può esercitare o meno il suo diritto all'assegnazione dell'intero bene indivisibile a suo insindacabile arbitrio e che contro la sua volontà neppure il giudice potrebbe, d'autorità, procedere ad attribuirgli quel bene addebitandogli i conseguenti conguagli.

²⁵⁹Cass. 21 febbraio 1985, n. 1528, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, fasc. 2.

condividenti sia interessato all'attribuzione per intero, con i necessari addebiti²⁶⁰. Siccome l'attribuzione impone dei conguagli, essa è necessariamente subordinata al consenso dell'interessato; il giudice non potrebbe accogliere la domanda di assegnazione qualora in essa sia esplicitamente espresso il rifiuto di corrispondere conguagli.

Per giurisprudenza costante²⁶¹ l'istanza di attribuzione ha natura di eccezione o di specificazione della domanda: non essendo quindi una domanda in senso proprio è formulabile anche per la prima volta in appello. Il conguaglio in denaro, che è il credito che vantano i dividendi nei confronti dell'assegnatario del bene in proprietà esclusiva, trattandosi di credito di valore che esprime l'equivalente economico della quota di tale bene, deve essere determinato, con riferimento al valore del bene stesso, al momento del termine del giudizio di divisione anche se non fosse stata avanzata richiesta in tal senso²⁶²: di conseguenza, la stima durante il procedimento può essere aggiornata alla svalutazione.

Per quanto riguarda i beni indivisibili nell'interesse della produzione nazionale, previsione fatta dall'art 722 c.c., l'indivisibilità nell'interesse pubblico è presunta *iuris et de iure*, sollevando il giudice dal doverla provare in concreto: più che alla minima unità culturale (art. 846 c.c.), che non ha mai trovato pratica applicazione, si può fare l'esempio del maso chiuso, vigente nella provincia di Bolzano, e alle unità poderali di bonifica²⁶³. Per quanto riguarda la disciplina speciale dettata per il maso chiuso dalla legge della provincia di Bolzano²⁶⁴, la giurisprudenza ha chiarito che essa non toglie il bene alla successione ereditaria, ma impone di

²⁶⁰Cass. 9 febbraio 2000, n. 1423, in *Fam. E dir.*, 2000, 458, con nota di Figone; Cass. 4 maggio 1994, n. 4270, in *Mss. Giust. civ.*, 1994, 597.

²⁶¹Cass. 2 giugno 1999, n. 5392, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 1250; Cass. 31 Marzo 1990, n. 2630, *ivi.*, 1990, fasc. 3; Cass. 1 marzo 1995, n. 2335, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 481.

²⁶²Cass. 28 marzo 2001, n. 4518, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 614; Cass. 29 gennaio 2001, n. 1245, in *Fam. dir.*, 2001, 331; Cass. 9 maggio 1996, n. 4369, in *Giur. it.*, 1997, 1, 467.

²⁶³Legge 3 giugno 1940, n. 1078.

²⁶⁴Legge prov. Bolzano 28 novembre 2001, n. 17.

ritenerlo un bene indivisibile e di conseguenza di assegnarlo ad un unico erede o legatario: i criteri legali di determinazione dell'assuntore operano solo in assenza di un testamento o di un accordo tra gli eredi legittimi²⁶⁵.

²⁶⁵Cass. 27 febbraio 2012, n. 2983, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 2, 227.

9. Effetto retroattivo della divisione e dei suoi surrogati

Il contratto di divisione ha effetto retroattivo *ex lege*²⁶⁶. Nelle successioni, v'è da dire, la retroattività ha un rilievo del tutto primario. Ad esempio, dispone la legge²⁶⁷, che all'accettazione dell'eredità conseguono effetti acquisitivi dell'eredità sin dal momento in cui si è aperta la successione²⁶⁸.

Preliminarmente è interessante un breve approfondimento del concetto giuridico di retroattività. Il far retroagire gli effetti giuridici di un atto o di un fatto ad un tempo allo stesso antecedente, ovviamente crea dei problemi la cui soluzione non può essere immediata. Anzitutto, si distingue fra retroattività reale e retroattività obbligatoria.

Solo alla prima è data la facoltà di incidere direttamente sugli effetti giuridici degli atti, per la realizzazione di quegli interessi cui la retroattività è indirizzata²⁶⁹.

Al contrario, la retroattività obbligatoria genererebbe a carico delle parti un obbligo al quale attenersi al fine di ottenere l'identico effetto retroattivo²⁷⁰.

²⁶⁶Lo stabilisce espressamente l'art. 757 c.c. norma dettata per la divisione della comunione ereditaria, ma che, come detto più sopra, trova regolarmente applicazione ad ogni contratto di divisione.

²⁶⁷Cfr. art. 459 c.c.

²⁶⁸L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja- G. Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 112, secondo cui l'effetto retroattivo dell'accettazione <<rappresenta uno svolgimento logico del concetto stesso di successione ereditaria, inteso come sottentrare di un nuovo soggetto, al posto del soggetto estinto>>; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 264; C. DIONISI, <<L'efficacia estintiva>> dell'accettazione di eredità con il beneficio d'inventario, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 429; A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 34; A. VALENTE, *Accertamento dichiarativo e dinamica giuridica*, Milano, 1963, p. 129.

²⁶⁹Secondo la prevalente dottrina la retroattività reale produce gli effetti retroattivi in modo automatico, D. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937, p. 39; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 269, che ritiene inoltre che la retroattività reale abbia effetti anche nei confronti dei terzi; Per A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 103, *sub nota* (5), la retroattività vera e propria è <<chiamata pure retroattività reale, per distinguerla da quel 'surrogato economico' della retroattività che prende il nome di c. d. retroattività obbligatoria>>.

Altra distinzione, che non attiene alla produzione degli effetti ma piuttosto alla riconducibilità nella sfera dei terzi, ed alla conseguente opponibilità, dell'atto avente efficacia retroattiva è quella fra retroattività assoluta, o *erga omnes*, e relativa, o *inter partes*. Nel caso in cui la retroattività produca i suoi effetti nei confronti di tutti i soggetti e sia ad essi, quindi, opponibile, si parla di retroattività assoluta, nel caso contrario, ossia quando tale opponibilità ed assolutezza non sussistano, siamo nel campo della retroattività relativa. Rientra sicuramente nel primo caso, quello della retroattività reale, la retroattività della divisione ereditaria²⁷¹.

Al fine di giustificare il fenomeno retroattivo si è fatto sovente ricorso al concetto di finzione²⁷². In sostanza, gli effetti di un particolare atto o fatto si considerano fittiziamente realizzati in un momento antecedente a quello in cui il medesimo si è verificato²⁷³.

Quindi, secondo questa ricostruzione, con la divisione ereditaria l'ordinamento finge, una volta avvenuta la divisione, che ciascun condividente sia stato titolare dei beni a lui pervenuti con l'appropriazione fin dal momento dell'apertura della successione, anziché averne la contitolarità *pro quota* dal momento della comunione.

²⁷⁰G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, Milano, 1962, p. 23; W. BIGIAMI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 696; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 37.

²⁷¹E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 50.

²⁷²Ritengono che la retroattività della divisione, ex art. 757 cod. civ. costituisca una finzione: N. COVIELLO, *Delle successioni*, Napoli, 1935, p. 535; W. D'AVANZO, *Delle successioni*, vol. I, Firenze, 1942, p. 223; G. MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, cit., p. 7; G. MIRABELLI, voce *Divisione (diritto civile)*, cit., p. 35; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 199 e 207.

²⁷³Attribuisco alla retroattività il carattere della *fictio* G. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 214; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956, p. 141; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 16; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 300.

L'ordinamento farebbe ricorso alla *fictio* per attribuire alla divisione effetti retroattivi²⁷⁴.

La norma che dispone per la retroattività della divisione non ha dato particolari problemi in ordine alla sua portata pratica, avendo quale unico fine quello di retrodatare gli effetti della divisione; la norma ha suscitato, invece, un lungo dibattito, come già diffusamente rilevato sopra, circa la natura giuridica della divisione, volendo parte della dottrina e della giurisprudenza, fondare su quanto disposto dalla norma stessa la teoria della natura dichiarativa e non costitutiva della divisione.

Quindi come abbiamo detto, la divisione ha retroattività reale, che dovrebbe travolgere tutti gli atti compiuti nel periodo della comunione ereditaria. Tuttavia, in sede successoria le situazioni interinali vengono tutelate proprio nell'interesse stesso della successione. Infatti è di chiara evidenza che se l'efficacia retroattiva mettesse a repentaglio tutti gli atti posti in essere a tutela della comunione, e in linea di massima la comunione ereditaria come godimento, difficilmente un coerede si occuperebbe della comunione stessa. Da ciò si può affermare che la retroattività esplica i suoi effetti con riguardo solamente alla titolarità del diritto, non eliminando quegli atti posti in essere dai coeredi a vantaggio della comunione²⁷⁵. In questo ambito rileva la situazione dei frutti maturati dai beni ereditari dopo l'apertura della successione, dovendo, infatti, la retroattività far discendere che ogni coerede abbia diritto ai frutti prodotti dai beni a lui assegnati con la divisione; ma questa conclusione tradirebbe la *voluntas* del legislatore.

Infatti i frutti costituiscono una massa indivisa, su cui ogni coerede vanta la stessa quota di diritti vantata sui beni ereditari. Ad ogni modo, il principio di cui all'art. 757 c.c. non opera solo se i frutti maturati abbiano già subito il processo di separazione al momento della divisione, cadendo così in

²⁷⁴Così C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per l'evizione*, cit., p. 98, che ritiene di non poter accogliere l'idea che il legislatore «pur considerando la divisione per sua natura traslativa, le avrebbe imposto “*ex lege*” natura dichiarativa».

²⁷⁵G. MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, cit., p. 54.

comunione ai sensi degli artt. 820 e 821 c.c., non rientrano nella proprietà esclusiva del condividente che abbia ottenuto il bene che li ha generati.

La norma del 757 c.c. che dispone la retroattività opera, per contro, nel caso dei frutti che non siano stati separati e che verranno interamente attribuiti al coerede assegnatario del bene che li ha prodotti²⁷⁶.

E' interessante dire di un ulteriore problema applicativo che potrebbe verificarsi, sempre trattando degli effetti retroattivi della divisione, quando, in regime di comunione ereditaria, i coeredi abbiano costituito una servitù per destinazione del padre di famiglia²⁷⁷, e successivamente il bene fosse diviso. Anche in questo caso, la retroattività non infrange la servitù, sebbene faccia retroagire gli effetti dell'atto divisorio potremmo concludere che i fondi sui quali è stata costituita la servitù non sono appartenuti allo stesso proprietario bensì a due proprietari differenti. La giurisprudenza, infatti, ha chiarito in merito che, in ordine alla costituzione di queste servitù, deve aversi riguardo solo alla situazione di fatto posta in essere o lasciata dall'unico proprietario, non potendo tale situazione di fatto essere successivamente modificata e capovolta, nel caso in cui la separazione dei

²⁷⁶C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per l'evizione*, cit., p. 137; In tal senso si esprime anche la giurisprudenza prevalente: Cass. civ., 8 ottobre 1957, n. 3660, in *Giust. civ. Rep.*, 1957, voce <<Divisione>>, n. 18; Cass. civ., 3 luglio 1959, n. 2116, in *Giust. civ. Rep.*, 1959, voce <<Divisione>>, n. 12; Cass. civ., 28 giugno 1963, n. 1712, in *Giust. civ. Rep.*, 1963, voce <<Divisione>>, n. 64; Cass. civ., 9 aprile 1965, n. 621, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1632, con nota di G. CASSISA, *Diritto ai frutti sui beni della comunione*; Cass. civ., 30 marzo 1968, n. 998, in *Giust. civ.*, 1968, voce <<Divisione>> n. 1; Cass. civ., 28 giugno 1976, n. 2453, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 648; Cass. civ., 10 novembre 1976, n. 4131, in *Giust. civ. Rep.*, 1976, voce <<Divisione>>, n. 18; Cass. civ., 5 marzo 1987, n. 2320, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, p.456, con nota di F. PADOVINI, ove si è stabilito che il principio di retroattività, non opera per gli incrementi oggettivi dei beni ereditari, verificatisi anteriormente alla divisione, *manente comunione*; Cass. civ., 20 marzo 1991, n. 2975, in *Giust. civ. Rep.*, 1991, voce <<Divisione>>, n. 12. *Contra* Cass. civ., 5 settembre 1970, n. 1218, in *Foro it. Rep.*, 1970, voce <<Divisione>>, n. 13.

²⁷⁷Ipotesi prevista e regolata dall'art. 1062 del c.c. che ha luogo quando consta, mediante qualsiasi genere di prova, che due fondi, attualmente divisi sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi ha posto o lasciato le cose nello stato dal quale risulti la servitù.

fondi avvenga per scioglimento di una comunione, dalla divisione, che rappresenta un *posterius*²⁷⁸.

²⁷⁸Cass. civ., 29 luglio 1955, n. 2457, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 66.

CAPITOLO TERZO

CONTRATTI TIPICI ED ATIPICI CON EFFETTO DIVISORIO

SOMMARIO: 1. La divisione con conguagli e la divisione civile. – 2. La permuta di bene o di quota su bene. – 2.1. Segue: La permuta di quote su beni indivisi. – 3. La donazione. – 4. Il patto di famiglia. – 5. La transazione.

1. La divisione con conguagli e la divisione civile

Giunti a questo punto, non ci resta che esaminare alcune operazioni pratiche che hanno quale fine ultimo lo scioglimento della comunione per mezzo dell'apporzionamento dei coeredi.

Da principio, è bene dar conto di una situazione problematica che nella prassi si riscontra di frequente, e per dar soluzione alla quale s'impone un temperamento di quanto disposto dalla legge, secondo cui ogni coerede ha diritto alla sua parte dei beni in natura²⁷⁹.

Si tratta dell'«ineguaglianza nelle quote», o meglio, ineguaglianza nelle porzioni, che può derivare o dalla presenza nell'asse di beni indivisibili, ovvero dal fatto che le porzioni, anche se omogenee, non siano di valore esattamente corrispondente alla rispettiva quota.

Quest'ultimo caso, particolarmente, si presenta spesso nella realtà essendo pochi i beni divisibili che possono essere agevolmente divisi in beni di valore perfettamente uguale, soprattutto se beni immobili; in sostanza solo

²⁷⁹Cfr. art. 718 c.c.

il bene fungibile per eccellenza, il denaro, assolverebbe perfettamente a tale funzione.

Infatti, queste frequenti disuguaglianze posso essere modellate e pareggiate quando all'asse ereditario facciano parte anche beni fungibili, in particolar modo denaro, che consentano, appunto, il pareggio dei valori delle singole porzioni. Quando questa possibilità non ricorre, l'unica alternativa possibile al fine di formare porzioni equivalenti è costituita dall'imposizione dei conguagli²⁸⁰; in questi casi, ma solo in questi casi, infatti, la legge autorizza l'imposizione di conguagli pecuniari in deroga alla regola di cui all'art 718 c.c. della divisione in natura²⁸¹.

Nella situazione in cui i coeredi non hanno a disposizione strumenti legali per opporsi a questa disuguaglianza, il coerede assegnatario della porzione di valore superiore rispetto alla corrispondente quota e quello assegnatario della porzione di valore inferiore sono tenuti, rispettivamente, a dare e a ricevere il conguaglio, al fine di ristabilire la perfetta corrispondenza delle porzioni alle quote.

Con l'imposizione dei conguagli si verifica il sorgere, *ex lege*²⁸², di altrettanti rapporti obbligatori fra i comunisti: il dividente che ha ricevuto una porzione di valore maggiore rispetto alla sua quota diviene, così, debitore per la differenza, nei confronti del dividente che si è visto

²⁸⁰ Cfr. art. 728 c.c.

²⁸¹ App. Torino, 5 luglio 1946, in *Temì*, 1947, 244. E' fuori discussione che nell'ambito della divisione amichevole, i dividendi possano pattuire tutti i conguagli che vogliono, anche se la composizione dell'asse ereditario consentirebbe la formazione di porzioni di egual valore. In questo quadro può meglio cogliersi il senso della Cass. 11 ottobre 1956, in *Foro it.*, Rep. 1956, voce *Divisione*, n. 31, secondo la quale l'art. 728 c.c. << si applica alla divisione giudiziale e non anche alla divisione convenzionale >>.

²⁸² Questo conguaglio ha lo scopo di rendere possibile, in alcuni casi, la divisione in natura dei beni in comunione, per cui, a differenza del conguaglio di cui all'art. 720 c.c. non presuppone il consenso del coerede cui viene imposto, quando la sua misura sia tale da non alterare eccessivamente la proporzione tra i vari beni compresi nella porzione del coerede, cui viene imposto, in confronto della proporzione osservata per gli altri dividendi (in tal senso v. Cass., 24 maggio 1943, in *Mass. Foro it.*, 1943, n. 1281); sarà il sorteggio ad indicare chi sarà tenuto al conguaglio.

Secondo un altro orientamento, il credito di denaro spettante ai coeredi non assegnatari nei confronti di quelli assegnatari avrebbe la stessa natura di credito di conguaglio previsto dall'art. 728 c.c.: Cass., 18 luglio 1958, n. 2639, in *Foro it.*, 1959, I, 1896.

assegnare una porzione di valore minore rispetto alla sua quota ideale; questi rapporti obbligatori, la cui efficacia dipende dalla validità della divisione che li ha originati, sono regolati in tutto e per tutto dalla disciplina delle obbligazioni in generale²⁸³.

Nel caso in cui, invece, l'uguaglianza delle porzioni è raggiunta mediante equa distribuzione del denaro esistente nella massa da dividere, non si tratterà di conguaglio in senso tecnico, o meglio, non ricorrerà la fattispecie prevista dall'art. 728 cod. civ.²⁸⁴. Il denaro comune che per mezzo della divisione è attribuito ad una determinata porzione, dovrà essere consegnato senza indugio dal coerede possessore al coerede assegnatario, che ne diviene il proprietario. Il possessore che, invece, lo distrae integrerà gli elementi tipici del reato di appropriazione indebita²⁸⁵.

I passaggi per calcolare il *quantum* del debito di conguaglio e del diritto di conguaglio sono abbastanza immediati; infatti, anche a rigor di logica, basta porre attenzione alla funzione che il conguaglio assolve per capire come il debito da conguaglio si calcola sottraendo dal valore complessivo della porzione il valore della corrispondente quota; all'inverso, il *quantum* del diritto di conguaglio si determina sottraendo dal valore della quota il valore della porzione concretamente attribuito.

L'obbligazione di conguaglio è classificata dalla dottrina²⁸⁶ come debito di valuta; quindi non rivalutabile in funzione delle oscillazioni monetarie nel

²⁸³In questo senso v. la decisione di Cass., 23 marzo 1996, n. 2558, in *Foro it.*, 1996, I, 2821, secondo la quale ove la sentenza di divisione abbia emesso in correlazione l'obbligazione, a carico di dividente, di costruire una strada (necessaria per rendere attuale la divisione) con quella, a carico dell'altro, di pagare una somma a conguaglio della quota, l'inadempimento dell'uno può giustificare l'inadempimento dell'altro.

²⁸⁴P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., sub art. 728 c.c., p. 218.

²⁸⁵A. BURDESE; *Divisione ereditaria*, cit., p. 180; E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., p. 178.

²⁸⁶A. BURDESE; *Divisione ereditaria*, cit., p. 181; A. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 449, nota 75, secondo il quale l'obbligazione di conguaglio è obbligazione facoltativa, mentre la prestazione in natura è prestazione primaria; secondo l'autore citato il «supplemento in denaro è prestazione vicaria: perciò essa va ragguagliata al valore effettivo che quella in natura ha nel momento in cui viene convertita in denaro [...] in quanto la determinazione del conguaglio rimane ferma anche se il giudizio di divisione si

frattempo intervenute. Ciò fa comprendere anche perché, la giurisprudenza, si dia cura di porre l'accento sull'esigenza che nel fissare la somma del conguaglio si debba tenere rigorosamente conto del valore di stima attuale della porzione²⁸⁷, in modo da dare esatto rilievo alle eventuali variazioni di valore intervenute prima della conversione del diritto del dividente in diritto al conguaglio²⁸⁸.

Perfezionatasi la divisione, il coerede creditore del conguaglio perde ogni potere sui beni attribuiti agli altri coeredi, per il fatto stesso di aver acquisito il credito da conguaglio. Questo fatto di acquistare un diritto di

protragga a lungo dopo la stima>> nonché le decisioni di Cass., 28 aprile 1949, in *Mass. Foro it.*, 1949, n. 1027; 23 febbraio 1954, in *id.*, 1954, n. 513; 10 marzo 1961, in *id.*, 1961, n. 547; 8 giugno 1962, n. 1408, in *Giust. civ.*, 1963, I, 114; Trib. Bari, 22 aprile 1954, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 350.

Secondo un altro orientamento, nella determinazione dei conguagli bisogna tenere conto delle eventuali variazioni di valore dei beni oggetto della divisione, intervenute durante il corso della procedura; di conseguenza la loro entità è suscettibile di adeguamento e conseguentemente il debito da conguaglio è da classificare come debito di valore: in tal senso: Cass. 7 novembre 1977, in *Mass. Foro it.*, 1977, n. 4738; Cass. 5 giugno 1979, in *id.*, 1979, n. 3173; Cass. 21 marzo 1980, n. 1913, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1580; Cass. 16 marzo 1984, in *Mass. Foro it.*, 1984, n. 1804; Cass. 21 febbraio 1985, in *id.*, 1985, n. 1529; Cass. 10 marzo 1987, n. 2474, in *Vita not.*, 1987, 750; Cass. 28 marzo 1991, in *Mass. Foro it.*, 1991, n. 3380; Cass. 29 ottobre 1992, n. 11769, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 124; Cass. 19 marzo 1996, in *Mass. Foro it.*, 1996, n. 2296; Cass. 9 maggio 1996, n. 4369, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 468; Cass. 15 maggio 1998, in *Mass. Foro it.*, 1998, n. 4910, secondo la quale il conguaglio in denaro che ai sensi dell'art 720 c.c. deve essere riconosciuto al dividente in caso di attribuzione dell'intero bene indivisibile ad altro dividente esprime l'equivalente economico della quota di tale bene e deve essere determinato, quindi, con riferimento al valore del bene stesso al momento della conclusione del relativo giudizio di divisione anche in mancanza di un'espressa richiesta di parte in tal senso; Cass. 20 agosto 1998, in *id.*, 1998, n. 8243; Cass. 2 febbraio 1999, n. 857, in *Giur. it.*, 1999, 60, con nota di L. BELLONI; Trib. Nuoro 11 aprile 1996, in *Riv. giur. sarda*, 1997, 421, con nota di AMITRANO.

Secondo la decisione di Cass. 27 febbraio 1998, in *Mass. Foro it.*, 1998, n. 2159, gli interessi legali sulla somma dovuta da un dividente all'altro a titolo di conguaglio in base all'articolo in esame, decorrono dalla data di domanda giudiziale di divisione, ancorché a tale momento il credito non è ancora né liquido né esigibile.

Secondo la decisione di Cass. 7 giugno 1962, n. 1390, in *Foro it.*, 1962, I, 1266, il conguaglio fissato in denaro nella divisione fatta dal testatore ha natura di debito di valore e, pertanto, è soggetto a rivalutazione per effetto della svalutazione monetaria, se l'indicazione pecuniaria costituiva solo l'espressione della determinazione, compiuta dal testatore con riferimento all'epoca del testamento, della differenza di valore delle quote.

²⁸⁷P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., sub art. 728 c.c., p. 219-220.

²⁸⁸Cass. 11 agosto 1958, in *Foro it.*, Rep. 1958, voce *Divisione*, n. 30; Contr. Cass. 24 aprile 1949, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, 609.

credito al posto del precedente diritto reale comporta un rischio non indifferente per il condividente-coerede, esposto all'eventuale insolvenza del coerede o dei coeredi debitori del conguaglio²⁸⁹. Proprio per alleviare il pericolo che il condividente-creditore deve sopportare, gli è concessa ipoteca legale sopra gli immobili attribuiti ai condividenti tenuti al conguaglio a garanzia del corrispondente credito²⁹⁰.

Logico sviluppo di questo procedimento è quello che la dottrina²⁹¹ fa rientrare nel concetto di divisione civile, ovvero attribuzione di tutti i beni ad uno o più coeredi e tacitazione degli altri con denaro od altri diritti non provenienti dall'eredità²⁹²; metodo che può rendersi necessario quando, ad esempio, l'unico bene ereditario sia assolutamente o relativamente indivisibile²⁹³.

E' doveroso dire, infine, che altri autori inquadrano lo scioglimento della comunione mediante l'attribuzione di tutti i beni ad uno o più coeredi e la tacitazione degli altri coeredi con denaro od altri diritti, nello scioglimento della divisione attraverso la <<vendita tra condividenti>>, con la quale uno o più partecipi ricevono beni o diritti già comuni ed altre somme di denaro²⁹⁴.

²⁸⁹P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., sub art. 728 c.c., p. 220, in sostanza viene a determinarsi una situazione analoga a quella del venditore che, nel momento in cui si spoglia della proprietà del bene venduto, resta creditore del prezzo o della parte di prezzo non corrisposto immediatamente. Si può anche arrivare a sostenere che la posizione del condividente sia addirittura più rischiosa, non potendosi la divisione risolvere per inadempimento del conguaglio.

²⁹⁰Cfr. art. 2817 n. 2 c.c.

²⁹¹G. MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, cit., p. 47-48, che considera rientrare nella categoria del negozio a causa divisoria anche l'assegnazione di tutti i beni della comunione a più partecipi, ed il versamento agli altri di una somma pari al valore di detti beni, con la detrazione del valore delle quote spettanti a questi ultimi, tradizionalmente denominata <<divisione civile>>.

Secondo C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per l'evizione*, cit., p. 21, rientra nel concetto di divisione anche l'assegnazione di tutti i beni della comunione ad uno o più partecipanti ed il versamento agli altri di somme di denaro oppure il conferimento di beni estranei alla comunione, in misura idonea a determinare la proporzionalità tra lotti e quote.

²⁹²P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 22.

²⁹³Cfr. art. 720 c.c.

²⁹⁴G. MIRABELLI, voce *Divisione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. It.*, p. 33.

2. La permuta di bene o di quota su beni

Il contratto di permuta rappresenta la ricezione a livello normativo di una prassi tra le più antiche in uso fra gli uomini.

Nelle economie primitive, infatti, il mezzo più diffuso per soddisfare i bisogni della persona era proprio lo scambio di cosa contro cosa. Il commercio si serviva di questo strumento prima dell'introduzione della moneta, che, appena fece il suo ingresso nella scena, comportò un repentino declino di questa tecnica di circolazione dei beni, a tutto vantaggio della compravendita, ancorché tuttora nella prassi si riscontra la stipulazione, con una certa infrequenza, di questa tipologia contrattuale.

La permuta è definita nel codice civile all'art. 1552, come << il contratto che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose, o di altri diritti, da un contraente all'altro >>. Il codice civile vigente, quindi, non si scosta dalla tradizionale concezione della permuta come scambio reciproco di beni in natura senza l'utilizzo del denaro, ma precisa che essa può avere ad oggetto diritti in senso lato. Con ciò, esso sancisce un'innovazione rispetto alla previsione normativa del previgente codice civile, che si limitava a far rientrare nel concetto di permuta lo scambio delle cose, senza ricomprendere, ad esempio, lo scambio di cosa contro un credito.

Parte della dottrina²⁹⁵, evidenziando il carattere traslativo della permuta, lo definisce come un contratto << consensuale ad effetti reali >>, contratto idoneo a trasferire la proprietà di cose e di diritti suscettibili di trasferimento.

Altra dottrina²⁹⁶, e la giurisprudenza²⁹⁷, invece, concepiscono il contratto di permuta come un contratto di scambio ad effetti reali consistente nel

²⁹⁵G. COTTINO, *Del riporto; della permuta (Artt. 1548-1555)*, *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, vol. XIV, Bologna-Roma, 1966, p. 99-100.

²⁹⁶C. GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio e la somministrazione*, *Tratt. dir. civ. e comm.*, A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1974, p. 34.

reciproco trasferimento della proprietà di cose o di altri diritti reali escludendo, così, di fatto, i titoli di credito.

Soluzione, tuttavia, che non si crede condivisibile, essendo in evidente contrasto con il dato normativo che trattando di <<altri diritti>> lascia presagire all'interprete che si tratti di una previsione piuttosto ampia, non circoscritta ai soli diritti reali²⁹⁸.

La causa in astratto della permuta, essendo un contratto traslativo, consiste nel reciproco trasferimento dei diritti permutati. Tale funzione economica presenta un alto grado di similarità con quella della vendita dalla quale, però, si differenzia, per il diverso interesse finale delle parti: con il contratto di permuta, infatti, si tratta dello scambio di cose o di diritti o di una cosa con un diritto.

Tradizionalmente la divisione era ritenuta, concettualmente, una sostanziale permuta: ciascun coerede <<permuterebbe>> il proprio diritto parziario su tutti i beni comuni col diritto esclusivo sui beni a lui assegnati. Tale tradizionale visione ha subito, nel corso del tempo, un processo di revisione²⁹⁹ che ha portato alla conclusione che rientrano nel concetto di divisione in senso tecnico tutti quegli atti che perseguono e realizzano lo scioglimento della comunione mediante assegnazione a uno o più soggetti di un valore corrispondente.

La permuta, quindi, può essere stipulata tra i conviventi al fine di sciogliere la comunione, e rientrare tra quegli atti diversi dalla divisione che hanno l'effetto di sciogliere la comunione.

In particolare è stata portata all'attenzione degli studiosi della materia la distinzione fra permuta tra conviventi e permuta di quote su beni indivisi.

²⁹⁷Cass. 18 novembre 1987 n. 8487, in *Giust. civ. mass.*, 1987.

²⁹⁸P. CIACCIAGRANO, *La permuta*, in *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno, Il diritto civile nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 2006, p. 214.

²⁹⁹G. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 18 ss; per l'ultimo approdo dottrinale si veda G. MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, in *Arch. giur.*, 1949, p. 13-14.

Per quanto riguarda la prima fattispecie, che ricorre quando due o più comproprietari si vincolano a scambiarsi beni che a loro perverranno dalla divisione, cosicché ad ognuno di essi tocchino beni determinati, si esclude che il negozio abbia natura divisoria, visto che tale accordo non ha l'effetto diretto di sciogliere la comunione, né di realizzare l'effetto apporzionatorio, in quanto questo accordo non può che necessariamente conseguire, cronologicamente, la conclusione di una divisione di qualsiasi tipo. In sostanza è stato rilevato³⁰⁰ che in tal caso, quantunque l'accordo delle parti volto a permutare i beni sia immediatamente operativo, l'effetto dell'accordo stesso non potrà verificarsi che dopo l'atto con cui ad ognuno dei contraenti sia stato assegnato il bene, ossia la divisione medesima. Per cui secondo l'autore, le parti, in questa situazione, concluderebbero una permuta sottoposta a condizione sospensiva (soluzione che perferisce all'altra astrattamente ipotizzata del contratto preliminare di permuta) i cui effetti si considerano sospesi fino al compimento della divisione

2.1 Segue: La permuta di quote su beni indivisi

Si ha permuta di quote indivise quando ciascuno dei facenti parte alla comunione trattiene per intero il bene, o i beni, che possiede a titolo di comproprietà, trasformando tale titolo in proprietà esclusiva sui beni stessi rinunciando, allo stesso tempo, ai diritti sui beni posseduti dagli altri comunisti, i quali a loro volta si appropriano dei beni da ciascuno di essi posseduti³⁰¹.

Stando alla ricostruzione avanzata da un autorevole autore³⁰², in questa situazione sarebbe possibile individuare due possibili alternative: innanzitutto è possibile che ognuna delle parti consideri siffatta soluzione

³⁰⁰G. MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, cit., p. 10 – 11.

³⁰¹P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 25, nota 10.

³⁰²G. MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, cit, p. 9 e ss.

come liquidazione della propria quota, accettando, quindi, i beni come valore proporzionale a quello della quota ideale di cui era proprietario *manente comunione*; in questo caso, secondo tale autore, si intravedrebbe nient'altro se non una divisione in natura, sicuramente attuata nel modo più semplice e frettoloso possibile, ma pur sempre una divisione in natura con tutte le conseguenze che ne derivano, soprattutto in punto di applicazione della normativa dettata in tema di divisione e, quindi, anche la rescissione per lesione; ovvero potrebbe accadere che ogni comunista rinunci espressamente, a titolo di pacifica concessione reciproca, ad ogni sua ulteriore pretesa, in questo caso allora, sempre secondo detto autore, sarebbe difficile non individuare una transazione: ogni dividendo si fa bastare ciò che ha, senza interessarsi di più a quello che ricevono gli altri. Con ciò, quindi, secondo questa ricostruzione, la cosiddetta permuta di quote indivise non esisterebbe come autonoma figura negoziale distinta dalla divisione in natura o della transazione.

3. La donazione

La trattazione dell'istituto della donazione comporta il suo inquadramento nello schema degli atti gratuiti e delle liberalità.

Com'è stato affermato da un autorevolissimo studioso della materia³⁰³, il rapporto tra il negozio gratuito, liberalità e contratto di donazione viene così delineato: il negozio gratuito è il genere, la liberalità è una specie del negozio gratuito, il contratto di donazione è la principale liberalità.

L'espressione liberalità ha un preciso significato in chiave giuridica: atto che comporta l'impoverimento di chi lo compie e l'arricchimento del beneficiario³⁰⁴.

Il concetto di liberalità adesso esposto non comprende, ovviamente, le disposizioni testamentarie che non possono in alcun modo impoverire il testatore.

Il codice civile³⁰⁵ definisce la donazione come « il contratto con il quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione³⁰⁶ ».

La donazione, è un contratto, a titolo gratuito, poiché comporta una diminuzione patrimoniale per un soggetto (il donante), il quale non riceve alcun corrispondente vantaggio dal donatario.

E' un contratto consensuale, perfezionandosi con la semplice manifestazione della volontà delle parti, non essendo necessaria la consegna della cosa³⁰⁷.

³⁰³ A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956, p. 3 ss.

³⁰⁴ G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 765.

³⁰⁵ Cfr. art. 769 c.c.

³⁰⁶ Come si evince dalla Relazione la nuova definizione è considerata più corretta e completa di quella già contenuta nell'art. 1050 del codice civile del 1865. Si sono abbandonati, infatti, i requisiti di attualità ed irrevocabilità che, come si legge dalla Relazione stessa, non rispondono ad alcuna esigenza pratica o dogmatica.

³⁰⁷ Un'eccezione a questo principio è prevista dalla donazione di modico valore, che può essere realizzata anche senza l'atto pubblico purché vi sia stata la traizione, qualificandosi in questo caso come un contratto reale.

Essa rientra fra i contratti formali, richiedendo l'atto pubblico *ad substantiam*; ed è, infine, un contratto unilaterale³⁰⁸.

I requisiti del contratto di donazione, come per qualsiasi altro contratto³⁰⁹, sono l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma, visto che in questo caso è prescritta sotto pena di nullità.

Per quanto riguarda l'accordo delle parti, solo parzialmente la disciplina dei contratti è applicabile alla donazione, o perché derogata da norme specifiche (in ossequio al principio *lex specialis derogat generali*) o perché incompatibile.

Anche il contratto di donazione si conclude nel momento in cui chi ha fatto la proposta (il donante) ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte; l'accettazione deve essere tempestiva.

La dottrina³¹⁰ sostiene che mentre in ogni contratto ciascuna delle parti può assumere la veste di proponente, e, quindi, si parla di proponente solo in termini cronologici, nel caso della donazione è sempre il donante che prende l'iniziativa, in quanto dispone a favore del donatario. L'atto di disposizione è quindi necessariamente un *prius* cronologico, oltre che logico e giuridico, rispetto all'accettazione. Logico corollario di questa ricostruzione sarà quello per cui in nessun caso il donatario diverrà proponente; per cui, a differenza di quanto avviene per gli altri contratti, se l'accettazione del donatario non è conforme alla proposta, quindi vi sia una modifica della stessa, non si avrà nuova proposta ma occorrerà un nuovo

³⁰⁸G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 770; per quanto riguarda l'unilateralità della donazione obbligatoria, si veda M. DOSSETTI, *Il consenso e la sua formazione*, in *La donazione*, Trattato diretto da G. BONILINI, Torino, 2001, p. 708.

³⁰⁹Cfr. art. 1325 c.c.

³¹⁰B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1961, p. 133 e ss.; G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1963, p. 8; R. PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, vol. II, p. 169; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Le donazioni*, in *Giur. civ. e comm.* diretta da W. BIGIARI, Torino, 1967, p. 244; N. IRTI, *Formalismo ed attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, p. 1 e ss.

atto di disposizione da parte del donante ed una nuova accettazione da parte del donatario³¹¹.

La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Anche l'accettazione, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione.

Trattando dell'oggetto, autorevole dottrina³¹² sottolinea la distinzione fra un oggetto immediato della donazione e un oggetto mediato della stessa. Il primo è il mezzo tecnico che attua l'arricchimento e consiste nella disposizione di un diritto o nell'assunzione di un'obbligazione da parte del donante e a carico del donatario. Il secondo è, invece, il bene su cui cade il diritto che è oggetto dell'attribuzione patrimoniale.

Passando a trattare della forma, come già abbiamo accennato, la donazione deve essere stipulata per atto pubblico a pena di nullità, ed alla presenza irrinunciabile dei testimoni³¹³.

Questo formalismo, che a tutta prima potrebbe apparire eccessivo, viene giustificato dalla necessità di una maggiore riflessione e consapevolezza che il donante avrà quando partecipa al rito dell'atto notarile con la presenza dei testimoni.

Merita attenzione anche la riflessione sulla causa della donazione. In questo senso, la dottrina ha assunto tre diversi orientamenti.

Una teoria³¹⁴, a dire il vero poco seguita, ha sostenuto l'acausalità della donazione, prendendo spunto da quella corrente che nega la sussistenza della causa quale requisito autonomo³¹⁵.

³¹¹B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 134; A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 180; M. DOSSETTI, *Il consenso e la sua formazione*, in *La donazione*, Trattato diretto da G. BONILINI, cit., p. 711.

³¹²A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 352 ss.

³¹³La presenza dei testimoni è resa obbligatoria dall'art. 48, l. 16 febbraio 1913, n. 89 sull'ordinamento del notariato.

³¹⁴S. PEROZZI, *Intorno al concetto di donazione*, in *Arch. giur.*, 1987, LVIII, p. 323 ss.; G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebitato*, Padova, 1940, p. 86 ss.; Cfr. anche R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 245 ss.

³¹⁵Per una critica alla rilevanza dell'elemento causale del contratto si veda (Cap. 2 par. 1 *supra*).

Un'altra tesi, ancora seguita sia in dottrina³¹⁶ che in giurisprudenza³¹⁷, ritiene che la causa *donandi* si compenetra inscindibilmente con l'elemento soggettivo e consiste nell'*animus donandi*.

Prevale nettamente, infine, la teoria oggettiva³¹⁸, secondo la quale la causa della donazione sta nel depauperamento del donante accompagnato dall'arricchimento del donatario, intendendo tale arricchimento in senso strettamente giuridico, quindi come mancanza di corrispettivo dell'attribuzione patrimoniale.

La donazione rileva, ai fini della nostra indagine, in quanto attraverso questo istituto è possibile prevenire l'insorgere di una comunione ereditaria. Tramite una serie di donazioni, infatti, è possibile attribuire il patrimonio ereditario andando ad assegnare i beni direttamente tramite questo istituto. Ovviamente, è da tenere presente che il donante non può disporre liberamente dell'intero suo patrimonio, essendo una parte dei suoi beni, la quota di legittima, riservata dalla legge ai legittimari, soggetti legati al *de cuius* da stretti rapporti di parentela o di coniugio.

³¹⁶G. BALBI, *La donazione*, cit., p. 19 e 20.

³¹⁷Cass. 18 febbraio 1977, n. 737, in *Vita not.*, 1978, p. 83.

³¹⁸A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 180 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1953, Vol. III – Parte prima, p. 5 ss.

4. Il patto di famiglia

Dagli anni settanta dello scorso secolo, la dottrina comincia a sviluppare un ragionamento secondo il quale nella società contemporanea la ricchezza si trasmette “in forme assai diverse da quelle testamentarie”; si riconduceva a questa particolare circostanza “l’inarrestabile obsolescenza” della successione testamentaria ed il mantenimento di tecniche antiche divenute di impossibile utilizzazione a causa delle nuove esigenze economiche³¹⁹.

In particolare, in un’epoca in cui la ricchezza si diffonde nelle mani di molti, assume un posto di primaria importanza la questione circa i modi attraverso i quali tale ricchezza possa essere conservata in capo alla famiglia secondo tecniche diverse da quelle individuate dal codice civile in sede di successione testamentaria. Così la dottrina comincia a indagare su quali tipi contrattuali potessero essere utilizzati al fine di costituire una valida alternativa al testamento, ricercando quegli strumenti che più di ogni altro potessero attribuire la massima autonomia negoziale al disponente; attraverso questa indagine si dichiarava, peraltro, di voler assecondare a due fondamentali esigenze: garantire l’organizzazione, il consolidarsi e la trasmissione dell’impresa ed assicurare il mantenimento e la formazione di determinate persone³²⁰.

Tuttavia la ricerca in tal senso intrapresa non fornì risultati positivi: prova evidente ne è, appunto, l’istituto del patto di famiglia, che nel prevedere uno strumento nuovo rappresenta la risposta dell’ordinamento a un’esigenza

³¹⁹S. RODOTA’, *Ipotesi sul diritto privato*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. RODOTA’, Bologna, 1971, p. 13. Simili valutazioni in merito alla perdita di importanza della successione ereditaria in C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 1989, p. 394; A. LISERRE, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, V, Torino, 1997, p. 7 ss.; V. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972, p. 55.

³²⁰Così descrive quelle finalità P. RESCIGNO, nella *Presentazione* al volume di A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p. XIII.

non altrimenti realizzabile con gli strumenti già presenti nel sistema giuridico.

L'esigenza di valide alternative rispetto alle regole della successione testamentaria emergeva anche nell'ambito del diritto societario. In questo ambito però la difficoltà di rinvenire utili alternative già fruibili nell'ordinamento era acuita dalla necessità di dovere effettuare, rispetto alla clausole statutarie concernenti la morte del socio, una duplice valutazione di legittimità: in primo luogo per accertare se, sulla base del diritto societario, una deroga alla regime legale della morte del socio sia consentita, e in secondo luogo, alla luce del diritto successorio, al fine di accertare che, in base al loro contenuto, non configurino un'assegnazione patrimoniale *mortis causa* per atto *inter vivos*³²¹.

Ciò che comunque è di importanza capitale ribadire è che proprio questa esigenza di superare il testamento quale strumento per disporre di una situazione patrimoniale *post mortem* e la ricerca i strumenti convenzionali adatti a costituire una valida alternativa ad esso, condurranno ad ipotizzare un intervento del legislatore per modificare il quadro normativo. Più esattamente, sarà proprio l'inadeguatezza degli strumenti convenzionali ipotizzati o ipotizzabili rispetto alla realizzazione degli obiettivi perseguiti a suggerire l'idea di un necessario intervento del legislatore risolutore e a portare, infine, alla formulazione delle prime proposte di legge dirette a disciplinare in particolare l'avvicendamento generazionale nella gestione dell'impresa.

³²¹A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., p. 157 ss.; In giurisprudenza Cass. 16 Aprile 1994, n. 3609, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, II, p. 164, con nota di CALVOSA, *Clausola di riscatto delle azioni in favore dei soci superstiti e divieto di patti successori*; Cass. 18 dicembre 1995, n. 12906, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2647, con nota di TRIOLA, *Osservazioni in tema di clausole di continuazione delle società di persone con eredi del socio defunto*.

Un forte stimolo in tal senso proviene anche dall'UE³²²: con la Raccomandazione del 7 dicembre 1994 (9471069/CE) sulla successione nelle piccole e medie imprese, la commissione invitava gli Stati membri a rendere più razionali ed efficienti le norme che regolano il passaggio generazionale delle imprese di piccole e medie dimensioni alla morte dell'imprenditore, al fine di risolvere le difficoltà che in sede successoria inevitabilmente emergevano e che portavano alla chiusura di migliaia di aziende. E proprio al fine di dare attuazione a tale raccomandazione che scaturiranno le prime proposte di riforma del codice civile, proposte finalizzate a garantire continuità alla gestione dell'impresa nell'ambito della vicenda successoria.

L'elaborazione di una proposta di modifica del codice civile, volta all'introduzione nel nostro sistema di un meccanismo con il quale evitare che il passaggio generazionale dell'impresa comporti problemi che si riflettano sulla sopravvivenza stessa dell'impresa, si concretizza in tempi molto brevi: l'esito di quel lavoro sarà fondamentale in quanto, nonostante le numerose modifiche che subì già nell'ambito della originaria proposta legislativa che lo recepiva³²³, esso rimarrà base essenziale anche dell'attuale testo normativo.

Il progetto di riforma – elaborato nell'arco di un anno (dal giugno 1996 al luglio 1997) – suggeriva di inserire nel codice due istituti: il “ patto di famiglia” e il “ patto d'impresa”. L'introduzione di questi istituti avrebbe dovuto realizzare una “riallocazione consensuale del controllo dell'azienda, attuata con l'anticipare gli effetti della divisione ereditaria e col consentire

³²²Sulle origini e sulle motivazioni dell'azione comunitaria in questo ambito v. E. CALO', *Le piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario sulle successioni?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 217 ss.

³²³Disegno di legge 2 ottobre 1997, n. 2799 presentato al Senato nel corso della XIII legislatura, d'iniziativa dei senatori Pastore ed altri, recante “*Nuove norme in materia di patti successori relativi all'impresa*”.

la liquidazione dei successori che non hanno la capacità o la volontà di divenire imprenditori³²⁴”.

Il patto di famiglia, finalizzato a consentire all'imprenditore di trasferire a un discendente il patrimonio aziendale mentre è ancora in vita, viene presentato come una fattispecie che, anche ispirandosi ad esperienze di altri ordinamenti (francese e tedesco *in primis*), introduce una disciplina che permette lo “stralcio” dei beni dell'impresa dal restante patrimonio dell'imprenditore comportando una sorta di anticipata divisione successoria³²⁵.

“L'innovazione consiste in una deroga al principio dell'indispensabilità della legittima: l'erede non imprenditore che aderisce al contratto cristallizza in quel momento le pretese ereditarie e rinuncia a qualsiasi futuro diritto sul complesso dei beni aziendali, sottratti alla collazione e alla riduzione”. In questo modo, si aggiunge, potrà essere soddisfatto l'interesse dell'imprenditore ad assicurare in vita alla propria impresa un assetto proprietario certo e definitivo, e potrà essergli garantita anche la possibilità, eventualmente, “di conservare (ad esempio attraverso una riserva di usufrutto) la gestione dell'azienda durante la propria vita”³²⁶.

Il secondo istituto, il patto d'impresa³²⁷, invece, avrebbe permesso di introdurre nell'atto costitutivo un diritto di riscatto delle azioni nominative cadute in successione a favore della società, dei soci o di terzi; così fornendo legittimazione normativa ad una clausola che altrimenti non

³²⁴Così la presentazione del progetto di riforma a cura del Gruppo di lavoro sulla successione nell'impresa di famiglia, *La successione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 353 ss.

³²⁵F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, fasc. 4-5, 2006, p. 217.

³²⁶Così si legge nella presentazione della proposta di riforma a cura de Gruppo di lavoro sulla successione nell'impresa di famiglia, *La successione ereditaria*, cit., p. 354-355 ss.

³²⁷In ordine al quale, v. M. STELLA RICHTER jr, *Il “patto di impresa” nella successione nei beni produttivi*, in *Diritto Privato*, 1998, p. 267 ss.

sarebbe stata al riparo dal rischio di essere accusata di violare il divieto dei patti successori³²⁸.

Di questo secondo istituto però, durante il lungo *iter* parlamentare di approvazione, si approprierà la riforma del diritto societario del 2003³²⁹, che, trattando più in generale delle regole di circolazione delle partecipazioni a società di capitali, detterà anche le regole destinate a disciplinare le clausole di predisposizione successoria³³⁰.

Se quindi da un lato l'iniziale progetto di riforma ridurrà nel tempo la sua portata innovativa a causa del sopravvenire del nuovo diritto societario, che attrae l'ambito del patto d'impresa, esso, per altro verso, amplierà la sua incidenza per effetto della estensione – operata già dal primo dei disegni di legge in cui fu trasfuso – della disciplina del patto di famiglia alle partecipazioni sociali³³¹.

Le molte rielaborazioni dello schema originario del nuovo istituto che hanno inciso profondamente nel suo ambito oggettivo di operatività, così come su quello soggettivo³³², e che hanno comportato anche la modifica della sua collocazione all'interno del codice³³³, non hanno intaccato, invece, la scelta iniziale, presente anche nell'attuale testo normativo³³⁴, di

³²⁸ Perché si è ritenuto che solo questo secondo istituto e non anche il primo ne integrasse gli estremi è chiarito da M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto di patti successori*, in *Riv. not.*, 1997, I, p. 1373-1374.

³²⁹ Attuata con il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6.

³³⁰ Più precisamente nell'art. 2355-bis, comma 3°, c.c. per le società per azioni e nell'art. 2469, comma 2°, c.c. per le società a responsabilità limitata.

³³¹ Il permanere dell'estensione del patto di famiglia alle partecipazioni societarie, una volta intervenuta la riforma del diritto societario, è stata negativamente valutata in quanto quest'ultima avrebbe risolto il problema prevedendo la validità delle clausole di predisposizione successoria. (A. ZOPPINI; *Il patto di famiglia non risolve le liti*, in *Il sole 24 ore*, 3.2.2006: contra L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 373, nota 26).

³³² Si pensi alla necessaria partecipazione del coniuge inizialmente esclusa.

³³³ L'inserimento delle nuove disposizioni dopo l'art 768 c.c. anziché dopo l'art 734 c.c. furono opera della II Commissione (giustizia) della Camera alla quale la proposta di legge n. 3870 era stata assegnata in sede referente nel Maggio 2003. La Commissione deliberò il testo corretto il 21 luglio 2005.

³³⁴ Legge 14 Febbraio 2006, n. 55.

permettere all'imprenditore ancora in vita di realizzare contrattualmente una sorta di anticipata successione relativamente ai beni produttivi.

La legge 14 febbraio 2006, n. 55, che come già detto, introduce nel codice civile italiano il patto di famiglia, va anche a modificare l'art. 458 c.c. che, come noto, vieta, sanzionandoli, i patti successori, prevedendo la novella una previsione di salvezza proprio per il patto di famiglia, sottraendolo alla sanzione della nullità; dando quindi per presupposto che la conclusione del nuovo tipo contrattuale comporti il perfezionamento di un patto successorio altrimenti vietato.

Questa modifica è stata oggetto di ampio dibattito dottrinale. La dottrina prevalente, considerando il profilo strutturale del nuovo istituto, nega che vi siano punti di contatto fra lo stesso e il divieto di patti successori, quanto meno con riferimento a quelli di natura istitutiva, che sono essenzialmente convenzioni *mortis causa* con cui taluno dispone della sua successione³³⁵.

Più complessa è, invece, la questione concernente i patti successori dispositivo e rinunciativi.

Per i primi assume rilevanza l'art. 768-*bis* comma 2° c.c.³³⁶; il patto successorio, che in assenza della clausola di salvaguardia di cui all'art. 458 c.c. sarebbe nullo, sarebbe riscontrabile in questo caso quando l'assegnatario anticipi agli altri legittimari quanto di loro spettanza sui beni oggetto del patto, che altrimenti cadrebbero in successione³³⁷. Secondo altri, invece, il patto dispositivo non risiederebbe nell'attribuzione patrimoniale

³³⁵M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 1 ss.; Id voce *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 533 ss.; C. CACCAVALE, *Divieto di patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 2010, p. 288 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 28 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, p. 399; G. GROSSO - A. BURDESE, *Le successioni - parte generale*, Torino, 1977, 94 ss.

³³⁶Il quale prevede che l'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali soddisfi le ragioni dei non assegnatari versando una somma corrispondente alla legittima calcolata facendo ricorso alla *fictio* che la successione sul bene produttivo si sia già aperta.

³³⁷A. MERLO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del Patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 103, ripreso da G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 64.

in sé considerata, che non si riferisce a beni o diritti oggetto della futura successione, quanto piuttosto, nell'accettazione che della stessa viene fatta da parte degli altri potenziali legittimari a tacitazione delle quote di legittima³³⁸. In tale situazione, i non assegnatari avrebbero il ruolo di disponenti di diritti su di una successione non ancora aperta, visto che alienerebbero all'assegnatario, dietro corrispettivo, la loro porzione di legittima su quanto oggetto del patto di famiglia³³⁹.

Quanto ai patti rinunciativi, gli autori che intravedono un'interferenza fra questi ed il patto di famiglia la individuano sotto due aspetti. Infatti, innanzitutto si fa ancora riferimento all'art. 768-*bis* comma 2° c.c. nella parte in cui attribuisce ai legittimari non assegnatari la possibilità di rinunciare alla liquidazione. Tale rinuncia, appunto, darebbe luogo ad un patto rinunciativo, dato che tali soggetti, dando adesione al patto e nello stesso tempo rinunciando alla liquidazione andrebbero a privarsi volontariamente di diritti che potrebbero loro spettare su di una successione non ancora aperta³⁴⁰. In secondo luogo si deve fare riferimento all'art. 768-*quater* comma 4° c.c. nella parte in cui prevede che quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a riduzione. Questa norma è posta in relazione a quanto disposto dall'art. 557 comma 2 c.c.³⁴¹, norma che la dottrina comune riconduce nell'ambito del divieto dei patti successori³⁴², in quanto aderendo al patto, quando ancora il disponente sia in vita, verrebbe manifestato *ope legis* assenso alla rinuncia alla riduzione³⁴³.

³³⁸G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "Patto di famiglia"*, in *Riv. not.*, 2006, p. 408.

³³⁹G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 64-65.

³⁴⁰G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "Patto di famiglia"*, cit., p. 408; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 65.

³⁴¹A norma di questo articolo non si può rinunciare all'azione di riduzione finché vive il donante.

³⁴²F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 473; A. MERLO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del Patto di famiglia*, cit., p. 104- 105.

³⁴³A. MERLO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del Patto di famiglia*, cit., p. 104- 105.

Tuttavia, considerando i profili strutturali del patto, sembra possa dirsi che il perfezionamento del patto non dia luogo nemmeno alla conclusione di patti dispositivi o rinunciativi. Il perfezionamento del contratto, infatti, determina una vicenda giuridica che si produce, ed esaurisce i suoi effetti, all'atto stesso della stipulazione. I legittimari non assegnatari, accettando di ricevere la liquidazione, non dispongono di un diritto su di una futura successione ma dispongono di un diritto attuale. La vera novità del patto, quindi, non consisterebbe in una deroga ai patti successori ma piuttosto nella disattivazione prevista *ex lege* dei meccanismi di riduzione e collazione³⁴⁴.

Per quanto riguarda la natura giuridica dell'istituto in esame, il patto di famiglia può essere definito come un contratto tipico *inter vivos*, non a causa di morte, a struttura necessariamente plurilaterale. La natura non *mortis*³⁴⁵ *causa* di questo contratto è condivisa dalla pressoché totalità degli interpreti³⁴⁶.

³⁴⁴M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto di patti successori*, cit., p. 1374.

³⁴⁵Si preferisce utilizzare il termine negativo, atti non *mortis causa*, piuttosto che quello positivo di atto *inter vivos*, sulla base delle ricostruzioni elaborate da uno dei più autorevoli studiosi che si sono occupati degli atti a causa di morte ovvero G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento, contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 52 ss. Nonché Id., voce *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 234; si veda anche M. IEVA, *Fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008, p. 19 ss.

³⁴⁶G. AMADIO, *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 71; G. BARALIS, *Attribuzione ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali. Il patto di famiglia: un delicato equilibrio fra "ragioni" e "ragioni" dei legittimari*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 218; C. CACCAVALE, *Divieto di patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 36; A. DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia (brogliaccio per una lettura disincantata)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, p. 297 ss.; G. FIETTA, *Divieto di patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 88 ss.; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 220 ss.; M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto di patti successori*, cit., p. 1371 ss.; F. MAGLIULO, *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 280 ss.; A. MERLO,

A tal riguardo basti pensare che il perfezionamento della fattispecie in esame comporti l'immediato prodursi di una vicenda traslativa a favore dell'assegnatario dei beni produttivi, nell'ambito della quale la morte del disponente non assume un rilievo tale da incidere sulla funzione del negozio. Tra gli studiosi non mancano, comunque, coloro che negano un autonomo profilo causale all'istituto qualificandolo come una donazione, e più una donazione modale dove l'onere sarebbe rappresentato dall'obbligo legale per il discendente assegnatario di liquidare i non assegnatari³⁴⁷.

Diversamente, altri avvicinano il nuovo istituto al contratto stipulato a favore di terzi; la stipulazione a favore di terzi, in particolare, sarebbe contenuta nel contratto a prestazioni corrispettive attraverso il quale il trasferente assegna l'azienda o le partecipazioni societarie a uno dei discendenti contestualmente chiedendogli in cambio, come corrispettivo, di liquidare i non assegnatari, che sarebbero appunto i terzi rispetto al patto. Secondo questa dottrina i legittimari non assegnatari parteciperebbero al contratto al fine di proteggere l'integrità della propria sfera giuridica³⁴⁸.

Nonostante le diverse ricostruzioni si ritiene preferibile far rientrare il patto di famiglia fra quegli atti diversi dalla divisione che comportano lo scioglimento della comunione, con l'ulteriore conseguenza di consentire l'applicazione, in via residuale ed integrativa, allo stesso patto di famiglia

Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del Patto di famiglia, cit., p. 100; A. PISCHETOLA, *Il patto di famiglia a confronto con gli strumenti negoziali alternativi al testamento*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 306; F. TASSINARI, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi, e requisiti formali. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 150 ss.

³⁴⁷C. CACCAVALE, *Divieto di patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, cit., p. 48-50; A. MERLO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del Patto di famiglia*, cit., p. 100 ss.

³⁴⁸U. LA PORTA, *La posizione giuridica dei legittimari sopravvenuti*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 304.

della disciplina dettata in tema di divisione con principale riferimento all'esperienza del rimedio rescissorio³⁴⁹.

L'inserimento del patto di famiglia negli atti diversi alla divisione è reso possibile dall'elaborazione del concetto di legittima relativa. Sulla base del richiamo che l'art. 768-*quater*, comma 3°, c.c. fa al valore delle quote previste dagli artt. 536 ss. c.c., si ritiene che la liquidazione dei non assegnatari, ovviamente rapportata al valore attribuito alla massa che si trasferisce, è volta a soddisfare le pretese che questi, proprio in qualità di legittimari, potrebbero vantare sulla massa stessa. Da ciò consegue che la legittima è relativa in duplice accezione: oggettiva, in quanto assume a base di calcolo esclusivamente la massa patrimoniale assegnata *ex pacto* e relativa in senso temporale in quanto resta ancorata, anche nei confronti di eventuali legittimari sopravvenuti, alla valutazione di quella massa al tempo della stipulazione³⁵⁰.

Da ciò deriva che l'effetto dell'adesione al patto dei legittimari non assegnatari comporta la conversione della legittima (relativa) da diritto ad ottenere una determinata quantità di beni in natura a diritto ad ottenere un valore corrispondente, conversione che si attua mediante il sorgere, attraverso l'accordo liquidatorio, di un corrispondente diritto di credito nei confronti dell'assegnatario dei beni produttivi³⁵¹.

Analizzando le conseguenze dell'accordo liquidatorio è semplice dare risalto alla funzione distributiva del patto: il credito, di cui i non assegnatari

³⁴⁹G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. not.*, 2006, p. 871 ss. Seppure con lievi divergenze, possono annoverarsi fra i fautori di codesta ricostruzione: F. DELFINI, *Il patto di famiglia, Legge 14 febbraio 2006, n.55*, Milano, p. 22; G. DE NOVA, *Il patto di famiglia, Legge 14 febbraio 2006, n.55*, Milano, p. 3; N. DI MAURO, *Il patto di famiglia*, Milano, p. 539; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 217 ss.; P. VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. civ.*, 2006, p. 448. Cfr. inoltre M. MAGGIOLIO, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55-Art. 768 septies*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 96.

³⁵⁰Così G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit., p. 74.

³⁵¹G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit., p. 74-75, che individua il contenuto di tale accordo nella determinazione del complesso patrimoniale di riferimento e nella sua valutazione economica.

diventano titolari, ha per oggetto “una somma corrispondente al valore delle quote” e trova giustificazione proprio nel concetto di legittima relativa; le attribuzioni liquidative ai non assegnatari, quindi, non potranno che rientrare in un disegno del disponente diretto a distribuire la propria massa patrimoniale. Il risultato è quello di qualificare le attribuzioni liquidative come “una serie di apporzionamenti in senso tecnico legate da quel nesso di reciproca subordinazione funzionale” nel quale viene individuato “l’indice minimo di riconoscimento dei fenomeni funzionalmente divisorii³⁵²”. Diverse argomentazioni sono state portate a sostegno di questa ricostruzione. Oltre alla non essenziale, ma sempre rilevante, argomentazione della collocazione dell’istituto, esattamente nel titolo IV della divisione del libro II delle successioni del codice civile, molto persuasiva è quella che fa leva sulle assonanze che intercorrono fra questo istituto e la fattispecie descritta dall’art. 720 c.c. che disciplina l’attuarsi della divisione quando la comunione abbia per oggetto un bene indivisibile, disponendo l’assegnazione per intero del bene ad uno o più degli aventi diritto con addebito dell’eccedenza³⁵³. Analizzando attentamente le due fattispecie, infatti, è agevole assumere che le stesse raggiungano il medesimo risultato, visto che entrambe determinano l’assegnazione di un bene indivisibile (o fisicamente o, come per i beni produttivi, considerato nel suo profilo funzionale) con l’obbligo per l’assegnatario di corrispondere parte del valore del bene assegnato agli altri aventi diritto³⁵⁴.

³⁵²G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit., p. 75; Id. *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. civ.*, 2007, p. 354 ss., il quale riprende L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 81.

³⁵³Non si dubita che la fattispecie di cui all’art. 720 c.c. si collochi nell’alveo delle fattispecie divisionali. Cfr. G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit., p. 75, *Profili funzionali del patto di famiglia*, cit., p. 349 ss.; in questo senso anche M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto di patti successori*, cit., p. 1375, il quale sottolinea le assonanze fra il meccanismo di liquidazione dei legittimari non assegnatari e quello di cui all’art. 720 c.c.

³⁵⁴G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit., p. 76.

Da un'apparente antinomia esistente fra l'art. 768-*quater* e 768-*sexies*³⁵⁵ è scaturito il problema della struttura soggettiva del patto di famiglia. Alcuni interpreti hanno risolto la problematica dando prevalenza al disposto dell'art.768-*sexies*, ritenendo possibile il perfezionamento del contratto, e il compiuto prodursi degli effetti, anche senza l'intervento di coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore. Secondo questa linea di pensiero, la locuzione "non partecipanti al patto" ricomprenderebbe non solo chi non potenzialmente legittimario al momento del contratto (ad esempio figlio del disponente nato in epoca successiva) ma anche coloro che pur essendo potenzialmente legittimari non vi abbiano partecipato per loro volontà³⁵⁶.

Preferibile, invece, è il pensiero di altri autori secondo cui il contrasto andrebbe risolto considerando la prevalenza di quanto disposto dall'art. 768-*quater*, con la conseguenza che la partecipazione di tutti coloro che sarebbero legittimari appare sempre come indispensabile per il compiuto prodursi degli effetti previsti dalla nuova disciplina³⁵⁷. Tuttavia tra questi autori non vi è accordo circa le conseguenze che deriverebbero dalla mancata partecipazione al contratto di tutti coloro che potenzialmente sarebbero legittimari ove si aprisse la successione nel patrimonio

³⁵⁵L'antinomia è data dalla differenza di formulazione dei due articoli. Infatti mentre l'art. 768-*quater* c.c. impone che al contratto partecipino anche il coniuge e coloro che sarebbero stati legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore, l'art. 768-*sexies* c.c. consente che all'apertura della successione dell'imprenditore il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell'art. 768-*quater* c.c., aumentata degli interessi legali.

³⁵⁶M. MAGGIOLO, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55- Art. 768 septies*, in *Le nuove leggi civili commentate*, ct., p. 95; C. CACCAVALE, *Divieto di patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, cit., p. 313.

³⁵⁷M. IEVA, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 – Art. 768-*quater* 1, 2, 4 comma*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 40 ss.

dell'imprenditore. Secondo una prima ricostruzione, infatti, ci troveremmo di fronte ad un contratto radicalmente nullo³⁵⁸.

Per altri autori, invece, in queste situazioni non ricorre un'ipotesi di nullità bensì di mera inopponibilità del contratto nei confronti di coloro che, pur avendovi diritto, non vi abbiano partecipato³⁵⁹. In sostanza, il contratto pur valido e perfetto, sarebbe destinato a produrre effetti giuridici limitati alle parti contrattuali e, in ossequio a quanto disposto dall'art. 768-*sexies*, 1° comma c.c., ai legittimari sopravvenuti, mentre i diritti dei legittimari che non hanno voluto partecipare al patto non verrebbero in modo alcuno scalfiti.

Sempre per quanto riguarda la struttura si discute se il patto di famiglia sia un contratto necessariamente plurilaterale o se possa assumere anche struttura bilaterale. Pur non mancando tesi contrarie³⁶⁰, sono prevalenti le opinioni di chi ritiene che esso si configuri come un contratto necessariamente trilaterale³⁶¹; quindi le categorie che devono necessariamente partecipare sono il disponente, quella dell'assegnatario dei beni produttivi e quella dei non assegnatari, tra i quali, con scelta non proprio felice a detta di alcuni autorevoli autori, non è stato escluso il coniuge, che a differenza dei discendenti, potrebbe aver perso la propria qualità di legittimario³⁶².

³⁵⁸F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 219; N. DI MAURO, *I necessari partecipanti al patto di famiglia*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 536; M. IEVA, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 – Art. 768- quater 1, 2, 4 comma*, cit. 48, nota 18.

³⁵⁹M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto di patti successori*, cit., p. 1375; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "Patto di famiglia"*, cit., p. 427; G. OPPO, *Patto di famiglia e diritto della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 444.

³⁶⁰Così in un primo momento G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit., p. 77.

³⁶¹G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "Patto di famiglia"*, cit., p. 435; M. IEVA, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 – Art. 768- quater 1, 2, 4 comma*, cit., p. 56; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 219.

³⁶²M. IEVA, *Il patto di famiglia*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 2010, p. 317 ss; Id, *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi (ovvero del tentativo di rimediare a ipotesi*

L'oggetto del contratto, come previsto dall'art. 768-*bis* c.c., è rappresentato dall'azienda o dalle partecipazioni societarie.

L'azienda può essere trasferita non solo integralmente ma anche in parte; l'attribuzione dei beni produttivi può subire una limitazione anche qualitativa potendosi ammettere anche il trasferimento della nuda proprietà ovvero la costituzione sui beni medesimi a favore del beneficiario del diritto reale di usufrutto³⁶³. Dubbi interpretativi maggiori sorgono con riferimento alle partecipazioni societarie. Essendo la *ratio* della novella individuata nel facilitare il passaggio generazionale di beni produttivi, alcuni interpreti hanno avanzato l'ipotesi di limitare l'oggetto del contratto alle sole partecipazioni idonee ad assicurare al titolare delle stesse la possibilità di influire sull'azienda di riferimento³⁶⁴. Sebbene questa ipotesi non sia del tutto priva di fondamento, la difficoltà di stabilire una linea di confine fra partecipazioni rilevanti o meno, ci porta a condividere il pensiero di coloro che ritengono qualsiasi tipo di partecipazione societaria trasferibile con il patto di famiglia ad eccezioni, solo, di quei titoli detenuti a mero scopo di investimento³⁶⁵.

Resta da dire, infine, circa gli effetti del patto di famiglia, e più nello specifico l'ambito di operatività dell'esenzione da collazione e riduzione e le interferenze tra la nuova disciplina e quella della riunione fittizia anche al fine di comprendere il rapporto tra il patrimonio assegnato con il patto e quello che dovesse residuare all'apertura della successione dell'imprenditore.

di malfunzionamento dei meccanismi di riduzione e collazione), in *Riv. not.*, 2009, p. 1089 ss.

³⁶³G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "Patto di famiglia"*, cit., p. 410; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 95.

³⁶⁴F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 220 ss.; PETRELLI, *La nuova disciplina del "Patto di famiglia"*, cit., p. 410; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 410 ss.

³⁶⁵G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "Patto di famiglia"*, cit., p.421; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 80 e 98 ss.

Anche in ordine a questo tema la dottrina si è divisa manifestando orientamenti che è possibile ricondurre a due correnti contrapposte.

Secondo una di queste correnti, delle attribuzioni effettuate tramite patto di famiglia, pur se non soggette a collazione o riduzione, dovrà tenersi conto nell'ambito della riunione fittizia una volta apertasi la successione del disponente³⁶⁶. Quindi, il calcolo della riserva andrebbe eseguito tenendo a mente il valore dei beni oggetto del patto, i quali, tuttavia, non avrebbero rilevanza ai fini di collazione e riduzione. La successione, in altre parole, sarà una sola, il patto ne potrà anche costituire un anticipo, che dovrà, però, incidere il meno possibile sulle regole generali. Una conferma di questa impostazione si ricava direttamente dal dato normativo dell'art.768-*quater*, comma 4 c.c.: se effettivamente le attribuzioni effettuate per mezzo del patto fossero neutre ai fini della determinazione delle porzioni dei legittimari al momento dell'apertura della successione, questa disposizione sarebbe evidentemente superflua. Inoltre, non bisogna sottovalutare il fatto che la mancata inclusione dei beni oggetto del patto nella riunione fittizia, determinerebbe conseguenze pregiudizievoli non solo per i legittimari, che comunque partecipano volontariamente al contratto, ma anche a soggetti estranei alla stipulazione, e alla successione. Si pensi al donatario (non legittimario) anteriore al patto, la cui donazione, in linea teorica gravante sulla disponibile, potrebbe ritrovarsi a seguito del patto a gravare sulla legittima e come tale essere passibile di azione di riduzione³⁶⁷.

Secondo una diversa e per certi versi preferibile ricostruzione, invece, la vicenda del patto di famiglia comporterebbe il crearsi di microsistemi autonomi, al punto di escludere che i beni assegnati possano avere rilevanza

³⁶⁶S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. not.*, p. 897 ss; G. FIETTA, *Divieto di patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, cit., p. 96 ss.; E. LUCCHINI - GUASTALLA, *Commento all'art. 768-*quater*, comma 3*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 59 ss.

³⁶⁷C. CACCAVALE, *Divieto di patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, cit., p. 58-59.

in sede di riunione fittizia³⁶⁸. Viene ipotizzata, così, tra il patrimonio oggetto del patto di famiglia ed il residuo patrimonio ereditario sussistente al momento dell'apertura della successione del disponente, una barriera invalicabile in entrambe le direzioni: i due patrimoni verrebbero, di conseguenza, a costituire due masse assolutamente autonome fra di loro, come se fossero riferite a due soggetti diversi³⁶⁹.

Con il patto, quindi, si darebbe luogo ad una vicenda negoziale che può essere ricondotta alla categoria della successione anticipata che niente ha a che vedere con la successione *mortis causa* dell'imprenditore³⁷⁰.

Per quanto riguarda il disposto dell'art. 768-*quater*, comma 3 c.c., che prevede l'imputazione alle quote di legittima dei beni assegnati con il contratto ai non assegnatari, esso si riferisce esclusivamente alla masse ereditaria oggetto del patto di famiglia, non, invece, a quella residua una volta apertasi la successione secondo la teoria della legittima relativa. Con ciò sarebbe sancita con maggior forza l'autonomia tra le due masse. E' altresì evidenziato come, aderendo alla ricostruzione per cui anche quanto oggetto del patto di famiglia rientrerebbe in riunione fittizia, si dovrebbe allora constatare che questa avvenga considerando beni i cui valori necessariamente si riferiscono a tempi diversi³⁷¹ con ciò contravvenendo allo scopo primario della riunione fittizia, ossia ottenere una comparazione

³⁶⁸G. AMADIO, *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati*, cit., p. 73; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 225; M. IEVA, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 – Art. 768- quater 1, 2, 4 comma*, cit. 54 ss.; C. CACCAVALE, *Divieto di patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, cit., p. 57 ss.; F. MAGLIULO, *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, cit., p. 284 ss.; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 119 ss.; ; F. TASSINARI, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi, e requisiti formali. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, cit., p. 160 ss.

³⁶⁹F. TASSINARI, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi, e requisiti formali. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, cit., p. 160.

³⁷⁰G. AMADIO, *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati*, cit., p. 74.

³⁷¹F. TASSINARI, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi, e requisiti formali. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, cit., p. 162.

il più possibile equa di quanto ottenuto dai legittimari, sia in vita del *de cuius* per liberalità, sia a titolo successorio³⁷².

Come sopra già detto, non si mette in dubbio la natura contrattuale del patto di famiglia, con la naturale conseguenza che allo stesso troverà applicazione la disciplina generale in tema di contratti ove non espressamente derogata. Ad ogni modo, il legislatore ha previsto espressamente³⁷³ l'applicabilità al patto della normativa sui vizi del volere di cui all'art. 1427 c.c.³⁷⁴.

³⁷²F. TASSINARI, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi, e requisiti formali. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, cit., p. 162.

³⁷³Cfr. art. 768-*quinquies* c.c.

³⁷⁴G. SICCHIERO, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 – Art. 768-quinquies*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 79 ss.

5. La transazione

Ricostruire il complesso rapporto che intercorre fra divisione e transazione non è un problema nuovo per interpreti e operatori pratici³⁷⁵.

La complessità riguarda la questione dell'individuazione dei c.d. atti diversi dalla divisione. Proprio rispetto a questi atti si registra un conflitto: da un lato vi è la necessità di individuare un trattamento omogeneo per tutti quelli che perseguono il fine divisorio, dall'altro, però, il legislatore ha considerato, in egual misura, rilevante l'esigenza connessa alla specialità dell'atto *transigendi causa* con il quale << si è posto fine alle questioni insorte a causa della divisione o dell'atto fatto in luogo della medesima, ancorché non fosse al riguardo cominciata alcuna lite³⁷⁶>>, rispetto al quale non è ammessa rescissione.

E', quindi, evidente, la necessità di scoprire in quali situazioni l'area operativa della transazione soggiaccia all'inammissibilità della rescissione.

V'è da dire che, già con il codice del 1865 il legislatore aveva affrontato la problematica dell'intreccio fra divisione e transazione, proprio nell'art. 1939 dell'allora vigente codice civile³⁷⁷. Scopo, evidente, del legislatore

³⁷⁵Lo studio delle fattispecie comunemente definite “ *Transazione divisoria*” e “ *Divisione transattiva*” è al centro di riflessioni elaborate da autorevole dottrina, specie sotto il più problematico punto di vista dell'assoggettamento meno delle summenzionate fattispecie all'azione di rescissione di cui all'art. 763 c.c. Cfr. G. MIRABELLI, <<*Transazione e divisione*>>, in *Foro it.*, 1952, I, c. 39; ID., *Divisione, dir. civ.*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, p. 37; A. CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1947, p. 36 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1962, p. 601; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, cit., p. 180 ss.; P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 741 ss.; G. GAZZARA, voce *Divisione della cosa comune* (Diritto privato), cit., p. 419 ss.; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 758-759; G. CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 708 – 711; L.V. MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, cit., p. 533.

³⁷⁶Cfr. art. 764, comma 2, c.c.

³⁷⁷La norma espressamente stabiliva al primo comma: << l'azione di rescissione si ammette contro qualunque atto, che abbia per oggetto di far cessare tra i coeredi la comunione degli effetti ereditari, ancorché fosse qualificato con titoli di vendita, di permuta, di transazione, od in qualunque altra maniera.>> Proseguiva al secondo comma <<Ma dopo la divisione o dopo l'atto fatto in luogo della medesima, l'azione di

ottocentesco era duplice: da un lato aprire alla rescindibilità dell'atto di divisione con un profilo ontologicamente inclusivo, andando addirittura a menzionare nel testo normativo tra gli atti rescindibili anche la transazione, dall'altro, però, s'impediva il travolgimento dell'atto transattivo, stipulato dopo la divisione o l'atto avente scopo divisorio, che fosse volto a comporre, tramite lo schema delle reciproche concessioni, le difficoltà reali dell'atto di divisione³⁷⁸.

La regola così individuata e resa imperativa, seppur apprezzata per la sua semplicità di applicazione, indicando nel momento temporale il *discrimen* dell'applicazione dell'azione di rescissione³⁷⁹, aveva proprio in questa sua semplicità il suo tallone d'achille, risultando insoddisfacente per la sua facilità di utilizzo a fini elusivi della norma stessa che imponeva la rescissione³⁸⁰.

Sotto il punto di vista che stiamo analizzando dalla lettera del codice civile del 1942, invece, all'art. 764, comma 2° c.c., che tratta delle << questioni insorte a causa della divisione o dell'atto fatto in luogo della medesima >>, emerge chiaramente la volontà del legislatore di innovare rispetto al passato, fissando il presupposto per la rescissione nella sostanza del negozio piuttosto che in criteri precostituiti.

L'obiettivo perseguito, quindi, è quello di escludere l'esperibilità dell'azione di rescissione contro quegli atti che, variamente riconducibili al

rescissione non è più ammessa contro la transazione fatta sopra le difficoltà reali che presentava il primo atto, ancorché non fosse cominciata alcuna lite sopra tale oggetto>>.

³⁷⁸G. A. M. TRIMARCHI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Contratto di divisione ed autonomia privata. Fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 156.

³⁷⁹La tesi che incentrava nel rilievo temporale il *discrimen* in ordine all'applicazione dell'azione di rescissione risultava prevalente sotto la vigenza del vecchio codice. Tuttavia non mancavano opinioni contrarie, in questo senso v. G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 758, testo e nota n. 1.

³⁸⁰G. A. M. TRIMARCHI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Contratto di divisione ed autonomia privata. Fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 156.

fenomeno transattivo, abbiano a oggetto questioni di natura sostanzialmente divisoria³⁸¹.

Occorre analizzare in modo più profondo il senso dell'innovazione³⁸², e soprattutto le sue ricadute operative, che hanno portato a numerose difficoltà come dimostrato dai frequenti interventi della giurisprudenza in materia³⁸³.

Punto di partenza della riflessione deve necessariamente essere l'art. 1970 c.c., il quale espressamente sottrae la transazione dall'azione di rescissione. Tale norma è stata sottoposta a critica, evidenziandosi che invece di assoluta incompatibilità si debba parlare di scelta di politica legislativa³⁸⁴. Considerato, quindi, che in astratto non vi è incompatibilità assoluta tra rescissione e transazione, si può affermare che il legislatore italiano, prevedendo una sostanziale irrescindibilità delle transazioni, abbia perseguito interessi di stabilità del contratto transattivo. Tuttavia, per la divisione e i suoi surrogati, il legislatore adotta un sistema ampliato rispetto al rimedio rescissorio in generale: in sostanza non è necessario che una parte si approfitti dello stato di pericolo e bisogno dell'altra; ed è sufficiente una sproporzione di un quarto fra le prestazioni. Con una metafora

³⁸¹G. A. M. TRIMARCHI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Contratto di divisione ed autonomia privata. Fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 156.

³⁸²Tale valutazione risulterà più agevole considerando alcune caratteristiche di base della rescissione. Essa, come è noto, è un rimedio generale della patologia del contratto individuata dal legislatore nel corso di circostanze obiettive e subiettive consistenti nello stato di pericolo e di bisogno di una parte, nella conoscenza di tale *status* da parte dell'altra che ne approfitti per trarne vantaggio, ed infine nella sproporzione fra prestazioni; sproporzione che deve eccedere il rapporto di un mezzo fra l'una e l'altra.

³⁸³Cass. civ., 6 agosto 1997, n. 7219, in *Giur. Civ. Mass.*, 1997; Cass. civ., 2 febbraio 1994, n. 1029, in *Giust. civ. Mass.*, 1994; Trib. Napoli 18 febbraio 2002, in *Giur. nap.*, 2002, p. 436 e ss.; Trib. Napoli 4 dicembre 2003, in *Giur. nap.*, 20 04, p. 5 e ss.; Cass. civ., 20 marzo 1995, n. 3227, in *Giust. civ.*, 1995, 12, p. 3027.

³⁸⁴Così G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, p. 332, dove l'autore afferma che «è errata l'opinione di coloro che considerano la rescissione per lesione incompatibile con il contenuto della transazione» affermando ancora che «in linea teorica non è impossibile l'applicazione del rimedio rescissorio alla transazione» dovendo ricollegarsi l'esclusione al solo caso in cui la rescissione «osti gravemente alla soddisfazione dell'esigenza della pacifica composizione delle controversie».

potremmo dire che rispetto alla linea mediana della rescissione, la transazione e la divisione si collocano ai due estremi opposti³⁸⁵.

A questo punto è doveroso procedere nell'analisi del secondo comma dell'art. 764, nella parte in cui esprime interferenza fra causa transattiva ed effetto divisorio del negozio. Se, infatti, da un lato la norma esclude la rescissione per le transazioni relative << alle questioni insorte a causa della divisione o dell'atto fatto in luogo della medesima>>, è evidente che per il legislatore vi sono transazioni che, a dispetto dell'art. 1970 c.c., possono soggiacere al rimedio rescissorio.

Nonostante l'ambiguità della formulazione normativa, ciò che sembrerebbe possibile desumere è che l'esclusione dal rimedio della rescissione afferisce solo alle transazioni concluse dopo che la comunione sia sciolta attraverso divisione o atto a essa equiparato.

La dottrina introduce una distinzione terminologica, divisione transattiva e transazione divisoria³⁸⁶, al fine di sottolineare la differente natura dei due fenomeni: infatti ancorché entrambe le fattispecie siano caratterizzate dal fatto di produrre un evidente effetto divisorio, esse sono comunque dirette a realizzare due interessi diversi.

Secondo la visione più accreditata³⁸⁷, la distinzione starebbe in ciò che la divisione transattiva avrebbe natura di negozio divisorio non avendo lo scopo di comporre una lite, ma di "superare amichevolmente" questioni riguardanti le operazioni divisionali³⁸⁸ (valutazione dei beni, formazione ed assegnazione delle porzioni ecc.), la transazione divisoria, invece, è una transazione a tutti gli effetti: il negozio ha lo scopo primario di ricomporre una lite sorta sull'esistenza o sull'entità del diritto di chi pretende di avere il

³⁸⁵G. A. M. TRIMARCHI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Contratto di divisione ed autonomia privata. Fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 157.

³⁸⁶Cfr. per tutti G. CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 710.

³⁸⁷G. CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 710; L. CARIOTA - FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 744-745; M. R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., p. 220 - 223.

³⁸⁸G. CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 710.

diritto di partecipare al riparto, determinando, altresì, lo scioglimento della comunione³⁸⁹.

Conseguenza diretta e inevitabile di quest'approdo dottrinale è la soggezione della divisione transattiva all'azione di rescissione³⁹⁰ di cui all'art 763 c.c., e, per contro, a irrescindibilità della transazione divisoria.

Anche la giurisprudenza si è pronunciata sull'argomento, avendo modo di ribadire che si è in presenza della divisione transattiva quando le parti superano in via amichevole controversie insorte in sede di divisione e l'atto che produce l'effetto divisorio assegna, comunque, ai dividendi beni in concreto di valore corrispondente alle quote ideali che gli stessi vantavano sulla comunione, in modo da garantire la proporzionalità tra porzione materialmente assegnata e parte ideale detenuta dal dividendo, realizzando l'apportionamento tipicamente divisionale³⁹¹. E ciò, a prescindere che sia imposto o meno un conguaglio in denaro a carico degli assegnatari.

Ricorre invece, sempre secondo la giurisprudenza, la figura della transazione divisoria quando i contraenti al fine di evitare una lite avente per oggetto l'esistenza o la misura del diritto dei dividendi, << procedono all'attribuzione di beni o di un bene senza tener conto delle quote di partecipazione, conseguendo l'effetto solutorio della comunione³⁹²>>.

E' evidente, quindi, com'è stato anche evidenziato dalla giurisprudenza che << il discrimine fra le due figure negoziali non è la composizione di una controversia insorta in sede divisionale, ma, essenzialmente, l'obliterazione o non delle ragioni proporzionali di partecipare alla comunione che comunque s'intende, anche parzialmente sciogliere³⁹³>>.

³⁸⁹G. CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 710.

³⁹⁰P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 745 nota 2.

³⁹¹Cass. civ., 6 agosto 1997, n. 7219, in *Giust. civ. Mass.*, 1997.

³⁹²Cass. ult. cit.

³⁹³Cass. ult. cit.

Anche la giurisprudenza di merito è, ormai, giunta a individuare il discrimine fra le due fattispecie proprio nella mortificazione o meno della causa *dividendi*: << La transazione divisoria, che per espressa previsione dell'art. 764 comma 2 c.c., non è rescindibile in caso di lesione oltre il quarto, si differenzia dalla divisione transattiva, in quanto, oltre a porre in essere una divisione (parziale o totale dell'asse, ed a prevenire o a porre rimedio ad una lite tra i condividenti, perviene alla formazione delle quote senza il ricorso a criteri aritmetici, ma in maniera bonaria e senza corrispondenza tra entità delle porzioni e misura delle quote spettanti ai comunisti³⁹⁴>>.

Da quanto detto risulta evidente la funzione inclusiva che svolge l'art. 764, 1° comma, c.c. ricomprendendo tutte le fattispecie che hanno lo scopo di far cessare una comunione, non escludendo categoricamente che la stessa transazione possa essere qualificata come un surrogato della divisione.

Ad ogni modo non è possibile non rilevare una differenza che intercorre fra i negozi che in generale possiamo qualificare come surrogati della divisione ai sensi della richiamata norma, e la divisione transattiva: nella categoria dei surrogati della divisione rientra qualsiasi atto che comporti uno scioglimento della comunione, mentre per la transazione è necessario anche che si rispetti l'ulteriore e specifico effetto della divisione, ossia l'apporzionamento mantenendo la proporzionalità fra quota ideale e porzione materialmente assegnata, al fine di ricondurla fra i surrogati della divisione³⁹⁵.

³⁹⁴Trib. Napoli, 18 febbraio, 2002, in *Giur. nap.*, 2002, p. 436 e ss.

³⁹⁵In questo senso si veda G. A. M. TRIMARCHI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Contratto di divisione ed autonomia privata. Fondazione italiana per il notariato*, cit., p. 161 dove si fa l'esempio << Se due fratelli hanno ereditato per un mezzo ciascuno il bene Alfa e lo vendono ad un estraneo, la vendita produce l'effetto dello scioglimento della comunione, ed è, perciò, sotto l'egida del primo comma dell'art. 764 c.c. benché non contenga l'ulteriore effetto divisorio (ossia quello dell'apporzionamento ciascuno di una *pars quantà*). La transazione, invece, per essere assoggettata alla norma ultima citata deve, al contrario, produrre l'effetto ultimo detto. Diversamente, allorché essa si limiti a produrre l'effetto dello scioglimento della comunione resterà sotto la disciplina del secondo comma dello stesso articolo>>.

Così assume centrale importanza il ruolo svolto dal notaio, nell'elaborazione della volontà dei contraenti: ogni qual volta questo professionista riceva un atto che sia potenzialmente in grado di sciogliere una comunione deve svolgere una valutazione circa l'inferenza della causa transattiva. Infatti, qualora emergesse una siffatta causa in un atto che, in funzione di prevenzione o risoluzione di una lite, abbia l'effetto di sciogliere una comunione senza però comportare apporzionamento, l'esperibilità dell'azione di rescissione sarebbe esclusa in toto.

Diverso, invece, sarebbe il caso di un atto a causa transattiva che però si combini con l'effetto divisionale vero e proprio, essendo applicabile in questo caso il primo comma dell'art. 764 c.c.

Quando, quindi, ricorre una causa transattiva è frequente l'inserimento, nel contratto che scioglie la comunione, di una clausola che rappresenti l'*expressio cause* dello stesso; e di un'altra clausola che dimostri chiaramente l'assenza di proporzionalità perfetta tra porzione materiale assegnata e porzione ideale posseduta; questa seconda clausola, tutt'altro che risultare di stile, ha il fine primario di rendere applicabile il secondo comma dell'art. 764 c.c. che, come più volte ribadito, esclude la rescindibilità di siffatto contratto.

CONCLUSIONI

Giunti al termine di questo approfondimento, è intenzione di chi scrive ripercorrere i tratti salienti della trattazione, quelli che di più hanno caratterizzato il lavoro svolto, e che, per certi versi, ne hanno reso possibile lo svolgimento.

Un'iniziale riflessione la vorrei dedicare alla divisione delle masse plurime, situazione che è oltre modo interessante comportando anche una compenetrazione tra questo istituto di diritto civile ed il diritto tributario, essendo lo scioglimento di questa pluralità di masse interessante oggetto della disciplina fiscale.

Per comprendere ciò che rende interessante la situazione, bisogna ripercorrere brevemente il motivo che ha indotto il legislatore a modificare le norme presenti nel nostro ordinamento. Sappiamo, come la divisione sia volta allo scioglimento di una comunione. Comunione che però, può instaurarsi anche a seguito di una pluralità di atti di acquisto *inter vivos* e che come tali danno origine ad una pluralità di masse, da dividere con una pluralità di divisioni. Ora da principio questa situazione era ignorata, e con un solo atto si perveniva a sciogliere, quindi, non una ma più comunioni: in realtà così facendo si ponevano in essere permutate di quote relative a masse diverse (o appunto masse plurime) ed il negozio acquistava natura traslativa.

Questo fenomeno non era preso in considerazione né dalla redazione né dall'applicazione del R. D. n. 3269 del 1923, infatti fino agli anni '50 anche le divisioni delle c.d. masse plurime erano soggette all'imposta prevista per le normali divisioni. Solo successivamente, con una sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, per la precisione la sentenza del 19 ottobre

1961³⁹⁶, venne affermato che << a causa dell'autonomia dei titoli di comunione, si aveva una pluralità di masse, per cui ciascun compartecipe non vanta sulla totalità dei beni un diritto corrispondente alla somma delle singole frazioni che gli derivano dai vari atti e fatti costitutivi>>; con ciò gli atti di cui sopra cominciarono ad essere assoggettati all'imposizione prevista per i trasferimenti. Principio successivamente trasfuso dal legislatore nel comma 4° dell'art. 32 del D.P.R. n. 634 del 1972, con un'importantissima eccezione per le comunioni derivanti da diverse successioni *mortis causa*: in quest'ipotesi, infatti, le diverse masse, tutte di origine successoria, sono considerate ai fini fiscali una massa unica. Così comincia ad emergere l'esigenza di favorire, anche fiscalmente, le divisioni di comunioni incidentali, fonti di dissidi tra i vari comunisti. E' proprio questa la *ratio* della nuova disposizione contenuta nel 4° comma dell'art. 34 del T. U. (D.P.R. n. 131 del 1986, Imposta di Registro), con la quale si è inteso superare le difficoltà per i contribuenti favorendo al contempo la circolazione dei beni.

Infine, bisogna tener conto di un altro importantissimo principio, quello per cui le variazioni soggettive dei comunisti, che si sono verificate sia *mortis causa* che *inter vivos*, non incidono sull'identità e sull'unicità di una massa comune. Quindi, una massa considerata unica, non può generare masse plurime per il solo fatto che ad un comunista se ne sia sostituito o aggiunto un altro, per qualunque atto o fatto giuridico.

Da qui, vorrei passare invece a sottolineare l'importanza che riveste nella presente trattazione un istituto che è anche quello che ha suscitato il mio maggior interesse durante la trattazione, il patto di famiglia.

Con il patto di famiglia si consente all'imprenditore di anticipare gli effetti della divisione ereditaria, ad un tempo in cui egli è ancora in vita, relativamente ai beni aziendali liquidando i successori che non hanno la capacità o la volontà di divenire imprenditori.

³⁹⁶ Cass. 19 ottobre 1961, n. 2224, in *Foro it. Rep.*, 1961, voce *Registro*, p. 101.

Nonostante non vi sia unanimità di vedute al riguardo, è possibile catalogare il patto di famiglia fra gli atti diversi dalla divisione che comportano lo scioglimento della comunione: ciò comporta, evidentemente, l'applicazione della disciplina per la divisione anche al patto di famiglia, ed in particolar modo dello speciale rimedio rescissorio. La possibilità di definire questo istituto come atto diverso dalla divisione *ex art. 764 c.c.* deriva dal concetto di legittima relativa. Sulla base del richiamo che l'art. 768-*quater* comma 3° c.c. fa agli artt. 536 e ss. c.c., si ritiene che la liquidazione dei non assegnatari è volta a soddisfare le pretese che questi, in quanto legittimari, avrebbero sulla massa aziendale. Da ciò deriva che la legittima è relativa sotto duplice aspetto: oggettiva, in quanto ha per oggetto solo la massa oggetto del patto stesso e relativa in senso temporale, perchè resta ancorata alla valutazione di quella massa al tempo della stipulazione.

Riflettendo sugli effetti dell'accordo liquidatorio è abbastanza immediata la conclusione di dare al patto di famiglia funzione distributiva: il credito, di cui i non assegnatari diventano titolari ha per oggetto una somma proporzionale al valore delle proprie quote, e si giustifica proprio nel concetto di legittima relativa; queste attribuzioni, quindi, non potranno che avere l'effetto di portare a compimento il disegno distributivo del disponente diretto a spartire la propria massa patrimoniale.

Altro profilo caratterizzante l'istituto *de quo* è il legame che si è instaurato con i patti successori, a seguito della modifica dell'art. 458 c.c. che, come noto, commina la nullità a questa tipologia di patti.

Questa modifica ha dato spunto ad un ampio dibattito dottrinale. Tuttavia si può, a ben ragione, concludere che il patto di famiglia, anche se a tutta prima sembrerebbe integrare un patto successorio, che solo grazie alla modifica che il legislatore ha apportato alla norma di cui all'art. 458 c.c. sfugge alla sanzione della nullità, non integra gli estremi di un patto che attui la trasmissione di diritti relativi ad una successione ancora non aperta, e faccia sorgere un *vinculum iuris* di cui la successiva disposizione

testamentaria ne rappresenti l'adempimento, bensì una sorta di anticipata divisione successoria, a stralcio, a fronte della quale ogni discussione *post mortem* è esclusa.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956

ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1965

ALLORIO, *Giudizio divisorio e sentenza con pluralità di parziale con pluralità di parti*, in *Giur. It.*, I, 1946

AMADIO, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1986

AMADIO, *Divieto di patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006

AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. not.*, 2006

AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporzionamento nel negozio divisorio*, in *Atti del convegno Santa Margherita di Pula Fortevillage 30 e 31 Maggio 2008, Contratto di divisione e autonomia privata*, Milano, 2008

AMADIO, *La divisione del testatore*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*. Milano, 2010

ANDOLINA, *Note sull'oggetto del giudizio divisorio*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1960

ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940

ANGELONI, *Liberalità e solidarietà*, Padova, 1994

ARDANI CONTURSI-LISI, *Le donazioni*, in *Giur. civ. e comm.* diretta da BIGIAMI, Torino, 1967

ARMATI, *La disciplina tributaria della divisione*, in *Successioni e Donazioni*, a cura di Pietro Rescigno, 1994, vol. II, Padova

- ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donationem*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1930
- AZZARITI, *Nullità, per preterizione di legittimario, della divisione fatta dal testatore*, in *Giur. it.*, I, I, 1974
- AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982
- AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990
- BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1963
- BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II
- BARALIS e D. PODETTI, *La nuova disciplina tributaria della divisione delle masse plurime nel testo unico dell'imposta di registro*, in *Riv Not.*, 1988
- BARALIS, *Attribuzione ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali. Il patto di famiglia: un delicato equilibrio fra "ragioni" e "ragioni" dei legittimari*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006
- BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937
- BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, V. I, Torino 1958
- BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, Torino, 1993
- BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, nuova ed., a cura di A. Liserre e G. Floridia, s.l., ma Torino, s.d. ma 1998
- BARCELLONA, voce <<Frutti (diritto civile)>>, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, s.l., ma Milano, s.d., ma 1969
- BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975
- BESSONE, *Obiter dicta della giurisprudenza, l'accertamento della causa <<reale>> dei contratti, gli equivoci della funzione economico-sociale del negozio*, in *Rischio contrattuale e autonomia privata*, a cura di Alpa-Roppo-Bessone, Napoli, 1982

BETTI, voce *Causa del negozio giuridico*, (diritto romano), in *Noviss. dig. It.*, Torino, 1957

BETTI, *Teoria generale de negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, rist. II ed., Torino, 1960

BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977

BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 1989

BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000

BIANCA, *Il contratto*, 3, Milano, 2000

BIGIAVI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1934

BIGLIAZZI, Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, *Diritto civile, fatti e atti giuridici*, Torino, 1986

BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da VASSALLI, Torino, 1961

BIRKE, *Libertà contrattuale e norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985

BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984

BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007

BURDESE, *La divisione ereditaria*, nel *Trattato di dir. civ. it.* Diretto da F. VASSALLI, Torino, 1980

BUSNELLI, voce *Comunione ereditaria, dir. civ.*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961

BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974

BUSONI, "*Il problema delle masse plurime*", in *La nuova giurisprudenza Civile Commentata*, 2000

CACCAVALE, *Divieto di patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006

CACCAVALE, *Divieto di patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova, 2010

CALO', *Le piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario sulle successioni?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1997

CANNIZZO, *Il trattamento tributario della divisione*, in *Le Successioni (IV, Divisione)*, in *Diritto Privato nella Giurisprudenza*, a cura di Paolo Cedon, Torino, 1999

CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, t. II, Milano, 2002

CAPURRO, *La divisione in presenza di comunioni plurime*, in *Il Fisco*, 1991

CARDARELLI, *Il trattamento tributario delle divisioni*, in *Corr. Trib.*, 1986

CARINGELLA, *Il collegamento negoziale*, in *Studi di diritto civile*, Milano, 2003

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1956

CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977

CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1926

CARNELUTTI, *Meditazioni sul processo divisorio*, *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1940

CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, III, Roma, 1951

CARRESI, *Introduzione ad uno studio degli oneri e obblighi delle parti nella formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949

CARRESI, *Autonomia privata nel contratto e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1957

CARUSI, *La causa nei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947

CASULLI, voce <<Divisione ereditaria (diritto civile)>>, in *Noviss. Dig. It.*, vol VI, Torino, 1960

CASULLI, voce *Divisione ereditaria (dir. civ.)* nel *Noviss. Digesto it.*, VI, Torino, 1960

CATTANEO, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*, Milano, 1988

CATUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970

CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti, (intorno alla nozione di causa)*, in *Il contratto*, Silloge in onore di G. Oppo, V. I, Milano, 1992

CEVARO, *Il nuovo trattamento tributario della <<divisione>> di masse plurime*, in *Riv. Not.*, 1986

CIACCIAGRANO, *La permuta, in Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno, Il diritto civile nella giurisprudenza*, a cura di Paolo Cendon, Torino, 2006

CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1946

CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1947

CICU, *Le successioni a causa di morte*, Milano, 1958

CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione ed acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, 2^a ed., Milano, 1961

CINTI, *La divisione e le masse plurime secondo il nuovo T.U. dell'imposta di registro*, in *Boll. Trib.*, 1988

CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939

CODACCI-PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940

CORRADO, *Negoziato di accertamento*, , Torino, 1942

CORSI, *Autonomia privata e norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985

COTTINO, *Del riporto; della permuta (Artt. 1548-1555), Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, vol. XIV, Bologna-Roma, 1966

COVIELLO, *Delle successioni*, Napoli, 1935

D'AURIA, *Il negozio giuridico notarile fra autonomia privata e controlli*, Milano, 2000

D'AVANZO, *Delle successioni*, vol. I, Firenze, 1942

DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazioni, classificazioni e disciplina. "Negotia mixta cum donatione"*, Padova, 1934

DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976

DE GIORGI, voce *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982

DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985

DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939

DEL PASQUA, *La divisio inter liberos secondo il nuovo codice civile*, in *Nuovo diritto*, 1950

DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977

DI PAOLO, *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, XII, Torino, 1995

DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1959

DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia (brogliaccio per una lettura disincantata)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007

DIONISI, <<L'efficacia estintiva>> dell'accettazione di eredità con il beneficio d'inventario, in *Riv. dir. civ.*, I, 1975

DOSSETTI, *Il consenso e la sua formazione*, in *La donazione*, Trattato diretto da BONILINI, Torino, 2001

- FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941
- FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953
- FAZZALARI, voce *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970
- FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1979
- FEDELE, *La comunione*, nel *Trattato Grosso e Santoro-Passarelli*, Milano, 1967
- FEDELE, *Sulla nozione di "massa" ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro sugli atti che producono lo scioglimento della comunione*, in *Riv. dir. Trib.*, III, 1991
- FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Torino 1991
- FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966
- FERRI G. B., *tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1986
- FERRI G. B., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in *Quadrimestre*, 1988
- FERRI G. B., *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, s.l., ma Padova, 1994
- FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959
- FERRI L., *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja- G. Branca, Bologna-Roma, 1980
- FIETTA, *Divieto di patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006
- FORCHIELLI e ANGELONI, *Della Divisione*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*. Bologna, 2000
- FORMICA, *La divisione nel diritto tributario* in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, vol. II, Milano, 2010

FRANCO, *Osservazioni in tema di institutio ex re certa e divisione testamentaria Vita not.*, III, LXXXVII, 1997

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1993

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, V.II, 1, Padova, 2004

GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, sl., ma Milano, sd., ma 1990

GASPERONI, *Collegamento e connessione fra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1955

GAZZARA, voce *Divisione della cosa comune* (Diritto privato), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964

GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004

GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, fasc. 4-5, 2006

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013

GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento, contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954

GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio e la somministrazione*, *Tratt. dir. civ. e comm.*, Cicu- Messineo, Milano, 1974

GIANNATTASIO, *Successioni testamentarie*, in *Comment. del cod. civ.*, UTET, Torino, 1978

GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980

GIORGIANNI, *negozi giuridici collegati*, in *riv. it. scienze giur.*, 1937

GIORGIANNI, voce *Causa* (diritto privato), in *Enc. dir.*, vol. VI, sl., ma Milano, s.d., ma 1960

GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (Civil Law) (Saggio di critica mediante il metodo comparativo)*, in *Jus*, 1953

GROSSO BURDESE, *Le successioni – parte generale*, Torino, 1977

IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto di patti successori*, in *Riv. not.*, I, 1997

IEVA, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 – Art. 768- quater 1, 2, 4 comma*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007

IEVA, *Fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008

IEVA, *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi (ovvero del tentativo di rimediare a ipotesi di malfunzionamento dei meccanismi di riduzione e collazione)*, in *Riv. not.*, 2009

IEVA, *Il patto di famiglia*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova, 2010

IRTI, voce << Oggetto del negozio giuridico >>, in *Noviss. dig. It.*, vol XI, s.l., ma Torino, s.d., ma 1965

IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, s.l., ma Milano, s.d., ma 1984

IRTI, *Formalismo ed attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990

LA PORTA, *La posizione giuridica dei legittimari sopravvenuti*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006

LENER, *La comunione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 8, *Proprietà*, t. II, s.l., ma Torino, s.d., ma rist. 1991

LISERRE, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, V, Torino, 1997

LIUNI, *I beni durevoli sono sempre divisibili*, in *Riv. giur. edil.*, II, 1992

LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto, approfondimenti tematici e giurisprudenza annotata*, Milano, 2004

- LOSANA, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il codice civile*, Torino, 1911
- LUCCHINI GUASTALLA, *Commento all'art. 768-quater, comma 3*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007
- LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980
- MAGGIOLO, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55- Art. 768 septies*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007
- MAGLIULO, *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006
- MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, Milano, 1962
- MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1995
- MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950
- MERLO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del Patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1947
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, Milano, 1962
- MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962
- MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu-Messineo, V.XXI, t.2, Milano, 1972
- MINERVINI, *La divisione contrattuale ed atti equiparati*, 1990
- MINUTILLO TURNER, *I contratti collegati*, in *Giust. civ.*, II, 1987
- MIRABELLI, *Intorno al negozio divisorio*, in *Arch. giur. Serafini*, 1949

MIRABELLI, *Causa, oggetto, funzione, interesse*, in *Arch. giur.* Filippo Serafini, 1950

MIRABELLI, <<*Transazione e divisione*>>, in *Foro it.*, I, 1952

MIRABELLI voce *Divisione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VI, Torino, 1960

MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del c.c.* UTET, Libro IV, Tomo 2, Torino, 1980

MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per l'evizione*, Napoli, 1981

MIRAGLIA, *Divisione ereditaria* vol. II in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*. Milano, 2010

MORA, *Il contratto di divisione*, Milano 1995

MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, Torino, 1986

MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, Torino, 2^a ed., 1998

MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963

MOSCATI, *Comunione ereditaria e legittimario pretermesso*, in *Giur. mer.*, I, 1970

MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947

MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950

NASTRI L. e NASTRI M., *Il manuale applicativo delle imposte indirette*, Milano, 1996

OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006

OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947

OPPO, *Patto di famiglia e "diritti della famiglia"*, in *Riv. dir. civ.*, 2006

ORLANDO, Cascio-Argiroffi, voce *contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988

OSILLA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949

PALAZZO, voce *Comunione*, in *Dig., disc. Priv., sez. civ.*, III, Torino, 1990

PALAZZO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale in una recente ricostruzione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2001

PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975

PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova, vol. II, 1994

PERLINGERI, *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di <<cosa futura>>*, Napoli, 1962

PEROZZI, *Intorno al concetto di donazione*, in *Arch. giur.*, LVIII, 1987

PETRELLI, *La nuova disciplina del "Patto di famiglia"*, in *Riv. not.*, 2006

PISCHETOLA, *Il patto di famiglia a confronto con gli strumenti negoziali alternativi al testamento*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006

PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950

PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, rist., 1964

RAPPAZZO, *I contratti collegati*, in *Il diritto privato oggi*, Milano, 1998

REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, III, 1954

RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000

- RIPEPI, voce *Procedimento divisorio*, in *Digesto delle discipline priv.*, Torino, 1996
- ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, VI, UTET, Torino, 1967
- RODOTA', *Ipotesi sul diritto privato*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di RODOTA', Bologna, 1971
- ROLLI, *Quando la massima travisa la ratio decidendi: è, dunque, inammissibile l'atto unilaterale ricognitivo, con effetti traslativi*, in *Contratto e impresa*, 2001
- ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, diretto da F. Galgano, Padova, 2008
- RONDINELLI, *I contratti collegati: profili dell'interpretazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000
- ROPPO, *Sugli usi giudiziali della categoria <<indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto del contratto>>, e su una sua recente applicazione a tutela di <<contraenti deboli>>*, in *Giur. it.*, I, 2, 1979
- ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957
- SANTORO-PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959
- SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, rist., 1983
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997
- SATTA, *Sulla natura giuridica del processo di divisione*, in *Foro It.*, 1947
- SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, s.d., ma 1960
- SCALFI, voce *Negoziio giuridico*, V, in *Enc. giur.* Treccani, XX, Roma, 1990

SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959

SCHLESINGER, voce << *Successioni (diritto civile): parte generale*>>, in *Noviss. dig. It.*, vol. XVIII, s.l., ma Torino, s.d., ma 1971

SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999

SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950

SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960

SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso- Santoro-Passarelli*, Milano, 1966

SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, II ed., Napoli, 1969

SCORDINO, *Sull'imposizione della divisione di comunioni plurime*, in *Il Fisco*, 1991

SERENELLINI, *Le divisioni nel Testo Unico dell'imposta di registro*, in *Notaro*, 1986

SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1996

SICCHIERO, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 – Art. 768-quinquies*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007

STELLA RICHTER jr, *Il "patto di impresa" nella successione nei beni produttivi*, in *Diritto Privato*, 1998

STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1933

TASSINARI, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi, e requisiti formali. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006

TOMEI, voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. dir. Treccani*, XI, 1989
Torino, 1980

BIBLIOGRAFIA

TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956

TORRONI, *Divisione ordinaria e divisione ereditaria: rilevanza della distinzione e casistica* in *Contratto di divisione ed autonomia privata. Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2008

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998

TRIMARCHI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Atti del convegno Santa Margherita di Pula Fortevillage 30 e 31 Maggio 2008, Contratto di divisione e autonomia privata*, Milano, 2008

VACCARELLA e VERDE, *Cod. proc. civ. commentato, sub. artt. 784 ss.*, Torino, 1997

VALENTE, *Accertamento dichiarativo e dinamica giuridica*, Milano, 1963

VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, I, 1954

VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. civ.*, 2006

VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1967

ZENO-ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, in *I contratti in generale*, diretto da Guido Alpa e Mario Bessone, vol. III, *I requisiti del contratto*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, s.l., ma Torino, s.d., ma 1991

ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1985