

Roma 20 settembre 2018.

Pianificazione familiare e tutela dei legittimari: un confronto su prospettive di riforma

DIRITTO SUCCESSORIO E AUTONOMIA NEGOZIALE: DOTTRINA E
GIURISPRUDENZA A CONFRONTO
(Relazione del dr. Giuseppe Tedesco)

A) È osservazione ricorrente che il sistema italiano di tutela dei legittimari presenta caratteristiche tali da far sì che ne risulti gravemente ostacolata la circolazione dei beni di cui il proprietario abbia disposto per donazione.

Viene in considerazione, in particolare, la retroattiva reale della riduzione che, seppure con alcune limitazioni, si esplica anche nei confronti dei terzi, siano essi acquirenti della proprietà o acquirenti di diritti reali di godimento di garanzia (art. 561, 563 c.c.).

Tutto ciò va posto in relazione con la regola (inderogabile) che il diritto alla legittima si costituisce al momento della morte in base al valore dei beni, relitti e donati, riferiti a quel momento.

Una donazione, che appare immune da rischi al momento della disposizione, perché il disponente ha un patrimonio ampiamente capiente, potrebbe risultare lesiva al momento della morte.

Nemmeno l'acquisto per donazione da chi sia privo in quel momento di congiunti rientranti nella categoria dei legittimari preserva da questo rischio, perché non rileva l'epoca della donazione.¹

¹ In materia di successione necessaria, ai fini della determinazione della porzione disponibile e delle quote riservate ai legittimari, occorre avere riguardo alla massa costituita da tutti i beni che appartenevano al *de cuius* al momento della morte - al netto dei debiti - maggiorata del valore dei beni donati in vita dal defunto, senza che possa distinguersi tra donazioni anteriori o posteriori al sorgere del rapporto da cui deriva la qualità di legittimario (Cass. n- 1373/2009).

È convinzione diffusa che la modifica dell'art. 563 c.c. attraverso la possibilità di rinuncia all'opposizione, non ha comportato deroghe all'art. 557, comma 2, c.c., che vieta la rinuncia preventiva all'azione di riduzione.²

La giurisprudenza è stata costretta più volte a puntualizzare il fatto, in verità ovvio, che le dispense della donazione da collazione (art. 737 c.c.) e da imputazione *ex se* (art. 564, comma 2, c.c.) non sottraggono la liberalità da riduzione.³

La preferenza verso una disposizione, consentita per le disposizioni testamentarie dall'art. 558 c.c., non è efficace per le donazioni, perché contrasta con il principio di irrevocabilità delle donazioni, che rende inderogabile la regola per cui «le donazioni si riducono cominciando dall'ultima e risalendo via via alle anteriori» (art. 559 c.c.).

B) Secondo una risalente pronuncia di legittimità: *L'art 557, 2 comma, c.c. vieta la rinuncia da parte del coerede al diritto a che la donazione effettuata dal de cuius all'altro coerede sia sottoposta alla riunione fittizia ed alla eventuale successiva riduzione in caso di lesione di legittima, finche viva il donante. Peraltro, tale rinuncia è convenzionalmente possibile dopo la morte del donante medesimo, giacche i coeredi possono concordemente, in sede di sistemazione dei rapporti derivanti*

² S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria*, 2008, p. 93 e ss.: il legittimario che abbia rinunciato all'opposizione conserva il diritto di agire in riduzione contro il donatario e, se la domanda di riduzione sia accolta, il diritto di agire in restituzione contro il terzo acquirente.

³ La donazione fatta ad un legittimario dal defunto a valere in conto legittima e per l'eventuale esubero sulla disponibile, con dispensa da collazione, è soggetta a riduzione, secondo i criteri indicati negli artt. 555 e 559 c.c., non implicando tale clausola una volontà del *de cuius* diretta ad attribuire alla stessa liberalità un effetto preminente rispetto alle altre in caso di esercizio dell'azione di reintegrazione da parte degli altri legittimari lesi, secondo quanto, invece, stabilito per le disposizioni testamentarie dall'art. 558, comma 2, c.c., e rimanendo, pertanto, il medesimo donatario esposto alla riduzione per l'eccedenza rispetto alla sua porzione legittima.

dalla successione e di terminazione delle varie quote legittime e disponibili, sottrarre una donazione alla riunione fittizia ed alle sue conseguenze, alla stessa guida che il legittimario, dopo la morte del donante, ben può rinunciare a chiedere giudizialmente la riunione fittizia e la riduzione delle donazioni (1913/1962).

Ora, una delle possibili soluzioni per favorire la circolazione dei beni donati (suggerita dal programma del convegno) potrebbe passare per questa via: consentire già durante la vita dal donante ciò che è consentito dopo, attraverso un'abrogazione parziale del divieto dei patti successori.

Tuttavia, una modifica che si esaurisse nella eliminazione del divieto di rinuncia preventiva all'azione di riduzione posto dall'art. 557, comma 2, c.c., non risolverebbe il problema connesso alla sicurezza della circolazione dei beni donati in via generalizzata. Lo risolverebbe nel singolo caso e, peraltro, in termini eventuali e con effetti circoscritti al solo legittimario rinunciante. Infatti: a) la rinuncia preventiva rimarrebbe pur sempre rimessa alla volontà del singolo legittimario; b) la rinuncia preventiva, al pari di quanto si ritiene per la rinuncia (consentita) *post mortem* del donante, dovrebbe essere riferita a singole disposizioni riducibili (MENGONI, *Successione necessaria*, 2000, p. 337),⁴ con la conseguenza che il legittimario conserverebbe l'azione nei confronti degli altri donatari (è ovvio che il legittimario non potrebbe recuperare a scapito del donatario anteriore la frazione della riserva compresa nella donazione oggetto di rinuncia);⁵ c) la donazione continuerebbe a

⁴ Secondo la giurisprudenza: «lo stabilire se determinati coeredi abbiano rinunciato alla loro quota di legittimari avendo riguardo soltanto ai beni elencati nel testamento o anche ai beni dal *de cuius* donati mediante una vendita simulata costituisce una *quaestio voluntatis* che spetta risolvere al giudice del merito, la cui decisione è incensurabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivata» (Cass. n. 730/1980).

⁵ La legge stabilisce rigorosamente l'ordine secondo cui deve operarsi la riduzione delle disposizioni lesive di legittima, disponendo che in primo luogo si riducono le disposizioni testamentarie e, in secondo luogo, le donazioni, cominciando dall'ultima e risalendo gradatamente alle

essere conteggiata nella riunione fittizia nei riguardi di altri eventuali legittimari: la rinuncia non preserverebbe quindi il donatario dalla eventuale riduzione ad opera di altri aventi diritto, diversi dal rinunciante.⁶

B.2) La ulteriore soluzione suggerita dal programma del convegno propone il “passaggio da una tutela di tipo reale del legittimario reale ad uno di tipo obbligatorio, secondo il modello tedesco”.

È noto che il nostro sistema di tutela dei legittimari è attualmente imperniato sull’azione di riduzione: azione personale di accertamento costitutivo, che determina l’inefficacia successiva, totale o parziale, dell’atto di disposizione.

La soluzione propone la modifica di tale sistema. Il legittimario, il quale non abbia ottenuto per legge o per testamento quanto gli compete, non avrebbe più il diritto potestativo di acquisire, in tutto o in parte, i beni oggetto delle disposizioni lesive, ma solo il diritto conseguire dai beneficiari l’entità monetaria della lesione, quale oggetto di un diritto di credito. A sua volta tale modifica potrebbe riguardare la generalità delle disposizioni lesive o le sole donazioni oppure solamente le donazioni di beni alienati o ipotecati dal donatario.

donazioni anteriori. Pertanto, qualora il legittimario non possa aggredire la donazione di data più recente, effettuata a favore di donatario non coerede, per aver accettato l’eredità senza far ricorso al beneficio di inventario (che è richiesto come condizione per agire in riduzione contro donatari non coeredi), non può più aggredire la donazione meno recente a favore del coerede, se non nei limiti in cui risulti dimostrata la insufficienza della donazione più recente a reintegrare la quota di riserva (Cass. n. 3500/1975).

⁶ Solo sul piano descrittivo si ricorda che la disciplina del patto di famiglia è ispirata a una logica diversa: l’effetto del patto di famiglia presuppone necessariamente il consenso di tutti i soggetti che sarebbero chiamati in qualità di legittimari se in quel momento si aprisse la successione dell’imprenditore o del titolare della partecipazione sociale.

Qualora si addivenisse a tale soluzione l'inconveniente, connesso alla difficoltà di circolazione dei beni donati, sarebbe risolto *ab origine*: il donatario che abbia subito la riduzione rimarrebbe proprietario del bene, con l'obbligo di corrispondere al legittimario il valore monetario della lesione.

Si deve segnalare che la modifica in questo senso della successione necessaria dovrebbe porsi il problema relativo alle garanzie di effettività della realizzazione del credito del legittimario verso il titolare della disposizione lesiva.⁷

C) L'espressione «reintegrazione della legittima per equivalente» già ricorre in giurisprudenza, tuttavia in un significato diverso da quello a cui allude la prospettiva di riforma. La riforma tende a una diversa configurazione *originaria* del diritto del legittimario leso in un credito. La espressione giurisprudenziale descrive un risultato diverso, che presuppone come già realizzato l'esito costitutivo della riduzione e la conseguente inefficacia della disposizione lesiva.

La liquidazione a cui allude la giurisprudenza riflette piuttosto l'applicazione dell'art. 560, comma 1 e 2, c.c. in tema di riduzione delle donazioni (e dei legati): «Quando oggetto del legato o della donazione da ridurre è un immobile, la riduzione si fa separando dall'immobile medesimo la parte occorrente per integrare la quota riservata» (primo comma).

Quando la separazione non possa farsi comodamente e il legatario o il donatario abbia nell'immobile un'eccedenza maggiore del quarto della porzione disponibile, l'immobile deve essere lasciato nell'eredità, salvo il diritto del legatario o del donatario, di conseguire una somma che rappresenti il valore della porzione disponibile. Se invece l'eccedenza non superi il quarto, il legatario o il donatario può ritenere l'intero immobile, compensando con denaro il legittimario (secondo comma).

⁷ G. AMADIO, *La successione necessaria, fra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2004, 812.

Talvolta le massime di giurisprudenza sembrano descrivere tale possibile esito della riduzione previsto dall'art. 560, comma 2, cioè la liquidazione di una somma di denaro in favore del legittimario, come se l'azione, qualora non sia possibile apprendere il bene in natura, sortisca un risultato diverso da quello tipico, non l'acquisizione di un diritto sul bene, ma il riconoscimento di un diritto di credito.⁸

Diversamente la liquidazione della somma in favore del legittimario vittorioso suppone come già costituita la comunione sul bene oggetto della disposizione riducibile.

In verità la norma secondo cui "la riduzione si fa separando dall'immobile la parte occorrente per integrare la quota riservata" concerne non tanto l'azione di riduzione, la quale di per sé tende alla pronuncia di inefficacia della liberalità, quanto l'azione di restituzione. La norma significa che, in ipotesi di riduzione parziale, poiché il bene cade in comunione fra il legittimario e il titolare della disposizione ridotta, la restituzione deve essere ordinata previa divisione della cosa (MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 286).

È vero tuttavia che il diritto di comunione acquisito con la riduzione non garantisce che il legittimario consegua infine la sua parte in natura. Sotto questo aspetto, la posizione del legittimario è assimilabile a quella di qualsiasi comunista, il cui

⁸ In tema di reintegrazione della quota di legittima, l'accertamento della lesione va effettuato procedendo alla formazione della massa dei beni relitti ed alla determinazione del loro valore al momento dell'apertura della successione; pertanto, nell'ipotesi in cui, accertata la lesione, non sia possibile la materiale acquisizione del bene necessario alla reintegrazione della quota del legittimario, è con riferimento alla data dell'apertura della successione che va determinato il valore di tale bene ai fini del soddisfacimento per equivalente del diritto del legittimario, e il credito di quest'ultimo, cristallizzato in termini monetari, va poi rivalutato, nell'ipotesi in cui la liquidazione intervenga dopo un apprezzabile lasso di tempo, al fine di conservare la corrispondenza del "tantundem pecuniario" al valore economico reale del bene non acquisito al patrimonio del creditore (Cass. n. 7478/2000).

diritto reale sulla cosa comune, se questa è indivisibile, è fisiologicamente esposto all'eventualità della trasformazione in un diritto di credito. La divisione deve essere fatta in natura nei limiti della comoda divisibilità (artt. 1114, 718 c.c.).

In questa prospettiva l'art. 560, comma 2, c.c. ha il medesimo significato dell'art. 720 c.c. in tema di divisione di beni non comodamente divisibili, discostandosi da tale norma per la diversità del criterio di soluzione del conflitto fra i più aspiranti.

D'altra parte l'art. 560, comma 2, indica chi sia il preferito nell'assegnazione, ma non la impone. Se il legittimario, per non avere a disposizione il denaro sufficiente per compensare il legatario il donatario, ridiventerà applicabile l'art. 720 c.c., con la possibilità che, ove neppure il legatario o il donatario aspiri a conservare per l'intero immobile, questo venga venduto all'incanto⁹

In conclusione l'azione di riduzione, se i beni che sono stati oggetto dell'atto ridotto si trovano ancora presso il donatario, non è in principio azione di condanna al pagamento del valore della lesione, né lo diventa se la cosa è indivisibile. La liquidazione di una somma di denaro deriva dal possibile modo di essere della cosa (indivisibilità) e dall'operare del criterio di preferenza previsto in questo caso della legge, fermo l'esito costitutivo della riduzione già compiutamente determinatosi.

C.2). È noto che può accadere che alla pretesa del legittimario alla restituzione in natura del bene si sostituisca il diritto dello stesso a conseguirne il valore: così è, tanto nel caso in cui la riduzione venga pronunciata contro il donatario, che abbia medio tempore alienato il bene (art. 563, comma 1, c.c.), quanto nell'ipotesi di domanda di restituzione, fatta valere nei confronti del terzo subacquirente, cui è concesso corrispondere «l'equivalente in denaro» delle cose donate (art. 563, comma 3, c.c.). In un caso e nell'altro, tuttavia, ciò non significa che «il diritto alla legittima si trasforma in diritto al valore della quota»:

⁹ L. FERRI, *Dei legittimari*, 1971, p 189 ss.

il diritto alla legittima, si afferma, continua ad avere a oggetto la restituzione in natura, che viene sostituita dall'equivalente in sede esecutiva, o per necessità (come è per il donatario che abbia alienato), o a tutela del confliggente interesse del terzo. *L'aestimatio rei*, ai fini della restituzione per equivalente, è autonoma rispetto alla stima eseguita in sede di calcolo della legittima e deve essere fatta con riguardo al valore del bene al momento della sentenza che accoglie la domanda di restituzione.¹⁰

Non si ha vera e propria conversione della legittima in un diritto di credito neanche in base al principio accolto dalla Suprema Corte nel 2010¹¹ in materia di donazione indiretta realizzata mediante intestazione di bene altrui.

¹⁰ La disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art 563 c.c. - secondo cui il terzo avente causa dal donatario soggetto a riduzione può liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose donate pagando l'equivalente in danaro - va intesa nel senso che tale somma deve essere calcolata con riferimento al valore dei beni al momento della sentenza che accoglie la domanda di restituzione. Ne consegue che, nel contratto preliminare avente a oggetto beni donati soggetti a riduzione non può ritenersi idonea garanzia contro il pericolo di rivendica, agli effetti dell'art 1481 c.c., l'offerta di deposito del prezzo di vendita fatta al promissario acquirente dal promittente venditore, nella sua qualità di donatario soggetto a riduzione (Cass. n. 2997/1979).

¹¹ Nell'ipotesi di donazione indiretta di un immobile, realizzata mediante l'acquisto del bene con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, la compravendita costituisce lo strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario, che ha quindi ad oggetto il bene e non già il denaro. Tuttavia, alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile ex art. 560 c.c.), poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione; pertanto mancando il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario leso con le modalità tipiche del diritto di credito,

In questo caso il legittimario non ha un diritto sul bene, ma un diritto di credito, ma il fatto che in questo caso egli non possa avere altra aspirazione che quello di conseguire il valore monetaria della lesione dipende dalla configurazione originaria della liberalità.¹²

D) La possibile trasformazione del diritto reale del legittimario acquisito con la riduzione, in un diritto di credito si può verificare anche con riferimento alla riduzione di disposizioni testamentarie a titolo universale.

In questo caso gli effetti della riduzione si esauriscono nel determinare l'ingresso del legittimario nella comunione ereditaria, se preterito, o nell'accrescere la misura della sua partecipazione, se istituito in quota inferiore. I beni concreti gli saranno assegnati solo a seguito della divisione ereditaria,¹³ sempre nei limiti della comoda divisibilità.

D.1) Nella comunione ereditaria, in quanto ha per oggetto una massa di beni individuati per *universitatem*, il diritto di ciascun coerede alla quota in natura, sancito dall'art. 718 cod. civ., non significa diritto a una porzione di ciascun bene bensì, come

con la conseguenza che, nell'ipotesi di fallimento del beneficiario, la domanda è sottoposta al rito concorsuale dell'accertamento del passivo ex artt. 52 e 93 della legge fall. (Cass. 11496/2010).

¹² G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donativi*, in *Riv. not.*, 2009, n. 4, I, 819.

¹³ Ai fini della discriminazione tra azione di divisione e azione di reintegrazione di quota legittima, va considerato che, mentre la prima tende solo alla divisione del patrimonio, la seconda è intesa al soddisfacimento dei diritti del legittimario (indipendentemente da una divisione), che si ritengono lesi dalle disposizioni del *de cuius*. Pertanto, mentre per la divisione è necessaria la formazione reale ed effettiva della massa ed è necessaria la collazione, cioè il conferimento reale dei beni, per la riduzione è sufficiente la riunione fittizia (Cass. n. 1679/1963; n. 1408/2007).

chiarisce il primo comma dell'art. 727, diritto a una porzione formata per, quanto possibile in modo da riprodurre la composizione qualitativa della massa. La divisione non avviene, per regola, dividendo i singoli beni della massa, ma distribuendoli nelle varie porzioni, secondo un criterio di proporzione non solo quantitativa, ma anche qualitativa. Trattandosi di immobili è frequente il caso che non si possa distribuirli nei vari lotti secondo il criterio indicato, o perché non si trovano in numero sufficiente a tale scopo o perché qualitativamente diversi o di valore troppo disuguale. La divisione si effettua allora mediante il loro frazionamento, se sono comodamente divisibili, altrimenti sorge il problema risolto dall'art. 720 c.c.

Nel caso che gli immobili, qualora presenti nell'asse in numero inferiore a quello dei dividendi, non siano comodamente divisibili, è giocoforza – in assenza di altri beni - che per alcuni dei dividendi la divisione si concluderà senza alcuna attribuzione in natura, ma con il riconoscimento di un credito verso uno o più degli altri compartecipi.¹⁴ E nulla esclude che, nella situazione del coerede che abbia ricevuto solo denaro, possa trovarsi anche qualche erede che sia legittimario, non essendo più rilevante in questa fase la relativa qualità.

D.2 Il quesito a questo punto è se tale conseguenza della divisione possa essere “anticipata” dal testatore: insomma potrebbe il testatore attribuire il bene indivisibile a uno degli eredi, imponendogli di liquidare in denaro la quota degli altri, inclusi i legittimari?

¹⁴ In tema di divisione, è configurabile la non comoda divisibilità degli immobili, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 720 c.c., qualora, in relazione alla struttura del bene e al numero dei dividendi, non sia possibile procedere alla omogenea divisione prevista dall'art. 718 c.c., essendo all'uopo sufficiente che anche nei confronti di uno solo dei dividendi tale omogeneità non sia realizzabile (Cass. n. 21178/2004).

Nella giurisprudenza della Suprema corte l'ipotesi è di solito considerata a proposito della divisione del testatore (artt. 534, 735 c.c.). In relazione a tale figura, che non scioglie la comunione, ma ne impedisce il sorgere rispetto ai beni assegnati,¹⁵ è di solito precisata la regola che l'intangibilità della legittima, sancita dall'art. 549 c.c., va intesa in senso quantitativo e non qualitativo.

Il testatore non è tenuto a comporre le porzioni nel rispetto del criterio stabilito dagli artt. 718 e 727, ma gli è consentito di comporre la quota di legittima con beni di qualsiasi natura, al limite anche con solo denaro, purché si tratti di denaro esistente nell'asse ereditario.¹⁶

La giurisprudenza, interrogandosi sulla posizione del legittimario la cui quota sia stata soddisfatta dal testatore mediante

¹⁵ La *divisio inter liberos*, quale è regolata dall'art 734, primo comma, c.c., si distingue nettamente dall'ipotesi prevista dall'art 733, primo comma, c.c., che attribuisce carattere vincolante per gli eredi alle norme date dal testatore per la divisione. Nel primo caso, il testatore intende compiere egli stesso la divisione totale o parziale delle sue sostanze, impedendo così il sorgere di una comunione ereditaria; nel secondo caso, il testatore non divide, ma si limita a dettare norme per la futura divisione, sicché mentre la *divisio inter liberos* ha natura reale, questa seconda ipotesi ha carattere meramente obbligatorio ed implica che al momento dell'apertura della successione gli eredi vengono a trovarsi nello stato di comunione rispetto a tutti i beni ereditari. Altro elemento caratterizzante della divisione operata dal testatore è costituito dalla funzione unitaria distributiva cui sono organicamente coordinate le singole assegnazioni (quote concrete e non astratte), sicché non può mancare un piano di divisione con specificazione per ciascun erede della quota a lui attribuita.

Cass. n. 2107/1982

¹⁶ Il principio di intangibilità della legittima comporta che i diritti del legittimario debbano essere soddisfatti con beni o denaro provenienti dall'asse ereditario, con la conseguenza che la eventuale divisione operata dal testatore contenente la disposizione per la quale le ragioni ereditarie di un riservatario debbano essere soddisfatte dagli eredi tra cui è divisa l'eredità mediante corresponsione di somma di denaro non compresa nel *relictum* è affetta da nullità *ex art. 735, primo comma, c.c.* (Cass. n. 3694/2003).

l'assegnazione di una somma di denaro non compresa nell'asse ereditario, ma che debba essere corrisposta dal coerede assegnatario dei beni relitti, ha precisato che il rimedio contro tale scelta del testatore non è l'azione di riduzione, ma l'azione di nullità di cui all'art. 735, comma 1 c.c., da esperire anche congiuntamente all'azione di divisione. In tale ipotesi, infatti, il legittimario non può considerarsi né preterito, né leso, se la quota in denaro corrisponde a quanto gli spetta. Ciò che rende invalida la divisione è il fatto che l'attribuzione di un credito verso i coeredi, non avendo per oggetto beni del *relictum*, non è idonea ad adempiere la funzione di apporzionamento delle quote e quindi a sottrarre la divisione dalla sanzione dell'art. 735, comma 1 cit. (Cass. n. 2560/1974).

D.3) La posizione della giurisprudenza sui limiti che il testatore incontra nella divisione, presa alla lettera, potrebbe significare che la facoltà del testatore di dividere i propri beni potrebbe esercitarsi solo egli possa operare una divisione in natura perfetta.

Il che non è, perché altre pronunce ammettono che il testatore possa imporre conguagli in denaro per pareggiare le ineguaglianze in natura.¹⁷

¹⁷ Il testatore che proceda direttamente alla divisione dei beni ereditari, ai sensi dell'art 734 c.c., può far ricorso allo strumento del conguaglio in danaro, sia per correggere le ineguaglianze in natura nelle quote ereditarie che già si presentino all'atto della formazione del piano concreto di ripartizione, sia per assicurare ai lotti il loro valore originario sino all'apertura della successione rispetto agli eventuali squilibri dovuti alla fluttuazione dei prezzi di mercato o ad altri non prevedibili eventi. Tali conguagli non possono essere considerati come assegnazioni dato che non si tratta di beni ereditari, ma neppure possono ritenersi assegni divisionali in senso tecnico, aventi la natura di legati obbligatori *divisionis causa*; infatti mentre l'assegno divisionale e una norma per la futura divisione, il conguaglio disposto dal testatore in sede di divisione presuppone una divisione già fatta e non può essere concepito altrimenti che come legato con funzione divisoria (Cass. n. 2107/1972).

Del resto è regola acquisita in tema di divisione, ereditaria e di cose comuni, che la comoda divisibilità non esige la possibile ripartizione in tante parti corrispondenti esattamente alle quote dei partecipanti, essendo compensabile la differenza mediante il conguaglio previsto dall'art. 728 c.c. (Cass. n. 1831/1973; n. 488/1973; n. 2117/1995).

Ma è stato chiarito che la legge della divisione conosce dei casi in cui l'intervento del denaro non è in rapporto con la divisione in natura, ma la sostituisce in parte o anche interamente (*supra*).

La regola che impedisce al testatore di soddisfare la legittima con una ragione di credito va pertanto coordinata con la disciplina della divisione dei beni indivisibili.

Non è ragionevole negare al testatore il potere di anticipare un esito inevitabile della divisione giudiziale, impedendogli di scegliere lui l'erede a cui attribuire il bene indivisibile, invece di lasciare la scelta al potere discrezionale del giudice.¹⁸ Per pacifica giurisprudenza il criterio di preferenza, stabilito dall'art. 720 c.c. in favore del maggiore quotista, non è inderogabile (Cass. n. 22857/2009).

Se ciò esatto, in situazioni di indivisibilità, la legittima potrebbe essere *originariamente* integrata dal testatore con una ragione di credito verso il coerede cui sia stato assegnata la cosa indivisibile.¹⁹

Già con riferimento alla divisione di ascendente, prevista dal codice del 1865, alla tesi che riteneva nulla la divisione in cui a uno dei figli si attribuiva un diritto di credito verso gli altri, si

¹⁸ *Interesse della famiglia e interesse dell'impresa nella successione mortis causa: esperienze a confronti*, Convegno organizzato dall'Università Europea di Roma, Roma 25 giugno 2015, contributo di G. TEDESCO, in *Riv. not.*, 2015, II, p. 744,

¹⁹ Nella *divisio inter liberos*, regolata dall'art. 734 c.c., manca nei chiamati un precedente stato di comunione: i coeredi non sono successori in quote astratte, ma in quote concrete e designate dallo stesso testatore con atto avente, nello stesso tempo, effetti dispositivi e reali (Cass. n. 18561/2009).

obiettava, in rapporto ai beni che non possono comodamente dividersi, che «l'indivisibilità del compendio ereditario impone la licitazione o la vendita giudiziale. La sorte, per sua natura, misteriosa e incerta, designa chi sarà l'apporzionato in natura, quando i beni non siano addirittura aggiudicati a un estraneo. Ora è mai possibile che un interesse tanto fragile e eventuale possa essere posta a pase di un'azione giudiziale? Evidentemente no» (BUTERA, *La divisione degli ascendenti in rapporto ai beni che non possono comodamente dividersi*, in *Giur. it.*, 1923, I, 1, 431).

D. 4) È inevitabile a questo scorgere un legame fra intangibilità della legittima e patto di famiglia,²⁰ la cui funzione divisionale è generalmente riconosciuta dagli interpreti: manca lo scioglimento di una comunione, ma ricorrono i connotati essenziali della divisione. Il diritto di ciascuno è determinato in funzione della quota. Così come avviene nella divisione dell'unico bene indivisibile, all'attribuzione in favore di uno corrisponde l'obbligo di versare l'eccedenza, che è data dalla somma delle quote altrui. Ricorre quindi quella proporzionalità dei valori sulla quale riposta l'effetto caratteristico della divisione.²¹

D. 5). Conseguenza dal principio che la intangibilità della legittima è solo «quantitativa» e non «qualitativa», che l'imprenditore, il quale abbia beni sufficienti per soddisfare tutti i legittimari, può evitare la frammentazione dell'azienda o delle partecipazioni societarie attribuendola *mortis causa* con disposizione testamentaria al soggetto che ritiene più idoneo.

E tanto potrebbe fare anche con una isolata istituzione *ex re certa* o con un legato, fuori dalla fattispecie della divisione testamentaria. Il sistema fa sempre salva, fino all'estremo limite

²⁰ F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 217).

²¹ G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisoria*, in *Riv. not.*, 2006, I, 867.

in cui sia possibile, la volontà del defunto, che è sacrificabile solo nella misura strettamente occorrente per attribuire al legittimario il *minimum* garantitogli dalla legge: se il testatore ha disposto a titolo universale solo di una parte dell'eredità, anche con istituzioni *ex re certa*, non si fa luogo a riduzione delle disposizioni testamentarie se non in caso di insufficienza delle altre cose. Se poi il testatore abbia disposto di una parte dei propri beni a titolo di legato, non si fa luogo a riduzione dei legati se non nella misura in cui i beni lasciati nella successione siano insufficienti e formare la quota di riserva (arg. ex art. 553 c.c.).

Diversante se l'imprenditore è privo di altri cespiti capienti non avrebbe altra via, per preservare l'unità dell'azienda, che quello di ricorrere al patto di famiglia, che gli consentirebbe di anticipare *inter vivos*, quell'assetto divisorio con conguaglio vietato ex art. 735, comma 1, c.c.²²

Ciò è vero, ma forse non in termini assoluti, perché è aprioristico negare in via di principio che l'azienda non possa essere un *bene non comodamente divisibile*.

Il concetto di indivisibilità non è solo naturalistico, ma anche economico: la comoda divisibilità presuppone, fra l'altro, che la divisione non importi un pregiudizio al valore economico delle porzioni divise rispetto all'intero. «La disciplina dettata dall'art. 720 c.c. per gli immobili non comodamente divisibili è applicabile, in via di interpretazione estensiva, all'azienda, ove il frazionamento determini il vanificarsi dell'avviamento commerciale, atteso che la comoda divisibilità di cui alla norma citata presuppone, fra l'altro, che la divisione non importi un pregiudizio al valore economico delle porzioni rispetto all'intero» (Cass. n. 2861/1983).

Né varrebbe obiettare che, oltre all'azienda, l'art. 768-*bis* c.c. prevede le «partecipazioni societarie», che sono per definizione entità divisibili. Si ritiene che queste, per poter costituire oggetto del patto, debbono essere «qualificate», con esclusione

²² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2007, 491.

di quelle partecipazioni che non attribuiscono alcun potere di controllo.²³

Tanto l'azienda quanto le partecipazioni societarie, pertanto, qualora ritenuti economicamente indivisibili, potrebbero essere oggetto di preferenza testamentaria verso uno qualsiasi degli eredi (non necessariamente legittimario), qualunque sia la ampiezza del residuo patrimonio del testatore. In assenza di altri beni capienti le quote degli altri sarebbero integrate o formate con il solo denaro versato dall'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni.

Deve invece escludersi che la finalità del patto di famiglia possa essere perseguita in modo altrettanto sicuro con la donazione.

Il diritto del donatario di conservare l'intero bene non dipende solo dalla indivisibilità, ma dal ricorrere del criterio (non derogabile) di preferenza ex art. 560, comma 2, c.c.:²⁴ e ciò si può sapere al momento della morte, secondo i valori di tutti i beni relitti e donati, compresa l'azienda, riferiti a quel momento (art. 556 c.c.).

²³ MOSCATI, *Il patto di famiglia*, in *Scritti di diritto successorio*, 2013, p. 336.

²⁴ Affinché il legatario di immobile, soggetto ad azione di riduzione per la reintegrazione dei diritti dei legittimari, possa, ai sensi dell'art 560 secondo comma c.c., ritenere tutto l'immobile e compensare in denaro i legittimari, non è sufficiente il requisito della non comoda divisibilità del bene, ma occorre anche che il legatario stesso non abbia nell'immobile un'eccedenza superiore al quarto della disponibile (Cass. n. 468/1976).