

**PROSPETTIVE POST MORTEM DELLA STABILITÀ DELLE
PROPRIE VOLONTÀ NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO.**

Guardando all'oggetto del Convegno con gli occhi del Notaio italiano, nel taglio che qui si è voluto dare, la problematica dell'esecuzione delle volontà testamentarie si sposta su come configurare giuridicamente o meglio come dare esecuzione all'esigenza di assicurare il più possibile certezza e stabilità alle attribuzioni patrimoniali così come volute dal disponente senza che queste possano in qualche modo cambiare o essere travolte per l'effetto dell'evento -morte - del disponente stesso.

Da questo punto di vista il ruolo del Notaio è quello di ricercare la migliore configurazione giuridica all'intento attributivo-distributivo del disponente sia che si tratti di disposizioni adottate prima dell'evento e che producano effetti con l'evento morte (redazione di testamento in ottica di stabile distribuzione delle proprie sostanze come nel caso della divisione del testatore) sia che si tratti di disposizioni attributive adottate prima dell'evento-morte ma che dispieghino da subito i propri effetti (come nel caso ad es. delle donazioni, delle cd. donazioni indirette o liberalità non donative e dei patti di famiglia).

Senza pretese di esaurire l'argomento si cercherà di analizzare il grado di stabilità degli effetti distributivi e attributivi proprio delle figure giuridiche più ricorrenti nel tentativo di realizzare la volontà di configurare secondo i propri interessi il passaggio generazionale dei propri beni e delle proprie attività produttive sia nei confronti della propria famiglia sia nei confronti degli eventuali terzi che si vogliono beneficiare.

Partendo dall'istituto della divisione del testatore è innanzitutto opportuno ricordare che nel nostro ordinamento la divisione del proprio patrimonio per il tempo in cui si avrà cessato di vivere, il suo contenuto e gli effetti dell'apporcionamiento distributivo con essa voluti sono configurati nell'ambito del negozio testamentario.

Ne consegue che da un lato la stessa sussistenza del progetto divisionale è conoscibile e produttiva di effetti solo con l'apertura della successione e fino ad allora è irrimediabilmente revocabile, dall'altro tutta la normativa successoria influenza il progetto divisionale del testatore dettando una peculiare disciplina che differenzia la divisione del testatore dalla divisione in senso stretto e nella specie dalla divisione ereditaria e cioè dal negozio *inter*

vivos tramite il quale i coeredi pongono fine alla contitolarità dei beni ricevuti *mortis causa*.

La dottrina più recente e sembra ormai prevalente ha individuato proprio nel mancato instaurarsi della comunione ereditaria il carattere proprio della divisione del testatore che, al momento dell'apertura della successione, produce immediatamente effetti reali e quindi produce un acquisto diretto da parte del delato accettante del bene assegnatogli ¹.

Il progetto divisionale del testatore non troverebbe la sua causa nell'apporzionamento inteso come attribuzione di beni corrispondenti alla quota di spettanza per essere stati contitolari del beni oggetto di divisione ma nel più nuovo concetto di causa proprio di ogni negozio divisorio che sarebbe da individuarsi nello scopo distributivo delle assegnazioni volute dal disponente. Autorevole dottrina, in proposito, ha sottolineato come la divisione diventi una "categoria funzionale e non strutturale"².

Nella divisione del testatore non ci sarebbe pertanto nemmeno un momento ideale di comunione dei beni tra i vocati testamentari che giustificerebbe l'apporzionamento *pro quota* voluto dal testatore.

L'apporzionamento rimarrebbe comunque carattere fondamentale di ogni divisione ma si attergerebbe in un modo particolare suo proprio nella divisione del testatore.

Lo scopo sarebbe quello di distribuire per quote il proprio patrimonio con un nesso unitario che tenga presente il carattere specifico dei dividendi che vengono in rilievo per il fatto di essere eredi (sempre evidentemente che accettino l'assegno divisionale ma considerati già tali dal testatore nello sforzo di attuare uno stabile progetto distributivo del proprio patrimonio).

L'intento di apporzionamento della quota verrebbe inteso come apporzionamento della quota ereditaria e non apporzionamento della quota di contitolarità ereditaria.

Ciò che si vuole sottolineare è la funzione della divisione testamentaria in un'ottica distributiva tra gli aventi diritto (legittimari ed eredi beneficiari delle disposizioni sulla quota disponibile) dal punto di vista della stabilità (certezza) dell'oggetto delle disposizioni distributive.

Al di là delle dispute dottrinali in merito alla natura giuridica dell'istituto della divisione del testatore, qui così brevemente accennate, si vuole sottolineare che l'applicazione di una peculiare disciplina produce conseguenze in merito al grado di stabilità della titolarità del

¹ **MENGONI**, La divisione testamentaria, Milano, 1950, p.78;**FORCHIELLI**, Della Divisione, in Commentario del cod.civ. a cura di Scialoja- Branca, Libro secondo, delle Successioni, Bologna- Roma,1970, sub.art.734 c.c., p. 197; **CICU**, Successioni per causa di morte, Parte Generale, Divisione ereditaria, Milano, 1958, p.433;**AMADIO**, La divisione del testatore, in Trattato breve delle successioni e donazioni diretto da Pietro Rescigno, vol.II, Cedam,2010,p.208,; **LUMINOSO**, Divisione e sistema dei contratti, in Rivista di diritto civile 1/2009, Cedam, p.22 ss.;**BILOTTI**, Appunti sulla divisione testamentaria(artt. 734 e 735 c.c.), Parte I, in Riv. Not. 3/2002, p.688 ss.; **BONILINI**, in Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, Utet 2000, p. 327-328; contra, nel senso della sussistenza di un tempo logico di comunione vedi **CAPOZZI**, in Successioni e donazioni, 2 ed., Giuffrè, Milano 2002, p. 750; **AZZARITI**, in Successioni e donazioni, Padova 1990, p.672

bene assegnato dal testatore.

Prima conseguenza ad esempio dell'asserita mancanza di contitolarità quale presupposto della divisione del testatore è l'inapplicabilità del rimedio del retratto successorio che appunto presuppone una quota di comunione ereditaria³. In tal modo si esclude qualsiasi diritto al riscatto del bene assegnato ad altro coerede in tema di divisione del testatore sempre nel rispetto dei diritti dei legittimari.

Ancora più interessante ai nostri fini è l'opinione⁴ che alla divisione del testatore non sarebbero applicabili il principio del diritto all'apporzionamento in natura e cioè il diritto alla divisione in natura della massa patrimoniale oggetto di divisione disposto dall'art. 718 c.c. e il principio del diritto all'omogeneità della quota ex art. 727 c.c. per il quale la quota, quanto alla modalità del suo apporzionamento, debba essere formata con una quantità di mobili, immobili e crediti di eguale natura e qualità.

Tali disposizioni, per la dottrina più attenta⁵, non sarebbero applicabili al concreto atteggiarsi dell'assegnazione divisionale disposta dal testatore perchè il presupposto di tali principi è l'essere stati contitolari dei beni oggetto di divisione.

Da qui si fa discendere l'importante corollario che laddove il nostro codice civile prevede l'istituto della divisione testamentaria (art. 734 c.c.) disponendo che "il testatore può dividere i suoi beni tra gli eredi comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile" è lo stesso legislatore ad attribuire al testatore la più ampia libertà nella composizione delle quote ereditarie sia nei confronti degli eredi istituiti che dei legittimari⁶.

Tale ricostruzione sarebbe avallata dalla stessa previsione di una delle norme fondamentali del vigente diritto successorio italiano e cioè dalla norma che prevede il divieto di apposizione di pesi e condizioni alla quota riservata ai legittimari (art. 549 c.c.) dal momento che tale norma, nello stabilire il divieto, fa salve, tra le altre, le disposizioni del testatore in materia divisionale (cioè tra gli altri l'art. 734 c.c.)⁷.

Sembra ormai accettato in dottrina e in giurisprudenza che nella divisione testamentaria, il testatore sia libero di attribuire e distribuire i propri beni come meglio gli aggrada nella

² **AMADIO**, Patto di famiglia e funzione divisionale, in Riv. Not. 4/2006, p. 867

³ **AMADIO**, La divisione del testatore, op.cit. p. 208; Cass.civ., 13 luglio 1983, n. 4777; Cass.civ., 22 ottobre 1992, n. 11551; Cass. 23 febbraio 2007, n. 4224

⁴ **MENGGONI**, La divisione testamentaria, op.cit., p.150 e 205; **FORCHIELLI-ANGELONI**, Divisione, in Commentario Scialoja-Branca a cura di Galgano, Libro secondo, Successioni, 2 ediz. 2000, p. 325;

⁵ **AMADIO**, La divisione del testatore, op.cit., p. 210; **BRANCA**, Comunione, nel Commentario del cod.civ., a cura di Scialoja e Branca, Libro terzo, Della proprietà, Bologna- Roma, sub. artt.1100-1116 c.c., 1972, p. 14

⁶ **MENGGONI**, La divisione testamentaria, op.cit., 205; **CARIOTA-FERRARA**, Le successioni per causa di morte, Parte generale, Napoli, 1977, p.761; **AZZARITI**, in Successioni e donazioni, op. cit., p.719

⁷ **AMADIO**, La divisione del testatore, op.cit., p.214 .; **MENGGONI**, Successioni per causa di morte. Successione necessaria, in Tratt. Dir.civ. e comm. già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da Mengoni, Milano, 2000, p.112 ss.; **FORCHIELLI**, Della

composizione delle quote sempre nel rispetto delle disposizioni della quota di legittima in senso quantitativo e non qualitativo.

Ulteriore argomento a favore della tesi che definisce il diritto del legittimario come il diritto ad un *quantum* e non il diritto al bene in natura deriverebbe dalla stessa previsione normativa dei patti di famiglia quando si prevede la liquidazione mediante una somma di denaro corrispondente al valore della quota del legittimario al quale non viene lasciata l'azienda familiare.

A ben vedere dottrina e giurisprudenza sembrerebbero assoggettare l'autonomia divisionale del testatore al vincolo del rispetto della quota di legittima da un punto di vista puramente quantitativo con l'unico limite, tuttavia, della provenienza dal patrimonio ereditario dei beni che compongono la quota assegnata⁸.

Qualora infatti i delati testamentari abbiano accettato l'eredità e con essa l'assegnazione divisionale operata dal testatore nel suo intento distributivo della massa ereditaria, le attribuzioni divengono stabili.

Viene così soddisfatto l'intento attributivo- distributivo del testatore in quanto i beni vengono attribuiti direttamente all'erede nel libero disegno compositivo del testatore stesso sempre che non ci siano sperequazioni tra le quote e si siano rispettati i diritti dei legittimari.

Si è detto che il limite all'autonomia del testatore in sede compositiva delle quote sia quello della provenienza dal patrimonio ereditario dei beni assegnati.

Tale assunto è superato dalla dottrina ormai maggioritaria⁹ e da alcune pronunce giurisprudenziali tra cui una sentenza relativamente recente della Corte di Cassazione¹⁰ che ammettono il ricorso a conguagli in denaro di provenienza *extra* ereditaria quale "strumento sussidiario di perequazione nelle ipotesi di stretta necessità" nel concreto atteggiarsi del riparto divisionale.

Ad esempio si è individuata l'ipotesi di non comoda divisione dell'unico bene presente o di uno dei beni presenti nella massa da dividere per cui, in sede divisionale, il testatore può assegnare il bene ad un coerede prevedendo l'obbligo gravante sull'altro coerede di corrispondere in denaro il valore della sua quota di spettanza.

divisione, in Comm. Cod.civ a cura di Scialoja e Branca, Bologna e Roma, sub. Artt. 713-768 c.c.,1970, p. 206; **BURDESE**, La divisione ereditaria,in Tratt. Dir.civ. diretto da Vassalli, Torino 1980, p. 263

⁸ **CARIOTA-FERRARA**, Successioni,op. ult. cit.,p. 86.; Cass. 2 ottobre 1974 n. 2560 in Foro It. 1975, I, p. 82; Cass. civ. 23 marzo 1992, n. 3599 in Mass. Foro.It., 1992

⁹ **MORELLI**,La comunione e la divisione ereditaria, Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi, UTET,1998,p.282 ss.; **AMADIO**, la divisione del testatore, op.cit., p.210 ss.; **MENGONI**, La divisione testamentaria, op. cit. p.148,e p. 150-151; **FORCHIELLI**, Della divisione, op. cit., p. 152 ss.; **BILOTTI**, Appunti sulla divisione testamentaria(artt. 734 e 735 c.c.), Parte II, in Riv. Not. 4/2002, p.903 ss.

¹⁰ Cass. civ. Sez. II, 22 giugno 2005, n. 13380, in Riv. Not. 3/2006, p.777; Cass.civ. Sez. II ,16 gennaio 2007, n. 862,in Vita Not.,1/ 2007, p.205

Anche qui, si sono espresse diverse critiche tra le quali quelle di chi ha negato la possibilità di ricorrere allo strumento dei conguagli in sede di divisione del testatore in quanto si tratterebbe di dividere beni estranei alla massa ereditaria¹¹.

Altri ammettono la ricorribilità ai conguagli in denaro di provenienza non ereditaria *tout court* sottolineando la sua natura di bene fungibile al fine di consentire comunque la realizzazione del programma distributivo così come voluto dal testatore.¹²

Alcuni autori, spingendosi oltre, hanno sottolineato come l'alternativa sia quella di ammettere o meno i conguagli nella divisione del testatore a prescindere dal criterio della stretta necessità¹³.

Ci si è chiesti poi se sia possibile, con particolare riguardo alla quota di legittima, che la libertà divisoria del testatore possa spingersi fino a comporre la quota del legittimario prevedendo l'obbligo gravante su altro legittimario di liquidare la quota di riserva con proprio denaro¹⁴.

La possibilità di trasformare il diritto alla quota di riserva da diritto reale del legittimario alla quota ereditaria in diritto di credito al suo intero valore nei confronti del coerede è considerata in maniera opposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Proprio esaminando il caso appena prospettato infatti la Corte di Cassazione, in merito all'istituto della divisione del testatore, ha ribadito il possibile ricorso a conguagli in sede divisionale solo in senso perequativo e nelle sole ipotesi di stretta necessità criticando proprio l'impostazione del diritto alla quota di legittima del legittimario come un -titolato diritto di credito-.

In proposito la Corte osserva che anche se il testatore è libero nella composizione della quota del legittimario non essendo vincolato da un criterio qualitativo, la disposizione in esame debba considerarsi nulla per preterizione di legittimario e riducibile se lesiva di altra quota di legittima¹⁵.

L'impostazione della giurisprudenza si basa sulla persistente adesione alla teoria del diritto reale spettante al legittimario sulla quota dovutagli¹⁶ e sull'impossibilità di trasformazione di

¹¹ Trib. Napoli, 26 giugno 1997, in Arch. Civ. 1998, 953, nota di **SANTARSIERE**

¹² **AMADIO**, Funzione distributiva e tecniche di apporcionamiento nel negozio divisorio, relazione al Convegno- Contratto di divisione e autonomia privata – Atti del Convegno Santa Margherita di Pula, Fortevillage 30-31 maggio 2008, organizzato dalla Fondazione italiana per il Notariato, in Quaderni della Fondazione, il sole 24, p.34 ss.

¹³ **BOMBARDA**, Osservazioni in tema di norme date dal testatore per la divisione, divisione fatta dal testatore e disposizione di conguagli, in Giust. Civ., 1975, IV, p.127; **AZZARITI**, La divisione, in Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno, Successioni, IV, tomo 2, Torino 1997, p.420 ss; **AZZARITI-MARTINEZ**, Successioni per causa di morte e donazioni, Padova, 1969, p. 207

¹⁴ **ROMANO**, L'autonomia testamentaria ed il regolamento divisionale: i diversi interventi del testatore nella divisione, relazione al Convegno- Contratto di divisione e autonomia privata, cit., p.75;

¹⁵ Cass. civ., sez. II, n.13380/2005, cit.

¹⁶ **MENCONI**, La divisione testamentaria, op.cit. p. 107-108

tale diritto in diritto di credito ad opera della sola volontà di disposizione del testatore dal momento che a tal fine si riterrebbe necessario il consenso del legittimario oltre alla necessaria cooperazione di un soggetto terzo.

Si è osservato che la ricostruzione che determina la limitazione al ricorso al conguaglio in denaro nella composizione della quota di fatto è dettata ancora una volta dalla concezione della divisione testamentaria come divisione che presuppone una contitolarità del bene da dividere eppertanto un diritto alla quota in natura del bene che si è goduto con altri prima della divisione.

Aderendo invece all'interpretazione dominante che sottolinea l'intento distributivo del testatore nel dividere il proprio patrimonio come caratterizzante l'istituto in esame insieme con l'inesistenza della comunione ereditaria all'apertura della successione regolata con la divisione voluta dal *de cuius* con il proprio testamento, sarebbe ammissibile soddisfare la quota di legittima con un diritto di credito nei confronti degli altri eredi purchè sussistente in un valore proporzionale alla quota di diritto spettantegli. Solo argomentando in tal senso avrebbe pieno valore giuridico la comune e moderna accezione dottrinale e giurisprudenziale della quota di riserva come intangibile solamente sotto il profilo quantitativo.

Inoltre si osserva che l'eventualità di tacitare i diritti dell'altro legittimario con la previsione della liquidazione in denaro e per intero della quota di spettanza è stata già positivamente espressa e disposta dal legislatore nella stessa configurazione del patto di famiglia pertanto non sarebbe chiaro il motivo perchè lo stesso meccanismo sia impedito, quale ipotesi normalmente perseguibile, in materia di divisione del testatore.

Dal nostro punto di vista si vuole evidenziare che il Notaio nella sua attività di consulenza volta a realizzare il più possibile il progetto attributivo-distributivo così come immaginato dal testatore, allo stato, potrà opportunamente consigliare il ricorso a conguagli in denaro che siano, come dire, solo correttivi di apporzionamenti di difficile composizione mentre non riterrà prospettabile il ricorso al conguaglio come strumento normale di divisione dei propri beni perlomeno tra i legittimari.

Sebbene discutibile ma probabilmente frutto di qualche spunto interessante potrebbe essere l'adozione della soluzione sopra prospettata nel caso di composizione delle quote degli eredi istituiti in assenza di legittimari.

Sempre nell'ottica della distribuzione delle proprie sostanze con lo strumento testamentario si sottolinea che vengono in rilevanza anche i rapporti tra la divisione del testatore e la cosiddetta *institutio ex re certa* che da diversi autori, in ottica distributiva, viene considerata

un modo della divisione del testatore¹⁷.

Si può tentare di sintetizzare la differenza tra divisione del testatore e la divisione del testatore attuata tramite una serie di *institutiones ex certis rebus* nella mancanza di determinazione preventiva delle quote di eredità da parte del testatore e nella volontà di attribuire i propri beni come quota del tutto (ed in funzione di istituzione di erede)¹⁸.

Per altri la differenza risiederebbe invece nella mancanza della stessa preventiva istituzione di erede e si tratterebbe soltanto di attribuzione di un bene rilevante o di una parte dei propri beni come quota dell'intero¹⁹.

Dottrina e giurisprudenza però concordano che se non si vuole considerare la serie di attribuzioni patrimoniali come istituzioni di erede quale mero criterio interpretativo per dirimere controversie ereditarie soprattutto relative a testamenti olografi (opinione ancora sostenuta in dottrina e giurisprudenza per configurare la fattispecie in oggetto) è necessaria una chiarezza di formulazione della disposizione testamentaria che deve avere ad oggetto la volontà di attribuire i beni con una valutazione del testatore di attribuire quel bene come quota del proprio intero patrimonio (bene come quota del tutto)²⁰.

La valutazione dell'effettivo apporzionamento della quota alla quota di diritto e secondo alcuni la stessa istituzione di erede, verranno invece fatte in seguito all'apertura della successione.

In proposito viene in rilievo la diversa disciplina applicabile alle due soluzioni adottabili in materia testamentaria al fine di realizzare il proprio intento distributivo e cioè: la disciplina applicabile alla divisione del testatore che presuppone la preventiva istituzione di quote astratte e la successiva assegnazione di beni che corrispondano alla quota individuata dal testatore stesso e la disciplina applicabile alla scelta di attuare una distribuzione divisoria mediante una serie di *institutiones ex certis rebus*.

Le differenze si evidenziano anche in relazione alle particolari fattispecie della divisione oggettivamente parziale e della divisione soggettivamente parziale in cui il testatore non

¹⁷ **MENGONI**, La divisione testamentaria, Milano, 1950, op. cit., p.33-34,70 ss.; **FORCHIELLI-ANGELONI**, Divisione, in Commentario Scialoja-Branca a cura di Galgano, Libro secondo: Successioni artt. 713-768, 2 ed. 2000 op.cit. p 305 ss.; **AMADIO**, L'oggetto della disposizione testamentaria, in Successioni e donazioni, a cura di RESCIGNO, Padova, 1994, vol.1; **AMADIO**, La divisione del testatore, op. cit. p. 239

¹⁸ **MORELLI**, in La comunione e la divisione ereditaria, in Giur. Sist. Civ. e comm. fondata da Bigiavi, Torino, 1986, p. 281; **BOMBARDA**, in Giust. Civ. 1975, IV vol., p.110; **BILOTTI**, Riv. Not. 2/2002 par.9; **GIUSTI**, in Giur. Merito, 1985, p.30; App. Bari, sez. III, 29/07/2005; Cass. Civ. sez. II, 1/3/2002 n. 3016 in Riv. Not. 2003, p. 218; Cass. Civ., sez II, 18/1/2007 n.1066; Cass. civ. sez II, 13/6/2007 n. 13835

¹⁹ **FORCHIELLI-ANGELONI**, Divisione, op.cit., p. 304; **CAPOZZI**, Successioni, vol. I, Milano 2002, op.cit., p.54; **BURDESE**, La divisione ereditaria, in tratt. Dir.civ. it. diretto da Vassalli, Torino, 1980; **AZZARITI**, Le successioni e le donazioni, Napoli, 1990; Cass. N. 37, 8 gennaio 1969

²⁰ **BONILINI**, Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, op.cit., p.7; Cass. civ., sez. II, 18 novembre 1981, n. 6110; Cass. Civ. sez. II, 1 marzo 2002, n. 3016; Cass. Civ. Sez. II, 18 gennaio 2007, n. 1066; Trib. Bari sez. I, 7 gennaio 2008, n.25, in Famiglia e diritto, n.6/2008

abbia distribuito interamente il suo patrimonio.

L'ammissibilità di una divisione oggettivamente parziale è rintracciabile nella stessa previsione normativa (art. 734 c.c., secondo comma) laddove si dispone che nella divisione in cui il testatore non abbia compreso tutti i beni lasciati al tempo della morte questi debbano essere attribuiti tramite la successione per legge salvo che non risulti una diversa volontà del testatore²¹.

Si pensi al caso della sussistenza di beni ulteriori rispetto a quelli assegnati che il testatore stesso non abbia voluto distribuire al tempo della divisione ma anche al caso di beni acquistati successivamente alla scheda testamentaria e sussistenti all'apertura della successione.

In proposito, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie²², si individua la volontà del testatore di voler attribuire i beni residui secondo il riparto divisionale parziale e non secondo le regole della successione per legge quando la somma delle istituzioni dei chiamati all'eredità in quote astratte raggiunga l'unità.

Si tratterebbe invece di divisione volutamente parziale nel senso di lasciare che sui beni residui si formi la comunione ereditaria ed i beni vengano ripartiti secondo le norme della successione per legge, quando la somma delle quote astratte non faccia uno.

Il problema viene in rilievo anche in merito alla configurabilità della divisione oggettivamente parziale nell'ipotesi della cd. *institutio ex re certa*.

Tale figura, che, come osservato in precedenza, ricorre nel nostro ordinamento quando il testatore nell'attribuire uno o più beni determinati non abbia inteso assegnare tali beni singolarmente intesi a titolo di legato ma abbia voluto attribuirli come quota del proprio patrimonio è qualificata dalla volontà del testatore di assegnare quei beni come porzioni ereditarie.

Da quanto appena detto, cioè dalla rilevanza che la *quaestio voluntatis* assume nel determinare la volontà di istituire erede chi sia stato assegnatario di determinati beni, si fa discendere l'ammissibilità della divisione oggettivamente parziale quando questa sia attuata tramite un fascio di attribuzioni *ex certa re*²³. Si vuol dire che quando il testatore abbia distribuito i propri beni con una serie di assegnazioni senza predeterminazione di quote

²¹ **AZZARITI**, Le successioni e le donazioni, op.cit., p.722; **MENGONI**, La divisione testamentaria, op.cit., p.88; **CICU**, Successioni per causa di morte, Parte generale, in Tratt. dir.civ.e comm., diretto da Cicu-Messineo, vol.XLII, Milano, 1961, p. 435

²² **AMADIO**, La divisione del testatore, op. cit. p. 218; **AZZARITI**, Le successioni e le donazioni, op. cit., p. 721; **BURDESE**, la divisione ereditaria, op.cit., p.259

²³ **TATARANO**, Il testamento in Tratt. Dir. Civ. Consiglio Nazionale del Notariato, diretto da Perlingieri, Napoli, 2003, p.364; Cass. civ., 23 marzo 1963, n. 737, in Giur. It.1964, I, nota di **TRABUCCHI**, p. 186

astratte e nel formulare tali disposizioni abbia inteso limitare le assegnazioni *ex certis rebus* ad una parte soltanto del patrimonio tenuto presente però nel suo complesso, si può concludere che lo stesso testatore abbia voluto ripartire i beni residui agli eredi così istituiti (altrimenti si aprirà la successione per legge sulla massa dei beni residui)²⁴.

Anche nella divisione tramite diverse assegnazioni di beni in funzione di quote ereditarie, per effetto della ripartizione parziale verrebbero in tal caso a formarsi due masse distinte: quella dei beni assegnati e quella dei beni residui o ulteriori.

Di recente autorevole dottrina²⁵ andando oltre si è chiesta quale sia la forza espansiva dell'unica istituzione di erede tramite assegnazione *ex re certa* in relazione ai beni ulteriori.

La fattispecie considerata era quella di una testatrice che, in assenza di eredi legittimari, lasciava tutti i propri beni immobili pari all'ottanta per cento del valore del proprio patrimonio al convivente *more uxorio* e una serie di lasciti di singoli beni a determinati amici. Unici successibili per legge alcuni lontani cugini.

Apertasi la successione si veniva a conoscenza di un grosso credito a favore di una Banca lussemburghese che i lontani cugini avocavano a sé sostenendo di essere parti della comunione ereditaria avente ad oggetto il credito, da ripartirsi poi secondo le norme della successione per legge.

A sostegno delle proprie ragioni i cugini osservavano che nella specie non si trattava di una divisione senza predeterminazione di quote ma di una singola istituzione di erede.

L'importante autore rilevava poi che la tesi secondo la quale l'*institutio ex re certa* presupporrebbe che vi siano sempre più istituzioni di erede (almeno due) non solo non avrebbe alcun riferimento testuale, ma esaurirebbe la sussistenza dell'*institutio ex re certa* nella fattispecie della divisione fatta mediante assegnazioni di beni senza predeterminazione di quote, senza considerare che, assegnando quei beni, il testatore intenda attuare primariamente la propria volontà di istituire erede l'assegnatario.

La prevalente dottrina in merito ha rilevato che l'art 588 c.c. per qualificare l'assegnazione di beni determinati come *institutio ex re certa* richiede unicamente che il testatore abbia considerato il bene o i beni assegnati come quota del patrimonio perciò sarebbe perfettamente valida l'unica istituzione di erede *ex re certa* anche se il testamento non preveda altre istituzioni di erede.

Nel nostro caso, il testatore assegnava la quasi totalità dei beni oltre che ai fini di

²⁴ **BURDESE**, La divisione ereditaria, op. cit., p.133; **id.**, *Institutio ex re certa* e divisione testamentaria, in Riv. Dir. Civ. 1986, II, p. 467; Cass.civ. n. 2210/1976

²⁵ **BONILINI**, *Institutio ex re certa* e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento, in Famiglia, Persone e successioni,

assegnazione anche in funzione di attribuzione della qualità ereditaria.

Dal momento che, nell'*institutio ex re certa*, oltre alla quantificazione della quota è anche la stessa qualità ereditaria ad essere desumibile *ex post* cioè dopo l'apertura della successione, la risoluzione della *quaestio voluntatis* del testatore in questo caso non può che essere quella dell'istituzione di unico erede nella persona del convivente *more uxorio*.

Tale assegnazione non sarebbe in funzione di quota ma dell'intero.

Ciò anche sulla base di uno degli indici giurisprudenziali che in concomitanza con altri sono ritenuti tra i più significativi nell'individuare concretamente la figura dell'*institutio ex certa re*: la rilevanza dei beni attribuiti con l'assegnazione in relazione all'attivo dell'intero patrimonio ereditario così come tenuto presente dal testatore nel momento della redazione del proprio testamento²⁶.

Guardando poi alla divisione del testatore dal punto di vista soggettivo alcuni autori e qualche pronuncia giurisprudenziale ammettono la divisione testamentaria parziale anche sotto questo profilo²⁷.

Ci si riferisce all'ipotesi in cui il testatore istituisca eredi determinati soggetti, legittimari e non, senza poi apporzionarli tutti.

Dopo aver specificato che tale divisione è necessariamente anche oggettivamente parziale il problema della sussistenza e degli effetti della divisione soggettivamente parziale si pone con riguardo alla norma dell'art. 735 c.c. che prevede la nullità della divisione del testatore qualora nel progetto divisorio si sia pretermesso un legittimario o un erede previamente istituito.

L'applicazione della norma per la sua particolare incidenza su tutto il progetto distributivo è limitata, a seguito dell'interpretazione dottrinale e della giurisprudenza più recente, al solo caso di divisione del testatore che non lasci beni relitti al di fuori del proprio progetto distributivo che non possano –coprire o integrare - la quota di legittima del legittimario pretermesso o la quota dell'erede istituito non apporzionato (la cd. preterizione sostanziale: preterizione nella divisione e non dell'istituzione)²⁸.

Determinante pertanto sarebbe la circostanza che nel *relictum* siano compresi beni sufficienti a soddisfare la quota di riserva del legittimario o la quota dell'erede istituito ma non apporzionato.

²⁶ **GANGI**, La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, I, Milano, 1964, p. 382; **DELLE MONACHE**, Testamento. Disposizioni generali, in Comm. Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2005, p. 168

²⁷ **MORELLI**, La comunione e la divisione ereditaria, in Giur. Sist. Bigiavi, op. cit. p.262; **FORCHIELLI**, Della divisione, op. cit.,p.210; **BILOTTI**, Appunti sulla divisione testamentaria, op.cit.,p. 687; Cass. civ. Sez. II, 12 marzo 2003, n. 3694

²⁸ **AMADIO**,La divisione del testatore op.cit. p.226; **id.**, La divisione del testatore senza predeterminazione di quote, op. cit. p. 260-261; **BURDESE**, La divisione ereditaria, op, cit. p. 261; **FORCHIELLI-ANGELONI** op. cit., p. 335-336

Secondo una diffusa interpretazione dottrinale la stessa applicabilità del rimedio della nullità per preterizione di legittimario sarebbe invece esclusa nella divisione attuata mediante un fascio di *institutiones ex certis rebus* in quanto in tal caso è la stessa istituzione di erede ad essere deducibile *ex post*²⁹.

E' interessante poi osservare che da qualunque parte la si guardi, la nullità della divisione del testatore per preterizione non comporta la nullità delle istituzioni di erede con essa disposte ma la sola nullità del progetto distributivo.

Alcuni autori sostengono inoltre che il progetto divisorio nullo sotto questo profilo dovrebbe essere considerato dai coeredi come un'ipotesi del cd. assegno divisionale semplice cioè come progetto divisionale obbligatorio e rientrerebbe nella previsione pertanto dell'art. 733 c.c. (laddove si dispone che per testamento il testatore possa anche adottare regole per la futura divisione con efficacia però obbligatoria e non reale)³⁰.

Da ultimo due brevi considerazioni conclusive sull'argomento.

Si osserva che per il generale principio dell'apportionamento conforme tra quota di fatto e quota di diritto proprio di ogni negozio divisorio, il testatore dovrà anche porre attenzione nella composizione delle quote al rapporto quantitativo tra beni attribuiti e quote istituite sotto il profilo del valore dei beni assegnati.

In previsione della stabilità del proprio intento distributivo il testatore infatti dovrà comporre le quote ereditarie senza dare adito a contestazioni che possano portare all'esperimento dell'azione di rescissione per lesione oltre il quarto della quota di diritto ex art. 763 c.c. applicabile, per dottrina e giurisprudenza conformi, anche alla divisione del testatore.

La predeterminazione di quote astratte nell'istituzione di erede o la sua mancanza ha notevoli conseguenze anche relativamente al confine tracciato dall'appena menzionato rimedio della rescissione della divisione per lesione oltre il quarto subita dall'erede per il diverso valore quantitativo nella composizione di fatto della propria quota rispetto a ciò che gli spetta in astratto.

L'assenza della previsione di quote astratte di diritto da parte del testatore seguita dall'apportionamento conforme delle quote di fatto ha portato dottrina e giurisprudenza ad escludere l'applicabilità della rescissione per lesione alla divisione effettuata tramite *institutiones ex certis rebus*³¹.

Considerazioni diverse riguardano il riflettersi sull'*institutio ex re certa* della composizione

²⁹ **AZZARITI**, Le successioni, op. cit., p.723; **MENGONI**, Divisione, op. cit., p. 105; **FORCHIELLI**, Della divisione, op. cit., p. 297; **AMADIO**, La divisione del testatore, op.cit. p.223

³⁰ **FORCHIELLI-ANGELONI**, Della divisione, op. cit., p.342

³¹ **MENGONI**, La divisione del testatore, op. cit., p. 174; **AMADIO**, La divisione del testatore, op. cit., p.232

delle quote in senso qualitativo o quantitativo e il problema dei conguagli in denaro extra massa patrimoniale.

Mentre, come si è visto in precedenza, tale ipotesi è ammessa seppur molto limitatamente nella divisione del testatore con predeterminazione di quote, diverso sarebbe a dirsi in caso di divisione senza predeterminazione di quote.

Si è osservato in proposito che nella divisione per *institutiones ex certis rebus* il ricorso ai conguagli seppur nella limitata accezione di stretta necessità non potrebbe essere una soluzione praticabile dal momento che il testatore attribuendo beni del proprio patrimonio per istituire i propri eredi non potrebbe ottenere lo stesso risultato così come individuato dall'art. 588, secondo comma, c.c. qualora attribuisse beni che non facciano parte effettivamente della massa ereditaria.

A conclusione delle problematiche relative all'*institutio ex re certa* in sede di riparto testamentario dei propri beni si sottolinea come in dottrina e giurisprudenza si discuta sul possibile mantenimento dell'istituzione di erede *ex re certa* in caso di alienazione successiva da parte del testatore del bene assegnato in funzione di quota ereditaria³².

Anche qui sarà determinante l'interpretazione della volontà del testatore. Ci si dovrà chiedere se ad essere revocata sia soltanto l'attribuzione del bene in sede di riparto o anche la stessa chiamata all'eredità.

Secondo un primo orientamento, un pò datato anche sotto il profilo giurisprudenziale, in caso di successiva alienazione del bene oggetto di *institutio ex re certa* da parte del testatore, opererebbe una revoca tacita dell'intera disposizione comprendente anche l'istituzione di erede. Ciò deriverebbe dall'applicazione analogica di quanto previsto in materia di legati dall'art. 686 c.c. che dispone la revoca del legato nell'ipotesi in cui il testatore alieni successivamente la cosa legata³³.

Per contro altra parte della dottrina ha distinto in materia l'ipotesi in cui il bene non sia stato alienato dal disponente in epoca successiva all'*institutio* ma lo stesso sia venuto meno perchè perito³⁴. Da qui se il valore del bene perito fosse oggetto di facile determinazione prevarrebbe la volontà istitutiva del testatore. Altrimenti per l'impossibilità di effettuare il calcolo della quota l'*institutio ex re certa* cadrebbe anche sotto il profilo istitutivo per indeterminatezza della disposizione testamentaria.

³² **DELLE MONACHE**, Revoca tacita dell'istituzione *ex re certa*, in Rivista di diritto civile n. 4/2008, p. 413;

³³ Trib. Napoli, 28 luglio 1970, in Giust. Civ., 1971, p. 1322; **TALAMANCA**, Successioni testamentarie Art. 679-712, Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca, 1965, p. 188

³⁴ **AZZARITI**, Le successioni e le donazioni, op.cit., p. 723; **GIANNATTASIO**, Delle successioni, in Commentario del codice civile, Torino, 1971, p.21;

La dottrina più moderna, criticando l'interpretazione analogica sopra ricordata che male si attaglierebbe all'*institutio ex re certa* che prima di essere un'assegnazione di beni è una istituzione di erede, sposta tutta la problematica su una questione di fatto.

L'accento è posto sulla centralità della volontà istitutiva del testatore così come valutabile nelle circostanze del caso concreto quale discrimine per la permanenza dell'istituzione di erede *ex re certa* in caso di alienazione successiva del bene³⁵.

Di più si è osservato in merito, che l'ammissibilità di una valida divisione testamentaria tramite *instituciones ex certis rebus*, qualora i beni assegnati in funzione di quota siano alienati, riaprirebbe la discussione in merito all'applicabilità del rimedio della nullità della divisione *ex art. 735 c.c.* alla fattispecie in esame.

In tal caso se dalla volontà del testatore si possa desumere quella di istituire erede indipendentemente dall'alienazione successiva del bene si configurerebbe anche qui una divisione soggettivamente parziale che, come nell'ipotesi di divisione soggettivamente parziale con predeterminazione di quote, sarebbe da ritenersi valida solo nell'ipotesi della sussistenza di beni ulteriori sufficienti a comporre la quota dell'erede pretermesso.

Cambiando poi angolazione, nel tentativo di dare seguito alla volontà di distribuire il proprio patrimonio nel suo complesso, per così dire una volta per tutte, senza che l'evento morte travolga le singole attribuzioni così come sono state modulate dal disponente, può ben essere che il disponente voglia procedere ad attribuire in vita le proprie sostanze tra gli eredi legittimari ed altri soggetti che voglia beneficiare nel limite della disponibile oppure voglia utilizzare lo strumento della divisione testamentaria insieme con una serie di donazioni (sempre nel rispetto della quota di riserva).

Per l'impossibilità di esaurire il tema in questa sede ci si concentrerà primariamente sullo schema della donazione quale negozio utilizzato per trasferire l'azienda sia questa l'unica azienda od un suo ramo o sia questa rappresentata da quote di un veicolo societario in cui l'azienda venga conferita per poi affrontare, seppur per sommi capi la complessa tematica delle donazioni e delle c.d. liberalità non donative nella circolazione giuridica del bene con esse alienato.

Nella prospettiva della sistemazione patrimoniale in vista del passaggio generazionale del bene azienda l'utilizzo dello schema della donazione formale pone qualche problema ed assume qualche particolarità.

Tale operazione viene qui considerata solo dal punto civilistico e non fiscale senza

³⁵ **PIETROGRANDE**, *Heredis institutio ex re certa*: l'indagine del giudice di merito, commento alla sentenza Tribunale di Bari, sez. I, 7 gennaio 2008, n.25, in *Famiglia e diritto*, Ipsoa, n.6/2008, p. 614

considerare la fattispecie in relazione alla figura dei patti di famiglia o a quella del *trust*.

Ricordando che il codice civile all'art. 2555 definisce il bene azienda come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, si sottolinea l'esigenza che il bene azienda o suo ramo sia considerato unitariamente senza aver riguardo alla sua composizione particolare che può essere la più varia, giacchè altrimenti la fattispecie non sarebbe più da esaminare in relazione al bene azienda ma si ricadrebbe nella disposizione di singoli beni che non presenta particolari difficoltà.

Se dunque il disponente donante dispone dell'azienda in quanto tale, cioè intesa nella sua unitarietà, i problemi che si pongono riguardano da un lato come salvaguardare l'aspettativa dei legittimari, dall'altro come salvaguardare la sua *governance* e la continuazione di tutti i rapporti che fanno capo all'azienda sia dal lato economico che da quello sociale ed occupazionale.

Certamente al di fuori del patto di famiglia questa potrà essere la strada per comporre stabilmente gli interessi patrimoniali dei propri eredi solo e soltanto se nel patrimonio del disponente sussisteranno altri beni diversi dall'azienda che possano soddisfare la legittima dal punto di vista quantitativo.

Altrimenti l'azienda sarebbe aggredibile dai legittimari lesi secondo il normale atteggiarsi dei rimedi posti a tutela della legittima minando pertanto l'unitarietà del bene trasferito con la donazione.

Il ricorso alla donazione formale d'azienda potrebbe costituire però un vantaggio in caso di successivo trasferimento a terzi dell'azienda donata.

In tal caso le ragioni dei legittimari in ottica *post mortem* sarebbero superate da quelle dei creditori dell'azienda.

In proposito è stato sottolineato in dottrina che prevarrebbe la nozione di *universitas* del bene azienda rispetto all'interesse particolare del legittimario leso e tutelato dalla norma eccezionale dell'art. 563 c.c. che dispone l'azione di restituzione reale dal terzo acquirente soltanto nel caso di bene immobile oggetto di donazione ridotta³⁶.

Va da sé che tale mezzo a tutela della legittima rientrerebbe in gioco se ad esempio il bene immobile sia stato singolarmente alienato in un momento successivo all'acquisto del bene come parte del complesso aziendale.

³⁶ **GENOVESE**, Il passaggio generazionale dell'impresa: la donazione d'azienda e di partecipazioni sociali, in Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2002, 11, p.730 ss.; **IACCARINO**, Donazioni indirette e "*ars stipulatoria*", in Letture notarili, collana diretta da Giancarlo Laurini, Ipsoa, 2008, p.89

Una soluzione volta ad assicurare maggiormente la stabilità del passaggio generazionale dal punto di vista della continuità dell'azienda si individua nella fattispecie del conferimento dell'azienda in società e della successiva donazione delle quote sociali ai propri figli.

Si potrà avere il caso di costituzione di una nuova società con i propri figli per poi donare le quote agli stessi oppure il caso di costituzione di una società ad esempio a responsabilità limitata a socio unico e successiva donazione dell'intera partecipazione.

Il ricorso allo strumento societario e alla successiva donazione delle partecipazioni può tra l'altro modulare e comporre anche l'interesse dell'imprenditore che pur volendo attuare in vita il passaggio generazionale della propria azienda non voglia come dire uscire di scena immediatamente.

Si pensi al caso della donazione delle quote sociali con riserva dell'usufrutto su tutte o parte delle quote donate ai fini di assicurarsi il godimento degli utili oppure all'assunzione ad esempio nel veicolo srl sopra considerato della carica di amministratore unico a tempo indeterminato potendo continuare ad agire così sulla *governance* e potendo percepire emolumenti per l'attività svolta.

Tornando all'esigenza di apporzionare i propri eredi insieme con l'esigenza di assicurare la continuità dell'azienda il conferimento in società e la successiva donazione delle quote raggiungerebbero l'intento di attribuire l'azienda ai propri eredi senza un suo smembramento sotto altro profilo.

Le donazioni avrebbero ad oggetto la quota o le quote sociali, pertanto l'oggetto delle pretese recuperatorie da parte degli eventuali legittimari lesi vittoriosi nell'azione di riduzione, sarebbero le quote della società e non l'azienda conferita in società e posseduta solo indirettamente tramite il possesso delle partecipazioni sociali.

Si noti poi che in caso di alienazione a terzi delle quote donate i legittimari lesi non potrebbero vantare alcuna pretesa restitutoria sulle quote così circolate dal momento che l'eccezionale rimedio dell'azione di restituzione volta a recuperare il bene dal terzo acquirente è prevista solo in relazione ai beni immobili.

In più si ricorda il disposto dell'art. 743 c.c. secondo il quale non è dovuta collazione di ciò che si è conseguito per effetto di società contratta senza frode tra il defunto e alcuno dei suoi eredi.

Chiudendo la parentesi aziendale per concentrarsi sulle liberalità come modo di trasferire in vita il proprio patrimonio, si osserva che l'adozione dello schema della donazione formale quale volontà di attribuzione come anticipo di successione si scontra con i problemi dell'incertezza della provenienza donativa nella circolazione del *donatum*.

Quello che si vuole dire è che la misura del vantaggio ricevuto dalla liberalità attuale messa a punto dal trasferimento per effetto della donazione a proprio favore va a scontrarsi con la spendibilità di questo vantaggio ricevuto nel traffico giuridico cioè nella successiva vicenda circolatoria del bene donato (basti pensare alla ben nota difficoltà che nella prassi riscontra chi voglia ottenere un mutuo fondiario concedendo ipoteca su un bene pervenutogli per donazione).

Tale problematica viene in rilievo soprattutto sotto due profili: il primo è quello relativo alla fissazione di un termine in cui il rischio di impugnative del legittimario pretermesso o lesa venga meno e l'acquisto donativo sia per così dire definitivo in capo al donatario ed il secondo è quello relativo alla misura del rischio che il terzo acquirente dal donatario debba sopportare nell'ottica recuperatoria del legittimario vittorioso nell'azione di riduzione e restituzione.

Di qui il corollario non certo secondario della valutazione della misura del summenzionato rischio nell'ipotesi di acquirente da beneficiario di liberalità non donativa.

Sotto il primo profilo i novellati artt.561 e 563 c.c. dispongono che il decorso del termine ventennale dalla trascrizione della donazione (ad eccezione art.2652 n.8, c.c.) rende stabile l'acquisto nel senso che, spirato il detto termine, da un lato il legittimario vittorioso nell'azione di riduzione non può agire in restituzione contro il terzo acquirente del bene immobile -ridotto- e dall'altro i pesi e le ipoteche gravanti il *donatum* rimangono tali se la riduzione è domandata dopo il detto termine.

Il termine è sospeso nei confronti del coniuge e parenti in linea retta del donante che abbiano notificato e trascritto un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione.

Il diritto ad opporsi è rinunziabile.

Oltre alla lunghezza del termine previsto per rendere certa la provenienza donativa che costituisce già un forte argomento di critica alla novella quale risoluzione del problema, si osserva che, come è noto, le soluzioni per rendere i -negozi attributivi- insensibili alle conseguenze dell'evento morte del disponente non possono che essere "quasi" stabili perchè se si parte dalla divisione testamentaria questa è conoscibile solo dall'evento morte mentre, dal lato donativo, per l'irrinunziabilità dell'azione di riduzione su una successione non ancora aperta, la stessa introduzione dello strumento dell'opposizione visto dall'ottica della sua rinunziabilità non vale a superare il problema (anche perchè ulteriori legittimari ad es. venuti ad esistenza dopo la rinuncia all'opposizione effettuata dai precedenti legittimari non possono certo essere privati del loro diritto di non opporsi).

Infatti per la dottrina più attenta e maggioritaria l'effetto della rinuncia all'opposizione non

comporta rinuncia all'esperimento dell'azione di restituzione in modo da risolvere una volta per tutte il problema della provenienza –donativa- , ma l'unico effetto sarebbe quello della rinuncia alla sospensione del termine ventennale decorrente dalla sua trascrizione³⁷.

Per effetto della rinuncia all'opposizione il termine ventennale non “subisce alcuna alterazione al suo decorso”³⁸, ma l'ulteriore effetto di mutare la tutela dell'azione di riduzione da reale in meramente obbligatoria si avrebbe, sotto questo profilo, solo con il decorso del termine appena ricordato³⁹.

Cambiando argomento, sempre in merito alla scelta dell'adozione dello schema della donazione quale strumento attributivo dei propri beni in sede di sistemazione patrimoniale, vengono in rilievo i noti problemi posti dalla circolazione di quanto donato in relazione ai rimedi esperibili dal legittimario leso nelle sue ragioni (di diritto alla quota di riserva).

Per una corretta impostazione del problema si sottolinea che gli stretti congiunti (coniuge e discendenti) del *de cuius* al momento dell'apertura della successione sono preliminarmente tenuti a conferire quanto ricevuto in vita per donazione dal *de cuius* donante per effetto dell'istituto della collazione.

Questo sempre che il donante non abbia disposto nello stesso atto di donazione la dispensa irrevocabile dalla collazione di quanto donato nell'ambito della disponibile, cioè nell'ambito della quota di cui il *de cuius* poteva liberamente disporre.

Come è stato brillantemente riassunto da autorevole dottrina la collazione ha funzione di redistribuzione tra determinati coeredi del cd. *relictum* più il *donatum* in modo tale da preservare in senso valoristico il diritto alla quota sull'attivo del patrimonio ereditario spettante ai soggetti considerati dalla norma⁴⁰.

Lo stesso codice prevede poi che il coniuge, i figli ed i discendenti potranno conferire –per imputazione- il valore di quanto ricevuto in vita per liberalità, ad esclusione, tra l'altro, a differenza che per l'azione di riduzione, dei beni che siano stati a loro volta donati o ipotecati.

Osservando poi i rimedi, in ottica recuperatoria, per agire contro le disposizioni donative

³⁷ **MARICONDA**, L'inutile riforma degli artt. 561 e 563 c.c., in *Corr. Giur.* 2005, p. 1176; **BEVIVINO**, Le aspettative tradite dalla riforma degli artt. 561 e 563 del codice civile, in *Notariato*, 5/2007, p. 573ss.; **BUSANI**, La trascrizione dell'atto di rinuncia all'atto di opposizione alla donazione, commento al decreto tribunale di Parma 15 giugno 2006 in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1/2007, p. 21; **BUSANI**, L'atto di opposizione alla donazione, studio CNN n. 5809, 21 luglio 2005, p. 22

³⁸ **MASSELLA DUCCI TERI**, Atto di opposizione alla donazione e sua rinuncia, in *Famiglia, Persone e successioni*, Utet, n. 8/9, 2008 p. 745

³⁹ **BARALIS**, Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione in seguito alla modifica dell'art. 563 c.c. in *Riv. Not.*, 2006, p. 303; **CAMPISI**, Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle ll. 14.5.2005 n.80 e 28 dicembre 2005, n. 263, in *Riv. Not.* 2006, p. 1285;

⁴⁰ **AMADIO**, Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative, studio CNN, n. 17-2009/C, 22 aprile 2009; **id.**, Azione di riduzione e liberalità non donative sulla legittima “per equivalente”, in atti del Convegno Donazioni e Liberalità tra tutela della famiglia e circolazione di beni, Bergamo, 24 settembre 2010

aventi ad oggetto immobili che siano lesive dei propri diritti di legittimario si ricorda che questi, dovrà aver agito contro il donatario primariamente in riduzione e, se questi abbia a sua volta alienato a terzi, in restituzione.

L'azione di restituzione contro il terzo acquirente del bene donato da parte del legittimario già vittorioso in riduzione ha natura restitutoria reale e cioè il legittimario vittorioso in riduzione che (secondo la dottrina maggioritaria) per effetto di quest'azione ha acquistato il titolo di erede (perchè pretermesso) o ha integrato il contenuto del titolo ereditario (perchè lesa) recupererebbe il bene in forza della sua riattraazione reale al patrimonio ereditario appunto per effetto della delazione così "recuperata"⁴¹.

La riduzione esperita direttamente nei confronti del donatario del bene e la riduzione e restituzione esperite nei confronti del terzo acquirente del bene oggetto della donazione ridotta hanno finalità recuperatorie reali del bene, dal momento che, come osservato dalla migliore dottrina, determinerebbero la riattraazione del bene al patrimonio del disponente come se questo bene non ne fosse mai uscito.

E' lo stesso concetto di riattraazione reale del bene al patrimonio originario che consentirebbe il recupero del bene nei confronti del terzo avente causa dal donatario anche se questa riattraazione reale debba intendersi, come osservato: "in termini relativi della mera inopponibilità al legittimario vittorioso della liberalità ridotta"⁴².

Si nota poi che, a ben vedere, il terzo potrebbe liberarsi dell'obbligo della restituzione in natura del bene per equivalente, ma tale opzione è data dal codice civile come soluzione sussidiaria a quello che sembra ancora essere il principio della restituzione reale intesa come reintegra del diritto alla legittima in natura perlomeno nei confronti delle cd. donazioni formali.

Ora tenendo presente che l'art 809 c.c. estende alle donazioni indirette o liberalità non donative le norme sulla riduzione per le donazioni ci si è chiesti più volte quale sia la reale portata della tutela del legittimario in tutte quelle ipotesi in cui il disponente abbia provocato un arricchimento al beneficiario per effetto di un proprio depauperamento con un negozio diverso da quello donativo. Si pensi al pagamento del prezzo effettuato dal genitore nell'acquisto di un immobile da parte del proprio figlio (intestazione di beni altrui) oppure alla liberazione da un credito nei confronti del figlio (nell'ipotesi in cui il padre o la madre paghi il prezzo dell'immobile acquistato dal figlio).

⁴¹ **MENGONI**, Successioni per causa di morte. Successione necessaria, op.cit., p.80 ss. e p.237

⁴² **AMADIO**, Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative, studio CNN, op. cit. par. 4

Secondo una pronuncia a sezioni unite della Corte di Cassazione⁴³ oggetto della liberalità proprio nel caso di intestazione di bene altrui e quindi oggetto dell'arricchimento del beneficiario doveva considerarsi non l'oggetto effettivo della liberalità cioè il pagamento del prezzo tramite provvista del genitore ma il bene immobile stesso.

Tale interpretazione però, a prescindere dall'indagine sulla qualificazione dell'oggetto dell'arricchimento nelle donazioni indirette, si riferiva alla collazione o meglio a cosa dovesse intendersi come oggetto di collazione nella fattispecie di intestazione di bene immobile a terzi.

Come ricordato in precedenza però la collazione non ha fini recuperatori ma fini redistributivi per non provocare di fatto solo tra determinati soggetti (coniuge e discendenti) sperequazioni valoristiche nel proprio diritto alla legittima.

Inoltre sfuggono allo stesso concetto di collazione i beni donati ed alienati a terzi.

Pertanto la più recente dottrina ha sottolineato la diversità del fine perseguito dalla collazione e dalla riduzione soprattutto con riguardo alla tutela del legittimario nei confronti del terzo avente causa dal donatario soccombente in riduzione⁴⁴.

Così come sottolineato ed argomentato da più di un'autorevole voce, tra l'altro in un recente ed importante convegno tenutosi sul tema a Bergamo, in dottrina si esclude la ricostruzione della legittima come diritto alla legittima in natura per il legittimario che agisca in riduzione di liberalità indiretta⁴⁵.

Tale impostazione è ora avallata e rafforzata da una recente pronuncia della Corte di cassazione⁴⁶ secondo la quale alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota di legittima in natura propria dell'azione di riduzione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile pertanto con l'azione di riduzione sull'indiretta così come specificato nella richiamata sentenza della Cassazione non si andrebbe ad incidere sulla circolazione del bene per l'impossibilità della riattrazione dell'oggetto della donazione indiretta al patrimonio del *de cuius*.

Da qui, nell'ipotesi considerata, il diritto del legittimario si trasforma in “diritto di credito” venendo meno l'applicazione dell'azione restitutoria alle liberalità indirette sulla base della non provenienza dal patrimonio del donante del bene pervenuto al beneficiario. La misura

⁴³ Cass. civ., Sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282

⁴⁴ **AMADIO**, Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative, studio CNN, n. 17-2009/C, op.cit.

⁴⁵ **AMADIO**, Azione di riduzione e liberalità non donative sulla legittima “per equivalente”, in atti del Convegno Donazioni e Liberalità tra tutela della famiglia e circolazione di beni, Bergamo, cit. p.31 ; **DE ROSA**, Lesione di legittima: la soluzione negoziale del conflitto. Le prospettive di riforma, atti del Convegno Donazioni e Liberalità tra tutela della famiglia e circolazione di beni, Bergamo, cit., p. 68

⁴⁶ Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2010, n. 11496

della pretesa del legittimario è costituita dal diritto di recuperare, per dirlo con le parole della Corte, “il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta”⁴⁷ calcolato mediante il metodo dell'imputazione proprio della collazione, e cioè il controvalore per equivalente in denaro, ma riferito al momento dell'apertura della successione.

⁴⁷ Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2010, n. 11496, cit.

