

Profili problematici della successione dei legittimari

a cura di Enrico Damiani

m eum

Profili problematici della successione dei legittimari

a cura di Enrico Damiani

eum

Il volume è stato realizzato con il contributo del Dipartimento di Economia e Diritto dell'Università di Macerata.

Isbn 978-88-6056-639-3
Prima edizione: dicembre 2019
©2019 eum edizioni università di macerata
Corso della Repubblica, 51 – 62100 Macerata
info.ceum@unimc.it
<http://eum.unimc.it>

Impaginazione: Urszula Brajta e Carla Moreschini

Il volume è stato sottoposto a *peer review* secondo i criteri di scientificità previsti dal Regolamento delle eum (art. 8) e dal Protocollo UPI (Coordinamento delle University Press Italiane).

Indice

- 7 Introduzione
- Enrico Damiani
- 11 Tutela della volontà del testatore, tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori
- Francesco Bottoni
- 29 Tutela dei legittimari e circolazione dei beni
- Anna Francesca Guaricci
- 43 La tutela del creditore nel patto di famiglia
- Chiara Iorio
- 67 Sul legato in sostituzione di legittima
- Samantha Ramovini
- 101 L'art. 448-*bis* e il riconoscimento della “facoltà di diseredazione”
- Anna Trotta
- 123 La tutela dei creditori del legittimario leso o pretermesso nel caso di accordi di integrazione della legittima
- Giorgia Vulpiani
- 147 Sulla tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso

Introduzione

Il presente volume raccoglie una serie di relazioni svolte in occasione di un incontro di studi in tema di successione necessaria, di recente tenutosi presso l'Università di Macerata. A esse si aggiungono contributi aventi ad oggetto ulteriori profili relativi alla successione dei legittimari.

La varietà delle questioni affrontate, certo non esaustiva della generalità di quelle suscettibili di riguardare lo specifico profilo successorio, testimonia l'attualità e l'opportunità dell'indagine di un tema, quello della successione dei legittimari, destinata ad essere profondamente influenzata dall'evoluzione sociale e dalla diversa portata che ha finito per assumere la famiglia, con conseguente maggiore o minore ampiezza di tutela che ne deriva¹. A ciò va aggiunta l'esigenza di indagare la portata di alcune modifiche legislative che hanno interessato sia direttamente sia indirettamente il fenomeno della successione necessaria.

Sono noti i due poli della tematica. Per un verso, la riserva di una quota del patrimonio ereditario a favore di alcuni familiari rende evidente la compressione del potere di autonomia di disposizione in capo al testatore, oggetto di protezione anche a livello costituzionale nonostante il limite derivante dall'utilità sociale (art. 41 Cost.).

D'altra parte, la tutela di alcuni familiari in occasione dell'apertura della successione costituisce espressione del rilievo che la Costituzione attribuisce alla famiglia in quanto società naturale fondata sul matrimonio (artt. 29, 30 e 31 Cost.) e formazione sociale (art. 2 Cost.), oltre che del dovere di solidarietà sociale parimenti espresso dall'art. 2 della Carta costituzionale.

¹ G. De Rosa, *Sub Art. 536*, nel *Comm. Cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni*, artt. 456-564, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Torino, 2009, 530.

Di conseguenza, le posizioni più liberali, inclini a prospettare la modifica e persino la soppressione della quota di riserva, sono state considerate “tanto lapidarie quanto discutibili”, in considerazione sia del bilanciamento di interessi al livello costituzionale, sia della normale compressione della libertà di testare presente negli ordinamenti di *civil law*².

L'esigenza di un ripensamento della disciplina relativa alla tutela dei legittimari, attualmente avvertita da una parte della dottrina, è motivata in primo luogo dall'ostacolo che la quota di riserva costituisce ai fini della circolazione dei beni di provenienza donativa. Oltre a ciò, si rileva l'inadeguatezza o l'eccessività della riserva stessa alla luce delle nuove esigenze dei modelli di famiglia allargata o composita³ e dalla lettura di talune pronunce giurisprudenziali sono stati tratti indici di crisi destinata ad interessare l'impianto codicistico della successione necessaria⁴. Infine, le prospettive di riforma prendono le distanze, talvolta in maniera marcata, dall'attuale tessuto normativo, muovendosi in una direzione di maggiore flessibilità e liberalizzazione⁵.

Con riguardo a tale ultimo aspetto, merita attenzione il recente disegno di legge presentato al Senato in data 19 marzo 2019 (S. 1151), il quale propone la delega al Governo per la revisione del codice civile. In particolare, è prevista la trasformazione della quota riservata ai legittimari dagli articoli 536 e seguenti del codice civile in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario.

Si è al riguardo osservato che tale innovazione richiederebbe una importante modifica dell'azione di riduzione, la quale non

² A. Bucelli, *Dei legittimari*, Artt. 536-564, nel *Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 11.

³ V. Cuffaro, in L. Balestra, V. Cuffaro, C. Scognamiglio, G. Villa, *Proposta di riforma del codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, 590.

⁴ Bucelli, *Dei legittimari*, Artt. 536-564, cit., 7.

⁵ Osserva Bucelli, *op. cit.*, 9, che alcune iniziative legislative, orientate nel senso dell'abrogazione di una serie di limiti in capo al testatore, appaiono tanto innovative da risultare provocatorie, in quanto demolitorie di delle norme previste a tutela dei legittimari.

sarebbe più preordinata al recupero in natura dei beni oggetto di disposizioni testamentarie o donazioni lesive della riserva ma consisterebbe in un'azione volta al mero accertamento del credito del legittimario⁶.

Tale proposta di delega, oltre ad incidere in maniera significativa sulla natura della quota di riserva, contiene un'importante apertura alla possibilità di stipulare patti successori di tipo istitutivo, legittimando il Governo a emanare norme che consentano «la stipulazione di patti sulle successioni future intesi alla devoluzione dei beni del patrimonio ereditario in essi determinati ai successori ivi indicati, ovvero a permettere la rinuncia irrevocabile di successibili alla successione generale o in particolari beni, restando inderogabile la quota di riserva prevista dagli articoli 536 e seguenti del codice civile». I primi commenti a tale soluzione evidenziano il significativo mutamento di prospettiva, considerato che ciò aprirebbe la strada a un governo su base contrattuale della vicenda successoria, marginalizzandosi in tal modo il ruolo del testamento quale unica espressione dell'autonomia privata in relazione alla devoluzione *mortis causa* del patrimonio⁷.

Le prospettive di osservazione della disciplina in materia di successione necessaria sono varie e necessariamente correlate ai soggetti coinvolti nelle vicende attributive e circolatorie dei beni ereditari in presenza di legittimari. A titolo esemplificativo, oltre agli interessi del disponente e degli eredi, sono da definire i contorni della salvaguardia delle aspettative dei creditori del legittimario che rinunci o non eserciti l'azione di riduzione e, nello specifico, degli strumenti impiegabili in tale direzione.

⁶ V. Cuffaro, in L. Balestra, V. Cuffaro, C. Scognamiglio, G. Villa, *Proposta di riforma del codice civile: prime riflessioni*, cit., 590, secondo il quale tale mutamento di prospettiva condurrebbe a un significativo ridimensionamento del diritto dei legittimari, con inevitabili complicazioni sul piano processuale.

⁷ V. Cuffaro, *op. cit.*, 591. È inoltre prevista l'introduzione di misure di semplificazione ereditaria, in conformità al certificato successorio europeo il quale, per effetto del Regolamento UE 2012/650 e del regolamento di esecuzione UE n. 1329/2014 ha unicamente rilievo per quanto concerne le successioni transfrontaliere. In argomento F. Maida, *Certificato successorio europeo: ai notai la competenza al rilascio*, in *Europa Dir. priv.*, 2015, 201 ss.

Anche con riguardo a tale profilo, è stato evocato il principio costituzionale della tutela del credito (art. 47, comma 1, Cost.) per sostenere una tutela più incisiva⁸ ma, per altro verso, sono state avanzate riserve in merito all'opportunità di tale richiamo. Su un piano più generale, la stessa situazione giuridica alla base dei diritti attribuiti al legittimario non è univocamente ricondotta ad una aspettativa di fatto, tenuto conto della modifica degli artt. 561 e 563 c.c. ad opera del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, poi convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80.

Come si può osservare dalle sintetiche considerazioni che precedono, le prospettive di analisi del fenomeno sono molteplici e i contributi che seguono, oltre a compiere una disamina di aspetti sottesi alla successione necessaria, forniscono spunti di riflessione che possono tornare utili sul piano applicativo, ai fini della soluzione di specifiche questioni.

⁸ S. Pagliantini, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, in *La c.d. forza di legge del testamento*, Napoli, 2016, 91.

Enrico Damiani

Tutela della volontà del testatore, tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La situazione giuridica facente capo al legittimario prima dell'apertura della successione: aspettativa di fatto o aspettativa di diritto? – 3. Sulla possibilità per i terzi creditori del legittimario di impugnare le disposizioni testamentarie che eludano in qualche maniera il diritto alla quota di riserva. Prospettazione del problema – 4. Prevalenza della libertà del testatore e della esigenza di tutela dell'interesse della famiglia rispetto agli interessi dei creditori dei legittimari

1. Premessa

Nel diritto romano più arcaico l'istituto della legittima intesa come quota di eredità non esisteva¹ né esistevano particolari vincoli alla facoltà di disposizione testamentaria.

Per successione necessaria, nel diritto romano arcaico, si intendeva la devoluzione dei beni della *familia*, secondo una antica concezione della indisponibilità *mortis causa* dei beni stessi, a favore dell'*heres suus* il quale doveva necessariamente divenire erede quale naturale e necessario continuatore della comunità familiare².

Nel caso della *praeteritio* dei *sui heres* o dei *liberi* in diritto civile e nel diritto pretorio cadeva tutto il testamento.

¹ Al riguardo A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro, *Diritto privato romano*, 2^a ed., Torino, 2017, 702.

² F. Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, 1, Napoli, 2008, 404, il quale precisa che gli eredi *necessarii* a differenza di quelli *voluntarii* non dovevano accettare l'investitura.

Nella diversa ipotesi della istituzione di questi solo in una minima parte dell'asse ereditario ovvero nella ipotesi di loro espressa diseredazione veniva riconosciuto al legittimario il diritto di agire con la querela *inofficiosi testamenti*. Così l'intero testamento veniva giudicato nullo con riguardo ai soggetti che avevano proposto l'azione con conseguente apertura della successione *ab intestato*.

In età post classica fu riconosciuta la possibilità dell'*actio ad supplendam legitimam* dall'imperatore Costanzo definitivamente convertita sotto l'impero di Giustiniano dall'*actio ad implendam legitimam*.

Nel vigente ordinamento si ravvisano due fondamentali principi tra di loro antitetici nell'ambito della materia ereditaria. Alla libertà di disporre per testamento si contrappone l'interesse della famiglia³. Ai discendenti legittimi e naturali, al coniuge e, in mancanza di discendenti, agli ascendenti, spetta una porzione del patrimonio del *de cuius* calcolata non solo sulla base del cd. *relictum* ossia sui beni lasciati al momento dell'apertura della successione al netto dei debiti e pesi ereditari, ma anche sui beni fuoriusciti per effetto di donazioni in vita che costituiscono il cd. *donatum*. Questa quota è definita "legittima"⁴ o "riserva",

³ Cfr. G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Tomo I, 3ª ed., Milano, 2009, 385.

⁴ Una parte della dottrina (Per tutti cfr. V.R. Casulli, *Successioni (dir. Civ.)*, *Successione necessaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 787 ss.; nello stesso senso v. G. Grosso e A. Burdese, *Le successioni, Parte generale*, in *Tratt. Dir. Civile*, Torino, 1977, 85) ha ravvisato nella cd. successione necessaria caratteri così peculiari da distinguerla in maniera netta dalla successione legittima e quella testamentaria. Si tratterebbe di un terzo tipo di successione anch'essa fondata sulla legge, ma che si distingue in tutta evidenza dalla successione *ab intestato* in quanto vi sarebbero indubbie diversità con riguardo ai soggetti destinatari, alla determinazione delle loro quote, e alla *ratio* che la ha ispirata; inoltre essa concerne solo una parte del patrimonio del *de cuius* e mai l'intero asse ereditario. Altra parte della dottrina (G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Libro secondo del Codice civile, Padova, 1982, 216 e L. Ferri, *Dei legittimari*, Artt. 536-564, in *Comm. Cod. civ.* a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 7) ha individuato in capo ai legittimari la qualifica di successori a titolo particolare e non di eredi, in quanto la legge attribuisce loro non il diritto ad una quota di eredità ma solo il diritto ad una *pars bonorum*. Risulta però prevalente l'orientamento che individua nella successione necessaria una sorta di "successione legittima potenziata" secondo l'espressione utilizzata da Cicu (A. Cicu, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, 218), dovendosi considerare le due forme di successione due specie dello stesso genere avendo in comune il titolo (la legge) e il fondamento (la tutela della famiglia). Naturalmente

e colui che ne ha diritto viene definito “legittimario”, “riservatario” ovvero “necessario”⁵. Essa costituisce quindi un limite alla libertà del testatore di disporre per testamento.

le differenze tra le due distinte serie di regole sono indubbe solo che ci si limiti ad evidenziare come le disposizioni a tutela dei legittimari siano prevalenti sulla volontà contraria manifestata dal testatore, mentre le regole sulle successioni legittime siano radicalmente inapplicabili nel caso di apertura di una successione retta completamente da un testamento.

⁵ La questione connessa alla individuazione della natura della posizione giuridica del legittimario è molto controversa in dottrina (al riguardo, G. Capozzi, *op. ult. cit.*, 389 ss.; G. Crisculi, *La posizione giuridica del legittimario*, in *Vita not.*, 2001, 87 ss.). Secondo una tesi già sostenuta nella vigenza del c.c. del 1865 (L. Coviello Jr., *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938, 307; E. Pacifici Mazzoni, *Il codice civile commentato*, a cura di Venzi, *Trattato delle successioni*, IV, Torino, 1929, 10 ss.; C. De Pirro, *Contributo alla dottrina della legittima*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, 270 ss.; C. Losana, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, 2^a ed., Torino, 1911, 412 ss.) il legittimario acquisterebbe immediatamente, al momento dell'apertura della successione, la qualità di erede, anche se completamente pretermesso e quindi prescindendo dal contenuto dell'eventuale testamento. Egli avrebbe quindi titolo comunque a partecipare alla divisione ereditaria pur in assenza di una espressa delazione testamentaria e solo nel caso di insufficiente apporcionamiento avrebbe la necessità di esperire l'azione di riduzione.

Tale tesi è stata giustamente avversata da autorevole dottrina (L. Mengoni, *Successioni per causa di morte, Parte speciale: Successione necessaria*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2000, 50 ss.) la quale ne ha evidenziato almeno due punti deboli: essa contrasterebbe con la regola secondo cui è erede solo colui al quale il testatore o la legge attribuiscono l'universalità o una quota dei beni ereditari e con quella secondo la quale la vocazione legale è esclusa nel caso di testamento che contenga disposizioni a titolo universale che sia valido ed efficace.

La posizione in questione è stata sostenuta con evidenti modificazioni, da altra autorevole dottrina (A. Cicu, *op. cit.*, 218 ss.) la quale ha inteso distinguere tra quota di eredità e quota di legittima. La prima, calcolata sul *relictum* al netto dei debiti ereditari, verrebbe acquisita automaticamente dal legittimario al momento dell'apertura della successione, pur in presenza di una totale pretermissione dello stesso all'interno del testamento confezionato dal *de cuius*.

La quota di legittima, invece, è calcolata tenendo anche conto delle donazioni effettuate in vita dall'ereditando e per il conseguimento della stessa il legittimario è tenuto ad esercitare l'azione di riduzione.

Questa ricostruzione è stata criticata dalla dottrina prevalente in quanto oramai dal punto di vista storico è scomparsa ogni distinzione tra “riserva” e “legittima”; inoltre se si aderisse alla tesi che individua in capo al legittimario il diritto alla cd. quota di eredità automaticamente al momento dell'apertura della successione si finirebbe per escludere teoricamente l'applicazione dell'art. 564, 2^a comma c.c. che tra le condizioni dell'azione di riduzione prescrive anche la necessità di operare la cd. imputazione *ex se*, salvo formale dispensa data dal donante o dal testatore, con conseguente possibilità di lucro.

Secondo altra dottrina (L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 9 ss.; G. Azzariti, *op. cit.*, 228) i legittimari sarebbero non eredi ma successori a titolo particolari e precisamente

Nel vigente ordinamento⁶ si ravvisano due opposte esigenze d'ordine generale nell'ambito delle successioni *mortis causa*.

Alla libertà di disporre per testamento si contrappone la tutela dell'interesse della famiglia. Ai discendenti, al coniuge, alla parte superstite di un'unione civile e, in mancanza di discendenti, agli ascendenti spetta una porzione del patrimonio del *de cuius* calcolata non solo sulla base del cd. *relictum* ossia sui beni lasciati al momento dell'apertura della successione al netto dei debiti e pesi ereditari, ma anche sui beni fuoriusciti per effetto

legatari *ex lege* in quanto beneficiari solo di una *pars bonorum* e non di una quota *hereditatis*. Tale tesi contrasta con tutta una serie di norme in tema di successioni e con notevole evidenza con la disciplina disposta dall'art. 551 c.c. in tema di legato in sostituzione di legittima per il quale se il legatario preferisce rinunciare al legato può conseguire appunto la legittima acquistando quindi la qualità di erede.

Risulta pertanto prevalente la teoria che ritiene il legittimario erede a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione (tra i tanti, v., in particolare, F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, 1941, 331; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, Parte speciale: *Successione necessaria*, cit., 223 ss.; A. Pino, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, 78 ss.; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte (parte generale)*, cit., 176 ss.; P. Grosso e A. Burdese, *Le successioni, Parte generale*, cit., 86; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., 363; in giurisprudenza tra le molte, Cass., 15 marzo 1958, n. 867, in *Foro it.*, I, 536; Cass., 18 giugno 1963, n. 1636, in *Foro pad.*, 1963, II, 46; Cass., 26 gennaio 1970, n. 160, in *Foro it.*, 1970, I, 1128; Cass., 12 marzo 1975, n. 926, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1012; Cass., 15 novembre 1982, n. 6098, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 49; Cass., 22 ottobre 1988, n. 5731, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Successione ereditaria*, n. 77; Cass., 5 aprile 1990, n. 2809, in *Mass. Foro it.*, 1990, 407).

⁶ Nel diritto romano più arcaico l'istituto della legittima intesa come quota di eredità non esisteva (al riguardo Lovato, Puliatti, Solidoro, *Diritto privato romano*, II ed., Torino, 2017, 702) né esistevano particolari vincoli alla facoltà di disposizione testamentaria. Per successione necessaria, nel diritto romano arcaico, si intendeva la devoluzione dei beni della *familia*, secondo una antica concezione della indisponibilità *mortis causa* dei beni stessi, a favore dell'*heres suus* il quale doveva necessariamente divenire erede quale naturale e necessario continuatore della comunità familiare (F. Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, 1, Napoli, 2008, 404, il quale precisa che gli eredi *necessarii* a differenza di quelli *voluntarii* non dovevano accettare l'investitura). Nel caso della *praeteritio* dei *sui heres* o dei *liberi* in diritto civile e nel diritto pretorio cadeva tutto il testamento. Nella diversa ipotesi della istituzione di questi solo in una minima parte dell'asse ereditario ovvero nella ipotesi di loro espressa diseredazione veniva riconosciuto al legittimario il diritto di agire con la querela *inofficiosi testamenti*. Così l'intero testamento veniva giudicato nullo con riguardo ai soggetti che avevano proposto l'azione con conseguente apertura della successione *ab intestato*. In età post classica fu riconosciuta la possibilità dell'*actio ad supplendam legittimam* dall'imperatore Costanzo definitivamente convertita sotto l'impero di Giustiniano dall'*actio ad implendam legittimam*.

di donazioni in vita che costituiscono il cd. *donatum*. Questa quota è definita “legittima” o “riserva” e colui che ne ha diritto viene definito “legittimario”, “riservatario” ovvero “necessario”. Essa costituisce quindi un limite alla libertà del testatore di disporre per testamento.

2. *La situazione giuridica facente capo al legittimario prima dell'apertura della successione: aspettativa di fatto o aspettativa di diritto?*

Secondo l'assunto assolutamente prevalente⁷ prima dell'apertura della successione al successibile non compete alcun diritto né alcuna aspettativa giuridica sui beni dell'ereditando.

Ai cd. legittimari la legge riserva una quota del patrimonio del *de cuius* ma solo dopo la morte di quest'ultimo. Questi può disporre del proprio patrimonio in vita come meglio ritiene e i soggetti ai quali la legge riserva una quota di legittima non potrebbero opporsi agli atti dispositivi né chiedere provvedimenti conservativi in quanto privi di un diritto soggettivo o di una aspettativa giuridica.

Con la riforma degli artt. 561 e 563 del c.c. avvenuta per effetto dell'art. 2 c. 4 *novies* lett. a), n. 1, del D. Lgs. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella L. 14 maggio 2005, n. 80⁸, al legittimario però è stato riconosciuto un vero e proprio diritto all'opposizione alle donazioni effettuate dal futuro ereditando, al fine di evitare il decorso del termine ventennale di prescrizione dell'eventuale azione di restituzione, così di fatto superando il radicato convincimento secondo il quale al legittimario, durante la vita del soggetto a cui è legato da rapporto di coniugio o parentela in linea retta, compete esclusivamente

⁷ C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2, *La famiglia, Le successioni*, 3^a ed., Milano, 2001, 487; M.R. Morelli, voce *Vocazione ereditaria*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1026; A. De Cupis, *Aspettativa legittima e risarcimento del danno*, in *Arch. Civ.*, 1983, II, 104.

⁸ P. Vitucci, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito*, in *Riv. Dir. civ.*, I, 2005, p. 555 ss.; V. Mariconda, *L' inutile riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2005, 1177.

una aspettativa di fatto assolutamente priva di alcuna forma di tutela giuridica⁹.

Strumentalmente all'interesse alla conservazione del diritto di opposizione alle donazioni è stato giudizialmente riconosciuto al legittimario¹⁰ il diritto di agire per l'accertamento della simulazione rispetto ad atti formalmente conclusi a titolo oneroso.

La legge del 14 febbraio 2006, n. 55, inoltre, ha introdotto nel codice civile l'istituto del Patto di famiglia, disciplinato dagli articoli dal 768-*bis* al 768-*octies*, con consequenziale modifica dell'art. 458 c.c., in tema di divieto di patti successori, nel quale è stata inserita l'eccezione al divieto costituita appunto dall'istituto disciplinato dagli articoli 768-*bis* e seguenti del codice civile¹¹.

Il patto di famiglia determina un trasferimento immediato dell'azienda o della quota societaria a favore del discendente, del tutto svincolato dalla morte dell'imprenditore disponente, con la possibile e contestuale liquidazione da parte degli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie agli altri

⁹ E. del Prato, *Patti successori*, in *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, p. 618, il quale autorevolmente evidenzia come l'incertezza delle disposizioni testamentarie sino a quando non sopraggiunga la morte del testatore attribuisca al possibile beneficiario la titolarità di una mera aspettativa di fatto, stante la revocabilità delle disposizioni *mortis causa*.

¹⁰ Trib. Cagliari, 21 maggio 2014, in *Dir. Civ. cont.*, con nota di E. Butera, *Il "legittimario" può esperire l'azione di simulazione per lesione dei propri diritti prima della morte del disponente: una innovativa e condivisibile decisione del Tribunale di Cagliari*. Sul tema cfr. inoltre A. Musto, *Simulazione parasuccessoria e tutela dei legittimari*, Napoli, 2017, 27 ss.; M. Campisi, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente*, in *Riv. Notariato*, 2006, 5, 1269 ss.; Cass., 9 maggio 2013, n. 11012, in *Guida al diritto* 2013, 9, 89, per cui l'azione di simulazione non è più strettamente finalizzata all'esperimento dell'azione di riduzione, bensì è un'azione di accertamento volta a consentire al legittimario di poter trascrivere e notificare l'atto di opposizione; contro Cass., 27 marzo 1987, n. 2968, in *Mass. Giur. it.*, 1987, per cui poiché al figlio non spetta alcun diritto sul patrimonio del genitore prima della morte e dell'accettazione dell'eredità, neppure in quanto legittimario, data la non configurabilità di una lesione di legittima in ordine ad un patrimonio non ancora relitto, deve escludersi la legittimazione del figlio a far valere la simulazione di una compravendita intercorsa tra il genitore, ancora in vita, e l'altro figlio.

¹¹ Si vedano al riguardo le acute osservazioni di E. del Prato, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 2001, I, 625 ss., e le osservazioni di S. delle Monache, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2006, I, 889 ss.

partecipanti al contratto cioè «coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore», come recita l'art. 768-*quater* comma 1 c.c., ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti.

La possibilità di esercitare azioni di natura conservativa e la facoltà di accettare la liquidazione del valore corrispondente alla legittima che spetterebbe al legittimario rispetto ai beni dei quali l'imprenditore dispone con il patto di famiglia o in alternativa di rinunciare al diritto alla liquidazione di tale valore inducono inevitabilmente a superare, con riguardo alla figura del legittimario, la tradizionale impostazione che ravvisa in capo allo stesso una mera aspettativa di fatto in ordine alla futura acquisizione della quota parte di beni dell'ereditando, per individuare in capo allo stesso una sorta di aspettativa giuridica¹², che, pur non essendo disponibile¹³, attribuisce pur sempre allo stesso titolare facoltà e diritti di tipo conservativo che non sono conciliabili con la natura di mera aspettativa di fatto.

Infine, è possibile un riferimento anche alla normativa in materia di assenza che darebbe una rilevanza alla designazione *ante mortem* prevedendo, all'art. 50 c.c. e ss., l'apertura degli eventuali atti di ultima volontà dell'assente nonché l'immissione nel possesso dei beni dell'assente dei soggetti che sarebbero eredi e il godimento, da parte di questi, dei beni stessi¹⁴.

¹² Per riferimenti alla distinzione tra i due tipi di aspettative, anche con riferimento al caso di cui nel testo, v. R. Scognamiglio, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1960, 226; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, 2ª ed., Milano, 2017, 28 ss.; A.C. Pelosi, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. Disc. priv.*, Sez. Civ., IV, I, Torino, 1987, 466, che ritiene che alcune ipotesi che vengono usualmente confinate tra le aspettative di fatto non possono dirsi prive di rilevanza giuridica.

¹³ L'art. 458 c.c. prevede la nullità di ogni patto con cui taluno dispone dei diritti che possano spettargli su una successione non ancora aperta.

¹⁴ Nel senso che si tratterebbe di poteri di iniziativa strumentali rispetto a situazioni ancora prodromiche alla vicenda successoria, M.R. Morelli, voce *Vocazione ereditaria*, cit., 1026 ss.

3. *Sulla possibilità per i terzi creditori del legittimario di impugnare le disposizioni testamentarie che eludano in qualche maniera il diritto alla quota di riserva. Prospettazione del problema*

Arrivati a questo punto siamo di fronte al riconoscimento in capo ai legittimari di una sorta di aspettativa di diritto che consente loro di esercitare azioni di tipo conservativo (opposizioni stragiudiziali alle donazioni e addirittura di agire in simulazione al fine di svelare la reale natura liberale di finte alienazioni a titolo oneroso sempre al fine di consentire l'opposizione stragiudiziale) o facoltà di disposizione o di rinuncia (come nel caso di patto di famiglia).

Resta solo da chiarire se ci si trovi di fronte a scelte di tipo personale o personalissimo che non consentirebbero ai terzi di agire in via surrogatoria ovvero innanzi a semplici situazioni creditorie di tipo patrimoniale che non possono ostacolare le forme di tutela delle ragioni dei terzi creditori.

La dottrina tradizionale¹⁵, ha individuato nell'azione di riduzione un diritto assolutamente personale non esercitabile in via surrogatoria dai creditori del legittimario.

Tra l'altro, secondo la tesi prevalente che si è già sinteticamente tratteggiata, la scelta del legittimario di agire in riduzione comportando anche l'acquisto della qualità di erede non potrebbe essere imposta dalle iniziative dei creditori.

Si potrebbe peraltro aggiungere che in tal caso bisognerebbe distinguere tra l'ipotesi del legittimario completamente pretermesso e il legittimario non sufficientemente destinatario di attribuzioni in misura atta a configurare il suo soddisfacimento quanto al diritto di legittima in forza della vocazione testamentaria. Nel primo caso un illustre Autore¹⁶ esclude la possibilità dei creditori di agire in surrogatoria stante la necessità di preservare la scelta personalissima del chiamato di diventare o non diventare erede del *de cuius*, ammettendola invece nel secondo, ove il chiamato abbia già acquisito la qualità di erede.

¹⁵ V.E. Cantelmo, *I legittimari*, Padova, 1991, 125.

¹⁶ L. Mengoni, *op. cit.*, 243 ss.

Oggi però è assolutamente prevalente la tesi che ammette la legittimazione dei creditori ad esercitare l'azione di riduzione in via surrogatoria nell'ipotesi di inerzia del debitore legittimario.

La dottrina¹⁷ è giunta anche a configurare la possibilità dei terzi creditori del legittimario non beneficiario della sua *pars bonorum*, in presenza di quella che è stata definita una “pretermissione amica”, voluta dal testatore e condivisa dallo stesso legittimario, di agire a tutela della proprie ragioni creditorie con tutta una serie di azioni finalizzate al soddisfacimento delle pretese creditorie. Ciò di cui si dubita oggi non è, infatti, la legittimazione dei creditori del legittimario che si attivino per tutelare le proprie ragioni creditorie, quanto lo strumento dagli stessi utilmente invocabile in quei casi in cui il legittimario non rimanga inerte ma abbia realizzato comportamenti positivi. In questa ipotesi, infatti, la legittimazione dei creditori *ex art. 2900 c.c.* sarebbe preclusa in quanto mancherebbe il requisito dell'inerzia del legittimario.

Parte della dottrina ritiene che in questo caso lo strumento più utilmente invocabile sarebbe l'azione revocatoria di cui agli artt. 2901 e ss. c.c.¹⁸

La tesi presuppone che la rinuncia all'esercizio dell'azione di riduzione si sostanzi in un atto abdicativo di natura patrimoniale avente ad oggetto la dismissione di un diritto facente parte del patrimonio del legittimario pretermesso. Il creditore renderebbe quindi dapprima inefficace questo atto dismissivo e successivamente, venuto meno l'atto interruttivo dell'inerzia, agirebbe con l'azione surrogatoria.

¹⁷ S. Pagliantini, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, in *La c.d. forza di legge del testamento*, Napoli, 2016, p. 85 ss. Sul punto si veda anche M. Criscuolo, *La tutela dei creditori rispetto ad atti dispositivi della legittima*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2016, reperibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>, 118 ss. e più di recente P. Mazzamuto, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, in *Comparazione e Dir. civ.*, 2019, 1 ss.

¹⁸ G. Marino, *La successione necessaria*, in *Tratt. Dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, VIII, 3, Napoli, 2009, 290; V.E. Cantelmo, *I legittimari*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 541.

La tesi è avversata da chi ritiene che la rinuncia all'azione di riduzione non sia un atto dismissivo di un diritto, ma un atto meramente abdicativo di una facoltà, una *omissio adquirendi*. Considerando, infatti, superata la tesi del legittimario erede *ex lege* all'apertura della successione, nessun beneficio deriverebbe al creditore dall'inefficacia della rinuncia all'azione di riduzione¹⁹. Questa posizione è stata autorevolmente sostenuta dalla dottrina che afferma che le rinunzie sono impugnabili con la revocatoria soltanto qualora esse siano rivolte alla modificazione oggettiva di singole posizioni giuridiche; non sarebbero invece impugnabili quelle rinunce che hanno lo scopo di impedire il trasferimento di rapporti giuridici che dovrebbe verificarsi nei riguardi del rinunziante in presenza di un ulteriore elemento costitutivo delle relative fattispecie²⁰.

D'altro lato, l'art. 557 c.c. si limita a prevedere che la riduzione delle disposizioni lesive della legittima non può essere domandata che dai legittimari, dai loro eredi e aventi causa e la tesi assolutamente prevalente è nel senso che gli aventi causa dai legittimari siano soltanto coloro che hanno acquistato dagli stessi i relativi diritti e non anche i loro creditori²¹.

Inoltre, nei casi di un legittimario fallito, l'art. 43 l. fall. prevede espressamente una legittimazione processuale diretta in capo al curatore che è legittimato ad agire in riduzione in luogo del fallito. Estendere questa norma ad una situazione prefallimentare richiede però uno sforzo interpretativo assai arduo²².

Al fine di colmare una lacuna normativa che spoglierebbe i creditori del legittimario di una tutela delle loro ragioni è stata sostenuta in dottrina un'interpretazione analogica dell'art. 524

¹⁹ S. Pagliantini, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, cit., 99, per cui nessuna revocatoria potrà darsi perché la rinuncia all'azione di riduzione è un atto patrimonialmente neutro; Cass., 19 febbraio 2013, n. 4005, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2013, I, 828 con nota di M.V. Maccari, *Accettazione del legato in sostituzione di legittima e tutela dei creditori: è possibile esperire l'azione revocatoria?*

²⁰ R. Nicolò, *Tutela dei diritti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, VI, Bologna, 1957, sub. artt. 2900-2969, 228 ss.

²¹ L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 199 ss.; F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, cit., 316; A. Pino, *La tutela del legittimario*, cit., 69; R. Nicolò, *Tutela dei diritti*, cit., 142; Ma L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1944.

²² S. Pagliantini, *op. cit.*, 88.

c.c. dettata in tema di rinuncia all'eredità²³. Si afferma, infatti, che la specialità di questa norma finisca laddove termini «il perimetro di quel principio base – la tutela del credito – del quale la stessa scopertamente offre una stringente epifania rimediale»²⁴.

Il vantaggio di una siffatta interpretazione dell'art. 524 c.c. è quello di consentire ai creditori di soddisfarsi sui beni che avrebbero composto la legittima senza che il legittimario acquisisca la qualità di erede²⁵. Si è aggiunto che la soluzione qui indicata ha il pregio di soddisfare anche il principio di economia dei mezzi giuridici, essendo sufficiente l'azione *ex art. 524 c.c.* per svolgere la medesima funzione che l'impostazione tradizionale ottiene ricorrendo all'azione revocatoria e all'azione surrogatoria²⁶.

Una legittimazione diretta dei creditori ad agire in riduzione potrebbe peraltro derivare da una lettura sistematica dell'art. 557 c.c., interpretato alla luce del suo terzo comma che espressamente preclude l'esercizio dell'azione di riduzione ai creditori del defunto se i legittimari aventi diritto alla riduzione abbiano accettato con beneficio di inventario²⁷. Se, infatti, tale legittimazione viene riconosciuta, nel caso di accettazione di eredità pura e semplice, ai creditori del defunto che divengono creditori personali del legittimario a seguito della confusione dei patrimoni, non si capisce perché si dovrebbero escludere gli origina-

²³ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte, Parte speciale: Successione necessaria*, *op. cit.*, 243 ss.; F. Realmonte, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, in *scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto Civile*, Milano, 1995, 635 ss.; S. Pagliantini, *op. cit.*, 88 ss.

²⁴ S. Pagliantini, *op. cit.*, 91, il quale aggiunge (p. 100) che «Di talché, delle due l'una: o, nell'ottica di un *balancing test* che vedrebbe prevalente le ragioni di una volontà testamentaria ad effetto segregativo, si ammette un conformarsi della vicenda successoria che premia obliquamente le ragioni del legittimario in difficoltà economica ovvero, siccome è non è dato riscontrare un qualche indice di meritevolezza civil-costituzionale giustificante il conculcare le ragioni dei creditori, a loro salvaguardia si forza il dato normativo dell'art. 524, immaginandone un'applicazione analogica»; F. Pirone, *Rinuncia all'azione di riduzione ed art. 524 c.c.: la tutela del creditore del legittimario*, in *Notariato*, 2018, 2, 219 ss.

²⁵ S. Pagliantini, *op. cit.*, 103.

²⁶ A. Bigoni e F. Giovanzana, *La tutela del creditore personale del legittimario tra surrogatoria, revocatoria ed art. 524 c.c.*, in *Notariato*, 6, 2013, 665.

²⁷ Con ciò ammettendola per il caso in cui gli eredi abbiano accettato puramente e semplicemente. Si veda F. Pirone, *Rinuncia all'azione di riduzione ed art. 524 c.c.: la tutela del creditore del legittimario*, *cit.*, 219.

ri creditori personali che si trovano nella medesima condizione giuridica²⁸.

4. Prevalenza della libertà del testatore e della esigenza di tutela dell'interesse della famiglia rispetto agli interessi dei creditori dei legittimari

Fatte queste premesse appare utile indagare più nello specifico una fattispecie, risolta recentemente da due distinte decisioni della Suprema Corte, che appare ancora più spinosa e riguarda la tutela del creditore nel caso in cui il debitore, legittimario, accetti un legato in sostituzione di legittima rinunciando così implicitamente o esplicitamente ad esperire l'azione di riduzione.

E così in uno dei due casi decisi un soggetto beneficiario di un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto il diritto di abitazione vitalizio su di un immobile da parte della madre in forza di un testamento con il quale sono stati designati eredi universali i propri figli, consegue il legato e rinuncia pertanto ad agire con l'azione di riduzione. Un creditore agisce in giudizio nei confronti del proprio debitore nonché legatario del diritto di abitazione e nei confronti dei figli di quest'ultimo chiedendo alternativamente la revocatoria *ex art. 2901 c.c.* dell'atto di rinuncia ovvero l'autorizzazione *ex art. 524 c.c.* ad accettare l'eredità in nome e per conto del debitore medesimo, al solo fine di soddisfarsi sui beni ereditari fino a concorrenza del credito vantato nei confronti del legittimario.

Il Tribunale di Firenze accoglie la domanda di revocatoria mentre la Corte d'Appello, pur ritenendo che la fattispecie integri un atto astrattamente suscettibile di revocatoria, respinge la domanda per difetto del pregiudizio in quanto il legato, sulla scorta di una C.T.U., aveva un valore non inferiore alla quota di legittima spettante al legittimario.

²⁸ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte, Parte speciale: Successione necessaria*, cit., 242, per cui l'opinione che limita ai cessionari il riferimento del termine "aventi causa" contrasta con i precedenti storici della norma e con l'argomento testuale desumibile dal terzo comma; W. D'Avanzo, *Delle successioni*, II, Firenze, 1941, 499; L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, cit., 278.

La S.C. di Cassazione con sentenza n. 4005 del 19 febbraio 2013²⁹, sulla base dell'assunto secondo cui nella fattispecie *de qua* il legatario ha semplicemente non esercitato una sua facoltà che non ha modificato la propria consistenza patrimoniale senza pertanto compiere un atto abdicativo di un diritto già acquisito definitivamente, ha escluso l'ammissibilità di una azione revocatoria.

Per la Suprema Corte, quindi, l'adesione al legato sostitutivo con conseguente rinuncia all'azione di riduzione, compiuta dal legatario sarebbe un atto neutro e la sua revocatoria non determinerebbe di per sé l'accrescimento del relativo patrimonio.

In un altro caso la S.C.³⁰ ha ritenuto che l'accettazione del legato che comporta rinuncia all'azione di riduzione è una facoltà espressamente prevista dall'art. 551 c.c. e non può in alcun modo considerarsi una forma di inerzia che giustifichi l'esperimento dell'azione surrogatoria da parte dei creditori.

Inoltre, sempre secondo la sentenza citata non è nemmeno possibile agire con l'azione revocatoria in quanto l'accettazione non è un atto dispositivo che faccia uscire un bene dal patrimonio del legittimario. Se si considerasse poi l'accettazione del legato in sostituzione dal punto di vista della rinuncia all'azione di riduzione, non sarebbe sufficiente l'azione revocatoria, essendo necessaria l'azione di riduzione in surrogatoria, non esperibile in quanto presupponente la rinuncia al legato.

Tralasciando per l'economia del presente lavoro un'analisi più approfondita delle ipotesi che si possono fare con riguardo al caso della possibile frode dei creditori del legittimario, sembrerebbe necessario, nei limiti che mi sono prefissato, analizzare

²⁹ In *Nuova Giur. civ. comm.*, 2013, 828 con nota di M.V. Maccari, *Accettazione del legato in sostituzione di legittima e tutela dei creditori: è possibile esperire l'azione revocatoria?*

³⁰ Cass., 2 febbraio 2016, n. 1996, in *Mass. Giust. civ.*, 2016, richiamata da U. Stefani, *Atti dismissivi di diritti successori e tutela del credito*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, 12, 1731, secondo la quale «In tema di legato in sostituzione di legittima, integrando la mancata rinuncia al lascito un atto di gestione del rapporto successorio da parte del beneficiario, confermativo *ex lege* della già realizzata attribuzione patrimoniale, è inammissibile l'azione surrogatoria proposta dal creditore dell'istituto per ottenere la legittima, postulando tale azione l'inerzia del debitore, quale comportamento omissivo».

la tesi di chi³¹ sostiene, in questi casi, la possibilità di una applicazione analogica dell'art. 524 c.c.

Dispone, infatti, l'art. 524 che, in caso di rinuncia, anche senza frode, i creditori del rinunziante, che abbiano da ciò ricevuto un danno, possono farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e per conto del rinunziante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari fino alla concorrenza dei loro crediti. Il creditore non si sostituisce propriamente al debitore nel compimento dell'accettazione, il suo intervento non fa sì che i beni entrino nel patrimonio del rinunziante. Ciò che domanda il creditore all'autorità giudiziaria è di autorizzarlo ad agire su beni non di proprietà del suo debitore, ma che avrebbero potuto esserlo in assenza della sua rinuncia, sicché l'azione esecutiva si rivolgerà verso i coeredi che abbiano accettato in luogo del rinunziante, i quali si ritroveranno nella situazione di dover soggiacere all'escussione dei propri beni per un debito altrui, con conseguente possibilità di regresso verso il debitore rinunziante³².

Non passa, tuttavia, inosservato che il legittimario pretermesso, secondo la tesi prevalente, sopra citata, difetta della vocazione all'eredità, presupposto, invece, necessario all'operare dell'art. 524 c.c.

La rinuncia all'eredità è poi profondamente diversa rispetto alla rinuncia all'azione di riduzione. Secondo parte della dottrina, infatti, nella prima il chiamato rinuncia ad un diritto, nella seconda si verifica solo un mancato esercizio di una azione senza che ciò implichi una abdicazione ad un diritto già facente parte del proprio patrimonio. In sostanza si tratterebbe di una *omissio adquirendi* e non di una rinuncia abdicativa o di un rifiuto eliminativo. A prescindere dalla questione della natura della rinuncia all'eredità³³ si deve evidenziare che questa è un

³¹ Cfr. S. Pagliantini, *op. cit.*, 90 ss.; M. Criscuolo, *op. cit.*, 128 ss.; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte, Parte speciale: Successione necessaria*, cit., 243 ss.; F. Realmondo, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, cit., 635 ss.

³² Così, L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., 112 ss. Rileva G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, cit., 314, che l'azione di cui all'art. 524 c.c. costituisce un'autonoma azione con finalità conservativa non riconducibile né alla surrogatoria, né alla revocatoria.

³³ Si discute se la rinuncia all'eredità costituisca un'autentica rinuncia, e cioè un atto di dismissione importante il distacco di un diritto dalla sfera del suo titolare (W.

negozio giuridico formale, limitatamente revocabile, con il quale il delato rifiuta una chiamata testamentaria o *ex lege*.

La rinuncia all'azione di riduzione è, invece, un atto che può risultare da comportamenti concludenti, irrevocabile, che presuppone un'assenza di delazione o una lesione della legittima e che ha l'effetto di dismettere il diritto potestativo del legittimario ad agire per tutelare le proprie ragioni³⁴. Non a caso la giurisprudenza anche recente chiamata a pronunciarsi sul punto ha evidenziato le differenze che sussistono tra rinuncia all'eredità e rinuncia all'azione di riduzione concludendo per l'impossibilità di estensione della portata dell'art. 524 c.c.³⁵

Tuttavia, secondo la teoria che ritiene applicabile analogicamente l'art. 524 c.c., tale norma non sarebbe di tipo eccezionale o come anche si afferma, “a fattispecie esclusiva” e quindi insuscettibile di applicazione analogica. Secondo la tesi in questione, infatti, l'art. 524 c.c. si inserirebbe nell'ambito del più generale principio di “tutela del credito”.

Lo stesso Autore che sostiene tale assunto³⁶ afferma che “se la libertà testamentaria è provvista di una garanzia costituziona-

D'Avanzo, *Delle successioni*, I, Firenze, 1941, 328 ss.; F. Santoro Passarelli, *Sulla forma della rinuncia all'eredità*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 805; S. Pugliatti, *Della istituzione di erede e dei legati*, cit., 548; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 163; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte (parte generale)*, cit., 471; L. Coviello jr., *Diritto successorio*, cit., 304.), ovvero sia un atto di rifiuto avente la funzione di precludere un acquisto ancora *in itinere* (L. Ferri, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano 1960, 11 ss.; Id., *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., 72 ss.; G. Benedetti, *Struttura della remissione (spunti per una dottrina del negozio unilaterale)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1311; Id., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 173 ss., il quale parla di rifiuto impeditivo); V. Barba, *La rinuncia all'eredità*, Milano, 2008, 165 ss. il quale sostiene che accettazione e rinuncia non siano atti negoziali ma atti giuridici in senso stretto.

A nostro avviso, le due tesi colgono due aspetti dello stesso fenomeno: l'erede con l'atto di cui all'art. 519 c.c. “rinuncia” al diritto di accettare, e, proprio per questo, “rifiuta” l'eredità, cioè se ne preclude l'acquisto, dismettendo il diritto a conseguirla.

³⁴ G. Marinario, *La successione necessaria*, cit., 291, per cui sebbene sia netta la distinzione, si coglie un'equiparazione «tra le stese nella circostanza in base alla quale il legittimario pretermesso che rinuncia all'eredità, ovvero il legittimario pretermesso che rinuncia all'azione di riduzione, perde la suddetta qualità, divenendo un soggetto estraneo all'eredità».

³⁵ Cass., 29 luglio 2008, n. 20562, in *Dejure online*; Cass., 22 febbraio 2016 n. 3389, *ivi*.

³⁶ S. Pagliantini, *op. cit.*, 91.

le (art. 42 c. 4 Cost.), pure il credito ne può esibire un'altra, per inciso di non minor spessore (art. 47, c. 1)".

Ritengo però che il problema sia tutto insito nella individuazione dei principi coinvolti nella fattispecie sopra descritta sottoposta al vaglio della Suprema Corte.

Da un lato riterrei assolutamente preminente la tutela della libertà del testatore nell'ambito del principio di autonomia privata. Autorevole dottrina, nel commentare l'art. 41 Cost.³⁷, mette bene in luce come il rapporto strumentale tra autonomia contrattuale, che pure non riceve dalla Costituzione una tutela diretta, e la libertà di iniziativa economica sia ben presente nelle decisioni della Corte Costituzionale.

Va inoltre ricordato l'autorevole contributo di chi³⁸ ha individuato anche nel principio di sussidiarietà orizzontale o sociale la base normativa di rango costituzionale per individuare la rilevanza dell'autonomia privata in relazione alla iniziativa economica privata.

Sicuramente vi è una diretta tutela costituzionale della successione anche testamentaria, con conseguente tutela delle esigenze specifiche che ne caratterizzano la funzione, e cioè "la solidarietà familiare e la liberalità successoria"³⁹, mentre si esclude che esista una tutela costituzionale diretta circa il primato del testamento quale atto *mortis causa*, o circa la protezione dei diritti dei legittimari⁴⁰.

Riterrei invece del tutto fuor di luogo il riferimento all'art. 47 primo comma della Costituzione quale riconoscimento del principio della tutela del credito.

Nelle pagine di commento a tale articolo non si ravvisa al-

³⁷ F. Galgano, in *Comm. Della Costituzione* a cura di G. Branca, *Rapporti economici*, Bologna-Roma, 1982, 5, nt. 4.

³⁸ E. del Prato, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Dir. civ.*, 2008, I, 257 ss.

³⁹ C.M. Bianca, *op. cit.*, 466 e 467; N. Lipari, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 240 ss.

⁴⁰ E. del Prato, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. Not.*, 2001, 625 ss., ora in *Lo spazio dei privati. Scritti*, cit., 599.

cun riferimento a siffatto asserito principio⁴¹. La Costituzione da un lato tutela ed incoraggia il risparmio in tutte le sue forme, dall'altro disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.

Il principio di tutela dei creditori non ha alcuna diretta e specifica forma di copertura costituzionale. Semmai è il Codice Civile che, nell'art. 2740, definisce la portata di tale principio e conseguentemente ne detta i limiti.

Credo che un punto fermo debba essere quello di riaffermare l'idea che giammai un soggetto può essere indotto a concedere credito sulla scorta della aspettativa del debitore a divenire in futuro erede di qualcuno che abbia un consistente patrimonio così da poter rimborsare solo in un secondo tempo il prestito ricevuto.

A meno di non voler resuscitare la fattispecie medioevale del prestito da restituire "a babbo morto".

Se pertanto la libertà del testatore di decidere la sorte del proprio patrimonio come meglio preferisce, in quanto derivazione del principio di autonomia privata ha una seppur indiretta copertura costituzionale nei limiti consentiti dall'art. 41 e dall'art. 118 Cost. mentre il principio di tutela del credito trova solo copertura a livello di legge ordinaria, l'interprete, operando un normale bilanciamento degli interessi secondo una corretta valutazione della gerarchia dei valori coinvolti, ne dovrebbe ricavare il convincimento della non impugnabilità di un testamento con il quale un *de cuius* legghi in sostituzione di legittima al proprio figlio, peraltro in precarie condizioni economiche e quindi nella necessità di avere vitto e alloggio, il diritto di abitazione vitalizio di un immobile così da soddisfare una necessità che, essa sì, è tutelata nell'art. 47 della Costituzione⁴².

Se si ammettesse un qualsiasi diritto di sindacare tale scelta in capo al creditore del legittimario beneficiario del legato sostitutivo si finirebbe per costruire un apodittico obbligo in capo all'ereditando di destinare parte del proprio patrimonio al soddisfacimento dei creditori dei propri legittimari così configurando una sorta di "privilegio generale" *atipico*, sui propri beni.

⁴¹ F. Merusi, in *Comm. Della Costituzione* a cura di G. Branca, *Rapporti economici*, Bologna-Roma, 1980, 153 ss.

⁴² Sulla rilevanza dell'art. 47 Cost. riguardo la tematica *de qua* si rinvia a U. Breccia, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980, specialmente 31 ss.

Francesco Bottoni

Tutela dei legittimari e circolazione dei beni

SOMMARIO: 1. Il problema dei beni di provenienza donativa – 2. Le soluzioni proposte. Il mutuo dissenso della donazione – 3. La novazione della donazione in compravendita – 4. Osservazioni comuni alle fattispecie esaminate – 5. La polizza fideiussoria

1. Il problema dei beni di provenienza donativa

Il tema del difficile contemperamento tra la tutela dei legittimari e le vicende circolatorie si pone in maniera peculiare in relazione al trasferimento dei beni di provenienza donativa, avuto riguardo alla possibilità, in capo ai legittimari, di agire per la restituzione di un bene che i terzi abbiano precedentemente acquistato dal donatario o sul quale vantino un diritto di garanzia. È stato anche di recente osservato che il nostro ordinamento non sembra ancora pronto ad una rivalutazione del negozio donativo sotto il profilo della realizzazione della certezza del diritto. Al punto da condurre a rilevare l'incapacità di contemperare adeguatamente la tutela patrimoniale del legittimario e l'interesse alla protezione della certezza dei traffici giuridici, risultando il sistema di protezione significativamente sbilanciato nel primo senso¹.

In senso diametralmente opposto, si è rilevato che «rincorre modifiche legislative volte a stabilizzare gli effetti degli acquisti per donazione appare anacronistico, una battaglia di retro-

¹ A. Testa, *Il problema della tutela dei legittimari e l'interesse alla certezza dei traffici giuridici*, in *Immobili e proprietà*, 2012, 511 ss., reperibile su *Leggi d'Italia online*.

guardia fondata su una artificiosa enfattizzazione dei problemi di circolazione dei beni di provenienza donativa». Ciò in considerazione dei rimedi variamente utilizzati nella prassi, i quali spaziano dalla riserva di disporre ex art. 790 c.c. allo scioglimento per mutuo dissenso, fino ad arrivare alla polizza fideiussoria a favore dell'acquirente di beni donati².

In relazione al primo strumento, si è rilevata la maggiore consapevolezza del problema da parte degli operatori giuridici, i quali inseriscono nelle donazioni la riserva di disporre prevista dall'art. 790 cod. civ. Il donante conserva dunque la facoltà di disporre di taluno dei beni donati, con conseguente risoluzione della donazione rispetto ad essi, con evidenti vantaggi sul piano della circolazione³. La lettura restrittiva alla quale era soggetto l'ambito di operatività della riserva in esame, in considerazione del principio di tendenziale irrevocabilità della donazione, è stata temperata lungo due direzioni. In primo luogo, contrariamente al testo della norma, sarebbe possibile che la riserva di disporre riguardi l'intero bene donato e non solo una sua parte. In secondo luogo, il riscatto del bene non dovrebbe necessariamente avvenire mediante disposizione nei confronti del terzo ma sarebbe sufficiente che il donante intenda riappropriarsi di quanto donato⁴.

Laddove tale riserva non sia prevista, le azioni a tutela dei legittimari verso gli atti di liberalità posti in vita dal *de cuius* comportano profili di problematicità in considerazione del par-

² M. Ieva, *La tutela dei legittimari: oscillazioni fra contrapposte istanze sociali*, in *Riv. Not.*, 2017, 207 ss.

³ M. Ieva, *op. loco cit.*

⁴ A. Zoppini, *La donazione "ha forza di legge tra le parti" (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. Dir. civ.*, 2014, 223 ss. *Contra*, R. Perchinunno, *Il contratto di donazione*, nel *Tratt. breve delle Successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, Padova, 2010, 411.

Corte Cost., 13 febbraio 2003, n. 52, in *Foro it.*, 2003, I, 1314, ha ritenuto manifestamente inammissibile la q.l.c. dell'art. 790 c.c., nella parte in cui non prevede la possibilità per il donante di riservarsi la costituzione a proprio favore di una prestazione non pecuniaria di assistenza morale e materiale per la soddisfazione di ogni esigenza di vita, a carico del donatario, tale da non assorbire l'intero valore del bene donato, in riferimento agli art. 2, 3 e 41 Cost. Ciò in quanto la questione era stata sollevata da un notaio, soggetto non legittimato in considerazione dell'impossibilità di ricondurre la funzione notarile alla giurisdizione.

ticolare atteggiarsi dell'elemento temporale e la modifica degli artt. 561 e 563 del 2005, mirata a temperare gli effetti della sostanziale incommerciabilità dei beni di provenienza donativa, ha fornito al problema una risposta solo parziale.

Il donatario che intenda alienare il bene a terzi o costituire un diritto di garanzia sullo stesso può unicamente beneficiare del decorso del termine decennale dall'apertura della successione, secondo quanto previsto dall'art. dall'art. 2652 n. 8 c.c., o del termine ventennale decorrente dalla trascrizione della donazione. Quest'ultimo comporta che l'azione di riduzione non pregiudica l'efficacia di pesi e ipoteche sul bene oggetto di donazione, salvo l'obbligo del donatario di compensare in denaro i legittimari in conseguenza del minor valore dei beni (art. 561 c.c.) ed è inoltre impedita la restituzione nei confronti dell'avente causa del donatario (art. 563 c.c.). Con riguardo agli specifici profili circolatori, si è rilevata l'eccessività del termine ventennale di un acquisto *a domino* a fronte di fattispecie di acquisto *a non domino* destinate a realizzarsi in dieci anni. Inoltre, è stata sottoposta a critica la scelta di non prevedere che il termine ventennale giunga a stabilizzare l'acquisto del bene anche da parte del beneficiario della donazione, diversamente da quanto compiuto con riguardo al terzo⁵.

Naturalmente, il termine ventennale può decorrere unicamente in caso di mancata notifica di atto di opposizione alla donazione da parte dei soggetti aventi diritto. Anche in relazione a tale scelta, si è rilevato che il legislatore avrebbe potuto adottare una soluzione più garantista per il donatario ma evidentemente il limite dei patti successori lo ha orientato diversamente⁶.

Ciò posto, è opportuno in questa sede analizzare alcune soluzioni variamente proposte per far fronte alla instabilità dell'acquisto o della costituzione di garanzie su beni di provenienza donativa.

⁵ A. Testa, *Il problema della tutela dei legittimari e l'interesse alla certezza dei traffici giuridici*, cit., loco cit.

⁶ A. Testa, *Il problema*, cit., loco cit.

2. *Le soluzioni proposte. Il mutuo dissenso della donazione*

Il primo dei rimedi suggeriti è lo scioglimento della donazione per mutuo dissenso. È ricorrente nella prassi la richiesta delle banche e degli acquirenti di far addivenire le parti allo scioglimento della donazione per far alienare il bene direttamente dal donante o per far concedere direttamente da costui la garanzia ipotecaria sull'immobile.

Ai sensi dell'art. 1372 il bene rientra nel patrimonio del donante, il quale può procedere alla loro alienazione o alla costituzione di diritti di godimento o di garanzia sugli stessi, senza che gli acquirenti o i soggetti a favore dei quali vengono costituiti i diritti possano essere pregiudicati dall'esercizio di eventuali azioni di riduzione dirette a rendere inefficace la donazione.

In senso critico allo strumento in esame, si è sostenuto che nella donazione non esisterebbe quella contrapposizione di interessi patrimoniali che qualifica normalmente un contratto ma si avrebbe una netta prevalenza della volontà del donante e l'accettazione del donatario costituirebbe una mera adesione. Ciò orienterebbe nel senso che la ritrattazione della volontà sarebbe di fatto ascrivibile al solo donante, in relazione al principio di irrevocabilità della donazione, con conseguente eccezionalità delle ipotesi di revocazione previste dagli artt. 800 c.c. Tali considerazioni dovrebbero condurre a ritenere che la risoluzione degli effetti della donazione non potrebbe derivare da un mutuo dissenso ma necessariamente da una contro-donazione, espressione di una volontà di segno uguale e contrario. Di conseguenza, si duplicherebbero le problematiche legate alla tutela del legittimario in quanto i legittimari del donatario che decide di porre in essere il mutuo dissenso potrebbero a loro volta agire in riduzione⁷.

Queste considerazioni appena compiute non sembrano decisive. In primo luogo, la prevalenza dell'interesse del donante rispetto a quello meramente adesivo del donatario echeggiano

⁷ A. Testa, *Il problema della tutela dei legittimari e l'interesse alla certezza dei traffici giuridici*, cit., loco cit. Sull'applicabilità al *contrarius actus* delle norme in tema di riduzione, revoca e collazione, già G. Deiana, "Contrarius consensus", in *Riv. Dir. Priv.*, 1939, 136 ss.

il dibattito sulla natura sostanzialmente unilaterale maturato sotto il vigore del codice abrogato, il cui art. 1050 definiva genericamente la donazione come “atto di spontanea liberalità”⁸. La qualificazione prevista dall’art. 769 non lascia spazio a dubbi sulla natura contrattuale della donazione e sull’applicabilità, nei limiti di compatibilità, della relativa disciplina. Compresa la possibilità di risolvere il contratto per mutuo dissenso, secondo quanto previsto dall’art. 1372 c.c.

Inoltre, non va trascurato che l’eccezionalità delle ipotesi previste dall’art. 800 si riferiscono ad una revoca unilaterale, risultando del tutto diverse dallo scioglimento convenzionale.

La giurisprudenza di legittimità⁹ ha osservato che il mutuo dissenso non si sostanzierebbe in un *contrarius actus* in quanto

⁸ R. Perchinunno, *Il contratto di donazione*, cit., 369 s.

⁹ Cass., 6 ottobre 2011, n. 20445, in *Riv. Not.*, 2012, 1180, con nota di M. Di Fabio, *Risoluzione per mutuo dissenso di contratti con effetti reali*. Non vi sarebbero ostacoli all’accordo risolutorio con effetto retroattivo del contratto ad efficacia reale, fatto salvo l’onere della forma *ad substantiam*, perché per effetto di esso si opera un nuovo trasferimento della proprietà al precedente proprietario. Per Cass., 31 ottobre 2012, n. 18844, in *Dejure online*, il mutuo dissenso costituisce un atto di risoluzione convenzionale, espressione dell’autonomia negoziale dei privati, i quali sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio. Si tratterebbe di «un caso di ritrattazione bilaterale del contratto con la conclusione di un nuovo negozio uguale e contrario a quello da risolvere». In tale ultimo senso altresì Cass., 2 marzo 2015, n. 4134, *ivi*; Cass., 30 agosto 2005 n. 17503, *ivi*; Cass., 9 luglio 2008, n. 18859, *ivi*. Per una sintesi dei vari orientamenti giurisprudenziali G. Orlando (a cura di), *Mutuo dissenso di contratto ad effetti reali*, in *Contratti*, 2016, 371 ss.

In dottrina, l’alterità rispetto al *contrarius actus* è stata rilevata, tra gli altri, da G. Capozzi, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita notarile*, 1993, 637 ss.; F. Alcaro, *Il mutuo dissenso*, in F. Alcaro, L. Bandinelli, M. Palazzo, *Effetti del contratto*, nel *Tratt. C.N.N.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2011, 81 ss. Per una sintesi, tra gli altri, A. Busani, *La risoluzione del contratto per effetto di “mutuo dissenso”*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2016, 2114 ss.; A. Magnani, *La risoluzione per mutuo dissenso totale e parziale di donazione di immobili trascritta da meno di vent’anni*, in *Contr. e Impresa*, 2017, 1308 ss.

Se l’Agenzia delle Entrate ha in passato ritenuto assoggettabile il contratto di mutuo consenso di donazione al pagamento in misura fissa delle imposte ipotecaria e catastale, con ciò confermandone l’alterità rispetto ad una contro-donazione (Risoluzione 20/E del 14 febbraio 2014, in <www.agenziaentrate.it>), va tuttavia richiamata la recente risposta fornita dallo stesso ente (n. 41 del 12 febbraio 2019) a un quesito in merito alla risoluzione per mutuo dissenso di usufrutto, secondo cui per tale atto trovano applicazione le imposte ipotecarie e catastali in misura proporzionale. In argomento S. Carunchio, *Tassazione indiretta del mutuo dissenso: l’Amministrazione finanziaria ci ripensa?*, in *Fisco*, 2019, 1838 ss.

dotato di causa propria e il risultato di porre nel nulla gli effetti del contratto originario sarebbe solo indiretto. Non dubita inoltre del suo effetto retroattivo e del suo impiego anche con riferimento ad un contratto ad efficacia reale e la dottrina osserva al riguardo che non sembrano esservi differenze tra lo scioglimento di un negozio solo parzialmente eseguito e quello di un negozio del tutto eseguito che non risponda più all'interesse dei contraenti¹⁰.

Tuttavia, permangono possibili inconvenienti. È stato intanto osservato che il contratto risolutorio si pone in forte contraddizione con l'intento empirico dei contraenti i quali, per mezzo di esso, intendono evitare che gli aventi causa del donatario siano esposti alle conseguenze delle azioni dei legittimari del donante¹¹.

Se la considerazione che precede può essere solo di opportunità, è tuttavia possibile avanzare un dubbio ulteriore. Infatti, anche a volersi ammettere la funzione di annientamento del mutuo dissenso e l'alterità rispetto ad un contrario consenso, tale ricostruzione non si mostra idonea ad evitare il problema della possibile duplicazione delle questioni che si pongono in

¹⁰ Osserva M. Girolami, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. Dir. civ.*, 2012, I, 212, che «il contratto non si estingue con l'esecuzione delle sue prescrizioni, come invece l'obbligazione a seguito dell'adempimento, ma continua ad essere assoggettato come tale alla disciplina legale per ogni questione che venisse a sorgere sulla sua base. Ed anche a voler contestare questo assunto, la mera affermazione che la fattispecie resti come dato oggettivo giustificativo della irripetibilità delle prestazioni eseguite sembra sufficiente in sé a far concludere che la stessa fattispecie possa anche essere idonea a fondare un interesse eliminativo della medesima in capo alle parti. Il che è come dire che se il contratto esiste per giustificare il passato, esiste anche per giustificare una sua cancellazione *ex post*, fungendo da sostanza per un negozio risolutivo, se ciò risponde all'interesse dei contraenti. E sotto il profilo essenzialmente logico, poi, perché mai si dovrebbe pensare che le parti possano avere interesse a cancellare solo un negozio non eseguito o non del tutto eseguito, e non invece (e forse, anzi, a maggior ragione) un negozio che abbia già prodotto tutti i suoi effetti, che in seguito non soddisfano più? Ci sfugge cioè quale differenza vi sia dal punto di vista concettuale tra lo scioglimento di un negozio solo parzialmente eseguito e lo scioglimento di un negozio del tutto eseguito, nel momento in cui comunque non risponda più all'interesse dei contraenti».

¹¹ F. Angeloni, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, *Contr. Impr.*, 2007, 933, reperibile su *Leggi d'Italia online*; Id., *Ancora sulla novazione della donazione in vendita: optima repetita iuvant?*, in *Dir. Giust. online*, 2013.

relazione alla tutela dei legittimari. Infatti, anche la qualificazione in termini di accordo risolutorio con efficacia *ex tunc* non evita che in pratica si verifichi un arricchimento dell'originario donante che rientri nella disponibilità del bene e un contestuale depauperamento del patrimonio dell'originario donatario, con conseguente possibilità di annoverare il mutuo dissenso tra gli atti diversi dalla donazione ex art. 809 c.c. Ciò comporterebbe, naturalmente, l'applicazione della disciplina sostanziale prevista per la donazione tipica, tra cui le norme in tema di riduzione¹². Il problema è ben percepibile in quanto se, come osservato in dottrina e giurisprudenza, lo spirito di liberalità si sostanzia nella consapevolezza dell'uno di attribuire all'altro un vantaggio patrimoniale in assenza di qualsivoglia costrizione, giuridica o morale¹³, nel caso di specie ci si trova evidentemente di fronte all'arricchimento dell'originario donante mediante un negozio funzionalmente diverso dalla donazione tipica.

Si è in contrario sostenuto che, con riferimento alla configurabilità della rinuncia in termini di liberalità non donativa, la risposta negativa si imporrebbe qualora il negozio abdicativo abbia effetti retroattivi, come nel caso di rinuncia all'eredità, considerato che nel caso di specie non ci si troverebbe di fronte alla dismissione di un acquisto ma ad una *omissio adquirendi*. Allo stesso modo, il carattere retroattivo del mutuo dissenso condurrebbe a considerare tale atto non ascrivibile alle liberalità ex art. 809. In particolare, il mutuo dissenso di una donazione dovrebbe essere qualificato come liberalità atipica solo laddove producesse l'impovertimento del donatario, che nel caso di specie non avverrebbe per via del carattere di retroattività¹⁴.

Si tratta, tuttavia, di una considerazione non condivisibile. L'effetto risolutorio che le parti intendono porre in essere, anche

¹² Diversamente M. Di Fabio, *Risoluzione per mutuo dissenso*, cit.

¹³ Per una ricognizione, F. Magliulo, *La natura del mutuo dissenso nei contratti con effetti reali*, nota a Cass., 6 ottobre 2011, n. 20445, in *Notar.*, 2013, 141 ss. In giurisprudenza Cass., 21 maggio 2012, n. 8018, in *Dejure online*.

¹⁴ F. Magliulo, *La natura del mutuo dissenso nei contratti con effetti reali*, nota a Cass., 6 ottobre 2011, n. 20445, in *Notar.*, 2013, 141 ss., per il quale l'impovertimento del donatario presuppone necessariamente il suo precedente arricchimento, mentre nel caso di rimozione con effetto retroattivo non potrebbe dirsi, "in termini tecnico giuridici" che il donatario si impoverisca mediante la risoluzione della donazione.

a voler considerare il ripristino della titolarità del bene quale effetto indiretto dell'annientamento del contratto, non esclude un intento di liberalità e dunque la suscettibilità di qualificazione del negozio in esame in termini di liberalità non donativa. Nessun rilievo assume al riguardo il carattere di retroattività, peraltro *inter partes*, analogamente a quanto previsto dall'art. 1458, secondo comma, c.c.¹⁵

3. *La novazione della donazione in compravendita*

Per tentare di superare gli ostacoli derivanti dal mutuo dissenso, si è suggerita una novazione contrattuale della donazione, in virtù della quale l'originaria causa di liberalità sarebbe novata in vendita. Si muove dal presupposto che sia consentita la novazione del contratto e non del solo rapporto obbligatorio e ciò troverebbe conferma nell'art. 1230, che prevede la sostituzione di una nuova obbligazione con titolo diverso.

Per effetto di tale novazione il donatario conserverebbe la titolarità dei diritti oggetto di precedente donazione in base alla causa della vendita e si renderebbe ovviamente necessario il pagamento del corrispettivo da parte dell'originario donatario. Si osserva che in tal modo, una volta che alla causa donativa si sostituisca quella della vendita, sarebbe possibile per l'originario donatario alienare beni o costituire diritti di garanzia sugli stessi senza che gli aventi causa siano esposti alle azioni di restituzione da parte dei legittimari del donante. Sarebbe persino possibile un'opzione di novazione che il donante potrebbe concedere al donatario, con la conseguenza che quest'ultimo potrebbe pagare il corrispettivo e rendere di conseguenza i beni inattaccabili dalle azioni dei legittimari del donante¹⁶.

¹⁵ Restano attuali le parole di G. Deiana, "*Contrarius consensus*", cit., 136, secondo cui se è ragionevole la supposizione nelle parti della volontà che la seconda donazione non sia soggetta a riduzione, collazione o revoca, è vero che il privato non sempre può ottenere ciò che vuole e il suo intento può essere dichiarato inattuabile dalla legge. A nulla varrebbe la volontà del donatario che la sua liberalità non sia soggetta a riduzione.

¹⁶ F. Angeloni, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, cit., 952.

Per evitare di esporsi ad azioni di simulazione, la dottrina che suggerisce tale strumento negoziale ritiene necessaria la massima trasparenza della successiva donazione di denaro da parte dell'originario donante, considerato che solo in tale ipotesi risulterebbe chiara l'assenza di ogni intento simulatorio della precedente donazione. Maggiori rischi presenterebbe la remissione del debito del corrispettivo da parte dell'originario donante e la mancata richiesta del prezzo della vendita da parte dello stesso, con conseguente prescrizione dell'azione¹⁷.

In relazione a tale ricostruzione, che ha trovato il favore di una parte della dottrina notarile¹⁸, possono svolgersi le osservazioni che seguono. La possibilità di novare il contratto in luogo della singola obbligazione potrebbe in realtà rinvenire un appiglio normativo nell'art. 1976 in tema di transazione, dove si fa riferimento alla novazione del rapporto. In tale ultimo caso, è peraltro discusso se ci si trovi di fronte o meno a una novazione in senso tecnico¹⁹.

Tuttavia, in senso contrario alla soluzione suggerita si è tra l'altro osservato che novare la donazione in compravendita significherebbe alterare in maniera dirompente causa e tipo già pienamente attuato²⁰. Al di là degli inconvenienti pratici relativi alla volontà del donatario di divenire acquirente pagando il corrispettivo e alla relativa necessità di procurarsi la somma necessaria, anche questa soluzione non corrisponde all'intento

¹⁷ F. Angeloni, *op. cit.*, 955.

¹⁸ G. Santarcangelo, *La novazione di donazione*, in *Notariato*, 2011, 646 ss.; G. Pretrelli, *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione*, nota a Trib. Avellino, 31 maggio 2012, in *Riv. Not.*, 1012, 968 ss.

¹⁹ F. Santoro Passarelli, *La transazione*, Napoli, 1986, 83 ss.; E. del Prato, voce *Transazione*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 830 ss. Sul riferimento alla novazione in senso tecnico, G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 187.

²⁰ Critici verso tale ricostruzione G. Amadio, *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2016, 197 ss.; Id., *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, in *Riv. Dir. civ.*, 2013, 491 ss.; R. Franco, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della causa donazione*, in *Contr. Impr.*, 2014, 384 ss. Tra gli ostacoli segnalati, oltre alla possibilità di novazione del contratto in luogo della singola obbligazione, il fatto che i riferimenti alla novazione del titolo si riconducono costantemente al contratto meramente obbligatorio, senza lasciar intravedere la possibilità di un'estensione ai contratti ad efficacia traslativa e a quelli che hanno definitivamente esaurito i loro effetti (*op. ult. cit.*, 411).

delle parti. La volontà dei contraenti non è certo quella di trasformare il donatario in acquirente, quanto di evitare che i beni di provenienza donativa non siano attaccabili dai legittimari del donante.

A ciò si aggiunga che la dottrina che ha sostenuto l'impiego di tale strumento normativo ha avuto cura di precisare, come rilevato, che al fine di evitare la simulazione sarebbe opportuno che nel caso di successiva donazione del corrispettivo dal donante/venditore al donatario/acquirente questa avvenga in modo trasparente, mediante una donazione tipica. Tuttavia, un'analisi del complessivo programma negoziale potrebbe condurre a un giudizio di simulazione non solo del contratto di novazione, ma altresì della successiva donazione, ponendosi l'eventualità che in nessun caso le parti abbiano voluto modificare la causa dell'originario negozio²¹.

Inoltre, il meccanismo negoziale in esame è stato suggerito per superare, tra l'altro, l'inconveniente derivante, nel caso di mutuo dissenso, dall'esercizio dell'azione di riduzione da parte dei legittimari del donatario²². Va al riguardo osservato che anche lo stesso accordo di novazione potrebbe dar luogo a una liberalità non donativa. I legittimari dell'originario donatario, che avevano visto il patrimonio del *de cuius* incrementarsi per effetto della donazione, assisterebbero ad una successiva diminuzione in virtù del pagamento del corrispettivo derivante dall'accordo novativo il quale si sostanzierebbe, sul piano pratico, in

²¹ L'erede necessario che proponga domanda di simulazione dei negozi posti in essere dal *de cuius* è terzo rispetto alle parti contraenti laddove agisca a tutela della propria quota di riserva, non incontrando dunque i limiti probatori ai quali sono soggette le parti dell'accordo. Da ultime Cass., 10 febbraio 2017, n. 3653, in *Dejure online*; Cass., 10 novembre 2015, n. 22907, *ivi*; Cass., 22 settembre 2014, n. 19912, *ivi*; Cass., 12 novembre 2013, n. 25431, *ivi*; Cass., 22 ottobre 10/2013, n. 23966, *ivi*; Cass., 4 aprile 2013, n. 8215, *ivi*. Tali limiti sono invece applicabili quando l'erede tenda al conseguimento della quota disponibile. In argomento Cass., 27 marzo 2013, n. 7789, *ivi*; Cass., 5 novembre 2012, n. 18902, in *Dir. Giust. online*, 2012, 1059 con nota di R.E. Cerchia, *Come può l'erede provare la simulazione relativa?*; Cass., 27 febbraio 2012, n. 2968, in *Guida al dir.*, 2012, 28, 58. Nel caso di specie non si tratterebbe di far valere l'illiceità del contratto dissimulato, considerato che le norme in tema di intangibilità della legittima non rientrano tra le norme imperative la contrarietà alle quali rende illecito il contratto.

²² F. Angeloni, *Nuove cautele*, cit., 950.

una attribuzione patrimoniale originariamente non dovuta. Di più, si pagherebbe per l'acquisto di un bene che è già proprio. Anche tale novazione potrebbe essere qualificata in termini di liberalità non donativa ed assoggettata a riduzione senza che in contrario rilevi, anche in questo caso, la retroattività degli effetti della novazione, con efficacia naturalmente *inter partes*.

4. Osservazioni comuni alle fattispecie esaminate

In relazione agli strumenti sopra suggeriti, possono compiersi le seguenti considerazioni, muovendo necessariamente dalla situazione di fatto alla base dei meccanismi negoziali impiegati.

Il mutuo dissenso o ancora la novazione, quest'ultima laddove sia da considerarsi ammissibile, mettono in luce un singolo segmento e non forniscono un'immagine esauriente dell'intento delle parti. Se considerare il mutuo dissenso come una contro-donazione renderebbe il ritrasferimento aggredibile dai legittimari dell'originario donatario, non si vede perché allo stesso risultato non dovrebbe pervenirsi laddove si utilizzi lo strumento del mutuo dissenso in senso stretto o la novazione. Considerato in ogni caso l'effetto dell'arricchimento dell'originario donante in virtù dello specifico negozio successivo alla donazione²³.

In particolare, nulla toglie che, avulsi dalla più ampia operazione che le parti intendono porre in essere, sia il mutuo dissenso sia la novazione si mostrano in astratto idonei a provocare l'effetto, ulteriore rispetto alla loro funzione tipica, dell'arricchimento dell'altra parte, con conseguente applicabilità della disciplina sostanziale della donazione secondo quanto prescritto dall'art. 809 c.c.

Di conseguenza, la soluzione va ricercata in altra direzione. Può al riguardo osservarsi che gli strumenti, sopra visti, che tentano di far fronte agli inconvenienti derivanti dalla natura dona-

²³ Suonano attuali le parole di B. Biondi, *Oneri reali ed obbligazioni propter rem*, in *Foro pad.*, 1953, 341 ss., specie 347 secondo cui, con riguardo al rapporto tra onere reale e obbligazione *propter rem*, non è possibile ridurre tutto ad una questione nominalistica.

tiva dei beni, forniscono un'immagine parziale dell'operazione economica che le parti pongono in essere.

In relazione allo strumento del mutuo dissenso, si è osservato che tale negozio non costituirebbe liberalità ex art. 809 c.c., tenuto conto della finalità di rendere il bene commerciabile eliminando la provenienza donativa. A maggior ragione nel caso di successivo ottenimento, da parte dell'originario donatario, del prezzo della vendita posta in essere dal donante successivamente allo scioglimento volontario²⁴.

Con ciò, si pone in rilievo un aspetto significativo. Il donatario che si trovi di fronte all'ostacolo rappresentato dalla peculiare condizione giuridica dei beni di provenienza donativa, con tutti gli inconvenienti che deriverebbero dalla loro alienazione o costituzione in garanzia, non è normalmente indotto al ritrasferimento del bene perché intenzionato unicamente a perdere la titolarità del bene. La perdita di quanto donato, nel caso di esigenza di alienazione a terzi, è sorretta dall'interesse patrimoniale all'acquisto dell'utilità derivante dalla successiva donazione, da parte dell'originario donante, della somma derivata dalla vendita originariamente trasferito a titolo di liberalità. Pur non muovendosi il mutuo dissenso e la successiva donazione del prezzo del bene alienato in una logica di corrispettività, ciò non toglie che il negozio risolutorio non risponda a liberalità, considerato l'interesse patrimoniale del disponente. Il carattere di liberalità o meno dell'atto non va certo rinvenuto nell'atto in sé, preordinato al ripristino dello stato antecedente alla conclusione del negozio da sciogliere²⁵, bensì in relazione all'operazione complessivamente posta in essere, che coinvolge più negozi collegati sul piano economico²⁶. Solo dal riscontro di un interesse all'ottenimento di un'utilità patrimoniale sarebbe possibile escludere il carattere liberale del mutuo dissenso. Se il mero interesse alla

²⁴ M. Girolami, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, cit., 224 s.

²⁵ Così invece P. Criscuoli, *Mutuo dissenso di compravendita inefficace. La Suprema Corte e la trama dei "molti mondi"*, in *Immobili e proprietà*, 2015, 707 ss.

²⁶ L'esigenza di interpretare l'*animus donandi* considerando gli interessi obiettivamente valutabili che emergono dall'intera vicenda è evidenziata da A. Checchini, *Interesse a donare*, in *Riv. Dir. civ.*, 1976, I, 287. Per un graduale trapasso dalla liberalità allo scambio, L. Manzini, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contr. Impr.*, 1986, 922 ss.

commerciabilità del bene costituisce un motivo individuale del donatario che non ricavi successivamente alcuna utilità economica per effetto della vendita del bene in capo a terzi, a diverse conclusioni occorre pervenire in caso di successiva ricezione del corrispettivo da parte dell'originario donante.

5. *La polizza fideiussoria*

Merita, infine, di essere analizzato lo strumento della fideiussione. La giurisprudenza di merito, in un'occasione, ha ritenuto nulla per illiceità della causa ex art. 1344 c.c. la fideiussione prestata dal donante a garanzia delle obbligazioni del donatario a favore di un istituto di credito che aveva concesso al donatario stesso un mutuo ipotecario, con costituzione di ipoteca altresì sul bene donato. Ciò in quanto il contratto costituiva il mezzo per eludere il principio di intangibilità della quota legittima, secondo quanto previsto dall'art. 549 c.c. che impedisce l'imposizione di pesi e gravami sulla quota di legittima²⁷.

La dottrina osserva che, a fronte di una simile fideiussione, il legittimario si esporrebbe all'alternativa di agire in riduzione, trovandosi tuttavia di fronte alla diminuzione del patrimonio ereditario causata dall'azionamento della garanzia fideiussoria, ovvero rinunciare ad esperire l'azione di riduzione²⁸.

Non avrebbe poi senso che tale fideiussione fosse prestata dal donatario-venditore, visto che costui è già tenuto alla garanzia per evizione e che la fideiussione è prestata per debito altrui. Potrebbero prestarla gli altri legittimari ma sorgerebbe il dubbio che questa costituisca una rinuncia all'azione di riduzione, contrastante con gli artt. 557, 458 e 1344²⁹.

L'unica garanzia utile sarebbe quella prestata dal terzo. Un tempo tale soluzione, ineccepibile sul piano teorico, risultava

²⁷ Trib. Mantova, 24 febbraio 2011, n. 228, in *Dejure online*. Sul punto le critiche di A. Testa, *Il problema della tutela dei legittimari e l'interesse alla certezza dei traffici giuridici*, cit., loco cit.

²⁸ A. Testa, *Il problema della tutela dei legittimari e l'interesse alla certezza dei traffici giuridici*, cit., loc. cit.

²⁹ Studio C.N.N. 52-2014/C, approvato dal C.N.N. il 4 aprile 2014, in <notariato.it>.

scarsamente impiegabile per i costi e per la scarsa disponibilità delle imprese di assicurazione a concludere polizze di questo tipo³⁰. Il quadro è cambiato, in considerazione della semplicità con la quale si può attualmente garantire la stabilità dell'acquisto dell'avente causa dal donatario mediante la stipulazione di una polizza fideiussoria assicurativa. Nel corso degli anni, le imprese assicurative sono divenute in grado di offrire polizze a costi contenuti e in tempi brevi³¹.

La polizza garantisce dunque dal rischio economico e finanziario connesso alla possibile restituzione del bene. L'evenienza che in futuro l'immobile possa essere oggetto di restituzione da parte dei legittimari indebolisce, come osservato, le aspettative economiche del venditore e anche la certezza di chi acquista. Allora, la polizza ha proprio la finalità di sterilizzare il rischio derivante dalla restituzione, proteggendo la commercializzazione dei beni di provenienza donativa e agevolando la possibilità di finanziamento bancario garantito dal bene donato. Si tratta probabilmente, come osservato, del modo più efficace di mettere al sicuro il terzo acquirente o finanziatore rispetto ai beni di provenienza donativa³².

³⁰ M. Ieva, *op. loc. cit.* In argomento altresì lo Studio C.N.N. 52-2014/C, cit., *loco cit.*

³¹ M. Ieva, *op. loc. cit.* Sono diffuse le polizze volte ad indennizzare l'assicurato contro il rischio di restituzione dell'immobile al legittimario ex art. 563 c.c. o contro il rischio di cancellazione dell'ipoteca gravante sull'immobile ex art. 561.

³² A. Campagnoli, *L'assicurazione contro i rischi legali immobiliari*, in *Contratti*, 2016, 930 ss., secondo il quale altre soluzioni quali fideiussioni, mutuo dissenso, la novazione del contratto e la donazione indiretta non sono utili ad eliminare completamente il rischio economico sottostante.

Anna Francesca Guaricci

La tutela del creditore nel patto di famiglia

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il patto di famiglia, un patto successorio “legalizzato”: inquadramento introduttivo – 3. La struttura del patto di famiglia – 4. La tutela del credito e il patto di famiglia – 5. La tutela del creditore del legittimario pretermesso – 6. La tutela del creditore del legittimario rinunciante alla quota di assegnazione – 7. La tutela del creditore del legittimario che accetta una quota di liquidazione inferiore al valore di stima – 8. Considerazioni conclusive

1. *Premessa*

Il patto di famiglia, pur introdotto nell’ordinamento italiano da ormai 13 anni attraverso la legge 55/2006, presenta ancora profili irrisolti che interessano tutt’oggi la speculazione dottrinale e, almeno in parte, ne limitano l’effettivo ricorso da parte dei privati.

In questa sede, in particolare, si intende concentrare la riflessione sul profilo costituito dall’esigenza dei creditori di tutelarsi rispetto a patti idonei a frustrare le proprie aspettative di recupero del credito; esigenza – questa – che deve necessariamente essere contemperata con quella di gestire il passaggio generazionale dell’impresa, avvertita dall’imprenditore e posta alla base dell’introduzione dell’istituto.

È infatti noto come il patto di famiglia sia finalizzato a scongiurare «un’eccessiva frammentazione del controllo aziendale, con inevitabili riflessi negativi sull’ordine pubblico non soltanto economico»¹, consentendo all’imprenditore di affidare la prose-

¹ G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e*

cuzione del progetto imprenditoriale ai discendenti ritenuti più idonei allo scopo, compensando gli altri legittimari non assegnatari tramite una somma di denaro o una dazione in natura, senza però incorrere in una pattuizione vietata dall'art. 458 c.c. L'istituto facoltizza, in altri termini, una forma di "pretermissione amica"², alla cui base non vi è la decisione di riservare un trattamento peggiore ad uno (o taluni) dei legittimari (a differenza della pretermissione ordinaria, specularmente denominata "pretermissione nemica") ma quella di individuare i discendenti più idonei alla continuazione dell'attività, evitando che la stessa sia devoluta indistintamente a tutti i legittimari, senza poter eventualmente privilegiare le capacità gestionali dell'uno o – specularmente – tutelare l'azienda dalla scarsa visione imprenditoriale dell'altro.

L'istituto promana, quindi, da un'eccezionale preferenza accordata alle "regole" dell'economia rispetto a quelle vigenti in materia successoria e volta a favorire valori costituzionalmente rilevanti quali l'utilità sociale, il risparmio ed il mantenimento dei livelli occupazionali, contemporaneamente garantendo il diritto a conservare all'interno del nucleo familiare il progetto imprenditoriale (c.d. carattere endofamiliare dell'istituto³).

Chiarita brevemente la *ratio* sottesa al patto di famiglia, è possibile approfondire il tema, già anticipato, costituito dalla possibilità che attraverso il medesimo siano concluse operazioni idonee ad incidere negativamente sulle aspettative giuridiche dei terzi, sacrificando la posizione dei creditori dei soggetti protagonisti del patto e, soprattutto, dei legittimari non assegnatari.

In assenza di una precisa posizione giurisprudenziale, previo inquadramento dell'istituto nei suoi tratti essenziali, si tenterà di vagliare le soluzioni astrattamente possibili per il creditore

valutazione comparativa degli interessi, in Atti del Convegno *Liberalità non donative e attività notarile* tenutosi a Napoli il 13 ottobre 2007, disponibile su <<http://elibrary.fondazioneonorario.it>>.

² S. Pagliantini, *Legittimario pretermesso, fallimento e rinuncia all'azione di riduzione: spigolature sulla cd. volontà testamentaria negativa e tutela dei creditori*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, Napoli, 2015, 53 ss.

³ F.A. Moncalvo, in *Commentario del codice civile*, diretto da G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, Milanofiori Assago, 2012, *sub art. 768-bis*, 1555.

leso, nella speranza di offrire un contributo per una discussione fervida di apporti.

2. *Il patto di famiglia, un patto successorio “legalizzato”: inquadramento introduttivo*

Con l'introduzione del patto di famiglia è stata attuata un'importante riforma in una materia, quale quella ereditaria, in cui l'esigenza di tutelare la libertà testamentaria del *de cuius* e di sanzionare immorali patti che abbiano ad oggetto la successione di una persona ancora vivente aveva da sempre indotto il legislatore a comprimere l'autonomia negoziale vietando qualsivoglia accordo successorio.

Il patto di famiglia costituisce, quindi, un istituto dagli impatti giuridici dirompenti, rappresentando la prima ipotesi normativa di deroga⁴ ad uno dei divieti cardine del nostro sistema giuridico – quale quello dei patti successori previsto dall'art. 458 c.c. – tramite il quale il riformatore ha inteso conciliare le norme successorie in punto di tutela dei legittimari con l'esigenza di gestire (e non subire) il passaggio generazionale dell'impresa, nell'interesse e a tutela della medesima.

La preferenza verso i legittimari imprenditorialmente più capaci, tuttavia, non è scevra di contemperamenti normativi, dal momento che alla mancata attribuzione dell'impresa non segue un vuoto di tutela per i legittimari esclusi.

⁴ M.C. Lupetti, *Patti di famiglia: note a prima lettura*, in CNN Notizie, 14 febbraio 2006, disponibile su <www.fondazione-notariato.it>, il quale sostiene la natura derogatoria del patto di famiglia. «Poiché con il patto di famiglia si incide sui diritti di legittima spettanti ai partecipanti al contratto – precludendo a questi l'esperimento di azioni di riduzione ed escludendo l'assoggettamento delle attribuzioni a collazione – tali atti dispositivi delle quote di legittima costituiscono certamente una deroga al generale divieto dei patti successori. Ciò è particolarmente evidente nel caso in cui i legittimari rinuncino ai diritti di legittima loro spettanti sull'azienda. Non può non notarsi come una tale rinuncia, un tempo fulminata da nullità, oggi sia del tutto lecita nell'ambito di un patto di famiglia.

Si potrebbe pertanto ritenere il patto di famiglia o un autonomo negozio giuridico distinto dalla donazione e dal testamento, con una sua autonoma disciplina, ovvero un 'contenitore' nel quale sono contenuti più atti: donazioni, rinunzie ai diritti di legittima, atti solutori, etc., al pari di quanto avviene, per intenderci, in materia di diritto di famiglia nel cosiddetto contratto di matrimonio».

Lo schema del patto prevede, infatti, che il disponente (futuro *de cuius*) passi la proprietà aziendale soltanto ad uno (o ad alcuni) dei suoi discendenti, i quali sono a loro volta onerati di compensare i legittimari estromessi con una dazione in denaro, di entità stimata in base al valore della quota di legittima (vale a dire della quota dell'impresa o delle partecipazioni azionarie) loro spettante se la successione si fosse aperta in quel momento (art. 768-*quater* cc, comma 2).

Per la validità del patto è quindi necessario che allo stesso prendano parte – oltre all'imprenditore – sia i legittimari assegnatari che quelli non assegnatari.

Tra i legittimari non assegnatari rientra sempre, *ope legis*, il coniuge⁵ del disponente, atteso che la norma, fondando la sua *ratio* sulla gestione del ricambio generazionale, volge lo sguardo al futuro dell'impresa ed esclude dall'assegnazione i legittimari che non siano discendenti dell'imprenditore (quindi ascendenti e coniuge).

L'istituto, così succintamente delineato, ha originato molte discussioni volte a ricostruirne quei profili non tratteggiati in forma chiara ed incontrovertibile dalla normativa.

Tra queste, è di indubbia rilevanza il dibattito che vede contrapporsi la tesi secondo la quale la liquidazione della quota deve provenire necessariamente dal patrimonio dell'assegnatario, a quella che, invece, ritiene lecita l'attribuzione della liquidazione anche da parte dello stesso disponente.

Mentre la seconda posizione preferisce un approccio più rispondente alla realtà⁶ – ove sovente il discendente non ha mezzi patrimoniali sufficienti alla liquidazione della quota – la prima privilegia il dato normativo che, non imponendo la contestualità tra l'assegnazione e la liquidazione della quota al legittimario non assegnatario, lascia aperta la possibilità di una liquidazione successiva o anche dilazionata nel tempo da parte del legittimario assegnatario (così posto nella condizione di poter adempiere

⁵ Non anche il convivente *more uxorio*, trattandosi di un soggetto al quale non vengono riconosciuti direttamente dalla legge quei diritti successori propri del coniuge, né, tanto meno, la qualità di erede legittimario nella successione del convivente.

⁶ In tal senso, G. De Nova e F. Delfini, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milanofiori Assago, 2010, *sub* art. 768-*bis*, 390-395.

in prima persona, anche se sprovvisto dei mezzi patrimoniali sufficienti alla data della firma del patto).

La possibilità che la somma compensativa sia erogata dal disponente potrebbe, tuttavia, portare a conseguenze paradossali. Non solo, infatti, l'erogazione costituirebbe un'indebita forma di ulteriore preferenza ed arricchimento del legittimario assegnatario ma la stessa, rappresentando una forma di liberalità ordinaria (da parte del disponente, futuro *de cuius*) non strettamente compresa nel patto di famiglia, resterebbe soggetta a collazione e riduzione. All'apertura della successione, paradossalmente, il non assegnatario si potrebbe vedere addirittura costretto a dividere con gli assegnatari anche la quota percepita dal disponente a titolo di liquidazione⁷.

Le paradossali conseguenze cui conduce questa tesi hanno quindi portato la dottrina maggioritaria a preferire il primo orientamento sia al fine di evitare disparità di trattamento tra legittimari sia al fine di prevenire uno svilimento del punto di forza del patto di famiglia, vale a dire la sua capacità di determinare un assetto patrimoniale stabile e definitivo grazie – proprio – all'esenzione da collazione e da azione di riduzione prevista eccezionalmente dalla legge (art. 768-*quater*, comma 4, c.c.), oltre che grazie alla limitazione delle ipotesi di scioglimento o modifica.

⁷ A conclusioni diverse giunge 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 Atti dei Convegni *Patti di famiglia per l'impresa* tenutisi a Milano il 31 marzo, a Napoli il 12 maggio e a Palermo il 16 giugno 2006, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, disponibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>. Secondo l'autore la liberalità in questione dovrebbe essere considerata non in favore del legittimario non assegnatario, ma di quello assegnatario, atteso che l'imprenditore eroga per suo conto la quota di liquidazione, così arricchendolo. «Ogni decisione dell'imprenditore di intervenire personalmente in sede di liquidazione di uno o più partecipanti al Patto di famiglia dovrà apprezzarsi come liberalità, diretta o indiretta (eventualmente ex art. 1180 c.c.) – a favore, normalmente, dello stesso discendente assegnatario (solo l'eccedenza rispetto alla liquidazione da questi dovuta potrà rappresentare una liberalità a favore del familiare partecipante) – retta dal diritto successorio comune, ed estranea agli effetti previsti dal legislatore con riguardo al Patto di famiglia. Una liberalità, se si consente l'espressione descrittiva, che si innesta sul Patto di famiglia, ma resta a questo estraneo, sopportando, una volta apertasi la successione, gli effetti sia della collazione sia, ricorrendone i presupposti, dell'azione di riduzione».

L'art. 768-*septies* c.c., infatti, prevede che il patto di famiglia possa essere sciolto o modificato soltanto dalle medesime persone che lo hanno concluso e nei modi seguenti:

- 1) mediante diverso contratto, con le medesime caratteristiche e i medesimi presupposti di cui al presente capo;
- 2) mediante recesso, se espressamente previsto nel contratto stesso e, necessariamente, attraverso dichiarazione agli altri contraenti certificata da un notaio.

Peraltro, neppure l'eventuale sopravvenienza di ulteriori legittimari può intaccare la stabilità del patto, atteso che costoro, all'apertura della successione, conservano il diritto di domandare la somma loro spettante ai sensi dell'art. 768-*quater*, comma 2, c.c., maggiorata degli interessi legali, senza però poter aggredire il patto, ove validamente concluso.

3. *La struttura del patto di famiglia*

Così inquadrato brevemente l'istituto, è bene ora porre l'attenzione su un profilo fortemente discusso in dottrina poiché direttamente incidente sia sulla causa⁸ che sul tipo, vale a dire la natura bilaterale o plurilaterale del patto di famiglia.

⁸ In senso contrario, L. Balestra, in *Commentario al codice civile* a cura di P. Cendon, Milano, 2009, *sub* art. 768-*bis*, 395-396, secondo il quale «nella corsa alla giustificazione causale degli istituti, che ha sempre creato non poco affanno alla nostra dottrina (nonché alla giurisprudenza), ci si è chiesto quale fosse quella del patto di famiglia. Va premesso subito che, a parere di chi scrive, questo sia un falso problema. La distorta necessità di molti dei nostri interpreti, anche autorevoli, di costringere istituti nuovi nell'alveo di quelli già conosciuti è pratica tanto diffusa quanto errata. La teoria generale del contratto, struttura portante del nostro ordinamento (ma forse spesso sopravvalutata ed utilizzata come 'alibi' interpretativo), pone, fra gli elementi necessari dello stesso, la presenza di una causa senza la quale si ha insanabile nullità di qualsiasi patto (almeno per la stragrande maggioranza degli autori). Ci si concentra, quindi, soprattutto per i contratti atipici, cioè non previsti e tipizzati, nella ricerca di una causa mutuata da tipi conosciuti e certi, previsti dal legislatore. Se questo procedimento interpretativo può essere approvato (pur con una serie di distinguo che non è possibile operare in questa sede) appare del tutto ultronea e fuorviante in fattispecie tipiche previste dal legislatore. Infatti, a prescindere dalle posizioni, soprattutto della dottrina più autorevole, sull'inquadramento della causa e sul suo ridimensionamento interpretativo, nessuno si chiede ove si debba cercare la causa della compravendita se non nella compravendita stessa. Se il legislatore ha previsto tale tipo contrattuale esso sarà fornito necessariamente di una causa che si rinviene

Questa speculazione, tutt'altro che meramente teorica, determina conseguenze applicative⁹ su diversi piani, ivi incluso quello dei possibili strumenti di tutela del creditore i cui interessi siano stati intaccati negativamente dalla pattuizione successoria, oggetto di approfondimento nel paragrafo che segue.

Ebbene, premesso che il patto di famiglia deve certamente essere stipulato a pena di nullità per atto pubblico¹⁰ e che allo stesso devono partecipare tutti quei soggetti che acquisirebbero il titolo di legittimari se in quel momento si aprisse la successione dell'imprenditore, si discute se i legittimari non assegnatari debbano partecipare all'atto come interventori – così come accade nell'ipotesi di cui all'art. 1113 del c.c. – o se, invece, vi debbano

solitamente, nello scambio di cosa contro prezzo. Altrettanto nella donazione la causa si rinviene nel c.d. *animus donandi*. Allora anche nel patto di famiglia, previsto tipicamente dal legislatore con la novella del 2006, vi sarà una causa (concreta) propria del patto di famiglia consistente, probabilmente, nell'esigenza di 'sistemare' la successione nell'azienda mediante attribuzioni (gratuite) della stessa nonché di beni di altra natura in capo ai legittimari non assegnatari (in tal senso: Lupetti, 2006, 361; Petrelli, 2006, 407). Tanto dovrebbe bastare, senza necessità di chiedersi se assomigli più ad una donazione, magari modale, o ad un negozio divisorio o a qualche altra struttura nota ed ancor più complessa».

⁹ Al riguardo, G. Di Giandomenico, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Il Patto di famiglia nella sistematica del codice*, in Atti dei Convegni *Patti di famiglia per l'impresa* tenutisi a Milano il 31 marzo, a Napoli il 12 maggio e a Palermo il 16 giugno 2006, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, disponibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>, secondo il quale non è necessario interrogarsi in ordine alla qualificazione del patto di famiglia, atteso che «non c'è dubbio alcuno che il Patto di famiglia sia un contratto non solo nominato (ha appunto il suo *nomen juris*) ma anche tipico, legislativamente previsto. Come tale, dunque, non ha senso chiedersi se esso sia un testamento, una donazione, una donazione modale e così via, come pure è avvenuto nei primi dibattiti seguiti all'approvazione della novella. Ha invece senso chiedersi in quali categorie negoziali esso sia ascrivibile o a quali negozi sia comunque più affine, per l'eventuale applicazione, quanto meno in via analogica, di norme che riempiano eventuali vuoti legislativi».

¹⁰ G. Fietta, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Prime osservazioni sul Patto di famiglia*, in Atti dei Convegni *Patti di famiglia per l'impresa* tenutisi a Milano il 31 marzo, a Napoli il 12 maggio e a Palermo il 16 giugno 2006, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, disponibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>, rileva come la norma non abbia esplicitamente richiesto la presenza di testimoni. Ad avviso dell'autore, tale opzione normativa sottenderebbe la precisa volontà del legislatore di ridurre le cautele formali che sarebbero state ritenute altrimenti applicabili, avendo il negozio carattere donativo.

partecipare come parti del contratto, che in questo caso assume la natura di negozio plurilaterale.

La tesi¹¹ che ritiene sufficiente la partecipazione del disponente e degli assegnatari (teoria della natura bilaterale) quali-

¹¹ C. Caccavale, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati, Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in Atti dei Convegni *Patti di famiglia per l'impresa* tenutisi a Milano il 31 marzo, a Napoli il 12 maggio e a Palermo il 16 giugno 2006, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, disponibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>. «L'ipotesi che si vuole sottoporre al vaglio dell'indagine è che il patto di famiglia sia un negozio bilaterale, che si perfeziona con l'accordo della parte che compie l'assegnazione, – imprenditore o socio, – e la parte che l'assegnazione riceve, – uno o più dei suoi discendenti –, mentre la partecipazione del coniuge e degli ulteriori legittimari del disponente resta esterna al contratto (e anzi, come si vedrà in seguito, può addirittura mancare del tutto).

La dimostrazione teoretica dell'enunciato si fonda essenzialmente su argomenti di carattere sistematico, mentre i dati testuali, sebbene per lo più confortanti, non sono proprio univoci.

Invero, quanto agli elementi di prova desumibili dalla lettera della legge, occorre riscontrare che:

- l'intervento del coniuge o dei legittimari del beneficiante è definito in termini di partecipazione al contratto e, dunque, come intervento ad una entità fenomenica già completamente formata ad opera di altri, cui ontologicamente appartiene;
- la legittimazione ad impugnare il patto di famiglia per vizi del consenso è attribuita alla categoria, anomala, dei 'partecipanti' al patto stesso, e non a quella delle sue 'parti', come sarebbe stato più appropriato dire, se come tali dovessero veramente riguardarsi, tutti essi, i legittimati ad intervenire.

D'altro canto non si può fare a meno di osservare che:

- talvolta la legge utilizza il termine 'contraenti' per riferirsi, a quanto pare, senz'altro anche al coniuge o agli altri legittimari che non beneficiano dell'azienda o delle partecipazioni societarie.

Più significativa, comunque, appare la circostanza che:

- proprio nella definizione normativa del patto di famiglia, sono contemplati, come termini soggettivi del contratto, la presenza dei quali si prospetta come esaustiva per la sua venuta ad esistenza, soltanto l'imprenditore o il titolare delle partecipazioni, che effettua il trasferimento, e i di lui discendenti, a favore dei quali il trasferimento è compiuto: nessuna menzione è ivi dedicata, invece, al coniuge e agli altri legittimari del disponente.

È fuori di dubbio che la disputa può risolversi soltanto sulla base di argomentazioni di diverso tenore, che non quello meramente lessicale.

A tale proposito appare decisiva la constatazione che, in apposita norma (art. 768-*sexies*), è previsto che coniuge e altri legittimari possano non aver partecipato al contratto di trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie e che, in tal caso, al momento dell'apertura della successione, siano abilitati a richiedere, ai beneficiari, la liquidazione monetaria dei loro diritti in qualità, non già di contraenti, bensì come espressamente sancisce la legge, nel titolo di essa norma, in qualità di 'terzi'.

Ancor prima di definire compiutamente la portata della norma al vaglio, deve già potersi affermare che essa si riferisce quantomeno ai legittimari che siano

fica il patto di famiglia come una donazione modale, ossia un contratto con il quale una parte arricchisce l'altra per spirito di liberalità, gravandola però dell'onere di liquidare i diritti di legittima in favore dei legittimari non assegnatari dell'impresa (o della partecipazione azionaria)¹².

I fautori di questa ricostruzione ritengono che laddove l'art. 768-*quater*, comma 1, c.c. prevede che i non assegnatari “devono partecipare” non sancisce un requisito a pena di nullità del patto ma, più semplicemente, un obbligo per il disponente di notificare costoro circa la sua stipula, con la conseguenza che, in caso di mancata convocazione dei non assegnatari, la determi-

sopraggiunti rispetto alla conclusione del patto ovvero ai legittimari dei quali soltanto successivamente sia stata scoperta l'esistenza.

Risulterebbe allora proprio incoerente, sul piano logico e sistematico, che soggetti appartenenti ad una medesima categoria possano o meno assumere la veste di parti del contratto in relazione a circostanze contingenti e non in funzione, invece, degli interessi dei quali siano portatori; interessi, che evidentemente non differiscono a seconda del momento in cui la prevista qualifica è conseguita e, soprattutto, in ragione del momento in cui la qualifica stessa diviene nota.

La conclusione che se ne deve trarre è che, identica essendo sul piano assiologico la posizione degli ulteriori legittimari, indipendentemente dal momento in cui essi divengono o si rivelano tali, identica posizione essi assumono in relazione al contratto, che pur sempre allo stesso modo li riguarda, sia che vi intervengano originariamente, sia che vi intervengano in una fase successiva.

Così, rispetto ad esso contratto, non sono mai “parti”, ma, come proprio li qualifica la legge, in ogni caso “terzi”.

Vale aggiungere il rilievo che, dovendosi escludere che i legittimari non assegnatari debbano essere d'accordo sul trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie, che è vicenda appartenente alla piena disponibilità dei soggetti tra i quali ha luogo, ove si postuli il carattere plurilaterale del contratto, si verificherebbe l'insolita situazione per la quale l'*in idem placitum* tra tutti i contraenti debba formarsi, non sull'intero programma negoziale – una porzione del quale, come si è detto, è rimessa a due soltanto di essi –, ma sul limitato segmento dello stesso che afferisce più prettamente agli aspetti successori».

¹² In senso contrario, G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in Atti del Convegno *Liberalità non donative e attività notarile* tenutosi a Napoli il 13 ottobre 2007 disponibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>. Secondo l'A. «il patto di famiglia non può essere qualificato donazione, sia pure modale, perché il profilo di liberalità, pur caratterizzante, non risolve né esaurisce la funzione del negozio. Inoltre il modo nella donazione è un elemento accidentale dipendente dalla volontà dei contraenti, mentre nel patto di famiglia l'obbligo della liquidazione a carico dell'assegnatario o degli assegnatari è un effetto tipico imposto dalla legge (effetto legale; arg. ex 768-*quater*, comma 2, c.c.)».

nazione del valore della quota di liquidazione è a loro inopponibile¹³, ma comunque astrattamente valida¹⁴.

Diversamente, la seconda teoria¹⁵ intende il patto di famiglia come un contratto plurilaterale¹⁶ in cui la presenza dei legittimari non assegnatari costituisce un presupposto di validità¹⁷ e lo qualifica come un negozio divisorio¹⁸ a fattispecie complessa¹⁹

¹³ C. Caccavale, *op. cit.*, secondo il quale «se a quei legittimari, nei cui confronti l'obbligo di convocazione è stato assolto, deve anche reputarsi opponibile la quantificazione decisa dai contraenti, in quanto la stabilità delle vicende giuridiche corrisponde ad un'istanza generalizzata dell'ordinamento che non merita di essere sacrificata agli interessi patrimoniali di coloro che si mostrino poco attenti alla cura dei loro stessi affari, diversamente, la liquidazione della quota dei legittimari che non siano stati convocati, pur concluso il patto, deve ancora ritenersi impregiudicata, ed è comunque loro inopponibile sebbene sia già stata decisa dagli stessi contraenti».

Concorda sulla inopponibilità anche A. Mascheroni, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in Atti dei Convegni *Patti di famiglia per l'impresa* tenutisi a Milano il 31 marzo, a Napoli il 12 maggio e a Palermo il 16 giugno 2006, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, disponibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>, per il quale «il tenore letterale della nuova normativa («al contratto devono partecipare...») non sembra consentire diverse conclusioni e comunque, se anche potesse sussistere un dubbio, ritengo che il rispetto dei principii generali, tradotti in diritto positivo nel secondo comma dell'art. 1372 c.c., conduca a negare la vincolatività del patto (ed il verificarsi degli effetti legali eccezionali che ne conseguono) qualora un soggetto legittimario esistente sia rimasto estraneo alla stipulazione».

¹⁴ G. Petrelli, *La nuova disciplina dei patti di famiglia*, in *Rivista del Notariato*, 2006, 407.

¹⁵ A. Merlo, *Il patto di famiglia*, in CNN Notizie, 14 febbraio 2006, 3.

¹⁶ In tal senso, F.A. Moncalvo, in *Commentario del codice civile*, diretto da G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, Milanofiori Assago, 2012, *sub art. 768-bis*, 1556, il quale puntualizza come nel caso del patto di famiglia, pur trattandosi di un negozio plurilaterale, non sia possibile parlare di contratto associativo, mancando l'elemento della comunanza di scopo tra i vari partecipanti; con conseguente inapplicabilità della disciplina di cui agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.

¹⁷ L'assenza dei legittimari non assegnatari, in particolare, secondo una certa dottrina comporterebbe l'impossibilità di applicare la speciale disciplina introdotta dall'art. 768-bis c.c. e seguenti; i soggetti esclusi potrebbero, dunque, esperire l'azione di riduzione o invocare l'applicazione delle ordinarie regole relative alla collazione. V. Delfini in *Il patto di famiglia, Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006, a cura di A. De Nova, F. Delfini, A. Venditti, S. Rampolla, 18-19.

¹⁸ A sostegno della natura divisoria del patto di famiglia andrebbe la collocazione sistematica della disciplina, inserita nel Capo V all'interno del titolo IV «della divisione», oltre all'affinità con la divisione fatta dall'ascendente prevista dall'art. 1044 del codice del 1865, cfr. M. Ieva, in *Trattato breve delle donazioni e delle successioni*, diretto da P. Rescigno, vol. II, Padova, 2010, 344.

¹⁹ Secondo un illustre autore il negozio in questione avrebbe natura trilaterale,

in cui, ad una liberalità non donativa tipica (ossia all'assegnazione) si aggiunge la compensazione (tramite denaro o in natura) dei diritti di legittima dei legittimari non assegnatari²⁰.

Tale orientamento ha ottenuto il favore della dottrina maggioritaria, pur registrando al proprio interno filoni interpretativi meno rigorosi che ritengono che la compartecipazione dei legittimari non assegnatari non debba necessariamente essere contestuale, potendo costoro manifestare il proprio consenso anche in un secondo momento successivo all'assegnazione e riconducendo così il patto di famiglia ad una fattispecie a formazione progressiva, la cui piena validità segue soltanto all'ottenimento del consenso di tutti i legittimari non assegnatari.

Infine, un'ultima tesi²¹ sussume il patto di famiglia all'interno dello schema del c.d. contratto a favore di terzo, dove il terzo beneficiario è identificato nel legittimario non assegnatario. In questa prospettiva, il disponente, che assume le vesti di stipulante, trasferisce la proprietà dell'impresa (o delle partecipazioni azionarie) ai discendenti prescelti – promittenti, i quali si obbligano a versare il valore della quota di legittima ai non assegnatari-beneficiari; beneficiari che, desumendo da tale dazione anche un *deficit* consistente nell'abdicazione all'esercizio dell'azione di riduzione o collazione, devono necessariamente partecipare al patto.

posto che i legittimari non assegnatari dovrebbero essere qualificati come un'unica parte contrattuale che esprime la propria volontà tramite un atto complesso, F. Gazzoni, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 217 ss.

²⁰ Qualifica il patto di famiglia come un negozio giuridico a funzione divisoria anche G. Amadio, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in Atti del Convegno *Liberalità non donative e attività notarile* tenutosi a Napoli il 13 ottobre 2007 disponibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>, il quale peraltro sottolinea che tale funzione non è smentita dal fatto che l'assegnazione non viene effettuata a favore di tutti i legittimari «dato che all'assegnazione preferenziale fa riscontro il diritto dei non assegnatari di ricevere utilità proporzionali alla loro quota di legittima, che altro non sono se non apporzionamenti divisionali».

²¹ U. La Porta, *Il patto di famiglia*, Milanofiori Assago, 2007, 7 ss.

4. *La tutela del credito e il patto di famiglia*

Dalla veloce ricostruzione effettuata emerge come la peculiarità del patto di famiglia consista nella sua eccezionale capacità di anticipare quell'assetto patrimoniale che ordinariamente si realizza soltanto a successione aperta, attualizzando l'interesse del creditore al rispetto dell'ordine successorio e rendendolo giuridicamente rilevante.

Di norma, infatti, fin tanto che la successione non è ancora aperta il creditore (così come il potenziale erede) non ha alcuna posizione giuridicamente tutelabile rispetto a quei beni che potrebbero pervenire al suo debitore in qualità di erede ma – tutt'al più – un semplice interesse di mero fatto, sostanzialmente irrilevante, dal momento che egli non può in alcun modo avanzare e azionare pretese su una successione non ancora aperta.

Con il patto di famiglia, invece, il disponente assegna la propria eredità tramite un accordo *inter vivos* stabile e duraturo, capace di perdurare rispetto all'apertura della successione e, soprattutto, immediatamente efficace.

Ciò comporta come corollario il mutamento della posizione giuridica dei creditori dei protagonisti del patto che, dall'essere portatori di un'aspettativa di fatto su una futura successione, con il patto di famiglia divengono titolari di un'aspettativa giuridica immediatamente degna di tutela.

Il patto di famiglia può quindi rappresentare un beneficio per il creditore, attribuendogli un patrimonio immediatamente aggredibile, senza dover attendere l'apertura della successione e sopperire a tutte le conseguenti incertezze del caso in termini di *quando* e di *an*, in relazione all'effettiva sussistenza di un patrimonio su cui soddisfarsi a quella data che non sia stato *medio tempore* ridotto dal *de cuius*.

Tuttavia, si è già anticipato come il patto possa anche vulnerare la posizione del creditore e come la pratica ne abbia di fatto già evidenziato la capacità di declinarsi in strumento elusivo in grado di incidere negativamente sui diritti dei creditori.

Diviene allora opportuno interrogarsi in ordine alle possibili vie di difesa di questi ultimi e, soprattutto, dei creditori del legittimario non assegnatario che, di fronte all'eventuale rinuncia

della (futura) quota aziendale potrebbero veder lese in modo decisivo le proprie aspettative creditorie (a differenza dei creditori del legittimario assegnatario, che – anzi – in forza del patto acquisiscono un ulteriore bene a garanzia del credito).

Tale analisi, che con specifico riferimento al patto di famiglia risulta ancora pressoché inesplorata, non può che essere influenzata nella sua trattazione – da un lato – dalla corretta qualificazione strutturale del patto e – dall’altro – dalla relativa, insindacabile, natura di atto *inter vivos*²² che, ad avviso della scrivente, vale ad escludere la percorribilità di un ragionamento analogico che trasli *tout court* al caso di specie le argomentazioni già sviluppatesi attorno alla tutela del creditore del legittimario nel caso di delazione testamentaria.

Ed infatti, il patto di famiglia è un contratto *inter vivos* ad effetti reali che consente il trasferimento immediato dell’azienda o delle partecipazioni societarie, sostanzialmente anticipando le disposizioni successorie, senza tuttavia acquisire la natura di atto *mortis causa*²³. Per tale ragione le norme previste in materia di successione e le speculazioni dottrinarie in punto di tutela del creditore dell’erede non sono replicabili.

²² Cfr. G. Casu, *Il patto di famiglia. Rassegna ordinata di dottrina nella sua prima interpretazione*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Atti del Convegno tenutosi a Roma 21 novembre 2009, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, disponibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>, secondo il quale «con molta efficacia, pertanto, è stato sottolineato che il patto di famiglia è concorrenziale non al testamento, bensì alla donazione. Assodato che si tratta di atto tra vivi e precisato che la legge lo qualifica come contratto, occorre affermare che ad esso sia applicabile l’intera disciplina valevole per i contratti: vizi della volontà, possibilità di realizzazione del patto ricorrendo a un rappresentante, etc.».

²³ P. Cendon, in *Commentario al Codice Civile, Artt. 713-809: Divisione. Donazioni*, Milano, 2009, *sub art. 768-bis*, 393, il quale qualifica il patto di famiglia come un contratto *inter vivos*. «Pur con tutte le cautele dovute, si può affermare che il patto di famiglia sia un negozio giuridico tipico, in quanto espressamente previsto e disciplinato dal legislatore, consensuale, poiché si perfeziona con il consenso delle parti, ad effetti reali in quanto produca un effetto traslativo immediato. Ma da questo nuovo tipo contrattuale scaturiscono anche effetti obbligatori, in capo ai legittimari non assegnatari che possono trovare attuazione nel contratto stesso o in un contratto successivo collegato. Si tratta, inoltre, di un negozio *inter vivos* con cui si dispone di un diritto attuale e con efficacia immediata; non costituisce, pertanto, una deroga ai patti successori istitutivi, che sono negozi *mortis causa*, in cui manca l’attualità dello spoglio».

Posto tale ontologico e fondamentale presupposto, il vulnus alla tutela creditizia può essere attuato in più di un modo, vale a dire tramite: (i) la totale estromissione al patto del legittimario-debitore, (ii) la rinuncia alla quota sostitutiva da parte del legittimario non assegnatario e, ancora, (iii) l'accettazione da parte dello stesso di una quota dal valore inferiore a quello di stima.

Queste ipotesi, per le loro caratteristiche, non possono che essere affrontate partitamente.

5. *La tutela del creditore del legittimario pretermesso*

Rispetto alle altre fattispecie, il caso in cui il legittimario non assegnatario venga radicalmente escluso dalla pattuizione è quello che suscita minori problematiche nella prospettiva creditizia.

Ciò, però, soltanto aderendo alla teoria maggioritaria, già esposta brevemente nel paragrafo antecedente, a mente della quale la partecipazione di tutti i legittimari esistenti al momento della conclusione del patto costituisce requisito di validità a pena di nullità²⁴ (teoria della natura trilaterale del patto di famiglia).

In tal caso, infatti, essendo l'azione di nullità un'azione che può essere esperita da chiunque abbia interesse, postulando la tutela di interessi di carattere generale, il creditore può ottenere in via immediata l'invalidità dell'intera pattuizione, con conseguente tutela mediata delle proprie ragioni di credito.

Giova però rimarcare come il beneficio che il creditore trae dall'invalidazione della pattuizione è un beneficio soltanto ipotetico e futuro, legato cronologicamente all'apertura della successione.

²⁴ In tal senso, ad esempio, M. Ieva, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. Not.*, 1997, 1373; G. Amadio, in *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. Not.*, 2006, 867 ss.; S. Delle Monache, in *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55*, in *Riv. Not.*, 2006, 893; F. Gazzoni, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 220.

Si rammenta, infatti, che il creditore non può agire in via esecutiva sulla quota di legittima a cui il legittimario avrà diritto solo al momento della delazione ereditaria; di talché, invalidando il patto, il creditore tutela la futura possibilità di aggredire la quota ereditaria che spetterà al suo debitore e non ottiene nell'immediato alcun bene desunto dal patto su cui azionare il suo credito.

La prospettiva muta radicalmente nell'ipotesi in cui si intenda accedere alla contrapposta teoria che vede nel patto di famiglia un negozio bilaterale, in cui la mancata partecipazione dei non assegnatari non inficia la validità dell'atto.

In tal caso, infatti, il creditore del legittimario non assegnatario pretermesso non può invocare la nullità del patto, essendo questo validamente concluso con la sola partecipazione del disponente e dei legittimari assegnatari²⁵.

Tuttavia, posto che a mente di questa dottrina minoritaria la mancata convocazione alla pattuizione ha l'effetto di rendere inopponibile al pretermesso la quantificazione della sua quota e di consentirgli, quindi, di impugnare la pattuizione, resta comunque ipotizzabile un'azione surrogatoria del creditore volta ad ottenere un calcolo *ex novo* della quota spettante al debitore pretermesso.

Ed infatti, in ipotesi di inerzia del debitore nel realizzare ed esercitare i propri diritti e le proprie azioni verso terzi, il credi-

²⁵ Di diverso avviso G. De Nova e F. Delfini, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milanofiori Assago, 2010, *sub* art. 768-*bis*, 583, secondo i quali «la partecipazione al patto di tutti i legittimari e coniuge esistenti (e noti, secondo la precisazione di cui sopra) al momento della stipulazione deve dunque ritenersi requisito strutturale del patto di famiglia. Le conseguenze della mancata partecipazione non saranno tuttavia necessariamente nel senso della nullità del contratto *ex art.* 1418 c.c., ma devono apprezzarsi piuttosto nel senso della impossibilità di invocare la disciplina speciale prevista nel Capo V *bis* che si apre con la norma in commento. E così eventuali rinunzie alla quota di legittima, non potendosi ritenere consentite *ex art.* 768-*quater*, 2° co., c.c., resteranno nulle per violazione degli art. 458 e 557, 2° co., c.c. Ed ancora, il patto di famiglia senza la partecipazione di tutti i legittimari potrà riqualeificarsi come donazione (eventualmente come con dispensa da collazione nei limiti della disponibile); l'obbligo dell'assegnatario di azienda di liquidazione di altri legittimari sarà qualificabile come modo o onere di una donazione soggetta alle normali regole successorie; la valutazione dell'azienda sarà cristallizzabile al momento del patto, ma sarà soggetta alle regole ordinarie in tema di collazione».

tore al quale deriva un pregiudizio dall'inattività può sostituirsi al debitore nel proprio interesse per recuperare quei beni che altrimenti il debitore perderebbe a causa dell'inattività.

L'azione surrogatoria in questo caso avrebbe ad oggetto l'impugnazione del patto nella parte in cui, non avendo considerato la posizione del legittimario pretermesso, ha di fatto calcolato "a zero" la sua quota e sarebbe – per l'effetto – volta ad ottenere la giusta quantificazione della parte di spettanza del legittimario non assegnatario.

Peraltro, non sembrano sussistere profili ostativi alla sostituzione processuale del creditore al debitore – erede, atteso che il diritto che in questo caso il creditore tutela in giudizio non ha natura strettamente personale ma esclusivamente patrimoniale, posto che dalla partecipazione al patto di famiglia non deriva l'acquisto della qualità di erede in capo al legittimario, trattandosi – si ricorda – di un atto *inter vivos*.

Il punto non è di poca rilevanza se si tiene conto di come – in caso di successione *mortis causa* – la tutela del creditore del legittimario pretermesso sia ben più complicata dal momento che l'azione surrogatoria presuppone un atto strettamente personale, quale l'accettazione della qualità di erede, che necessariamente – ad avviso della giurisprudenza – passa a sua volta per il previo esperimento dell'azione di riduzione; questione, questa, che ha lungamente impegnato la giurisprudenza e la migliore dottrina²⁶.

²⁶ Secondo una prima posizione, avvalorata da talune pronunce giurisprudenziali (Cass., 12 gennaio 1999, n. 251, in *Dejure online*; Cass., 7 ottobre 2005, n. 19527, *ivi*; Cass., 15 giugno 2006, n. 13804, *ivi*) il creditore del legittimario pretermesso non potrebbe infatti agire semplicemente ex art. 524 c.c. Ciò poiché vi osterebbe la circostanza che il pretermesso non è erede, non essendo stato chiamato all'eredità e, conseguentemente, l'impugnazione della rinuncia all'eredità presupporrebbe il previo esperimento dell'azione di riduzione da parte di questi. Il preterito, infatti, per costante giurisprudenza acquista la qualità di erede soltanto a seguito dell'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione (Cass., 20 novembre 2008, n. 27556, in *Dejure online*). Ne deriva che la tutela del creditore del legittimario pretermesso presupporrebbe l'esperimento di due azioni. Infatti, questi dovrebbe prima ottenere la revoca dell'atto di rinuncia all'azione di riduzione e soltanto successivamente potrebbe esperire in via surrogatoria ex art. 2901 c.c. l'azione di riduzione.

La praticabilità del rimedio creditorio appena illustrato non è tuttavia condivisa da quanti sottolineano come l'esperimento dell'azione di riduzione da parte del creditore del debitore-erede pretermesso non sia proponibile poiché implicherebbe l'acquisto involontario della qualità di erede da parte del pretermesso. Mediante

l'azione di riduzione, infatti, il debitore acquista la qualità di erede, acquisendo così un diritto a contenuto patrimoniale che presuppone a monte una scelta di carattere strettamente personale e morale, vale a dire la decisione di divenire erede del *de cuius*. In tal senso, M. Criscuolo, *La tutela dei creditori rispetto ad atti dispositivi della legittima*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2016, reperibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>, 118 ss.

Ancora, altra obiezione sollevata attiene al fatto che il codice civile non si occupa specificamente dei creditori del legittimario, di talché parte della dottrina ha ritenuto che l'azione di riduzione sia formalmente preclusa ai creditori del legittimario.

«Effettivamente, il primo comma dell'art. 557 c.c. legittima all'azione di riduzione soltanto i legittimari, i loro eredi ed aventi causa: alcuni interpreti fanno rientrare nella categoria degli aventi causa anche i creditori (ciò ancorché la opinione prevalente sia nel senso di ritenere che per 'aventi causa' si debbano intendere soltanto coloro che si siano resi acquirenti per atto *inter vivos* o *mortis causa* del diritto alla quota di legittima). La prevalente giurisprudenza di legittimità è nel senso del riconoscimento dell'esercizio dell'azione di riduzione in via surrogatoria in favore dei creditori del legittimario alla stregua del raffronto con la previsione del terzo comma dell'art. 557 c.c., la quale prevede, mediante la lettura in negativo della disposizione, che ove il legittimario non abbia accettato l'eredità con beneficio di inventario anche i creditori del defunto possano approfittare dell'azione di riduzione. Se tanto è possibile per i creditori del defunto, ovviamente in via analogica lo sarà anche per i creditori del legittimario che non avrebbero alcuno strumento per opporsi alle scelte poste in essere in vita dal dante causa del loro debitore. L'affermata differenza tra rinuncia all'eredità da parte dell'erede rispetto alla rinuncia all'eredità del legittimario totalmente pretermesso è destinata a spiegare rilievo con riferimento alla fattispecie de qua: ed invero, laddove il creditore debba reagire nei confronti di un atto di rinuncia all'azione di riduzione posto in essere da parte del proprio debitore, esclusa la possibilità di avvalersi in via analogica dell'art. 524 c.c. dovrà dapprima rimuovere l'efficacia dell'atto di rinuncia all'azione tramite l'esperimento dell'azione revocatoria, per poi esperire in via surrogatoria l'azione di riduzione. La giurisprudenza successiva (il riferimento è a Cass., 19 febbraio 2013, n. 4005, in *Dejure online*) ha posto in crisi le conclusioni di cui all'orientamento sopra citato escludendo l'esperibilità del rimedio di cui all'art. 2901 c.c. con riferimento ad atti che si sostanzino in rinunce ad una facoltà per effetto della quale non resta modificato, né attivamente né passivamente, il compendio patrimoniale quo ante del debitore e che, pertanto, anche se dichiarati inefficaci nei confronti del creditore, in esito all'accoglimento dell'azione revocatoria non consentirebbero il soddisfacimento del creditore e, quindi, la realizzazione dello scopo cui è preordinata l'azione pauliana. Sulla scorta di tanto, si è profilata in dottrina la possibilità di rivedere l'impostazione tradizionale che nega l'applicabilità in via analogica dell'art. 524 c.c.: attraverso l'esperimento di un unico rimedio, i creditori avrebbero la possibilità di potersi soddisfare sui beni che sarebbero pervenuti al loro debitore, ove avesse esperito l'azione di riduzione, ma nei limiti di quanto necessario al soddisfacimento delle loro ragioni. Il bilanciamento equilibrato tra le contrapposte esigenze appare evidente in quanto i creditori ottengono la possibilità di poter direttamente aggredire i beni oggetto delle disposizioni lesive senza dover sottoporsi all'esperimento di una duplice iniziativa giudiziale, al debitore è garantita la valutazione anche di carattere personale di non acquisire la qualità di erede senza per questo sottrarsi alla propria responsabilità nei

6. La tutela del creditore del legittimario rinunciante alla quota di assegnazione

Più complessa è l'ipotesi in cui il sacrificio delle ragioni creditizie promani dalla decisione del legittimario di prendere parte al patto ma di rinunciare²⁷ in quella sede alla quota di liquidazione di sua spettanza; in questo caso, infatti, il creditore si

confronta con i creditori ed, infine, ai beneficiari delle disposizioni lesive si assicura che il loro sacrificio è limitato a quanto necessario ai fini del soddisfacimento delle ragioni creditorie. La detta norma viene considerata quale strumento più proficuo al fine di assicurare un'efficace tutela ai creditori in un settore dell'ordinamento nel quale l'utile esercizio dell'azione revocatoria e dell'azione surrogatoria risulterebbe altrimenti precluso; l'esigenza di tutela dei creditori si pone, quindi, in termini affatto simili anche laddove la rinuncia non abbia ad oggetto il diritto di accettare l'eredità, quanto piuttosto l'unico strumento giuridico attraverso cui al legittimario è permesso pervenire all'eredità, palesandosi in tal modo legittima l'applicazione analogica di tale norma. Tuttavia, il completamento della tutela dei creditori passa secondo la ricostruzione in oggetto attraverso il riconoscimento della possibilità di reagire con il rimedio di cui all'art. 524 c.c. all'inerzia del debitore ritenendo applicabile l'articolo 481 c.c. anche al diverso fine di sollecitare il legittimario a manifestare le proprie scelte in ordine all'esercizio dell'azione di riduzione. In buona sostanza, il bilanciamento tra l'interesse del testatore, inteso anche a salvaguardare le esigenze di integrità del patrimonio ereditario, ponendolo al riparo dall'aggressione dei creditori del legittimario e l'interesse dei secondi non può portare senza una valida ragione giustificativa a dar prevalenza al primo, cosicché appare accettabile anche ad avviso di chi scrive il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 524 c.c. con il medio necessario dell'esperimento dell'azione interrogatoria di cui all'art. 481 c.c. Applicando tutti i principi sinora enunciati al caso che ci occupa, appare piuttosto evidente che non può ritenersi integrato, in difetto del previo ricorso al rimedio di cui all'art. 481 c.c., il presupposto oggettivo dell'azione ex art. 524 c.c. che, adattato al caso del legittimario pretermesso, va individuato nella previa rinuncia all'azione di riduzione» (Trib. Nocera Inferiore, 28 novembre 2017).

²⁷ Ove si trattasse di rinuncia alla quota di eredità, piuttosto che di rinuncia ad una quota spettante per effetto di un atto *inter vivos*, verrebbe in soccorso la disposizione di cui all'art. 524 c.c., a mente della quale è normativamente consentito al creditore dell'erede impugnare l'atto di rinuncia all'eredità. Questa disposizione potrebbe essere invocata in via analogica anche al caso del creditore del legittimario che rinuncia, piuttosto che all'eredità, alla quota di liquidazione nel patto di famiglia. D'altronde, la rinuncia alla quota altro non è se non una rinuncia ad una futura porzione di eredità. Tuttavia, la possibilità di "aggregare" l'atto di rinuncia e di renderlo inefficace tramite un'azione ex art. 2901 c.c. appare ad avviso della scrivente una strada prudenziale maggiormente rispettosa della natura *inter vivos* del patto. Tale natura, infatti, da un lato, rende difficile immaginare un ragionamento analogico che estenda al patto di famiglia le norme previste in materia ereditaria e, dall'altro, impone anzi di applicare prioritariamente le norme previste in materia contrattuale, soprattutto ove capaci di assicurare la tutela ambita. Cfr. anche G. Di Giandomenico, *op. cit.*, sub nota 9.

“scontra” con una specifica volontà del debitore-legittimario.

Tuttavia, partendo dalla configurabilità dell'atto di rinuncia del legittimario-debitore come una forma di *omissio adquirendi* che va a vulnerare la garanzia patrimoniale del creditore, diviene possibile per quest'ultimo esperire un'azione revocatoria²⁸ volta alla dichiarazione di inefficacia dell'atto con il quale il legittimario ha rinunciato alla quota di legittima in sostituzione.

Infatti, la rinuncia alla quota di liquidazione può essere qualificata come atto abdicativo di una posizione giuridica già potenzialmente acquisita nei suoi elementi costitutivi al patrimonio del debitore. D'altronde, non è revocabile in dubbio come la rinuncia alla quota di liquidazione alteri il compendio patrimoniale del debitore poiché costui si priva di un diritto patrimoniale già astrattamente acquisito, con evidente ed immediato pregiudizio alle aspettative del creditore.

Contestualmente, posto che non appaiono sussistere preclusioni giuridico-sistematiche all'inclusione del patto di famiglia nell'alveo degli atti astrattamente passibili di revocatoria, come peraltro di recente affermato anche dalla giurisprudenza di merito²⁹, dubbi non dovrebbero rinvenirsi neppure sulla revocabilità non del patto *tout court*, ma di una sua componente, quale l'atto di rinuncia alla quota.

²⁸ Come ripetutamente affermato dalla Corte di Cassazione, ai fini dell'azione revocatoria ordinaria per l'integrazione del profilo oggettivo dell'*eventus damni* è sufficiente che l'atto di disposizione del debitore abbia determinato maggiore difficoltà o incertezza nell'esazione coattiva del credito, potendo il detto *eventus damni* consistere in una variazione non solo quantitativa, ma anche qualitativa del patrimonio del debitore (si veda, tra le tante, Cass., 4 luglio 2006, n. 15265, in *Dejure online*). Il danno può concernere sia l'entità della garanzia patrimoniale, sia la qualità dei beni che ne formano oggetto, qualità che può essere pregiudicata dalla sostituzione di beni facilmente aggredibili esecutivamente e non distraibili dal debitore, quali gli immobili, con beni distraibili, quale il denaro, o non altrettanto facilmente aggredibili dai creditori, in tal caso determinandosi il danno o rischio di danno costituito dalla infruttuosità di una futura azione esecutiva (si veda, tra le tante, Cass., 17 gennaio 2007, n. 966, in *Dejure online*).

²⁹ Tribunale Torino, Sez. spec. Impresa, 20 febbraio 2015, in *Dejure online*. «È ammissibile l'azione revocatoria del negozio di conferimento di beni in natura dei soci fondatori in favore della società: il patto di famiglia ex art. 768-bis c.c. (in virtù del quale nella specie venivano cedute quote di partecipazione) è atto di disposizione revocabile, come tutti gli altri atti di disposizione posti in essere dal debitore, in presenza dei requisiti di cui all'art. 2901 c.c.».

7. *La tutela del creditore del legittimario che accetta una quota di liquidazione inferiore al valore di stima*

Infine, ancor più articolato è l'ultimo caso, che ricorre quando il legittimario non assegnatario partecipa al patto di famiglia e accetta la quota di liquidazione, ma – di fatto – accetta una quota di liquidazione inferiore al valore di stima.

In questa ipotesi è necessario distinguere il caso in cui l'operazione sia appositamente artata per escludere la garanzia del creditore e sussista, quindi, un accordo simulatorio, da quello in cui il legittimario, più semplicemente, “si accontenta” della quota inferiore.

La prima fattispecie ricorre quando le parti contraenti assegnano fraudolentemente ai beni un valore di gran lunga inferiore a quello reale, proprio allo scopo di frustrare le aspettative dei creditori che in tal modo perdono la futura possibilità di contare sui beni che sarebbero pervenuti *mortis causa* al loro debitore, dovendosi per l'effetto accontentare di una somma di gran lunga inferiore rispetto a quanto invece gli sarebbe effettivamente spettato.

Naturalmente, stante la necessità che al patto di famiglia partecipino tutti i legittimari, l'ipotesi prospettata presuppone che vi sia un accordo fraudolento o quantomeno un «assenso implicito da parte di tutti gli interessati alla realizzazione dell'assetto di interessi finalizzato a premiare colui che viene ritenuto essere, oltre che il più capace nella gestione dell'impresa, anche il meno suscettibile di aggressione da parte di terzi creditori»³⁰.

In tale prospettiva, ricorrendo i presupposti per l'azione di simulazione del prezzo (ipotesi di simulazione relativa), vale a dire, (i) una divergenza consapevole tra quanto dichiarato e l'effettiva volontà delle parti e (ii) l'esistenza di un accordo simulatorio con cui le parti si accordino in ordine alla divergenza tra il valore della quota e del pagamento esteriorizzato e l'assetto di interessi effettivamente voluto, il creditore potrebbe esperire

³⁰ M. Crisuolo, *La tutela dei creditori rispetto ad atti dispositivi della legittima*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2016, reperibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>, 135.

l'azione di simulazione³¹ ed ottenere l'accertamento positivo del reale valore della quota liquidata, per poi potersi rivalere sulla stessa, così come riquantificata.

Venendo alla seconda ipotesi, fuori dall'ipotesi di accordi elusivi del credito, quando l'accettazione di una quota dal valore inferiore a quello di stima è semplicemente il frutto di una libera decisione del legittimario non assegnatario, è ben più arduo individuare strumenti di tutela del credito atteso che il creditore non trova soccorso nelle norme codicistiche.

Infatti, a norma dell'art. 768-*quinquies* c.c., il patto di patto di famiglia può essere impugnato dai partecipanti ai sensi degli artt. 1427 ss. c.c. e – quindi – soltanto per dolo, violenza o errore³².

Esclusi dolo e violenza, evidentemente inconfidenti rispetto al caso ivi esaminato, deve essere esclusa anche la possibilità di impugnare il patto per errore³³ nella stima della quota³⁴, atteso

³¹ D'altronde, dal momento che il patto di famiglia deve essere qualificato alla stregua di un atto *inter vivos* non sussistono dubbi in ordine alla possibilità di applicarvi la disciplina contrattuale prevista dal codice. In tal senso, G. Di Giandomenico, *op. cit.*, sub nota 9, secondo il quale «il patto di famiglia, invece, non solo è un atto *inter vivos*, consensuale e ad effetti reali immediati, ma è qualificato espressamente dalla legge come “contratto”. Con l'ovvia conseguenza che ad esso si applicano tutte le norme dettate dal codice per il contratto in generale: così in tema di interpretazione (quelle del testamento sono diverse) o in tema di vizi della volontà (anche qui, diversa è la disciplina prevista). Anzi, a quest'ultimo proposito è significativo che l'art. 768-*quinquies* rinvii espressamente alla norma dell'art. 1427 e ss. c.c. in tema di errore, violenza e dolo. E così per tutte le altre norme del titolo II del libro IV. Così, ancora, devono ritenersi applicabili le norme sulla simulazione, quelle sulla invalidità e la stessa regola dell'art. 1322 sull'autonomia contrattuale che, ricordiamolo, ammette che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge».

³² Ciò, a differenza di quanto avviene per il contratto di divisione, ove l'accordo non può essere impugnato per errore, ma solo per dolo e violenza.

³³ Di norma, l'errore che consente l'annullabilità del patto deve essere rilevante (art. 1428 c.c.), riconoscibile ed afferente ad uno degli elementi di cui all'art. 1429 c.c.

³⁴ Tutt'al più, parte della dottrina ammette la possibilità di instare per la rescissione per lesione, trattandosi di un atto caratterizzato da una funzione essenzialmente divisoria che presuppone una necessaria corrispondenza tra le attribuzioni effettuate a favore dei legittimari non assegnatari, a tacitazione delle loro pretese, e le rispettive quote di legittima. Conseguentemente, al patto di famiglia sarebbe estendibile la normativa in punto dettata dall'art. 763 c.c.

Tuttavia, in questa ipotesi, l'eventuale accoglimento della domanda di rescissione per lesione non determinerebbe comunque la ricostituzione della comunione, posto che si verte in una speciale ipotesi di divisione anticipata relativa ad una successione non

che la giurisprudenza è tendenzialmente unanime nell'escludere che l'errore possa consistere in una inesattezza sulla valutazione del valore dell'impresa³⁵.

Respinta la possibilità di impugnare il patto per l'errata "stima" della quota ex art. 1427 c.c., resta ipotizzabile in astratto la revocabilità di quell'atto implicito con il quale il legittimario rinuncia al valore differenziale tra la quota maggiore (quota di stima) e la quota dal valore inferiore (quota accettata). Esemplificando, se la quota vale 100 e il legittimario accetta 40, il creditore potrebbe agire in revocatoria avverso l'atto di implicita rinuncia alla quota di 60.

Tale strada, tuttavia, appare evidentemente frastagliata e di difficile applicazione.

8. *Considerazioni conclusive*

Dalla breve disamina effettuata emerge come benché il patto di famiglia e la tutela del credito promanino entrambi dal principio comune della circolazione della ricchezza, rappresentandone due facce diverse, non di rado l'uno può incidere negativamente sull'altro.

In queste circostanze, il creditore può ricercare tutela soltanto nelle disposizioni del codice civile di carattere ordinario ove compatibili con la sua posizione e con la natura dell'atto lesivo della sua posizione, non avendo la riforma del 2006 corredato la disciplina del patto di famiglia con norme specificamente ri-

ancora aperta. La rescissione, per l'effetto, determinerebbe soltanto la caducazione degli effetti dell'atto impugnato, con conseguente ripristino della titolarità del bene in capo all'imprenditore alienante. In tal senso, F.A. Moncalvo, in *Commentario del codice civile*, diretto da G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, Milanofiori Assago, 2012, *sub* art. 768-*quinquies*, 1570-1571.

Questa tesi non è invece ammessa da quanti ritengono che il generico richiamo operato dall'art. 768-*quinquies* agli artt. 1427 c.c. e seguenti non consenta di estendere al patto di famiglia la disciplina speciale dettata in tema di rescissione per lesione prevista dall'art. 763 c.c.

³⁵ Diversamente, chiaro è che laddove l'errore sulla stima potesse considerarsi invalidante, riviverebbe l'azionabilità in via surrogatoria dell'impugnativa del patto da parte del creditore.

volte al creditore. Ciò comporta che non sempre quest'ultimo rinviene degli spazi di difesa pienamente soddisfattori.

D'altronde, la speculazione giuridica consente di ragionare sugli istituti, di declinarli a fattispecie diverse da quelle per le quali sono sorti e di tentare di colmare delle lacune presenti nel sistema, ma è pur vero che sovente soltanto l'intervento del legislatore consente una soluzione soddisfacente e scevra da quelle problematiche applicative a cui conducono i tentativi di ricostruzione esegetica.

Ciò stante, una valutazione conclusiva consente di leggere in una chiave più attenuata la gravità del "vuoto" di tutela in cui può incorrere il creditore in caso di pattuizione successoria ex art. 768-*bis* cpc. È infatti opportuno tenere conto che nel momento in cui questi concede il credito fonda le sue valutazioni di opportunità sul patrimonio di proprietà del debitore, in cui certo non converge quell'aspettativa di maggior ricchezza che può derivare da una futura successione.

In buona sostanza, i diritti successori che pervengono al debitore tramite atto *inter vivos* con il patto di famiglia costituiscono un arricchimento che, se da un lato è giusto che concorra alla soddisfazione del creditore, dall'altro rappresenta un *surplus* sopravvenuto sulla base di un atto di natura assolutamente eccezionale che ha anticipato gli effetti della futura successione e che, quindi, non ha influenzato la decisione circa la concessione del credito.

Tale considerazione consente di rinvenire nel sistema una sorta di implicito bilanciamento tra le contrapposte esigenze di non sacrificare il credito oltre le ragionevoli aspettative di recupero e di non svilire l'anelata stabilità del patto di famiglia.

Chiara Iorio

Sul legato in sostituzione di legittima

SOMMARIO: 1. Il legato in sostituzione di legittima: cenni introduttivi – 2. Natura giuridica – 3. Modalità alternativa di attribuzione della legittima? – 4. Interpretazione della volontà testamentaria – 5. L’acquisto del legato sostitutivo – 6. Rinunzia – 7. Acquisto del legato – rimedi per i creditori – 8. Divieto di pesi e condizioni – 9. Imputazione del legato – conseguenze per gli altri legittimari – 10. Il diritto di chiedere il supplemento: legato in conto di legittima? – 11. Legato in conto di legittima

1. *Il legato in sostituzione di legittima: cenni introduttivi*

Se si considera che, per un verso, il legato rappresenta la *manifestazione di punta dell’autonomia testamentaria*¹, e che, per il verso opposto, le disposizioni in favore dei legittimari costituiscono il limite invalicabile imposto dalla legge all’autonomia privata, i legati ordinati in favore dei legittimari² divengono il peculiarissimo punto di convergenza tra potere di disposizione e limite legale, volontà privata e interesse generale. Tali istituti rappresentano, al tempo stesso, l’occasione per rimeditare su questioni di indubbio rilievo nel contesto del diritto delle successioni, verificare il punto di tenuta di interpretazioni tradizionali, e interrogarsi sulla compatibilità – rispetto al sistema – di nuovi arresti giurisprudenziali.

¹ Così, G. Iudica, *Il legato in conto di legittima nel sistema dei legati in favore del legittimario*, in *Familia*, 2003, 2, 287.

² Il riferimento è, con tutta evidenza, al legato in conto di legittima, in sostituzione di legittima, e al legato con dispensa da imputazione. Per una dettagliata disamina dei legati disposti in favore del legittimario, si veda V. Barba, *Il legato in conto di legittima*, in *Riv. Dir. civ.*, 2019, 2, 444.

L'accennata convergenza (tra limite legale e autonomia privata) si fa palese, in particolare, nel legato in sostituzione di legittima (detto anche "privativo" o "tacitativo"), strumento in grado di derogare (ancorché potenzialmente³) al principio dell'intangibilità della quota legittima, e privare il legittimario – tacitato mediante l'attribuzione di singoli beni o diritti di credito – della partecipazione alla comunione ereditaria⁴.

Mediante il legato in sostituzione della legittima, invero, il testatore dispone un legato di specie o un legato obbligatorio in favore del legittimario, intendendo con ciò tacitare i diritti di cui alla quota di legittima a quest'ultimo spettanti per legge. A fronte di tale previsione, il legittimario è posto dinanzi all'alternativa di conseguire il legato, ovvero di rinunziarvi. Nel primo caso – se "preferisce di conseguire il legato" – il legittimario "non acquista la qualità di erede" e "perde il diritto di chiedere un supplemento nel caso che il valore del legato sia inferiore a quello della legittima" (art. 551, comma 2); alternativamente, "egli può rinunziare al legato", e, quindi, "chiedere la legittima" (art. 551, comma 1).

La *voluntas* sottesa ad una simile disposizione testamentaria, ad onta di quanto potrebbe di primo acchito ritenersi, non si rivela necessariamente *diseredativa* o *punitiva* nei confronti del legatario, ben potendo il *de cuius* essere mosso dall'opposto intento di favorire il legittimario, mediante l'assegnazione di un particolare bene (si pensi al classico esempio dell'azienda di famiglia) del quale volesse scongiurare il deleterio frazionamento in conseguenza della comunione incidentale.

³ Potrebbe, infatti, ben verificarsi l'ipotesi che il valore del legato sostitutivo sia inferiore alla legittima.

⁴ Va però precisato che, in linea generale, l'apertura della successione non determina sempre e necessariamente la comunione ereditaria con riferimento alla totalità dei beni che compongono la massa ereditaria; ciò non accade nelle fattispecie di successioni c.d. anomale, che derogano al principio di unitarietà della successione. Sul punto, si veda G. De Nova, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. Dir. agr.*, 1979, I, 509 ss.

2. *Natura giuridica*

La tipizzazione dell'istituto – non previsto nel vecchio codice, ma ampiamente diffuso nella prassi – risolve questioni dibattute, e ripropone all'interprete dubbi irrisolti.

Ne esce risolto, anzitutto, il dibattito intorno alla natura (se a titolo particolare, o universale) della disposizione testamentaria in favore del legittimario. Sotto la vigenza del codice civile del 1865, invero, larga parte della dottrina⁵ e della giurisprudenza attribuiva al legittimario che avesse accettato il legato sostitutivo di legittima la qualità di erede, facendo discendere dalla mancata rinuncia la sola perdita del diritto a conseguire il supplemento⁶. Altri sostenevano, al contrario, che il legittimario che avesse conseguito il legato conservasse la duplice qualità di legittimario e di legatario, con l'obbligo di imputare alla sua quota di legittima il legato ricevuto⁷.

L'entrata in vigore del codice del 1942 scioglie ogni dubbio, prevedendo *expressis verbis* che il legatario che preferisca conseguire il legato, oltre a perdere il diritto di chiedere il supplemento, “non acquista la qualità di erede” (art. 551, 2 comma, prima parte c.c.). Dal che si deduce – *a contrario* – l'acquisto della relativa qualità da parte del legittimario che rinunci al legato, previo (come si vedrà nel prosieguo) vittorioso esperimento dell'azione di riduzione.

Sulla giustificazione giuridica del mancato acquisto della qualità d'erede non v'è consonanza di opinioni.

Non esaustiva è, sul punto, la motivazione di cui alla Relazione preliminare al codice civile, a detta della quale «l'accettazione del legato esclude l'assunzione della qualità di erede, in applicazione del principio che il successore in beni determinati deve essere considerato legatario». Siffatta affermazione contrasta, infatti, con l'art. 588 c.c., ai sensi del quale «l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la

⁵ Cfr. Riferimenti in L. Mengoni, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, Milano, 2000, 114.

⁶ Cfr., sul punto, Cass., 12 giugno 1936; App. Milano, 5 luglio 1932.

⁷ G. Azzariti, *Sul legato in sostituzione di legittima*, in *Riv. Dir. priv.*, 1934, I, 267.

disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio». Sicché, sotto l'imperio del nuovo codice, è acclarato che il successore in beni determinati non necessariamente dovrà essere qualificato come legatario.

Ciò che esclude l'immediato acquisto della qualità di erede e che impone la qualificazione del legittimario quale legatario non è tanto il dato della successione in beni particolari, quanto l'intento – connesso alla disposizione – di privare il coniuge e/o figlio (o ascendente) della partecipazione alla comunione ereditaria. Di talché il “sostituito” non soltanto assumerà le vesti di legatario, ma – al contempo – quelle di legittimario pretermesso.

È, a questo punto, opportuno trattare della natura (anch'essa per nulla pacifica) della vocazione in favore del legittimario.

Parte della dottrina ritiene che, con l'apertura della successione, si determini una doppia vocazione – sia *ex lege* che *ex testamento* – in favore del legittimario onorato di un legato in sostituzione di legittima, sicché opererebbe l'una, piuttosto che l'altra, a seconda dell'esercizio del diritto potestativo di rinuncia⁸ da parte del legittimario. Secondo altra impostazione – di gran lunga prevalente – sarebbe invece ravvisabile una vocazione successiva. Il legittimario sarebbe, dunque, anzitutto chiamato a succedere per testamento; soltanto qualora egli rinunziasse al legato ed esperisse l'azione di riduzione, la chiamata sarebbe *ex lege*⁹.

Entrambe le ricostruzioni, tuttavia, sembrano peccare di eccessivo artificio, nel momento in cui ipotizzano la ricorrenza di una chiamata *ex lege* – contestuale o successiva a quella testamentaria – che, tuttavia, nel caso di pretermissione – come la dottrina dominante oggi è giustamente incline a ritenere¹⁰ – è proprio impedita dalla disposizione testamentaria lesiva.

In accordo ad una terza impostazione¹¹, parrebbe opportuno ravvisare – in caso di predisposizione di un legato in sostituzione

⁸ Di tale opinione è G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, 250.

⁹ L. Mengoni, *op. cit.*, 133 ss.; L. Ferri, *Dei legittimari*, Art. 536-564, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1981.

¹⁰ Cfr., A. Pino, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954.

¹¹ N. Di Mauro, *Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima*, in *Giust. civ.*, 1991, II, 2787.

di legittima – una vocazione unica, a carattere testamentario e a titolo particolare. L'eventuale acquisto della qualità di erede, allora, è conseguenza non di una successiva vocazione *ex lege* instauratasi con l'atto di rinuncia, ma, piuttosto, l'effetto dell'applicazione della disciplina codicistica in favore del legittimario pretermesso. Il legatario – proprio in quanto legittimario pretermesso – se intenzionato a conseguire la propria quota di legittima, potrà esperire l'azione di riduzione, all'esito della quale conseguirà (come qualunque legittimario pretermesso, secondo la dottrina ora predominante¹²) la qualità di erede¹³.

Il legittimario, dunque, è chiamato a succedere a titolo particolare, tramite il lascito di un legato che, se non rinunciato, gli precluderà la possibilità di reclamare la legittima e la sua qualità di erede. Egli è, in sostanza, un legittimario pretermesso, che potrà contentarsi del legato (specie quando il valore risulti superiore a quello della legittima), o rinunziarvi e reclamare la propria qualità di erede.

Può, quindi, meglio comprendersi la già annunciata *ratio* sottesa ad una simile previsione testamentaria. Mediante il legato in sostituzione di legittima, il *de cuius* intende privare il legittimario della partecipazione alla comunione ereditaria, e, dunque, della quota legittima prevista dalla legge. Da ciò, l'effetto *privativo* (rispetto alla comunione ereditaria, per l'appunto) e, al contempo, *tacitativo* (quanto ai diritti successori spettanti per legge) della disposizione.

¹² Si fa presente che l'opinione non era pacifica nel passato. Sotto la vigenza del codice precedente, autorevole dottrina (L. Coviello Jr., *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938, 307) sosteneva che il legittimario acquistasse la qualità di erede con la sola apertura della successione, anche nel caso in cui fosse stato pretermesso.

¹³ Si rammenti l'opinione contraria di V. E. Cantelmo, *L'istituto della riserva*, in *Successioni e Donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 467. In controtendenza rispetto all'orientamento dominante (per il quale vedi, *ex multis*, L. Mengoni, *op. cit.*, 60 ss.; G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 5, I, Torino, 1997, *passim*; G. Grosso, A. Burdese, *Le successioni. Parte generale*, Torino, 1977, 89) l'Autore nega che, per mezzo dell'azione di riduzione, il legittimario pretermesso consegua una *quota hereditatis*, e quindi la qualità di erede. All'esito del giudizio, egli potrebbe ottenere soltanto la titolarità di beni che facevano capo al defunto, ma che "egli acquista dall'erede testamentario per l'impossibilità di far derivare l'acquisto dal *de cuius*". Aderisce all'indirizzo minoritario anche L. Ferri, *op. cit.*, 7.

Tale premessa non ha valore meramente teorico. La qualificazione della posizione giuridica del legittimario acquista primario rilievo, ai fini della determinazione della disciplina concretamente applicabile, con riferimento, anzitutto, all'accettazione e alla rinuncia del legato.

Prima ancora, essa consente di dubitare della fondatezza di quella dottrina che afferma la capacità del legittimario di succedere *ab intestato*, nell'eventualità in cui il testatore non abbia disposto della totalità del proprio patrimonio ereditario, o qualora l'erede istituito non voglia (o non possa) accettare.

Si sostiene, in tale ottica, che l'accettazione del legato sostitutivo avrebbe il solo effetto di tacitare i diritti spettanti al legittimario quanto alla quota di riserva, senza escludere costui da ogni diritto sui beni non devoluti ad altri soggetti. Si aggiunge¹⁴ che, al fine di determinare l'esclusione del legittimario da un eventuale successione legittima, occorrerebbe una manifestazione di volontà ulteriore e diversa da quella sottesa al legato in sostituzione di legittima, che è diretta soltanto a privare il legittimario del diritto di reclamare la quota di riserva contro gli eredi istituiti¹⁵.

Quanto sopra accennato circa la natura della vocazione e della posizione giuridica del legittimario, induce, tuttavia, ad aderire a diversa opinione.

La mancata rinuncia al legato consolida un acquisto a titolo particolare in capo al legittimario, che, non acquistando la qualità di erede, assume quella di legatario a tutti gli effetti. Egli si trova, conseguentemente, escluso completamente dalla comunione ereditaria, cosicché – nell'eventualità ora esaminata – non avrebbe alcun titolo per concorrere sui beni devoluti per successione legittima¹⁶.

¹⁴ In tal senso, L. Mengoni, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 114 ss.

¹⁵ L'autore ritiene, a tal proposito, che una eventuale volontà diseredativa dovrebbe formare oggetto di una autonoma disposizione, rispetto al legato stesso, e sarebbe, oltretutto, da valutarne la legittimità, in base alla questione della ammissibilità della clausola di diseredazione. Su tale ultimo punto, si veda M. Bin, *La diseredazione, contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966.

¹⁶ È di tale avviso F. Santoro Passarelli, *Legato privativo di legittima*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 697.

L'intento del testatore di escludere il legittimario dalla comunione incidentale sarebbe, infatti, frustrato, qualora, per non aver egli disposto della totalità del suo patrimonio, si aprisse la successione legittima¹⁷.

Pare, conclusivamente, doversi convenire con quanti hanno affermato che «il conseguimento del legato preclude ogni possibilità di chiedere il supplemento, come di divenire erede, a qualsiasi titolo, del testatore»¹⁸.

3. *Modalità alternativa di attribuzione della legittima?*

Secondo autorevole interpretazione, il legato sostitutivo non sarebbe altro, se non «la stessa legittima in forma di attribuzione a titolo di legato»¹⁹. Tanto viene desunto, in primo luogo, dalla circostanza che, ai sensi del comma 3 dell'art. 551 c.c., il legato tacitativo “grava” sulla indisponibile: il verbo gravare, in tale accezione, è interpretato come sinonimo di “imputare”, a significare la sua interpretazione come «modo di attribuzione concreto della legittima».

In senso critico, si è sottolineata la necessità di non cadere in facili automatismi. Il dato normativo (che fa riferimento ad un legato “*in sostituzione*”) già di per sé imporrebbe una cautela nell'assimilare i due fenomeni. La menzione della *sostituzione*, in tale ottica, farebbe emergere le differenze, ancora prima che le affinità, tra gli istituti²⁰. Ancora, si è posta in luce la non necessaria corrispondenza tra valore del legato e misura della

¹⁷ A tale proposito, si è sostenuto anche che la menzione, nell'art. 551 c.c., della perdita della qualità di erede (per il legittimario che scelga di conseguire il legato) non può essere riferita esclusivamente all'erede testamentario, dal momento che la mancanza di qualità sarebbe già insita nel fatto di aver ricevuto un legato, e non avrebbe avuto la necessità di essere ulteriormente esplicitata. Ne discende che tale esplicitazione potrebbe assumere senso e rilievo «solo se riferita alla posizione di erede legittimo *contra testamentum*, cioè alla possibilità di entrare a fare parte della comunione ereditaria, grazie alla delazione *ex lege*, nonostante la volontà contraria manifestata dal testatore». G. Musolino, *Legato in sostituzione di legittima: volontà del testatore e volontà del beneficiario*, in *Riv. Notar.*, 2012, 2, 466.

¹⁸ G. Musolino, *op. cit.*, 466.

¹⁹ L. Megoni, *op. cit.*, 126.

²⁰ G. Tamburrino, *op. cit.*, 1364.

legittima, che potrebbe essere di importo superiore o inferiore rispetto al valore del primo. Si precisa che la predisposizione, da parte del legislatore, del meccanismo teso all'attribuzione del supplemento sottenderebbe proprio la prospettiva di «valorizzare la peculiarità dell'istituto rispetto alla legittima, svincolando il primo da ogni riferimento alla concreta dimensione, quantitativa e qualitativa, assunta dalla quota di riserva»²¹.

L'interpretazione è stata consolidata dalla Suprema Corte, che ha inteso rimarcare le distinzioni sussistenti tra il legittimario/legatario in sostituzione e il chiamato all'eredità.

Si è valutato come decisivo, in tal senso, il rilievo che il legato si collocherebbe «in un'ottica alternativa a quella dell'attribuzione della quota di riserva, non potendo dubitarsi che l'istituto in esame, rispondente ad una esigenza di bilanciamento tra la tutela dei diritti del legittimario ed il riconoscimento della volontà del legislatore di escludere quest'ultimo dalla partecipazione alla comunione ereditaria, resta pur sempre caratterizzato da una attribuzione a titolo particolare – di per sé svincolata da ogni riferimento alla concreta dimensione della quota di riserva – che esonera il legatario da responsabilità per i debiti ereditari»²².

Tale interpretazione, da preferire, non contrasta (come potrebbe ritenersi) con l'imputazione del legato alla legittima. La giustificazione discende *de plano* – ancora una volta – dalla già analizzata natura giuridica della posizione del legittimario: scegliendo di conseguire il legato, egli perde definitivamente la possibilità di acquistare la qualità di erede, ma mantiene in ogni caso quella di legittimario (ancorché pretermesso), in ragione della quale vedrà il lascito imputato proprio sulla legittima.

²¹ S. Calcinai, *Brevi note in tema di legato in sostituzione di legittima e art. 549 c.c.*, in *Vita not.*, 1999, II, 3, CLXI. L'Autore sostiene che la scelta di far gravare il legato sulla quota di riserva risponderebbe ad esigenze essenzialmente equitative, «sul presupposto che risulterebbe altrettanto iniquo veder 'sacrificate' le disposizioni fatte sulla disponibile per il solo fatto che sia stato previsto (e accettato) un legato in sostituzione di legittima. Senza poi dire della bizzarria costituita da un legato che in astratto sostituisce la legittima, mentre in concreto risulterebbe un *quid pluris* rispetto ad essa, senza alcuna plausibile giustificazione sistematica e sicuramente con gravi conseguenze sul piano degli effetti». *Ivi*, CLXIV.

²² Cass., Sez. Un., 29 marzo 2011, n. 7098, in *Dejure online*.

4. Interpretazione della volontà testamentaria

Prima di procedere con l'analisi delle modalità di acquisto e rinuncia del legato sostitutivo, è opportuno trattare, in via preliminare, dei parametri da adottare per l'interpretazione della volontà testamentaria e, dunque, al fine della corretta individuazione di un legato in sostituzione di legittima.

Come noto, l'indagine involge una *quaestio voluntatis*, da risolvere con consueti canoni ermeneutici concernenti l'interpretazione del testamento. L'attività si risolve in un apprezzamento di fatti demandato al giudice di merito, e dunque insindacabile in sede di legittimità, se coerentemente motivato senza errori logici o di diritto²³. A tal fine, la giurisprudenza (e con essa concorde dottrina) è costante nel ritenere che, se da un lato non si richiedono formule sacramentali, non sarebbe – d'altro canto – sufficiente l'espressa istituzione a titolo di “legato sostitutivo”, o l'impiego di espressioni equivalenti (quali “a tacitazione”, ovvero “in sostituzione” della legittima). Né è reputato imprescindibile il riferimento all'alternativa rimessa al legatario (conseguimento o rinuncia al legato, con conseguente possibilità di acquisto della qualità di erede), essendo espresse dalla stessa legge le conseguenze dell'esercizio di tale facoltà da parte dell'istituito.

Ciò che è necessario, invece, è che risulti l'intenzione *inequivoca* del testatore di soddisfare il legittimario mediante l'attribuzione di beni determinati, senza chiamarlo all'eredità. Sulla base di quanto precisato sopra, s'impone la necessità di indagare se, con la disposizione testamentaria, il *de cuius* abbia inteso istituire un terzo come erede *ex asse*, e in tal modo estromettere il legittimario dalla comunione ereditaria, oppure se abbia voluto istituirlo erede della disponibile, non essendo di per sé sufficiente, ai fini della qualificazione del lascito, che un terzo venga istituito erede²⁴.

È pacifico, ad ogni modo, che la volontà del testatore possa essere desunta non soltanto da una clausola espressa, ma anche

²³ Cass., 16 maggio 1977, n. 1991, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Successione ereditaria*, n. 57.

²⁴ L. Mengoni, *op. cit.*, *passim*.

attraverso l'analisi del complessivo contenuto dell'atto. In tal senso – a scopo esemplificativo – si è qualificata una disposizione come legato in sostituzione di legittima attraverso il collegamento di molteplici incisi del testamento, in grado di rivelare l'intenzione pienamente soddisfattiva del legato²⁵.

Ne consegue che, allorquando il ridetto intento tacitativo non risulti desumibile in modo assoluto, il legato sarà da intendersi come ordinato in conto di legittima.

5. *L'acquisto del legato sostitutivo*

Come ben noto, ai sensi dell'art. 649 c.c., l'acquisto del legato è disciplinato in modo nettamente differente da quello dell'eredità. A fronte della formalità prevista per la seconda (Cfr., artt. 470 ss c.c.), il primo *si acquista senza bisogno d'accettazione*, ferma restando la facoltà della *rinunzia*. Ad una eventuale accettazione dovrebbe imputarsi, dunque, non la produzione degli effetti – che si verifica *ex lege* al momento dell'apertura della successione – ma l'efficacia di stabilizzare irrevocabilmente l'effetto del legato e precludere all'onorato la possibilità di rinunziarvi.

Si ritiene che l'accettazione – che è *actus legitimus* – non richieda forme particolari, e possa essere anche tacita o per fatti concludenti integranti l'esercizio del diritto dedotto ad oggetto del legato, e quindi di per sé implicanti la volontà di non rinunziarvi²⁶.

²⁵ Quali l'interpretazione combinata di due affermazioni, da parte del testatore. Quella di «aver speso per il figlio Giacomo somme ingenti; molto più di quanto avrebbe potuto lasciargli», e quella di «volere, nonostante il dissesto finanziario derivante alla famiglia dalla erogazione di tale somma e di altre spese per mantenerlo agli studi, assegnargli la terza parte di un terreno affinché si ricordasse del genitore». La Suprema Corte, nell'evidenziare la logicità della pronunzia di merito sul punto, ha affermato che «al convincimento espressamente manifestato dal testatore [...] di aver erogato in vita somme d'importo maggiore del valore della quota spettante sull'eredità, dovrebbe corrispondere (tenute presenti la mentalità, la cultura, il modo di concepire il rapporto con i figli, di un medio padre di famiglia) l'intenzione di attribuire efficacia in ogni caso soddisfattiva alla ulteriore assegnazione patrimoniale». Cfr., Cass., 26 gennaio 1990, n. 459, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1990, I, 667.

²⁶ Tale orientamento è consolidato da costante giurisprudenza, in ultimo avallata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass., Sez. Un., 29 marzo 2011, n. 7098, in *Dejure online*), che hanno evidenziato che l'acquisto automatico del legato è

Va segnalata, tuttavia, l'esistenza di una interpretazione contraria, per la quale l'art. 649 c.c. non avrebbe inteso escludere la necessità di una accettazione, ma semplicemente avrebbe ritenuto «superfluo regolarla, potendosi ricorrere ai principi generali»²⁷.

Una voce intermedia scinde il momento dell'acquisto del legato (apertura della successione) da quello del perfezionamento della fattispecie acquisitiva, che sarebbe da ricollegare alla successiva accettazione. Si argomenta, sul punto, che la previsione della facoltà della rinuncia lascerebbe l'acquisto in uno stato di pendenza e incertezza, sicché l'acquisto si perfezionerebbe soltanto al momento della caduta di questa facoltà²⁸.

Dall'esame di plurime fattispecie normative di acquisto non automatico del legato (art. 320, comma 3 e 374 comma 3 c.c.), nonché in ragione della qualificazione della rinuncia *ex art. 649* quale *rifiuto*²⁹ – e dunque quale *atto che paralizza l'iter di acquisto di un diritto* – si è, infine, affermato che il conseguimento del legato non sarebbe automatico, ma integrerebbe una fattispecie complessa, composta dalla disposizione a titolo particolare e dallo spirare del tempo senza che l'onorato rifiuti³⁰.

confermato in primo luogo dalla inequivocabile lettera della legge, e giustificato – nel diversificarsi dall'acquisto dell'eredità (che ai sensi dell'art. 470 c.c. e ss., deve essere accettata per produrre effetto) – con il principio della non responsabilità per i debiti ereditari da parte del legatario, il quale invero è tenuto all'adempimento del legato e di ogni altro onere a lui imposto dal testatore entro i limiti del valore della cosa legata (art. 671 c.c.).

²⁷ A. Cicu, *Testamento*, Milano, 1951, 234.

²⁸ Secondo L. Ferri, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, 11 ss.: «La fattispecie acquisitiva raggiunge il suo compimento, cioè si perfeziona, solo quando il legittimario non abbia più il potere di 'rinunciare' al legato».

²⁹ Si afferma, in tal senso, che «se si trattasse di un genuino atto di dismissione, il diritto legato passerebbe allo Stato, ove avesse ad oggetto beni immobili (art. 827 c.c.), o diverrebbe nullius, in caso di beni mobili; mentre è pacifico che il ripudio del legato non determina la fuoriuscita del diritto dalla vicenda successoria: qualora non operino sostituzione, rappresentazione od accrescimento, il legato torna infatti nella massa, andando in profitto all'onerato»; che, inoltre, «l'attribuzione della facoltà di rinuncia, intesa come facoltà di dismettere un diritto già acquistato, sarebbe risultata del tutto superflua, giacché il potere di rinunciare ai diritti che fanno parte della propria sfera giuridica costituisce una manifestazione del potere di disposizione»; e che, infine, «l'esistenza dell'actio interrogatoria dimostra quindi che la situazione è di pendenza e non di definitività». E. Damiani, *Il legato*, in *Le successioni*, I, Bologna, 2012, 233 ss.

³⁰ In tal senso, Cfr. Anche S. Nardi, *Riflessioni in tema di rinuncia al c.d. "legato immobiliare"*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1914 ss. Secondo l'autore, la rinuncia di cui

È controverso se la disciplina generale subisca delle deroghe con riferimento al legato in sostituzione di legittima. In senso affermativo, vi è chi ha ritenuto che il disposto di cui all'art. 649 c.c. non si applicherebbe in tale ultimo caso, necessitando pur sempre il legato in sostituzione di una accettazione. Si motiva l'assunto sulla base del rilievo che, incidendosi sui diritti riservati *ex lege*, non si potrebbe prescindere da una determinazione volitiva del legittimario³¹; pure si sono invocate esigenze di logicità e simmetria, sulla base delle quali, richiedendo il codice la manifestazione dell'intento di respingere il legato e chiedere la legittima, si è sostenuta la necessità di un omologo atto di volontà per l'acquisto del legato (e il contestuale rifiuto della legittima), essendo peraltro «curioso che il codice riannodi una conseguenza così gravosa (perdita del diritto di reclamare la legittima a titolo di erede) all'effetto minore (consolidamento dell'acquisto), anziché a quello maggiore (produzione dell'acquisto)»³².

Altra parte della dottrina argomenta dal tenore letterale della norma. Si sostiene, in particolare, che l'espressione “conseguire il legato” sarebbe da interpretare alla stregua di una “previsione legale di un diritto di scelta”, il cui atto di esercizio consisterebbe in una dichiarazione negoziale di preferenza diversa dall'accettazione³³. D'altra parte, si afferma che il legatario, dovendo dichiarare se preferisce conseguire il legato, compie, in caso affermativo, un'accettazione implicita dello stesso³⁴.

Si contrappone l'opinione di quanti ritengono che la disciplina dell'acquisto del legato in sostituzione di legittima non derogherebbe dalla disciplina generale in materia di legato, sicché l'unico effetto attribuibile all'accettazione sarebbe quello di ren-

all'art. 649 c.c. andrebbe più correttamente qualificata come rifiuto, sicché il legatario conseguirebbe “automaticamente il diritto al legato e non il diritto legato”. Ciò che il legatario acquisterebbe *ipso iure* è, dunque, una situazione potestativa in base alla quale lo stesso potrà rifiutare, o meno, perfezionando in positivo o in negativo il procedimento acquisitivo del diritto legato.

³¹ L'opinione è di N. Di Mauro, *Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima*, in *Giust. civ.*, 1991, II, 2787.

³² E. Damiani, *Note sull'acquisto del legato*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Napoli, 2013, 555 ss.

³³ Di tale avviso è L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 143; U. Morello, *Accettazione o preferenza nel legato in sostituzione di legittima*, in *Foro it.*, 1964, I, 586.

³⁴ F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, Milano, 1970, 499.

dere tale dichiarazione irrevocabile, e così privare il legittimario della facoltà di rinunciare all'acquisto.

L'incertezza è perpetrata dalla stessa legge. In particolare, dal primo inciso del secondo comma dell'art. 551, che, evocando la scelta incombente sull'onorato ("se preferisce di conseguire il legato"), insinua il dubbio della sussistenza di una facoltà alternativa, in capo al legatario, destinata a risolversi con l'atto di scelta o di rinuncia.

Pare doversi convenire con chi³⁵ ha attribuito a tale espressione una portata meramente empirica, e non tecnico-giuridica³⁶. Del resto, se è vero che (come da noi affermato in premessa) il legato in sostituzione ha natura di vero e proprio legato, ne discende l'applicazione della disciplina prevista in materia di legato, anzitutto con riferimento alle modalità d'acquisto.

Sicché, come generalmente disciplinato dall'art. 649 c.c., dovrà affermarsi che anche il legato in sostituzione di legittima *si acquista senza bisogno di accettazione*. Eventuali comportamenti di adesione al legato avrebbero, dunque, il solo effetto di consolidare un acquisto già avvenuto *ex lege*, e determinare la caducazione della facoltà di rinuncia (e, dunque, del diritto di richiedere la legittima).

In tal senso, è peraltro orientata la giurisprudenza prevalente, costante nell'affermare che «un comportamento del beneficiario del legato sostitutivo di legittima dal quale sia dato desumere la volontà, espressa o tacita, dello stesso di conservare il legato, assume per un verso valenza confermativa, seppur superflua, della già realizzata acquisizione patrimoniale, e per altro verso comporta *ope legis* la contemporanea caducazione del diritto di chiedere la legittima»³⁷.

A fronte di tale condotta, non potrebbe essere posto rimedio neppure con eventuali atti successivi di resipiscenza, «attesa la

³⁵ L. Mengoni, *op. cit.*, *passim*.

³⁶ In tal senso, si pure affermato che l'espressione normativa ben potrebbe riferirsi all'acquisto del possesso dell'oggetto della disposizione a titolo particolare, «stante il sistema di trasmissione del possesso che prevede la consegna del bene dall'erede testamentario al legatario ai fini del conseguimento del possesso». Cfr., V.E. Cantelmo, *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 527.

³⁷ Cfr., Cass., 16 maggio 2007, n. 11288, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5ª ed. in *Riv. Not.*, 2008, 1152, con nota di Romoli.

definitività e la irretrattabilità degli effetti acquisitivi del lascito testamentario correlati a detta manifestazione di volontà e la consequenziale impossibilità di reviviscenza del diritto di scelta tra il legato sostitutivo e la richiesta di legittima, rimasto caducato al momento stesso in cui è stata manifestata la volontà di conservare il legato»³⁸.

Quanto agli atti riconosciuti come idonei a configurare una “accettazione” (nei limiti degli effetti già evidenziati), la giurisprudenza ritiene che la volontà di conseguire il legato possa essere manifestata anche *per facta concludentia*³⁹, sicché si rende necessaria l'indagine della condotta del legatario (precedente e successiva alla proposizione dell'azione di riduzione), onde trarre elementi in grado di decodificarne l'intendimento. In tal senso, si è riconosciuta idoneità all'atto del legittimario che, conoscendo l'esistenza del legato sostitutivo, si immetta nel possesso dei beni legati⁴⁰ o compia atti di disposizione, mentre non è stata reputata sufficiente la mera richiesta della legittima, né l'esperimento dell'azione di riduzione⁴¹ (su cui, vedi *infra*), che potrebbe sottendere il duplice intento di conservare il legato e conseguire la legittima⁴².

Conclusivamente, la previsione normativa «se preferisce conseguire il legato, perde il diritto di chiedere il supplemento» va interpretata nel senso che la perdita del diritto di chiedere il supplemento deriva non da una manifestazione di volontà di acquistare il legato (del tutto superflua ai fini acquisitivi), bensì, dalla mancata effettuazione della rinuncia⁴³.

³⁸ Cfr., Cass., 16 maggio 2007, n. 11288, cit.

³⁹ Così, Cass., 27 maggio 1996, n. 4883, in *Foro it.*, 1996, I, 3124.

⁴⁰ Cass., 16 maggio 2007, n. 11288, cit.

⁴¹ Una isolata pronuncia ha ritenuto, invece, che la rinuncia al legato sarebbe sufficiente per l'acquisto della qualità di erede: Cass., 24 febbraio 1984, n. 1311, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Successione ereditaria*, n. 63.

⁴² Cass., 11 novembre 2008, n. 26955, in *Riv. Not.*, 2009, 720.

⁴³ Cass., 26 gennaio 1990, n. 459, in *Vita not.*, 1990, 167.

Al riguardo, peraltro, si ritiene doversi convenire con chi ha puntualizzato che la questione non potrebbe essere risolta astrattamente, richiedendosi l'indagine del contenuto della domanda. Laddove essa sia incompatibile con la volontà di trattenere il legato, dunque, v'è da ritenere che la rinuncia sarebbe implicita nella domanda di riduzione.

6. Rinunzia

Conseguenza dell'adesione alla teoria dell'acquisto del legato *ipso iure* al momento dell'apertura della successione è che, al fine dell'acquisto della legittima e, soprattutto, della qualità di erede, non è sufficiente il solo esperimento dell'azione di riduzione, richiedendosi, preliminarmente, l'avvenuta rinunzia al legato sostitutivo⁴⁴. Né la rinunzia basterebbe di per sé a rendere il legittimario partecipe della comunione ereditaria, necessitandosi all'uopo il successivo esperimento dell'azione di riduzione. È proprio mediante la rinunzia e il susseguente incardinamento dell'azione di riduzione, infatti, che si avvera la condizione risolutiva apposta *ex lege* al legato, il quale si ha come inesistente sin dal momento dell'apertura della successione (efficacia *ex tunc*).

È, peraltro, discusso se, nel caso in esame, ricorra una fattispecie di rinunzia in senso tecnico.

Parte della dottrina è di avviso positivo, in considerazione del rilievo che l'atto di rinunzia avrebbe un'efficacia abdicativa (e non traslativa) di un acquisto già verificatosi⁴⁵ *ipso iure* al momento dell'apertura della successione.

Secondo altra interpretazione, invece, si tratterebbe di un *rifiuto* eliminativo, atto a rimuovere, retroattivamente, gli effetti già prodottisi nel patrimonio del legatario, ma non ancora stabilizzatisi. Sicché, in tale ottica, non si rinunzierebbe ad un diritto di accettare l'eredità (essendo la rinunzia concepibile soltanto con riferimento ad un diritto già acquistato), ma si intenderebbe rifiutare la delazione, quindi l'offerta dell'eredità⁴⁶.

Il contrasto si ricollega alla individuazione della forma dell'atto di rinunzia, che sarebbe libera, seguendo la tesi del mero rifiuto⁴⁷, anche per gli atti incidenti sull'acquisto di un diritto

⁴⁴ Isolatissima, una pronuncia per la quale l'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione non comporterebbe di per sé l'acquisto della qualità di erede; egli sarebbe un mero chiamato, ed acquisterebbe il diritto di accettare l'eredità; Cass., 3 dicembre 1996, n. 10775, in *Riv. Not.*, 1997, 1302.

⁴⁵ S. Pugliatti, *Dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio, Firenze, 1941, 547.

⁴⁶ F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, 514.

⁴⁷ A. Trabucchi, *Forma necessaria per la rinunzia al legato immobiliare e natura della rinunzia al legato sostitutivo*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 911; E. Brunori, *Actio*

reale immobiliare, ma non per la tesi della rinuncia in senso proprio (per la quale la rinuncia al legato avente per oggetto diritti reali su beni immobili dovrebbe rivestire la forma scritta⁴⁸).

La questione è oramai divenuta pacifica in giurisprudenza. La costante prassi giudiziale⁴⁹ afferma che, posto che l'art. 649 – applicabile a ogni tipo di legato – si limita a prevedere la facoltà di rinunciare, senza ulteriori specificazioni, deve ritenersi che, in linea generale, sarebbe possibile la rinuncia anche tacita⁵⁰, mediante fatti concludenti⁵¹. Ricorrerebbe la forma scritta *ad substantiam* soltanto nel caso di legato di immobili, stante il disposto dell'art. 1350, n. 5⁵².

contra se?, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 586; L. Ferri, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Giuffrè, 1960, 12.; S. Nardi, *op. cit.*, 1914.

Da parte di tali autori, si sostiene che, quando non siano previste delle forme particolari, è dubbia l'applicabilità in via analogica delle disposizioni normative previste per istituti affini, cosicché sembrerebbe più opportuno fare ricorso al principio di libertà della forma. Né la mancata forma scritta rappresenterebbe un ostacolo per la trascrizione dell'atto, potendo all'uopo supplire un atto notarile o un provvedimento giurisdizionale ricognitivo di un fatto giuridico già avvenuto.

⁴⁸ G. Azzariti, *Successioni e Donazioni*, cit. 524; G. Stolfi, *Giur. it.*, 1954, I, 1, 754.

⁴⁹ Cass., Sez. Un., 29 marzo 2011, n. 7098, cit., secondo cui l'espressione «se preferisce conseguire il legato, perde il diritto di chiedere il supplemento» induce a ritenere che la perdita del diritto di chiedere un supplemento derivi non già da una manifestazione di volontà di acquistare il legato (invero non necessaria al fine del conseguimento dello stesso), ma dalla mancata rinuncia, da effettuarsi nella forma scritta qualora il legato abbia ad oggetto beni immobili; in altri termini, quindi, l'interpretazione coordinata del primo e dell'art. 551 c.c., comma 2, consente di affermare che la mancata rinuncia al legato in sostituzione di legittima (da effettuarsi nella forma scritta qualora abbia ad oggetto beni immobili) comporta la preclusione del diritto di chiedere sia la legittima, sia un suo supplemento nel caso che il valore del legato sia inferiore ad essa (salvo in quest'ultimo caso che il testatore abbia espressamente attribuito al legittimario la facoltà di chiedere il supplemento); il convincimento ora espresso pertanto trova conforto nell'inquadramento sistematico della norma di cui all'art. 551 c.c., comma 2, in un contesto caratterizzato non solo dal principio generale di cui all'art. 649 c.c., in materia di accettazione del legato e da quello dell'art. 1350 c.c., n. 5, in tema di forma scritta a pena di nullità per gli atti di rinuncia a beni immobili ed ai diritti su beni immobili, ma anche dalla disposizione dello stesso art. 551 c.c., comma 1».

⁵⁰ *Contra*, una risalente pronuncia (Cass., 3 aprile 1950, n. 1040) per la quale la rinuncia dovrebbe essere sempre espressa.

⁵¹ L'unico precedente che afferma la libertà di forma per un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto diritti reali su beni immobili è App. Cagliari, 20 marzo 1961, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Successione legittima o testamentaria*, 121.

⁵² Cfr., Cass., Sez. Un., 29 marzo 2011, n. 7098, cit.: l'art. 551 «prevedendo

Si precisa, in tal senso, che la volontà di rinunciare al legato di beni immobili (per la cui validità è appunto necessaria la forma scritta, ai sensi dell'art. 1350 n. 5 c.c.) può essere dichiarata anche con l'atto di citazione con il quale il legittimario introduce l'azione di riduzione contro le disposizioni testamentarie o legali, ovvero contro le donazioni che ledono la propria quota di legittima. L'atto di citazione, ha infatti natura recettizia e, provenendo dalla parte che, con il rilascio della procura a margine o in calce, ne ha fatto proprio il contenuto, soddisfa altresì il requisito della sottoscrizione, rispettando *in toto* il requisito imposto dal 1350 c.c.⁵³

Ancora, la qualificazione dell'atto di rinuncia incide sulla disciplina della trascrizione.

Così, aderendo alla tesi prevalente, dovrebbe dedursi la necessità di trascrivere, prima dell'atto di rinuncia nei confronti del *de cuius*⁵⁴, l'acquisto automatico da quest'ultimo, adempimento invece non necessario, qualora si intendesse seguire la tesi del rifiuto⁵⁵.

È discusso, infine, il termine entro il quale la rinuncia debba essere formalizzata.

Secondo un primo orientamento, la stessa dovrebbe intervenire antecedentemente o, a limite, contestualmente alla domanda di riduzione⁵⁶.

espressamente la rinuncia al legato quale condizione del diritto di conseguire la legittima, sul presupposto che il testatore ha inteso soddisfare i diritti del legittimario con una disposizione a titolo particolare tacitativa di essi, stabilisce che la volontà del legittimario di ottenere la sua quota di riserva è condizionata alla dismissione del legato in esame, e conferma la necessità della rinuncia ad esso, rinuncia quindi da manifestare nella forma scritta qualora il legato abbia ad oggetto beni immobili; come invero è stato rilevato, la rinuncia al legato sostitutivo cui l'art. 551 c.c., comma 1, subordina la facoltà dell'onorato di chiedere la legittima, non può desumersi di per sé dalla sola dichiarazione di rifiutare le disposizioni testamentarie in quanto lesive dei diritti del legittimario, non potendosi negare a priori a siffatta dichiarazione il significato proprio di una riserva di chiedere soltanto l'integrazione della legittima, ferma restando l'attribuzione del legato (Cass. 14-4-1992 n. 4527; Cass. 11-11-2008 n. 26955)».

⁵³ Il riferimento è a Cass., 9 giugno 2017, n. 14503, in *Dejure online*.

⁵⁴ Vi è, peraltro, chi ritiene che la rinuncia debba essere annotata *ex art.* 2655 c.c., visto il suo effetto risolutivo dell'acquisto automatico (Cfr., F. Gazzoni, *op. cit.*, 252).

⁵⁵ Come ritiene, tra gli altri, G. Sicchiero, *Forma e termine per la rinuncia del legato in sostituzione di legittima (art. 551 c.c.)*, in *Giur. it.*, 2018, 1077.

⁵⁶ In tal senso: Cass., 22 giugno 2005, n. 13380, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce

Appare invece preferibile ritenere che la rinuncia possa intervenire – al più tardi – prima della spedizione della causa in sentenza (e, quindi, anche in sede di comparsa conclusionale), dato che, essendo qualificabile come condizione dell'azione (e non presupposto processuale), la relativa sussistenza andrebbe verificata dal giudice al momento della decisione⁵⁷.

Venendo all'esame degli atti idonei a fungere da rinuncia tacita, va precisato che, secondo parte della dottrina, la scelta potrebbe essere compiuta mediante la proposizione dell'azione giudiziale per conseguire la legittima⁵⁸.

La giurisprudenza costante è però orientata in senso contrario. Si afferma, sul punto, che la semplice proposizione dell'azione di riduzione non rileverebbe di per sé, ben potendo il legittimario reclamare la legittima con l'intenzione di trattenerne il legato in conto⁵⁹. Solo rara giurisprudenza ha ritenuto idonea manifestazione della volontà di rinunciare anche il comportamento univoco e concludente nel caso dell'esercizio dell'azione di riduzione⁶⁰.

Così, non presupporrebbe rinuncia la dichiarazione di accettazione con beneficio d'inventario, con il contestuale rifiuto delle disposizioni testamentarie lesive della legittima e con riserva espressa di domandare l'integrazione nella sede competente⁶¹.

Altra questione sulla quale si registra un contrasto tra opinione dottrina e applicazione giurisprudenziale attiene alla prescrizione della rinuncia.

Secondo la giurisprudenza, la rinuncia, in quanto facoltà, non sarebbe soggetta ad autonoma prescrizione, in base al principio per il quale *in facultativis non datur praescriptio*. Pertanto, fintantoché non risulti prescritta l'azione di riduzione, vi sareb-

Successione ereditaria, n. 127; Cass., 22 luglio 2004, n. 13785, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2691; App. Cagliari, 18 luglio 2000, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 343, con nota di Masala.

⁵⁷ In tal senso, si veda Cass., 26 gennaio 1990, n. 459, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1990, I, 667, con nota di Ansalone.

⁵⁸ Cfr., L. Ferri., *op. cit.*, 136.

⁵⁹ Cfr., Cass., 5 luglio 1971, n. 1683, in *Foro it.*, 1971, I, 2516.

⁶⁰ Cfr., Cass., 19 novembre 1968, n. 2966, in *Foro it.*, I, 1968, I, 2700; Trib. Monza, 7 marzo 1985, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 104.

⁶¹ Cass., 14 aprile 1992, n. 4527, in *Riv. Not.*, 1992, 909.

be la possibilità di rinunciare, anche a procedimento giudiziale già instaurato, trattandosi per l'appunto di condizione dell'azione da accertarsi al momento della decisione.

La soluzione è stata criticata da quanti hanno posto in dubbio la qualificazione della rinuncia alla stregua di una mera facoltà, invece che autonomo diritto. La rinuncia sarebbe, secondo la prospettazione, autonomamente prescrivibile, considerato che la stessa «produce in ogni caso la perdita del diritto attribuito dalla legge o dal testamento, con autonomi effetti sul rapporto successorio»⁶². Si aggiunge che, col mezzo della prescrizione decennale della rinuncia, si soddisferebbe l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, in quanto il decorso avrebbe l'effetto di escludere la perdita e di consolidare l'acquisto del legato.

La questione rischia di divenire materia di un dibattito sterile. Va considerato che, in ogni caso, per l'acquisto della qualità di erede non è sufficiente la mera rinuncia, essendo imprescindibile l'esperimento dell'azione di riduzione. In concreto, a nulla rileva sostenere che la rinuncia avrebbe autonoma prescrizione, perché, in ogni caso, al medesimo termine prescrizione è soggetta anche l'azione di riduzione, sicché, in ogni caso, decorso un decennio, sarebbe comunque prescritto il diritto di reclamare la legittima.

7. Acquisto del legato – rimedi per i creditori

Questione di estremo interesse è quella relativa alla individuazione di eventuali rimedi esperibili da parte dei creditori che si vedano ingiustamente lesi dall'atto di acquiescenza al legato da parte del legittimario e, dunque, dal mancato esperimento dell'azione di riduzione. Ipotesi che – è evidente – acquista preminente rilievo laddove il valore della legittima riservata all'onorato sia di gran lunga più consistente, rispetto a quello del legato sostitutivo acquisito. Allo stesso modo, laddove la disposizione a titolo particolare abbia ad oggetto un diritto in sé non aggredibile da parte dei creditori (si pensi al caso, fre-

⁶² F. Ansalone, *Nota di commento*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1990, I, 674.

quente, del genitore che lasci ad un figlio il diritto di abitazione sulla casa familiare).

La Corte di legittimità è, sul punto, arroccata nella tradizionale negazione della esperibilità delle azioni revocatoria e surrogatoria.

L'esclusione dell'azione pauliana risiede, in particolare, nella delimitazione degli atti abdicativi suscettibili di essere revocati. Sarebbero tali soltanto quelli che vadano a ricollegarsi ad una posizione giuridica già acquisita, ma non quelli che – sostanzandosi in una rinuncia ad una facoltà – non producano una diretta modificazione, né attiva né passiva, del compendio patrimoniale *quo ante* del debitore. Nel caso in esame, dunque, l'esito dell'azione revocatoria non sarebbe quello di un immediato incremento patrimoniale, il quale invece, sarebbe da ricollegarsi ad una situazione giuridica ancora *in fieri*, quale il successivo e vittorioso esperimento dell'azione di riduzione⁶³.

Né sarebbe ammissibile l'azione surrogatoria, posto che l'inerzia richiesta dall'art. 2900 c.c. non potrebbe essere configurata dalla mancata rinuncia al lascito, che è atto positivo di gestione del rapporto successorio da parte del beneficiario, e confermativo *ex lege* della già realizzata attribuzione patrimoniale⁶⁴.

Più complessa è la tesi favorevole all'interpretazione analogica dell'art. 524 c.c., del quale si afferma la natura eccezionale, ma a fattispecie non esclusiva⁶⁵, di talché la norma non sarebbe altro che la concretizzazione settoriale del più generale principio della tutela dei creditori, destinato a restare insoddisfatto nell'ambito in esame, per via dell'inapplicabilità degli artt. 2900-2901 c.c.⁶⁶

⁶³ Sul punto, Cfr., Cass., 19 febbraio 2013, n. 4005, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2013, 828, con nota di Maccari.

⁶⁴ Cfr., Cass., 2 febbraio 2016, n. 1996, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Successione ereditaria*, n. 8.

⁶⁵ Sarebbero a fattispecie esclusiva quelle disposizioni che non appaiono riconducibili ad alcun principio generale, ma sono espressive di un *ius singulare*, che non giustifica l'intoccabilità a casi diversi rispetto a quelli espressamente previsti dal legislatore.

⁶⁶ F. Giovenzana, *La tutela del creditore personale del legittimario tra surrogatoria, revocatoria ed art. 524 c.c.*, in *Notariato*, 2013, 665; S. Pagliantini, *Legittimario pretermesso, fallimento e rinuncia all'azione di riduzione: spigolature sulla cd. volontà testamentaria negativa e tutela dei creditori*, in *Diritto delle*

Si ritiene, sul punto, che – non ammettendosi alcuno strumento di tutela delle ragioni creditorie – mediante il mirato impiego del legato sostitutivo potrebbe verificarsi «un quid di fatto assimilabile ad un patrimonio separato»⁶⁷. Cosicché – si afferma – delle due l'una: o si privilegia la volontà del testatore ammettendosi la conformità di una vicenda successoria premiante le ragioni di un legittimario in difficoltà economica; ovvero, *siccome non è dato riscontrare un qualche indice di meritevolezza civil-costituzionale che giustifichi il conculcare delle ragioni dei creditori*⁶⁸, a loro salvaguardia si forza il dato normativo dell'art. 524 c.c., immaginandone un'applicazione analogica.

Senonché, è dato dubitare della legittimità dell'applicazione analogica del rimedio in esame, predisposto dal legislatore mediante il riferimento ad una situazione affatto specifica e peculiare, che sembrerebbe espressiva proprio di uno *jus singulare*, insuscettibile di applicazione analogica. L'art. 524, infatti, subordina l'*impugnazione della rinuncia da parte dei creditori* all'avvenuta rinuncia all'eredità – benché senza frode – da parte dei creditori. E tuttavia, nel caso di legato in sostituzione di legittima (che, come già osservato, si acquista *ex lege* con l'apertura della successione), anche a voler tralasciare la sostanziale difformità della vocazione e, dunque, della posizione giuridica del legittimario, difetterebbe un atto stesso di rinuncia, in quanto tale impugnabile da parte dei creditori. Né potrebbe assumersi che tale sarebbe la rinuncia all'azione di riduzione, che solo indirettamente consegue all'acquisto del legato da parte del legittimario.

Sembra, in definitiva, che, nel bilanciamento tra libertà testamentaria (garantita dall'art. 42, comma 4, Cost.) e tutela del credito la disciplina codicistica propenda apertamente in favore della prima, con ciò prospettando il non peregrino rischio di una concertata elusione delle ragioni creditorie.

successioni e della famiglia, 2015, 53 ss.; F. Realmonte, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, in *Studi in onore di Mengoni*, I, Milano, 1995, 634.

⁶⁷ S. Pagliantini, *op. cit.*, 62.

⁶⁸ *Ibidem*.

8. *Divieto di pesi e condizioni*

Ulteriore questione che ha visto un contrasto interpretativo è quella relativa all'applicabilità al legato in sostituzione di legittima del divieto di imposizione di pesi e condizioni prescritto dall'art. 549 c.c. con riferimento alla quota legittima⁶⁹. La risoluzione del problema discende, in sostanza, dalla natura del legato in sostituzione di legittima.

Dall'assimilazione di quest'ultimo istituto alla legittima dovrebbe derivare la naturale estensione al primo del divieto, che è posto a tutela e garanzia, per l'appunto, della misura della legittima⁷⁰.

Aderendo alla nostra impostazione, circa la diversità ontologica tra i due istituti, dovrebbe invece inferirsi l'inapplicabilità dell'articolo in esame.

Tale soluzione pare maggiormente in linea, inoltre, con la *ratio* sottesa al legato sostitutivo, per mezzo del quale si intende offrire maggiore spazio alla volontà del testatore, e derogare al principio di intangibilità della legittima. Peraltro, va considerato che il legittimario che si consideri leso dall'imposizione di pesi e/o condizioni eccessivi, potrebbe pur sempre tutelarsi mediante la rinuncia a legato, e il conseguimento della legittima nella sua interezza.

9. *Imputazione del legato – conseguenze per gli altri legittimari*

Ai sensi del terzo comma dell'art. 551, «Il legato in sostituzione della legittima grava sulla porzione indisponibile».

Si è già detto che tale previsione è – secondo l'impostazione qui seguita – diretta conseguenza della qualificazione giuridica del beneficiario del legato come legittimario, nonostante il mancato conseguimento della qualità di erede.

Questione di primario rilievo, nelle concrete applicazioni dell'istituto, è quella se il conseguimento del legato incida, o meno, sul computo della quota spettante agli altri legittimari.

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 549 c.c. «Il testatore non può imporre pesi o condizioni sulla quota spettanti ai legittimari, salva l'applicazione delle norme contenute nel titolo IV di questo libro».

⁷⁰ L'opinione è, ovviamente, di L. Mengoni, *op. cit.*, 126.

La dottrina tradizionale era incline a farvi derivare un accrescimento delle quote dei restanti riservatari⁷¹, con la specificazione che l'accrescimento dovesse avere ad oggetto la minor somma del legato rispetto alla quota di legittima.

Secondo autorevole interpretazione, peraltro, le conseguenze sarebbero differenti, a seconda che venga ad essere tacitato il parente legittimario, ovvero il coniuge. Nel primo caso, essendo la legittima spettante ai figli (o ascendenti) una quota collettivamente e solidalmente riservata, la parte spettante al figlio tacitato si accrescerebbe agli altri; nel secondo caso, invece, accettando il coniuge il legato, la riserva dei figli sarebbe determinata non ai sensi dell'art. 542 c.c., ma *ex art.* 537 c.c.⁷²

In tale direzione, anche la giurisprudenza antecedente al 2006 era incline a determinare la quota di riserva con riferimento alla *situazione concreta degli eredi legittimi che effettivamente concorrono alla ripartizione dell'asse ereditario*, cosicché, nel caso di concorso tra figli e coniuge superstite che rinunci alla qualità di erede, la quota di riserva spettante ai discendenti veniva calcolata ai sensi dell'art. 537 c.c.⁷³

Ancora una volta, pare opportuno rinvenire la soluzione attraverso l'indagine della posizione giuridica del legatario in sostituzione, e della *ratio* sottesa all'istituto: dalla considerazione dell'una, come dell'altra, può dedursi la necessità di negare qualsivoglia operatività dell'accrescimento.

Va, all'uopo, considerato che, conseguendo il legato, il legittimario perde senz'altro la qualifica di erede, ma non quella di legittimario (come comprovato dall'imputazione del valore del legato sulla indisponibile). Sicché sembrerebbe doversi negare

⁷¹ Così, D. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, ediz. a cura di A. Lisierre e G. Florida, Torino, 1988, 1266.

⁷² L. Mengoni, *op. cit.*, 125 ss.

⁷³ Ad esempio, Cass., 11 febbraio 1995, n. 1529, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2119 ha affermato che «ai fini della determinazione della quota di riserva spettante ai discendenti in relazione alle varie ipotesi di concorso con gli altri legittimari, non deve farsi riferimento alla situazione teorica al momento dell'apertura della successione ma alla situazione concreta degli eredi legittimi che effettivamente concorrono alla ripartizione dell'asse ereditario, sicché, nell'ipotesi in cui il coniuge superstite abbia abdicato alla qualità di erede per aver accertato un legato con sostituzione di legittima, detta quota non va desunta dall'art. 542 c.c. in tema di concorso tra coniuge e figli, bensì dall'art. 537 c.c. relativo alla successione dei soli figli».

qualsivoglia possibilità di incremento delle quote degli altri riservatari, e ritenere che l'eventuale supero della quota di legittima spettante al legatario (rispetto al valore del legato tacitativo) debba accrescere la disponibile.

Del resto, la disciplina della successione necessaria è finalizzata all'individuazione di una quota *minima* da destinare a peculiari tipologie di successori, pur nel contesto di un atto mirante a garantire la libertà del testatore. Sicché, in accordo a tale libertà, parrebbe più opportuna la soluzione indicata.

Tale opzione, peraltro, è aderente alla giurisprudenza in tema di calcolo delle quote dei legittimari, inaugurata nel 2006, quando la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con le sentenze "gemelle" nn. 13429 e 13524 del 2006⁷⁴ ha aderito alla teoria della c.d. *crystallizzazione* delle quote, sancendo che – in caso di rinuncia all'azione di riduzione – il computo andrebbe effettuato con riferimento alla situazione esistente al momento dell'apertura della successione, e non a quella determinatasi per effetto del mancato esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario/legatario⁷⁵.

10. Il diritto di chiedere il supplemento: legato in conto di legittima?

La seconda parte del 2 comma dell'art. 551, laddove dispone che «questa disposizione non si applica quando il testatore ha espressamente attribuito al legittimario la facoltà di chiedere il supplemento», ha sollecitato un fitto dibattito dottrinario, anzitutto con riferimento alla tipologia di legato evocata dalla disposizione.

Secondo l'impostazione tradizionale, si tratterebbe di una ipotesi di legato ordinato in conto di legittima⁷⁶. La norma sarebbe, dunque, da coordinarsi con l'art. 564 c.c., secondo comma, c.c. che, nel disciplinare le condizioni per l'esercizio dell'a-

⁷⁴ Il riferimento è alla sentenza del 12 giugno 2006, n. 13524, in *Dejure online*.

⁷⁵ In tempi recenti, ribadito da Cass., 17 giugno 2011, n. 13385, in *Dejure online*.

⁷⁶ G. Cattaneo, *La vocazione legittima e testamentaria*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, 408.

zione di riduzione, stabilisce che in ogni caso il legittimario che agisce in riduzione debba imputare alla sua porzione di legittima le donazioni e i legati a lui fatti, salvo il caso che ne sia stato espressamente dispensato. Coglie nel segno, tuttavia, chi ha osservato l'inutilità di una disposizione che attribuisse ad un erede ciò che già la legge garantisce in via generale (ovvero il diritto di chiedere il supplemento, a fronte di un lascito di importo inferiore a quello della quota di riserva). Sicché, interpretando la disposizione alla stregua di un legato in conto di legittima, la previsione risulterebbe ovvia ed ultronea.

Ad avviso di altri si tratterebbe di un legato sostitutivo, con esplicita previsione del diritto, per il legatario, di chiedere il supplemento⁷⁷. Tale interpretazione, se pure ha il vantaggio di essere aderente alla rubrica dell'articolo esaminato, non pare pienamente convincente. Anzitutto perché, mediante la previsione di un diritto di chiedere il supplemento, verrebbe disattesa la *ratio* dell'istituto, che è quella di attribuire un bene determinato al legittimario, così da tacitarne le pretese successorie e, dunque, escludere la possibilità di reclamare ulteriori beni. La teoria, inoltre, si presta ad una serie di inconvenienti di carattere applicativo, tra i quali figura in primo luogo quello della individuazione del titolo in base al quale il legittimario (che è un mero legatario, nel legato in sostituzione di legittima) possa conseguire il diritto al supplemento. Dovrebbe, all'uopo, ipotizzarsi una chiamata a titolo universale con riferimento alla quota minore idonea a integrare i diritti del legittimario (il supplemento, appunto), e, conseguentemente, la partecipazione dell'onerato alla comunione ereditaria (in palese contrasto, ancora una volta, con la *ratio* del legato in sostituzione di legittima) limitatamente alla porzione corrispondente al supplemento.

⁷⁷ L. Ferri, *op. cit.*, 29; nello stesso senso M. Ieva, *Attribuzione al coniuge attributiva dell'usufrutto generale di tutti gli immobili compresi nel patrimonio: legato in conto di legittima*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 2, 143. Secondo l'autore, la disposizione prevederebbe una ipotesi di legato in sostituzione di legittima, con la possibilità del legittimario di esperire l'azione di riduzione mediante la quale conseguire una frazione della quota riservata pari a quello del supplemento. Sicché solo in riferimento a tale frazione egli acquisterebbe la qualità di erede.

È necessario considerare, anzitutto, la lettera della norma. Il secondo comma dell'art. 551, come già osservato, fa derivare dalla mancata rinunzia del legato una duplice conseguenza: a) la perdita del diritto di chiedere il supplemento e b) il mancato acquisto della qualità di erede. L'inciso immediatamente successivo, prevedendo che "questa disposizione non si applica", intende, con tutta evidenza, escludere – per il legittimario cui sia stata attribuita la facoltà di chiedere il supplemento – entrambe le suindicate conseguenze disciplinari, con la derivante possibilità – per il legatario – non soltanto di chiedere il supplemento, ma anche di acquistare la qualità di erede. Né potrebbe sostenersi – come pure si è tentato di sostenere – che il richiamo non sia da estendersi all'ultima parte della disposizione (quella che prescrive il mancato acquisto della qualità di erede) non ravvisandosi alcuna ragione per una siffatta interpretazione limitativa, peraltro contraria alla lettera della legge.

Se, come ampiamente osservato, il beneficiario di un legato sostitutivo è un mero legatario, dovrà quindi affermarsi la perfetta incompatibilità tra acquisto del legato sostitutivo e diritto di chiedere il supplemento.

Sussiste, poi, un'opinione intermedia e relativistica, secondo la quale la disposizione non prevederebbe un solo e univoco istituto, ma potrebbe dar luogo – alternativamente – ad un legato in conto di legittima, ovvero a ad un legato sostitutivo con attribuzione del diritto di chiedere il supplemento, nell'eventualità in cui l'imputazione del legato alla legittima non ne copra l'intero ammontare⁷⁸. Il dubbio dovrebbe essere sciolto mediante l'analisi del testamento, onde rinvenirne la *voluntas* del testatore.

Appare, tuttavia, più convincente la teoria per la quale la disposizione prevederebbe una attribuzione ereditaria a tutti gli effetti, con particolare conformazione della quota. La volontà di non privare il legittimario del diritto di chiedere il supplemento

⁷⁸ Si configurerebbe, in tale ultimo caso, un diritto di credito analogo *all'actio ad supplendam legitimam*, deferito al legittimario per indurlo ad accettare il legato. L'opinione è di L. Mengoni, *op. cit.*, 129.

implica, nei fatti, la volontà di non privarlo della quota di eredità a lui riservata, sicché «la volontà del testatore è, in realtà, quella di istituire il legittimario nella quota di legittima»⁷⁹. Il legittimario sarebbe, dunque, un erede testamentario, la cui quota è, in parte, già determinata dal testatore.

Ne consegue, conclusivamente, una diversa individuazione dell'azione spettante al legittimario che intenda reclamare la legittima: non l'azione di riduzione (opzione da preferire per il legato in conto di legittima), ma l'azione di petizione ereditaria, previa preventiva accettazione dell'eredità nella sua interezza.

11. *Legato in conto di legittima*

Escluso, dunque, che l'art. 551 c.c. preveda una ipotesi di legato in conto di legittima, sicure menzioni dell'istituto figurano agli artt. 552 e 564 c.c. Nessuna delle disposizioni si occupa del piano definitivo, disciplinando la prima gli effetti della rinuncia all'eredità da parte del legittimario-legatario, la seconda le regole d'imputazione delle liberalità, per l'ipotesi di esperimento dell'azione di riduzione.

Il legato in conto di legittima costituisce «l'ipotesi normale di legato»⁸⁰, che ricorre ogni qualvolta il *de cuius* abbia disposto un legato in favore del legittimario, senza null'altro specificare. Si è già accennato – con riferimento al legato in sostituzione di legittima – che, nell'interpretazione della volontà del testatore, la disposizione di un legato in favore di un legittimario dovrà presuntivamente essere interpretata alla stregua di un legato in conto di legittima. Soltanto allorquando risulti la inequivocabile intenzione di estromettere il legatario dalla comunione ereditaria e tacitarne i diritti successori, la disposizione a titolo partico-

⁷⁹ G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, vol. I, Milano, 2009, 507; similmente, N. Toscano, *Il commento*, in *Notariato*, 2009, 3, 258, per il quale l'istituto in esame sarebbe «un caso particolare di assegnazione della quota mediante il legato»: il lascito non sarebbe cumulabile con la quota, e, dunque, non avrebbe la natura di prelegato. Inoltre, il beneficiario potrebbe rinunciare alla quota e tenere il legato, ovvero accettare l'eredità e rifiutare il legato.

⁸⁰ G. Capozzi, *op. cit.*, 508.

lare andrà interpretata alla stregua di un legato in sostituzione di legittima⁸¹.

In caso contrario, dunque, il valore del bene legato andrà imputato alla quota legittima, sicché – qualora di importo inferiore alla stessa – sussisterà il diritto del beneficiario di agire in riduzione per la differenza.

In ciò l'istituto differisce dal legato in sostituzione di legittima – che non fa salva la facoltà di chiedere il supplemento e non attribuisce la qualità di erede – come pure dal prelegato (art. 661 c.c.) – che è cumulabile con la legittima – e dall'assegno divisionale, che è porzione formata direttamente dal testatore in sede di divisione.

Non suscita particolare difficoltà ermeneutica l'art. 564 c.c., a norma del cui secondo comma «il legittimario, che domanda la riduzione di donazioni o di disposizioni testamentarie, deve imputare alla sua porzione legittima le donazioni e i legati a lui fatti, salvo che ne sia stato espressamente dispensato».

Più problematica è, invece, la disciplina di cui all'art. 552 c.c., nella parte in cui dispone gli effetti della rinuncia all'eredità da parte del legittimario, che intenda trattenere il legato ordinato in conto di legittima. Mentre, infatti, qualora egli sia stato dispensato da imputazione potrà ritenere sulla disponibile le donazioni e i legati a lui fatti, nell'eventualità in cui non sia stato dispensato vedrà salve le assegnazioni sulla disponibile nella sola ipotesi in cui le stesse disposizioni non sarebbero state soggette a riduzione, qualora il legittimario avesse accettato l'eredità.

Tale disposizione è stata tradizionalmente interpretata nel senso che «il legittimario, il quale rinunci all'eredità, può trattenere le donazioni e i legati esclusivamente sulla quota disponibile, perdendo quanto ecceda tale quota»⁸².

Siffatta interpretazione è, senza dubbio, aderente alla formulazione del codice previgente che, all'art. 1003 prevedeva, per

⁸¹ Recentemente (Cass., 31 maggio 2018, n. 13868, in *Dejure online*) il principio di diritto è stato applicato con riferimento al lascito dell'usufrutto generale disposto con testamento in favore del coniuge. Secondo la Corte, tale disposizione non esclude la qualità di erede, essendo sempre necessario ricercare la volontà del testatore attraverso la lettura di tutte le disposizioni che compongono il testamento.

⁸² G. Capozzi, *op. cit.*, 510.

l'ipotesi di rinuncia alla successione, la possibilità di «ritenere la donazione o domandare il legato a lui fatto fino alla concorrenza della porzione disponibile». Aggiungeva che il rinunziante «non può ritenere o conseguire nulla a titolo di legittima».

Sennonché, argomentando nei suddetti termini, ne risulta una incomprensibile difformità disciplinare rispetto al legato in sostituzione di legittima. In tal caso, infatti, pur a fronte del mancato acquisto della qualità di erede da parte del legittimario, il legislatore esplicitamente fa gravare il valore della disposizione a titolo particolare sulla legittima, così determinando una contraddizione rispetto a quanto previsto all'articolo immediatamente successivo.

Chi ha tentato⁸³, in tempi recenti, di giustificare l'imputazione del legato in conto sulla disponibile (facendo riferimento agli effetti della rinuncia all'eredità sui rapporti successori), non spiega – tuttavia – proprio le motivazioni della diversa scelta codicistica all'art. 551 c.c.

Se, infatti, si aderisce all'impostazione per la quale il coniuge e il figlio/antecedente che rinunzino all'eredità, pur non acquistando la qualità di erede, non perdono quella di legittimario – e in tal senso si giustifica la previsione per il legato in sostituzione di legittima – non sembrerebbe sussistere alcuna giustificazione atta a spiegare la diversa imputazione, nel caso di rinuncia all'eredità da parte del legatario in conto di legittima.

Tradizionalmente, si è affermato che la disciplina – semplicemente – non avrebbe senso, e sarebbe un chiaro esempio di incoerenza⁸⁴. Si è sostenuto che la previsione sarebbe il risultato applicativo dell'erronea interpretazione della legittima quale quota di eredità, in quanto tale conseguibile solo in qualità di erede, e quindi non dal legittimario beneficiario di un legato in conto, che abbia rinunziato all'eredità. Mentre, dunque, nel caso del legato in sostituzione «il buon senso ha prevalso sui pregiudizi dogmatici, ed è parso logico e naturale che un legato destinato a soddisfare il legittimario dovesse essere attinto dalla

⁸³ C. Carbone, *Il sistema della c.d. quota mobile: una sopravvivenza da ribadire*, in *Studium Iuris*, 2011, 7-8, 763.

⁸⁴ L. Ferri, *op. cit.*, 128.

legittima»⁸⁵, nel caso in esame il legislatore sarebbe stato vittima di pregiudizi ed incoerenza.

Questa pare – in effetti – l'unica spiegazione della vistosa incoerenza disciplinare, sicché sarebbe opportuno – in ragione di quanto più volte affermato circa la posizione giuridica del legatario e della attuale negazione dell'interpretazione della legittima quale quota di eredità – estendere anche al legato in conto la disciplina prevista dall'articolo immediatamente precedente⁸⁶.

Resta, a questo punto, da indagare sulla *ratio* sottesa alla complessa disciplina prevista dalla seconda parte dell'art. 552 c.c., con riferimento al legatario che, pur rinunciando all'eredità, intendesse ritenere il legato (come già osservato, sulla disponibile).

Taluno⁸⁷ ha interpretato la disciplina in esame alla stregua di una sanzione prospettata dal legislatore proprio a fronte della rinuncia all'eredità da parte del legittimario, e al fine di scongiurare una frustrazione della volontà del testatore (il quale, avendo diligentemente attribuito a terzi nei limiti della disponibile, non avrebbe potuto immaginare lo scenario a seguito della rinuncia da parte di un legittimario).

Mediante l'inversione dell'ordine di riduzione da parte dei legittimari non rinunzianti – che dovranno anzitutto rivalersi nei confronti del rinunziante – si intende, in effetti, aderire quanto maggiormente possibile alla volontà del *de cuius*, il quale, in assenza di dispensa dall'imputazione, con tutta probabilità intendeva che le donazioni e i legati nei confronti del legittimario rinunziante gravassero sulla legittima, e che – dunque – rimasero integre le disposizioni a terzi gravanti sulla disponibile.

In tempi recenti, è stata⁸⁸ avanzata l'opportunità di porre in discussione la tradizionale «affermazione secondo la quale

⁸⁵ *Ivi*, 129.

⁸⁶ La soluzione codicistica è criticata anche da A. Cicu, *Le successioni*, cit., 247. L'autore afferma che «non riusciamo a spiegarci questa diversità di effetti [...]. Pure a noi pare che sarebbe stato più coerente a logica considerare come rinunziata, per effetto della rinuncia alla eredità, quella parte della donazione e del legato che la legge presume fatti in conto di legittima».

⁸⁷ G. Iudica, *Il legato in conto di legittima nel sistema dei legati in favore del legittimario*, in *Scritti in onore di C.M. Bianca*, 2006, II, 597.

⁸⁸ C.M. Bianca, *Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso della Cassazione e i suoi riflessi in tema di donazioni e legati in conto di legittima*, in *Riv.*

la rinuncia all'eredità comporta la sottrazione al legittimario rinunziante della quota di legittima». Prendendo le distanze dall'orientamento maggioritario, si è prospettata l'opportunità di una differente lettura della norma, per la quale il legittimario rinunziante potrebbe conservare il legato nei limiti della legittima e anche trattenerlo sulla disponibile, laddove non si vadano a pregiudicare le assegnazioni che non sarebbero soggette a riduzione qualora il legittimario avesse accettato l'eredità. In ogni caso, mai egli potrebbe essere privato della parte di attribuzione corrispondente alla quota di legittima, onde evitare la frustrazione della volontà del testatore. Tale interpretazione sarebbe in linea – si sostiene – con il già rammentato *revirement* delle Sezioni Unite⁸⁹ in tema di calcolo della quota dei legittimari, per il caso di rinuncia di uno di essi (passaggio dal tradizionale sistema a quote mobili a quello a quote fisse).

Per quanto maggiormente garantista della volontà del *de cuius*, può – tuttavia – dubitarsi dell'aderenza dell'opinione alla lettera della norma, che esplicitamente fa gravare il legato sulla disponibile. Senza contare che – laddove il legislatore ha inteso imputare il lascito alla legittima – lo ha espressamente previsto nella formulazione della norma (vedi articolo immediatamente precedente).

Peraltro, tale ricostruzione prende le mosse da un presupposto che necessita di essere sottoposto ad attenta verifica. Non pare, infatti, che le citate sentenze abbiano affermato un principio di diritto suscettibile di indebite generalizzazioni. In entrambi i casi, infatti, la circostanza fattuale posta all'attenzione della Corte aveva ad oggetto non ipotesi di rinuncia all'eredità, ma di rinuncia all'azione di riduzione. Ed è con riferimento a quella ipotesi specifica, che la Suprema Corte evidenziava l'opportunità di sottoporre a revisione l'orientamento tradizionale.

Dir. civ., 2008, II, 211 ss.

⁸⁹ Cass., Sez. Un., 9 giugno 2006, n. 13429, in *Foro it.*, 2006, I, 2727, con nota di Palmieri, e Cass., Sez. Un., 12 giugno 2006, n. 13524, in *Giur. it.*, 2007, I, 1, 1116, con nota di Pugliese.

Non pare, infatti, che il principio possa essere esteso al caso – rilevante per l'ipotesi di cui all'art. 552 c.c. – di rinuncia all'eredità⁹⁰.

Diversamente opinando, la disciplina di cui al secondo periodo dell'articolo in esame non avrebbe, semplicemente, senso. Tale previsione acquista ragion d'essere soltanto se letta alla luce del ricalcolo delle quote di legittima, a seguito della rinuncia del legittimario⁹¹. Solo nell'ottica dell'orientamento tradizionale (per il quale la rinuncia del legittimario comporterebbe l'accrescimento della relativa quota in favore degli altri legittimari) può acquistare senso il disposto della seconda parte dell'art. 552 c.c., posto che, ipotizzando un sistema a quota fissa, la rinuncia di un legittimario non rideterminerebbe in aumento la quota dell'altro, e, conseguentemente, non determinerebbe l'eventualità prevista dall'articolo in esame.

Si pensi al seguente caso pratico: all'apertura della successione, sussiste un *relictum* pari a 900, di cui 200 attribuiti a titolo di legato, senza dispensa dall'imputazione, al figlio Tizio; al secondo figlio, Caio, è attribuito un lascito pari a 300, mentre della disponibile, pari a 300, è istituita erede una cara amica del *de cuius*, Mevia.

Così disponendo, il testatore risulta aver attentamente disposto del suo patrimonio, rispettando le ragioni dei legittimari, e così confidando nella salvezza della disposizione a beneficio della non legittimaria.

Quid iuris, nel caso di rinuncia all'eredità da parte di Tizio?

Applicando il tradizionale sistema a quote mobili, la rinuncia del legittimario all'eredità, in quanto avente l'effetto di privare lo stesso – retroattivamente – degli effetti della chiamata, comporterebbe la necessità di rideterminare le quote del legittimario

⁹⁰ Sul punto, pare non condivisibile l'assunto della Suprema Corte circa la non applicabilità dell'art. 521 c.c. alla successione necessaria. Sicché dovrà affermarsi che la rinuncia all'eredità da parte del legittimario beneficiario di un legato in conto opera retroattivamente, così determinando la necessità di un ricalcolo delle quote dei legittimari.

⁹¹ Sul punto, Cfr., C. Carbone, *Il sistema della c.d. quota mobile: una sopravvivenza da ribadire*, in *Studium Iuris*, 2011, 763.

non rinunziante, che – conseguentemente – avrebbe ora diritto ad un valore pari a 450.

Da ciò, la lesione dei suoi diritti, nella misura di 150, e la conseguente necessità di ridurre le disposizioni testamentarie in favore di Mevia, le quali – in assenza di rinunzia – sarebbero rimaste integre. Ed è proprio onde evitare tale risultato – incompatibile con la presumibile volontà del testatore – il legislatore prevede l'inversione dell'ordine di riduzione delle disposizioni.

Qualora, invece, si intendesse seguire la teoria della c.d. cristallizzazione delle quote, Caio – pur a fronte della rinunzia di Tizio – avrebbe pur sempre diritto a 300, mentre l'esubero della legittima disposta in favore di Tizio accrescerebbe la disponibile. Ciò che è evidente, è che non vi sarebbe la necessità della disciplina del secondo disposto dell'art. 552 c.c.

Diverso è, ovviamente, il caso di rinunzia all'azione di riduzione da parte del legatario in sostituzione di legittima, il quale non potrebbe rinunziare ad una eredità che mai gli è stata devoluta, e che assume le vesti di legittimario pretermesso rispetto al quale il principio espresso dalle Sezioni Unite può trovare piena applicazione.

Samantha Ramovini

L'art. 448-*bis* e il riconoscimento della “facoltà di diseredazione”

SOMMARIO: 1. Introduzione: cenni sulle problematiche sollevate dall'art. 448-*bis* c.c. – 2. Primo precetto: la cessazione dell'obbligo alimentare per decadenza dalla responsabilità genitoriale – 3. Secondo precetto: l'esclusione del genitore dalla successione. L'ammissibilità della diseredazione dei successibili *ex lege* e la novità della diseredazione per giusta causa di un potenziale legittimario – 4. Diseredazione o indegnità? – 5. L'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 448-*bis* c.c. – 6. L'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 448-*bis* c.c. – 7. Particolari ipotesi applicative – 8. Osservazioni conclusive

1. *Introduzione: cenni sulle problematiche sollevate dall'art. 448-bis c.c.*

L'art. 1, comma 9 della legge 219/2012¹, di riforma della filiazione, ha introdotto nel tessuto codicistico, una norma che ha sollevato e solleva tuttora importanti difficoltà esegetiche dovute, in primis, all'ambiguità del dato letterale, legata in particolar modo all'ambito di applicazione oggettivo e, in secondo luogo, all'impropria collocazione sistematica².

¹ Con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 pubblicata in G.U. n. 293 del 17 dicembre 2012 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2013 è stato completato il procedimento di totale equiparazione tra figli nati all'interno e fuori dal matrimonio.

² La collocazione sotto il titolo “Degli alimenti” del libro I risulta appropriata esclusivamente per la disposizione sulla cessazione degli obblighi alimentari mentre appare del tutto fuori luogo per la disposizione sulla esclusione dalla successione sia dal punto di vista topografico che dal punto di vista della disciplina: cfr. M. Paradiso, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2013, 557 ss.

La norma in questione è l'art. 448-*bis*³ cod. civ. rubricato «Cessazione per decadenza dell'avente diritto dalla responsabilità genitoriale sui figli», a norma del quale: «Il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463, possono escluderlo dalla successione».

Prima di procedere all'analisi più dettagliata dell'ambito applicativo sia soggettivo che oggettivo e di soffermarsi su taluni profili problematici che emergono da tale articolo, considerato che esso si presta a diverse interpretazioni cui conseguono altrettanti risvolti applicativi, è doveroso segnalare che sebbene trattasi di una novella che è stata oggetto di penetranti critiche da parte della dottrina, ad essa va riconosciuto un merito: il superamento dell'incompatibilità strutturale ed assiologica tra la diseredazione e le immunità connotanti la successione necessaria⁴. Infatti, l'entrata in vigore di tale norma ha comportato una novità di non poco conto: essa ha rappresentato il primo riconoscimento legislativo espresso di una "clausola testamentaria" di diseredazione⁵, che era sconosciuta al nostro sistema ordinamentale, per di più di un soggetto legittimario, quale il genitore. Tutto ciò ha conferito un significativo rilievo alla libertà testamentaria ed in particolare alla libertà di autodeterminazio-

L'inadeguata collocazione sistematica, in particolare con riferimento alla materia delle successioni, è frutto della distinta proposta di legge da cui nasce l'art. 448-*bis*, inserito nel corpo dell'elaborato quando i lavori erano stati già completati con un insufficiente coordinamento con le altre disposizioni.

³ Si precisa che l'art. 66 d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, ha modificato la rubrica e il testo dell'art. 448-*bis* c.c., sostituendo le parole "responsabilità genitoriale" all'originario termine "potestà".

⁴ Di questa opinione è, tra gli altri, A. Mendola, *Il superamento dell'incompatibilità tra successione necessaria e diseredazione alla luce dell'art. 448-bis cod. civ.*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, 1533 ss.

⁵ Così I. Rapisarda, *Appunti sull'indegnità a succedere (in attesa dell'auspicata riforma del diritto delle successioni)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 1372 ss. La natura di clausola testamentaria della diseredazione comporta l'applicazione ad essa delle regole che presiedono alle manifestazioni di volontà *mortis causa* in punto di stretta personalità, efficacia, revocabilità, requisiti di capacità e regime di validità.

ne della persona umana e ha realizzato nell'ambito della successione testamentaria un nuovo punto di equilibrio tra interessi individualistici del testatore e valori familiari, in attesa della tanto auspicata riforma del diritto delle successioni e, in specie, della successione necessaria alla luce delle trasformazioni socio-economiche che interessano l'ambito familiare.

Dopo una breve introduzione finalizzata a mettere in luce gli aspetti di tale norma che destano maggior interesse negli studiosi del diritto delle successioni⁶, tra i quali va annoverata la *vexata quaestio* della validità della clausola testamentaria diseredativa, questione di diritto successorio dibattuta soprattutto in giurisprudenza, è opportuno procedere all'analisi più approfondita delle novità introdotte dalla novella e, quindi, dei due precetti sanzionatori di cui consta l'art. 448-*bis* cod. civ. riguardanti l'uno l'ambito degli alimenti e l'altro quello successorio.

2. *Primo precetto: la cessazione dell'obbligo alimentare per decadenza dalla responsabilità genitoriale*

In particolare, la prima disposizione, di carattere negativo, concerne il venir meno dell'obbligo del figlio o, in mancanza, dei discendenti prossimi di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale sia stata pronunciata a norma dell'art. 330 cod. civ. ovvero che abbia conseguito *ex art.* 34 c.p., come pena accessoria ad alcune condanne penali, la decadenza dalla responsabilità genitoriale⁷.

⁶ È interessante sottolineare che la maggior parte di essi ritiene opportuna una riforma se non addirittura l'integrale soppressione della c.d. successione necessaria, qualificata dalla dottrina in termini di "successione legittima potenziata" in quanto le disposizioni codicistiche che la riguardano prevalgono anche su un'eventuale volontà contraria del testatore, a differenza di quelle relative alla successione legittima che operano, ai sensi dell'art. 457 comma 2 cod. civ. solo in assenza, totale o parziale, di una diversa volontà del testatore. L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 37; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, 168; F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, nel *Commentario al codice civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, 1941, 266.

⁷ Recentemente la Corte Costituzionale con sentenza n. 34/2016 ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 448-*bis*, censurato per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui, nel disporre che

Il legislatore nel predisporre una simile conseguenza di tipo afflittivo, sicuramente in un'ottica che assume anche il valore di prevenzione e di rafforzamento dei doveri familiari, ha mancato di chiarire se tale effetto di esclusione consegua automaticamente alla pronuncia di decadenza oppure se richieda un provvedimento che abbia mantenuto la sua attualità, e quindi non sia stato oggetto di revoca o di annullamento su impugnazione, nel momento dell'insorgenza dell'obbligo alimentare.

A tale prima lacuna legislativa ha sopperito la dottrina prevalente che, interrogandosi sulla questione, è pervenuta alla conclusione della necessaria attualità dell'esistenza del provvedimento nel momento in cui sorge l'obbligazione alimentare dovendosi propendere in caso contrario, ossia laddove si sia verificata una reintegrazione nella responsabilità genitoriale o sia intervenuto l'annullamento del provvedimento di decadenza, per la permanenza dell'obbligo sancito dall'art. 433 cod. civ.⁸

Ma le critiche più significative sono state mosse per la definitività dell'esclusione dall'obbligo alimentare a fronte di un provvedimento, quale quello che sancisce la decadenza dalla responsabilità genitoriale, suscettibile di essere precario in quanto passibile di revoca⁹.

Inoltre, è possibile rilevare che l'esclusione del figlio dall'obbligo di prestare gli alimenti nei confronti del genitore, oltre ad alterare l'ordine degli obblighi previsto dall'art. 433 cod. civ., determina un grave sbilanciamento nella disciplina dei diritti e

il figlio e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale, non esclude la permanenza di detto obbligo anche nei casi in cui non risulti essere stata emessa detta pronuncia di decadenza, è ciò malgrado vi siano state reiterate violazioni dei doveri inerenti detta responsabilità da parte del genitore. Nel caso di specie l'incidenza della invocata declaratoria di incostituzionalità, ai fini della decisione da adottare nel giudizio principale, risultava solo. Ipotetica e virtuale, avendo il giudice rimettente ommesso qualsiasi accertamento in ordine alla, anche solo potenziale, sussistenza, nel caso concreto, sia dello stato di bisogno e dell'impossibilità di farvi fronte, sia della indegnità del genitore.

⁸ B. De Filippis, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. e Dir.*, 2013, 301.

⁹ M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2013, 17.

dei doveri reciproci nel rapporto tra genitori e figli: difatti sebbene i genitori siano decaduti dalla loro responsabilità genitoriale continua a gravare sugli stessi l'osservanza di tutti i loro doveri verso la prole, compresi quelli a contenuto alimentare, e ciò anche qualora il figlio fosse stato dichiarato indegno verso di loro per la perpetrazione di uno dei reati indicati nei primi tre numeri dell'art. 463 cod. civ.

Tale disposizione, dunque, è stata accolta con scetticismo dalla dottrina la quale ha osservato che il potere deterrente che la connota è, in realtà, assai scarso e che la sua efficacia si riduce ad operare sul piano sanzionatorio, secondo un metro di coscienza collettiva alla quale ripugna che il figlio, nei cui confronti il genitore abbia gravemente mancato, resti obbligato a mantenerlo¹⁰.

3. Secondo precetto: l'esclusione del genitore dalla successione. L'ammissibilità della diseredazione dei successibili ex lege e la novità della diseredazione per giusta causa di un potenziale legittimario

Tuttavia, problematiche più incisive, in quanto precetto di non facile interpretazione, sono state poste dalla seconda previsione che si unisce all'interno della medesima norma: quest'ultima attribuisce al figlio la facoltà di escludere dalla propria successione, attraverso una valida manifestazione di volontà negoziale da esprimersi in forma testamentaria, il genitore, potenziale legittimario, nei cui confronti sia stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale e che si sia reso responsabile di fatti non meglio precisati dal legislatore purché diversi da quelli che integrano l'indegnità a succedere ai sensi dell'art. 463 cod. civ.

Dalla disamina di tale disposizione, la quale prevede la possibilità di un'aspra sanzione a carico del genitore resosi "inadempiante", emerge un elemento di assoluta novità consistente

¹⁰ Di questa opinione sono: B. De Filippis, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, cit., 299; M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., 235.

nell'introduzione formale di un'ipotesi di diseredazione "per giusta causa" di un soggetto, il genitore, che potrebbe anche essere legittimario ossia riservatario di una quota di patrimonio del *de cuius*, variabile a seconda della concorrenza o meno dello stesso con il coniuge superstite, laddove il testatore non lasci figli, che si differenzia da quella riguardante i successibili *ab intestato* in quanto non rimessa, come quest'ultima, alla libera determinazione del testatore bensì ancorata a un determinato presupposto giustificativo¹¹, ossia la presenza di comportamenti degli ascendenti contrari ai doveri di solidarietà familiare, in particolare di assistenza familiare e di cura della prole.

Il Codice Civile del 1942, così come quello del 1865, uniformandosi al Codice Napoleonico, nulla ha disposto in materia di diseredazione¹², prevedendo esclusivamente cause tipiche e tassative d'indegnità a succedere, sicché per lungo tempo dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto nulla la clausola di diseredazione, quale disposizione testamentaria autonoma a contenuto negativo, fondando il loro assunto sul presupposto che il testamento ai sensi degli artt. 587 e 588 cod. civ. avesse carattere necessariamente attributivo, con la conseguenza che soltanto le clausole attributive costituivano valido contenuto del testamento mentre la sola clausola destitutiva era invalida a meno che apparisse idonea a manifestare in modo indiretto ed implicito «la inequivocabile volontà del testatore, oltre che di diseredare un determinato successibile, di attribuire le proprie sostanze ad un determinato altro»¹³.

¹¹ Concorde con tale lettura M. Paradiso, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione (art. 448-bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 9, l. n. 219/12)*, cit., 557 ss.

¹² Il sistema successorio del codice civile vigente si pone nel solco della tradizione inaugurata dalla codificazione francese: il *Code Napoléon*, informato alla rigida protezione dei stretti congiunti nonché all'uguaglianza fra i coeredi, privilegiando gli interessi e l'armonia del gruppo familiare, non prevedeva alcun caso di diseredazione testamentaria ritenendo che soltanto alla legge dovesse essere attribuita l'individuazione delle ipotesi di esclusione dei legittimari dalla successione.

¹³ Cass., 20 giugno 1967, n. 1458, in *Giust. civ.*, 1967, I, 2032 ss. che per prima si esprime chiaramente in questi termini ed alla quale si è uniformata la giurisprudenza di legittimità (Cass., 23 novembre 1982, n. 6339, in *Foro it.*, 1983, I, 1652 ss.; Cass., 18 giugno 1994, n. 5895, in *Giur. it.*, 1995, I, 1564 ss., in *Notariato*, 1995, 11 ss., ed in *Riv. Not.*, 1995, 342 ss.) e di merito successiva (Trib. Reggio Emilia, 27

Tra gli argomenti addotti a sostegno della nullità della clausola di diseredazione vi era poi la convinzione della prevalenza della successione legittima su quella testamentaria in quanto posta a presidio del superiore interesse della famiglia legittima, con la conseguenza che l'applicazione delle norme in materia di successione legittima poteva essere evitata soltanto in mancanza di disposizioni attributive *mortis causa* che potessero validamente sostituirsi a quelle dettate dal legislatore negli artt. 565 ss. c.c.¹⁴; infine, non mancava chi considerava illecita ed immeritevole la causa della clausola di diseredazione in quanto manifestazione di volontà non avente altro scopo che quello di privare taluno della successione legittima¹⁵.

Tale orientamento ha subito un'inversione decisiva nel 2012¹⁶ quando la Cassazione con un importante arresto ha superato la tradizionale posizione di chiusura nei confronti della validità della disposizione testamentaria meramente negativa, cioè diretta esclusivamente a destituire uno o più successibili *ex lege* e a restringere così la successione ai non diseredati.

Per la Corte detta clausola costituirebbe espressione di un regolamento di rapporti patrimoniali, rientrante nel contenuto tipico dell'atto di ultima volontà, volta ad indirizzare la concreta destinazione *post mortem* delle proprie sostanze «senza che per diseredare sia, quindi, necessario procedere ad una positiva attribuzione di beni, né occorra prova di implicita istituzione».

La pronuncia della giurisprudenza di legittimità trae, quindi, forza dal convincimento che sia possibile disporre delle proprie sostanze non soltanto con l'effetto di attribuzione patrimoniale proprio dell'istituzione di erede o di legatario bensì anche soltanto esprimendo una volontà meramente negativa, o meglio

settembre 2000, in *Vita not.*, 2001, 694 ss.; App. Catania, 28 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2004, 15 ss.). Non mancano, tuttavia, nella giurisprudenza di merito esempi di sentenze che si orientano nel senso della validità della clausola di diseredazione, seppur tale da esaurire il contenuto della scheda testamentaria: Trib. Parma, 3 maggio 1977, in *Riv. Not.*, 1977, 689 ss.; Trib. Nuoro, 15 settembre 1989, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 389 ss.; Trib. Catania, 28 marzo 2000, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1110 ss.

¹⁴ A. Cicu, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1943, 15.

¹⁵ C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *La famiglia, Le successioni*, Milano 2001, 653 ss.

¹⁶ Si fa riferimento alla sentenza Cass., 25 maggio 2012, n. 8352, in *Foro it.*, 2012, I, 3400.

destitutiva, atteso che il testatore escludendo il diseredato dal novero dei successibili *ex lege* regola pur sempre la devoluzione dell'asse ereditario.

Per la precisione, in tal modo il testatore esclude in via assoluta la vocazione *ex lege* del soggetto diseredato con conseguente apertura, per il resto e sempre che non operi al riguardo una positiva determinazione testamentaria, della normale successione legittima¹⁷.

Il dibattito in merito alla validità della disposizione testamentaria meramente destitutiva si è sempre svolto sul presupposto che la clausola diseredativa avesse ad oggetto l'esclusione dalla successione dei soli successibili *ex lege*.

Orbene la *vexata quaestio* che travolge la novella disposizione ruota intorno al soggetto passivo della esclusione, ossia il genitore, in quanto potenziale legittimario, quindi riservatario di una quota del patrimonio del *de cuius* ai sensi dell'art. 538 cod. civ., qualora colui che muore non lascia figli bensì ascendenti, cosicché il problema sorge proprio in ordine alla validità della clausola di diseredazione degli eredi necessari.

Il tema è particolarmente delicato e si inserisce nel quadro del costante bilanciamento tra autonomia testamentaria e ragioni dei soggetti ai quali, in considerazione del legame parentale e presuntivamente affettivo che li lega al *de cuius*, il legislatore riserva una *pars bonorum* del patrimonio del testatore.

Difatti, essendo il sistema giuridico italiano imperniato sulla tutela della legittima e dei legittimari per ragioni legate ad una certa concezione della famiglia, come istituzione di rilevanza sociale, connotata dal vincolo di sangue tra i più stretti congiunti del defunto, il diritto alla legittima è considerato un diritto intangibile, che non può in alcun modo essere pregiudicato dal *de cuius*, come desumibile dall'art. 457, comma 3 cod. civ., per il quale “le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari”.

¹⁷ Difatti è quanto prevede l'art. 457 comma 2 c.c. in virtù del quale la successione legittima si apre laddove manchi in tutto o in parte quella testamentaria: ricorre perfettamente tale ipotesi laddove il testatore si limiti ad escludere un determinato soggetto dalla propria successione indirizzando così la chiamata di fonte legale verso gli altri successibili.

Non a caso la prevalente dottrina esclude fermamente la possibilità di diseredare il legittimario, qualificando la relativa disposizione in termini di nullità, per contrasto non solo con l'articolo poc'anzi menzionato ma anche con l'art. 549 c.c. che vieta al testatore di imporre pesi e condizioni sulla quota spettante ai legittimari¹⁸.

Non manca chi, invece, propende per la mera riducibilità della diseredazione del legittimario al pari di quanto accade nell'ipotesi di pretermissione: indubbiamente questa seconda impostazione postula la validità della disposizione testamentaria, atteso che presupposto per l'esperimento dell'azione di riduzione è l'esistenza e l'efficacia di una disposizione lesiva dei diritti del soggetto istante¹⁹.

Unica disposizione pacificamente ammessa sarebbe quella diretta ad escludere il legittimario dalla sola disponibile, con l'effetto di non permettergli di conseguire più di quello che costituisce la sua quota intangibile.

È di palmare evidenza, tuttavia, che introducendo la possibilità di diseredare il genitore, sebbene alle condizioni indicate dalla norma, il legislatore abbia recepito, almeno in parte, le suggestioni e le proposte provenienti dalle riflessioni di alcuni studiosi, rispondenti peraltro a un diffuso sentire sociale, riguardanti la riforma del sistema della successione necessaria con il fine di oltrepassare la rigidità delle regole che la interessano e, quindi, di scardinare il dogma della "intangibilità" della legittima, atteso che quest'ultimo principio, oltre a non trovare copertura a livello costituzionale, non può più considerarsi un principio di ordine pubblico internazionale: ciò non soltanto perché

¹⁸ Tale tesi è sostenuta da coloro che rinvergono nella diseredazione dei legittimari una clausola contraria a norme imperative, data l'inderogabilità delle norme relative alla successione necessaria; l'abbrivio della dottrina risulta suffragato anche da ragioni storiche mediante il richiamo all'assorbimento della diseredazione nell'istituto dell'indegnità, unico idoneo ad escludere il legittimario dalla successione al ricorrere delle cause tassativamente previste. Così, per tutti, G. Bonilini, *La diseredazione*, in G. Bonilini (a cura di), *Le disposizioni testamentarie*, coordinato da V. Barba, Milano, 2012, 73 ss.

¹⁹ M. Genghini, L. Genghini, *Ammissibilità della mera diseredazione testamentaria*, in *Riv. Not.*, 2013, 1, 12.

la nostra giurisprudenza di legittimità è orientata in tal senso²⁰ ma soprattutto per effetto dell'entrata in vigore del regolamento europeo n. 650 del 2012 il quale consente, fermo restando il principio di legalità, l'applicazione nel nostro ordinamento di una legge straniera che non preveda un sistema di tutela dei legittimari o ne disponga uno diverso dal nostro²¹.

Inoltre attraverso una lettura costituzionalmente orientata della successione necessaria può affermarsi che è pienamente rispondente ai valori fondanti del nostro ordinamento giuridico concedere al *de cuius* la possibilità di escludere dalla propria successione lo stretto congiunto che si sia reso colpevole di comportamenti contrari ai doveri familiari e conseguentemente, anche il genitore dovrebbe poter diseredare il figlio, qualora quest'ultimo non abbia dato osservanza ai propri obblighi materiali e/o morali²².

Sebbene si evinca la *voluntas* del legislatore di limitare al figlio il diritto di escludere il genitore dalla successione, l'art. 448-*bis* non è rimasto esente da critiche anche per l'unilateralità del rimedio in esso previsto che si pone in contrasto tanto con il principio di solidarietà quanto con i principi su cui trova fondamento la disciplina della famiglia.

Difatti il quadro attuale è il seguente: mentre il minore che sia stato irrispettoso continua a non conseguire alcuna sanzione,

²⁰ Cfr. Cass., 30 giugno 2014, n. 14811, in *Dir. Succ. Fam.*, 2015, 567, la quale nell'ambito di un caso riguardante i diritti successori di una cittadina cubana, coniugata con un cittadino italiano, ha avuto modo di ribadire che la tutela dei legittimari non funge da limite alla condizione di reciprocità ex art. 31, l. n. 218/95, poiché non è espressione di un principio di ordine pubblico.

²¹ Si fa riferimento all'art. 35 del regolamento che prevede la clausola generale dell'ordine pubblico, quale limite all'applicazione della legge straniera, affermando che la tutela dei legittimari "non è più considerata espressione di un principio irrinunciabile del nostro ordinamento", vedi V. Barba, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, Rassegna di diritto civile 2/2016, 355.

²² È singolare notare che nel diritto romano il *pater familias* era dotato del potere di escludere dalla successione i propri eredi necessari che voleva evidentemente sanzionare per le offese ricevute mentre, adesso, questo potere è attribuito al figlio: sotto questo riguardo la novella ha quindi attuato una vera e propria inversione di poteri, a testimonianza dell'or mai integrale consumazione dello spodestamento dei padri. A. Burdese, *Diseredazione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 1113; P. Perlingieri, *Il "Discorso preliminare" di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2015, II, 675.

dal 1975 ormai, essendo stato abrogato l'art. 319 c.c., il genitore che non ottempera ai propri obblighi verso i figli, pur se maggiorenni ex art. 337-*septies* c.c., non solo è soggetto a tutte le sanzioni presenti nel codice già da prima della riforma della filiazione, ma a seguito di quest'ultima è stata aggiunta anche la decadenza dal diritto agli alimenti, nonché la possibilità di essere diseredati ex art. 448-*bis* c.c.²³

4. *Diseredazione o indegnità?*

Sebbene l'art. 448-*bis* c.c. faccia un rinvio espresso all'art. 463 c.c. dubbi non sorgono in merito alla qualificazione della fattispecie normativa in esame: naturalmente quest'ultima non può essere ricompresa tra le cause di indegnità a succedere, dovendo essere intesa, invece, come clausola di diseredazione che partecipa della funzione dispositiva del negozio a causa di morte con l'effetto di privare l'escluso del suo titolo legale di partecipazione alla vicenda successoria del disponente.

Le ragioni che sorreggono tale convincimento sono molteplici: innanzitutto, la circostanza che l'estromissione del genitore dalla propria successione è frutto di una scelta rimessa ad un'apposita e discrezionale determinazione del disponente, seppur consentita al ricorrere di determinati presupposti, che si esprime con l'inserimento di una determinata clausola nella scheda testamentaria e non, come lo è invece per l'indegnità, un effetto legale della decadenza dalla responsabilità genitoriale; in secondo luogo è palese l'impossibilità di ricondurre l'ipotesi dell'art. 448-*bis* al *genus* "indegnità", atteso che la legittimazione a chiedere la pronuncia di indegnità spetta a tutti coloro che siano potenzialmente idonei a subentrare all'indegno nella delazione ereditaria²⁴ mentre nell'ipotesi in discussione la legit-

²³ Cfr. F. Oliviero, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448-bis c.c.*, in *Riv. Dir. civ.*, 2014, I, 35; V. Verdicchio, *La diseredazione "per giusta causa" (chiose a margine dell'art. 448-bis c.c. introdotto dalla l. 219/2012)*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 2014, 275; F. Gigliotti, *Luci e ombre di una disposizione scarsamente meditata*, in *Rass. Dir. civ.*, 2014, 1096.

²⁴ Così Cass., 19 marzo 2018, n. 6747, in *Dejure online*, che attribuisce, altresì, la legittimazione a chiedere la pronuncia di indegnità anche al coerede che potrebbe

timazione attiva è ben ristretta, ossia limitata al figlio²⁵ e, in sua mancanza, ai discendenti prossimi.

Infine, mentre l'indegnità, come attualmente considerata dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza²⁶, è una causa di esclusione *ex post* dalla successione con la conseguenza che, come da noto brocardo *indignus potest capere sed non potest retinere*, l'indegno è pienamente capace di acquistare per successione fino all'accertamento giudiziale con sentenza passata in giudicato produttiva di effetti costitutivi che caduca l'acquisto con efficacia retroattiva²⁷, è pacifico che in caso di diseredazione l'effetto privativo si produca a partire dal momento della delazione ereditaria²⁸, pertanto senza che il genitore escluso dalla successione possa essere ammesso ad acquistare alcunché.

beneficiare dell'accrescimento della propria quota qualora i successibili per diritto di rappresentazione in luogo del suddetto indegno non possano o non vogliano accettare l'eredità.

²⁵ Con la legge di riforma n. 219 del 2012 si assiste ad una modificazione radicale di impostazione con il riconoscimento della piena parità in materia di filiazione ed equiparazione sostanziale dello stato dei figli nati da genitori in costanza di matrimonio e di quelli nati fuori da questo legame, accogliendo il principio sancito dall'art. 315 c.c. che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico.

²⁶ L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, cit., 53 ss.; C. Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali-Successioni legittime*, in *Comm. c.c.*, II, 1, Torino, 1971, 56 ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, quarta ed., Milano, 2015, 180 ss. In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass., 25 febbraio 2019, n. 5411, in *Dejure online*.

²⁷ A tale tesi maggioritaria si contrappone l'indirizzo interpretativo che individua nell'indegnità una forma di incapacità di succedere relativa: secondo tale orientamento l'indegnità opererebbe *ipso iure* impedendo il verificarsi in favore dell'indegno della delazione ereditaria se il fatto produttivo dell'indegnità si sia verificato prima dell'apertura della successione, o determinandone l'annullamento ove il fatto si sia verificato dopo tale evento. In ogni caso la pronuncia del giudice avrebbe natura meramente dichiarativa limitandosi all'accertamento dell'indegnità a succedere.

²⁸ Così M. Bin, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, 255, secondo il quale l'effetto autonomo della disposizione di diseredazione consiste nell'impedire in via assoluta la vocazione ereditaria, con la conseguente apertura della successione legittima sempre che non operi una disposizione testamentaria positiva.

5. *L'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 448-bis c.c.*

È chiaro che l'esclusione dalla successione cui fa riferimento la norma in commento possa operare solo al ricorrere di determinati presupposti che consentono la configurazione di una fattispecie a formazione progressiva composta dal rapporto di parentela in linea retta tra i soggetti coinvolti, dall'avvenuta decadenza dalla responsabilità genitoriale dell'ascendente e dalla ricorrenza di "fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463 cod. civ." tuttavia pregiudizievoli per il figlio²⁹.

Quest'ultima locuzione ha dato adito a discordanti interpretazioni dottrinali, avuto particolare riguardo all'esatto significato, di non agevole individuazione, da attribuire al termine "fatti" utilizzato dal legislatore, considerato anche l'ovvio collegamento della norma con l'art. 463 n. 3-bis³⁰ che contempla un caso di indegnità nei riguardi di colui che ai sensi dell'art. 330 c.c. sia decaduto dalla responsabilità genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta e non vi sia stato reintegrato alla data di apertura della successione della medesima.

La decadenza dalla responsabilità genitoriale e, quindi, la rimozione dal relativo ufficio può avvenire all'esito di un procedimento giudiziale che accerti la trasgressione da parte del geni-

²⁹ Evidenzia M. Tatarano, *L'art. 448-bis tra norma e sistema*, in F. Volpe, *Testamento: fisiologie e patologie*, in *I Quaderni di diritto delle successioni e della famiglia*, Napoli, 2015, 165.

³⁰ Il catalogo delle cause di indegnità è stato ampliato con l'obiettivo di esaltare il ruolo della c.d. responsabilità genitoriale attraverso l'inserimento dell'ipotesi di cui al numero 3-bis dell'art. 463 c.c. che peraltro si discosta sensibilmente dalle altre fattispecie basate sulla riprovazione sociale e morale per fatti gravissimi che offendono beni della vita riferibili al defunto o ai suoi familiari o attentano alla libertà di testare, con la novella n. 137 del 2005.

Tale ipotesi trova applicazione nel caso in cui il figlio muoia in costanza della sua minore età, salvo che il giudice ex art. 332 c.c., accertato il venir meno delle ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata, reintegri il genitore che ne sia decaduto nella responsabilità genitoriale prima dell'apertura della successione nonché nel caso in cui il figlio sia deceduto dopo il raggiungimento della maggiore età e il genitore sia stato dichiarato indegno durante la minore età purché non sia stato dal medesimo figlio formalmente riabilitato. Così M. Finocchiaro, *La causa di esclusione è inapplicabile senza l'intervento del Tribunale dei minori*, in *Guida dir.*, 2005, 31, 17 e G. Bonilini, *L'ampliamento del catalogo delle cause di indegnità*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2005, 297.

tore ai doveri facenti capo allo stesso nonché l'abuso dei poteri connessi alla responsabilità genitoriale, portando grave pregiudizio al figlio, oppure può seguire, quale pena accessoria, alla condanna per la commissione di talune fattispecie delittuose.

Tuttavia queste ipotesi non assumono rilevanza ai fini dell'art. 448-*bis* in quanto, *in primis*, la decadenza dalla responsabilità genitoriale e la mancata reintegrazione alla data di apertura della successione rientra già nei casi di indegnità a succedere ex art. 463 n. 3-*bis* c.c. tant'è che la norma specifica che il genitore può essere escluso dalla successione "per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463 c.c."; *in secundis* quasi tutti i delitti il cui compimento comporta la decadenza dalla responsabilità genitoriale prevedono quale effetto penale della condanna la perdita dei diritti successori nei confronti della persona offesa dal reato.

Autorevole dottrina, oltrepassando il dato normativo, ha quindi adombrato la possibilità di intendere l'ambito di applicazione dell'art. 448-*bis* c.c. come comprensivo di tutti quei comportamenti pregiudizievoli, e quindi lesivi dell'interesse del minore, tenuti dal genitore che, pur non avendo dato adito alla declaratoria di decadenza dalla responsabilità genitoriale, abbiano condotto ad una pronuncia limitativa ex art. 333 c.c. integrando la fattispecie della violazione dei doveri familiari e configurando una responsabilità ex art. 2043 c.c.³¹ accertata giudizialmente.

Tale opinione, sebbene abbia il merito di ampliare l'ambito applicativo di una norma, destinata altrimenti a rimanere pressoché lettera morta, non è condivisibile, non soltanto perché non aderisce alla lettera della legge ove si fa riferimento ai soli casi in cui "è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità" con il rischio di pericolose fughe dalla fattispecie, ma soprattutto per ragioni riguardanti la necessaria tipicità della causa che rende possibile l'esclusione dalla successione, non individuando con sufficiente precisione le "giuste cause" di destituzione.

³¹ Cfr. M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., 241.

Infatti laddove si optasse per un tale approccio ermeneutico il testatore sarebbe legittimato a privare dei diritti successori il genitore al verificarsi di qualsiasi fatto non sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 463 n. 3-*bis* c.c., a prescindere dal livello di gravità della violazione nonché della colpevolezza del suo autore, attribuendo al figlio un diritto potestativo di diseredare avulso da qualsiasi limitazione.

L'eccessiva genericità e ampiezza che la "giusta causa" verrebbe ad assumere favorirebbe il verificarsi di casi di diseredazione per motivi futili o bizzarri, i quali sconterebbero negativamente il sindacato di meritevolezza che si confronta con i valori formali e sostanziali del sistema familiare, essendo attribuito ai valori dell'ordinamento l'ufficio di selezionare l'area della rilevanza giuridica.

Appare, allora, preferibile, volendo rimanere legati ad un'interpretazione fedele al testo normativo, la tesi degli autori che sostengono che l'ultima parte dell'articolo in argomento possa essere riferita all'ipotesi in cui il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale vi sia stato reintegrato prima della cessazione della tutela o dell'emancipazione del figlio, costituendo tale ipotesi la sola in cui la pronuncia di decadenza non sia causa di indegnità legale a succedere³² e, quindi, l'unico caso in cui possa essere attribuito all'ereditando il potere di escludere volontariamente l'ascendente dalla propria successione.

Ad ogni modo, ad eccezione della possibilità appena prospettata, l'art. 448-*bis* c.c. sarebbe chiamato ad operare esclusivamente nelle limitate ipotesi previste dal codice penale che prevedono la decadenza dalla responsabilità genitoriale quale pena accessoria alla condanna per taluni delitti e che non contemplino già, quale effetto penale della condanna, la perdita dei diritti successori nei confronti della persona offesa dal reato³³.

³² A. Sassi, *Esclusione legale ed esclusione volontaria nel sistema italiano dell'indegnità a succedere*, in <www.rivistadirittoeprocesso.it>, 311 ss.; A. Mendola, *Il superamento dell'incompatibilità tra successione necessaria e diseredazione alla luce dell'art. 448-bis cod. civ.*, cit., 1536.

³³ Si pensi, ad esempio, alla condanna o all'applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei delitti contro la libertà sessuale, di cui agli artt. 609-*bis* e ss., ovvero per uno dei delitti contro la personalità individuale, previsti dagli artt.

Dunque l'effettivo ambito di applicazione della facoltà di diseredazione tipizzata dall'art. 448-*bis* c.c. si riduce drasticamente residuando le uniche due ipotesi di condanna all'ergastolo o per il reato di mutilazione degli organi genitali femminili, alle quali consegue *ipso iure* la decadenza dalla responsabilità genitoriale, rispettivamente ai sensi degli artt. 32 comma 2 e 583-*bis* comma 4 n. 1 c.p., ma non la privazione dei diritti successori³⁴.

In tali casi, infatti, la privazione della responsabilità genitoriale non consegue alla pronuncia del provvedimento previsto dall'art. 330 c.c., integrandosi altrimenti un'ipotesi di indegnità a succedere, bensì ha natura di pena accessoria e segue le regole proprie delle sanzioni penali.

Ne consegue che il riacquisto della potestà genitoriale per effetto della cessazione della pena accessoria non è condizionato alla verifica giudiziale dell'effettiva cessazione delle ragioni che hanno giustificato la decadenza e dell'inesistenza di pericoli di pregiudizi per il figlio, sicché autorevole dottrina ha ritenuto che ai fini dell'esercizio del diritto potestativo di diseredazione riconosciuto al figlio debba tenersi conto del mero fatto storico dell'intervenuta decadenza³⁵.

6. *L'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 448-bis c.c.*

Procedendo all'analisi dell'ambito di applicazione della norma dal punto di vista dei soggetti legittimati a procedere alla diseredazione, l'art. 448-*bis* attribuisce in via alternativa tale fa-

600 e ss. c.p., che, ai sensi, rispettivamente, degli artt. 609-*nonies* e 600-*septies* c.p. comportano l'esclusione dalla successione della persona offesa.

³⁴ M. Paradiso, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione*, cit., 563 ss.; F. Oliviero, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, in *Riv. Dir. civ.*, 2014, 48 ss.

³⁵ M. Paradiso, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione*, cit., 568 ss.; F. Oliviero, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.*, cit., 53 ss., secondo il quale l'unica eccezione è costituita dalla revisione del giudicato (art. 629 ss. c.p.p.) che porti all'annullamento della sentenza di condanna a carico del genitore.

coltà, consistente nel potere di escludere dalla propria successione il genitore nei confronti del quale sia stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità, a più soggetti ossia al figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, ai discendenti prossimi di costui.

Innanzitutto, non sembra azzardato affermare che l'inciso volto ad includere, fra i soggetti legittimati, anche il figlio adottivo risulti superfluo e dunque sia frutto di una svista del legislatore atteso che la medesima legge di riforma della filiazione con il quale è stato introdotto il summenzionato articolo ha eliminato ogni distinzione tra figli nati in costanza di matrimonio ovvero adottati e figli nati fuori del matrimonio sancendo con la nuova formulazione dell'art. 315 c.c. l'unicità dello *status* di figlio, con la conseguenza che a tutti i figli deve essere necessariamente riconosciuta la facoltà di esclusione contemplata dalla norma.

Difatti ai sensi della vigente normativa, e segnatamente dell'art. 27 l. 4.5.1983 n. 184, il figlio minorenni adottato con adozione piena o legittimante acquisisce lo stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti con la conseguenza che l'adottato diviene legittimario rispetto alla successione dei genitori adottivi e questi ultimi acquisiscono il diritto ad una quota di riserva nella successione del figlio.

Non può, tuttavia, replicarsi che il legislatore abbia fatto riferimento all'adozione di maggiorenni, atteso che quest'ultima non crea alcun vincolo di parentela e quindi non sorge alcun diritto successorio dell'adottante verso l'adottato o viceversa.

È da escludere, inoltre, il rinvio alle ipotesi di adozione in casi particolari regolate agli artt. 44 ss. della l. n. 184/1983 per la mancanza di titolarità di diritti successori da parte dell'adottante nei confronti del figlio adottivo.

Inoltre, l'art. 448-bis c.c. menziona espressamente, tra i soggetti cui è riconosciuta la legittimazione attiva a diseredare il genitore, anche "i discendenti prossimi del figlio", in mancanza di costui, utilizzando la medesima indicazione che si legge nel testo dell'art. 433 n. 2 c.c. con riferimento ai soggetti tenuti all'obbligo di prestare gli alimenti.

Tale espressione sconta differenti sindacati a seconda che riguardi l'obbligo alimentare o si riferisca ai diritti successori: se

si mostra ragionevole con riferimento all'obbligo alimentare³⁶, avendo il medesimo contenuto precettivo di cui al summenzionato art. 433 c.c., così da far sussistere una precisa corrispondenza tra i soggetti su cui incombe l'obbligo alimentare e soggetti che, per effetto della dichiarazione di decadenza dei genitori dalla loro responsabilità genitoriale, vanno esenti dall'obbligazione, del tutto indeterminata appare per quanto riguarda i diritti successori.

Il riferimento alla legittimazione dei discendenti, in caso di "mancanza" del figlio, non può, infatti trovare applicazione in quest'ultimo ambito in quanto se si riconoscesse al discendente di un soggetto il potere di escludere l'avo dalla successione del genitore si verrebbe a ledere un principio cardine del nostro diritto successorio ossia quello di stretta personalità della manifestazione di volontà testamentaria³⁷, sia nel caso in cui l'appellativo "mancanza" stia a significare mera assenza o irreperibilità, sicché i discendenti verrebbero ad esercitare un diritto personalissimo che il titolare potrebbe pur sempre esercitare in futuro o scegliere consapevolmente di non esercitare affatto³⁸, sia laddove il concetto di mancanza venga associato all'eventualità in cui il figlio, seppur vivente e non assente, non intenda escludere il genitore dalla propria successione, possibilità peraltro non impedita dalla legge, la quale attribuisce la facoltà di diseredare e non l'obbligo, sia, infine, nell'ipotesi in cui il termine "mancanza" sia utilizzato quale equivalente di premorienza

³⁶ Anche se non manca chi osserva il paradosso che si creerebbe qualora l'alimentando, decaduto dalla responsabilità genitoriale, non potendo pretendere l'assegno dal figlio premorto e dai di lui discendenti, non tenuti all'adempimento dell'obbligo alimentare ai sensi dell'art. 448-bis, debba rivolgersi agli obbligati di grado successivo, tra i quali sono chiamati i generi e le nuore ossia i coniugi dei figli esonerati dall'obbligo alimentare. Così G. Palazzolo, *Alimenti e indegnità a succedere nel nuovo art. 448 bis c.c.*, in <personaedanno.it>, 2014, 4.

³⁷ Si consulti, per tutti, A. Cicu, *Testamento*, Milano, 1951, 16 ss. L'atto di diseredazione costituisce una manifestazione di volontà *mortis causa* e segue le regole che a questa presiedono, fra le altre fondamentale quella che non permette la sostituzione della volontà del testatore con quella di terzi, consacrata nell'art. 631, comma 1 c.c.

³⁸ M. Paradiso, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione*, cit., 562, il quale afferma che «non è immaginabile che il discendente eserciti un potere che la legge (apparentemente) gli attribuisce in via subordinata, quando ancora potrebbe esercitarlo il primo legittimato».

in quanto dalla non esistenza di una manifestazione di volontà in ordine all'esclusione del genitore dalla propria successione si dovrebbe desumere l'esercizio in negativo del diritto di diseredare e, inoltre, il problema non si porrebbe perché in presenza di discendenti il progenitore non acquisterebbe neppure la qualità di legittimario ai sensi dell'art. 538 c.c.

La migliore dottrina evidenzia, poi, che nell'eventualità in cui taluno, in contrasto con i principi che fondano il nostro diritto successorio, volesse riconoscere, in presenza dei presupposti di cui all'art. 448-bis c.c. ai discendenti prossimi la legittimazione attiva a diseredare il proprio avo finirebbe per tramandarsi di generazione in generazione un potere di esclusione dai diritti successivi, acquistando tale circostanza il sapore di una possibile vendetta³⁹.

7. Particolari ipotesi applicative

Autorevole dottrina ha affrontato i problemi relativi alla ricorrenza di particolari ipotesi come quella in cui il figlio, in assenza di discendenti – altrimenti il genitore non rivestirebbe la qualità di legittimario – rediga un testamento in cui diseredi il padre senza avere contezza dell'effettiva sussistenza del presupposto giustificativo della decadenza dalla responsabilità genitoriale a seguito della condanna per una delle ipotesi rilevanti ai fini dell'art. 448-bis c.c. e quella in cui l'esclusione dalla successione avvenga sulla base della falsa rappresentazione da parte del testatore della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge per procedervi, in realtà inesistenti.

Nel primo caso si ritiene che la clausola di diseredazione sia valida ed efficace in quanto ricorrono tutti i presupposti che legittimano l'esercizio del diritto potestativo riconosciuto al testatore sebbene manchi la consapevolezza della loro esistenza, rilevando esclusivamente la coscienza e la volontà degli effetti in capo a colui che effettua una tale dichiarazione di volontà negoziale⁴⁰.

³⁹ Di questa opinione è M. Paradiso, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione*, cit., 563.

⁴⁰ C.M. Bianca, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, 36.

Nella seconda ipotesi, invece, mancherebbero i presupposti di legge per potere procedere alla esclusione del genitore dalla propria successione cosicché quest'ultimo, in qualità di legittimario, qualora le sue ragioni non siano state soddisfatte in vita dal testatore, laddove pretermesso potrebbe esperire vittoriosamente l'azione di riduzione delle disposizioni di ultima volontà mentre un'esplicita diseredazione sarebbe affetta da nullità «a norma dell'art. 549 c.c., sotto la sanzione del quale cadono tutte le disposizioni che depauperano il legittimario della sua quota senza costituire lascito o liberalità a favore di un terzo»⁴¹.

Relativamente alle modalità con cui i legittimati attivi possono procedere all'esclusione dalla successione del proprio ascendente, sebbene la norma in merito a ciò taccia, al fine di porre un freno alla discrezionalità del testatore, si ritiene necessario il controllo giudiziale sulla effettiva ricorrenza dei presupposti richiesti per l'esercizio del potere riconosciuto dall'art. 448-*bis*, allo scopo di escludere la possibilità di un'arbitraria volontà destitutiva; dunque i soggetti suindicati saranno tenuti a promuovere un apposito giudizio all'esito del quale il giudice, accertata l'esistenza della "giusta causa" dichiarerà l'esclusione dalla successione del genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale⁴².

8. Osservazioni conclusive

In conclusione, si può affermare che l'art. 448-*bis* c.c. sia la prima e, per ora, l'unica norma dell'ordinamento italiano a disciplinare un caso di diseredazione, in pregiudizio di un soggetto, quale il genitore, che al momento dell'apertura della successione potrebbe rivestire la qualità di legittimario.

L'introduzione di tale norma non risulta in contrasto con il tessuto normativo e valoriale del nostro ordinamento sebbene *prima facie* sembrerebbe porsi in contrasto con regole e principi fondamentali dettati in materia di successione legittima e

⁴¹ Così L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLIII, 1, Milano, 1999, 22, nt. 59.

⁴² F. Spotti, *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, a cura di G. Basini, G. Bonilini e M. Confortini, Torino, 2014, *sub* art. 448-*bis*, 1542.

necessaria; difatti, si ripete, può affermarsi che è perfettamente in linea con i valori fondanti dell'ordinamento civile italiano riconoscere al *de cuius* la possibilità di escludere dalla propria successione lo stretto congiunto che si sia reso colpevole di comportamenti contrari ai doveri familiari.

Del resto, l'art. 42 comma 4 Cost. è chiaro nel disporre che spetta alla legge ordinaria stabilire le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria sicché il legislatore non risulta assolutamente obbligato a restare vincolato all'impostazione vigente nel codice civile bensì appare legittimato ad incidere in modo significativo sul sistema successorio⁴³.

In verità il contenuto di tale norma, atteso che l'equilibrio tra autonomia testamentaria e solidarietà familiare sta gradualmente mutando, mostra il superamento del principio di intangibilità della quota di riserva, concepita come una rendita da posizione familiare; effettivamente la scelta del legislatore in merito all'inserimento di tale disposizione avviene in un tempo ormai maturo per intervenire organicamente sul diritto delle successioni alla luce dei significativi cambiamenti intervenuti sul piano sociale e su quello economico.

Tuttavia, sarebbe auspicabile un ulteriore intervento legislativo finalizzato a delimitare l'ambito applicativo della norma affinché non rimanga lettera morta, considerata l'importante novità cui ha dato vita ossia la possibilità di diseredare un legittimario per giusta causa.

Difatti, volendo rimanere ancorati ad un'interpretazione strettamente letterale, la novella finirebbe per trovare applicazione esclusivamente in due casi specifici, peraltro contemplati dal codice penale, addivenendo così ad una conclusione evidentemente lontana dagli intenti del legislatore e dalla *ratio* della norma, il cui impatto fortemente innovativo sarebbe svilito da una portata applicativa così residuale.

⁴³ In questi termini, P. Perlingieri, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. Dir. civ.*, 2009, 134.

Anna Trotta

La tutela dei creditori del legittimario leso o pretermesso nel caso di accordi di integrazione della legittima

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Lesione della legittima: azione di riduzione e suoi effetti – 3. Lesione della legittima: accordi di integrazione – 4. La tutela dei creditori del legittimario leso in caso di accordi di integrazione della legittima – 5. Conclusioni

1. *Premessa*

La problematica della tutela dei creditori del legittimario nell'ipotesi in cui quest'ultimo, leso o pretermesso nella propria quota di legittima dalla disposizioni testamentarie del *de cuius*, decida di definire le relative vicende successorie ricorrendo ad un apposito accordo di integrazione che si riveli tuttavia pregiudizievole dei suoi di diritti e di riflesso, delle aspettative dei suoi creditori, ha iniziato a farsi strada nelle pronunce della Suprema Corte e negli approfondimenti dottrinali solo nell'ultimo decennio.

La scarsa attenzione riservata a siffatta tematica in passato è probabilmente frutto di un retaggio che è tuttora visibile nella struttura del Codice, il quale dimostra di privilegiare la posizione del legittimario, piuttosto che i creditori di questo, nel bilanciamento di interessi con la posizione contrapposta del beneficiario delle disposizioni lesive¹.

¹ M. Criscuolo, *La tutela dei creditori rispetto ad atti dispositivi della legittima*, in *Successioni e donazioni*, diretto da Iaccarino, Milano, 2017, 1464. Ne è una dimostrazione la circostanza che il codice civile non si occupi specificamente della posizione dei creditori del legittimario.

Partendo da tali premesse, si cercherà di vagliare a quali strumenti di tutela possano affidarsi, nel silenzio della legge, i creditori del legittimario di fronte ad atti dispositivo della legittima, posti in essere da quest'ultimo, idonei a pregiudicare l'interesse degli stessi a poter contare su un patrimonio più capiente, quale conseguenza del pieno riconoscimento della quota di riserva spettante al debitore.

2. *Lesione della legittima: azione di riduzione e suoi effetti*

La disamina prospettata richiede anzitutto di affrontare la tematica degli accordi di integrazione della legittima, la quale involge necessariamente il problema dei confini entro i quali può muoversi l'autonomia negoziale in ambito successorio e, più in particolare, la questione dei rapporti tra questa forma di libertà e la tutela giurisdizionale.

Ma andiamo per gradi.

L'istituto in parola si colloca idealmente negli ingranaggi della successione necessaria, che si atteggia quale limite alla piena facoltà di disporre del testatore dettato da motivi di solidarietà familiare e dovere morale: l'art. 536 c.c. dispone infatti che in favore di alcuni successibili, quali il coniuge, i figli e gli ascendenti, sia riservata una quota di eredità, la cd. quota di "legittima" o "di riserva". La legittima è intesa in dottrina quale "diritto ad una porzione dei beni, di valore corrispondente ad una certa frazione della massa, costituita dal patrimonio netto del *de cuius*"².

Può accadere che, al momento dell'apertura della successione, si palesi una violazione dei diritti del legittimario alla sua quota di riserva.

Ciò può verificarsi laddove il *de cuius*, tramite testamento, abbia istituito erede il legittimario, ma in una quota insufficiente ad integrare i suoi diritti di legittima, oppure, abbia disposto di una sola parte del proprio patrimonio, omettendo di istituire il legittimario, e che quest'ultimo sia chiamato, secondo le norme

² S. Delle Monache, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 262.

sulla successione legittima, a succedere al primo sulla parte residua di patrimonio, ma che la quota ad esso spettante non risulti sufficiente ad integrare le legittima; può avvenire infine che il *de cuius*, tramite testamento, disponga mediante disposizioni a titolo universale dell'intero suo patrimonio, non includendo però tra i beneficiari il legittimario³.

Se nei primi due casi ci si trova di fronte all'ipotesi di una "mera" lesione della legittima e si parla, a tal proposito, di legittimario "meramente" leso, nel terzo caso invece si ha una vera e propria preterizione (o pretermissione) e si parla allora di legittimario preterito (o pretermesso): quindi il legittimario verrà considerato "leso" se, al momento dell'apertura della successione, veda diminuita la propria quota di legittima a causa di una disposizione testamentaria insufficiente, verrà invece ritenuto "pretermesso" il successore che veda violata la propria quota di riserva, in quanto il *de cuius* non l'ha incluso tra i beneficiari delle disposizioni aventi ad oggetto il suo patrimonio.

Di fronte all'erosione totale o parziale della legittima, dovuta alle scelte dispositive del *de cuius*, l'ordinamento appresta quale strumento di tutela dei diritti del legittimario l'azione di riduzione.

L'azione di riduzione, prevista e disciplinata dall'art. 554 c.c. è volta ad ottenere l'accertamento giudiziale della lesione della quota di legittima spettante al legittimario agente e, conseguentemente, a far dichiarare nei suoi confronti l'inefficacia retroattiva (totale o parziale) delle disposizioni testamentarie e/o delle donazioni lesive, a partire dal momento dell'apertura della successione.

Tale strumento si caratterizzerebbe in sostanza quale azione di natura personale, perché diretta solo contro l'erede, il legatario o il donatario destinatari delle disposizioni lesive e di accertamento costitutivo, in quanto finalizzata ad accertare l'esistenza della lesione di legittima e altre condizioni dell'azione, accertamento da cui conseguirebbe automaticamente una modi-

³ D. Cavicchi, *Accordi per la reintegrazione della legittima*, in *Contratti*, 2009, 1021.

ficazione giuridica del contenuto dei diritti del legittimario⁴. Attraverso tale azione il legittimario leso può far valere un proprio diritto potestativo⁵.

Quanto agli effetti della suddetta azione, secondo la tesi tradizionale, una volta accertata l'esistenza della lesione e svuotate di effetto le disposizioni lesive nei confronti del legittimario, si aprirebbe all'operatività della vocazione necessaria nei confronti del legittimario, non più ostruita dalle scelte dispositive del *de cuius*. Il titolo in base al quale il legittimario pretermesso acqui-

⁴ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XLIII, 2, Milano, 2000, 229-230.

⁵ Di tale avviso, *ex multis*, cfr. L. Mengoni, *op. cit.*, 80-85; C.M. Bianca, *Diritto civile*, II, *La famiglia – Le successioni*, Milano, 2005, 665-671 e 694-709; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 2006, 119-121 e 152 ss.; S. Delle Monache, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, 3-53; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, 701-707. A tal proposito, la Suprema Corte ha precisato «Per opinione dominante, l'azione di riduzione configura una azione personale diretta a procurare al legittimario l'utile corrispondente alla quota di legittima, e non un'azione reale, perché si propone non contro chi al momento è titolare del bene, che fu legato o donato, ma esclusivamente contro gli eredi, i legatari o i donatari. Il legittimario, dunque, non ha un diritto reale sui beni legati o donati; egli ha un diritto contro il legatario o il donatario, cui corrisponde una obbligazione, per cui costoro rispondono con tutto il loro patrimonio (il che raffigura la caratteristica del diritto di credito). Poiché il legatario o il donatario possono ritenere l'immobile e compensare il legittimario con danaro (art. 560 comma 2 cit.), in seguito al favorevole esperimento dell'azione di riduzione, il legittimario non entra a far parte della comunione ereditaria». Cass., 22 marzo 2001, n. 4130, in *Dejure online*.

sterrebbe la qualità di erede⁶ non sarebbe però la sentenza, cui resta estranea un'attitudine traslativa, bensì la legge⁷.

Ad essa si affiancano altri due importanti orientamenti.

Secondo il primo, il legittimario, anche se pretermesso, acquisterebbe la qualità di chiamato all'eredità già dal momento dell'apertura della successione, con conseguente sua possibilità di accettare l'eredità a lui devoluta e divenire erede, anche senza avere previamente esperito l'azione di riduzione: ne discende che il titolo di erede costituirebbe addirittura il presupposto dell'azione di riduzione, non il suo scopo⁸.

⁶ La giurisprudenza di legittimità e autorevole dottrina ritengono infatti che il legittimario, al momento dell'apertura della successione e in presenza di una violazione dei suoi diritti, non possa considerarsi chiamato all'eredità perché nei suoi confronti non opererebbe alcuna forma di delazione: bisogna infatti distinguere tra chiamato e chiamato-delato, da cui "vocazione" e "delazione". Normalmente questi due momenti coincidono, possono però anche non sovrapporsi, come nel caso di chiamato sotto condizione sospensiva. In tal caso si avrà la vocazione, ma per l'attribuzione concreta del patrimonio o "delazione" bisognerà attendere il verificarsi di determinate condizioni. Mentre nel caso del legittimario leso opererà una vocazione – testamentaria o legale – e una delazione nella misura della sua quota, anche se inferiore alla legittima, nel caso del pretermesso opererà solo la vocazione legale, essendo stato escluso dal testamento. Sarà pertanto chiamato ma non delato, potrà pertanto accettare validamente ma senza effetto l'eredità: tale effetto si dispiegherà infatti solo all'esito del positivo esperimento dell'azione di riduzione.

⁷ Secondo autorevole dottrina la sentenza non determina «una vicenda traslativa nei rapporti tra colui contro il quale è pronunciata e il legittimario [...]»; la domanda di riduzione non implica una pretesa di "retrocessione dei beni" [...]. In forza della sentenza di riduzione i beni legati o donati si considerano, nei riguardi del legittimario, mai usciti dal patrimonio del defunto. Il suo titolo di acquisto non è la sentenza, ma la quota di eredità di cui è già investito per vocazione testamentaria o intestata o che gli viene devoluta ex lege per vocazione necessaria in conseguenza della riduzione pronunciata contro l'erede istituito. Il legittimario domanda la legittima in quanto tale, in veste di terzo, ma – ottenuta la riduzione – la "prende come erede", cioè come avente causa a titolo universale dal de cuius». L. Mengoni, *op. cit.*, 80-85. Vedi anche S. Delle Monache, *op. cit.*, 21 ss. In giurisprudenza, vedi Cass., 13 gennaio 2010, n 368, in *Dejure online*.

⁸ A. Cicu, *Successioni per causa di morte, Parte generale*, 2, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1962, 530 ss., che elaborò la concettuale separazione della quota di riserva – quale quota indisponibile di eredità tratta dal *relictum* senza i debiti –, verso la quale il legittimario leso sarebbe chiamato; e quota di legittima – quale utile netto ricavato dalla riunione fittizia – conseguibile solo a seguito dell'esperimento dell'azione di riduzione. Vedi, poi, G. Stolfi, *Sulla figura del legittimario*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 76 ss.; S. Ferrari, *La posizione giuridica del legittimario all'apertura della successione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 491 ss. e più di recente L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F. Busnelli, U. Natoli, *Diritto Civile*, 4, *Le successioni a causa di morte*, Torino, 1996, 233-236, 248.

All'opposto, il secondo orientamento parte dal presupposto che la legittima non sia una quota *hereditatis* bensì una *pars bonorum* e, stante l'impossibilità di concepire nel nostro ordinamento una terza forma di successione diversa da quelle *ab intestato* e testamentaria, ritiene che in favore del legittimario leso o pretermesso non operi alcuna delazione e che questi avrebbe diritto non ad acquisire la qualità di erede, bensì unicamente a conseguire una parte di attivo del patrimonio del *de cuius*. Anche il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione non avrebbe allora quale effetto quello di far conseguire al legittimario la qualità di erede, ma gli consentirebbe unicamente l'acquisto della consistenza economica riservatagli, quale netto dell'attivo ereditario dal *de cuius*⁹.

3. Lesione della legittima: accordi di integrazione

L'azione di riduzione non è tuttavia l'unica strada percorribile a fronte di una paventata lesione dei diritti del legittimario.

Partendo infatti dalla lettera dell'art. 554 c.c., nella parte in cui stabilisce che le disposizioni testamentarie eccedenti la quota di cui il defunto poteva disporre sono soggette a "riduzione" nei limiti della quota medesima, la dottrina ne ha scardinato i con-

⁹ «Attiene quindi al concetto di legittima il risultato economico che si persegue con la riduzione, onde ai legittimari spetta la titolarità di un complesso di beni avulsi dalle singole disposizioni testamentarie e che vengono loro trasmessi dal patrimonio del defunto. Tale acquisto si verifica mortis causa, a titolo particolare, ma non deriva dalla delazione dell'eredità, bensì è ordinato dalla legge la quale rappresenta anch'essa – indipendentemente dalla successione, dalla donazione e dalla convenzione – un titolo per effetto del quale la proprietà e gli altri diritti sulle cose si trasmettono [...] solo le persone volute dal testatore subentrano nel complesso dei rapporti a lui spettanti e ne diventano nuovi soggetti, ad onta della riduzione che, per la detrazione della quota dovuta ai legittimari, subisce l'attivo netto, e senza che una tale riduzione eserciti alcuna influenza sulla consistenza giuridica dell'istituzione ereditaria». Così F.S. Azzariti, citato in A. Lapenna, *Diritto notarile, Le lezioni del notaio Vincenzo De Paola, Successioni*, Milano, 2006, 386. F.S. Azzariti, G. Martinez, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973, 204; G. Azzariti, *Il legittimario non erede*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 471-474; Id., *Legittimario non erede e azione di riduzione*, *ibidem*, I, 715-718; Id., *Successioni dei legittimari e successioni dei legittimi*, in *Giurisprudenza sistematica diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1997, 16 ss.; 198 ss.; L. Ferri, *Dei legittimari*, in *Commento al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 9, 13, 156.

fini, riconducendo nel suo alveo non solo l'azione di riduzione, bensì, più in generale, qualsiasi operazione idonea ad emendare l'eccessiva entità delle attribuzioni operate dal *de cuius*. Si rende così plausibile l'attrazione di siffatta operazione in una dimensione convenzionale: in particolare, l'integrazione della legittima può avvenire anche in forma stragiudiziale, mediante un accordo tra legittimari lesi o pretermessi e i beneficiari degli atti dispositivi riducibili¹⁰.

La riduzione non è allora un'operazione esclusivamente riservata al giudice: il diritto potestativo del legittimario a conseguire quanto per legge gli spetta può trovare soddisfazione tanto *ope iudicis*, con l'accoglimento dell'azione di riduzione, quanto nel comportamento dell'erede che, avendo tutto l'interesse ad evitare le lungaggini e incertezze di un giudizio, volontariamente si conformi alla legge stipulando, ad esempio, un apposito accordo con il legittimario.

Tali negozi prendono il nome di “accordi di integrazione della legittima”.

In tale denominazione si compendiano una serie eterogenea di strumenti negoziali, tutti funzionali all'attuazione stragiudiziale dei diritti del legittimario, il cui soddisfacimento si realizza essenzialmente attraverso il ricorso ad un patto tra quest'ultimo e il beneficiario della disposizione lesiva.

La fattispecie richiamata non trova una base giuridica in alcuna norma del codice civile o di leggi speciali ad esso collegate.

¹⁰ Parte della dottrina ha prospettato anche l'ipotesi del ricorso ad atti unilaterali. Tale soluzione non sembra tuttavia condivisibile, in quanto anche nell'ipotesi di offerta unilaterale da parte del beneficiario di conformarsi volontariamente alle disposizioni normative occorrerebbe comunque l'accettazione del legittimario leso o pretermesso, realizzando in sostanza un accordo: non si prescinderebbe dalla necessità del consenso delle parti. Cfr in particolare, E. Damiani, *Sull'inutilità dell'atto unilaterale atipico*, in *Riv. Dir. civ.*, 2016, 3, 624ss secondo cui, da una parte, la corrispettività esclude l'unilateralità e pertanto, nel caso in cui una parte accetti la ricostruzione del rapporto così come pretende l'altra, dietro pagamento di un corrispettivo, ci si troverebbe di fronte ad un accordo transattivo; dall'altra, anche laddove non vi fosse corrispettivo, salvo il caso in cui l'accertamento non riconosca in toto le ragioni di una parte, non potendosi sapere in che misura l'atto gioverà ad una e sfavorirà l'altra, in ogni caso vi sarà bisogno del consenso di entrambe e pertanto un accordo. Cfr. in particolare, E. Damiani, *Sull'inutilità dell'atto unilaterale atipico*, in *Riv. Dir. civ.*, 2016, 624 ss.

Per rintracciare gli unici riferimenti normativi esistenti in materia occorre guardare alla legislazione tributaria. Qui, troviamo sia l'art. 43 d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni), il quale assume come base impositiva dell'imposta sulle successioni «anche agli eventuali accordi diretti a reintegrare i diritti dei legittimari, risultanti da atto pubblico o da scrittura privata autenticata», sia l'art. 30 lett. d dello stesso decreto, che menziona tra gli allegati alla dichiarazione di successione «la copia autentica dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata dai quali risulta l'eventuale accordo delle parti per l'integrazione dei diritti di legittima lesi».

È evidente che il legislatore si sia limitato a prendere atto dell'esistenza di questi strumenti negoziali nella prassi convenzionale, senza introdurne però una descrizione, una disciplina più o meno compiuta, o dare indicazioni in ordine alla natura degli stessi.

Cionondimeno, dal momento che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ne confermano unanimemente l'ammissibilità¹¹,

¹¹ In dottrina, L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 104, 125, 128-129 e 164-165; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., 230; Nappa, *La successione necessaria*, Padova, 1999, 187 ss.; F. Salvatore, *Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione*, in *Riv. Not.*, 1996, 211 ss.; M. Cannizzo, *Accordi di reintegrazione della legittima*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, vol. II, *Le successioni*, Torino, 2000, 109 ss.; A. Bulgarelli, *Gli atti "dispositivi" della legittima*, in *Notariato*, 2000, 481 ss.; V. De Paola, *Diritto notarile. Le lezioni del notaio Vincenzo De Paola. Ricostruzione sistematica di problematiche giuridiche in tema di: successioni in generale – nella volontaria giurisdizione – nel diritto di famiglia – giurisprudenza, dottrina di riferimento e soluzioni pratiche adeguate*, a cura di A. Lapenna, Milano, 2006, 391 ss.; A. Genovese, *L'atipicità dell'accordo di reintegrazione della legittima*, nota a Trib. Milano 10 maggio 2006, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2007, 507; Id., *L'accordo di reintegrazione della legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, III, Milano, 2009, 615; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, a cura di A. Ferrucci, C. Ferrentino, I, Milano, 2009, 599 ss.; C. Ungari Trasatti, *L'accordo di integrazione della legittima*, 2008, *passim*, reperibile su <<http://hdl.handle.net/2108/569>>; D. Cavicchi, *Accordi per la reintegrazione della legittima*, cit., 1020 ss.; L. Dambrosio, *Contratti di reintegrazione della legittima e negozio di accertamento*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, 728 ss.; A. Spatuzzi, *L'integrazione pattizia della legittima*, in *Corr. Giur.*, 2017, 525 ss.; A. Torrioni, *La pubblicità degli accordi di integrazione della legittima*, relazione al convegno "La pubblicità nei registri immobiliari: casi e questioni di interesse notarile" svoltosi a Taormina il 28 e 29 marzo 2014; A. Azara, *Gli accordi di integrazione della legittima*, in *Successioni per causa di morte. Esperienza e argomenti*, a cura di

nella prassi si accreditano differenti schemi chiamati a veicolare il fine integrativo: in particolare, si ritiene che lo scopo di reintegrare il legittimario leso o pretermesso possa essere raggiunto attraverso il ricorso a due figure giuridiche: l'accertamento e la transazione.

L'impiego del *negozio di accertamento* sarebbe possibile ove le parti non divergano sull'entità dei diritti da riconoscere al legittimario: in questo caso, le stesse potrebbero accordarsi affinché il beneficiario della disposizione lesiva rinunci a taluni beni ereditari a favore del legittimario leso, al fine di sanare la lesione della quota allo stesso spettante. Attraverso tale strumento le parti mirano a rendere definitive situazioni giuridiche colpite da incertezza – essenzialmente provocata dalla convivenza sul patrimonio del *de cuius* della devoluzione testamentaria e del diritto riservato ai legittimari – e ciò con l'obiettivo di «plasmare un regolamento di interessi conforme alla situazione come le parti avvertono che debba essere secondo la legge»¹².

Si attribuirebbero così al preesistente rapporto gli effetti derivanti dall'accertamento: nello specifico, sarebbe preclusa nei confronti delle parti ogni indagine relativa all'effettiva portata della realtà giuridica, in termini di esistenza, natura e consistenza del rapporto oggetto del negozio adottato¹³.

La fattispecie così delineata non sarebbe però comparabile sul piano degli effetti alla sentenza di riduzione delle disposizioni lesive: se si assume infatti che l'erede, una volta accertata la lesione della legittima, sarebbe tenuto in forza dell'accordo stipulato a cedere la porzione di beni oggetto delle disposizioni lesive, trasferendone la proprietà al legittimario, è evidente che in questo caso l'acquisto dei beni necessari a integrare la legitti-

V. Cuffaro, Torino, 2015, 377; G. Santarcangelo, *Gli accordi di reintegrazione della legittima*, in *Notariato*, 2011, 164 ss.; F. La Fata, *Accordi di integrazione della legittima e disposizioni testamentarie lesive*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 455 ss.

In giurisprudenza, cfr. Cass., 18 giugno 1956, n. 2171, in *Rep. Foro it.*, 1956; Trib. Genova, 20 dicembre 1968, in *Giur. mer.*, 1970, I, 420; Cass., 4 maggio 1972, n. 1348, in *Foro it.*, 1973, 1558; Cass., 24 novembre 1981, n. 6235, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1981, 307; Cass., 26 ottobre 1981, n. 5591, in *Mass. Giur. it.*, 1981; Trib. Milano, 10 maggio 2006, in *Leggi d'Italia online*.

¹² A. Spatuzzi, *op. cit.*, 529.

¹³ Cass., 6 dicembre 1979, n. 6332, in *Arch. civ.*, 1980, 465.

ma non troverebbe il suo fondamento nella legge, in virtù della vocazione necessaria (come nel caso dell'esperienza vittorioso dell'azione di riduzione), bensì del negozio di accertamento stipulato dalle parti. Il negozio di accertamento sortirebbe allora effetti traslativi¹⁴.

La dottrina tradizionale disconosce però l'attitudine del negozio di accertamento a produrre effetti traslativi, evidenziando come lo stesso sia tipicamente vocato ad eliminare una situazione di incertezza, lasciando tuttavia immutata la situazione giuridica preesistente: sarebbe allora un atto di autonomia strumentale all'esatta conoscenza del rapporto giuridico preesistente ma non definito, non riconducibile però ad una mera dichiarazione

¹⁴ F. Salvatore, *Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione*, in *Riv. Not.*, 1996, 211 ss., la quale sostiene che «a favore dei legittimari [...] non vi è alcuna delazione, poiché essa è impedita dalla disposizione lesiva, non potendosi essere due delazioni diverse e incompatibili in ordine agli stessi beni: l'eredità si devolve per legge o per testamento, con l'esclusione di una terza fonte[...] l'acquisto al patrimonio del legittimario del supplemento, non trovando titolo nella successione testamentaria né, per le ragioni di cui sopra, nella successione legittima o tanto meno necessaria né infine, in alcuna pronuncia giudiziale, si presenta come effetto necessario, e reale, dell'accordo di accertamento concluso fra i soggetti interessati, e precisamente l'effetto giuridico del trasferimento al legittimario di beni già facenti parte del patrimonio dell'erede beneficiato. L'eredità si è devoluta per testamento, compresa la parte di legittima, ai soggetti beneficiati: l'erede tuttavia, per espressa accertata disposizione di legge, è tenuto a cedere la porzione concreta dei beni oggetto delle disposizioni lesive, trasferendole in proprietà al legittimario» e ancora «il dibattito sulla natura dichiarativa e costitutiva dell'accertamento negoziale può dirsi ormai in buona sostanza superato, sicché non sembra dubbio che l'atto, pur rifacendosi ad una situazione preesistente, possa essere foriero di un'innovazione nella realtà giuridica: il momento dichiarativo si presenta infatti strumentale rispetto ad un effetto riferibile ad un nuovo ed autonomo assetto di interessi meritevole di tutela, consistente nel vincolarsi ad una determinata valutazione del rapporto giuridico su cui verte il riconoscimento. La causa è quella di obbligarsi a considerare un dato negozio, un dato fatto, un dato rapporto, come esistente in un certo modo. Ma il caso analizzato dimostra come, oltre a tale effetto obbligatorio (pacifico), il negozio di accertamento possa sortire effetti traslativi, non potendo farsi riferimento, per la regolamentazione giuridica controversa, alla fonte precettiva originaria che ne è fondamento: causa dell'acquisto non può essere, come si è visto, né il testamento, né la legge, e ciò vale non solo per il caso di lesione di legittima, in ordine al conseguimento del supplemento, ma anche e soprattutto per il caso di preterizione. Più precisamente, la legge è in questo caso ciò che riconosce il diritto, e non ciò che produce l'effetto traslativo (sussistendo già la delazione testamentaria)» infatti «l'autonomia privata è sempre dispositiva: le parti, rendendo certi i reciproci diritti, ne dispongono». In questo senso, vedi anche del E. Prato, voce *Transazione* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XLIV, Milano 1992, 814; A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2009, 143.

ricognitiva, bensì un atto di volontà produttivo di effetti obbligatori, che vincolano le parti ad accettare la realtà giuridica così come accertata convenzionalmente¹⁵.

L'accordo di integrazione della legittima, che si sostituisce di fatto all'accertamento giudiziale, non avrebbe allora natura dispositiva¹⁶: lo stesso si inserirebbe nella vicenda successoria modificandola¹⁷.

Partendo dal presupposto che il negozio di accertamento non è in grado di per sé di produrre il trasferimento dei beni in capo al riservatario, un ulteriore orientamento ha ritenuto che un simile effetto dovrà allora essere giustificato sulla scorta di un ulteriore negozio, causalmente idoneo a produrlo¹⁸, da individuare tra quelli unilaterali funzionali a riequilibrare il contenuto di un contratto altrimenti risolubile, disciplinati sub art. 767 c.c. (facoltà del coerede di dare un supplemento), art. 1432 c.c. (mantenimento del contratto rettificato), art. 1450 c.c. (offerta di modificazione del contratto), art. 1467 c.c. (contratto con prestazioni corrispettive), art. 1468 c.c. (contratto con obbligazioni di una sola parte). Tutti questi diversi strumenti giuridici

¹⁵ L. Mengoni, *op. cit.*, 230 ss.

¹⁶ «Occorre precisare che tale impostazione può seguirsi solo ove si accolga la tesi secondo la quale la modificazione giuridica deriverebbe non dalla sentenza di accoglimento dell'azione di riduzione, ma dalla legge, a seguito dell'accertamento giudiziale della lesione». S. Nappa, *cit.*, 191. Così anche L. Mengoni, *op. cit.*, 229-230, secondo cui «l'unica forma apprestata dall'ordinamento per l'attuazione del diritto è l'accertamento giurisdizionale, sebbene sia ammesso che il medesimo risultato possa essere raggiunto in via secondaria e accidentale, senza l'elemento del processo, mediante accordo col soggetto passivo».

¹⁷ F. La Fata, *Accordi di integrazione della legittima*, *Dir. Succ. e Fam.*, 2018, 464. Il negozio di accertamento, secondo questa impostazione, non potrebbe allora avere per sua natura effetti traslativi: si è ritenuto ad esempio che quando verta su diritti immobiliari, non sia soggetto a trascrizione, cfr. Cass., 16 luglio 1981, n. 4653, in *Dejure online*; Cass., 22 agosto 1953, n. 2835; Cass., 13 maggio 1950, n. 1229.

¹⁸ A. Bulgarelli, *op. cit.*, secondo cui «L'effetto traslativo dunque non può essere ricollegato a ciò che per definizione si limita a eliminare una situazione di incertezza senza immutare la situazione giuridica considerata preesistente, dovendo un tale effetto in realtà discendere da un diverso negozio, ad effetti reali, con propria autonoma causa, al quale nulla aggiungerebbe, da un punto di vista effettuale, il precedente accertamento delle parti. Se dunque il negozio di accertamento da solo non è in grado di produrre il trasferimento dei beni in capo al riservatario si dovrà semmai imputare un tale effetto ad un diverso negozio la cui causa sia funzionalmente in grado di produrlo».

sono accomunati dalla finalità di apprestare una soluzione unilaterale alla controversia, attraverso lo spontaneo conformarsi di una parte alle previsioni di legge, privando la controparte lesa dell'interesse a rivolgersi ad un giudice per il riconoscimento delle sue pretese¹⁹.

Il fine integrativo potrebbe essere poi utilmente perseguito attraverso lo schema negoziale rappresentato dalla transazione.

Il ricorso a tale strumento sarebbe tuttavia possibile solo in presenza di contestazioni in ordine al contenuto o alle modalità di attuazione del diritto spettante al legittimario, nel contesto delle quali si inserisce la transazione, modulandosi attraverso reciproche concessioni delle parti finalizzate proprio a prevenire l'insorgere di una lite o dirimerne una già in corso.

Prescindendo completamente dall'accertamento dei diritti spettati al legittimario, e dunque da una verità giuridica cui conformare le prestazioni, la transazione tronca il conflitto in essere attraverso il ricorso ad una regolamentazione che è diversa da quella invocata sia dall'una che dall'altra parte²⁰, ma si plasma attraverso le reciproche concessioni delle parti fino ad assurgere ad assetto condiviso e soddisfacente delle rispettive pretese.

La *res dubia* è irrilevante, lo scopo è addivenire rapidamente ad un contemperamento degli opposti interessi, che si tradurrà generalmente in un parziale sacrificio dei diritti del legittimario, su un piano quantitativo o qualitativo²¹.

Le soluzioni prospettate, il negozio di accertamento e la transazione, non hanno mancato di suscitare critiche.

È stata contestata, in primo luogo, la non perfetta sovrapponibilità di tali rimedi alla sentenza di riduzione: la loro natura convenzionale, infatti, porterebbe con sé una serie di limitazioni che sono invece estranee allo strumento giudiziale. In particolare, oltre al rilievo già evidenziato in relazione al negozio di accertamento, è dato cogliere una discontinuità di effetti rispetto alla riduzione *opae iudicis* sotto due ulteriori profili.

¹⁹ A. Bulgarelli, *Gli atti "dispositivi" della legittima*, in *Not.*, 2000, 492 ss.

²⁰ M. Giorgianni, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 232.

²¹ F. Salvatore, *op. cit.*, 218.

Il primo riguarda l'attitudine della sentenza di riduzione, una volta passata in giudicato, a rendere inefficaci *ex tunc* le disposizioni lesive, rendendo possibile la delazione *ex lege* a favore del legittimario, che acquisterà così la qualità di erede²². Tale capacità è del tutto preclusa invece all'integrazione pattizia, la quale lungi dall'inficiare le disposizioni lesive potrà, al massimo, mitigarne gli effetti *ex post*, attraverso un atto dispositivo del beneficiario che garantisca al legittimario l'acquisizione dei beni ereditari necessari ad integrare la sua quota²³.

Il secondo profilo, strettamente connesso al primo, è relativo proprio all'"investitura" del legittimario leso quale erede. Secondo l'impostazione tradizionale, infatti, il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, rimuovendo l'ostacolo giuridico che si frappone all'operare della delazione ab intestato, offre al legittimario la possibilità di conseguire la qualità di erede. Questo medesimo risultato non sarebbe invece conseguibile convenzionalmente, dal momento che non è consentito all'autonomia privata disporre in ordine a diritti attenenti agli status familiari²⁴.

Un secondo ordine di critiche riguarda più da vicino la struttura dei negozi impiegati.

Quanto alla transazione, si è rilevato come la stessa non si connota in via tipica quale rimedio volto al soddisfacimento delle pretese del legittimario, ma, più genericamente, quale strumento atto alla composizione o prevenzione di conflitti attraverso reciproche concessioni. In realtà il problema della mancanza di

²² F. Santoro Passarelli, *Legato privativo della legittima*, in *Riv. Dir. civ.*, 1935, 249; G. Capozzi, *op. cit.*, 394; L. Mengoni, *op. cit.*, 234.

²³ Sulla necessaria efficacia dispositiva degli accordi di integrazione della legittima concordano A. Genovese, *cit.*, 630 e A. Bulgarelli, *op. cit.*, 492. Secondo F. La Fata, *op. cit.*, 474, sostenere al contrario che gli accordi in questione possano rendere inefficaci le disposizioni lesive così come la sentenza di riduzione condurrebbe ad uno sbilanciamento degli interessi, risultando eccessivamente sacrificata la libertà di disporre e il principio di autodeterminazione a favore di un "astratto" interesse familiare. Si veda altresì D. Cavicchi, *op. cit.*, *passim*.

²⁴ In tal senso però parte della dottrina ha correttamente precisato che tali accordi in realtà sono idonei ad incidere esclusivamente su situazioni giuridiche patrimoniali e quindi disponibili: dall'integrazione negoziale non discenderebbe l'investitura ad erede, che si acquista *ex lege* o per testamento. F. Salvatore, *op. cit.*, 218; A. Bulgarelli, *op. cit.*, 491; M. Cannizzo, *op. cit.*, 109.

un'adeguata giustificazione causale non riguarda solo l'accordo transattivo, ma anche molte altre figure al di sotto delle quali si è cercato di sussumere la fattispecie degli accordi integrativi, come ad esempio la vendita, la permuta o la donazione. Prendendo come riferimento unicamente lo scopo di ristorare le ragioni del legittimario, il rischio che si corre è proprio quello di allargare eccessivamente le maglie della ricerca, aprendo astrattamente a tutti quegli strumenti negoziali di fatto in grado di conseguirlo: in tal modo si finisce però per scolorire la categoria degli accordi integrativi, privandoli di una precipua e distintiva connotazione funzionale, nonché di una autonoma identità²⁵.

Quanto al negozio di accertamento, invece, si mette in discussione la stessa presenza di una *res dubia*²⁶: è pacifico infatti che le disposizioni lesive siano pienamente valide ed efficaci al momento dell'apertura della successione ed è pertanto certo che vi sia una lesione dei diritti del legittimario, la quale richiederebbe necessariamente una modificazione del preesistente assetto. Ma anche ammettendo una situazione di obiettiva incertezza, l'accordo di integrazione non si accontenta di dissipare i dubbi, mirando altresì anche ad eliminare la lesione provocata dalle disposizioni testamentarie attraverso il trasferimento dei beni ereditari al legittimario leso. Tale possibilità sarebbe sterilizzata già in partenza dall'orientamento che riconosce a tale negozio solo una funzione dichiarativa: ma anche a voler argomentare un'efficacia anche dispositiva di siffatti negozi, la stessa non potrebbe spingersi fino a privare le disposizioni testamentarie di efficacia, se non riconoscendo ai privati un potere riservato al giudice.

4. *La tutela dei creditori del legittimario leso in caso di accordi di integrazione della legittima*

Dopo una rapida panoramica del contesto normativo e dottrinale in cui si inserisce la figura degli accordi di integrazione della legittima, è possibile tornare al tema di partenza, con cui ci si proponeva di analizzare le prospettive di tutela dei creditori

²⁵ A. Spatuzzi, *op. loc. cit.*

²⁶ *Ibidem.*

del legittimario leso, là dove lo stesso avesse deciso di comporre le controversie successorie che lo riguardano in una dimensione prettamente convenzionale.

Come si è potuto constatare, infatti, il ricorso agli accordi di integrazione della legittima comporta anzitutto un'implicita rinuncia all'esperienza dell'azione di riduzione, e con essa, necessariamente, ad un accertamento giudiziale e a tutte le garanzie cui si accompagna; nella generalità dei casi, poi, l'impiego di simili strumenti negoziali si traduce anche nella realizzazione solo parziale delle pretese del legittimario leso: infatti, specie nel caso in cui si adotti lo schema della transazione, i diritti del legittimario non troverebbero pieno soddisfacimento e questo nell'intento di raggiungere una rapida soluzione della lite attraverso un assetto di interessi il più possibile condiviso e appagante per entrambe le parti. L'adozione di una simile soluzione si riverbera però sulle aspettative dei creditori del legittimario, i quali hanno invece interesse a che i diritti successori del proprio debitore vengano riconosciuti in pieno, così da poter contare su un patrimonio più capiente per la realizzazione delle proprie pretese: è evidente che in tale prospettiva lo strumento più idoneo allo scopo sarebbe proprio quello dell'azione di riduzione.

Nel Codice civile non è dato tuttavia rinvenire alcun appiglio normativo a partire dal quale ricostruire, in via generale, le fattezze di una possibile tutela da apprestare ai creditori: di fronte al silenzio serbato dal Codice, parte della dottrina ha escluso che gli stessi possano esperire l'azione di riduzione²⁷.

Ciò nonostante, facendo leva sulla disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 557 c.c., la quale stabilisce che i creditori del defunto possano esercitare l'azione di riduzione o profittarne laddove il legittimario non abbia accettato con beneficio d'inventario, la dottrina maggioritaria ha riconosciuto altresì nei confronti dei creditori del legittimario la possibilità di esercitare, in via surrogatoria, l'azione di riduzione²⁸.

²⁷ F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1962, 331; V. Cantelmo, *I legittimari*, Padova, 1991, 125; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, 490.

²⁸ L. Mengoni, *op. cit.*, 243, E. Betti, *Appunti di diritto civile*, Milano, 1928-1929, 516, F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, in *Codice civile, Libro delle*

La giurisprudenza di legittimità ha mostrato di aderire senza incertezze a quest'ultima tesi, tralasciando tuttavia di verificare l'effettiva compatibilità di un esercizio surrogato dell'azione di riduzione con la regola della non surrogabilità del diritto di accettazione dell'eredità²⁹. Infatti, specie nell'ipotesi di legittimario pretermesso, laddove si aderisca all'impostazione tradizionale, si dovrebbe convenire che la qualità di erede possa essere conseguita unicamente a fronte del positivo esperimento dell'azione di riduzione. Ammettere la possibilità di un esercizio surrogato di siffatta azione da parte dei creditori del legittimario leso equivarrebbe allora a consentire l'acquisto della qualità di erede da parte di quest'ultimo anche contro la sua espressa volontà, creando un cortocircuito nel sistema.

Per ovviare all'inevitabile conflitto tra il principio di tutela dei creditori e l'autonomia decisionale del legittimario si è allora paventata una strada alternativa, che passa attraverso l'applicazione analogica dell'art. 524 c.c. A tal fine si è valorizzata la *ratio* della norma, che sebbene adottata per regolare l'ipotesi di rinuncia del chiamato all'eredità, si è detto, sarebbe imperniata su principi generali, estendibili anche ad ipotesi simili, in cui viene in rilievo la garanzia patrimoniale dei creditori in ambito successorio; peraltro il suo impiego avrebbe il pregio di consentire una tutela immediata dei creditori, i quali potrebbero aggredire i beni spettanti al debitore, laddove avesse esperito l'azione di riduzione, senza però imporgli l'acquisto della qualità di erede.

La Suprema Corte, tuttavia, ha mostrato in numerose pronunce di non condividere una siffatta impostazione.

Con una prima decisione³⁰, la Corte ha precisato che non può applicarsi analogicamente l'art. 524 c.c. al caso di rinuncia all'esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario

successioni per causa di morte e delle donazioni, in *Commentario* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1941, 316; A. Pino, *Tutela dei legittimari*, Padova, 1954, 69 ss.; Nicolò, *Surrogatoria-revocatoria*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1957, 142.

²⁹ M. Criscuolo, *La tutela dei creditori rispetto ad atti dispositivi della legittima*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2016, reperibile su <<http://elibrary.fondazioneinotariato.it>>, 121 ss.

³⁰ Cass., 29 luglio 2008, n. 20562, in *Dejure online*.

pretermessso, dal momento che tale disposizione disciplina una fattispecie radicalmente diversa. La stessa infatti assume quale presupposto logico-giuridico necessario all'esperienza dell'azione da parte del creditore la rinuncia all'eredità del chiamato: tale rinuncia, precludendo l'acquisto dell'eredità da parte di quest'ultimo, provoca effettivamente un danno nei confronti del creditore, il quale avrà interesse a far dichiarare inopponibile nei suoi confronti l'atto abdicativo per poter aggredire così il patrimonio ereditario.

Nel caso della rinuncia all'esperienza dell'azione di riduzione da parte del legittimario pretermesso, invece, tale atto abdicativo, di per sé, non sortisce effetti pregiudizievoli nei confronti dei creditori: in tale ipotesi infatti il legittimario non consegue la quota di riserva che gli spetterebbe non a causa dell'eventuale sua rinuncia alla suddetta azione, bensì a fronte della mancanza di una delazione dell'eredità in suo favore.

A fronte di questa netta presa di posizione della Suprema Corte, esclusa la possibilità di poter ricorrere in via analogica all'art. 524 c.c. laddove il legittimario pretermesso rinunci ad esperire l'azione di riduzione, si è allora sostenuto che la tutela dei creditori dovesse strutturarsi nell'esercizio combinato di due diverse azioni: l'azione revocatoria, con la quale rimuovere l'atto di rinuncia all'azione di riduzione – implicitamente contenuto nella stipula di un accordo di integrazione della legittima – e l'azione di riduzione in via surrogatoria – sebbene la stessa sollevi i citati problemi relativi ad un acquisto forzoso della qualità di erede in capo al legittimario³¹.

Alcuni anni dopo, dovendosi pronunciare sulla revocabilità dell'atto di adesione ad un legato in sostituzione di legittima con contestuale implicita rinuncia all'esperienza dell'azione di

³¹ La dottrina che aderisce a questa impostazione fa leva sostanzialmente sulla natura patrimoniale del diritto alla legittima, suscettibile di essere trasferito liberamente anche con atto *inter vivos*. L. Capasso, *Gli strumenti di tutela del creditore dell'erede rinunziante e/o del legittimario pretermesso*, in <www.csm.it>. V. anche, L. Zoso, *La trasmissibilità dell'azione di riduzione*, in *Corr. giur.*, 2012, 581; G. Grassi, *Rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e mezzi di tutela dei creditori: revoca della rinuncia ed esercizio in surroga dell'azione di riduzione*, nota a Trib. Gorizia, 4 agosto 2003, in *Famiglia*, 2004, 1190. Vedi inoltre *sub* nota 23.

riduzione, il Giudice di legittimità ha statuito che non è ammissibile l'azione ex art. 2901 c.c. – la cui funzione è di conservazione della garanzia del patrimonio del debitore, attraverso l'inefficacia dell'atto di disposizione rispetto al creditore, e la conseguente possibilità di questi di soddisfarsi sul patrimonio del debitore – rispetto ad atti che si sostanziano nella rinuncia ad una facoltà, per effetto della quale non resta modificato, né attivamente né passivamente, il compendio patrimoniale *quo ante* del debitore, e che, pertanto, anche se dichiarati inefficaci nei confronti del creditore, in esito all'accoglimento dell'azione revocatoria, non consentirebbero il soddisfacimento del creditore e, quindi, il conseguimento dello scopo cui è preordinata l'azione revocatoria, secondo la ratio assegnatale dal legislatore³². Pertanto, ai fini dell'accoglibilità dell'azione pauliana, occorre che la dichiarazione di inefficacia relativa dell'atto di disposizione lesivo nei confronti dei creditori consenta a questi ultimi di aggredire immediatamente e soddisfarsi esecutivamente sui beni del patrimonio del debitore oggetto dell'atto revocato, senza il medio di ulteriori strumenti.

Nella specie, è stata considerata inammissibile l'azione revocatoria nei confronti di un atto di adesione al legato in sostituzione di legittima e di contestuale rinuncia all'esercizio dell'azione di riduzione per lesione di legittima, dal momento che, implicando l'atto di disposizione la rinuncia ad una mera facoltà, l'eventuale accoglimento dell'azione, con la dichiarazione di inefficacia dello stesso, non avrebbe consentito al creditore di soddisfare immediatamente le proprie ragioni: i beni infatti sarebbero rimasti nella proprietà dei soggetti individuati dal *de cuius* con le sue disposizioni testamentarie sino al positivo esperimento dell'azione di riduzione, che presuppone la rinuncia al legato³³.

³² Cass., 19 febbraio 2013, n. 4005, in *Dejure online*.

³³ Alcuni autori hanno però evidenziato che in questo modo si finirebbe di fatto per introdurre un ulteriore presupposto per l'esperimento dell'azione revocatoria, oltre al *consilium fraudis* e all'*eventus damni* previsti dalla legge, "che consiste nell'esigenza tutta giurisprudenziale dell'economia processuale". Cfr. P. Mazzamuto, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, in <www.comparazioneDirittocivile.it>, 2019, 27.

Questa sentenza ha messo evidentemente in crisi anche le prospettive ricostruttive che erano state suggerite in esito alla sentenza del 2008, la quale, dal canto suo, aveva escluso l'applicabilità in via analogica dell'art. 524 c.c.

A cercare di comporre il contrasto venutosi via via ad inasprire fra gli opposti interessi da una parte, all'autonomia decisionale del legittimario, dall'altra, alla tutela delle pretese creditorie, è infine intervenuta una recente pronuncia del 2016, con la quale la Corte di Cassazione ha tentato una soluzione di compromesso³⁴.

Trovandosi anche in questo caso di fronte all'ipotesi di impugnazione in revocatoria dell'atto di adesione al legato in sostituzione di legittima da parte dei creditori del legatario, la Suprema Corte ha confermato da un lato, che l'azione surrogatoria deve essere preceduta necessariamente per la previa impugnazione in revocazione dell'atto di rinuncia all'azione di riduzione e che non è in discussione la possibilità per i creditori del legittimario pretermesso (i quali non rientrano nella categoria degli "aventi causa", direttamente legittimati ai sensi dell'art. 557 c.c., comma 1) di agire in via surrogatoria ex art. 2900 c.c. con la domanda di riduzione a tutela delle loro ragioni, sul presupposto che la legittima sia un diritto di natura patrimoniale, dall'altra però, ha negato la sussistenza nel caso di specie del presupposto necessario all'esperimento dell'azione ex 2900 c.c.

L'esperibilità dell'azione surrogatoria postula, infatti, l'inerzia del debitore, cioè un comportamento omissivo o quanto meno insufficientemente attivo, al quale non può parificarsi un comportamento positivo, ancorché pregiudizievole per le ragioni del creditore, giacché tale comportamento positivo, quale atto di amministrazione del proprio patrimonio spettante al debitore, non è un indice di trascuratezza nell'esercizio del proprio diritto e non consente, perciò, interferenze da parte del creditore, salvo a costituire oggetto di revocatoria, ove ne ricorrano gli estremi, ai sensi dell'art. 2901 c.c. Non può quindi mai pensarsi all'azione ex art. 2900 c.c. qualora il debitore abbia posto in essere condotte sufficienti a far ritenere utilmente espressa la sua

³⁴ Cass., 2 febbraio 2016, n. 1996, in *Dejure online*.

volontà in ordine alla gestione del rapporto, in quanto il creditore non può chiedere di sostituirsi al debitore per sindacare le modalità con cui questi abbia ritenuto di esercitare la propria situazione giuridica, o per contestarne le scelte e manifestazioni di volontà.

Taluni autori ritengono che per coerenza sistematica le conclusioni adottate dalla Corte con riguardo all'atto di preferenza del legittimario per il legato in sostituzione di legittima ex art. 551 andrebbero applicate anche all'ipotesi di stipula da parte dello stesso di un accordo di integrazione della legittima con il beneficiario delle disposizioni lesive, perché, come già evidenziato, entrambi contenenti un'implicita rinuncia all'azione di riduzione, non potendosi operare un'ingiustificata differenziazione di trattamento solo sull'assunto che il pregiudizio alle ragioni dei creditori, nell'ipotesi che ci interessa, discenda da una manifestazione di volontà successiva all'apertura della successione³⁵.

Ciò condurrebbe in sostanza individuare un'ulteriore ipotesi di immunità del legittimario dal potere di reazione dei creditori. Come ha puntualizzato infatti accurata dottrina³⁶, attraverso questo atto composito, al tempo stesso abdicativo e acquisitivo, come si appalesa tanto l'accordo di integrazione della legittima, quanto l'atto di adesione al legato in sostituzione della stessa, si porrebbe in essere uno strumento in grado di schermare il legittimario da ogni pretesa avanzata dai suoi creditori.

Di fronte a questa situazione, *tertium non datur*: Nel bilanciamento di interessi contrapposti o si fanno prevalere le disposizioni testamentarie "ad effetto segregativo", andando poi di fatto ad avallare anche strategie di occultamento volte a favorire il legittimario in difficoltà economica oppure, dato che non vi sono principi costituzionali che giustifichino la lesione delle ragioni dei creditori, si forza la portata dell'art. 524 c.c. ammettendone un'applicazione analogica.

³⁵ M. Criscuolo, *op. cit.*, 138.

³⁶ S. Pagliantini, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2016, reperibile su <<http://elibrary.fondazione-notariato.it>>, 204 ss.

A tale ultimo proposito, parte della dottrina ha sostenuto che le differenze riscontrabili tra le ipotesi di rinuncia all'eredità e all'azione di riduzione non sarebbero tali da offuscare l'identità di *ratio* che le accomuna – specie nel caso di legittimario pretermesso, quando una rinuncia all'azione di riduzione equivale in sostanza ad abdicare da qualsiasi altra possibilità di acquisire la qualità di erede – *ratio* rintracciabile nella tutela delle garanzie patrimoniali in favore dei creditori³⁷.

Già Mengoni³⁸ riteneva senz'altro ammissibile l'azione di riduzione in via surrogatoria da parte dei creditori nel caso di legittimario leso, il quale pur avendo accettato l'eredità resti inerte di fronte all'opportunità di integrare la sua quota; altra dottrina ha inoltre sostenuto che la natura personale dell'azione di riduzione fosse legata unicamente al caso in cui la stessa costituisse lo strumento per il legittimario pretermesso per acquisire la qualità di erede: immediata ricaduta di tali argomentazioni è l'ammissibilità di un'applicazione analogica delle norme dettate per il chiamato all'eredità, al fine di contrastare l'inerzia del legittimario leso o pretermesso in danno ai suoi creditori³⁹.

Il principale ostacolo all'applicazione analogica dell'art 524 c.c. è rappresentato però dalla dichiarata “eccezionalità” della norma.

Al fine di superare tale impedimento, la dottrina si è spesa nel sottolineare che l'eccezionalità «è questione di interpretazione»⁴⁰, trattandosi di un qualificativo indicante la «singolare relazione tra regola e principi» che si trova dedotta in una fattispecie, ma col sottinteso che le ipotesi concrete riprodotte la stessa relazione sono dentro e non oltre i casi considerati, per richiamare la lettera dell'art. 14 Preleggi, dalla norma eccezionale⁴¹.

La disposizione in questione non appare annoverabile tra le norme “a fattispecie esclusiva”, ovvero sia quelle non riconducibili ad alcun principio, perché espressione di uno *ius singulare*

³⁷ M. Criscuolo, *op. cit.*, 128-129.

³⁸ L. Mengoni, *op. cit.*, *passim*.

³⁹ F. Realmonte, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, in *Studi in onore di Mengoni*, I, Milano, 1995, 634 ss.

⁴⁰ F. Perlingieri, P. Femia, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, 11 ss.

⁴¹ S. Pagliantini, *ibidem*.

che non consente la loro estensibilità al di fuori dei casi per i quali sono espressamente adottate: preso atto che la previsione ex art. 524 c.c. si atteggia invece quale “concretizzazione settoriale del più generale principio di tutela conservativa dei creditori avverso un rifiuto impeditivo in loro danno”⁴², che viene garantito nell’ambito delle vicende successorie proprio da tale norma, non vi sarebbero più ragioni ostative alla sua applicazione analogica nei confronti di una fattispecie in cui viene in rilievo la necessità di dispiegare le dovute garanzie conservative a presidio delle ragioni dei creditori.

L’art. 524 sarebbe allora «una norma eccezionale ma nel contempo non a fattispecie esclusiva, operante *per analogiam* col vantaggio vieppiù di consentire ai (soli) creditori procedenti di aggredire i beni che avrebbero composto la riserva del legittimario rinunziante senza tuttavia che, per effetto di questa inefficacia, costui si trovi ad acquisire (una non voluta) qualità di erede. Una norma sui generis⁴³ perciò, che copre un interstizio destinato altrimenti, per l’impossibilità di procedere cogli artt. 2900 e 2901 c.c., a rimanere franco»⁴⁴.

5. Conclusioni

Di fronte al serio pericolo, alimentato dalle pronunce della Corte di Cassazione, di creare zone di completa immunità del legittimario nei confronti delle pretese avanzate dai propri creditori, quella della applicazione analogica dell’art. 524 c.c. all’ipotesi di rinuncia all’azione di riduzione da parte di quest’ultimo risulta essere l’unica soluzione praticabile. Infatti, se da una parte consente ai creditori di soddisfarsi immediatamente aggreden-

⁴² F. Realmondo, *op. loc. cit.*

⁴³ Vedi C. Pelosi, *Sub art. 524*, in *Delle successioni*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, cit., 384 s.; V. Sciarrino, in V. Sciarrino, M. Ruvolo, *La rinuncia all’eredità*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco D. Busnelli, Milano, 2008, *sub art. 524*, 266. In giurisprudenza v. Cass., 29 marzo 2007, n. 7735, in *Riv. Not.*, 2008, 457 ss. Il riferimento ad una natura ibrida dell’art. 524 già si incontra, per altro, nelle pagine di A. Burdese, G. Grosso, *Le successioni. Parte generale*, in Tratt. *Vassalli*, Torino, 1977, 347 e di L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, rist. Napoli, 2011, 494.

⁴⁴ S. Pagliantini, *ibidem*.

do direttamente i beni che avrebbero composto la riserva, senza passare necessariamente attraverso le lungaggini e le incertezze di ben due giudizi da combinare tra loro, la revocatoria e la riduzione in surrogazione, dall'altro non impone al legittimario l'acquisto forzato della qualità di erede: una soluzione di compromesso che mostra di bilanciare equamente i contrapposti interessi del legittimario e dei suoi creditori.

Ne discende allora che, anche là dove il legittimario leso o pretermesso stipuli un accordo di integrazione della legittima con il beneficiario delle disposizioni lesive che importi un sostanziale sacrificio delle sue pretese, sia a livello quantitativo che qualitativo, nonché, al contempo, una rinuncia a realizzarle a pieno in una dimensione giudiziale, i suoi creditori potranno tutelare le proprie ragioni agendo esecutivamente direttamente sui beni ereditari che sarebbero spettati al loro debitore, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 524 c.c., senza che ciò comporti l'acquisto da parte del legittimario della qualità di erede contro la sua volontà.

Giorgia Vulpiani

Sulla tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. L'azione di riduzione in senso stretto: natura e legittimazione – 3. Legittimazione all'azione di riduzione da parte dei creditori personali del legittimario – 4. (*segue*): a) l'azione surrogatoria – 5. (*segue*): b) l'azione revocatoria – 6. (*segue*): c) l'applicazione in via analogica dell'art. 524 c.c. – 7. Il recente approdo giurisprudenziale in tema di esperibilità dell'azione di riduzione da parte dei creditori del legittimario – 8. La proposta di riforma del diritto delle successioni

1. Considerazioni introduttive

La riflessione attorno alle tutele giurisdizionali dei creditori personali dei legittimari impone una breve premessa sui rimedi spettanti ai successori necessari. Com'è noto, in materia successoria l'autonomia privata incontra un limite nella tutela degli interessi della famiglia¹; limite che si sostanzia nella previsione

¹ V.R. Casulli, *Successioni (diritto civile): successione necessaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 787 ss., il quale afferma che, a differenza della successione legittima, la successione necessaria parte dal presupposto che il legame familiare abbia riflessi economici anche dopo la morte del defunto, dando luogo a una specie di obbligo alimentare sia pure in senso lato, che persiste a suo carico anche oltre la vita [...] la protezione o il superiore interesse della famiglia è il dato fondamentale che spiega e giustifica questo particolare tipo di successione». V. anche, L. Ferri, *Dei legittimari*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 3; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2015, 289. V., però, S. Delle Monache, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. Not.*, 2007, 815.

dell'intangibilità della legittima², ossia di una quota del patrimonio ereditario che spetta inderogabilmente agli stretti congiunti del *de cuius*³.

² Possono distinguersi due forme di intangibilità: quantitativa e qualitativa. La prima implica che il legittimario abbia diritto solo a conseguire un valore pari alla quota spettantegli; la seconda che il legittimario abbia diritto di conseguire la quota stessa in natura, ossia il diritto di conseguire una quota formata, in proporzione alla sua entità, di una parte di ogni cespite ereditario. Il codice civile segue il principio dell'intangibilità quantitativa, come può evincersi dagli artt. 588, 733, 734 c.c. In argomento L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, 6^a ed., Milano, 2000, 169 ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 468.

La riflessione intorno alla natura giuridica della successione necessaria ha dato luogo a tre orientamenti: la teoria del *tertium genus*; la teoria della successione a titolo particolare; la teoria della successione legittima potenziata. Con riguardo alla prima tesi, parte della dottrina ritiene che la successione necessaria presenti caratteri che la distinguono nettamente dalla successione testamentaria e dalla successione legittima; costituirebbe, pertanto un *tertium genus* di successione universale. Infatti, se da un lato essa trova nella legge il suo fondamento, così come la successione legittima, dall'altro, rispetto a quest'ultima, sono diversi i destinatari, le quote e la *ratio*. Si tratterebbe, inoltre, di un tipo di successione che non investe l'intero patrimonio del *de cuius*, ma solo una sua parte, a differenza della successione testamentaria e di quella legittima. In questo senso, V.R. Casulli, *Successioni (dir. civ.)*, *Successione necessaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 787 ss.; G. Grosso, A. Burdese, *Le successioni, Parte generale*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1977, 85.

Altra dottrina ritiene, invece, che il legittimario non sia erede, ma successore a titolo particolare, in quanto la legge non assegna allo stesso una quota di eredità, ma un attivo netto che può pervenirgli anche attraverso donazioni o legati. Così, G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni, Libro secondo del codice civile*, Padova, 1982, 216; L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 7. Infine, secondo la terza ricostruzione teorica la successione legittima e quella necessaria sono da considerarsi specie di uno stesso *genus* perché hanno in comune lo stesso titolo costitutivo (la legge) e lo stesso fondamento (la tutela della famiglia). Come affermato da attenta dottrina (A. Cicu, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, 218) la successione necessaria costituisce un'ipotesi di «successione legittima potenziata», dato che la tutela dei legittimari prevale anche sulla contraria volontà del testatore, operando, invece, la successione *ab intestato* solo in assenza, totale o parziale, di diversa volontà del testatore. Tale ultima tesi risulta prevalente, cfr. L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 37; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, 168; F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, in *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni. Commentario*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1941, 266; A. Pino, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, 1; G. Tamburrino, voce *Successione necessaria*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1352; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 44; G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 5, I, Torino, 1997, 426.

³ Nel diritto romano si poneva, invece, come criterio centrale la libertà di testare. La locuzione *heres necessarius* era impiegata in senso diverso da quello attuale: erede

Più specificamente, i discendenti, il coniuge o l'unito civilmente⁴ e, in mancanza di discendenti, anche gli ascendenti, acquistano il diritto ad una quota del patrimonio del defunto⁵, calcolata sulla base dell'asse patrimoniale del *de cuius* al momento dell'apertura della successione al netto di debiti e pesi ereditari (c.d. *relictum*) e dei beni fuoriuscati dal patrimonio dello stesso per effetto di donazioni (c.d. *donatum*).

La legittima si pone, dunque, come limite alla libertà del testatore di disporre del proprio patrimonio, in virtù del principio di solidarietà familiare⁶.

In caso di lesione della legittima o di totale pretermissione, il nostro ordinamento predispose uno specifico apparato rimediabile a tutela della posizione del legittimario stesso: l'azione di riduzione.

Più in particolare, la tutela del legittimario si compone di tre azioni autonome ma strettamente connesse: l'azione di riduzione in senso stretto; l'azione di restituzione contro i beneficiari delle disposizioni ridotte e l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti.

necessarius era chi ereditava contro la propria volontà (*si velint sive nolit*) ereditando, peraltro, in modo automatico, senza bisogno di accettazione. La libertà di testare nello *ius civile* era limitata in pochi casi, come nell'ipotesi dei *ceteri sui iam nati* (figli e nipoti) preteriti nel testamento che avevano diritto alla metà dell'asse in caso di concorso con estranei istituiti o alla quota virile *ab intestato* in caso di concorso con altri *sui iuris* istituiti. Anche nel diritto pretorio era prevista una limitazione: si concedeva ai liberi non istituiti o preteriti una *bonorum possessio contra tabulas*, da far valere attraverso una querela inofficiosi testamenti. Nel diritto giustiniano, poi, i liberi preteriti avevano diritto *ad una actio ad implendam legitimam* ove avessero ricevuto dal testatore qualcosa che non soddisfaceva interamente la loro quota e alla querela inofficiosi testamenti in caso di pretermissione. In argomento, v. L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 1 ss.; L. Di Lella, *Successione necessaria (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1338 ss.; G. Tamburrino, voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, cit., 1349.

⁴ Si veda quanto previsto dall'art. 1, comma 21, L. 20 maggio 2016, n. 76. In arg., V. Barba, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, in *Famiglie e successioni tra libertà solidarietà*, Napoli, 2017, 111 ss. V. anche F. Padovini, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 2016, 1817 ss.; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, in *Riv. Dir. civ.*, 2019, 409 ss.; M. Tamponi, *Del convivere. La società postfamiliare*, Milano, 2019, 175 ss.

⁵ E. Damiani, *La successione necessaria*, in E. Damiani, S. Nardi, *Diritto ereditario*, Macerata, 2018, 179 ss.

⁶ G. Tamburrino, voce *Successione necessaria*, cit., 1352.

L'azione di riduzione in senso stretto ha lo scopo di accertare l'*an* e il *quantum* della lesione e conseguentemente far dichiarare l'inefficacia delle disposizioni lesive⁷ nei confronti del legittimario; le azioni di restituzione hanno come scopo il recupero dei beni oggetto delle disposizioni lesive rese inefficaci dall'azione di riduzione.

L'ordinamento appresta poi altre tutele al legittimario, quali, ad esempio, la possibilità di proporre l'azione di simulazione rispetto a un atto formalmente concluso a titolo oneroso, ma che si sostanzia in una donazione⁸; l'opposizione alla trascrizione

⁷ Con particolare riferimento alla riduzione della donazione modale, v. Cass., 7 aprile 2015, n. 6925, in *Giur. it.*, 2016, 574, con nota di L. Giustozzi, *Donazione modale e lesione della legittima* e in *Fam. Dir.*, 2016, 18, con nota di F.S. Mattucci, *Sulla riduzione della donazione modale*.

Quanto alla riduzione delle liberalità indirette, v. U. Carnevali, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, 131 ss.; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 251 ss. In tema di azione di riduzione ed usucapione, v. C. Cicero, G. Werther Romagno, *Azione di riduzione ed eccezione di usucapione*, in *Notariato*, 2018, 995.

⁸ L'azione di riduzione può essere proposta anche congiuntamente all'azione di simulazione e all'azione di divisione. Con riferimento al rapporto tra azione di riduzione e di simulazione, la Cassazione ritiene che l'erede legittimario che chieda la dichiarazione di simulazione di una vendita fatta dal *de cuius*, diretta a dissimulare, in realtà, una donazione, agisce per la tutela di un proprio diritto ed è terzo rispetto alle parti contraenti, sicché la prova testimoniale e per presunzioni è ammissibile senza limiti quando, sulla premessa che l'atto simulato comporti una diminuzione della sua quota di riserva, proponga contestualmente all'azione di simulazione una domanda di riduzione della donazione dissimulata, diretta a far dichiarare che il bene fa parte dell'asse ereditario e che la quota a lui spettante va calcolata tenendo conto del bene stesso. In questo senso, Cass., 22 settembre 2014, n. 19912, in *Dejure online*. La giurisprudenza ha, inoltre, chiarito che ai fini della prova della simulazione di una vendita posta in essere dal *de cuius* per dissimulare una donazione, l'erede legittimario può ritenersi terzo, rispetto agli atti impugnati, con conseguente ammissibilità senza limiti della prova della simulazione, solo quando contestualmente all'azione volta alla dichiarazione di simulazione, proponga anche una espressa domanda di riduzione della donazione dissimulata, facendo valere la sua qualità di legittimario e fondandosi sulla specifica premessa che l'atto dissimulato comporti una lesione del suo diritto personale alla integrità della quota di riserva spettantegli, in quanto solo in questo caso egli si pone come terzo, nei confronti della simulazione. In questo senso, v. Cass., 7 gennaio 2019, n. 125, in *Guida al dir.*, 2019, 16, 58. Sulla possibilità per il legittimario di proporre azione di simulazione presuccessoria, Corte d'Appello di Roma 3 giugno 2017 (in *Giur. it.*, 2019, 314 ss., con nota di V. Verdicchio, *Azione di simulazione e opposizione alla donazione dissimulata*), secondo cui in presenza di donazioni dissimulate è da considerare coerente con la ratio della novella della legge del 2005, ai fini di una maggiore tutela dei legittimari, il riconoscimento della legittimazione

delle donazioni *ex art. 563 c.c.* e la *c.d. cautela sociniana* di cui all'art. 550 c.c.⁹ La dottrina ritiene, peraltro, ammissibile che il legittimario possa tutelarsi anche attraverso gli accordi di reintegrazione della legittima¹⁰.

degli stessi ad agire in simulazione *ante mortem* del disponente. V. anche, A. Musto, *Simulazione presuccessoria e tutela dei legittimari*, Napoli, 2017, 245 ss.; *contra*, L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 208, secondo cui, finché l'alienante è in vita, il futuro erede riservatario di una quota di eredità non è legittimato a domandare l'accertamento della simulazione.

Quanto al rapporto tra azione di riduzione e di divisione, la giurisprudenza ha precisato che l'azione di riduzione non può ritenersi implicita nell'azione di divisione, in quanto le due azioni hanno *petitum* e *causa petendi* diversi: ne consegue l'azione di riduzione non può essere proposta per la prima volta in appello, v. Cass., 7 gennaio 2019, n. 125, in *Guida al dir.*, 2019, 16, 58. Pertanto, il legittimario che sostenga di essere stato leso nei suoi diritti deve domandare innanzitutto la riduzione delle disposizioni testamentarie o delle donazioni lesive e, in subordine, la divisione. Infatti, solo nell'eventualità in cui la prima istanza sia accolta può essere presa in considerazione la seconda. Cfr. Cass., 10 aprile 2017, n. 9192, in *Dejure online*; Cass., ord. 22 giugno 2017, n. 15546, in *Fam. Dir.*, 2018, 1077, con nota di S. Scuderi, *Sul rapporto tra l'azione di simulazione proposta dai legittimari e l'azione di riduzione*. V. anche, M. Campisi, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente*, in *Riv. Notar.*, 2006, 1269 ss.; A. Musto, *Simulazione parasuccessoria e tutela dei legittimari*, Napoli, 2017, 27 ss.; M. Criscuolo, *L'azione di simulazione del futuro legittimario*, in *Notariato*, 2019, 254.

⁹ L'art. 550 c.c. prevede che quando il testatore dispone di un usufrutto ovvero di una rendita vitalizia il cui reddito eccede quello della porzione disponibile, i legittimari, ai quali è stata assegnata la nuda proprietà della disponibile o di parte di essa, hanno la scelta o di eseguire la disposizione o di abbandonare la nuda proprietà della disponibile. Nel secondo caso il legatario, conseguendo la disponibile abbandonata, non acquista la qualità di erede. La stessa scelta spetta ai legittimari quando il testatore ha disposto della nuda proprietà di una parte eccedente la disponibile. Funzione della cautela è «quella di attribuire al riservatario un'opzione per i casi in cui l'alea insita nella capitalizzazione dell'usufrutto, a causa dell'impossibilità di calcolare la durata di vita dell'usufruttuario, impedisca di calcolare se vi sia o meno lesione», così E. Damiani, *L'intangibilità della legittima*, in E. Damiani, S. Nardi, *Diritto ereditario*, cit., 229. In arg. v. anche S. Pugliatti, *Sulla così detta cautela sociniana*, in *Diritto civile (saggi)*, 1951, 629 ss.; A. Castellini, *Usufrutto e nuda proprietà eccedenti la disponibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 20 ss.; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 348.

¹⁰ In arg., F. Salvatore, *Accordi di reintegrazione della legittima, accertamento e transazione*, in *Riv. Notar.*, 1996, 212; A. Genovese, *L'atipicità dell'accordo di reintegrazione della legittima*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 10502; Id., *Annullabilità per errore e rescissione per lesione dell'atto di reintegrazione della legittima*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 812; Id., *L'accordo di reintegrazione della legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, III, Milano, 2009, 615; D. Cavicchi, *Accordi per la reintegrazione della legittima*, in *Contratti*, 2009, 1020; G. Santarcangelo, *Gli accordi di reintegrazione della legittima*, in *Notariato*, 2011, 162 ss.; L. Dambrosio, *Contratti di reintegrazione*

Limitandosi all'azione di riduzione e ai rimedi a questa connessi, sono in primo luogo ipotizzabili i seguenti casi di lesione della posizione del legittimario: a) il legittimario viene pretermesso; b) il legittimario viene chiamato all'eredità, ma è lesa nella sua quota di legittima.

In entrambi i casi il legittimario può tutelare le proprie ragioni con l'azione di riduzione di cui all'art. 553 c.c. Nel primo (pretermissione) agisce per l'accertamento della qualità di erede e per la reintegrazione della propria quota. Nel secondo caso (lesione) il legittimario agisce solo per reintegrare la propria quota.

Altra ipotesi in cui viene in rilievo la possibilità di proporre l'azione di riduzione è il legato in sostituzione di legittima¹¹ di cui all'art. 551 c.c. ossia quell'attribuzione a titolo particolare che tacita il diritto di legittima¹² e che preclude, ove non rinunciato, l'esercizio dell'azione di riduzione. In questo caso il legittimario ha davanti a sé due vie¹³: a) conseguire il legato¹⁴ e

della legittima e negozio di accertamento, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, 20728; G. Orlando, *Gli accordi di reintegrazione della legittima*, Napoli, 2018, 10 ss.

¹¹ F. Santoro Passarelli, *Legato privativo di legittima*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 300 ss., definisce il legato in sostituzione come un legato privativo proprio perché priva il legatario del diritto a conseguire la legittima.

¹² La dottrina e la giurisprudenza evidenziano che la natura sostitutiva del legato deve risultare da una manifestazione di volontà certa ed univoca del testatore, ricostruibile sulla base del contenuto del testamento, senza bisogno di formule sacramentali. In argomento, L. Mengoni, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 115 ss.; A. Bucelli, *Dei legittimari*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 372. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass., 31 maggio 2018, n. 13868, in *Riv. Not.*, 2018, 1216; Cass., 20 novembre 2017, n. 27413, *ivi*, 2018, 413; Cass., 3 novembre 2014, n. 2331, in *Dir. & Giust.*, 2014, 1, 23, con nota di D. Achille, *Interpretazione della volontà testamentaria e legati ai legittimari: rileva l'intento tacitativo del testatore*.

¹³ Parte della dottrina ritiene che il legittimario sia titolare di un diritto potestativo, potendo scegliere tra due alternative individuate dal legislatore. V., G. Tamburrino, voce *Successione necessaria*, cit., 1365.

¹⁴ Parte della dottrina ritiene che, essendo il legato in sostituzione una *species* del *genus* legato, l'attribuzione a titolo particolare in sostituzione di legittima si acquisti senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare ex art. 649, primo comma, cod. civ. In argomento L. Mengoni, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 118 s.; L. Ferri, *Dei legittimari*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 134; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, cit., 491. V. però A. Bucelli, *Dei legittimari*, cit., 380, secondo cui «è proprio la disciplina dettata dalla norma speciale che apre un problema teorico e che, nel ragionamento di alcuni, va ad incrinare la convinzione più

perdere la possibilità di agire in riduzione anche se il valore del legato è inferiore alla quota di legittima; b) rinunciare al legato¹⁵ e, divenuto pretermesso, esperire l'azione di riduzione, acquistando, in caso di esito positivo, la qualità di erede¹⁶.

Dunque, la rinuncia¹⁷ al legato sostitutivo fa sì che il soggetto sia nella stessa situazione di un legittimario pretermesso ed è

diffusa. Ciò in quanto, una volta aperta la successione, l'onorato ha sì la "facoltà di rinunciare" (art. 649, comma 1), il che sembra confermare un acquisto già avvenuto; al tempo stesso però può "chiedere la legittima" (art. 551, comma 1)». V. anche E. Damiani, *Il legato*, in *Le successioni*, a cura di E. del Prato, I, Bologna, 2012, 247, «si è dell'opinione che nel legato sostitutivo l'acquisto del legato, cui è collegata la perdita dell'azione di riduzione, necessita di un atto di accettazione: l'art. 551 c.c., dunque, deroga all'art. 649 c.c., nella parte in cui quest'ultima disposizione esclude la necessità dell'atto di adesione ai fini dell'acquisto». Più in generale sull'acquisto del legato, v., a favore dell'automaticità dell'acquisto, A. Butera, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, 330; S. Pugliatti, *Della istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1941, 544 ss.; L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 347; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, 2ª ed., Milano, 1952, 93 ss.; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, 507; D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1965, 965; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, 153; A. Trabucchi, *Legato (diritto civile)*, *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 615 ss.; A. Giordano, Mondello, *Legato (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1973, 744; G. Benedetti, *Struttura della remissione (spunti per una dottrina del negozio unilaterale)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1311; Id., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 173 ss.; A. Masi, *Dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Sciaoloja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979, 1 ss.; E. Perego, *I legati*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, VI, Torino, 1982, 193 ss.; G. Azzariti, *Successioni e donazioni*, Napoli, 1990, 454; G. Bonilini, *I legati*, in *Cod. civ. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, 169 ss.; Id., *Acquisto e rinuncia*, in G. Bonilini e G. F. Basini, *I legati*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 203 ss. In senso contrario all'automaticità dell'acquisto del legato, v., A. Cicu, *Testamento*, 2ª ed., Milano, 1951, 232 ss.; A. Trabucchi, *Forma necessaria per la rinuncia al legato immobiliare e natura della rinuncia al legato sostitutivo*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 991 ss.; L. Ferri, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano 1960, 11 ss.; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, 2ª ed., Milano, 1980, 383 ss., 474 ss. Nello stesso senso cfr. anche E. Damiani, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000, 136 ss.; S. Nardi, *Riflessioni in tema di rinuncia al c.d. "legato immobiliare"*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1913 ss.

¹⁵ In giurisprudenza si è evidenziato che il termine per rinunciare al legato sostitutivo è connesso al termine per l'esercizio dell'azione di riduzione. V. Cass., 26 gennaio 1990, n. 459, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1241 e in *Riv. not.*, 1990, II, 1122.

¹⁶ G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, cit., 492.

¹⁷ Le Sezioni Unite hanno, inoltre, precisato che il legittimario destinatario di un

condizione dell'azione di riduzione¹⁸; condizione che può intervenire fino al momento della decisione¹⁹ e la cui assenza deve essere rilevata d'ufficio dal giudice²⁰.

Occorre, tuttavia, ricordare che il secondo comma dell'art. 551 c.c., se da un lato prevede che il legittimario «se preferisce conseguire il legato, perde il diritto di chiedere un supplemento, nel caso che il valore del legato sia inferiore a quello della legittima», dall'altro, dispone anche che «tale disposizione non si applica quando il testatore ha espressamente attribuito al legittimario la facoltà di chiedere il supplemento».

In questo caso, la natura del legato sostitutivo è discussa in dottrina. Una prima ricostruzione ritiene che, nel caso in cui il testatore abbia previsto la possibilità di chiedere il supplemento, il legittimario sia, nonostante il tenore letterale della norma, un erede, la cui quota sarebbe composta in parte dall'oggetto del

legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto un bene immobile, ove intenda esercitare l'azione di riduzione, deve rinunciare in forma scritta *ex art.* 1350, primo comma, n. 5 c.c., «risolvendosi la rinuncia in un atto dimissivo della proprietà di beni già acquisiti al suo patrimonio; infatti, l'automaticità dell'acquisto non è esclusa dalla facoltà alternativa attribuita al legittimario di rinunciare al legato e chiedere la quota di legittima, tale possibilità dimostrando soltanto che l'acquisto del legato a tacitazione della legittima è sottoposto alla condizione risolutiva costituita dalla rinuncia del beneficiario, che, qualora riguardi immobili, è soggetta alla forma scritta, richiesta dalla esigenza fondamentale della certezza dei trasferimenti immobiliari», così Cass., Sez. Un., 29 marzo 2011, n. 7098, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 923, con nota di F. Costantino e in *Riv. not.*, 2011, 1214. In dottrina v. G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 523; G. Stolfi, *In tema di forma della rinuncia al legato di immobili*, in *Foro it.*, 1954, I, 754 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.2. *le successioni*, Milano, 2012, 192.

¹⁸ Cass., 22 luglio 2004, n. 13785, in *Dejure online*; Cass., 4 agosto 2017, n. 19646, in *Foro it.*, 2018, I, 1008, secondo cui la rinuncia al legato è «una condizione dell'azione e non di un presupposto processuale, nella quale ultima categoria vanno, invece, inquadrati l'interesse ad agire e la *legitimatō ad causam*».

¹⁹ Cass., 4 agosto 2017, n. 19646, cit., «rappresenta un principio consolidato quello per cui la condizione dell'azione – quale deve ritenersi la rinuncia al legato in sostituzione di legittima – può intervenire, in quanto requisito di fondatezza della domanda, fino al momento della decisione (cfr., fra le tante, Sez. I, Sentenza n. 4703 del 03 marzo 2006, Sez. III, Sentenza n. 17064 del 02 dicembre 2002 e Sez. I, Sentenza n. 8388 del 20 giugno 2000). In particolare, costituisce condizione dell'azione l'evento – fattuale o giuridico – che, quand'anche inesistente al momento della proposizione della domanda, consente al giudice di esaminare il merito della controversia se, al tempo della decisione, risulta essersi verificato».

²⁰ Cass., 18 aprile 2000, n. 4971, in *Giur. it.*, 2001, 30; Cass., 16 maggio 2007, n. 11288, in *Dejure online*.

legato e in parte dal supplemento. Pertanto, la volontà del *de cuius* sarebbe quella di istituire il legittimario nella sua quota di legittima. Ne consegue che il beneficiario, dovendosi considerare erede sin dal momento dell'apertura della successione, per ottenere il supplemento non dovrà agire con l'azione di riduzione, ma con la petizione di eredità²¹.

Un'altra ricostruzione teorica ritiene, invece, che il legato in sostituzione con diritto al supplemento sia da qualificare come legato in conto di legittima²². Infatti, nel caso di legato in conto di legittima di cui all'art. 552 c.c. il legittimario ha facoltà di chiedere il supplemento²³ e di esercitare, dunque, l'azione di riduzione.

Una terza tesi ritiene, infine, che occorra distinguere caso per caso e verificare l'effettiva volontà del testatore: disporre di un legato in conto di legittima o di un legato in sostituzione di legittima con diritto al supplemento. Tale legato si configurerebbe, peraltro, come semplice legato in sostituzione preclusivo dell'azione di riduzione, cui si aggiunge un diritto di credito verso gli eredi da far valere con una semplice azione obbligatoria²⁴.

Potrebbe, infine, prospettarsi una lesione della legittima operata dal testatore in sede di divisione. Anche in questo caso il legittimario può esperire azione di riduzione *ex art. 735*, secondo comma, c.c.

²¹ A. Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale: delazione e acquisto dell'eredità - Divisione ereditaria*, Milano, 1961, 244; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., 531; L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1962, 262; F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, in *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni. Commentario*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1941, 302; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, cit., 502.

²² G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., 408.

²³ Secondo L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 140, il diritto al supplemento deve ritenersi implicito nella stessa natura del legato in conto di legittima, senza la necessità di un espresso riconoscimento da parte del testatore. Mentre un'espressa disposizione del testatore occorrerebbe affinché il legittimario possa conseguire il legato e, in più, domandare la legittima. V. anche A. Cicu, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1943, 223.

²⁴ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 128 ss.

2. *L'azione di riduzione in senso stretto: natura e legittimazione*

Come accennato in precedenza, l'azione di riduzione in senso stretto è lo strumento attraverso cui il legittimario tutela il proprio diritto alla quota del patrimonio ereditario riservatagli dalla legge contro disposizioni testamentarie o atti di liberalità posti in essere dal *de cuius* eccedendo i limiti della disponibile²⁵. Funzione dell'azione risiede nel rendere inefficaci nei confronti del legittimario le disposizioni o le donazioni lesive del proprio intangibile diritto alla legittima.

Con il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione i beni di cui il testatore ha disposto si considerano come se non fossero mai usciti dal suo patrimonio e il trasferimento lesivo della legittima si considera come mai avvenuto nei confronti del legittimario. Quest'ultimo acquista, pertanto, i beni oggetto delle disposizioni lesive non in forza della sentenza, ma in forza della vocazione legale necessaria²⁶.

²⁵ L'azione di riduzione si propone nelle forme ordinarie. Secondo un orientamento deve essere proposta davanti al giudice competente per territorio ex art. 22 c.p.c. rubricato "foro per le cause ereditarie", e, dunque, il giudice del luogo di apertura della successione, in forza dell'espressione "qualunque altra" causa "tra coeredi"; secondo altri si applicherebbe il foro generale delle persone fisiche ex art. 18 c.p.c., in quanto, da un lato, il legittimario che agisce potrebbe non essere "coerede" perché pretermesso, dall'altro anche essendo erede agirebbe come titolare di una pretesa autonoma e distinta da tale qualità (in questo senso L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. La successione necessaria*, cit., 238, nt. 40). Ai sensi dell'art. 50-bis c.p.c., inoltre, le cause di riduzione per lesione di legittima sono di competenza del tribunale in composizione collegiale. In argomento A. Mondini, *In merito all'azione di riduzione*, in *Fam. dir.*, 2015, 1158. La possibilità di agire in riduzione si prescrive in dieci anni. Ad avviso delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2004, n. 20644, in *Giur. it.*, 2005, 1605, con nota di A. Bucelli, *Azione di riduzione e decorrenza della prescrizione: l'ultima parola delle Sezioni Unite della Cassazione*) il termine decorre dall'accettazione dell'eredità, per i legittimari lesi, mentre per i legittimari pretermessi dall'apertura della successione o, in caso di testamento olografo, dalla data della pubblicazione del testamento. L'azione, inoltre, può essere rinunziata dal legittimario solo dopo l'apertura della successione, incorrendosi diversamente nel divieto di patti successori.

²⁶ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 235 ss. In giurisprudenza si è recentemente precisato che ove la lesione della legittima sia determinata dall'alienazione a terzi, ad opera dell'erede o del legatario, di beni oggetto di disposizione testamentaria, legittimato passivo rispetto all'azione di riduzione esperita dal legittimario è soltanto il beneficiario della disposizione testamentaria lesiva della legittima, e non anche i possessori dei beni con cui questa deve essere reintegrata – i quali, al contrario, sono legittimati passivi

Quanto alla natura giuridica, dottrina e giurisprudenza ritengono si tratti di un'azione personale²⁷, non reale, a differenza dell'azione di petizione dell'eredità, in quanto il legittimario, esercitando l'azione di riduzione, fa valere un diritto potestativo²⁸ alla reintegrazione della quota allo stesso riservata – e non un diritto sui beni di cui il defunto abbia disposto – ed, inoltre, propone l'azione stessa non contro l'attuale titolare del bene oggetto della disposizione lesiva, bensì nei confronti del beneficiario.

Si ritiene, inoltre, che si tratti di un'azione con effetti retroattivi reali: gli effetti retroagiscono al momento dell'apertura della successione non solo tra le parti, ma anche nei confronti dei terzi, salvo i limiti di cui agli artt. 561, primo e secondo comma, e 563, terzo comma, c.c.²⁹ Il legittimario, pertanto, acquisterà la quota di legittima sin dal momento dell'apertura della successione.

L'effetto del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione è, come detto, l'inefficacia sopravvenuta nei confronti del legittimario attore della disposizione lesiva.

La dottrina prevalente ritiene che la sentenza sia di tipo costitutivo³⁰ e non di condanna, in quanto produce solo l'effetto di rendere inefficaci le disposizioni lesive.

rispetto alla domanda di restituzione conseguente al vittorioso esperimento della prima azione – avendo l'azione di riduzione comunque ad oggetto i beni appartenenti al *de cuius*, sebbene già alienati, atteso che l'effetto della pronuncia è comunque quello di rendere inefficace nei confronti del legittimario la disposizione lesiva, e ciò anche nei confronti degli eventuali terzi acquirenti, salvi, nei confronti di costoro, gli effetti derivanti dall'omessa trascrizione della domanda di riduzione, *ex art.* 2652, n. 8, c.c. In questo senso, v. Cass., 25 luglio 2017, n. 18280, in *Dejure online*.

²⁷ F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, cit., 308; A. Pino, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, 63; G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., 459; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. La successione necessaria*, cit., 231. In giur., Cass., 5 novembre 2013, n. 24751, in *Dejure online*. Dal carattere personale dell'azione di riduzione discende anche l'assenza di litisconsorzio necessario, essendo richiesta in giudizio solo la presenza del legittimario e del destinatario della liberalità lesiva, cfr. Cass., 13 dicembre 2005, n. 27414; Cass., 20 dicembre 2011, n. 27770, entrambe in *Ced*.

²⁸ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. La successione necessaria*, cit., 231, nt. 17: «L'azione di riduzione è azione personale non in quanto fa valere un diritto di credito, ma in quanto fa valere un diritto potestativo».

²⁹ G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 559 ss.

³⁰ Parte della dottrina parla di "accertamento costitutivo", v. L. Mengoni,

I presupposti dell'azione di riduzione *ex art. 564 c.c.* sono l'imputazione *ex se*³¹ di tutto ciò che il legittimario abbia ricevuto, per successione o donazione, dal defunto e l'accettazione da parte del legittimario con beneficio d'inventario; accettazione che, tuttavia, non è richiesta nel caso in cui il legittimario sia stato pretermesso³² e nel caso in cui le donazioni o i legati lesivi siano fatti a persone chiamate come coeredi, ancorché abbiano rinunciato all'eredità³³.

In caso di legato in sostituzione di legittima, si ritiene necessaria la previa rinuncia al legato per poter esercitare l'azione di riduzione, non essendo sufficiente la sola proposizione della domanda giudiziale³⁴.

Quanto alla legittimazione all'azione, se è chiaro che legittimati passivi sono solo i beneficiari delle disposizioni lesive e i loro eredi³⁵, più discussa è la questione della legittimazione attiva.

Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria, cit., 231, secondo cui «l'azione di riduzione è un'azione (personale) di accertamento costitutivo: accertamento della lesione di legittima e delle altre condizioni dell'azione, al quale segue automaticamente la modificazione giuridica che forma il contenuto del diritto. Poiché tale modificazione implica l'inefficacia successiva, totale o parziale, dell'atto di disposizione, l'azione di riduzione, appartiene alla categoria delle impugnative negoziali». V. anche, F. Messineo, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 132; A. Pino, *Tutela del legittimario*, cit., 63; V.E. Cantelmo, *I legittimari*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, I, Milano, 2010, 601.

³¹ *Ratio* dell'imputazione risiede nell'intento di circoscrivere l'ambito dell'azione di riduzione. Si presume che, salvo espressa dispensa, le donazioni fatte e i legati disposti dal *de cuius* a favore del legittimario siano delle anticipazioni sulla quota di legittima. Occorre evidenziare che tale imputazione si differenzia da quella prevista in tema di collazione *ex art. 737 c.c.*, in quanto ha la funzione di formare il reale valore della legittima.

³² L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 252; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. La successione necessaria*, cit., 246.

³³ Cass., 3 luglio 2013, n. 1663, in *Dejure online*.

³⁴ Cass., 11 novembre 2008, n. 26955, in *Riv. notariato*, 2009, 720; Cass., 4 agosto 2017, n. 19646, in *Dejure online*.

³⁵ L'azione di riduzione non può, infatti, essere proposta contro gli aventi causa dei destinatari delle disposizioni lesive. Gli stessi possono, tuttavia, essere legittimati passivi dell'azione di restituzione. Cfr. Cass., ord. 25 luglio 2017, n. 18280, in *Ced.* Sulla legittimazione passiva nell'azione di riduzione in tema di lesione di legittima e trust, v. G. Mercanti, G. Rizzonelli, *Il legittimato passivo nell'azione di riduzione*, in *Trusts*, 2017, 600.

L'art. 557 dispone, infatti, che «la riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della porzione di legittima non può essere domandata che dai legittimari e dai loro eredi e aventi causa».

Legittimati attivi sono, dunque, innanzitutto i legittimari.

Il legittimario può agire in via autonoma, trattandosi di azione individuale³⁶, e richiedere solo la quota che gli spetta³⁷. Da ciò dottrina e giurisprudenza fanno discendere l'assenza del liti-sconsorzio necessario con gli altri legittimari, essendo richiesta in giudizio solo la presenza del legittimario e del destinatario della liberalità lesiva³⁸. Conseguentemente, la sentenza fa stato solo per i legittimari che l'hanno chiesta.

Si ritiene, inoltre, che il legittimario sia legittimato in quanto tale e non in quanto erede; qualità che, peraltro, costituirà il *petitum* dell'azione di riduzione³⁹.

Oltre al legittimario, l'art. 557 c.c. menziona tra i legittimati all'azione gli eredi e aventi causa del legittimario. Tale estensione viene giustificata alla luce della natura patrimoniale dell'azione di riduzione. Secondo parte della dottrina tale natura patrimoniale implica che l'azione di riduzione sia un'azione cedibile e trasmissibile agli eredi e agli aventi causa⁴⁰; diversamente altri

³⁶ C. Giannasio, *Delle successioni*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1971, 129; A. Tamburrino, voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, cit., 1369; A. Palazzo, *Riduzione (azione di)*, in *Enc. giur.*, XXXVII, Roma, 1991, 1; Id., *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 565 s.; F. Moncalvo, *Sulla natura giuridica dell'azione di riduzione*, in *Familia*, 2004, I, 177; A. Albanese, *I soggetti che possono chiedere la riduzione*, in *Fam., pers., succ.*, 2006, 740.

³⁷ Il legittimario ha, infatti, l'onere di indicare entro quali limiti è stata lesa la sua quota di riserva, determinando con esattezza il valore della massa ereditaria nonché il valore della quota di legittima violata dal testatore. A tal fine, egli ha l'onere di allegare e comprovare tutti gli elementi occorrenti per stabilire se, e in quale misura, sia avvenuta la lesione della sua quota di riserva oltre che di proporre, sia pure senza l'uso di formule sacramentali, espressa istanza di conseguire la legittima, previa determinazione della medesima mediante il calcolo della disponibile e la susseguente riduzione delle donazioni compiute in vita dal *de cuius*. In questo senso, Cass., 19 gennaio 2017, n. 1357; Cass., 14 ottobre 2016, n. 20830, entrambe in *Dejure online*.

³⁸ C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011, 422 s., spec. nt. 23. In giurisprudenza, Cass., 20 dicembre 2011, n. 27770; Cass., 13 dicembre 2005, n. 27414; Cass., 27 settembre 1996, n. 8529, tutte in *Dejure online*.

³⁹ Trib. Viterbo, 10 ottobre 2018, n. 1352, in *Dejure online*.

⁴⁰ L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 199; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. La successione necessaria*, cit., 242.

interpreti ritengono che oggetto della cessione non sia l'azione, ma il diritto del legittimario⁴¹.

In punto di legittimazione all'azione, il dibattito si incentra in modo particolare sulle categorie di soggetti ricompresi nella nozione di "aventi causa" del legittimario e, in particolare, sulla possibilità di agire in riduzione per i creditori personali del legittimario stesso.

3. Legittimazione all'azione di riduzione da parte dei creditori personali del legittimario

I creditori del legittimario non godono di una specifica tutela all'interno del nostro codice civile. Dottrina e giurisprudenza si sono, pertanto, a lungo interrogate sui possibili rimedi a loro disposizione.

Più in particolare ci si è chiesti se i creditori del legittimario possano essere annoverati tra i legittimati all'azione di riduzione e in che limiti.

Potrebbero, infatti, porsi delle ipotesi di frode attuata in via testamentaria ai danni dei creditori personali del legittimario attraverso, ad esempio, un accordo tra il testatore e suo figlio⁴². Più in particolare potrebbero porsi le seguenti situazioni in pregiudizio dei creditori del legittimario: il legittimario pretermesso o leso nella sua quota di legittima resta inerte e non esercita l'azione di riduzione o rinuncia all'azione; il legittimario cui è stato attribuito un legato in sostituzione di legittima in quota inferiore alla legittima non manifesta la preferenza o decide di conseguire il legato; il legittimario le-

⁴¹ V.E. Cantelmo, *I legittimari*, cit., 601.

⁴² L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 123 ss.; S. Pagliantini, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2016, reperibile su <<http://elibrary.fondazioneitaliana.it>>, 118 ss., 204 ss.; N. Cipriani, *Poteri di disporre mortis causa e libertà personale, interesse della famiglia e del testatore*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria. Atti dell'11° Convegno Nazionale Sisdic*, Napoli, 2017, 345 ss.

gatario *ex art.* 552 c.c. non propone l'azione di riduzione per reintegrare la quota.

Sulla possibilità per i creditori di tutelarsi in tali ipotesi si registrano diversi orientamenti in dottrina e giurisprudenza, soprattutto in considerazione del fatto che in un tale contesto si scontrano: la libertà testamentaria, con l'eventuale interesse del testatore di tutelare il patrimonio ereditario dalle aggressioni dei creditori personali del legittimario, e il diritto dei creditori del legittimario a mantenere la garanzia patrimoniale del proprio credito.

L'orientamento più restrittivo si pone nel senso di considerare inammissibile la legittimazione dei creditori personali del legittimario, in quanto il diritto di proporre l'azione di riduzione rientra tra i diritti personali del legittimario, il quale potrebbe non voler avere nulla a che fare con l'eredità del *de cuius*⁴³.

Un altro orientamento, invece, ritiene che i creditori del legittimario possano agire in riduzione, argomentando a partire dal contenuto patrimoniale di tale diritto⁴⁴ e dalla trasmissibilità e cedibilità del diritto, ricavabile dalla lettura dell'art. 557 c.c. All'interno di tale orientamento, sono state proposte diverse soluzioni secondo le quali il creditore personale del legittimario leso o pretermesso sarebbe legittimato ad agire in riduzione: a) con l'azione surrogatoria *ex art.* 2900 c.c.; b) con l'azione revocatoria *ex art.* 2901 c.c.; c) con l'applicazione in via analogica dell'art. 524 c.c.

⁴³ F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 331; V.E. Cantelmo, *I legittimari*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno e coordinato da M Ieva, I, Padova, 2010, 605. In giur., Cass., 5 dicembre 1966, n. 2845, in *Foro it. Mass.*, 1966; Cass., 26 gennaio 1970, n. 160, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 102.

⁴⁴ A. Cicu, *Delle successioni*, Milano, 1947, 216; A. Pino, *La tutela dei legittimari*, cit., 69; F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, cit., 316; L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 199 s.; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale., Successione necessaria*, cit., 242; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, cit., 538. Sulla natura patrimoniale dell'azione di riduzione, v., *ex multis*, Cass., 30 ottobre 2008, n. 26254, in *Dejure online*.

4. (segue): a) l'azione surrogatoria

Secondo una prima opzione interpretativa, prevalente in dottrina⁴⁵ e giurisprudenza⁴⁶, i creditori del legittimario possono esercitare l'azione di riduzione mediante il rimedio generale dell'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c., ove ne ricorrano le condizioni, sul presupposto che il diritto alla legittima sia un diritto di natura patrimoniale e non un diritto personale.

Una conferma dell'esperibilità in via surrogatoria dell'azione di riduzione da parte dei creditori del legittimario può trarsi, inoltre, dalla lettura *a contrario* del terzo comma dell'art. 557 c.c. il quale prevede che «donatari e i legatari non possono chiedere la riduzione, né approfittarne. Non possono chiederla né approfittarne nemmeno i creditori del defunto, se il legittimario avente diritto alla riduzione ha accettato con il beneficio d'inventario». Deve, dunque, dedursi che ove il legittimario non abbia accettato con beneficio di inventario, i creditori del defunto possano esperire l'azione di riduzione. La circostanza che la norma attribuisca la legittimazione attiva ai creditori dell'eredità, in

⁴⁵ E. Betti, *Appunti di diritto civile*, 1928-1929, Anno VII, Milano, 1929, 516; F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, cit., 316; A. Pino, *La tutela dei legittimari*, cit., 69; R. Nicolò, *Surrogatoria. Revocatoria*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1957, 142; G. Tamburrino, voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, cit., 1369; F. Realmonte, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Diritto civile, Milano, 1995, 631; C. Grassi, *Rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e mezzi di tutela dei creditori: revoca della rinuncia ed esercizio in surroga dell'azione di riduzione*, in *Familia*, 2004, 1193; A.G. Annunziata, *Sull'ammissibilità della legittimazione dei creditori personali del legittimario ad esperire, in via surrogatoria, l'azione di riduzione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 218; Id., *Strumenti di tutela dei creditori del legittimario: azione surrogatoria, revocatoria e art. 524 c.c.*, in *La successione dei legittimari*, a cura di F. Volpe, Milano, 2017, 481 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.2. *le successioni*, cit., 209; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, cit., 538. *Contra*, F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 331; V.E. Cantelmo, *I legittimari*, cit., 605 s.

⁴⁶ Trib. Roma, 7 gennaio 1960, in *Foro pad.*, 1960I, 1056; Trib. Parma 27 aprile 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 350; Trib. Cagliari, 14 febbraio 2002, in *Riv. giur. sarda*, 2003, 321, con nota di M. Perreca, *Considerazioni minime sugli strumenti di tutela dei creditori del legittimario verso la rinuncia tacita alla legittima*; Trib. Pesaro, 11 agosto 2005, n. 604, in *Corti marchigiane*, 2007, 541; Trib. Lucca, 2 luglio 2007, n. 864, in *Giur. Merito*, 2008, 738. Nella giur. di legittimità più risalente, v. Cass., 30 ottobre 1959, n. 3208, in *Mass. Giur. it.*, 1959; Cass., 20 settembre 1963, n. 2592, in *Mass. Foro it.*, 1963, voce *Successioni*, n. 41.

caso di confusione del patrimonio ereditario con quello del legittimario, ha, pertanto, indotto parte della dottrina ad affermare l'irragionevolezza dell'esclusione dalla legittimazione attiva dei creditori personali del legittimario⁴⁷.

Tuttavia perché sia esperibile l'azione surrogatoria devono sussistere i noti requisiti⁴⁸ di cui all'art. 2900 c.c.: a) l'esistenza del credito; b) l'inerzia del debitore; c) il pericolo di effettivo pregiudizio delle ragioni creditorie.

L'art. 2900 c.c. precisa, inoltre, che il creditore può esercitare i diritti e le azioni che spetterebbero al debitore verso terzi sempre che i diritti abbiano contenuto patrimoniale e "per loro natura o per disposizione di legge non possono essere esercitati se non dal loro titolare". Il creditore⁴⁹ potrà, dunque, far valere qualunque posizione soggettiva che esprima una pretesa patrimoniale verso un terzo, ma non potrà agire in surrogatoria in caso di diritti inerenti la persona.

La qualificazione del diritto di agire in riduzione come diritto di natura patrimoniale consentirebbe, pertanto, l'esercizio dell'azione di riduzione in via surrogatoria al creditore del legittimario che sia rimasto inerte.

La possibilità per i creditori di agire in riduzione in via surrogatoria potrebbe, però, entrare in crisi sia nell'ipotesi in cui il legittimario sia stato pretermesso, in quanto l'azione di riduzio-

⁴⁷ A. Cicu, *Successione legittima*, cit., 243; W. D'Avanzo, *Delle successioni*, II, Firenze, 1941, 499; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale., Successione necessaria*, cit., 243; A. Tullio, *Azione di riduzione. L'imputazione ex se*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, *La successione legittima*, III, Milano, 2009, 549.

⁴⁸ M. Cantillo, *Appunti in tema di azione surrogatoria: la cd. azione surrogatoria esecutiva*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1953, 74; G. Giampiccolo, *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1950, 950; B. Gardella Tedeschi, *Surrogatoria (azione)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 228; G. Trisorio Luizzi, *Codice civile annotato*, a cura di P. Perlingieri, VI, Napoli-Bologna, 1991, 471.

⁴⁹ Il creditore agisce come sostituto processuale ai sensi dell'art. 81 c.p.c. ed è soggetto alle stesse limitazioni ed eccezioni cui sarebbe soggetto il debitore surrogato. Non può, pertanto, essere equiparato ad un soggetto terzo, con la conseguenza che sarà sottoposto a tutti i limiti probatori inerenti la posizione del surrogato. Non potendo compiere atti di disposizione del diritto, non potrà deferire giuramento, né rendere confessioni, né rinunciare alla pretesa, né transigere. Dovrà, tuttavia, chiamare in causa il debitore surrogato, il quale è litisconsorte necessario ex art. 102 c.p.c.

ne sarebbe l'unico modo per adire l'eredità e, dunque, verrebbe in rilievo un diritto personalissimo e non un diritto a contenuto patrimoniale, sia nel caso in cui il legittimario rinunci all'azione, mancando il presupposto dell'inerzia, sia in caso di mancata rinuncia al legato in sostituzione di legittima.

Con riferimento a tale ultimo profilo è intervenuta una recente sentenza di legittimità⁵⁰ che si è pronunciata sulla possibilità di esperire l'azione surrogatoria da parte del creditore del legittimario in caso di mancata rinuncia da parte del legittimario stesso di un legato in sostituzione di legittima, il cui valore era inferiore alla legittima.

Nel caso di specie, un creditore personale del legittimario chiedeva di surrogarsi nell'esercizio della facoltà di rinuncia al legato e, in subordine, che venisse dichiarata inefficace l'omessa rinuncia *ex art.* 2901 c.c.

Il Supremo Collegio ha affermato l'impossibilità per i creditori del legittimario di agire in surrogatoria per il difetto del presupposto dell'inerzia del debitore, in quanto la mancata rinuncia non sarebbe qualificabile come inerzia, bensì come un atto di gestione del rapporto successorio. Infatti, secondo la Corte, «nel sistema delineato dall'art. 551 c.c., il silenzio osservato dal beneficiario del legato in sostituzione di legittima evidenzia comunque la sua volontà di conservare il lascito testamentario, ed ha, quindi, valore confermativo della già realizzata acquisizione patrimoniale, laddove solo se egli preferisca rinunciare al legato viene a trovarsi nella medesima situazione di quello pretermesso, con la conseguenza di dover esperire l'azione di riduzione per partecipare alla comunione ereditaria e conseguire altrimenti la legittima di sua spettanza».

Nella pronuncia si afferma, però, che nell'ipotesi di legittimario pretermesso, l'assenza dell'iniziativa da parte del debitore-legittimario può assumere «rilievo di inerzia tale da fondare l'esperimento dell'azione surrogatoria».

Dunque, la Cassazione esclude la possibilità di agire *ex art.* 2900 c.c. in caso di mancata accettazione del legato in sostituzione di legittima, implicando la mancata rinuncia un compor-

⁵⁰ Cass., 2 febbraio 2016, n. 1996, in *Foro it.*, 2016, I, 2879.

tamento positivo e non un contegno inerte da parte del legittimario, ammettendola, tuttavia, nel caso in cui il legittimario leso o pretermesso resti inerte.

Con riferimento al legato sostitutivo, la Corte non prospetta una soluzione alternativa, lasciando intendere che in casi analoghi il creditore resti sfornito di qualsiasi tutela.

Vuoto di tutela che si porrebbe, ragionando in quest'ottica, in tutti i casi in cui manchi l'inerzia del debitore e sia, dunque, ravvisabile qualsiasi comportamento positivo, ancorché lesivo delle ragioni creditorie.

5. (segue): *b) l'azione revocatoria*

Occorre, dunque, chiedersi quale tutela l'ordinamento riconosca ai creditori del legittimario nel caso in cui quest'ultimo non sia rimasto inerte e abbia, ad esempio, rinunciato all'azione di riduzione *ex art. 557*, secondo comma, c.c.

Parte della dottrina⁵¹ – seguita da alcune pronunce⁵² – ritiene che il creditore personale del legittimario che ha rinunciato all'azione di riduzione possa agire con l'azione revocatoria⁵³ di cui all'art. 2901 c.c.

Secondo tale impostazione, il creditore potrebbe impugnare *ex art. 2901* la rinuncia, rendendola così inefficace nei suoi con-

⁵¹ L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 200; V.R. Casulli, *Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, 1061; F.S. Azzariti, G. Martinez, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1969, 242; V.E. Cantelmo, *I legittimari*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 541; G. Marinaro, *La successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, VIII, 3, Napoli, 2009, 290.

⁵² Cass., 5 marzo 1970, n. 543, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1422; Trib. Gorizia, 4 agosto 2003, in *Famiglia*, 2004, 1193, con nota di C. Grassi, cit.; Trib. Novara, 18 marzo 2013, in *Notariato*, 2013, 655, con nota di A. Bigoni e F. Giovanzana, *La tutela del creditore personale del legittimario tra azione surrogatoria, revocatoria ed art. 524 c.c.*

⁵³ Sull'azione revocatoria ordinaria, v. U. Natoli, *Azione revocatoria*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 888 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; C. Cossu, *Revocatoria*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1999, 452 ss.; G. Di Martino, *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, Roma, 2011, 1 ss.

fronti e aprendosi la strada verso la possibilità di esperire in via surrogatoria l'azione di riduzione⁵⁴.

Tale azione sarebbe esperibile anche nel caso di legato in sostituzione di legittima. Infatti il silenzio del legatario, o anche l'espressa dichiarazione di voler conseguire il legato, potrebbero essere oggetto di azione revocatoria a tutela delle ragioni del creditore del legatario, in quanto atti con cui il legittimario-debitore si priva della possibilità di esperire l'azione di riduzione e che perciò rivelano una manifestazione di volontà negoziale del debitore avente portata peggiorativa della sua situazione patrimoniale.

Tuttavia, occorre evidenziare che al fine di poter esperire l'azione revocatoria ordinaria, il creditore deve provare, oltre alla sussistenza del proprio credito, anche: l'*eventus damni*, la *scientia damni* e il *consilium fraudis*.

La dottrina che ha criticato la tesi dell'esperibilità dell'azione revocatoria ha osservato che il riconoscimento di tale possibilità è ammissibile solo se si ritiene che il legittimario acquista *ipso iure* all'apertura della successione la proprietà (o diritto di credito) sui beni necessari per integrare la sua quota di legittima⁵⁵. Ne consegue che il legittimario, rinunciando all'azione di riduzione rinuncerebbe a un diritto già acquisito al proprio patrimonio, dando luogo così a un atto dispositivo in frode e in danno del creditore.

Ma se si ritiene, come sostenuto dall'impostazione prevalente⁵⁶, che il legittimario acquisti un diritto sui beni solo a seguito

⁵⁴ C. Grassi, *Rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e mezzi di tutela dei creditori: revoca della rinuncia ed esercizio in surroga dell'azione di riduzione*, in *Famiglia*, 2004, 1193; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.2., *Le successioni*, cit., 209.

⁵⁵ W. D'Avanzo, *Delle successioni*, cit., 500.

⁵⁶ Cass., 27 giugno 2013, n. 16252, in *Riv. Not.*, 2014, II, 769, con nota di R.M. Piccolo, *Rinuncia al legato "tacitativo"*. In dottrina, v. L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 252; F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, cit., 331; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, Parte speciale: *Successione necessaria*, cit., 223 ss.; A. Pino, *La tutela del legittimario*, cit., 78 ss.; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte (parte generale)*, cit., 176 ss.; P. Grosso, A. Burdese, *Le successioni, Parte generale*, cit., 86; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., 363; G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., 411; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., I, 541; ma, in passato, già A. Ascoli, *Legato a tacitazione*

del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, allora la rinuncia all'azione si sostanzierebbe esclusivamente in una mera *omissio adquirendi*, insuscettibile di revocatoria, non potendosi rinvenire il presupposto della sussistenza di un atto dismissivo tale da influire negativamente sul patrimonio del debitore⁵⁷.

Quindi, seguendo questa impostazione, invero un po' formale, avendo il mancato acquisto connotazione neutra, i creditori non potrebbero agire né *ex art. 2901*, né *ex art. 2900 c.c.* stante l'assenza di inerzia.

I creditori resterebbero così sforniti di tutela.

Sempre in tema di legato in sostituzione di legittima e possibilità per i creditori del legittimario di agire *ex art. 2901 c.c.*, sono interessanti le conclusioni cui è pervenuta la Cassazione in una pronuncia del 2013⁵⁸.

Nel caso di specie, un creditore agiva *ex art. 2901* al fine di sentir dichiarare l'inefficacia dell'atto con cui il debitore-legittimario aveva prestato acquiescenza al legato in sostituzione di legittima relativo al diritto di abitazione di un immobile e rinunciato a promuovere ogni azione di riduzione per lesione della quota di legittima. Lo stesso creditore chiedeva in via alternativa, qualora si fosse ritenuto ravvisabile nel suddetto atto una rinuncia all'eredità, di essere autorizzato *ex art. 524 c.c.* ad accettare la predetta eredità in nome e per conto del debitore al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari fino alla concorrenza del credito.

La Corte osserva che il debitore, rinunciando espressamente ad esercitare l'azione di riduzione, e, quindi, manifestando la volontà di non rinunciare al legato e precludendosi l'azione di riduzione, ha reso definitivo ed irretrattabile l'acquisto del di-

di legittima, in *Riv. Dir. civ.*, 1922, 604. In giurisprudenza, Cass., 15 marzo 1958, n. 867, in *Foro it.*, I, 536; Cass., 18 giugno 1963, n. 1636, in *Foro pad.*, 1963, II, 46; Cass., 26 gennaio 1970, n. 160, in *Foro it.*, 1970, I, 1128; Cass., 12 marzo 1975, n. 926, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1012; Cass., 15 novembre 1982, n. 6098, in *Giust. civ.*, 1983, I, 49; Cass., 22 ottobre 1988, n. 5731, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Successione ereditaria*, n. 77; Cass., 5 aprile 1990, n. 2809, in *Mass. Foro it.*, 1990, 407.

⁵⁷ S. Pagliantini, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, cit., 99.

⁵⁸ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4005, in *Foro it.*, 2013, I, 2243, in *Vita not.*, 2013, 715 e in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2013, 828, con nota di M.V. Maccari, *Accettazione del legato in sostituzione di legittima e tutela dei creditori: è possibile esperire l'azione revocatoria?*

ritto di abitazione verificatosi per legge. Tale atto composito, oggetto di revocatoria, è definito dal Collegio come «un atto abdicativo della verifica della legittima e, contestualmente, abdicativo della possibilità di rinunciare al legato» e «della possibilità che il patrimonio del disponente eventualmente si incrementi in esito al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione». Così individuato l'atto revocando, si afferma la necessità della verifica del primo presupposto dell'azione revocatoria: la natura ed il contenuto dell'atto di cui si chiede l'inefficacia, essendo soggetti all'azione pauliana soltanto quegli atti che importino una modificazione giuridico-economica della situazione patrimoniale del debitore. La Corte chiarisce, poi, che per gli atti abdicativi è necessario accertare se essi si ricolleghino ad una posizione giuridica già potenzialmente acquisita al patrimonio del rinunziante o se, invece, si sostanzino nella rinuncia ad una facoltà, per effetto della quale non resta, comunque, modificato il compendio patrimoniale *quo ante* del debitore. Nel primo caso l'azione revocatoria sarebbe ammissibile, mentre nel secondo caso, l'atto di rinuncia del debitore non consentirebbe l'esercizio dell'azione revocatoria.

La rinuncia non può, pertanto, assumere portata di atto dispositivo suscettibile di revocatoria, perché effetto di tale azione è la declaratoria di inefficacia nei confronti del creditore dell'atto revocato e l'assoggettamento all'azione esecutiva del bene oggetto della rinuncia. Secondo la Corte, inoltre, l'accoglimento della domanda di revocatoria non consentirebbe al creditore di aggredire la quota di proprietà dei beni ereditari perché questi resterebbero nella titolarità degli eredi sino al positivo esperimento dell'azione di riduzione.

In conclusione il Supremo Collegio afferma l'inammissibilità dell'azione *ex art.* 2901 c.c. «rispetto ad atti che si sostanziano nella rinuncia ad una facoltà, per effetto della quale non resta modificato, né attivamente né passivamente, il compendio patrimoniale *quo ante* del debitore, e che, pertanto, anche se dichiarati inefficaci nei confronti del creditore, in esito all'accoglimento dell'azione revocatoria, non consentirebbero il soddisfacimento del creditore e, quindi, il conseguimento dello scopo cui è preordinata l'azione revocatoria, secondo la ratio assegnatale dal legislatore».

6. (segue): *c) l'applicabilità in via analogica dell'art. 524 c.c.*

Visto il vuoto di tutela che si creerebbe, nelle ipotesi precedentemente esaminate, per i creditori del legittimario, parte della dottrina⁵⁹, seguita da giurisprudenza recente⁶⁰, ha ipotizzato la possibilità di applicare in via analogica l'art. 524 c.c., il quale prevede che il creditore di chi rinuncia, anche senza frode, all'eredità può farsi autorizzare dal giudice ad accettare l'eredità in nome e in luogo del rinunziante, al solo fine di soddisfarsi sui beni ereditari di sua spettanza, così ovviando al danno arrecatogli.

Secondo tale opzione interpretativa l'applicazione in via analogica dell'art. 524 c.c. potrebbe consentire il superamento delle problematiche relative all'azione surrogatoria e revocatoria: si supererebbero, ad esempio i problemi legati all'applicabilità della surrogatoria al caso del legittimario pretermesso e alla necessità, per l'esperimento della revocatoria, della sussistenza dell'elemento della frode del debitore.

Non si porrebbero problemi nemmeno in caso di rinuncia espressa all'azione di riduzione né in caso di legato in sostituzione di legittima. Infatti, in tale ipotesi, nel caso in cui il debitore non effettui la scelta, il creditore potrebbe far fissare un termine *ex art. 481 c.c.* al debitore entro cui dichiarare se rinuncia o meno all'azione di riduzione e, conseguentemente, agire *ex art. 524 c.c.* in caso di rinuncia.

⁵⁹ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 244; F. Realmonte, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, cit., 629 ss.; S. Pagliantini, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, cit., 99; Id., *Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentitoria*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2018, 495.; F. Pirone, *Rinuncia all'azione di riduzione ed art. 524 c.c.: la tutela del creditore del legittimario*, in *Notariato*, 2018, 219 ss.; P. Mazzamuto, *La tutela dei creditori del legittimario leso o pretermesso*, in <www.comparazioneDirittocivile.it>, 2019, 25 ss.

⁶⁰ App. Napoli, 12 gennaio 2018, n. 118, in *Notariato*, 2018, II, 649. con nota di A. Leuzzi, *La rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e i mezzi di tutela dei creditori e del curatore fallimentare*. Nella pronuncia si afferma la possibilità di impugnare la rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione mediante applicazione in via analogica dell'art. 524 c.c. da parte dei creditori personali del legittimario e anche del curatore fallimentare del legittimario, in base al combinato disposto degli art. 66, primo comma, l. fall. e 524 c.c.

Presupposti per l'azione di cui all'art. 524 c.c. sono che la rinuncia rappresenti un pregiudizio per i creditori⁶¹, restando irrilevante l'intento fraudolento o l'eventuale accettazione dell'eredità da parte di altri chiamati, e che il credito sia sorto anteriormente alla rinuncia.

È discusso, tuttavia, se il creditore possa proporre tale azione solo in caso di vera e propria rinuncia o se possa proporla anche nelle ipotesi in cui il debitore perda il diritto ad accettare per fatti diversi dalla rinuncia⁶².

Quanto alla natura giuridica di tale azione, alcuni autori la riconducono all'azione surrogatoria⁶³, altri alla revocatoria⁶⁴, ma l'opinione prevalente la ritiene un'azione autonoma⁶⁵, qualificata come azione cautelare strumentale all'esecuzione forzata dei creditori del rinunziante sui beni che a questo sarebbero pervenuti se non avesse rinunciato all'eredità.

Infatti a differenza dell'azione surrogatoria, l'opposizione alla rinuncia comporta la possibilità per i creditori di soddisfarsi *in executivis* sui beni ereditari e, a differenza della revocatoria, i creditori non devono né provare il danno, né la frode del debitore.

Inoltre, l'azione *ex art. 524 c.c.* non è volta alla dichiarazione di inefficacia di un atto, ma al recupero dei beni.

La dottrina che ritiene il rimedio dell'art. 524 c.c. applicabile in via analogica al caso del legittimario leso o pretermesso fa,

⁶¹ Non costituisce presupposto dell'azione *ex art. 524 c.c.* la preventiva negativa escussione del patrimonio del debitore, essendo sufficiente la prevedibilità del danno, v. V. Sciarrino, M. Ruvolo, *La rinuncia all'eredità*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, 252.

⁶² Negano tale possibilità, A. Palazzo, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, I, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 369; G. Sciancalepore, P. Stanzone, *Remissione e rinuncia*, Milano, 2003, 389; Ammette, invece, la possibilità per i creditori di esperire l'azione *ex art. 524 c.c.* anche nel caso di inutile decorso del termine *ex art. 481 c.c.*, P. De Marchi, *La c.d. impugnazione della rinuncia all'eredità e la perdita del diritto di accettare*, in *Riv. Notar.*, 1961, 337.

⁶³ C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, cit., 477.

⁶⁴ A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., 164.

⁶⁵ G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., I, 222; G. Grosso, A. Burdese, *Le successioni*, cit., 346; A. Zanni, *Note minime in tema di impugnazione della rinuncia all'eredità*, in *Riv. Notar.*, 2004, 1264; V. Sciarrino, M. Ruvolo, *La rinuncia all'eredità*, cit., 259 ss.

innanzitutto, leva sulla non eccezionalità di tale norma⁶⁶, affermando che norme eccezionali sono solo quelle che non appaiono riconducibili ad alcun principio generale, in quanto espressive di uno *ius singulare* che non ne legittima l'applicabilità a fattispecie diverse da quelle espressamente previste.

Infatti, l'azione *ex art. 524 c.c.* sarebbe riconducibile al principio generale della tutela conservativa del diritto del creditore⁶⁷ che si pone in termini simili sia nel caso in cui vi sia rinuncia all'eredità, sia nel caso in cui vi sia rinuncia all'azione di riduzione o ricorra l'infruttuoso decorso del termine eventualmente assegnato al debitore *ex art. 481 c.c.* Si afferma, infatti, che la specialità dell'art. 524 c.c. finisca laddove termini «il perimetro di quel principio base – la tutela del credito – del quale la stessa scopertamente offre una stringente epifania rimediale»⁶⁸.

L'art. 524 c.c. non sarebbe «a fattispecie esclusiva»⁶⁹, ma una norma operante per analogia a presidio di quelle situazioni che resterebbero sfortunate di tutela in caso di insussistenza dei requisiti di applicabilità degli artt. 2900 e 2901 c.c.

Tale dottrina inquadra, inoltre, l'art. 524 c.c. nell'ambito del più generale principio di tutela del credito, costituzionalmente garantito⁷⁰. Si afferma, infatti, che «se la libertà testamentaria è provvista di una garanzia costituzionale (art. 42, quarto comma, Cost.), pure il credito ne può esibire un'altra, per inciso di non minor spessore (art. 47, primo comma)».

Tuttavia, si ritiene che il principio di tutela dei creditori non abbia alcuna diretta e specifica copertura costituzionale.

Il fondamento di tale principio è da rinvenirsi piuttosto nell'art. 2740 c.c.

⁶⁶ *Contra*, L. Ferri, *Dei legittimari*, cit., 115, secondo cui l'art. 524 c.c. rientra tra quelle norme a fattispecie esclusiva, insuscettibili di applicazione analogica. Nello stesso senso, v. V. Sciarrino, M. Ruvolo, *La rinuncia all'eredità*, cit., 275, i quali precisano che l'art. 524 c.c., in virtù del suo carattere eccezionale, non è applicabile alla rinuncia al legato.

⁶⁷ S. Pagliantini, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, cit., 213.

⁶⁸ Ivi, 91.

⁶⁹ Ivi, 213.

⁷⁰ Ivi, 91.

In senso critico si è, inoltre, affermato che «giammai un soggetto può essere indotto a concedere credito sulla scorta della aspettativa del debitore a divenire in futuro erede di qualcuno che abbia un consistente patrimonio così da poter rimborsare solo in un secondo tempo il prestito ricevuto. A meno di non voler resuscitare la fattispecie medioevale del prestito da restituire “a babbo morto”»⁷¹.

La giurisprudenza ha, peraltro, stabilito che al fine di poter esperire l'azione *ex art. 524 c.c.* il creditore del legittimario pretermesso debba prima impugnare la rinuncia all'azione di riduzione di quest'ultimo. In una pronuncia recente si afferma, infatti, che «la rinuncia all'azione di riduzione da parte del legittimario totalmente pretermesso diverge, sul piano funzionale e strutturale, dalla rinuncia all'eredità, non potendo il riservatario essere qualificato chiamato all'eredità prima dell'accoglimento dell'azione di riduzione volta a rimuovere l'efficacia delle disposizioni testamentarie lesive dei suoi diritti, sicché il creditore del legittimario totalmente pretermesso che intenda esperire l'azione *ex art. 524 c.c.*, deve previamente impugnare la rinuncia di costui all'azione di riduzione»⁷².

Occorre rilevare, inoltre, come la giurisprudenza abbia evidenziato la non applicabilità dell'art. 524 c.c. al caso in cui non ci sia una rinuncia e il legittimario sia stato pretermesso.

Come visto, la rinuncia all'eredità si pone, infatti, come presupposto necessario per l'applicazione dell'art. 524 c.c., oltre al pregiudizio dei diritti dei creditori del rinunciante.

Il legittimario pretermesso, invero, non potrebbe rinunciare all'eredità⁷³, in quanto la sua qualità di erede consegue solo al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione. Ad avviso di parte della giurisprudenza di legittimità, a ciò consegue, dunque, che, in assenza del positivo esperimento dell'azione di ridu-

⁷¹ E. Damiani, *Acquisto e rinuncia dell'eredità*, in E. Damiani, S. Nardi, *Diritto ereditario*, cit., 149 s.; E. Damiani, *La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 860.

⁷² Cass., 22 febbraio 2016, n. 3389, in *Dejure online*.

⁷³ Sulla distinzione tra rinuncia all'eredità e rinuncia all'azione di riduzione, v. G. Bonilini, V. Barba, C. Coppola, *La rinuncia all'eredità e al legato*, Torino, 2012, *passim*; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2016, 196.

zione, la rinuncia da parte del legittimario pretermesso è priva di effetto «non essendovi alcuna quota ereditaria che resti non acquisita a seguito della rinuncia stessa, atteso che nell'ipotesi di legittimario pretermesso non sussiste delazione dell'eredità in suo favore»⁷⁴.

A tale obiezione si ribatte che il legittimario pretermesso è chiamato *ex lege* all'eredità e che non sarebbe, dunque, corretto parlare di una “non vocazione”; infatti, considerando la differenza tra vocazione e delazione ereditaria risulterebbe del tutto smentita l'assenza del presupposto della vocazione ereditaria necessario per l'applicazione dell'art. 524 c.c.⁷⁵

Un autore⁷⁶ ritiene, infine, che, per superare i contrasti giurisprudenziali e dottrinali in merito all'applicabilità in via estensiva o analogica dell'art. 524 c.c., sarebbe opportuna, alla luce del progetto di riforma del diritto delle successioni⁷⁷, una riformulazione dello stesso art. 524 nei seguenti termini: «Se taluno, benché senza frode, rinuncia all'eredità o all'azione di riduzione [o alla quota a lui riservata del valore del patrimonio ereditario] ovvero accetta espressamente o tacitamente un legato in sostituzione di legittima con danno dei suoi creditori, questi possono farsi autorizzare ad accettare l'eredità ovvero agire in riduzione [o agire per il pagamento della quota riservata] in nome e luogo del rinunziante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari [o sul loro controvalore] fino alla concorrenza dei loro crediti. Il diritto dei creditori si prescrive in cinque anni dalla rinuncia all'eredità o all'azione di riduzione [o all'azione per il pagamento della quota riservata] ovvero dall'accettazione espressa o tacita del legato in sostituzione di legittima».

⁷⁴ Cass., 29 luglio 2008, n. 20562, in *Giur. it.*, 2009, 859 ss.

⁷⁵ P. Mazzamuto, *La tutela dei creditori del legittimario leso o pretermesso*, cit., 12.

⁷⁶ Ivi, 29.

⁷⁷ Disegno di legge recante delega al governo per la revisione del codice civile presentato in Senato il 19 marzo 2019.

7. *Il recente approdo giurisprudenziale in tema esperibilità dell'azione di riduzione da parte dei creditori del legittimario*

La questione della legittimazione all'azione di riduzione da parte dei creditori del legittimario è oggetto di una recentissima pronuncia della Suprema Corte: la sentenza n. 16623 del 20 giugno 2019⁷⁸.

Nell'esaminare la questione dell'ammissibilità dell'esercizio in via surrogatoria dell'azione di riduzione da parte dei creditori del legittimario, il Supremo Collegio afferma la necessità, ai fini del riconoscimento di tale legittimazione, di un'interpretazione sistematica degli artt. 557, 2900 e 524 c.c.

Più in particolare, secondo la Corte la possibilità per i creditori del legittimario, leso nella sua quota, di agire in via surrogatoria può innanzitutto rinvenirsi nel comma terzo dell'art. 557 c.c. Per quanto riguarda, invece, i creditori del legittimario totalmente pretermesso occorre dar rilievo a quanto previsto nell'art. 524 c.c., il quale non prende in considerazione la qualità d'erede, né ne implica l'acquisizione in caso di impugnazione da parte dei creditori della rinuncia dell'eredità, ma «comporta solo l'attribuzione di una speciale legittimazione allo stesso creditore del rinunciante (ancorché lo abbia fatto senza frode) per l'ottenimento del soddisfacimento della sua pretesa creditoria». La *ratio* dell'art. 524 c.c., «l'omogeneità degli interessi in gioco nell'unitario contesto successorio» e le divergenze rispetto agli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, rappresenterebbero, ad avviso della Corte, elementi che inducono a «ripensare il significato della condotta consistente nell'accettare l'eredità in nome e luogo del rinunciante». L'art. 524 c.c. individua, pertanto, «un rimedio ibrido e del tutto particolare» attraverso il quale il creditore può “vanificare” la rinuncia nei limiti dello stretto necessario a reintegrare le ragioni creditorie. Vanificata la rinuncia, al creditore del legittimario deve «riconoscersi la titolarità all'esercizio in via surrogatoria dell'azione

⁷⁸ Cass., 20 giugno 2019, n. 16623, in *Foro it.*, 2019, 3598, con note di G. Vulpiani, *Sulla legittimazione dei creditori del legittimario pretermesso ad agire in riduzione ex art. 2900 c.c.*, e di C. De Lorenzo, *L'esercizio, in via surrogatoria, dell'azione di riduzione e il rasoio di Occam.*

di riduzione, che è l'unico modo per rendere inefficaci le disposizioni lesive e, dunque, per accettare in nome e in luogo del rinunciante, in senso figurato, la legittima».

Alla luce di tali considerazioni, il Collegio afferma dunque che «l'azione di riduzione è direttamente esperibile in via surrogatoria da parte del creditore del legittimario pretermesso nella specifica ipotesi di inerzia colpevole (non essendo necessario in tal caso il preliminare esperimento dell'*actio* interrogatoria e della conseguente domanda di autorizzazione, in caso di rinuncia, ai sensi dell'art. 524 c.c.), realizzandosi un'interferenza di natura eccezionale – ma legittima – nella sfera giuridica del debitore».

Da quanto affermato dalla Corte deve, pertanto, dedursi che in caso di rinuncia da parte del legittimario in seguito all'*actio* interrogatoria ex art. 481 c.c., il creditore possa farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e luogo del legittimario e poi agire ex art. 2900 c.c.

Inoltre, l'esperibilità dell'azione di riduzione in via surrogatoria da parte dei creditori, ad avviso della Corte, se da un lato consente ai creditori il recupero di quella *pars bonorum* sufficiente a soddisfare le proprie ragioni, dall'altro non determina, in virtù del meccanismo di cui all'art. 524 c.c., l'acquisto della qualità d'erede in capo al legittimario pretermesso.

Dunque, secondo il Collegio nel caso in cui il legittimario pretermesso sia rimasto inerte, i creditori sono legittimari ad esperire l'azione di riduzione in via surrogatoria, mentre nel caso in cui il legittimario abbia rinunciato all'azione di riduzione, i creditori dovranno prima utilizzare il rimedio dell'art. 524 c.c. al fine di “vanificare la rinuncia” ed agire successivamente ex art. 2900 c.c.

8. *La proposta di riforma del diritto delle successioni*

Il sistema di tutela del legittimario delineato in precedenza sembra destinato a mutare in caso di approvazione definitiva del testo del disegno di legge presentato al Senato in data 29 marzo 2019 (d.d.l. A.S. n. 1151)⁷⁹ che propone la delega al Governo

⁷⁹ Reperibile sul sito <www.senato.it>.

per la revisione del codice civile. Il progetto di riforma riguarda, infatti, l'istituto della legittima, che già da tempo è oggetto di riflessioni critiche da parte degli operatori giuridici⁸⁰ per il suo porsi come ostacolo alla circolazione dei beni di provenienza donativa e per la sua inadeguatezza rispetto alle esigenze avvertite dai "nuovi" modelli familiari⁸¹.

Più in particolare, l'art. 1 lett. c) prevede che il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi al fine di «trasformare la quota riservata ai legittimari dagli articoli 536 e seguenti del codice civile in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario».

La quota riservata ai legittimari verrebbe trasformata da diritto sulla quota del patrimonio a diritto al valore di una quota patrimoniale e, dunque, si sostanzierebbe in diritto di credito assistito dal privilegio generale sugli immobili caduti in successione o, in mancanza di immobili, sui beni mobili.

Occorre chiedersi quali potrebbero essere i riflessi di tale riforma sulla tutela del legittimario ed in particolare sulle concrete modalità con cui lo stesso potrà reintegrare la quota di riserva. Infatti, l'azione volta alla reintegrazione della quota di legittima, secondo i primi commentatori della proposta di riforma, si trasformerebbe da azione diretta a recuperare in natura i beni oggetto delle disposizioni testamentarie o delle donazioni lesive della riserva, in mera azione di accertamento del credito del legittimario, suscettibile di essere soddisfatto su qualsiasi bene del beneficiario dell'attribuzione⁸².

La questione della tutela del legittimario e dei creditori dello stesso si pone anche in considerazione di un altro punto della

⁸⁰ In argomento, E. del Prato, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria*, in *Lo Spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, 609 ss.

⁸¹ L. Balestra, *Quota di riserva e patti successori*, in L. Balestra, V. Cuffaro, C. Scognamiglio, G. Villa, *Proposte di riforma del codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, 589.

⁸² L. Balestra, *Quota di riserva e patti successori*, cit., 589.

riforma: l'eliminazione del divieto dei patti successori istitutivi e rinunciativi.

Prevede, infatti, l'art. 1, lett. d) che il Governo dovrà emanare decreti legislativi al fine di «consentire la stipulazione di patti sulle successioni future intesi alla devoluzione dei beni del patrimonio ereditario in essi determinati ai successori ivi indicati, ovvero a permettere la rinuncia irrevocabile di successibili alla successione generale o in particolari beni, restando inderogabile la quota di riserva prevista dagli articoli 536 e seguenti del codice civile».

Profili problematici della successione dei legittimari

Contributi di

Enrico Damiani, professore ordinario (Università di Macerata) e notaio

Francesco Bottoni, ricercatore (Università di Macerata)

Anna Francesca Guaricci, dottoranda di ricerca (Università di Macerata) e avvocato

Chiara Iorio, dottoranda di ricerca e borsista (Università di Macerata)

Samantha Ramovini, dottoressa in Giurisprudenza (Università di Macerata)

Anna Trotta, dottoressa di ricerca (Università di Macerata) e avvocato

Giorgia Vulpiani, dottoressa di ricerca e assegnista di ricerca (Università di Macerata) e avvocato



eum edizioni università di macerata

€ 13,00

ISBN 978-88-6056-639-3



9 788860 566393