



IX e X settimana di diritto civile

Famiglia e successioni



TRACCE

Traccia: Il candidato, premessi brevi cenni sul principio dell'interesse superiore del Minore, ne dia concreta esemplificazione nella legislazione sovranazionale e nazionale.

Traccia: Il candidato, premessi brevi cenni sul regime patrimoniale del matrimonio e delle unioni civili, esamini, nello specifico, quello delle convivenze di fatto con particolare riguardo ai patti di convivenza e a quelli prematrimoniali.

Traccia: Il candidato, previ cenni sulla natura giuridica dell'eredità, esamini nello specifico quali siano le azioni esperibili dal chiamato all'eredità e le modalità con le quali si acquista la qualità di erede.

Traccia: Gli effetti giuridici della rinuncia all'eredità ed della sua revoca .

Traccia: La responsabilità dei debiti ereditari in capo ai coeredi

Traccia: il candidato, premessi brevi cenni sulla natura giuridica dell'eredità, esamini nello specifico l'azione di petizione di eredità sia con riguardo al suo oggetto che ai legittimari

Traccia: l'erede apparente e la tutela dell'affidamento dei terzi

Traccia: Natura giuridica e struttura del testamento

Traccia: Le liberalità non donative

Traccia: effetti costitutivi e dichiarativi della trascrizione immobiliare

Sommario: 1. Matrimonio (p.1). 2. Attualità del regime legale (p.25). 3. La separazione (p. 51). 4. Affidamento dei figli in caso di separazione e divorzio (p.57). 4. La responsabilità genitoriale (p. 63). 5. I provvedimenti de potestate (p. 73). 6. Decadenza dalla responsabilità genitoriale(p.76). 7. Le sanzioni ex art. 709 ter c.p.c. (p. 78). 8. La sottrazione internazionale dei minori (p. 79). 9. Le adozioni (p. 82). 10. Le Unioni civili (p.93). 11. La convivenza di fatto (p. 125). 12. Successione mortis causa. Eredità (p.146). 13. Accettazione dell'eredità (p.147) (p.148). 14. Orientamenti giurisprudenziali in tema di accettazione di eredità (p. 161). 15. L'impugnazione della rinuncia per errore (p.162). 16. L'acquisto della qualità di erede senza accettazione (p.194). 17. La responsabilità per debiti ereditari (p. 195). 18. Successione legittima. Legittimari. (p. 204). 19. L'azione di riduzione (p. 205). 20. La petizione di eredità. Un caso specifico (p. 246). 21. La trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità ed erede apparente (p. 248). 22. Negozio di accertamento e volontà del testatore (p. 254). 23. Testamento, sopravvenienza figli ulteriori (p. 266). 24. Il trust testamentario (p. 283). 25. Le liberalità non donative (p.308). 26. Donazione obbligatoria (p.322). 27. Riduzione e collazione della donazione (p.345). 28. L'azione di riduzione delle donazioni indirette (p. 360). 29. La revocazione della donazione per ingratitudine (p. 362). 30. La prelazione testamentaria e il legato di prelazione (p. 369). 31. Il legato di password (p. 373). 32. Divisione. Attribuzioni (p. 382). 33. Divisione ereditaria contrattuale (p. 395). 34. La collazione per imputazione. Un caso specifico (p. 407). 35. La pubblicità immobiliare italiana (p.415). 36. Tempestività della trascrizione (p. 422). 37. Il sindacato dell'Ufficiale civile sulla trascrivibilità dei matrimoni esteri (p.429). 38. Gli effetti degli acquisti mortis causa oggetto di trascrizione (p.438)

Matrimonio. Regime patrimoniale

INNOVAZIONI E PROBLEMI APERTI ALL'INDOMANI DEL DECRETO LEGISLATIVO ATTUATIVO DELLA RIFORMA DELLA FILIAZIONE

Oriana Clarizia

c.c. art. 317-bis

c.c. art. 250

c.c. art. 315

D.P.R. 03-11-2000, n. 396, 30.

L. 04-08-1955, n. 848, 8.

D.Lgs. 28-12-2013, n. 154, epigrafe

L. 10-12-2012, n. 219, epigrafe

La recente riforma legislativa in materia di filiazione segna il raggiungimento di importanti traguardi nel percorso verso l'affermazione di una disciplina della filiazione attenta all'evoluzione sociale e non condizionata dalle modalità istitutive del vincolo familiare. La novella sancisce, quale principio ispiratore dell'intera riforma, l'unicità dello *status* di figlio (art. 315 c.c.), a prescindere se il fondamento della filiazione consista nel matrimonio, in convivenze su di esso non basate ovvero, ancora, in vincoli affettivi conseguenti al ricorso alla procedura della procreazione medicalmente assistita. L'abrogazione sia dell'istituto della legittimazione - per effetto dell'art. 1, comma 10, l. n. 219 del 2012 - sia, successivamente, dell'art. 261 c.c. (per opera dell'art. 106, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154) rappresenta una scelta coerente e condivisibile, stante l'esigenza di evitare, in ragione dell'affermazione dell'unificazione dello stato di figlio, la sussistenza di norme riferibili unicamente al legame tra genitori e figli nati al di fuori del matrimonio. Conforme alla *ratio* sottesa all'intervento riformatore e alle finalità di parità di trattamento si rivela il novellato art. 74 c.c., il quale introduce la configurabilità di rapporti di parentela tra il figlio naturale e la famiglia del genitore, collegando la parentela al fatto procreativo e non già al matrimonio e consentendo l'instaurazione di vincoli giuridici per le persone discendenti da un medesimo stipite senza che il carattere legittimo oppure naturale della filiazione rilevi. Risultati di tenore analogo si raggiungono in materia di estensione degli effetti del riconoscimento ai parenti del genitore naturale che lo ha effettuato (art. 258 c.c.). Quanto detto dimostra che l'introduzione del principio dell'unicità dello stato di figlio, se da un lato consente il superamento di arbitrarie discriminazioni tra figli legittimi e figli naturali, fondate su un preconcetto rilievo soltanto dei primi, dall'altro conferma l'esistenza, nel nostro ordinamento, di una pluralità di modelli familiari, non più identificabili unicamente nello schema della famiglia legittima.

SOMMARIO: 1. L'unicità dello stato di figlio quale principio ispiratore della riforma. - 2. *Segue*: dall'esercizio della potestà alla nozione, più ampia ed unitaria, di responsabilità genitoriale. Il novellato art. 317 *bis* c.c.: non più norma sull'esercizio della potestà nei confronti dei figli naturali bensì precetto a tutela del diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni. - 3. Rimodulazione della disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità e dei termini di decadenza per il suo esercizio nel segno di un progressivo ampliamento delle occasioni di accertamento della verità biologica. Imprescrittibilità dell'azione in ipotesi di proposizione da parte del figlio e superamento del limite temporale di esercizio. - 4. La disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio (art. 250 c.c.): il procedimento di riconoscimento in ipotesi di opposizione del genitore che abbia effettuato il riconoscimento. - 5. L'autorizzazione del giudice al riconoscimento della filiazione c.d. incestuosa e coordinamento con la tutela dettata, in sede successoria, dagli artt. 580 c.c. e 594 c.c.: residua applicazione ai figli riconoscibili ma non riconosciuti. - 6. Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità da parte dell'autore



consapevole della sua falsità (art. 263 c.c.). Mancata scelta legislativa e soluzione in favore di un contemperamento tra esigenze di certezza dello *status filiationis* e diritto del minore alla conoscenza della propria identità biologica. - 7. Accertamento della maternità e diritto all'anonimato materno *ex art.* 30, comma 1°, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396. Pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2012 (Godelli c. Italia): contrasto tra la normativa italiana in materia di accesso dell'adottato alle informazioni relative alla propria madre e l'art. 8 Cedu. Sentenza della Corte costituzionale, 22 novembre 2013, n. 278: diniego dell'accesso alle informazioni sulle proprie origini e incostituzionalità del mancato accertamento concernente la persistenza della volontà materna di non essere nominata. Opportunità di una riforma legislativa in grado di contemperare il diritto all'anonimato della madre biologica con la tutela dei diritti inviolabili del figlio.

1. - La recente riforma legislativa (l. delega 10 dicembre 2012, n. 219, " Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali " e d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154 - in vigore dal 7 febbraio 2014 - " Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della l. 10 dicembre 2012, n. 219 ")⁽¹⁾ segna il raggiungimento di importanti traguardi nel percorso verso l'affermazione di una disciplina della filiazione attenta all'evoluzione sociale e non condizionata dalle modalità istitutive del vincolo familiare⁽²⁾. Fedele al perseguimento dell'obiettivo della piena attuazione del principio di eguaglianza, la novella sancisce, quale principio ispiratore dell'intera riforma, l'unicità dello *status* di figlio (art. 315 c.c.)⁽³⁾, a prescindere se il fondamento della filiazione consista nel matrimonio, in convivenze su di esso non basate⁽⁴⁾ ovvero, ancora, in vincoli affettivi conseguenti al ricorso alla procedura della procreazione medicalmente assistita⁽⁵⁾. Eloquenti, al riguardo: la novella dell'art. 315 c.c., rubricato " Stato giuridico della filiazione " ⁽⁶⁾, che esplicita il principio secondo il quale " tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico " ⁽⁷⁾ e la disciplina dettata dal comma 11° dell'art. 1 della legge delega, la quale elimina residue discriminazioni terminologiche precisando che, nel codice civile, i sintagmi " figli legittimi " e " figli naturali ", ovunque ricorrono, sono sostituiti dall'espressione " figli ". A ciò si aggiunge la delega (*ex art.* 2, comma 1°, lett. a) conferita al Governo al fine di procedere alla predetta sostituzione in tutta la legislazione vigente (" salvo l'utilizzo delle denominazioni di "figli nati nel matrimonio" o di "figli nati fuori del matrimonio" quando si tratta di disposizioni ad essi specificamente relative "); delega attuata da molteplici articoli del decreto legislativo che modificano le norme del codice civile⁽⁸⁾ e di leggi speciali⁽⁹⁾ sopprimendo, accanto alle parole " figlio o figli ", le qualificazioni " legittimo-legittimi ", " naturale-naturali ", prevedendo altresì, ove necessario, la sostituzione di tali espressioni con le formule " nato fuori del matrimonio " e " nato nel matrimonio ".

Affermata la piena eguaglianza, l'abrogazione sia dell'istituto della legittimazione - per effetto dell'art. 1, comma 10°, l. n. 219 del 2012⁽¹⁰⁾ - sia, successivamente, dell'art. 261 c.c.⁽¹¹⁾ (per opera dell'art. 106, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154) rappresenta una scelta coerente e condivisibile, stante l'esigenza di evitare, in ragione dell'affermazione dell'unificazione dello stato di figlio, la sussistenza di norme riferibili unicamente al legame tra genitori e figli nati al di fuori del matrimonio.

Conforme alla *ratio* sottesa all'intervento riformatore e alle finalità di parità di trattamento si rivela il novellato art. 74 c.c.⁽¹²⁾, il quale - di là dalle problematiche legate al divieto del vincolo di parentela naturale in ipotesi di adozioni di persone maggiori d'età⁽¹³⁾ - introduce la configurabilità di rapporti di parentela tra il figlio naturale e la famiglia del genitore, collegando la parentela al fatto procreativo e non già al matrimonio⁽¹⁴⁾ e consentendo l'instaurazione di vincoli giuridici per le persone discendenti da un medesimo stipite senza che il carattere legittimo oppure naturale della filiazione rilevi.

Risultati di tenore analogo si raggiungono in materia di estensione degli effetti del riconoscimento ai parenti del genitore naturale che lo ha effettuato (art. 258 c.c.): l'art. 1 della legge delega, nel sostituire il primo comma dell'art. 258 c.c., determina la costituzione di rapporti di parentela tra il figlio naturale e la famiglia del genitore che lo ha riconosciuto. Così facendo, la riforma esplicita i contenuti che autorevole dottrina, al fine di evitare una " lettura "distorta" ", desumeva

implicitamente dalla previgente disciplina, rilevando che " la definizione codicistica di "parentela", anche prima della legge del 2012, implicitamente ammetteva che anche i figli naturali avessero dei parenti "⁽¹⁵⁾.

Quanto detto dimostra che l'introduzione del principio dell'unicità dello stato di figlio, se da un lato consente il superamento di arbitrarie discriminazioni tra figli legittimi e figli naturali, fondate su un preconcetto rilievo soltanto dei primi, dall'altro conferma l'esistenza, nel nostro ordinamento, di una pluralità di modelli familiari, non più identificabili unicamente nello schema della famiglia legittima⁽¹⁶⁾.

2. - L'abrogazione delle qualificazioni " figli legittimi " e " figli naturali " rende palese che l'obbligo dei genitori di mantenere, istruire ed educare assume identico contenuto, indipendentemente dal fondamento della filiazione⁽¹⁷⁾. Avvalorano tale prospettiva le modifiche⁽¹⁸⁾ alla rubrica del titolo IX del libro I del codice civile, che muta la precedente formulazione - " Della potestà dei genitori " - nel più significativo e articolato sintagma " Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio "⁽¹⁹⁾. Nella medesima direzione si pone l'art. 315 *bis*⁽²⁰⁾ (introdotto dall'art. 1, comma 8°, della l. n. 219 del 2012), il quale, nel prevedere un vero e proprio statuto dei diritti e dei doveri dei figli, sancisce il diritto dei minori di mantenere rapporti significativi con i parenti e di essere ascoltati nelle questioni e nelle procedure loro concernenti⁽²¹⁾, esplicitando così " diritti che avevano già trovato ingresso in leggi speciali ma che ora hanno una sistemazione unitaria e una portata generale "⁽²²⁾.

Inoltre, in attuazione della delega⁽²³⁾ conferita al Governo per l'" unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio " e al fine di " delinea[re] la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale "⁽²⁴⁾, l'art. 39 del più volte menzionato decreto legislativo abbandona il concetto di potestà e, nel sostituire l'art. 316 c.c., introduce - sebbene in assenza di una sua definizione⁽²⁵⁾ - la nozione di responsabilità genitoriale⁽²⁶⁾, da esercitarsi, in considerazione delle capacità, delle inclinazioni e delle aspirazioni del figlio, da entrambi i genitori di comune accordo oppure dall'unico genitore che ha effettuato il riconoscimento. Scompare l'indicazione del termine finale della responsabilità genitoriale, prima individuato, con riferimento alla potestà, nel compimento della maggiore età o nell'emancipazione del minore⁽²⁷⁾. La scelta è particolarmente significativa, poiché rende manifesti gli ampi contenuti sottesi alla nozione di responsabilità genitoriale senza circoscrivere l'impegno dei genitori entro predefiniti limiti temporali ma subordinandone la durata in ragione delle esigenze del singolo rapporto di filiazione. È tuttavia fatta salva, per ciascun genitore, la possibilità di rivolgersi, in ipotesi di contrasto su questioni particolarmente importanti, al giudice, il quale deciderà dopo aver ascoltato il minore dodicenne (oppure infradodicenne, se capace di discernimento). Al genitore che non esercita la responsabilità genitoriale spetta il compito di vigilare sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio (testo precedentemente dettato dall'art. 317 *bis*, ult. comma, c.c. e ora confluito nel nuovo art. 316, comma 5°, c.c.). Analoga disciplina si rinviene nell'art. 337 *quater* c.c. (introdotto dall'art. 55, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154 e rubricato " Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso "), il quale, in ipotesi di affidamento ad uno soltanto dei genitori, consente a quello non affidatario di ricorrere al giudice, se reputa siano state assunte decisioni pregiudizievoli per l'interesse del figlio.

L'accoglimento della nozione di responsabilità genitoriale, in luogo dell'ormai anacronistico concetto di potestà, sancisce in un'unica norma i contenuti dell'impegno dei genitori nei confronti di tutti i figli, a prescindere se nati nel matrimonio ovvero al di fuori di esso, e, al contempo, consente il superamento delle perplessità concernenti, in séguito all'entrata in vigore della legge delega (n. 219/2012), la sorte dell'art. 317 *bis*. In attesa dell'emanazione del decreto legislativo di attuazione, infatti, l'art. 317 *bis*, nella sua precedente formulazione - finalizzata ad attribuire l'esercizio della potestà sui figli naturali ad entrambi i genitori conviventi oppure all'unico genitore convivente con

il minore - assumeva un discusso significato poiché, specie in séguito all'esplicita affermazione dell'unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.), risultava alquanto contraddittorio conservare una norma dedicata precipuamente all'esercizio della potestà sui figli naturali. Invero, già con l'affermazione della bigenitorialità nell'esercizio della potestà, introdotta dalla legge sull'affido condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54), la Cassazione⁽²⁸⁾ aveva attribuito al principio che affida l'esercizio della potestà ad entrambi i genitori " efficacia pervasiva, e, pertanto, implicitamente abrogante di ogni contraria disposizione di legge ". Su tali basi, l'art. 317 *bis* era considerato " tacitamente abrogato ", in quanto incompatibile con il principio della bigenitorialità dettato dagli artt. 155 ss. c.c. e con il contenuto dell'art. 4, comma 2°, l. n. 54/2006, poiché quest'ultimo, nel disporre l'applicabilità delle disposizioni in tema di affidamento condiviso " anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai *procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati* ", sembrava perseguire lo scopo di disciplinare tutti i rapporti tra genitori e figli naturali, senza limitare la sua operatività alle vicende caratterizzate da controversie in atto.

Tale orientamento è disatteso dalla più recente giurisprudenza di merito⁽²⁹⁾, favorevole all'applicazione dell'art. 317 *bis* ogniqualvolta non fosse in corso un procedimento giurisdizionale di regolamentazione della convivenza, sì da attribuire, anche in séguito alla l. n. 54/2006, l'esercizio della potestà sul figlio naturale ad entrambi i genitori soltanto se conviventi.

A fronte della legge delega n. 219 del 2012, che nulla ha previsto, sì da lasciare irrisolti i dubbi concernenti la tacita abrogazione dell'art. 317 *bis*⁽³⁰⁾, il decreto legislativo ha modificato il contenuto di tale articolo: in luogo dell'esercizio della potestà sui figli naturali, la norma è ora espressamente dedicata alla legittimazione degli ascendenti a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i minori⁽³¹⁾, sancendo la possibilità di adire l'autorità giudiziaria affinché prenda, ove tale diritto sia negato o ostacolato nel suo esercizio, i provvedimenti più opportuni nell'interesse dei minori. La previgente formulazione dell'art. 317 *bis*, comma 2°, c.c., che attribuiva la potestà (oggi responsabilità genitoriale) ad entrambi i genitori che hanno effettuato il riconoscimento, è ora confluita nel nuovo art. 316, comma 4°, c.c. Importante osservare che, diversamente rispetto al passato, non è più prevista, ai fini dell'esercizio della responsabilità genitoriale, alcuna distinzione basata sulla convivenza del genitore con il figlio riconosciuto: l'attuale art. 316, comma 4°, c.c., infatti, afferma che " se il riconoscimento del figlio, nato fuori del matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi "⁽³²⁾.

Le predette modifiche consentono di superare il ricorso a specifiche normative per i figli nati fuori dal matrimonio e di riunire in un'unica norma la disciplina della responsabilità genitoriale - a prescindere dalla convivenza e dal fondamento della filiazione - confermandone il valore sistematico.

3. - In aggiunta alle innovazioni legislative sin qui analizzate - orientate all'affermazione del principio dell'unicità dello stato di figlio e alla sua influenza sull'atteggiarsi dell'impegno genitoriale nei confronti dei figli - molteplici sono le riforme, operate sia dalla legge delega sia dal decreto legislativo attuativo, che realizzano un modello di disciplina della filiazione attuativa dei precetti dell'eguaglianza e della dignità della persona. Tra queste, assumono particolare rilievo, al punto da meritare precise considerazioni in questa sede, le riforme che promuovono e tutelano, nel rispetto dei principi costituzionali, l'interesse dei figli ad acquisire lo *status filiationis*. Il riferimento corre, in particolare, alla ridefinizione della disciplina in materia di disconoscimento della paternità e dei termini per l'esercizio della relativa azione (artt. 243 *bis* e 244 c.c.); alle modifiche concernenti l'autorizzazione dell'infrasedicenne ad effettuare il riconoscimento del figlio naturale (art. 250 c.c.) e alla riforma in materia di riconoscimento dei figli incestuosi (art. 251 c.c.)⁽³³⁾. Non mancano zone d'ombra e questioni non risolte dalla riforma: ad esse saranno dedicate più ampie riflessioni nel prosieguo del presente lavoro.

Con riferimento alla disciplina dell'azione per il disconoscimento della paternità, il principio di delega dettato dall'art. 2, comma 1°, lettera d), perseguiva lo scopo di procedere alla " ridefinizione della disciplina del disconoscimento di paternità, con riferimento in particolare all'articolo 235,

comma 1°, numeri 1, 2 e 3, del codice civile, nel rispetto dei principi costituzionali ". In attuazione di tale norma, l'art. 106 del decreto legislativo ha abrogato l'art. 235 c.c. e all'art. 17 ha introdotto una nuova normativa: l'art. 243 *bis* del Capo III (rubricato " Dell'azione di disconoscimento e delle azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio ") del Titolo VII del Libro primo del codice civile⁽³⁴⁾. Analogamente a quanto già sancito dal precedente art. 235 c.c., si nega la legittimazione attiva all'esercizio della predetta azione ai terzi estranei alla famiglia, consentendola unicamente al marito, alla madre e al figlio, aggiungendo altresì la legittimazione, nell'interesse del figlio minore, del curatore speciale nominato dal giudice (art. 244, comma 6°, c.c.). Permane, in quanto non indicato tra i soggetti legittimati a proporre l'azione, l'impossibilità per il padre naturale di agire in giudizio per far disconoscere la paternità di altri⁽³⁵⁾.

Particolare rilievo assume la soppressione dell'analitica elencazione dei presupposti (mancata coabitazione, impotenza e adulterio della moglie) ai quali era subordinata l'azione di disconoscimento. Tale disciplina lascia spazio, nel nuovo art. 243 *bis* c.c., ad una normativa meno articolata, in grado di superare le rigide condizioni prima imposte dall'art. 235 c.c., prevedendo che " chi esercita l'azione è ammesso a provare che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre "⁽³⁶⁾. L'introduzione di tale norma aumenta le occasioni di ricorso all'azione di disconoscimento al fine di rimuovere lo *status* di figlio legittimo e di accertarne il concepimento in capo a persona diversa dal presunto padre⁽³⁷⁾, favorendo un ampliamento delle ipotesi di accertamento della verità biologica nel segno di una prevalenza del *favorveritatis* sul *favorlegitimitatis*⁽³⁸⁾.

Riguardo, invece, al connesso profilo concernente la previsione dei termini di decadenza per l'esercizio dell'azione in questione, l'art. 18 del decreto legislativo sostituisce il disposto normativo del previgente art. 244 c.c. al fine di adeguarlo, sul piano tanto letterale quanto sostanziale, alle numerose pronunce della Corte costituzionale intervenute sul tema. In particolare, con sentenza del 14 maggio 1999, n. 170⁽³⁹⁾, la Consulta aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 244, comma 2°, c.c., là dove non sanciva che, nell'ipotesi di impotenza soltanto di generare (*ex* art. 235, comma 1°, n. 2, c.c.), il termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità decorreva tanto per il marito quanto per la moglie dal giorno nel quale si fosse avuta conoscenza dell'impotenza di generare. In attuazione di tale esito decisorio, il comma 2° del novellato art. 244 c.c. prevede che il termine di sei mesi per la proposizione dell'azione di disconoscimento decorre, per la madre, (dalla nascita del figlio oppure) " dal giorno in cui è venuta a conoscenza dell'impotenza di generare del marito al tempo del concepimento ". Per il marito, invece, il termine di un anno per la proposizione della domanda decorre, " se prova di aver ignorato la propria impotenza di generare ovvero l'adulterio della moglie⁽⁴⁰⁾ al tempo del concepimento, dal giorno nel quale ne ha avuto conoscenza "⁽⁴¹⁾. Inoltre, diversamente rispetto alla disciplina antecedente, ai figli è consentito conservare il proprio *status* là dove tanto la madre quanto il padre non abbiano promosso l'azione decorsi cinque anni dal giorno della nascita (art. 244, comma 4°, c.c.).

Significativa si rivela altresì l'introduzione dell'imprescrittibilità dell'azione in ipotesi di proposizione da parte del figlio, là dove, prima della riforma, ciò era consentito " entro un anno dal compimento della maggiore età o dal momento in cui veniva successivamente a conoscenza dei fatti che rend[evano] ammissibile il disconoscimento ". La modifica si spiega in ragione dell'esigenza di realizzare una maggiore omogeneità con la disciplina in materia di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, la quale, nel novellato art. 263, comma 3°, c.c., conserva l'imprescrittibilità dell'azione riguardo al figlio (già sancita dalla precedente formulazione dell'art. 263, comma 3°, c.c.) ma aggiunge limiti di decadenza, prima non previsti, per gli altri legittimati⁽⁴²⁾. Riguardo, infine, alla promozione dell'azione da parte del curatore speciale, l'ult. comma dell'art. 244 c.c. - in luogo della previsione che subordinava l'istanza del figlio al compimento del sedicesimo anno - sancisce l'abbassamento dell'età del minore al quattordicesimo anno, consentendo di promuovere

l'istanza, in ipotesi di età inferiore, non soltanto al pubblico ministero (come nella formulazione precedente) ma anche all'altro genitore.

4. - Con riferimento alla disciplina del riconoscimento di figlio naturale (art. 250 c.c.), in aggiunta alla modifica terminologica - che sostituisce l'espressione "figlio naturale" con "figlio nato fuori del matrimonio" - condivisibilmente si modifica, in ragione di un più ampio rispetto della personalità e della capacità di autodeterminazione⁽⁴³⁾, l'età in presenza della quale si richiede il consenso del minore, abbassandola dai sedici ai quattordici anni⁽⁴⁴⁾ e prevedendo, al di sotto di tale limite temporale, il consenso del genitore che abbia effettuato il riconoscimento⁽⁴⁵⁾.

All'ult. comma permane, invece, per i genitori, il compimento dei sedici anni quale *dies a quo* per effettuare il riconoscimento. Tale limite "da rigido diventa elastico"⁽⁴⁶⁾, consentendo al giudice di superarlo "valutate le circostanze e avuto riguardo all'interesse del figlio" (art. 250, comma 5°, c.c.). Il comma 4° del medesimo articolo è interamente riscritto⁽⁴⁷⁾: si prevede, in ipotesi di consenso del genitore che abbia effettuato il riconoscimento, un modello normativo basato sul silenzio-assenso, in virtù del quale il genitore che voglia procedere al riconoscimento del figlio ricorre, in ipotesi di rifiuto dell'altro genitore, al giudice, il quale fissa un termine per la notifica del ricorso. Decorso trenta giorni e in assenza di opposizione dell'altro genitore, il giudice emette una sentenza sostitutiva del consenso mancante. In ipotesi di opposizione, dopo aver disposto l'audizione del figlio che abbia compiuto i dodici anni oppure, se capace di discernimento, di età inferiore, il giudice emette sentenza sostitutiva del consenso mancante, indicando altresì i provvedimenti opportuni in relazione all'affidamento, al mantenimento e al cognome del minore.

La novella ha il merito di superare i limiti sottesi alla precedente disciplina e denunciati da attenta dottrina, la quale, con riferimento al compimento dei sedici anni quale presupposto indispensabile per superare (*ex* art. 250, ult. comma, c.c., antecedente alla riforma) la preclusione che impediva al minore di effettuare il riconoscimento, opportunamente aveva posto in evidenza come la "soluzione desta[sse] perplessità, impedendosi l'esercizio di una situazione esistenziale garantita dalla Costituzione (art. 30, comma 1°) non a séguito dell'accertamento dell'inidoneità del genitore a svolgere i propri compiti (art. 30, comma 2°, cost.), ma soltanto dell'incapacità legale a compiere l'atto di riconoscimento⁽⁴⁸⁾". Il nuovo disposto normativo argina tale effetto preclusivo ammettendo la possibilità, per il genitore naturale infrasedicenne, di procedere al riconoscimento, purché sussista la previa autorizzazione del giudice.

5. - Significative le modifiche concernenti il divieto di riconoscimento della filiazione incestuosa (art. 251 c.c.). La riforma incide, in particolare, sulle condizioni - ignoranza da parte del genitore, al tempo del concepimento, del vincolo esistente oppure dichiarazione di nullità del matrimonio dal quale derivava l'affinità - in presenza delle quali la disciplina antecedente consentiva il riconoscimento. Il divieto - ancor più dopo l'intervento della Corte costituzionale⁽⁴⁹⁾ che, con una sentenza "connotata da una forte vocazione sistematica"⁽⁵⁰⁾, ha considerato lesivo della dignità umana il trattamento discriminatorio riservato dal codice civile ai figli nati da genitori legati da vincoli di parentela - appariva in tutta la sua irragionevolezza⁽⁵¹⁾, risultando "profondamente ingiusto che la condizione giuridica dei figli nati da incesto dipend[esse] da uno stato soggettivo (buona fede o mala fede) che riguarda i loro genitori"⁽⁵²⁾.

In séguito alla riforma, la buona fede dei genitori e la dichiarazione di nullità del matrimonio non assumono rilievo in quanto l'interesse dei figli prevale sulla ripugnanza dell'incesto. Nel rimuovere (*ex* art. 1, comma 3°, l. 10 dicembre 2012, n. 219)" un'odiosa discriminazione che portava a discriminare i figli solo in ragione delle colpe dei genitori"⁽⁵³⁾, la riforma muta la rubrica dell'art. 251 c.c., sostituendo l'intitolazione "Riconoscimento dei figli incestuosi" con il sintagma "Autorizzazione al riconoscimento". La predetta modifica anticipa, con eloquenza, il contenuto normativo del novellato articolo, il quale segna il raggiungimento di un importante traguardo di civiltà giuridica poiché supera il divieto previgente e ammette la riconoscibilità del figlio incestuoso previa autorizzazione del giudice⁽⁵⁴⁾, avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare

pregiudizi⁽⁵⁵⁾. Nel rimuovere l'assoluto divieto al riconoscimento e nel rimettere la decisione all'apprezzamento del giudice, secondo il concreto interesse del figlio, la nuova disciplina distingue tra figli incestuosi il riconoscimento dei quali non sia stato chiesto o autorizzato e figli riconosciuti a séguito di autorizzazione giudiziale, *ex art. 251 c.c.*

La riforma, sia nella legge delega sia nel decreto legislativo di attuazione, tace sull'incidenza del venir meno dell'assoluta preclusione al riconoscimento dei figli incestuosi sulla disciplina, dettata dagli artt. 580 e 594 c.c. e rimasta immutata, che pone in una posizione di disfavore, in sede successoria, i figli (prima della riforma) non riconoscibili, i quali sono esclusi dalla successione a titolo universale *abintestato*, avendo diritto unicamente ad un assegno vitalizio commisurato alla rendita della quota di eredità spettante se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta⁽⁵⁶⁾. Sorge spontaneo l'interrogativo su come coordinare la nuova disciplina dettata dal novellato art. 251 c.c. con il permanere della normativa successoria dei figli incestuosi.

A fronte del silenzio del legislatore, sembrerebbe, *prima facie*, che la vigenza della normativa successoria che riserva ai figli non riconoscibili unicamente l'assegno vitalizio determini una palese incongruenza nella disciplina della filiazione, risultando - in virtù dell'affermazione del principio di unicità dello stato di figlio, affermato dal novellato art. 315 c.c. - priva dell'originaria ragione giustificatrice, stante l'eliminazione della categoria dei figli prima reputati sempre irriconoscibili e la parificazione, anche sul piano successorio, tra figli nati nel matrimonio e figli nati al di fuori di esso⁽⁵⁷⁾. Ne consegue che, se si intendesse l'ambito di applicazione degli artt. 580 e 594 c.c. limitato ai soli figli che - secondo la previgente disciplina - non potevano proporre l'azione di stato in quanto incestuosi⁽⁵⁸⁾, l'abrogazione tacita della normativa concernente il loro trattamento successorio costituirebbe una scelta obbligata.

Una diversa soluzione può essere argomentata riferendo l'applicazione degli artt. 580 e 594 c.c. sia ai figli incestuosi *tout court* (ossia a quelli per i quali l'autorizzazione è negata) sia a quelli riconoscibili (in astratto) ma non riconosciuti in concreto⁽⁵⁹⁾ o perché, in ipotesi di figlio incestuoso, sia stata negata l'autorizzazione del giudice ovvero per effetto dei limiti generali al riconoscimento del figlio naturale derivanti dall'art. 250 c.c.

In tali fattispecie, ancorché marginali, la soluzione dell'abrogazione tacita degli artt. 580 e 595 c.c. appare incongrua poiché permane l'esigenza di ricorrere alla tutela specifica dettata dalle norme in questione⁽⁶⁰⁾: si pensi alle ipotesi di figlio ultraquattordicenne non riconoscibile stante l'assenza del proprio consenso (novellato art. 250, comma 2°, c.c.) ovvero al figlio inferiore di anni quattordici non riconoscibile per mancanza sia del consenso del genitore che abbia già effettuato il riconoscimento (art. 250, comma 3°, c.c.) sia dell'autorizzazione del giudice (art. 250, comma 4°, c.c.), nonché alla vicenda del figlio non riconoscibile in quanto nato da genitori che non abbiano compiuto il sedicesimo anno di età e che, valutate le circostanze e avuto riguardo al loro interesse, non siano stati autorizzati dal giudice (art. 250, comma 5°, c.c.)⁽⁶¹⁾. Del pari, in ipotesi di figlio riconoscibile, ma non riconosciuto, il quale, piuttosto che agire per far accertare il proprio stato di figlio naturale, preferisca conseguire i soli diritti successori previsti dagli articoli 580 e 594 c.c., appare irragionevole negare *a priori* la scelta tra accedere alla predetta tutela ovvero agire per ottenere una dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale⁽⁶²⁾.

6. - Il quadro normativo sin qui tracciato rende evidente che i contenuti innovativi della riforma, "al di là dell'importanza tecnica, assum[ono] un valore culturale e simbolico di inestimabile portata"⁽⁶³⁾.

Non mancano, tuttavia, perplessità tali da alimentare il sospetto di un deliberato silenzio del legislatore riguardo a talune ulteriori questioni non risolte dalla riforma.

Testimonianza eloquente di tale disagio si rintraccia nella perdurante incertezza caratterizzante la controversa problematica concernente la possibilità di riconoscere il diritto, *ex art. 263 c.c.*, di impugnare il riconoscimento del figlio naturale al genitore che lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua falsità⁽⁶⁴⁾. La giurisprudenza, in passato⁽⁶⁵⁾, reputava ammissibile tale

impugnazione indipendentemente dalla situazione soggettiva dell'autore del riconoscimento, in quanto la corrispondenza tra gli stati familiari e la situazione reale era considerata rispondente ad un'esigenza pubblicistica superiore, in grado di giustificare l'impugnazione di chiunque ne avesse interesse, compreso l'autore in mala fede della falsa dichiarazione di riconoscimento. A fronte della consapevolezza secondo la quale, così facendo, si consentirebbe a chiunque di precedere ad un riconoscimento di figlio naturale non veridico, attribuendo perfino all'autore in mala fede la legittimazione ad impugnarlo in qualsiasi momento, si osservava - in aggiunta a quanto precisato in una delle pronunce più risalenti, secondo la quale l'impugnazione del riconoscimento non comporterebbe una deroga alla sua irrevocabilità⁽⁶⁶⁾ - che " solo un intervento correttivo dell'odierno legislatore potrebbe ovviare al grave inconveniente di cui or ora si è detto "⁽⁶⁷⁾; ciò in ragione del principio di ordine superiore di tutela della verità⁽⁶⁸⁾.

In opposta direzione, un orientamento diffuso specie nella giurisprudenza di merito più recente⁽⁶⁹⁾, ha precisato che l'interpretazione dell'art. 263 c.c. conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento vigente " impone di considerare irretrattabile il riconoscimento avvenuto nella piena consapevolezza della sua falsità ", poiché " attribuire la legittimazione ad impugnar[lo] a chi lo abbia in mala fede effettuato, o concorso ad effettuare, ha sul piano logico la stessa valenza di una revoca, vietata espressamente dalla legge (art. 256 c.c.) "⁽⁷⁰⁾. Su tali presupposti e alla luce del parallelismo con la giurisprudenza in materia di fecondazione eterologa - la quale nega la legittimazione all'azione di disconoscimento al marito che abbia prestato il proprio consenso alla fecondazione assistita⁽⁷¹⁾ - il diritto di impugnare il riconoscimento di figlio naturale è negato all'autore consapevole della sua falsità.

Divergenze di pari rilievo si registrano in dottrina⁽⁷²⁾, ove alla ricostruzione contraria all'impugnazione del riconoscimento per l'autore consapevole della sua falsità⁽⁷³⁾, si oppone chi considera conforme all'interesse del minore l'accertamento di filiazione non veridica⁽⁷⁴⁾. Parimenti, plaude a tale impostazione la posizione che pone l'accento sull'esigenza di superare ogni falsa apparenza dello *status filiationis*⁽⁷⁵⁾ e chiosotolinea l'opportunità " di un'interpretazione evolutiva " che sappia affermare tale legittimazione e, al contempo, ricercare adeguate soluzioni contro riconoscimenti di figli naturali effettuati - diversamente da quanto previsto in materia di adozioni - con troppa facilità⁽⁷⁶⁾.

Una simile contrapposizione di opinioni e di esiti decisori avrebbe richiesto una maggiore attenzione da parte del legislatore della riforma, imponendogli di prendere posizione in modo non equivoco per l'una o l'altra posizione. Invero, il problema è oggi suscettibile di una nuova valutazione in ragione delle recenti modifiche apportate all'art. 263 c.c. dall'art. 28, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, le quali sembrano aprire la strada ad un'interpretazione della disciplina in favore della legittimazione all'impugnativa all'autore in mala fede del falso riconoscimento. La riforma sancita dal decreto, nel sostituire la formulazione del precedente disposto normativo, ha eliminato una delle più evidenti e discusse differenze dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità rispetto all'esercizio dell'azione di disconoscimento, là dove quest'ultima, in quanto conforme al *favor legitimitatis* a fondamento della filiazione nel matrimonio, è basata su brevi termini di decadenza per il suo esercizio; la prima, invece, non prevedeva alcun termine di decadenza a base dell'azione.

La nuova disciplina introduce, nel segno di una maggiore congruenza tra le due normative, termini brevi di decadenza anche per l'impugnazione del riconoscimento, sia per l'autore - il quale può agire entro un anno dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita - sia per gli altri legittimati (entro cinque anni dall'annotazione). Così facendo, la prevalenza del *favor veritatis*, a fondamento della filiazione al di fuori del matrimonio, non assume un rilievo assoluto ma è mitigata, nel segno di una più ampia tutela del minore, dalle predette limitazioni temporali, al fine di evitare il rischio di rapporti di filiazione esposti *sine die* ad eventuali impugnazioni. Il ragionevole contemperamento di interessi, in tal modo raggiunto, coniuga la preminenza del diritto alla verità biologica⁽⁷⁷⁾ - ossia l'esigenza di far cadere ogni falsa apparenza di *status* nella filiazione non basata sul matrimonio - con

il soddisfacimento delle esigenze di certezza e di stabilizzazione dello *status filiationis* (anche se non fondato sul vincolo matrimoniale), sì da rendere auspicabile un nuovo intervento legislativo che, nel tener conto di tale soluzione desunta in maniera sistematica, attribuisca in maniera esplicita all'autore in mala fede l'impugnativa del riconoscimento c.d. per compiacenza. Ciò in quanto la previsione di un ristretto termine di decadenza per l'impugnativa ha un duplice merito: da un lato, nei limiti dell'intervallo di un anno dall'annotazione, consente l'acquisizione di uno stato corrispondente alla realtà biologica⁽⁷⁸⁾ e agevola la tutela del diritto alla verità circa le proprie origini; dall'altro, di là dagli stringenti confini temporali, stabilizza e conferisce certezza allo *status* di figlio naturale acquisito con il riconoscimento.

Una distinta riflessione investe la problematica concernente i pregiudizi subiti dal minore a causa del riconoscimento consapevolmente non veridico. Benché la riforma, introducendo brevi termini di decadenza, abbia circoscritto i danni per il minore alla sua prima fase di vita, non può tacersi che il comportamento in mala fede dell'autore del riconoscimento integri una condotta penalmente rilevante⁽⁷⁹⁾, tale da legittimare un'azione di risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali *ex art.* 2059 c.c., stante la sussistenza non soltanto di una fattispecie penalmente rilevante quanto, soprattutto, della lesione dei diritti inviolabili del figlio, il quale rimane privo dello *status* che fino a quel momento aveva contraddistinto la sua esistenza.

7. - Problematiche di eguale rilievo si annidano intorno alle differenze tra l'accertamento della maternità di donna coniugata e quello di madre non coniugata, nonché, correlativamente, riguardo al diritto della madre biologica all'anonimato⁽⁸⁰⁾.

È noto infatti che la filiazione da donna coniugata si instaura previo accertamento dell'ufficiale di stato civile che riceve la dichiarazione di nascita dai soggetti legittimati, sì che lo *status* di figlio della madre si costituisce con la menzione di quest'ultima nell'atto di nascita, salvo che si avvalga della facoltà di non essere nominata (espressamente prevista dall'art. 30, comma 1°, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396)⁽⁸¹⁾. Diversamente, la filiazione fuori del matrimonio si accerta mediante l'atto di riconoscimento di ciascun genitore (art. 252 c.c.) ovvero, in mancanza, con dichiarazione giudiziale di maternità o di paternità naturale (artt. 269 ss. c.c.).

Il diverso sistema di accertamento - per impulso dell'ufficiale di stato civile, in ipotesi di donna coniugata; in séguito ad un atto di volontà della donna, per il riconoscimento del figlio naturale⁽⁸²⁾ - è alla base dell'evidente incongruenza che legittima la madre a rimanere nell'anonimato e a mantenere il segreto sulla sua identità, impedendo al figlio di venire a conoscenza della propria storia parentale. Tale "posizione di preminenza della donna in ordine alla costituzione dello *status* di figlio"⁽⁸³⁾ fa sì che, come lucidamente avvertito da autorevole dottrina⁽⁸⁴⁾, la madre possa avvalersi del diritto all'anonimato non soltanto se il figlio sia nato in conseguenza di una relazione extraconiugale quanto, addirittura, se concepito con il marito⁽⁸⁵⁾, osteggiando la costituzione dello *status* di figlio legittimo, nonostante il rischio di incorrere nelle conseguenze previste in materia di delitto di alterazione di stato (art. 567 c.p.)⁽⁸⁶⁾.

La disciplina in esame assume un significato ancor più preoccupante in ragione dell'evoluzione che si registra in ambito sovranazionale in materia di accesso dell'adottato alle informazioni relative alla propria madre. La Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza del 25 settembre 2012⁽⁸⁷⁾, ha sancito la violazione dell'art. 8 della Convenzione di Strasburgo da parte della normativa italiana - in particolare, l'art. 28, comma 7°, l. 4 maggio 1983, n. 184, poi sostituito dall'art. 177, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 - che non consente all'adottato l'accesso alle informazioni relative alla madre che alla nascita abbia dichiarato di non volere essere nominata⁽⁸⁸⁾, in quanto la disciplina in questione impedisce al figlio adulto, non riconosciuto e adottato da terzi, di accedere alle informazioni identificative delle proprie origini familiari e non consente di verificare la persistenza della volontà della madre biologica di non essere identificata.

Dal suo canto, la giurisprudenza costituzionale, conformandosi a tale pronuncia, segna il raggiungimento di un importante risultato con la decisione del 22 novembre 2013, n. 278⁽⁸⁹⁾, la quale

ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 28, comma 7°, l. 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2°, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), " nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica ". Sul presupposto secondo il quale " il diritto del figlio a conoscere le proprie origini - e ad accedere alla propria storia parentale - costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona ", si contesta l'irreversibilità della scelta per l'anonimato, precisando che una simile decisione, se da un lato può comportare una " rinuncia irreversibile alla "genitorialità giuridica" ", dall'altro " può [...] ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla "genitorialità naturale" ", poiché se così fosse " risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost. ". Su tali basi la pronuncia invita il legislatore ad " introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata " e, al contempo, " a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo "(90).

I nuovi scenari, dottrinali e giurisprudenziali, impongono di porre rimedio agli inconvenienti lasciati aperti dalla riforma e procedere ad una rimediazione del problema: " non si riesce infatti a capire " - come autorevolmente rilevato prima della riforma, benché riguardo ad un problema affine⁽⁹¹⁾ - " in che modo il segreto sull'identità anagrafica della madre dovrebbe giovare a chi chiede, del tutto legittimamente, l'accertamento giudiziale del proprio *status filiationis* ". Del pari, non è chiaro come la predetta disciplina " possa coesistere con una disposizione - l'art. 269 nuovo testo - che ammette la ricerca, della paternità e della *maternità* naturale, con ogni mezzo di prova "(92).

In ragione di tali precisazioni, contro l'ampio potere della donna di determinare la costituzione dello *status* di nato avvalendosi del diritto all'anonimato, convince la posizione di quella parte della dottrina che pone l'accento sull'esigenza di limitare la facoltà della donna coniugata di non essere nominata nell'atto di nascita a fronte del diritto del nato alla propria identità personale, sì da ammettere la predetta facoltà unicamente nelle ipotesi nelle quali il nato sia concepito ad opera di persona diversa dal marito e " non invece al fine di privare il nato di uno stato legittimo che gli spetta, allorché sia stato effettivamente concepito ad opera del marito della madre "(93). Conseguentemente il diritto all'anonimato della madre, se riletto in funzione applicativa dei principi costituzionali e in considerazione della tutela del diritto del minore allo *status* di figlio legittimo, giammai può comportare un arbitrio della madre nel precludere l'accertamento della filiazione legittima⁽⁹⁴⁾.

Al termine dell'analisi sin qui svolta, l'approfondimento dei contenuti realmente innovativi e delle lacune non colmate dalla riforma rende evidenti le difficoltà derivanti dalla tensione tra le spinte emancipatrici - inclini a superare le disparità di trattamento tra figli - e le ricostruzioni tese a prospettare soluzioni del tutto disancorate da posizioni del passato, le quali ancora riecheggiano in talune problematiche non risolte dall'intervento riformatore. Il processo di rimediazione non può dirsi concluso: valorizzare tale prospettiva significa proseguire nel cammino verso l'evoluzione della disciplina della filiazione nel segno di un rinnovato equilibrio, finalizzato alla piena attuazione dell'interesse del minore, alla concreta affermazione della responsabilità genitoriale per il fatto della procreazione e alla preminenza del *favor veritatis* in ogni vincolo familiare, a prescindere dalle circostanze del concepimento.

- (1) In aggiunta alla bibliografia citata nelle note successive, cfr. M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano 2014; R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli 2014; AA.VV., *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli 2014; AA.VV., *La riforma del diritto della filiazione (l. n. 219/12)*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2013; T. AULETTA, *Diritto di famiglia. Appendice di aggiornamento alla legge 10 dicembre 2012, n. 219*, Torino 2013; P. CORDER, *Note in tema di procedimenti di famiglia e minorili alla luce dell'entrata in vigore della legge n. 219/2012*, in *Rass. d. civ.*, 2014, p. 126 ss.; M. DOSSETTI, *Finalità, struttura e contenuto della l. 10 dicembre 2012, n. 219*, nonché EAD., *Termini, strumenti, principi della delega*, in EAD., M. MORETTI e C. MORETTI, *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Bologna 2013, rispettivamente pp. 11 ss. e 74 ss. e G. PAESANO, *Brevi riflessioni a margine della legge n. 219 del 10 dicembre 2012*, in *Corti salernitane*, 2013, p. 51 ss.
- (2) Per uno studio attento, critico e problematico dell'incidenza della giurisprudenza costituzionale sulla disciplina delle azioni di stato e sul cammino verso la parità tra la filiazione naturale e quella fuori dal matrimonio cfr., ampiamente, S. PAGLIANTINI, *Principi costituzionali e sistema della filiazione*, in M. SESTA e V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 507 ss. Sulla pari dignità dei modelli familiari diffusi in Europa, con particolare attenzione alla giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, V. SCALISI, " *Famiglia " e " famiglie " in Europa*, in questa *Rivista*, 2013, p. 7 ss., nonché ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima: dalla " famiglia-istituzione " alla " famiglia-comunità ": centralità del " rapporto " e primato della " persona "*, *ivi*, p. 1043 ss. Sul tema, in generale, F. PROSPERI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico*, in *D. fam.*, 2008, p. 790 ss.; G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e terzo genitore: le esperienze francese e italiana*, in *Fam. e d.*, 2012, p. 201 e A. D'ANGELO, *La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in D. AMRAM e A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell'Unione Europea*, in *I quaderni della Rivista di diritto civile*, 2011, p. 91 ss.
- (3) Sul tema M. MANTOVANI, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, p. 323 e M. BIANCA, *La riforma della filiazione (l. 10 dicembre 2012, n. 219)*. Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico, in AA.VV., *Riforma del diritto della filiazione*, in *Nuove l. civ. comm.*, cit., p. 507 ss. Sulla prioritaria esigenza, perseguita dalla riforma, di garantire la superiorità dell'interesse del minore ad un sano ed armonico sviluppo psico-fisico, G. BALLARANI e P. SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, *ivi*, p. 534 ss.
- (4) Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *F. it.*, 2013, I, c. 1193 ss., con nota di richiami di G. CASABURI, esclude la preconcetta ammissione di pregiudizi per il minore che, in séguito all'affidamento ad uno soltanto dei genitori, viva in una famiglia incentrata su un'unione omosessuale, precisando che " alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino, che dunque correttamente la Corte d'appello ha preteso fosse specificamente argomentata ".
- (5) Con sentenza del 9 aprile 2014 (ad oggi in attesa di pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa (art. 4, comma 3°, l. 19 febbraio 2004, n. 40) e della sanzione amministrativa pecuniaria prevista da tale legge in ipotesi di utilizzo, a fini procreativi, di gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente (art. 12, comma 1°, l. n. 40/2004). Osserva M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012*. The Equality of the Legal Status of Children under the Recent Law No. 219 of 2012, in *Giust. civ.*, 2013, p. 207, che " l'uguaglianza dei figli proclamata nel 2012 appare definitivamente sganciata dallo status dei genitori o della famiglia, e proprio per queste ragioni si

tratta di un'uguaglianza che riguarda esclusivamente lo *status filiationis*, quale *status* della persona umana, la cui situazione di parità non risulta più condizionata dall'appartenenza a questa o a quella comunità familiare, o a comportamenti che riguardano o hanno riguardato i genitori ".

(6) La precedente formulazione di tale articolo (rubricato " Doveri del figlio verso i genitori ") così disponeva: " Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa ".

(7) Tale norma rappresenta " una svolta epocale nel diritto della filiazione ", in quanto " realizza quella separazione tra filiazione e matrimonio in forza della quale la condizione giuridica del figlio è tutelata in ogni ordine di rapporti come valore autonomo e indipendente dal vincolo eventualmente esistente tra i genitori " (così G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 527). È pur vero però - come precisato da L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, p. 207 - che, specie con riferimento alle diverse norme in materia di azioni di stato, la differenza tra filiazione legittima e naturale permane, pur nascosta da etichette nuove, sì che " *l'unicità della categoria di "figlio" non è effettiva* " (corsivo originale). In favore di una piena equiparazione tra figli, F. PROSPERI, *sub art. 250 c.c.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, Napoli, I, 2010, p. 924; G. MORANI, *L'inadeguata tutela della prole nata fuori dal matrimonio nel nostro ordinamento*, in *D.fam.*, 2012, p. 478 ss. e C.M. BIANCA, *Verso un più giusto diritto di famiglia*, in *Iustitia*, 2012, p. 237 ss., nonché ID., *La riforma della filiazione: alcune note di lume*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 439 ss. Pone l'accento sullo *status personae*, piuttosto che sullo *status familiae*, G. BISCONTINI, *La filiazione legittima*, in *Il diritto di famiglia*, III, *Famiglia e adozione*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, 2^a ed., Torino 2007, p. 14 ss.

(8) Cfr. gli artt. del decreto legislativo numeri: 1, 7, 11, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 65, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 87, 89.

(9) In tale direzione v., del recente decreto legislativo, gli artt.: 93 (" Modifiche al codice penale in materia di filiazione "); 96 (" Modifiche al regio decreto 30 marzo 1942, n. 318 ", recante Disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie), comma 1°, lettere *e, f, g, h*; 98 (" Modifiche alla legge 1° dicembre 1970, n. 898 ", in materia di Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), comma 1°, lettera *c*; 100 (" Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184 ", concernente il Diritto del minore ad una famiglia), comma 1°, lettere *i, n, o, q, r, s, t, dd*; 101 (" Modifiche alla legge 31 maggio 1995, n. 218 ", in tema di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), comma 1°, lettere *b* ed *e*; 102 (" Modifiche alla legge 19 febbraio 2004, n. 40 ", recante Norme in materia di procreazione medicalmente assistita); 103 (" Modifiche al decreto legislativo 3 febbraio 2011, n. 71 ", concernente l'Ordinamento e funzioni degli uffici consolari), comma 1°, lettere *a* e *b*.

(10) In particolare: l'art. 1, comma 10°, l. n. 219 del 2012, abroga la sezione II del capo II del titolo VII del libro I del codice civile; l'art. 2, comma 1°, lett. *b*, sancisce, tra i principi e i criteri direttivi concernenti la modifica del titolo VII, l'abrogazione delle disposizioni che rinviano all'istituto della legittimazione; l'art. 105, comma 4°, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, prevede che " le parole "figli legittimati", "figlio legittimato", "legittimato", "legittimati" ovunque presenti in tutta la legislazione vigente, sono soppresse ". Dubbi sulla compatibilità dell'istituto della legittimazione con l'assetto costituzionale, prima della riforma, in A. CIATTI, in ID. (a cura di), *Famiglia e minori*, Torino 2010, p. 273 s.

(11) Tale articolo (rubricato " Diritti e doveri derivanti al genitore dal riconoscimento ") prevedeva che " il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi ".

(12) Secondo il quale " la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di

adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti ". Sulle interpretazioni concernenti la precedente formulazione, M. SESTA, *I disegni di legge in materia di filiazione: dalla disegualianza all'unicità dello status*, in *Fam. e d.*, 2012, p. 962 ss. Sulle novità della riforma, A. CAGNAZZO, *Come cambia la parentela*, in AA.VV., *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali*, cit., p. 63 ss.

(13) Sul punto A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in questa *Rivista*, 2013, p. 258, nonché L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, cit., p. 203, il quale rileva che " la disparità di trattamento è in linea di principio ingiustificabile " soprattutto quando l'adozione avviene subito dopo il compimento del diciottesimo anno di età a conclusione di una lunga vicenda di affidamento, risolta in adozione per i motivi più vari. La diversità di trattamento appare invece giustificabile all'a. quando l'adottato svolge un'attività di aiuto dell'adottante: " in questi casi si dovrebbe piuttosto riflettere, più in generale, sull'opportunità stessa di impiegare un istituto come l'adozione, ove il soggetto istituzionalmente oggetto di protezione è l'adottato ".

(14) Sul tema, cfr. l'analisi di G. FREZZA, Gli effetti del riconoscimento (art. 258 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 4°, l. n. 219/12), in AA.VV., *Riforma del diritto della filiazione*, cit., p. 493 ss. Esclude che il concetto di parentela si sovrapponga a quello di famiglia legittima F. PROSPERI, *Ambito di rilevanza della parentela naturale e successione tra fratelli naturali*, in *Rass. d. civ.*, 1980, p. 1146 ss., nonché in P. PERLINGIERI, *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli 1982, p. 184. In favore della rilevanza giuridica della parentela naturale, ID., *La famiglia " non fondata sul matrimonio "*, Napoli 1980, pp. 115 ss. e 117 s.; U. MAJELLO, *Filiazione naturale e comunità familiare*, in *D. e giur.*, 1983, p. 12, ove si precisa che " il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. consente di garantire ai parenti naturali la stessa rilevanza giuridica della parentela fondata sul matrimonio. D'altra parte la parentela è un connotato sociale della persona, che unisce socialmente l'individuo a tutte le persone che discendono da uno stesso stipite. Pertanto l'esclusione del connotato socio-giuridico della parentela costituirebbe una menomazione della personalità dell'individuo, sempre che tale esclusione non sia giustificata dall'esigenza di tutela di interessi prevalenti ". In analoga prospettiva G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. e d.*, 1998, p. 183 ss. e EAD., *Il rapporto di filiazione naturale*, in *Il diritto di famiglia*, III, *Famiglia e adozione*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, cit., p. 128 ss.; F. LAZZARELLI, *Successione legittima e parentela naturale*, in *Rass. d. civ.*, 2001, p. 821 ss.; M.L. CHIARELLA, *La parentela naturale: dal crinale sociale alla (ir)rilevanza costituzionale*, in M. SESTA e V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, cit., spec. p. 928 ss.

(15) M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012*, cit., p. 215. Nella medesima direzione, F. PROSPERI, sub art. 258 c.c., in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, I, cit., p. 956 s. (ivi ulteriore dottrina citata).

(16) Già P. PERLINGIERI, *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in ID., *Rapporti personali nella famiglia*, cit., p. 15, avvertiva che " non esiste un concetto unitario di famiglia. È quindi assurdo che si stabiliscano regole rigide e precise per la famiglia astrattamente considerata quando nella realtà esistono famiglie completamente diverse ed estremamente differenziate. E allora un discorso in tema di riforma del diritto di famiglia che non tenda in primo luogo ad attuare un'omogeneizzazione della famiglia, eliminando le differenziazioni che l'art. 3 prevede come ostacoli di fatto, che condizionano dall'esterno la stessa famiglia, rimarrà sterile ". Cfr., inoltre, ID., *Sui rapporti personali nella famiglia*, *ivi*, p. 20 ss.; V. SCALISI, " *Famiglia " e " Famiglie " in Europa*, cit., p. 7 ss.; T. AULETTA, *La famiglia rinnovata: problemi e prospettive* e F. GALLETTA, *I nuovi assetti familiari e l'interesse del minore*, entrambi in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano 2006, rispettivamente pp. 28 ss. e 261 ss. (in questo volume cfr., inoltre, F. RUSCELLO, *Diritto alla famiglia e minore senza famiglia*, p. 470 ss., il quale esclude che la famiglia costituisca un valore in sé, soffermandosi sull'esigenza che

essa sia sempre sottoposta ad un giudizio di meritevolezza); G. GIACOBBE, *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, in *D. e fam.*, 2009, p. 305 ss.; P. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino 2010, p. 41 ss.; R. PANE, *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione* e A. DI FEDE, *La famiglia legittima e i modelli familiari diversificati: luci ed ombre, scenari e prospettive*, entrambi in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia*, cit., rispettivamente pp. 9 ss. e 41 ss.

(17) Il genitore naturale convivente con il figlio è legittimato, *iure proprio*, a chiedere il contributo per il mantenimento all'altro genitore naturale e "può agire nei confronti [di quest'ultimo] per tutto il periodo di decorrenza dalla nascita del figlio, poiché l'obbligo di essere mantenuto sorge automaticamente per il fatto della filiazione" e "ha lo stesso contenuto dell'analogo obbligo previsto per il figlio legittimo": Trib. Salerno, 23 gennaio 2013 e, nella stessa prospettiva, Trib. Bari, 6 febbraio 2013, entrambe consultabili sulla banca dati *dejure on line*. Prima ancora, secondo Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, in *G. it.*, 2013, p. 45 ss., con nota di G. MALAVENDA, *Responsabilità dei genitori per violazione dell'obbligo di mantenimento dei figli naturali non riconosciuti*, se al momento della nascita il figlio è riconosciuto soltanto da uno dei genitori, non viene meno l'obbligo dell'altro al mantenimento per il periodo anteriore alla dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale.

(18) Prima *ex art.* 1, comma 6°, l. 10 dicembre 2012, n. 219 e poi anche *ex art.* 7, comma 10°, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154.

(19) I commi 11° e 12° dell'art. 7, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, hanno distinto, inoltre, il Titolo IX in due Capi: Capo I, rubricato "Dei diritti e doveri del figlio" e Capo II, rubricato "Esercizio della responsabilità genitoriale a séguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio".

(20) Secondo il disposto normativo di tale articolo "il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa". Cfr. la particolareggiata analisi di M. COSTANZA, *I diritti dei figli: mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale (art. 315 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 8°, l. n. 219/12)*, in AA.VV., *Riforma del diritto della filiazione*, cit., p. 526 ss.

(21) Cfr., inoltre, l'art. 336 bis c.c. (rubricato "Ascolto del minore"), inserito dall'art. 53, comma 1°, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154 e l'art. 98 del medesimo decreto, che modifica l'art. 4, comma 8°, l. 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio. Sul diritto del minore all'ascolto, Cass., 2 agosto 2013, n. 18538, in *Rep. F. it.*, 2013, voce *Filiazione*, n. 68. Per un quadro della dottrina, sia antecedente che successiva alla riforma, E. LAROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari*, Milano 2005, p. 205 ss.; O. CALEO, *Il diritto di ascolto del minore nella crisi familiare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 776 ss.; G. CAMPESE, *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in *Fam. e d.*, 2011, p. 958 ss.; P. PERLINGIERI, *Sull'ascolto del minore*, in *R. giur. Mol. Sannio*, 2012, p. 125 ss.; G. RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, in *D. fam.*, 2012, p. 1295 ss.; F. PARENTE, *L'ascolto del minore: i principi, le assologie e le fonti*, in *Rass. d. civ.*, 2012, pp. 459 ss. e 465 ss.; P. PAZÉ, *L'ascolto in famiglia e nelle procedure*, in AA.VV., *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali*, cit., p. 133 ss. L'interesse del minore assume grande rilievo in ambito sovranazionale: cfr., in particolare, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale

tutela la vita privata e familiare (art. 8) e sancisce il divieto di discriminazioni (art. 14); la Convenzione di New York, 20 novembre 1989, riguardante i diritti dei fanciulli (ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176); la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: c.d. Carta di Nizza (cfr., in particolare l'art. 21, il quale vieta qualunque discriminazione basata sulla nascita); la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996; le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010.

(22) C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in questa *Rivista*, 2013, p. 3. I diritti del figlio "vengono enunciati positivamente in modo esplicito, aggiungendo altresì il diritto ad essere assistito moralmente, che attualmente non trova formale equivalenza nei doveri dei genitori (cfr. art. 30, comma 3°, cost. e art. 147 c.c.) ": così, nel commentare il disegno di legge sulla filiazione, R. CARRANO, *Lo stato giuridico di figlio e il nuovo statuto dei diritti e doveri*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 187.

(23) Cfr. l'art. 2, comma 1°, lettera h, l. 10 dicembre 2012, n. 219.

(24) Sul tema, ampiamente, G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *D. fam.*, 2013, p. 1475 ss., il quale pone in evidenza, incisivamente, le perplessità e i limiti derivanti dallo scopo, imposto dalla legge delega, di modellare la responsabilità genitoriale " quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale ". Si veda, inoltre, G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione*, cit., p. 527, la quale sottolinea la necessità di coordinare la nuova disciplina con gli artt. 147 e 148 c.c. (successivamente sostituiti dagli artt. 3 e 4, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154) poiché il dovere di mantenimento nei confronti dei figli " riguarda i genitori in quanto tali e non in quanto coniugi " (EAD., *o.c.*, p. 529). Discorre di " disarmonia " del sistema A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 261, precisando che la riforma avrebbe dovuto incidere, in maniera coerente, anche sugli articoli 147 c.c. (riguardante i doveri dei genitori uniti in matrimonio nei confronti dei figli) e 261 (in materia di diritti e doveri in capo al genitore che ha effettuato il riconoscimento), non modificati dalla legge delega. Occorre tuttavia precisare che tali modifiche sono intervenute, successivamente, ad opera del d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, il quale, all'art. 106, ha abrogato l'art. 261 c.c. e, all'art. 3, ha sostituito il previgente articolo 147 c.c., aggiungendo nel suo contenuto normativo sia l'obbligo di assistere moralmente i figli sia il richiamo all'art. 315 *bis* c.c., in materia di diritti e doveri di tutti i figli, a prescindere dalla loro nascita nel matrimonio ovvero al di fuori di esso. Il novellato art. 147 c.c., risultante dalle predette modifiche, così dispone: " Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315 *bis* ".

(25) La Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo esplicita la precisa scelta di non definire - come, del resto, già avvenuto per la nozione di potestà - il concetto di responsabilità genitoriale, al fine di consentire un suo adeguamento all'evoluzione socio-culturale dei rapporti tra genitori e figli.

(26) Sul punto G. SERGIO, *Potestà versus responsabilità genitoriale. La sofferta evoluzione della regolazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli* e F. CARIMINI, *Il binomio potestà-responsabilità: quale significato?*, entrambi in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia*, cit., rispettivamente pp. 81 ss. e 111 ss.; M. VELLETTI, *Dei diritti e doveri dei figli e della responsabilità genitoriale*, in AA.VV., *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali*, cit., pp. 83 ss. e 89 ss. e A. PALAZZO, *La Filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2013, p. 591 ss.

(27) Diversamente, per le norme che presuppongono l'incapacità di agire del minore, il decreto legislativo (cfr. artt. 43, 44 e 48, che modificano, rispettivamente, gli art. 318, 320 e 324 c.c.) individua, quale riferimento temporale per l'esercizio della responsabilità genitoriale, la maggiore età o l'emancipazione.

(28) Pronuncia del 10 maggio 2011, n. 10265, in *F. it.*, 2012, I, c. 822, con nota di G. DE MARZO; di C. SGOBBO, *L'esercizio della potestà sui figli naturali da parte dei genitori non conviventi*, in *G. it.*, 2012, p. 790 ss., nonché di M. SESTA, *L'esercizio della potestà sui figli naturali dopo la l. n. 54/2006: quale sorte per l'art. 317 bis cod. civ.?*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2011, p. 1206 ss.

(29) Trib. min. Bari, 17 novembre 2010, in *Fam. dir.*, 2011, p. 722 ss., con commento di I. TORRE, *Cessazione della convivenza nella famiglia di fatto: esercizio della potestà e affidamento condiviso*; Trib. dei minorenni di Milano, decr. 7 febbraio 2012, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, p. 736 ss., con commento adesivo di G. MANSI, *L'art. 317 bis cod. civ. resta il referente normativo primario per l'esercizio della potestà sui figli naturali* e di M. SESTA, *Per l'esercizio comune della potestà dei genitori naturali occorre la convivenza*, in *Fam. e d.*, 2012, p. 609 ss. Contrari alla tacita abrogazione dell'art. 317 bis, E. LA ROSA, *Esercizio della potestà*, sub art. 317 bis c.c., in *Comm. Gabrielli, Della famiglia*, artt. 177-342 ter, a cura di Balestra, II, Torino 2010, p. 874 ss.; M. SESTA, *L'esercizio della potestà sui figli naturali dopo la l. n. 54/2006: quale sorte per l'art. 317 bis cod. civ.?*, cit., p. 1206 ss.; ID. e M. BALDINI, *La potestà dei genitori*, in ID. e ARCERI (a cura di), *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Torino 2012, p. 136; G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, p. 690, la quale, con riferimento all'esercizio della potestà sui figli naturali di genitori che non hanno mai convissuto, nega che l'applicazione della regola della bigenitorialità possa costituire il risultato di una scelta del legislatore, essendo necessaria una valutazione caso per caso, rispettosa delle differenze tra le fattispecie nelle quali il bambino convive, sin dalla nascita, con entrambi i genitori (senza che rilevi se siano sposati) da quelle nelle quali il minore vive soltanto con un genitore. " In questi ultimi casi l'affidamento condiviso non può costituire la "prima scelta". Il genitore dovrà, per così dire, entrare in punta di piedi nella vita del figlio, sperando di essere accettato. Né potrà vantare un pari potere decisionale in forza del diritto alla bigenitorialità che la legge gli riconosce. Quando manchi l'accordo tra i genitori, il giudice dovrà regolare in concreto l'esercizio della potestà tenendo conto dell'interesse di ciascun bambino ".

(30) Sul tema, sia pure in diversa prospettiva, L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, cit., p. 215, nonché V. D'ANTONIO, *La potestà dei genitori ed i diritti e i doveri del figlio dopo l'unificazione dello status filiationis*, consultabile sul sito www.comparazionedirittocivile.it e M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e d.*, 2013, p. 238.

(31) Sulla positiva incidenza di tale rapporto sullo sviluppo della personalità del minore cfr., già prima della riforma, M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, cit., p. 117 ss.

(32) Il previgente art. 317, comma 2°, c.c., invece, così disponeva: " se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi *qualora siano conviventi* ".

(33) Alle predette modifiche si aggiungono quelle in tema di legittimazione passiva alla dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità naturale (art. 276 c.c.). È agevole ricordare che l'art. 276 c.c., nella sua versione originaria, consentiva, in ipotesi di morte del genitore, la proposizione della domanda giudiziale di paternità o di maternità naturale unicamente nei confronti degli eredi del genitore. Su tali basi, la giurisprudenza (cfr. Cass., sez. un., 3 novembre 2005, n. 21287, in *G. it.*, 2006, I, p. 54 e, nella stessa direzione, Trib. Milano, 22 giugno 2009, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 108 ss., con nota di A. BULDINI, *La legittimazione passiva alla dichiarazione giudiziale di paternità dopo la morte del presunto genitore*) negava la possibilità di individuare negli eredi degli eredi i destinatari della domanda, in aggiunta agli eredi legittimi o testamentari [sul tema, E. CARBONE, sub art. 276, in L. BALESTRA (a cura di), *Della famiglia*, artt. 177-342 ter, cit., p. 620 s.]. Chiamata a pronunciarsi sulla conformità dell'art. 276 c.c. agli artt. 3 e 24 cost. - nella parte ove non prevedeva, allorché fosse premorto sia il preteso genitore sia i suoi eredi, la possibilità di agire per

l'accertamento della paternità o maternità naturale in contraddittorio con un curatore speciale oppure con gli eredi dei defunti eredi diretti del preteso genitore - la Consulta (con sentenza del 29 ottobre 2009, n. 278, in *G. cost.*, 2009, p. 3887; cfr. sul tema, prima ancora, Corte cost., 20 marzo 2009, n. 80, in *Fam. e d.*, 2009, p. 545 ss. e, precedentemente, Corte cost., 21 dicembre 2007, n. 450, in *G. cost.*, 2008, p. 4879 ss.) ha dichiarato la questione inammissibile, precisando che un'eventuale pronuncia additiva rientrerebbe nella discrezionalità del legislatore, unicamente al quale spetterebbe " indicare quale legittimato passivo della domanda di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, in caso di premorienza del genitore e dei suoi eredi, un curatore speciale, ovvero [...] individuare i legittimati negli eredi degli eredi del preteso genitore ". Si conforma a tale posizione il legislatore della riforma, il quale ha superato i limiti derivanti dal tenore letterale del previgente articolo 276 c.c. aggiungendo nella sua novellata formulazione che, in mancanza di genitore e di eredi, l'azione può essere proposta " nei confronti di un curatore nominato dal giudice davanti al quale il giudizio deve essere promosso ".

(34) Tale Capo - in virtù dell'art. 7, comma 5°, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154 - si sostituisce all'originaria Sezione III del Capo I del Titolo VII del Libro I del codice civile.

(35) Secondo la giurisprudenza, l'intervento, nel processo di disconoscimento, del presunto padre è inammissibile in quanto portatore di un mero interesse di fatto: cfr. Cass., 8 febbraio 2012, n. 1784, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1033 ss., sulla quale v. A. FRASSINETTI, *Giudizio di disconoscimento della paternità e difetto di legittimazione a intervenire dal preteso padre naturale (e dei suoi eredi)*, in *Fam. e d.*, 2012, p. 876 ss. e Cass., 12 marzo 2012, n. 3934, in *Rep. F. it.*, 2012, voce *Filiazione*, n. 47.

(36) Il terzo comma dell'articolo 243 *bis*, in maniera del tutto identica al precedente art. 235, comma 2°, c.c., sancisce che " la sola dichiarazione della madre non esclude la paternità ".

(37) In tale direzione già Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1367 ss., con nota di V. CARBONE, *Basta la prova del dna e non più dell'adulterio per disconoscere la paternità*, la quale, nel disattendere l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva l'esame ematologico e genetico, *ex art.* 235 comma 1°, n. 3, c.c., soltanto previa dimostrazione dell'adulterio della moglie, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1°, n. 3, c.c., là dove subordinava l'esame delle prove tecniche, dalle quali risultavano caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie.

(38) Con particolare attenzione al *favor veritatis* nell'esercizio dell'azione di disconoscimento, R. PANE, " Favor veritatis " *ed azione di disconoscimento di paternità*, in P. PERLINGIERI, *Rapporti personali nella famiglia*, cit., p. 125 ss. Più in generale, sulle implicazioni del *favor veritatis*, F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e favor veritatis*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, p. 712 ss.

(39) In *Foro it.*, 2001, I, c. 1116 ss.

(40) Con sentenza del 6 maggio 1984, n. 134, in *Corr. giur.*, 1985, p. 783 ss., con nota di V. CARBONE, Il padre può disconoscere il figlio da quando sa che non è suo (cfr., inoltre, A. AMATUCCI, *Disconoscimento per adulterio: effetti della sentenza additiva della Corte costituzionale*, in *F. it.*, 1985, I, c. 2532 ss. e A. DE CUPIS, *Adulterio e decorrenza dell'azione di disconoscimento della paternità*, in *G. it.*, 1985, I, p. 1153 ss.), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 24, comma 1°, cost., dell'art. 244, comma 2°, c.c., nella parte ove non disponeva, per il caso previsto dal n. 3 dell'art. 235 c.c., che il termine per proporre l'azione di disconoscimento decorresse dal giorno in cui il marito fosse venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie.

(41) Invece, come sancito anche dalla precedente formulazione dell'art. 244, comma 2°, c.c., il termine decorre " dal giorno della nascita quando [il marito] si trovava al tempo di questa nel luogo in cui è nato il figlio ". Benché collocata in un contesto temporale antecedente alle riforme segnate dal decreto legislativo, Cass., 30 maggio 2013, n. 13638, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2472 ss., ha chiarito

che, in ipotesi di esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità per adulterio della moglie, il termine annuale di decadenza per la proposizione della domanda decorre, per il marito, dalla data di acquisizione della conoscenza dell'adulterio e non già da quella nella quale si raggiunge (ad esempio in séguito ad indagini ematologiche che escludono la paternità) la certezza negativa.

(42) Cfr. § 6.

(43) Sul punto, V. SANTARSIERE, *Le nuove norme sui figli nati fuori dal matrimonio. Superamento di alcuni aspetti discriminatori*, in *G. mer.*, 2013, p. 522 ss.; S. TROIANO, *Le innovazioni alla disciplina del riconoscimento del figlio naturale* (art. 250 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 2°, l. n. 219/12), in *AA.VV.*, *Riforma del diritto della filiazione*, cit., p. 451 ss. Sottolinea A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 262, che " sarebbe stato più opportuno sostituire le presunzioni basate sull'età con l'unica nozione di capacità di discernimento - da accertare caso per caso - e rendere obbligatoria - in ossequio alla giurisprudenza più recente della Cassazione - la motivazione del giudice in ordine al mancato accoglimento della volontà espressa dal minore la quale sottolinea l'opportunità di presunzioni basate non sull'età ma sull'effettiva e concreta capacità di discernimento ".

(44) Sì che, in luogo dell'originaria previsione, dettata dall'art. 250, comma 2°, c.c. - secondo la quale " il riconoscimento del figlio che ha compiuto i sedici anni non produce effetto senza il suo assenso " - il novellato comma 2° dell'art. 250 c.c. afferma che non produce effetto, senza il suo assenso, il riconoscimento del figlio " che ha compiuto i quattordici anni ".

(45) In particolare, secondo l'art. 250, comma 3°, c.c., " il riconoscimento del figlio che non ha compiuto i quattordici anni " - e non già sedici, come nella precedente formulazione - " non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento ". Prima della riforma, attribuisce rilievo all'interesse del minore infrasedicenne al riconoscimento della paternità naturale, in ipotesi di opposizione dell'altro genitore, Cass., 3 gennaio 2008, n. 4, in *Giust. civ.*, 2008, p. 1116 ss., secondo la quale tale interesse " è definito dal complesso dei diritti che a lui derivano dal riconoscimento stesso, e, in particolare, dal diritto all'identità personale nella sua precisa e integrale dimensione psicofisica ".

(46) Così G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione*, cit., p. 530.

(47) La norma è modificata dall'art. 1, comma 2°, lett. d, l. 10 dicembre 2012, n. 219. Riguardo alla disciplina antecedente, la Corte costituzionale (con le pronunce 11 marzo 2011, n. 83, in *F. it.*, 2011, I, c. 1289 ss. e 10 novembre 2011, n. 311, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4215 ss.) aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 250, comma 4°, c.c. - sollevata per violazione degli artt. 2, 3, 24, 30, 31 e 111 cost. - nella parte ove non prevedeva, per il figlio che non avesse ancora raggiunto i sedici anni di età, " adeguate forme di "tutela" dei suoi preminenti personalissimi diritti, nella specie di autonoma rappresentazione e difesa in giudizio, diritti costituzionalmente garantiti ". La questione è considerata non fondata dalla Consulta ben potendo il giudice *a quo* procedere ad un'interpretazione adeguatrice dell'art. 250 c.c., tale da individuare nel minore infrasedicenne coinvolto nella vicenda sostanziale e processuale che lo riguarda " un centro autonomo di imputazione giuridica, essendo implicati nel procedimento suoi rilevanti diritti e interessi, in primo luogo quello all'accertamento del rapporto genitoriale con tutte le implicazioni connesse ". Al minore, pertanto, va riconosciuta la qualità di parte nel giudizio di opposizione, *ex art.* 250, comma 4°, c.c. e, in ipotesi di conflitto di interessi, anche in via potenziale, il giudice è tenuto alla nomina di un curatore speciale (Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, cit.). Precisa che, nel giudizio di opposizione al secondo riconoscimento di figlio naturale (*ex art.* 250, comma 4°, c.c.), il minore di anni sedici deve necessariamente essere sentito Cass., 13 aprile 2012, n. 5884, in *Fam. ed.*, 2012, p. 653 ss., con commento di V. CARBONE, *Opposizione al riconoscimento di figlio naturale: il minore infrasedicenne non solo dev'essere sentito ma è parte del processo*.

(48) F. PROSPERI, sub art. 250 c.c., in *Codice annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, I, cit., p. 926 s.

(49) Decisione del 28 novembre 2002, n. 494, in *Fam. e d.*, 2003, p. 119 ss., con commento di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa* [sul tema, v. anche C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, comma 1, c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*, in *G. cost.*, 2002, p. 4068 ss.; G. DILORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso*, *ivi*, 2003, p. 446 ss.; G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, in *Famiglia*, 2003, p. 848 ss.; EAD., *I diritti negati dei figli incestuosi*, in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, cit., p. 222; R. QUADRI, *Filiazione naturale e diritto successorio*, in M. SESTA e V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni*, cit., p. 886 s.] la quale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1°, c.c., nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi ove, a norma dell'art. 251, comma 1°, del codice civile, il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato. Benché chiamata a pronunciarsi sia sull'art. 251 c.c. sia sull'art. 278 c.c., la Consulta circoscrive la sentenza di incostituzionalità all'art. 278 c.c., precisando che tale accoglimento " non coinvolge il parallelo divieto di riconoscimento nelle medesime ipotesi ".

(50) E " che fa giustizia di alcune (preconcette) interpretazioni del passato e, nel contempo, si fa carico di leggere, in modo più confacente a Costituzione, il rapporto tra famiglia (intesa come istituzione) ed i singoli membri che la compongono ": ampie riflessioni riguardo alla pronuncia n. 494/2002 della Corte costituzionale in S. PAGLIANTINI, *Principi costituzionali e sistema della filiazione*, cit., p. 570.

(51) Perplessità nei confronti della scelta del legislatore del 1942, che riconduceva le ipotesi dei figli incestuosi alla categoria dei figli irricognoscibili, sono manifestate da A.C. JEMOLO, *I figli incestuosi*, in questa *Rivista*, 1976, II, p. 564 (nella sua celebre rubrica " *Gli occhiali del giurista* "). Prima ancora, la filiazione incestuosa dovrebbe essere riconosciuta per F. SANTORO PASSARELLI, *La filiazione nel progetto di codice civile*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 463.

(52) F. PROSPERI, sub art. 250 c.c., in *Codice annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, I, cit., p. 937. Favorevole al riconoscimento, per il figlio naturale, del " diritto alla propria identità biologica e personale, anche se frutto di una relazione deprecabile tra i genitori ", V. CARBONE, *È costituzionalmente legittimo il divieto di riconoscere il figlio incestuoso?*, in *Fam. e d.*, 2002, pp. 474 ss. e spec. 479.

(53) M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012*, cit., p. 220.

(54) L'articolo, già modificato dalla legge delega, è ulteriormente novellato dall'art. 22, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, il quale ha sostituito al sintagma " tribunale per i minorenni " l'espressione più generica di " giudice ", al fine di riservare alle disposizioni di attuazione l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente. Riguardo all'età - se soltanto in ipotesi di minore ovvero anche per il maggiorenne - in presenza della quale l'autorizzazione del giudice si rivela necessaria, cfr. L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, cit., p. 206.

(55) Cfr. G. LISELLA, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia*, cit., p. 57 ss.; T. AULETTA, *Riconoscimento dei figli incestuosi* (art. 251 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 3°, l. n. 219/12), in AA.VV., *Riforma del diritto della filiazione*, cit., p. 475 ss.; G. PALAZZOLO, *Riconoscimento dell'incesto e induzione al reato nel nuovo art. 251 c.c.: sulla perdurante importanza dell'azione di mantenimento ex art. 279 c.c.e dei diritti alimentari e successori dei figli incestuosi*, in *Corti salernitane*, 2013, p. 62 ss., nonché ID., *Riconoscimento dell'incesto e induzione al reato*, in

R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Atti del Convegno di Assisi 24-25 maggio 2013, Perugia-Roma-México 2013, p. 219 ss.

(56) In luogo dell'assegno, il figlio ha diritto alla capitalizzazione in denaro ovvero, a scelta degli eredi legittimi, in beni ereditari (art. 580 c.c.). Dubbi sulla conformità a Costituzione di tale disciplina in U. MAJELLO, *Intervento*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del I Convegno di Venezia del 30 aprile-1° maggio 1967, Padova 1967, p. 188; D. DE ROBERTIS SCAPINELLI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di filiazione naturale: lineamenti e spunti critici*, in *R. trim.*, 1976, p. 344; C. MIRAGLIA, *Riconoscibilità dei figli incestuosi e tutela della personalità umana*, in P. PERLINGIERI, *Rapporti personali nella famiglia*, cit., p. 206 e A. AMBANELLI, *La filiazione non riconoscibile*, in *Il diritto di famiglia*, III, *Famiglia e adozione*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, 2ª ed., cit., p. 236. In opposta direzione, esclude l'incostituzionalità della norma, rinvenendo nella peculiare condizione dei figli incestuosi la ragione del diverso trattamento, R. SCOGNAMIGLIO, sub art. 580 c.c., in *Comm. alla riforma del diritto di famiglia Carraro-Oppo-Trabucchi*, t. 1, II, Padova 1977, p. 859 s.

(57) L'art. 71, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, ha abrogato la norma (art. 537, comma 3°, c.c.) che consentiva ai figli legittimi il diritto di commutazione. Per un'analisi dei profili successori, M. PARADISO, *Status di filiazione e diritti successori nella riforma* e R.D. COGLIANDRO, *Diritti successori e commutazione*, entrambi in R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., rispettivamente pp. 239 ss. e 261 ss., nonché A.P. DI FLUMERI, *Nuovi scenari e prospettive del diritto successorio alla luce della riforma della filiazione*, in R. PANE, *Nuove frontiere della filiazione*, cit., p. 159 ss. e F. DELFINI, *Riforma della filiazione e diritto successorio*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 545 ss.

(58) In tale direzione, L. CARRARO, sub art. 594, in *Comm. alla riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 871 s.

(59) In passato, per un'applicazione non limitata soltanto ai figli che non possono proporre l'azione di stato, G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. Rescigno*, 5, t. 1, 2ª ed., Torino 1997, p. 480. Secondo L. MENGONI, *Delle successioni legittime*, sub artt. 565-586, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1985, p. 75, il riferimento dell'art. 580 c.c. ai figli non riconoscibili "non ha un valore privativo nei confronti dei figli riconoscibili, ma soltanto un valore incrementativo: significa, cioè, che questi figli (non riconosciuti) non sono più, in nessun caso, ridotti al semplice assegno vitalizio, essendo loro consentito, senza più alcun limite, di provare la filiazione anche con una domanda di accertamento di stato". In favore dell'estensione della normativa dettata dagli artt. 279, 580 e 594 ai figli riconoscibili e dichiarabili, ma privi di stato, G. MARINARO, *I diritti dei figli privi di stato*, Napoli 1991, pp. 14 ss., 50 ss. e 58 ss. (sul quale v. G. LISELLA, "I diritti dei figli privi di stato": a proposito di un recente contributo, in *Rass. d. civ.*, 1993, p. 356 ss.). Sul tema cfr., inoltre, G. MARINARO, *Ámbito di operatività della normativa di cui agli articoli 580 e 594 c.c., in tema di assegno successorio*, in *Rass. d. civ.*, 1981, p. 428 ss. La categoria dei figli naturali non riconoscibili aventi diritto all'assegno successorio non coincide con quella dei figli incestuosi per G.W. ROMAGNO, *La successione dei figli privi di stato alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 2003, II, p. 575 ss.

(60) Il tema è discusso da M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., p. 238 s., secondo il quale gli articoli 580 c.c. e 594 c.c. conservano piena validità, risultando applicabili a talune fattispecie di figli non riconoscibili ancora rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 279 c.c.

(61) In tale direzione V. BARBA, *Le successioni mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali"*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 665 s., secondo il quale le ipotesi nelle quali l'autorizzazione al riconoscimento è negata dal giudice legittima la vigenza nel nostro ordinamento di uno "statuto successorio dei figli non

riconoscibili ". Pertanto, in tali fattispecie, le norme dettate dagli artt. 580 e 594 c.c. " non possono] essere toccate e il disegno di legge in parola, pur comprimendo, nei fatti, ancora assai significativamente, l'area della loro applicazione, non può dirsi che ne tolga il diritto a rimanere in vigore. Non vacilla, dunque, l'orizzonte di domande e problemi sollevati dalle predette regole, pur nella consapevolezza della residualità del caso ".

(62) Così anche V. BARBA, *o.c.*, p. 666. Del pari, reputa inaccettabile la posizione di chi preclude il ricorso all'assegno vitalizio al figlio che volontariamente non abbia agito per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale, A. CIATTI, in ID. (a cura di), *Fam. e min.*, cit., p. 272 s. Ulteriori approfondimenti in M. DOSSETTI, in V. CUFFARO e F. DELFINI, *Dellesuccessioni. Artt. 565-712*, 2, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2010, p. 70 ss.

(63) M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012*, cit., p. 206. In favore della piena eguaglianza tra figli cfr., prima della riforma (e con esplicito riferimento a Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Nuova g. civ. comm.*, 1998, I, p. 678 ss., con nota di G. FERRANDO, *Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali, assegnazione della casa familiare*), Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394 - in *Notariato*, 2006, p. 11 ss.; in *Corr. giur.*, 2005, p. 1675 ss., con nota di V. CARBONE, *Anche il genitore affidatario di figli naturali può trascrivere il titolo di assegnazione della casa familiare* - secondo la quale " la condizione dei figli deve essere considerata come unica, a prescindere dalla qualificazione del loro status, e non può incontrare differenziazioni legate alle circostanze della nascita: ciò perché il "principio di responsabilità genitoriale" di cui all'art. 30 della Costituzione rappresenta il fondamento di "quell'insieme di regole, che costituiscono l'essenza del rapporto di filiazione e si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole" [...], regole che debbono trovare uniforme applicazione indipendentemente dalla natura, giuridica o di fatto, del vincolo che lega i genitori. Conseguentemente, "il matrimonio non costituisce più elemento di discriminare nei rapporti fra genitori e figli - legittimi e naturali riconosciuti - identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri" ".

(64) L'art. 263 c.c. è sostituito dall'art. 28 del decreto legislativo n. 154 del 2013. La riforma (sulla quale v. R. ROSETTI, *Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità*, in AA.VV., *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali*, cit., p. 46 ss.) non ha inciso sul problema affrontato nel testo, essendo rimasto immutato il comma 1°, secondo il quale " il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse ". Tra le innovazioni apportate dalla novella alla norma in questione si registrano: l'eliminazione della disposizione che consentiva il riconoscimento anche dopo la legittimazione; la precisazione secondo la quale l'imprescrittibilità dell'azione opera esclusivamente riguardo al figlio; la possibilità per i soggetti legittimati (diversi dall'autore) di impugnare il riconoscimento entro il termine di cinque anni dall'annotazione sull'atto di nascita; la previsione del termine, a decorrere dalla medesima circostanza, di un anno quale lasso temporale entro il quale è consentito all'autore di procedere all'impugnazione del riconoscimento. Riguardo a tale ultimo profilo, la Consulta - chiamata a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione della predetta norma, nella parte ove, prima della riforma, ometteva di sottoporre ad un termine annuale di decadenza il diritto del genitore di esperire l'azione di impugnazione per difetto di veridicità - aveva dichiarato la questione inammissibile, affermando che è compito del legislatore procedere all'indicazione delle modalità e dei termini per sollevare l'azione prevista dall'art. 263 c.c.: Corte cost., 12 gennaio 2012, n. 7, in *Giur. cost.*, 2012, p. 45 ss.

(65) Cass., 24 maggio 1991, n. 5886, in *F. it.*, 1992, I, c. 449 ss.

(66) Cass., 16 luglio 1956, n. 2721, in *Rep. F. it.*, 1956, voce *Filiazione*, n. 93.

(67) Cass., 24 maggio 1991, n. 5886, cit.

(68) Cfr. Cass., 16 luglio 1956, n. 2721, cit., secondo la quale " la legge, per i motivi di ordine pubblico che prevalgono nelle questioni di stato, consente che l'autore del riconoscimento provi di aver mentito " nel rendere la falsa dichiarazione. Si ispira al " principio di ordine superiore che ogni falsa apparenza di stato deve cadere " Corte cost., 18 aprile 1991, n. 158, in *G. cost.*, 1991, p. 1373, la quale considera non fondata - in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 cost. - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., nella parte ove non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta soltanto quando sia reputata dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso. Significativamente la pronuncia afferma che, " mentre a fondamento della legittimazione all'impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità del riconosciuto o del terzo sono individuabili posizioni di interesse personale, sia morale sia patrimoniale, nella legittimazione dell'autore del mendacio può residuare soltanto l'interesse disinteressato alla verità, mero pentimento per la falsità dichiarata ". In analoga direzione, Corte cost., 22 aprile 1997, n. 112, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1764 ss. e Trib. Genova, 26 aprile 2012, consultabile sulla banca dati *Pluris online*.

(69) Trib. Roma, 5 ottobre 2012, in *Rass. d. civ.*, 2013, p. 926 ss., con commento di P. VIRGADAMO, Falso e consapevole " riconoscimento " del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l'assunzione della responsabilità genitoriale? Per un'interpretazione non formalistica dell'atto privato; Trib. Roma, 17 ottobre 2012, in *Corr. giur.*, 2013, p. 343 ss., con commento di F. FESTI, Riconoscimento consapevolmente non veritiero di figlio nato fuori dal matrimonio e ripensamento; M.G. STANZIONE, Interesse del minore e verità biologica nel riconoscimento di compiacenza, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, p. 349 ss.; S. CHERTI, " Io non ti conosco, io non so chi sei... ": note sull'impugnazione per difetto di veridicità, in *G. it.*, 2013, p. 849 ss.; F. FAROLFI, Riconoscimento per compiacenza e legittimità dell'impugnazione, in *Fam. e d.*, 2013, p. 911 ss. e L. ATTADEMO, Mala fede nel riconoscimento del figlio naturale e possibilità di impugnazione ex art. 263 c.c., in *Corr. merito*, 2013, p. 155 ss. Cfr., inoltre, Trib. Napoli, 11 aprile 2013, in *F. it.*, 2013, c. 2040 ss. e Trib. Napoli, 28 aprile 2000, in *G. napoletana*, 2000, p. 277 ss. Con particolare attenzione alla giurisprudenza del Tribunale e della Corte d'appello di Napoli, M.R. SCOTTI, Status personae e impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità, in *Foro nap.*, 2014, p. 107 ss.

(70) Trib. Roma, 17 ottobre 2012, cit.

(71) Per l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa (art. 4, comma 3°, l. 19 febbraio 2004, n. 40) cfr. Corte cost., 9 aprile 2014 (ad oggi in attesa di pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*).

(72) Per un'efficace sintesi delle diverse ricostruzioni, P. VIRGADAMO, *o.c.*, p. 932 ss.

(73) L'impugnativa non può essere proposta dall'autore del riconoscimento, se non provando la sua buona fede, per F.D. BUSNELLI, *La disciplina dei vizi del volere nella confessione e nel riconoscimento dei figli naturali*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1959, p. 1263 s., secondo il quale tale ricostruzione è compatibile con il rilievo generale che assume la buona fede nel diritto di famiglia e, più in particolare, nell'art. 263 c.c., nel quale " può riscontrarsi appunto una delle applicazioni più significative ed appropriate di quel principio ". Replica a tale ricostruzione A. D'ANTONIO, *Filiazione naturale (1950-1969)*, in questa *Rivista*, 1961, II, p. 369 s., secondo il quale la ragione giustificatrice dell'impugnativa per difetto di veridicità si rinviene nella necessaria corrispondenza tra realtà giuridica e realtà di fatto, sì da non poter condizionare la preminenza di siffatto interesse allo stato soggettivo dell'autore del riconoscimento. Inoltre, riguardo al rilievo generale della buona fede, si precisa che " questa affermazione potrebbe essere accettata solo nel caso in cui la buona fede dovesse operare a favore del soggetto, non contro; nel senso cioè di escludere una limitazione, non d'imporla " [ID., *o.c.*, p. 370].

(74) Esclude che, ai fini dell'impugnazione del riconoscimento, rilevino gli stati soggettivi dell'autore E. CARBONE, sub art. 263, in L. BALESTRA, *Della famiglia, artt. 177-342* ter, cit., p. 586 s.

- (75) G. SAVI, L'impugnazione dello status filiationis per difetto di veridicità da parte dell'autore del riconoscimento in mala fede, in *G. it.*, 2013, pp. 1552 e 1549 s.
- (76) F. FESTI, Riconoscimento consapevolmente non veritiero, cit., pp. 349 ss. e 351.
- (77) Sul rilievo del diritto alla verità, a fondamento dell'art. 263 c.c., G. BONILINI, *Disconoscimento della paternità e dies a quo della decadenza dalla relativa azione*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 410 s.
- (78) " Non vi può essere conflitto tra *"favor veritatis"* e *"favor minoris"*, ove si consideri che l'autenticità del rapporto di filiazione costituisce l'essenza stessa dell'interesse del minore, quale inviolabile diritto alla sua identità ": Cass., 15 aprile 2005, n. 7924, in *Fam. e d.*, 2005, p. 436 ss.
- (79) Il riconoscimento in mala fede integra - secondo U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, sub artt. 250-290, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2^a ed., Bologna-Roma, 1982, p. 136 s. - un delitto contro la fede pubblica, ex art. 495 c.p. (" Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri "). In tale direzione, Cass. pen., 28 giugno 1994, n. 8996, in *R. pen.*, 1995, p. 1195 ss., la quale, dopo aver escluso che, in ipotesi di riconoscimento di figlio naturale, il pubblico ufficiale che riceve la dichiarazione possa rispondere del reato previsto dall'art. 479 c.p., stante l'assenza della sua attestazione circa la veridicità della dichiarazione, precisa che " commette, invece, il reato di cui all'art. 495 c.p. colui che dichiara falsamente al pubblico ufficiale la propria qualità di padre e l'altrui qualità di figlio, in relazione al riconoscimento di paternità compiuto ". Si discute se tale condotta integri un'ipotesi di alterazione di stato, ex art. 567, comma 2°, c.p.: il problema è accennato da U. MAJELLO, *o.c.*, p. 137, nota n. 10. Lo esclude Corte cost., 10 novembre 1989, n. 500, in *G. cost.*, 1989, I, p. 2332 ss., la quale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 567, comma 2°, c.p., sollevata con riferimento agli artt. 3 e 30, comma 2°, cost., nella parte ove non prevede che il falso riconoscimento di figlio naturale successivo alla formazione dell'atto di nascita possa essere ricompreso nell'ipotesi di alterazione di stato, piuttosto che in quella stabilita dall'art. 495 c.p. per il reato di falsa dichiarazione a pubblico ufficiale sull'identità o qualità di altri. Per una sintesi riguardo alle diverse fattispecie penali configurabili, M. DI NARDO, *Venire contra factum proprium: applicabilità del principio in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità*, nota a Trib. Civitavecchia, 19 dicembre 2008, in *G. mer.*, 2010, p. 1250 ss.
- (80) Il tema è affrontato, ampiamente, da A. RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 3 ss. (cfr., inoltre, ID., *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, in *Fam. e d.*, 2004, p. 510 ss.) e da M. MANTOVANI, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello Stato civile*, cit., p. 323 ss. In passato, perplessità erano manifestate già da F. SANTORO PASSARELLI, *La filiazione naturale nel progetto di codice civile*, cit., p. 443 s. Più in generale, A. RENDA, *Equiparazione o unificazione degli status filiationis? Proposte per una riforma del sistema di accertamento della filiazione*, in questa Rivista, 2008, II, p. 103 ss.; G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, in *La filiazione verso un unico status*, Atti del Convegno di Como 23-24 giugno 2006, 2/2006, p. 11 ss., consultabile sul sito www.aiaf.avvocati.it. Sul punto cfr., inoltre, M. PORCELLI, *Spunti per una riforma del sistema di accertamento della filiazione*, in *R. g. Mol. Sannio*, 2012, p. 403 ss., nonché EAD., *Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli*, in *Dir. fam.*, 2013, p. 654 ss.
- (81) Secondo tale norma, " la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata ".
- (82) Sul tema A. PALAZZO, *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in questa Rivista, 2006, p. 152 e M. DOSSETTI *L'accertamento della filiazione legittima tra automatismo e principio volontaristico*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, II, Milano 2002, p. 817 ss. " Naturalmente è assurdo pensare che questa differenza " - presupponendo un

accertamento " "automatico" " per la filiazione nata nell'ambito del matrimonio; rispondente invece al principio " "volontaristico" ", per quella fuori dal matrimonio - " possa essere eliminata con riguardo all'accertamento della paternità [...]. Viceversa una unificazione dei criteri legislativi è tutt'altro che assurda con riguardo all'accertamento dell'identità della madre. Tale unificazione potrebbe attuarsi [...] con l'estensione del criterio dell'accertamento automatico anche alla madre naturale, e cioè con l'accoglimento del principio *mater semper certa est* ": G. CATTANEO, Della filiazione legittima, sub artt. 231-249, in Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 10. Sull'estraneità al quadro dei principi costituzionali del principio volontaristico a base dell'accertamento della maternità, A. RENDA, L'accertamento della maternità, cit., p. 256 s. (corsivo originale), secondo il quale " se è vero che la madre che non riconosce il figlio pone in essere una scelta che determina una situazione conflittuale con il principio di solidarietà sociale, è altrettanto vero che è l'ordinamento, nel predisporre una disciplina facoltizzante nei riguardi della maternità, a dar luogo ad un'inadeguata realizzazione del principio costituzionale di responsabilità e, correlativamente, del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 cost., che meriterebbe di essere corretta attraverso l'adozione di un sistema di accertamento idoneo a garantire l'assunzione della responsabilità materna non intermediata da un atto di volontà " (corsivo originale).

(83) M. MANTOVANI, *o.c.*, p. 328.

(84) M. MANTOVANI, *o.l.u.c.*, nonché EAD., Il primato della maternità nell'accertamento dello status di figlio, in Liber Amicorum per Dieter Henrich, I, Torino 2012, p. 138 ss.

(85) Per una sintesi dei diversi orientamenti riguardo al controverso problema se la facoltà di non essere nominata spetti anche alla madre coniugata di figlio nato fuori del matrimonio, cfr. A. ZACCARIA, M. FACCIOLI, R. OMODEISALÈ e M. TESCARO, *Commentario all'ordinamento dello stato civile. Aggiornato alla legge 10 dicembre 2012, n. 219 (in materia di riconoscimento dei figli naturali)*, Santarcangelo di Romagna 2013, p. 185 ss.

(86) Cfr. M. MANTOVANI, *o.c.*, pp. 329 e 332. Di recente, la Corte costituzionale - con sentenza del 23 febbraio 2012, n. 31, in *F. it.*, 2012, I, c. 1992 (sulla quale v. MAR. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *G. cost.*, 2012, p. 377; D. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*, in *Fam. ed.*, 2012, p. 544 ss.) - ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p., nella parte ove prevede che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, *ex art. 567*, comma 2°, c.p., debba conseguire automaticamente la perdita della potestà genitoriale, precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore.

(87) Sentenza Godelli c. Italia, pubblicata in Nuova g. civ. comm., 2013, p. 103 ss., con commento di J. LONG, La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata; sul tema cfr. V. CARBONE, Corte Edu: conflitto tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, in *Corr. giur.*, 2013, p. 940 ss.; G. CURRÒ, Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di temperamento, in *Fam. e d.*, 2013, p. 544 ss.; P.G. GOSSO, Davvero incostituzionali le norme che tutelano il segreto del parto in anonimato?, *ivi*, p. 822 ss. (il quale, dopo alcuni rilievi critici alla sentenza, richiama l'attenzione sull'esigenza di rispettare il diritto della madre alla tutela della propria vita privata, evitando intrusioni finalizzate ad indagare su scelte personali fatte in contesti affettivi e personali di particolare gravità) e, prima ancora, ID., L'adottato alla ricerca delle proprie origini. Spunti di riflessione, *ivi*, 2011, p. 204 ss.

(88) Secondo l'art. 177, comma 2°, d.lgs. 30 giugno 2003, 196, " il comma 7° dell'articolo 28 della l. 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: "L'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1°, del decreto del Presidente della

Repubblica 3 novembre 2000, n. 396" ". Sulla complessità di tale disciplina e sui numerosi interessi coinvolti, R. PANE, *Favor veritatis e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini nella recente riforma delle adozioni*, in *Rass. d. civ.*, 2003, p. 240 ss.; G. LISELLA, *Ragioni dei genitori adottivi, esigenze di anonimato dei procreatori e accesso alle informazioni sulle origini biologiche dell'adottato nell'esegesi del nuovo testo dell'art. 28 l. 4 maggio 1983, n. 184*, in *Rass. d. civ.*, 2004, p. 413 ss.; M. PETRONE, *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Milano, 2004; L. LENTI, *Adozione e segreti*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2004, p. 241 ss.; L. BALESTRA, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini fra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici*, in *Famiglia*, 2006, p. 161 ss.

(89) In *Fam. e d.*, 2014, p. 11 ss., con commento di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato ed adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, il quale auspica una riforma legislativa in grado di bilanciare il diritto all'anonimato sia con la responsabilità per il fatto della procreazione sia con i diritti del figlio. Sul tema, incisivamente, M.R. MARELLA, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *G. it.*, 2001, p. 1768 ss. Precedentemente, la Consulta (con sentenza del 25 novembre 2005, n. 425, in *Famiglia*, 2006, p. 161 ss., con nota di L. BALESTRA, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici*; di L. CARLETTI, *Informazioni sulle proprie origini: legittimo il divieto ove la madre abbia dichiarato di non voler essere nominata*, in *Dir. fam.*, 2006, p. 884 ss. e di F. ERAMO, *Il diritto all'anonimato della madre partorienti*, in *Fam. e d.*, 2006, p. 130 ss. Sul rapporto con i precedenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione*, Bologna 2007, p. 285 s., nonché, per un'analisi del problema nel contesto europeo, E. BOLONDI, *Il diritto della partorienti all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2009, p. 281 ss.) ha dichiarato la questione infondata, atteso che la norma impugnata è considerata " espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda ". Cfr., inoltre, le ordinanze di inammissibilità e di restituzione degli atti al giudice remittente: Corte cost., 22 giugno 2004, n. 184, in *G. cost.*, 2004, p. 1868 ss. e Corte cost., 16 luglio 2002, n. 350, *ivi*, 2002, p. 2636 ss.

(90) Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, *cit.*

(91) S. PAGLIANTINI, *Principi e sistema della filiazione*, *cit.*, p. 555, con particolare attenzione al divieto, *ex art. 9, comma 4°*, r.d.lg. 8 maggio 1927, n. 798, per gli istituti assistenziali, di rivelare ai minori non riconosciuti e ospitati i risultati delle indagini condotti sulla maternità e alla pronuncia (Corte cost., 15 luglio 1975, n. 207, in *F. it.*, 1975, I, c. 2677 ss.) di infondatezza della questione di legittimità costituzionale di tale norma.

(92) S. PAGLIANTINI, *o.l.u.c.*

(93) M. MANTOVANI, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello Stato civile*, *cit.*, p. 331. Cfr., inoltre, G. FERRANDO, *La filiazione: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Fam. e d.*, 2008, p. 643 s. (nonché EAD., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova 1999, p. 153) secondo la quale, tuttavia, l'obbligo di rispettare la volontà della madre all'anonimato non vincolerebbe il marito, il quale potrebbe comunque denunciare il figlio come legittimo, consentendogli di acquisire il relativo status anche nei confronti della madre. Del pari, esclude l'obbligo per il marito di rispettare la volontà della moglie di non essere nominata M. DOSSETTI, *L'accertamento della filiazione legittima tra automatismo e principio volontaristico*, *cit.*, p. 835 (v., inoltre, EAD., *Sull'accertamento dello status del figlio nato in costanza di matrimonio*, in *Fam. e d.*, 2007, p. 84 ss.). Rilievi critici a tale posizione sono espressi da A. RENDA, *L'accertamento della maternità*, *cit.*, p.149, nota n. 78.

(94) La prospettiva sistematica ed assiologica e l'attuazione del principio di solidarietà, nell'interpretazione dell'art. 30, comma 1°, d.p.r. n. 396/2000, è valorizzata da A. RENDA, *op. cit.*, pp. 131 ss. e 139 s.

ATTUALITÀ DEL REGIME LEGALE

di Giacomo Oberto

c.c. art. 177

L. 20-05-2016, n. 76, Art. 1.

Ha senso interrogarsi oggi sull'attualità del regime legale dei rapporti patrimoniali tra coniugi? I dati di cui dispone l'interprete appaiono contraddittori: da un lato, infatti, la comunione ex artt. 177 ss. c.c. è stata estesa, nel 2016, sic et simpliciter all'unione civile e, pur se per via convenzionale, all'unione di fatto; dall'altro, i dati statistici ci confermano che l'opzione delle coppie coniugate per il regime di separazione dei beni è ormai ampiamente maggioritaria. Lo studio si propone di presentare una panoramica dei recenti "segnali" emessi dal nostro legislatore verso la comunione legale, in pieno contrasto con la prassi oggi seguita dai cittadini italiani. La parte finale del lavoro è dedicata ad una rassegna dei vari suggerimenti (rivolti al legislatore, ma anche a giudici ed interpreti) che potrebbero indurre a riconsiderare l'opportunità per le nuove coppie di optare per un regime diretto a risolvere nel modo più equo l'annoso tema della possibile condivisione degli incrementi patrimoniali ottenuti nel corso di quel tratto di vita che si è deciso di percorrere assieme.

Sommario: Introduzione. La corrente disaffezione verso il regime legale - La comunione legale tra passato e presente. Clausola alsaziana (o ... messinese) e unione civile - La comunione legale tra passato e presente. Comunione legale e contratto di convivenza: le perniciose conseguenze d'un trapianto affrettato - Segue. Dies a quo e dies ad quem di operatività del regime di comunione tra conviventi - Segue. Sulla possibilità di prevedere in un contratto di convivenza regimi convenzionali di comunione ordinaria - Segue. Il regime comunitario (ordinario e convenzionale) dei beni dei conviventi di fatto nei rapporti con i terzi - Come salvare la comunione? Gli interventi sui meccanismi dell'istituto - Segue. La leva fiscale e il rilievo dell'informazione ai cittadini - Segue. Comunione legale e libertà negoziale

Introduzione. La corrente disaffezione verso il regime legale

Il titolo del presente studio meriterebbe forse l'aggiunta di un punto interrogativo. Alla luce dei dati statistici, che impietosamente testimoniano un clamoroso e forse irreversibile declino del regime di comunione legale, può legittimamente dubitarsi, infatti, che abbia ancora un senso chiedersi se l'istituto in oggetto abbia una sua attualità e, soprattutto, un futuro.

E dire che, al momento del varo della novella del 1975, tutti gli interpreti avevano salutato con favore l'introduzione della comunione quale regime patrimoniale legale delle famiglie italiane, esattamente qualificata come "la maggiore novità della riforma, sul piano dei rapporti patrimoniali"(1). Peraltro, ad alcuni decenni di distanza, la cattiva prova di sé che, nei fatti, il regime ex artt. 177 ss. c.c., così come concretamente attuato, aveva cominciato a fornire ha finito con il rispingere un numero vieppiù crescente di coniugi verso il "vecchio" sistema di separazione, trasformando la relativa opzione in sede di celebrazione delle nozze in una vera e propria "clausola di stile". Il regime legale, invero, ha ampiamente dimostrato di potersi tramutare, nel momento cruciale del suo scioglimento (specie se visto nella dinamica della crisi coniugale), in un groviglio inestricabile di lacci serrati attorno alla libertà d'azione di coniugi che si vorrebbero ormai reciprocamente svincolati, così offrendo più di un'occasione all'uno di esercitare verso l'altro pressioni, talora indebite e tali da allontanare ogni possibile prospettiva di definizione consensuale del contenzioso coniugale(2). Di conseguenza, il vertiginoso aumento del numero delle crisi coniugali cui abbiamo assistito nel corso di questi ultimi anni ha finito con il favorire il massiccio ricorso, da parte delle nuove coppie, al regime di separazione dei beni(3).

Il fenomeno - che è stato descritto in altra occasione come un vero e proprio uso dello strumento della convenzione matrimoniale in contemplation of divorce⁽⁴⁾ - appare strettamente legato anche ad alcune pervicaci rigidità giurisprudenziali (e non solo) sul versante, da un lato, degli accordi in vista della crisi coniugale⁽⁵⁾ e, dall'altro, sul tema della libertà negoziale dei coniugi in comunione: libertà che taluno vorrebbe ingabbiare in un sistema di vincoli tanto ingiustificati quanto inspiegabili, quando si sia in presenza del consenso di entrambi⁽⁶⁾, tanto più che da tempo il nostro ordinamento ha eliminato ogni possibile residuo di quelle antiche forme di incapacità un tempo gravanti su determinate persone fisiche (nella specie: le donne) per il sol fatto d'essere coniugate.

Si comprende dunque perché, dopo un iniziale accoglimento favorevole della comunione legale da parte delle coppie italiane, che, tanto per fare un esempio, avevano optato nel 1976 per il regime di separazione in misura inferiore all'1%⁽⁷⁾, anno dopo anno, è continuamente aumentata la quota di coloro che, al momento della celebrazione delle nozze, hanno scelto il regime separatista. In un primo momento, tale opzione cominciò ad essere effettuata, principalmente, dalle coppie in cui uno dei coniugi svolgeva attività imprenditoriale o una professione liberale (specie in considerazione dei rischi cui l'art. 189 cpv. c.c. espone il patrimonio comune, sia pure pro quota, avuto riguardo alle possibili azioni esecutive dei creditori personali)⁽⁸⁾, nonché dalle famiglie a reddito medio-alto⁽⁹⁾.

Ben presto, peraltro, il processo di disaffezione verso il regime legale è venuto ad interessare tutti gli strati sociali.

Risalgono già ai primi anni di applicazione della riforma i numerosi abbandoni del regime legale effettuati, per così dire, "in corso d'opera" dai coniugi che - consapevolmente o meno - avevano scelto la comunione all'atto della celebrazione delle nozze, o si erano comunque trovati sottoposti a tale regime per effetto delle disposizioni transitorie. Pur non esistendo statistiche al riguardo, non potrà non menzionarsi l'impressionante numero di decisioni relative alla questione della necessità o meno di autorizzazione giudiziale per siffatto mutamento di regime: problema, questo, poi risolto - come noto - dalla L. 10 aprile 1981, n. 142⁽¹⁰⁾.

Ma è sul versante delle nuove coppie che si deve registrare una vera e propria rivoluzione. Una rivoluzione che ha avuto luogo in tutto il Paese, sebbene con velocità assai diverse nelle sue parti. Essa è stata molto più rapida - almeno nei primi tempi - nelle regioni settentrionali che in quelle meridionali, tanto da suscitare negli esperti di sociologia "un senso di stupore e di incredulità"⁽¹¹⁾. Chi ha studiato la famiglia sa bene che la sua è in genere una storia di lentissimo svolgimento. Invece qui, dal 1976 al 1991, la quota degli sposi che scelgono la separazione dei beni è passata dall'1% al 40, al 50 o addirittura al 69%. Già nel 1995 risultava che nelle regioni dell'Italia settentrionale, la maggioranza delle nuove coppie preferivano la separazione dei beni; peraltro, in quelle meridionali gli sposi che si comportavano in tal modo non raggiungevano il 30%⁽¹²⁾, con il risultato che il dato complessivo a livello nazionale si attestava sul 55% a favore della comunione. Ma la tendenza negativa per il regime legale non ha fatto che accentuarsi negli anni successivi.

Ora, già i dati generali Istat relativi ai matrimoni celebrati in Italia nell'anno 2003⁽¹³⁾ suggellavano il definitivo "sorpasso" del regime di separazione dei beni rispetto alla comunione a livello di media nazionale complessiva, che vedeva - con riguardo alle coppie formatesi nell'anno di riferimento - il regime legale scendere al 44.7%, con punte che andavano da un minimo del 24,9% della Valle d'Aosta ad un massimo del 58,2% della Sardegna, rimanendo confermato che la comunione appariva costituire il regime maggioritario ormai solo nell'Italia meridionale ed insulare, laddove nel Nord-Ovest si attestava al 37,6%, nel Nord-Est al 40,6% e nel Centro al 34%. I dati relativi al 2007 sottolineavano un ulteriore, pesante, calo del regime legale al 38,66% di tutti i matrimoni celebrati in Italia in quell'anno, mostrando che la comunione era ormai divenuta - per quel periodo di riferimento - il regime minoritario in ciascuna delle "macro-regioni" della nostra Penisola, ivi comprese quelle del Sud e delle Isole⁽¹⁴⁾.

L'evoluzione successiva non ha fatto che confermare tale trend⁽¹⁵⁾.

Così, i dati ISTAT relativi al 2016 mostrano che in Italia la scelta delle nuove coppie per il regime di comunione è scesa abbondantemente al di sotto del terzo⁽¹⁶⁾, in un contesto generale nel quale talune regioni meridionali sembrano aver "scavalcato" quelle del nord.

A dispetto dell'opzione di politica legislativa compiuta nel 1975, può ben dirsi che il regime di separazione dei beni sia ormai divenuto, da tempo, nei fatti, il regime "normale" delle famiglie italiane, e il fenomeno non può trovare una sua spiegazione se non nella crescente consapevolezza, da parte di vasti strati della popolazione, del serio rischio che corre oggi la famiglia italiana di andare incontro (in molti casi assai presto) ad una crisi, e nel timore di dover venire un giorno a "fare i conti" con i complessi meccanismi giuridici legati allo scioglimento del regime legale.

Estremamente significativo al riguardo è il fatto che, come dimostrato dai citati dati statistici, l'incremento delle opzioni per il regime di separazione vada di pari passo, per aree geografiche, con quello dei tassi di "separazionalità" e "divorzialità" del nostro Paese⁽¹⁷⁾ ed è confermato dal raffronto con una realtà come quella della vicina Francia, dove il fenomeno della crisi coniugale è esploso ormai diversi decenni fa ed in cui il regime della *séparation de biens* è (pur in un sistema generale prevalentemente comunitario), tra i vari regimi convenzionali, maggioritario da almeno quarant'anni⁽¹⁸⁾.

Anche in Germania si rileva che il regime convenzionale della *Gütertrennung* "den Vorzug der rechtlichen Klarheit und Einfachheit hat", anche perché essa "vermeidet oft unerfreuliche Auseinandersetzungen beim Scheitern der Ehe und betont die Eigenverantwortlichkeit des Ehegatten"⁽¹⁹⁾, specie quando "ein Ehepartner ein großes Vermögen mit in die Ehe bringt", posto che in tal caso "Der schematisierte erbrechtliche Zugewinnausgleich wäre dann - insbesondere bei kurzer Ehedauer - zu hoch und die güterrechtliche Ausgleichsforderung könnte nach längerer Ehedauer manchen Betrieb in den Konkurs führen"⁽²⁰⁾. Tutto ciò, si badi, in un sistema che non ha eretto alcuna forma di contitolarità a regime legale (la *Zugewinnsgemeinschaft*, è, come noto, un regime sostanzialmente separatista, "mitigato" da una compartecipazione - a livello puramente obbligatorio - *de residuo*), e che da tempo ammette la possibilità di predeterminare, sin dal momento della celebrazione delle nozze, le conseguenze di un eventuale divorzio⁽²¹⁾. Allargando ancora ulteriormente il campo dell'indagine si può scoprire che la separazione dei beni è ancora il regime legale in diversi paesi del mondo e d'Europa e segnatamente in molti dei sistemi di *Common Law*, nei quali peraltro gli sbalorditivi (per lo meno ai nostri occhi) poteri concessi all'autorità giudiziaria in sede di regolamento dei rapporti di dare-avere al momento della crisi coniugale consentono un notevole *assouplissement* delle asprezze della regola rigidamente separatista⁽²²⁾.

La comunione legale tra passato e presente. Clausola alsaziana (o ... messinese) e unione civile

Una delle ragioni che astrattamente potrebbero forse spiegare l'insuccesso del regime di comunione legale in Italia attiene ad un difetto di radicamento dell'istituto nella nostra cultura sociale e giuridica. Non è questa la sede per ripercorrere i ricchi e complessi precedenti storici di tale regime⁽²³⁾. Basterà però ricordare, quanto meno a parziale smentita dell'idea appena citata, che in alcune zone del nostro Paese (e particolarmente in Sicilia e in Sardegna) la comunione costituì in effetti il regime legale per alcuni secoli, prima delle moderne codificazioni. E le soluzioni concrete adottate dalle prassi applicative delle consuetudini locali di quei luoghi dimostravano di essere in grado di portare a realizzazione interessi meritevoli di tutela, in maniera sovente assai più idonea del generale e "paludato" sistema dotale, rigidamente innestato, come noto, su un regime caratterizzato dalla più netta separazione dei patrimoni.

A titolo d'esempio, si potrà ancora una volta evocare la decisione resa nel 1612 dal Concistorium del Regno di Sicilia in applicazione delle consuetudini di Messina, ove per determinati tipi di matrimonio

(detti "alla latina") vigeva un regime di comunione universale legale. La sentenza confermò la validità della clausola del contratto matrimoniale che escludeva la comunione "casu (quod absit) di separatione di matrimonio, tanto senza figli come nati figli, e quelli morti in minori età, vel maggiori ab intestato", stabilendo altresì che, in tale ultima ipotesi, "detta sposa non possa disporre, nisi tantum di unzi trenta"(24). Qualcosa, tra l'altro, di molto simile a ciò che per secoli è avvenuto ed ancor oggi avviene Oltralpe con la c.d. "clausola alsaziana".

Tramite tale clause alsacienne, invero, le coppie che optano in Francia per il regime di comunione universale possono stabilire che, nell'ipotesi di scioglimento per divorzio, ognuno dei coniugi riprenderà gli apporti alla comunione(25) e il risultato conseguito è sicuramente commendevole(26). La clausola, già ritenuta conforme al sistema del Code civil(27), ha ricevuto un ulteriore avallo dalla riforma francese del 23 giugno 2006 (sulle successioni e liberalità), in vigore dal 1° gennaio 2007, che ha introdotto un terzo comma all'art. 265 del Code, a mente del quale "si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu' ils auront apportés à la communauté"(28).

Ma l'attualità del regime di comunione legale, a dispetto del fenomeno sociale di disaffezione cui ho fatto cenno sopra, sembrerebbe affermata di questi tempi da un paio di novità introdotte nel 2016 dalla riforma che porta comunemente il nome della senatrice Cirinnà.

La prima è contenuta nel comma tredicesimo dell'unico articolo di cui si compone la L. 20 maggio 2016, n. 76, che, tra l'altro, estende pari pari ai soggetti civilmente uniti la disciplina tutta di cui "alle sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile". Rientrano, pertanto, in siffatto rinvio, le disposizioni tutte in tema di comunione legale, ivi comprese quelle che, pur collocate al di fuori della sezione III, regolano pur sempre quell'istituto: cfr. ad es. l'art. 210 cpv. c.c. Anche le disposizioni pubblicitarie in tema di comunione e regimi patrimoniali in genere sono applicabili all'unione civile(29). Il tutto, ovviamente, ferma la premessa generale per cui il contenuto dell'art. 159 c.c. viene ritrasposto - con gli (in)opportuni(30) adattamenti linguistici - al campo dei rapporti patrimoniali tra civilmente uniti, ragion per cui anche per costoro la comunione può dirsi costituire il regime legale.

Una differenza, per la precisione, permane rispetto alla comunione legale inter coniuges.

Ci si intende qui riferire al profilo della cessazione del regime in caso di crisi del rapporto. Rinviamo a quanto ampiamente illustrato in altra sede, in merito alla mancata equiparazione alla separazione del divorzio (nel caso di c.d. "divorzio immediato" o "diretto"), per ciò che attiene all'anticipazione degli effetti della cessazione del regime, per via della modifica, operata nel 2015, dell'art. 191 c.c., per effetto della L. 6 maggio 2015, n. 55(31), dovrà rammentarsi che gli interpreti si sono divisi sul quesito circa l'applicabilità all'unione civile dell'istituto della separazione personale(32). Ora, comunque si intenda risolvere siffatto interrogativo, è in ogni caso chiaro che la pronunzia di separazione non costituisce sicuramente antecedente necessario del divorzio per i soggetti qui presi in considerazione. Ciò significa che i partners dell'unione civile in crisi potranno "andare" direttamente al divorzio, ai sensi dei commi 23 ss. dell'art. 1, L. n. 76/2016. Si deve poi tenere conto del fatto che il riformatore del 2015, in tema di "divorzio breve", non ha inteso attribuire rilievo, per uno scioglimento anticipato del regime, alle (rare in pratica, ma pur contemplate dalla legge) fattispecie di "divorzio immediato" tra coniugi (per lo più legate al compimento, da parte di uno di essi, di reati di particolare gravità), rifiutando l'estensione al divorzio non preceduto da separazione della regola oggi scolpita nel capoverso dell'art. 191 c.c. (per la sola separazione, per l'appunto). Nulla si è ritenuto di innovare sul punto anche in sede di riforma del 2016 sulle unioni civili. Non rimarrà, dunque, che concludere che le parti dell'unione civile per (loro dis)avventura sottoposte al regime legale, dovranno attendere, in caso di divorzio (in difetto, ovviamente, di autonoma e distinta causa rilevante ai sensi della norma citata: si pensi ad una convenzione notarile di scioglimento del regime), il passaggio in giudicato della relativa sentenza contenziosa(33), perché la comunione legale possa ritenersi a tutti gli effetti cessata(34).

Nessun rilievo a tal fine avrà, invece, il semplice esperimento della procedura di divorzio, nelle varie forme immaginabili⁽³⁵⁾, neppure in presenza di un'autorizzazione presidenziale a vivere separati, nell'ambito di una procedura di divorzio contenzioso⁽³⁶⁾. In tale ipotesi la domanda non potrà essere proposta che al tribunale, visto il generale rinvio all'art. 4, l. div. contenuto nel comma 25 della L. n. 76/2016⁽³⁷⁾. Nessuna delle procedure qui descritte potrà, di per sé, determinare sin dal suo inizio la cessazione del regime legale (tanto meno, dunque, il mero "preannuncio" di cui al comma 24), dovendosi invece attendere, in alternativa, la stipula dell'accordo di divorzio in seno a procedura di negoziazione assistita, ovvero dinanzi al sindaco, ovvero ancora il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio su domanda congiunta, oppure di quello contenzioso. Un'estensione analogica del contenuto dell'art. 191 c.c. sembra improponibile, anche alla luce del carattere tassativo delle ipotesi di cessazione del regime delineate dall'art. cit., affermato da una costante, quarantennale, giurisprudenza⁽³⁸⁾.

La comunione legale tra passato e presente. Comunione legale e contratto di convivenza: le perniciose conseguenze d'un trapianto affrettato

L'altro riferimento effettuato dalla riforma Cirinnà alla comunione legale è contenuto nel comma 53, nel quale si stabilisce che "53 (...) Il contratto può contenere: (...) c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile (...)".

La questione dell'applicabilità alle coppie conviventi more uxorio del regime di comunione legale è antica quanto il regime stesso⁽³⁹⁾ e un commento approfondito della disposizione appena citata ci porterebbe lontano dal filo conduttore d'un lavoro precipuamente incentrato sul tema dell'attualità del regime legale, per cui anche qui non resterà che fare rinvio alle più opportune sedi⁽⁴⁰⁾. Ciò che si può dire nel presente contesto è che, oltre a sollevare l'interrogativo⁽⁴¹⁾ circa la possibilità per i conviventi di dar vita a regimi e comunque ad accordi patrimoniali diversi da quello della comunione di cui agli artt. 177 ss. c.c., la norma pone svariati dubbi sulla sua concreta portata ed applicabilità.

Al riguardo è sfuggito al frettoloso riformatore che la comunione legale tra coniugi (così come ora tra i partners dell'unione civile) è un regime che, inter coniuges, va, come si dice, "per legge" ed opera non solo quando l'acquirente dichiara di esservi sottoposto, ma anche quando un qualsiasi acquisto rilevante ex art. 177, lett. a), c.c., sia effettuato, pure "separatamente", da uno dei due soggetti a tale regime sottoposti. Inoltre, il regime coniugale legale, richiamato sic et simpliciter dall'articolo appena citato, si colloca, come noto, all'interno di un (peraltro bislacco e criticatissimo) sistema di pubblicità "in negativo", risultante dal raffronto tra i registri di stato civile (non quelli anagrafici!) e i pubblici registri immobiliari, per cui, allorquando un qualsiasi soggetto vende o acquista beni immobili o mobili registrati, i terzi potenziali aventi causa dovrebbero essere in grado di sapere se quel trasferimento ha inciso su di una situazione di comunione legale, vuoi ex latere venditoris, vuoi ex latere emptoris; lo stesso è a dirsi, naturalmente, per i creditori, che sono trattati in modo assai differenziato, in relazione alla "categoria" cui appartengono (se, cioè creditori "della comunione" o creditori "personali"), a seconda che essi tentino di agire in executivis contro beni comuni o, viceversa, personali dei coniugi: cfr. artt. 186, 187, 188, 189 e 190 c.c.⁽⁴²⁾.

Nulla di tutto ciò appare immaginabile in relazione alla comunione di cui qui si discute, che è à la fois "legale", per effetto del rinvio espresso "alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile", ma anche (e soprattutto!) "convenzionale", perché nasce pur sempre da un accordo. A parte il gioco di parole, e l'apparente antinomia logica, sarà però opportuno ricordare, per evitare ogni equivoco, che comunque il "regime legale" (nel senso di "normale" e "automatico") dei conviventi, ancorché legati da apposito contratto di convivenza, è e resta pur sempre, come detto, la più totale assenza di qualsiasi regime. Il regime di comunione, che è legale (sempre nel senso di

"normale" e "automatico") per coniugi e partners dell'unione libera, entrerà in funzione per i conviventi solo a condizione che ciò sia stato espressamente pattuito nel contratto di convivenza redatto nei modi e nelle forme descritti (si fa per dire) dalla novella del 2016 (commi 50 ss.).

Ora, ciò che scandalizza l'interprete non è tanto la circostanza che un regime legale possa scaturire da una manifestazione negoziale: chi scrive ha già trattato dell'argomento in altra sede, con riguardo proprio ai casi di comunione (legale) tra coniugi nascente non ex lege, ma da apposita convenzione⁽⁴³⁾, con conclusioni che debbono ora trasparsi anche ai partners dell'unione civile.

Ciò che lascia sbigottiti, invece, è che non si siano minimamente affrontate, neppure a livello di mero abbozzo, le conseguenze dell'introduzione di un regime come quello di cui agli artt. 177 ss. c.c. nel campo delle relazioni tra conviventi. Qui, tanto per fermarsi alle lacune più vistose, va subito detto che, se non verrà istituito un adeguato sistema pubblicitario, il terzo non si troverà mai e poi mai in condizione di sapere se il bene rispetto al quale intende porsi quale avente causa o creditore agente in executivis sia di proprietà esclusiva del suo dante causa/debitore, ovvero in contitolarità con il (la) convivente. Inutile dire che, per le ragioni illustrate in altra sede⁽⁴⁴⁾, non può certo ritenersi idonea la prescrizione secondo cui il professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto "deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223" (comma 52).

Sul punto è intervenuta, come noto, la circolare 1° giugno 2016, n. 7/2016 del Ministero dell'Interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali - Direzione Centrale per i Servizi Demografici, prescrivendo la "registrazione" nelle schede individuali di residenza ed in quella di famiglia "della data e degli estremi della comunicazione da parte del professionista"⁽⁴⁵⁾. Ora, come già chiarito altrove⁽⁴⁶⁾, queste semplici(stiche) formalità non appaiono idonee, di per sé, a fornire adeguata pubblicità ai terzi circa l'eventuale esistenza di un regime di comunione inter partes, per non dire poi dell'assoluta inidoneità a consentire ai terzi, di comprendere quale sia l'esatta situazione del bene immobile o mobile registrato rispetto al quale essi si pongono (o intendono porsi) quali aventi causa o creditori (personali o, eventualmente, comuni) pignoranti. La situazione appare qui ancor più grave di quella ampiamente descritta in altre sedi⁽⁴⁷⁾ relativamente alla pubblicità dei regimi patrimoniali inter coniuges, posto che, nella presente fattispecie, il regime di cui agli artt. 177 ss. c.c. non discende ex lege dalla mera convivenza (certificata o meno che sia), né tanto meno dalla semplice stipula di un contratto (registrato o meno che sia), ma dal fatto che il contratto abbia per suo specifico oggetto (esclusivo o meno) la costituzione del regime comunitario. Da ciò deriva il dubbio più che legittimo sull'applicabilità, ad es., dell'art. 184, commi 1 e 2, c.c., al caso della vendita, senza il consenso del partner, di un bene immobile o mobile registrato acquistato dall'altro convivente senza menzione del regime comunitario. In assenza di (istituende) idonee formalità pubblicitarie presso gli uffici di anagrafe (o presso altri uffici), l'unico caso ad oggi astrattamente immaginabile di sicura opponibilità di tale situazione è infatti quello in cui il convivente eventualmente pretermesso all'atto dell'acquisto immobiliare o mobiliare (con riguardo ad un bene mobile registrato) abbia avuto l'accortezza di proporre domanda d'accertamento della ricaduta in comunione di tale acquisto e l'abbia tempestivamente trascritta sui pubblici registri immobiliari contro il proprio convivente⁽⁴⁸⁾.

In ogni caso, tuzioristicamente, appare indispensabile raccomandare ai notai l'accertamento della situazione personale delle parti che in atti risultino non coniugate (o non legate da unione civile), presso i registri anagrafici, al fine di verificare nella provenienza del bene che il dante causa non sia per caso legato a terzi da contratto di convivenza che preveda la comunione dei beni. In ogni caso il notaio dovrà comunque far risultare sulla nota il regime patrimoniale delle parti, secondo quanto disposto dall'art. 2659 c.c., a dispetto del fatto che la norma contenga l'inciso "se coniugate" (oggi riferibile anche alle parti dell'unione civile, secondo quanto disposto dal c. 19 della legge n. 76 del 2016, che la citata disposizione espressamente richiama), posto che la disposizione non può non ritenersi implicitamente richiamata per le convivenze di fatto dal rinvio operato dal comma 53, lett.

c all'istituto della comunione legale tra coniugi (da ciò, tra l'altro, sembra derivare l'inevitabilità della menzione, nell'atto stipulato da un celibe o da una nubile, del fatto che egli/ella non ha stipulato un contratto di convivenza che preveda un qualche regime patrimoniale).

Risulta dunque confermata la tesi della sostanziale inapplicabilità ai conviventi, pur nel caso di previsione negoziale del regime ex artt. 177 ss. c.c., del sistema di opponibilità ex lege proprio di quest'ultimo, valevole nei rapporti inter coniuges (e tra civilmente uniti).

L'unico caso, invero, astrattamente immaginabile di sicura opponibilità di tale situazione è semmai quello in cui il convivente eventualmente pretermesso all'atto dell'acquisto immobiliare o mobiliare (con riguardo ad un bene mobile registrato) abbia avuto l'accortezza di proporre domanda d'accertamento della ricaduta in comunione di tale acquisto e l'abbia tempestivamente trascritta sui pubblici registri immobiliari contro il proprio convivente (che, a questo punto, sarà piuttosto da ritenere ex tale...), in base alle comuni regole pubblicitarie relative domande giudiziali.

Segue. Dies a quo e dies ad quem di operatività del regime di comunione tra conviventi

Dubbi di una certa serietà investono poi l'identificazione dei due momenti più rilevanti per il regime patrimoniale comunitario, allorquando si trovi ad operare nel contesto di un contratto di convivenza: vale a dire quelli che ne marcano, rispettivamente, l'insorgere e la cessazione.

Quando inizia il regime?

Nel campo matrimoniale la risposta a questa domanda appare relativamente semplice, atteso che il dies a quo di operatività della comunione legale è identificabile, in assenza di opzione per un regime diverso, con quello di celebrazione delle nozze; nel caso di scelta del regime di separazione, la comunione entra in gioco a decorrere dal successivo momento dell'eventuale stipula della relativa convenzione.

Il vero problema è, semmai, legato al fatto che tra conviventi, a differenza di ciò che accade nel caso della coppia coniugata, fa difetto un negozio personale formale, solenne e provvisto di data certa quale il matrimonio (o, per le coppie omosessuali, la stipula dell'unione civile), la convivenza di fatto essendo definita dalla stessa L. n. 76/2016 (cfr. il comma 36) alla stregua della situazione di "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile".

Ora, l'unico elemento che sia qui fornito di una data certa è costituito, per l'appunto, dal contratto di convivenza (o dalla sua "modifica", necessitante delle stesse forme). Del resto, come già detto, la novella è chiara nel legare la comunione al contratto di convivenza e non alla convivenza. Dovrà quindi concludersi che il regime eventualmente "previsto" sarà operativo a decorrere dalla stipula del contratto di convivenza. L'interrogativo che sorge spontaneo, però, a questo punto, è se la concorde volontà dei paciscenti possa determinare un dies a quo diverso, legato o ad un termine iniziale, o ad una condizione sospensiva. Qui, da un lato, l'ampia facoltà di modifica "in qualunque momento nel corso della convivenza", prevista dal testo normativo, e dall'altro l'evidente irrifiribilità della condicio iuris di cui alla regola si nuptiae sequantur, sembrerebbero convincere dell'ammissibilità di un accordo di tal genere. Non si dimentichi, del resto, che l'opinione prevalente, storicamente fondata ed assolutamente preferibile (oltre che evidentemente armoniosa rispetto alla concezione contrattuale) in materia di convenzioni matrimoniali, consente l'apposizione di termini e condizioni a queste ultime. Non si comprenderebbe, pertanto, perché mai analoga regola non dovrebbe valere per i contratti di convivenza.

L'unico dubbio sembrerebbe però suggerito dall'improvvida disposizione di cui al comma 56, a mente della quale "Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, questi si hanno per non apposti". Si sono peraltro già espresse, in altra sede, le ragioni⁽⁴⁹⁾ che consigliano di limitare l'operatività della regola ai soli elementi accidentali eventualmente apposti al contratto nel suo complesso e non già a singole

clausole di esso. Sembra dunque doversi affermare la possibilità di far decorrere il regime di comunione a partire da un termine iniziale o dall'avverarsi di una condizione sospensiva eventualmente previsti nel contratto di convivenza.

Venendo ora al tema dell'accertamento del dies ad quem di operatività del regime va detto che, anche con riguardo a questo delicato profilo, le norme in commento tacciono del tutto. Inutile ricordare la capitale importanza dell'accertamento di questo momento, a decorrere dal quale l'effetto coacquisitivo scolpito nell'art. 177, lett. a), c.c., per gli acquisti operati dopo tale data, viene meno.

Neppure soccorre più di tanto, in questa sede, il richiamo alle norme in tema di comunione legale tra coniugi. L'art. 191 c.c. individua⁽⁵⁰⁾, come noto, inter coniuges, gli eventi idonei a determinare lo scioglimento del regime legale, alcuni dei quali possono considerarsi riferibili anche ai conviventi: dichiarazione di assenza o di morte presunta, separazione giudiziale dei beni, mutamento convenzionale di regime, fallimento, scioglimento convenzionale di azienda ai sensi dell'ult. cpv. dell'art. 191 c.c.

Peraltro, l'evento più rilevante dal punto di vista statistico, vale a dire la crisi del rapporto di convivenza, non viene preso in considerazione nei suoi effetti sul regime, laddove ben difficilmente sembra prospettabile un'estensione analogica delle disposizioni di cui al citato art. 191 c.c. in materia di crisi coniugale. Queste ultime, infatti, appaiono strettamente legate ad una "ritualizzazione" (annullamento del matrimonio, separazione e divorzio, nelle rispettive variegate forme di manifestazione procedurale: giurisdizionali o meno che siano), cui la crisi della famiglia di fatto rimane, per effetto della novella del 2016, del tutto estranea.

Le uniche norme della L. n. 76/2016 latamente riferibili al caso in esame sembrano essere costituite da quelle di cui ai commi 59, 60 e 61⁽⁵¹⁾.

Poiché, peraltro, le disposizioni in esame appaiono carenti in ordine alla cessazione del regime di comunione, non rimarrà che concludere nel senso che il dies ad quem del regime di comunione tra conviventi va identificato nei momenti seguenti.

(a) In caso di scioglimento del contratto di convivenza concordato o unilaterale: nel momento in cui "la risoluzione viene redatta nelle forme di cui al comma 51". Inutile soggiungere che, con riguardo allo specifico problema dell'eventuale riconciliazione, per la coppia (dapprima non più e poi di nuovo) convivente non varrà il principio dottrinale e giurisprudenziale di automatica ricostituzione del regime legale⁽⁵²⁾, essendo il dato normativo piuttosto chiaro nel collegare la nascita (e dunque, pure l'eventuale rinascita) della comunione tra conviventi alla (necessaria) stipula di un contratto.

(b) In caso di matrimonio o unione civile tra i conviventi stessi o tra un convivente ed altra persona: nel momento in cui tali eventi hanno luogo. Qui potrà aggiungersi che quanto disposto dai commi 62 e 63⁽⁵³⁾ non sembra rilevare ai fini dello scioglimento del regime, trattandosi di attività meramente complementare e successiva.

(c) Per le altre cause descritte dall'art. 191 c.c. varranno le regole elaborate con riguardo ad ogni singola causa di scioglimento della comunione legale; così, ad es., in caso di morte di uno dei contraenti, l'effetto estintivo si produrrà dal momento in cui tale evento ha luogo, e così via⁽⁵⁴⁾.

Appare quasi superfluo aggiungere che la parte aggiunta al comma 60 dal "maxiemendamento" presentato al Senato il 25 febbraio 2016 non risulta di alcuna utilità. Stabilire, infatti, che "Qualora il contratto di convivenza preveda, a norma del comma 53, lettera c), il regime patrimoniale della comunione dei beni, la sua risoluzione determina lo scioglimento della comunione medesima e si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile" significa esprimere un'ovvietà addirittura deprimente (è come dire che "se si verifica una causa di scioglimento del regime legale, si applicano le norme in tema di scioglimento del regime legale"). Stabilire, poi, che "Resta in ogni caso ferma la competenza del notaio per gli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari comunque discendenti dal contratto di

convivenza" significa stabilire una cosa gravemente errata, posto che nel nostro ordinamento risulta ancora vigente l'art. 1350 c.c., che non impone - purtroppo, come più volte spiegato dallo scrivente⁽⁵⁵⁾ - l'atto notarile per la validità di un trasferimento immobiliare⁽⁵⁶⁾. Se, invece, l'intento è solo quello di chiarire che quella dell'atto pubblico continua ad essere (unitamente alla scrittura privata autenticata o verificata) l'unica forma idonea alla trascrizione di un titolo negoziale sui pubblici registri immobiliari ex art. 2657 c.c., si afferma allora un principio risaputo.

Segue. Sulla possibilità di prevedere in un contratto di convivenza regimi convenzionali di comunione ordinaria

Al di là di quanto così grossolanamente disposto dai commi 53 e 54 della L. n. 76/2016, in base al principio di libertà contrattuale che certamente governa i contratti di convivenza, le parti potranno dar vita a situazioni di contitolarità del genere di quelle preconizzate già diversi anni or sono dallo scrivente⁽⁵⁷⁾. Si potrà ricordare al riguardo che, pur non sussistendo in linea di principio nel nostro ordinamento ragioni per ritenere vietata una riproduzione per via negoziale di quello che nella famiglia legittima è il regime legale⁽⁵⁸⁾, l'effetto (in assenza del richiamo di cui alla novella qui in commento alla comunione legale, ma, come si è visto, con seri problemi anche nel caso di espresso riferimento a tale eventualità) non potrebbe comunque mai essere quello di un'applicazione dell'istituto della comunione coniugale nella sua interezza. Invero, è evidente che, per il principio della privity of contract (art. 1372 c.c.), non potrebbero comunque mai essere imitati gli effetti "esterni" tipici della comunione, che pure di tale regime costituiscono uno dei punti più qualificanti. Si pensi, in particolare, all'opponibilità ex lege della proprietà comune ex art. 177, lett. a), c.c. anche in difetto di trascrizione dell'acquisto in favore di entrambi⁽⁵⁹⁾, con il connesso rimedio dell'annullabilità degli atti di disposizione relativi ai beni immobili o mobili registrati compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro, ai sensi dell'art. 184, commi 1 e 2, c.c.⁽⁶⁰⁾. Gioverà dunque ribadire - a scanso d'equivoci - che ciò che si può prevedere è, invece, un regime di comunione (ordinaria) in relazione a tutti (o eventualmente ad alcuni) i beni da acquistarsi durante la convivenza, anche da parte di uno solo dei conviventi. L'effetto potrebbe essere conseguito mediante la pattuizione di una versione contrattuale dell'"acquisto automatico" di cui all'art. 177, lett. a), c.c. e, dunque, di un effetto reale di trasferimento di una quota ideale dei diritti acquisiti⁽⁶¹⁾ che si dovrebbe verificare automaticamente all'atto stesso del perfezionamento di ogni negozio acquisitivo da parte di uno dei partners. Un'altra possibilità sarebbe costituita da un impegno di natura meramente obbligatoria a trasferire la titolarità di una quota del diritto acquistato, con un meccanismo analogo a quello di cui all'art. 1706 c.c.⁽⁶²⁾. Nessuna obiezione sembra sollevabile circa la determinabilità dell'oggetto di un simile contratto. È infatti noto che tale requisito può ritenersi soddisfatto anche quando, una volta individuati nel titolo gli elementi necessari e sufficienti per compiere la determinazione, quest'ultima avvenga sulla base di eventi esteriori, quali comportamenti o dichiarazioni delle stesse parti o di terzi: basti pensare alla nota teoria giurisprudenziale della "determinabilità ex post"⁽⁶³⁾. L'impostazione sembra del resto ricevere un conforto legislativo dalla disciplina normativa della cessione dei crediti d'impresa, che ammette, per l'appunto, tale cessione "anche prima che siano stipulati i contratti dai quali [i crediti stessi] sorgeranno" (cfr. art. 3, L. 21 febbraio 1991, n. 52 "Disciplina della cessione dei crediti di impresa"). A tale proposito, al fine di prevenire liti future, sarà opportuno identificare con estrema precisione tanto il dies a quo che quello ad quem per l'operatività dell'effetto acquisitivo (per l'individuazione di quest'ultimo si potrebbe, per esempio, richiedere l'invio di una lettera raccomandata). Alla luce delle precisazioni di cui sopra, già fornite da tempo da parte di chi scrive⁽⁶⁴⁾, appaiono piuttosto sorprendenti le critiche di chi⁽⁶⁵⁾, in relazione all'ipotesi del ritrasferimento automatico, rispolvera l'argomento dell'intrascrivibilità del mandato: rilievo, questo, del tutto influente nella specie, proprio perché, come chi scrive si è sforzato (inutilmente, verrebbe da dire) di spiegare, il "regime" tra conviventi è comunque una situazione puramente interna. A prescindere, poi, dal fatto che non sembra metodologicamente corretto far derivare dalla disciplina pubblicitaria (che rappresenta, semmai, un posterius)

conseguenze sul piano dell'esistenza degli istituti giuridici "sostanziali". Quanto all'asserita indeterminatezza dell'oggetto⁽⁶⁶⁾, si è anche qui (altrettanto inutilmente) cercato di spiegare, da tempo, che non di (asserita) determinatezza si tratta, bensì di (comprovata) determinabilità ex post, esattamente come per decenni ha fatto la giurisprudenza di legittimità per la fideiussione omnibus, secondo una ratio decidendi condivisa poi, come si è dimostrato, dallo stesso legislatore. Quanto sopra, sempre a scanso di equivoci, lo si ribadisce in relazione al caso in cui i conviventi, vuoi per difetto dei presupposti di legge (si pensi ad es. al caso in cui i due siano legati da rapporti di parentela), vuoi per qualunque altra scelta, decidano di non avvalersi della possibilità concessa loro dalla novella di effettuare un puro e semplice richiamo alla normativa in tema di comunione legale tra coniugi (e partners dell'unione civile), ma intendano creare tra gli stessi un regime comunitario "sfruttando" il generale principio di libertà contrattuale che pure a loro l'art. 1322 c.c. certamente concede. Venendo ora al profilo della determinazione dell'entità delle quote, viene a porsi un problema in relazione alla possibilità di stabilire una forma di comunione che veda i conviventi coacquistare in misura diversa dal 50% per ciascuno di essi. Prima della riforma del 2016 lo scrivente aveva più volte preso posizione sul punto in senso affermativo, non sussistendo alcuna disposizione in senso contrario e discendendo la soluzione positiva dalla considerazione del principio di piena libertà contrattuale. Oggi qualche dubbio potrebbe nascere dal fatto che le norme qui in commento operano un richiamo "in blocco" a quella "sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile" in cui è contenuto l'art. 194 c.c. Norma, quest'ultima, che contiene proprio uno dei due principi da cui si desume la regola della parità delle quote inter coniuges. Sarà però il caso di osservare che, a ben vedere, la vera disposizione che sancisce l'inderogabilità del principio di parità delle quote è quella di cui all'art. 210 c.c.⁽⁶⁷⁾: norma, questa, che la riforma qui in commento non richiama.

Non solo. Il contesto in cui ci muoviamo è, come più volte detto, quello della negozialità, in relazione al quale non può non operare il principio generale consacrato dall'art. 1322 c.c. A maggior ragione ciò varrà se i conviventi dovessero disegnare i contorni di una comunione ordinaria di fonte convenzionale, come qui indicato da chi scrive. Peraltro, proprio per le ragioni appena addotte, la stessa conclusione va con forza ribadita anche nell'ipotesi in cui gli stessi volessero richiamare in tutto e per tutto le disposizioni di cui alla "sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile", come previsto dal comma 53, lett. c), cit., divergendo solo sul punto parità delle quote da quanto disposto dall'art. 194 c.c. Fatte salve le peculiari considerazioni appena esposte, derivanti dal mancato rinvio all'art. 210, comma 3, c.c., potranno per il resto richiamarsi qui tutte le considerazioni svolte in altra sede a commento dei principi che, in relazione alla coppia coniugale in regime di comunione, contribuiscono a comprendere estensioni e limiti dell'autonomia negoziale⁽⁶⁸⁾.

Le considerazioni di cui sopra non sembrano ricevere convincente smentita da uno studio ufficiale, approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato nel 2018⁽⁶⁹⁾. Il documento in questione, vero e proprio atto di sfiducia verso la "forza del contratto" nel campo dei rapporti tra i conviventi, emesso (ed è ciò che lascia più sbigottiti) dalla rappresentanza ufficiale di una categoria professionale che, invece, del contratto e dell'autonomia negoziale endofamiliare dovrebbe fare i propri cavalli di battaglia, pare incentrato sull'idea secondo cui "comunione eleggibile dai conviventi" sarebbe "soltanto quella legale, non potendosi adottare un regime di comunione 'convenzionale'".

Ma, a ben vedere, e a tacer d'altro, appare veramente difficile negare la piena operatività del principio di libertà contrattuale in relazione ad un istituto che, non per nulla, viene chiamato dal legislatore "contratto di convivenza", con conseguente, inevitabile, applicazione dell'art. 1322 c.c. Conclusione, questa rafforzata, in primo luogo, dall'argomento specialmente desumibile dal fatto che il comma 53 della L. n. 76/2016 utilizza il verbo "potere" in relazione ai descritti contenuti del contratto di convivenza, chiaramente lasciando ad intendere che l'elenco (a dire il vero piuttosto striminzito...) ivi contenuto ha carattere meramente esemplificativo e, in secondo luogo, dalla constatazione per

cui, se il successivo comma 54 riconosce ai conviventi la possibilità di mutare il regime, esso implica inevitabilmente la possibilità di optare sin ab initio per regimi di tipo diverso da quello ex artt. 177 ss. c.c. e dunque anche per una comunione "ridotta" o "accresciuta" rispetto a quest'ultima.

Per non dire, poi, del fatto che lo stesso studio dichiara la comunione inter concubinaris, testualmente, "accessibile solo a quelle coppie "di fatto" (ma in realtà "di diritto") che, sulla base dei requisiti legali, abbiano registrato la loro convivenza, assoggettandola alla legge speciale; abbiano stipulato un contratto di convivenza ai sensi della legge stessa; abbiano in esso optato espressamente per la comunione dei beni; abbiano realizzato la pubblicità dichiarativa prevista dalla legge", così legando l'insorgenza del regime predetto alla (ritenuta necessaria) realizzazione di una pubblicità che, pur se (giustamente) definita come "dichiarativa", finirebbe però, nella prospettiva qui criticata, con il divenire costitutiva, in quanto indicata come elemento imprescindibile perché la coppia possa, per l'appunto, "accedere" al regime comunitario.

Segue. Il regime comunitario (ordinario e convenzionale) dei beni dei conviventi di fatto nei rapporti con i terzi

Come più volte anticipato, il limite principale dell'istituto che si è tentato di delineare è costituito dai rapporti con i terzi. Invero, l'opponibilità a questi ultimi della comproprietà sui beni acquistati nel corso della convivenza non potrebbe essere riprodotta nemmeno mediante il ricorso al meccanismo della trascrizione del contratto di convivenza. Tale contratto, tanto nella sua versione a effetti reali differiti, che in quella a effetti meramente obbligatori, non potrebbe certo operare all'atto della sua conclusione il trasferimento di alcun diritto reale immobiliare, ma si configurerebbe come una sorta di mero "accordo programmatico".

Conseguentemente, non soltanto si esulerebbe dalle ipotesi per le quali l'istituto della trascrizione è (tassativamente) previsto, ma verrebbe anche a mancare quella specifica indicazione dei singoli beni oggetto dell'atto, che, sola, può rendere tecnicamente sottoponibile il negozio a pubblicità (cfr. artt. 2659, n. 4, c.c., 2665 c.c.)(70). L'unico rimedio di natura reale competente al partner "pretermessso" sarebbe allora quello della proposizione contro l'altro di un'azione di rivendica (nel caso di effetto reale differito), ovvero di una domanda ex art. 2932 c.c. (nel caso di semplice obbligo a trasferire) con immediata trascrizione dell'atto di citazione, ai sensi e per gli effetti, rispettivamente, degli artt. 2653, n. 1, c.c. o 2652, n. 2, c.c.(71). Quel fenomeno tipico del regime comunitario tra coniugi rappresentato dall'indisponibilità della quota, se non con il consenso di entrambi(72), potrebbe essere conseguito mediante un vincolo pattizio di inalienabilità sulle rispettive porzioni dei beni acquistati, vincolo la cui previsione, in considerazione dei particolari rapporti esistenti tra le parti, potrebbe ritenersi determinata da un interesse "apprezzabile" ex art. 1379 c.c. Proprio per via di questa norma, però, esso andrebbe contenuto entro convenienti limiti di tempo, né potrebbe essere opposto ai terzi, nemmeno mediante il meccanismo della trascrizione(73). L'unico rimedio prevedibile in sede di stipula del contratto di convivenza sembra dunque costituito da una penale a vantaggio del convivente "pretermessso", che sarebbe così liberato dall'onere di fornire la dimostrazione (per il vero tutt'altro che agevole) di aver subito un danno per effetto della alienazione della sola quota di comproprietà del partner.

Per quanto concerne l'amministrazione dei beni in comunione l'art. 1100 c.c. lascia alle parti la massima discrezionalità, espressamente enunciando il carattere dispositivo delle norme di cui al capo I del titolo VII: potranno quindi fissarsi a piacimento regole sull'amministrazione straordinaria ovvero ordinaria prevedendo la congiuntività o disgiuntività delle stesse, così come enucleando singoli atti in relazione ai quali venga imposto l'agire congiunto piuttosto che disgiunto(74). Sarà appena il caso di aggiungere che un eventuale patto di indivisione sarà soggetto alle disposizioni di cui all'art. 1111 cpv. c.c., mentre i rimedi da applicarsi in caso di "blocco" nell'amministrazione o di

decisioni pregiudizievoli per le cose comuni saranno quelli ex artt. 1105 c.c. e 1109 c.c. e non già quelli di cui agli artt. 181, 182 e 183 c.c. Relativamente allo scioglimento della comunione convenzionale ordinaria tra conviventi occorrerà fare richiamo innanzitutto alla necessità - già illustrata in altra sede⁽⁷⁵⁾ - di legare il dies ad quem a un evento ben preciso, quale, per esempio, l'invio di una lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Si potrà poi ricordare che è stata suggerita la redazione di una lista dei beni mobili apportati da ciascuno dei conviventi, sottoscritta da entrambi, che avrebbe carattere di negozio ricognitivo e servirebbe, in caso di rottura, a risolvere possibili conflitti relativi alla rivendica di singoli beni⁽⁷⁶⁾, in tal modo supplendo alla mancanza tra conviventi di una regola analoga a quella di cui all'art. 219 c.c. Peraltro l'utilità della redazione di tale checklist appare assai dubbia, essendo controversa, come noto, l'estensibilità dell'effetto di cui all'art. 1988 c.c. (astrazione processuale) ai rapporti di carattere reale⁽⁷⁷⁾. Si potrebbe allora consigliare di specificare accanto a ognuno dei singoli beni il rispettivo titolo d'acquisto: la sottoscrizione apposta dal partner assumerebbe così valore confessorio non solo in ordine alla proprietà (ed è noto che sotto questo profilo la dichiarazione sarebbe irrilevante, risolvendosi in un giudizio), ma anche sulle vicende (e dunque su meri fatti) che giustificano l'acquisto singolarmente in capo a ciascuno dei conviventi. In ogni caso potrebbe anche essere utile convenire una presunzione (iuris tantum) di comproprietà di determinati beni⁽⁷⁸⁾ (per esempio, tutti i mobili che si troveranno nell'immobile destinato a residenza comune al momento della cessazione del rapporto), che non sembra, almeno come tale, porsi in contrasto con l'art. 2698 c.c.

Come salvare la comunione? Gli interventi sui meccanismi dell'istituto

Il presente studio si è, fin qui, concentrato, da un lato, sul fenomeno sociale della disaffezione mostrata dalle famiglie italiane verso il regime legale e, dall'altro, sui (sovente goffi e maldestri) tentativi del legislatore di "rianimare" un istituto nei fatti ormai esangue, evidenziando la necessità di una robusta attività di "sostegno" da parte degli interpreti, al fine di perseguire il risultato di smussare le eccessive asperità conseguenti ad un uso smodato dell'accetta su materie in cui si sarebbe dovuto invece, con mano tremante, lavorare di cesello... "La séparation de biens est un régime de méfiance réciproque", osservava oltre un secolo fa un Autore francese⁽⁷⁹⁾. L'esplosione numerica delle scelte per il regime di separazione sottolinea dunque la sfiducia con la quale oggi si guarda sempre più spesso al vincolo coniugale? Lasciamo la risposta alla sociologia, limitandoci ad osservare che quanto sin qui sembra evidenziare il fatto che oggi la priorità non sembra più tanto costituita⁽⁸⁰⁾ dalla necessità di incentivare il ricorso alla comunione coniugale, quanto piuttosto quella di salvare il regime legale da una fine rovinosa e (per molti profili ingiustamente) ingloriosa. Se è vero, infatti, che la comunione legale "istituto estraneo alla nostra tradizione giuridica, non si è inserita adeguatamente nel nostro ordinamento"⁽⁸¹⁾, è altrettanto vero che la medesima rischia di essere esposta ad un imponente fenomeno di rigetto da parte del corpo sociale, se il legislatore non saprà correre ai ripari.

Nessun Autore italiano potrebbe seriamente dire, come invece è dato leggere ancora oggi in Francia, che la (nostra) comunione "séduit"⁽⁸²⁾, o che essa si caratterizza per regole di funzionamento "très performantes, polies par des siècles de réflexion, qui allient subtilement association des époux et respect de l'indépendance de chacun d'entre eux"⁽⁸³⁾. Nessun organo ufficiale del Belpaese potrebbe credibilmente cantare, in relazione al nostro regime legale, le lodi di cui la Zugewinnngemeinschaft viene gratificata in Germania, nella relazione ministeriale d'accompagnamento al progetto di riforma del sistema del Zugewinnausgleich, in vigore dal 1° settembre 2009⁽⁸⁴⁾.

Ma per tentare un salvataggio dell'istituto occorre, in primo luogo, cercare di prendere consapevolezza delle cause di questo suo fallimento: bisogna cercare di capire, in altre parole, che

cosa "non va". Senza alcuna pretesa di completezza, potrà tentarsi di enucleare al riguardo un cahier de doléances nei termini seguenti.

(a) Il primo intervento che lo scrivente raccomandava nella monografia pubblicata nel 2010 sulla comunione legale, era quello avente ad oggetto l'inserimento, tra le cause di scioglimento del regime, della proposizione della domanda di separazione personale (così come di quella di divorzio, se non preceduto da separazione legale, o di annullamento del matrimonio), o, quanto meno, dell'autorizzazione da parte del presidente a vivere separati, al fine di evitare le gravissime situazioni determinate dal perdurare del regime legale nel periodo di più acuti contrasti e tensioni tra i coniugi. La proposta è stata accolta, anche se tardivamente e in maniera incompleta⁽⁸⁵⁾. Rimane comunque ineludibile la necessità di intervenire, almeno in parte, sui punti seguenti.

(b) Particolarmente urgente è la necessità di eliminare le persistenti ambiguità in tema di comunione de residuo, con particolare riguardo alla tutela del coniuge non titolare, manente comunione, dei relativi beni, mercé l'introduzione per via legislativa del principio secondo cui per l'interessato è sufficiente la dimostrazione dell'acquisizione, da parte dell'altro coniuge, dei cespiti ex artt. 177, lett. b) e c), nonché 178 c.c., gravando invece su quest'ultimo l'onere di dimostrare l'intervenuta consumazione, nonché l'esatta individuazione degli atti di consumazione (da non confondere, come illustrato in altra sede⁽⁸⁶⁾, con la semplice "sparizione") dei beni medesimi⁽⁸⁷⁾. In modo ancora più radicale, ci si potrebbe chiedere se non sia addirittura il caso di "convertire" le ipotesi in esame in altrettante situazioni di comunione immediata, così eliminando una figura "ibrida", quale la comunione residuale, che si giustifica (sulla base, anche, delle esperienze straniere) solo in quanto costituente un regime patrimoniale "a sé" (vuoi legale, vuoi convenzionale), ma che, ove inserita nell'ambito di un generale regime legale di comunione immediata viene porre una distonia difficilmente comprensibile ed integrabile nel disegno complessivo.

(c) Sarebbe poi necessaria un'opera di chiarificazione legislativa di alcune delle principali questioni che affaticano gli interpreti in merito all'individuazione dell'oggetto della comunione⁽⁸⁸⁾: dagli acquisti a titolo originario, ai diritti di credito, alle partecipazioni societarie, agli investimenti in titoli, ecc., procedendo ad una revisione della formula usata dal legislatore nell'art. 177 c.c., ritenuta insufficiente per dar soluzione alle ipotesi nelle quali la disciplina della comunione tra coniugi viene in conflitto con le norme che regolano l'appartenenza o la circolazione dei diritti su determinati beni in ragione della natura del bene considerato o del modo d'acquisto⁽⁸⁹⁾.

(d) Ancora, occorrerebbe pervenire ad un chiarimento sul tema dei rapporti tra comunione, azienda coniugale, impresa coniugale ed impresa familiare, ciò che forse potrebbe indurre almeno determinate categorie di imprenditori a non optare sistematicamente, come oggi avviene, per il regime di separazione⁽⁹⁰⁾.

(e) Andrebbe radicalmente abrogato l'inutilmente farraginoso sistema di responsabilità patrimoniale in executivis di cui agli artt. 186-190 c.c.⁽⁹¹⁾, prevedendosi contemporaneamente l'automatica estromissione dal regime legale dei beni comuni eventualmente sottoposti a pignoramento⁽⁹²⁾.

(f) Su un piano più generale, andrebbe poi radicalmente rivisto il sistema pubblicitario dei regimi patrimoniali, coordinando il sistema della trascrizione con quello dell'annotazione, al fine di garantire un più alto livello di certezza del traffico giuridico immobiliare⁽⁹³⁾.

Segue. La leva fiscale e il rilievo dell'informazione ai cittadini

Se i rimedi sopra indicati si pongono sul piano dei meccanismi normativi della comunione legale, una serie di incentivi ben potrebbero (e se si volesse veramente salvare la comunione dovrebbero) individuarsi in relazione a quel potente fattore economico che va sotto il nome di leva fiscale.

Qui, infatti, potrebbero ipotizzarsi agevolazioni, come ad esempio la possibilità di operare con la comunione uno splitting dei redditi, attribuendo rilievo tributario alla comunione immediata dei proventi da attività lavorativa dei coniugi, eventualmente pattuita mercé stipula di apposita convenzione ex art. 210 c.c.⁽⁹⁴⁾, o, auspicabilmente, prevista da apposito intervento riformatore che

abrogasse le lett. b) e c) dell'art. 177 c.c. Al riguardo deve dirsi che, nonostante il nutrito dibattito in sede politica⁽⁹⁵⁾, si preferisce ancora rimettere al meccanismo degli oneri deducibili e delle detrazioni di imposta per carichi di famiglia ogni strumento di sostegno fiscale per la famiglia, laddove, anche secondo l'esperienza di altri Paesi europei, bisognerebbe pensare ad una politica fiscale che guardi unitariamente alla comunità familiare ed ai redditi dalla stessa prodotti, in guisa da assicurare il soddisfacimento dei bisogni dell'intero nucleo familiare.

Non per nulla, nella nota sentenza che decretò la fine del sistema del "cumulo dei redditi"⁽⁹⁶⁾, la Consulta ebbe a formulare l'auspicio che, sulla base delle dichiarazioni dei propri redditi fatte dai coniugi, ed in un sistema ordinato sulla tassazione separata dei rispettivi redditi complessivi, potesse essere data ai coniugi la facoltà di optare per un differente sistema di tassazione (espresso in un solo senso o articolato in più modi), che agevolasse la formazione e lo sviluppo della famiglia e considerasse la posizione della donna casalinga e lavoratrice. Conseguentemente, avuto anche riguardo a quanto disposto dall'art. 31 Cost., per il quale la Repubblica deve agevolare con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose, sarebbe necessario pensare ad una opzione di imposizione tributaria su base familiare (che si affianchi all'attuale regime su base individuale), con enucleazione di un c.d. "quoziente familiare" determinato in relazione alla composizione del nucleo familiare ed alla capacità contributiva dello stesso⁽⁹⁷⁾.

Un "quoziente familiare" che, sebbene previsto in linea generale per ogni tipo di famiglia, potrebbe essere strutturato in modo particolarmente favorevole al contribuente per quei nuclei familiari che avessero scelto di non abbandonare il regime legale.

Sempre rimanendo sul piano degli effetti tributari del regime, in relazione all'ultima delle considerazioni sopra svolte, anche se non si dovesse optare per un sistema generale di "quoziente familiare", perché, in ipotesi, ritenuto troppo oneroso per le casse dello Stato, potrebbe pensarsi all'introduzione di adeguati incentivi al mantenimento della comunione mediante la previsione, sulla falsariga di quanto si ebbe transitoriamente a disporre con l'art. 228 della novella del 1975, di "elementi di diritto premiale" per le famiglie che non abbandonano tale regime⁽⁹⁸⁾. Si potrebbe cioè immaginare un trattamento fiscale di favore per quei redditi, fondiari o di capitali o anche di impresa, conseguenti ad attribuzioni in comunione legale: e così ad esempio, con riguardo ai redditi derivanti da fabbricati, si potrebbe pensare ad un coefficiente di abbattimento della rendita catastale o del reddito effettivo, e con riguardo ai redditi derivanti da terreni ad un coefficiente di abbattimento del reddito dominicale o anche del reddito agricolo nell'ipotesi di attività congiunta dei coniugi. Inoltre, secondo l'esperienza propria del primo biennio di applicazione della legge, si potrebbe prevedere in via generalizzata una riduzione di imposte e tasse per gli atti ampliativi dell'oggetto della comunione legale o che comunque assoggettassero singoli beni al regime di comunione legale⁽⁹⁹⁾.

Ancora, al di là delle possibili riforme legislative, una maggiore divulgazione, anche tra i "non addetti ai lavori", dei diritti e doveri connessi al regime legale non potrebbe che fare del bene, inducendo i novelli sposi all'effettuazione di una scelta consapevole. Ancora una volta l'esempio francese è quanto mai significativo.

Si pensi che anche Oltralpe il profilo in esame rimase a lungo negletto, se è vero come è vero che, da un'inchiesta realizzata in vista della riforma del 1965, emerse che la stragrande maggioranza dei Francesi in regime di communauté légale pensava che il sistema loro applicabile fosse quello della comunione universale (anziché quello della comunione dei mobili e degli acquisti)⁽¹⁰⁰⁾. Ancora diversi anni dopo un Autore, rilevando l'assenza di informazioni al riguardo, faceva notare che "notre société considère avoir rempli son devoir d'information et d'éducation civique, en instituant un

régime matrimonial ou en permettant le choix d'autres conventions et en obligeant l'officier d'état civil à lire quelques articles du Code civil dans l'atmosphère mondaine et euphorique du mariage (...). C'est un peu léger pour induire une autonomie responsable chez les futurs époux"(101). Per questa ragione, un decreto in data 26 luglio 2002 è venuto a prevedere Oltralpe che al libretto di famiglia venga allegato un "document d'information sur le droit de la famille", vera e propria guida sui diritti e sui doveri personali e patrimoniali dei coniugi (ivi compresi i rapporti successori e quelli connessi al regime patrimoniale).

Segue. Comunione legale e libertà negoziale

Al di là degli interventi settoriali sopra individuati, un'importanza fondamentale assumerebbe nel sistema l'introduzione di una chiara indicazione legislativa che consentisse ad interpreti ed operatori di sbarazzarsi una volta per tutte di alcune persistenti posizioni giurisprudenziali eccessivamente rigide in punto libertà negoziale dei coniugi: dalla questione sulla possibilità di esclusione di singoli beni, sia al momento dell'acquisto che, in via successiva, sulla base del consenso dei coniugi, al problema della necessità della partecipazione del coniuge non acquirente, nel caso ricorrano le condizioni descritte dall'art. 179, lett. c), d) ed f), c.c. per un acquisto personale. Questo contribuirebbe, anche a livello di "immagine", a fornire l'idea che la comunione non è una "gabbia" nella quale i coniugi possano venirsi a trovare imprigionati(102). È del resto ferma convinzione dello scrivente che una delle ragioni che spiegano il successo del regime comunitario in Francia (così come in altri sistemi stranieri) è rappresentato proprio dal ben diverso spazio che colà viene riconosciuto alla libertà negoziale in sede di "conformazione" del regime, ad opera del notaio, sulle necessità del nuovo nucleo familiare che si viene a costituire.

Così, sarebbe opportuno ammettere anche in Italia clausole che permettano un vero e proprio aménagement contractuel della comunione in vista del momento del suo scioglimento, sulla falsariga di ciò che è consentito Oltralpe, in base ad una tradizione risalente(103):

- dalla clausola di attribuzione (a titolo sia gratuito che oneroso) di beni personali di un coniuge al superstite(104),
- a quella che prevede l'assegnazione, all'atto dello scioglimento, di beni comuni, previo pagamento di una somma di denaro predeterminata(105),
- o la facoltà per l'uno o l'altro dei coniugi di prelevare, sempre in occasione dello scioglimento, determinati beni a titolo gratuito(106), o
- di riprendere (in caso di stipula di una comunione convenzionale comprendente beni già posseduti prima della celebrazione delle nozze) i rispettivi apporti, nell'eventualità di scioglimento per crisi coniugale(107) o, ancora,
- alla possibilità di prevedere la divisione della massa (o di parte di essa) in parti non uguali - eventualità, quest'ultima, che viene del resto ammessa non solo in Francia(108), ma in diversi altri sistemi europei(109) - o, ulteriormente,
- all'attribuzione dell'intera massa ad uno solo dei coniugi, con diritto, per l'altro ad ottenere una somma a titolo forfetario(110), o, infine,
- alla possibilità di pervenire ad un "bilanciamento" tra separazione e comunione, mercè una société d'acquêts adietta ad un regime separatista, nel senso che i coniugi potrebbero predeterminare l'applicabilità della regola comunitaria in relazione soltanto ad alcune, ben individuate, categorie di beni(111).

Inutile dire che l'accoglimento di questi principi presupporrebbe una modifica dell'art. 210, comma 3, c.c., unitamente al definitivo accantonamento di ancora profondamente radicati pregiudizi circa l'indisponibilità preventiva delle conseguenze della crisi coniugale. Non bisogna però dimenticare che, come riconosciuto anche dalla nostra dottrina, allargare l'autonomia dei coniugi nella

determinazione dell'oggetto della comunione significa molto spesso trattenere il concorde passo dei coniugi verso l'inevitabile approdo alla separazione dei beni⁽¹¹²⁾. Per le medesime ragioni, un'ampia libertà contrattuale andrebbe ammessa anche in relazione ai poteri d'amministrazione della massa comune⁽¹¹³⁾. Qualora le proposte di cui alla lettera precedente risultassero troppo "eversive", si potrebbe, in alternativa, valorizzare l'idea (a ben vedere, non troppo diversa da quelle ora presentate) di chi ha suggerito una "tipizzazione, in via normativa, di possibili varianti del modello legale di comunione", tra cui ben potrebbe comprendersi una partecipazione (di carattere meramente obbligatorio) differita agli acquisti, sul modello della Zugewinnsgemeinschaft o della participation aux acquêts⁽¹¹⁴⁾. Regime, quest'ultimo, che sembra ormai costituire il modello cui potrebbe ispirarsi un'ipotetica normativa uniforme europea in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia⁽¹¹⁵⁾, sulla linea, del resto, della convenzione bilaterale franco-tedesca del 2010 sul regime patrimoniale dei coniugi, la quale si muove proprio nella direzione della predisposizione di un regime convenzionale di partecipazione agli acquisti (participation aux acquêts/Wahl-Zugewinnsgemeinschaft), modellato su quello conosciuto dal Code Civil agli artt. 1569-1581, come regime convenzionale e dal BGB ai parr. 1363-1390 ss. come regime legale⁽¹¹⁶⁾.

(1) Valga per tutti il richiamo a Schlesinger, Della comunione legale, nel Commentario alla riforma del diritto di famiglia, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, 361.

(2) Cfr. Oberto, Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219, in Il codice civile, Commentario fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 7; Id., La comunione legale tra coniugi, nel Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, I, Milano, 2010, 372, 382; II, Milano, 2010, 1783.

(3) Di una "fuga verso la separazione" parlano anche Sesta e Valignani, Il regime di separazione dei beni, nel Trattato di diritto di famiglia, diretto da P. Zatti, III, Regime patrimoniale della famiglia, Milano, 2002, 460. Per analoghe considerazioni v. anche Rimini, La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative, in questa Rivista, 2008, 414.

(4) Oberto, I contratti della crisi coniugale, I, Milano, 1999, 558 ss.; per analoghe considerazioni v. anche Sesta, Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni, in Famiglia, 2001, 871 ss.

(5) Sul tema, che non può certo essere approfondito in questa sede, v. per tutti Oberto, I contratti della crisi coniugale, I, cit., 483 ss.; Id., "Prenuptial agreements in contemplation of divorce" e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in Riv. dir. civ., 1999, II, 171 ss.; Id., Contratto e famiglia, in Aa.Vv., Trattato del contratto, a cura di V. Roppo, VI, Interferenze, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 251 ss.; Id., Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale, in Famiglia, 2008, 25 ss.; Id., Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia, in Aa.Vv., Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari, a cura di S. Landini - M. Palazzo, Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2018, 1, 33 ss.; Balestra, Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento, Commento a Cass. 14 giugno 2000, n. 8109 - Cass. 18 febbraio 2000, n. 1810, in Corr. giur., 2000, 1023 ss.; Angeloni, La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o perspective overruling?, in Contr. e impr., 2000, 1136 ss.; Bargelli, L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio, in Riv. crit. dir. priv., 2001, 303 ss.; Di Gregorio, Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi, nota a Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in Notariato, 2001, 17 ss.; Dellacasa, Accordi in previsione del divorzio, liceità e integrazione, nota a Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in Contratti, 2001, 46; Ferrando, Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici, nota a Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in Famiglia, 2001, 245; Pazzaglia, Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio, in Vita not.,

2001, 1017; Busacca, Autonomia privata dei coniugi ed accordi in vista del divorzio, in *Diritto & Formazione*, 2002, 57 ss.; Catanossi, Accordi in vista del divorzio e 'ottica di genere'. Uno sguardo oltre Cass. n. 8109/2000, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 169 ss.; Fusaro, Assetti patrimoniali in occasione della separazione, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 23 ss.; Grazzini, Accordi preventivi fra coniugi e assegno divorzile una tantum: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare, nota a Cass. 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, 958 ss.; Scia, Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia (in margine alla p.d.l. n. 2669), in *Nuove leggi civ.*, 2017, 191 ss.; Aa.Vv., Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari, a cura di S. Landini - M. Palazzo, cit., passim.

(6) Sul tema si fa rinvio per tutti a Oberto, L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi), in *Famiglia*, 2003, 617 ss., 655 ss.

(7) Barbagli, La scelta del regime patrimoniale, in Aa.Vv., *Lo stato delle famiglie in Italia*, a cura di M. Barbagli - C. Saraceno, Bologna, 1997, 105.

(8) Cfr. Cavallaro, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi*, Milano, 1997, 5 ss.

(9) Già a dieci anni di distanza dalla riforma del diritto di famiglia Schlesinger, I regimi patrimoniali della famiglia, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del convegno di Verona 14-15 giugno 1985, Padova, 1986, 121 ss., notava che la comunione veniva rifiutata dal corpo sociale, almeno nelle famiglie che avevano una certa consistenza economica e la cui attività era di carattere imprenditoriale. Nello stesso senso cfr. E. Russo, L'oggetto della comunione legale e i beni personali. Artt. 177-179, in *Il codice civile, Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1999, 6. Come esattamente rilevato in dottrina, con riguardo a queste ultime famiglie, il regime di separazione consente un'articolazione più flessibile dei rapporti patrimoniali (particolare, questo, evidenziato da G. Gabrielli, I rapporti patrimoniali e successori nell'ambito della famiglia, in Aa.Vv., *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 1996, 48 ss.; nello stesso senso Cavallaro, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi*, cit., 5), anche al fine di evitare - mediante l'esclusione del regime di comunione - la somma dei benefici che derivano al coniuge superstite dall'applicazione del regime legale e dalla normativa sulle successioni; e ciò soprattutto in considerazione del fatto che, nelle ipotesi di mancanza di figli (statisticamente, tra l'altro, sempre più ricorrenti in Italia), il concorso delle due discipline determina, in ragione della semplice premorienza, uno spostamento di ricchezza da un gruppo familiare all'altro che non trova nel costume sufficiente "giustificazione" o consenso sociale (in tal senso cfr. G. Gabrielli, La successione per causa di morte nella riforma del diritto di famiglia, in Aa.Vv., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Padova, 1986, 180 ss.). Non va, inoltre, neppure trascurato che proprio l'esigenza di sottrarre determinati cespiti al regime legale ha favorito il ricorso nella pratica a taluni atti negoziali - estromissione di un bene dalla comunione o rifiuto di coacquisto - che, pur non presentando gli estremi della convenzione matrimoniale, restringono comunque l'oggetto della comunione e ampliano la sfera di applicazione delle norme dettate per la separazione dei beni (cfr. G. Gabrielli, I rapporti patrimoniali e successori nell'ambito della famiglia, cit., 49 ss.; Oppo, Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali fra coniugi, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 19; Cavallaro, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi*, cit., 6). Sui temi specifici dell'estromissione di beni dalla comunione e del rifiuto preventivo del coacquisto v. i cenni ed i rinvii di cui infra, par. nono.

(10) Per analoghe considerazioni v. anche E. Russo, Le convenzioni matrimoniali. Artt. 159-166 bis, in *Il codice civile, Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milano, 2004, 504 ss., che parla al riguardo di "fuga" dal regime di comunione legale. Per i richiami giurisprudenziali sulla questione di cui al testo si rinvia a Oberto, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in questa Rivista, 1995, 610 ss.

(11) Barbagli, op. cit., 106.

(12) Barbagli, op. loc. ultt. citt.

(13) Cfr. Istat, Matrimoni, separazioni e divorzi 2003, Roma, 2006, 9, 50, 86 (tavole 1.1, 2.10, 2.11, 2.20), in www.istat.it.

(14) Cfr. i dati di cui al rapporto Istat, in <http://www.demo.istat.it>. Da tali risultati emerge che su 250.360 matrimoni celebrati in quell'anno 153.563 sono stati caratterizzati dalla scelta per il regime di separazione, laddove solo 96.797 dalla comunione. Interessanti poi i dati che incrociano il regime patrimoniale prescelto dai novelli sposi con riguardo al titolo di studio di questi ultimi (cfr. Istat, op. cit., 50, tavola 2.11. V. inoltre, per il 2007, www.demo.istat.it). Da tali dati emergeva che, a livello nazionale, il regime di separazione veniva già (maggioritariamente) prescelto dai laureati con percentuali assai più elevate rispetto alla media generale e con un rapporto nella media dai titolari di diploma di scuola media superiore, mentre i possessori di licenza di scuola media inferiore o di scuola elementare sceglievano (rectius, più probabilmente: non sceglievano) ancora maggioritariamente il regime di comunione.

(15) Per i dati relativi al 2007 cfr. Oberto, La comunione legale tra coniugi, I, cit., 377 s.

(16) Più esattamente, in tale anno hanno deciso di non scegliere il regime di separazione dei beni solo il 27% delle nuove coppie, con un minimo regionale del 19,7% in Calabria ed un massimo pari al 34,6% in Trentino-Alto Adige (cfr. http://demo.istat.it/altridati/matrimoni/2016/tav1_1.pdf).

(17) "Il secondo fattore è l'aumento del numero delle separazioni legali e dei divorzi, che ha fatto nascere, in un numero crescente di coppie, il timore che anche il loro matrimonio possa finire nell'aula di un tribunale. Così, è la paura di dover cedere metà del patrimonio familiare ad un coniuge con cui ci si è accorti in ritardo di non riuscire a vivere che spinge molti sposi a preferire il regime della separazione dei beni e molti dei loro genitori a consigliarli in questo senso (...). È significativo, da questo punto di vista, che gli strati della popolazione che sono alla testa del mutamento del regime patrimoniale sono anche quelli che corrono più rischi di rompere il matrimonio con un divorzio: i più secolarizzati, i più ricchi e i più istruiti delle regioni settentrionali" (cfr. Barbagli, op. cit., 105 ss.).

(18) Cfr. Lamboley e Laurens-Lamboley, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, 1998, 88 ss.: "Au sein des régimes conventionnels, la séparation de biens occupe la première place, au regard des données statistiques établies par le Conseil supérieur du notariat à la suite d'une enquête menée en 1973 auprès des notaires de France, représentant à elle seule plus de 53% des contrats de mariage; la seconde place est occupée par la communauté réduite aux acquêts qui, bien qu'elle soit devenue communauté légale le 1er février 1966, représente encore 29,38% des contrats de mariage; la troisième place est occupée par la communauté des meubles et acquêts qui continue de subsister, puisque près de 10% des couples qui se marient avec contrat l'adopte encore; la quatrième place est occupée par la communauté universelle avec un pourcentage de 5,78%. La participation aux acquêts ne recueille, quant à elle, que 0,18%". Interessante poi è il raffronto con la situazione della stessa Francia a cavallo tra Ottocento e Novecento. Come attestato dalla dottrina dell'epoca (cfr. Colin e Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, III, Paris, 1929, 247), la separazione non era a quel tempo adottata che "par des époux déjà âgés, possédant chacun une fortune personnelle, et n'espérant pas avoir d'enfants de leur union, ou par des époux qui ont des enfants d'un premier lit. La statistique de l'année 1898 nous révèle que sur les 82.346 contrats de mariage rédigés au cours de cette année, 2.128 seulement ont adopté la séparation de biens". Gli Autori testé citati concludevano quindi rilevando che "Dans notre pays, accoutumé par une longue tradition à la communauté, la séparation de biens nous paraît peu conforme à l'union que le mariage crée entre les époux".

(19) Cfr. Brambring, *Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten*, München, 1997, 45.

(20) Cfr. Von Münch, *Ehe-und Familienrecht*, München, 1996, 151.

(21) Sul tema v. per tutti Oberto, I contratti della crisi coniugale, I, cit., 529 ss.; Id., "Prenuptial agreements in contemplation of divorce" e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, cit., 189 ss.; Id., Contratto e famiglia, cit., 251 ss.

(22) Per approfondimenti v. i rinvii in Oberto, La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo, in Dir. fam. pers., 2008, 367 ss.; Id., La comunione legale tra coniugi, I, cit., 377 ss.

(23) Cfr. per tutti Oberto, La comunione legale tra coniugi, I, cit., 23 ss.

(24) Cfr. la sentenza del 20 giugno 1612 riportata in Giurba, Decisionum novissimarum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae volumen primum, Panormi, 1621, 398 ss.

(25) Cfr. Malaurie e Aynés, Les régimes matrimoniaux, Paris, 2007, 89, 325 s.: "les époux peuvent adopter un régime alternatif, c'est-à-dire différent suivant la cause de dissolution: décès ou divorce. C'est l'objet de la clause de reprise dans une communauté universelle, dite souvent 'clause alsacienne', prévoyant qu'en cas de divorce, les époux pourront reprendre leurs apports. Techniquement, cette clause est un avantage matrimonial, une clause de partage; si bien qu'elle ne modifie pas le régime de communauté universelle. En pratique, il s'agit bien d'en revenir à la communauté d'acquêts, si le mariage est un échec".

(26) Come rileva la dottrina transalpina, "en période de divortialité galopante, on peut comprendre la préoccupation des époux de faire en sorte que le bénéfice susceptible d'être tiré du régime matrimonial soit minimal en cas de divorce et maximal en cas de décès. La clause de liquidation alternative répond à cette attente (également dénommée clause alsacienne en raison de son développement par les praticiens alsaciens en réponse à la fréquence de la communauté universelle dans cette région, pour des raisons historiques). Elle consiste, dans le cas d'une communauté universelle, à liquider celle-ci différemment selon la cause de dissolution. En cas de dissolution par décès, les règles de la communauté universelle s'appliquent. Au contraire, en cas de dissolution par divorce, la liquidation est réalisée comme s'il s'agissait d'une communauté réduite aux acquêts, par la possibilité offerte à chacun des époux de reprendre ses "apports", c'est-à dire les biens qui auraient été propres en régime légal ou les biens non constitutifs d'acquêts": così Brun-Wauthier, Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés, Orléans, 2009, 267. Sulla clause alsacienne v. i riferimenti in Oberto, La comunione legale tra coniugi, I, cit., 386, nt. 171; II, cit., 1671, nota 198.

(27) Nel senso che "Ne porte pas atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales la clause par laquelle, dans le cadre d'un régime de communauté universelle, chaque époux reprendrait, en cas de dissolution de la communauté par divorce, les biens tombés dans la communauté de son chef" v. App. Colmar 16 maggio 1990, in Rép. Defrénois, 1990, 1361, con nota di Champenois; in JCP, 1991, éd. N., II, 17, con nota di Simler. Ancora vent'anni dopo la validità della clausola è stata ribadita da Cass. 1ère civ., 17 novembre 2010, n. 09-68292, la quale ha affermato che la stessa "ne confère aucun avantage matrimonial", confermando l'avviso della dottrina, secondo cui "loin de conférer un avantage, son effet est de faire obstacle à ce qu'un avantage matrimonial se réalise" (Simler, La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil, in JCP, N 2005, 1265). Anche per Cass. 1ère civ., 17 janvier 2006, la clausola è valida, costituendo "un aménagement des règles du partage (le bien repris est commun), qui ne porte pas atteinte à l'immutabilité ou à l'unicité du régime matrimonial".

(28) La disposizione testé citata apre il varco a nuove audacie applicative, sempre nel segno di un'ampliata libertà negoziale: "Dans l'hypothèse dans laquelle les époux auraient prévu une communauté universelle avec attribution intégrale au survivant, ils pourraient prévoir une double clause: une clause de reprise des apports en cas de divorce et une clause d'exclusion de reprise des apports en cas de décès. On pourrait, également, songer à la clause qui exclurait, dans le contrat de mariage portant adoption du régime de participation aux acquêts, le calcul de la créance de

participation en cas de dissolution du mariage par divorce. Les époux préféreront organiser par anticipation une telle modulation, plutôt que d'opérer un changement de régime, plus onéreux, durant leur mariage" (Brun-Wauthier, op. loc. ultt. citt).

(29) Cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, in Blasi - Campione - Figone - Mecenate - Oberto, La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76, Torino, 2016, 30 ss.

(30) Cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 39 ss.

(31) Cfr. Oberto, "Divorzio breve", separazione legale e comunione legale tra coniugi, in questa Rivista, 2015, 615 ss.

(32) In senso favorevole cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 55 s.; in senso analogo v. anche M. Finocchiaro, Su richiesta le parti possono sottoscrivere un "contratto", in Guida dir., 11 giugno 2016, 25, 55; contra De Filippis, Unioni civili e contratti di convivenza, Padova, 2016, 228, per il quale "la separazione non è prevista per i componenti delle unioni civili"; di identico avviso Casaburi, Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016, n. 76, nota a Trib. Roma 3 maggio 2016, in Foro it., 2016, I, 2256, ad avviso del quale la soluzione negativa si fonderebbe sulla "soppressione di ogni riferimento al regime della separazione legale (consensuale o legale che sia)", laddove tale ultimo assunto appare clamorosamente smentito dai rinvii alla separazione contenuti nelle numerosissime norme richiamate dai c. 19 e 25 della novella qui in commento (cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 55 s.).

(33) O, in alternativa, una delle altre fattispecie consensuali analiticamente descritte in Oberto, "Divorzio breve", separazione legale e comunione legale tra coniugi, cit., 624 ss., con particolare riferimento alla negoziazione assistita.

(34) Così Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 57 s.

(35) Per una loro descrizione cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 56 s.

(36) In proposito si dovrà considerare che il comma 24 della L. n. 76/2016 citata concede alle parti dell'unione civile di proporre domanda di scioglimento dopo tre mesi dalla manifestazione di volontà di scioglimento da effettuarsi (congiuntamente o disgiuntamente) dinanzi all'ufficiale dello stato civile. Poiché, però, il successivo comma 25 richiama le norme sulla negoziazione assistita, è da ritenere che la domanda di scioglimento vada proposta congiuntamente allo stesso ufficiale dello stato civile, nel caso di procedura ai sensi dell'art. 12, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, conv. con modificazioni in L. 10 novembre 2014, n. 162, ma che non sia esclusa la possibilità di seguire la via della negoziazione assistita da avvocati, ai sensi dell'art. 6, D.L. cit., o, addirittura, anche la procedura camerale descritta dal (pure richiamato) art. 4, comma 16, l. div.

(37) Così Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 56 ss.; sull'applicabilità della procedura ex art. 12 cit. cfr. anche M. Finocchiaro, Su richiesta le parti possono sottoscrivere un "contratto", cit., 56; sulle modalità del divorzio tra partners dell'unione civile v. inoltre De Filippis, Unioni civili e contratti di convivenza, cit., 228 ss.

(38) Cfr. per tutti Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 1767 ss., 1783 ss.; Id., "Divorzio breve", separazione legale e comunione legale tra coniugi, cit., 615 ss.

(39) Cfr. per i richiami storici Oberto, La comunione legale tra coniugi, I, cit., 79, 299 ss. Da segnalare in particolare i riferimenti al pensiero di Lopez de Palacios Rubios (1450-1524), uno degli autori delle Leyes de Toro, che, nella sua opera dedicata alle donazioni tra coniugi, diede amplissimo spazio alla materia della communio o communicatio dei bona acquisita constante matrimonio, riferendo di una ricchissima serie di questioni, talune delle quali anche di sbalorditiva modernità, come, per l'appunto, l'applicazione dell'istituto ai concubinari.

- (40) Cfr. per tutti Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 92 ss.
- (41) Da risolvere senz'altro in senso favorevole: cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 101 ss.
- (42) Sul tema cfr. per tutti Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 1381 ss.
- (43) Oberto, La comunione legale di fonte negoziale: riflessioni circa i rapporti tra legge e contratto nel momento genetico del regime patrimoniale tra coniugi, in Dir. fam. pers., 2011, 835 ss.
- (44) Cfr. Oberto, I contratti di convivenza, Commento all'art. 1, commi 50-63, Legge 20 maggio 2016, n. 76, in Aa.Vv., Codice dell'unione civile e delle convivenze, a cura di M. Sesta, Milano, 2017, 1389 ss., 1398 ss.
- (45) Sulla circolare 1° giugno 2016, n. 7/2016 del Ministero dell'Interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali - Direzione Centrale per i Servizi Demografici, cfr. Oberto, I contratti di convivenza, cit., 1398 ss.
- (46) Oberto, I contratti di convivenza, cit., 1398 ss.
- (47) Cfr. ad es. Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 2169 ss.
- (48) Cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 95.
- (49) Cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 90 ss.
- (50) Non senza problemi: cfr. per tutti Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 1681 ss.
- (51) Vale la pena di riportare per esteso il contenuto di siffatte disposizioni:
"59. Il contratto di convivenza si risolve per: a) accordo delle parti; b) recesso unilaterale; c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona; d) morte di uno dei contraenti.
60. La risoluzione per accordo delle parti o per recesso unilaterale deve essere redatta nelle forme di cui al comma 51. Qualora il contratto di convivenza preveda, a norma del comma 53, lettera c), il regime patrimoniale della comunione dei beni, la sua risoluzione determina lo scioglimento della comunione medesima e si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile. Resta in ogni caso ferma la competenza del notaio per gli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari comunque discendenti dal contratto di convivenza.
61. Nel caso di recesso unilaterale da un contratto di convivenza il professionista che riceve o che autentica l'atto è tenuto, oltre che agli adempimenti di cui al comma 52, a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto. Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione".
- (52) Per questi temi v., in relazione alla situazione anteriore alla novella di cui alla L. 6 maggio 2015, n. 55, Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 1818 ss.; e, per la situazione successiva, Id., "Divorzio breve", separazione legale e comunione legale tra coniugi, cit., 615 ss.
- (53) "62. Nel caso di cui alla lettera c) del comma 59, il contraente che ha contratto matrimonio o unione civile deve notificare all'altro contraente, nonché al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, l'estratto di matrimonio o di unione civile.
63. Nel caso di cui alla lettera d) del comma 59, il contraente superstite o gli eredi del contraente deceduto devono notificare al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza l'estratto dell'atto di morte 11 affinché provveda ad annotare a margine del contratto di convivenza l'avvenuta risoluzione del contratto e a notificarlo all'anagrafe del comune di residenza".
- (54) Cfr. sul tema Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 1709 ss., 1718 ss., 1745 ss., 1777 ss., 1868 ss.

- (55) Cfr. ad es. Oberto, Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio, Collana "Biblioteca del Diritto di Famiglia", Milano, 2000, 259 ss.
- (56) Sul punto v. da ultimo, ad es., Cass., SS.UU., 1° febbraio 2016, n. 2951, secondo cui "Il diritto al risarcimento dei danni subiti da un bene spetta al titolare del diritto di proprietà al momento dell'evento dannoso, quale risulta anche da scrittura privata, salva cessione del credito".
- (57) Cfr. Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, Milano, 1991, 260 ss.
- (58) Con l'ovvia precisazione che "riproduzione" non significa meccanica trasposizione degli istituti del diritto matrimoniale, bensì creazione, per mezzo di un contratto e per quanto possibile, di effetti analoghi. In quest'ottica v. già Funaioli, Sui rapporti patrimoniali della convivenza "more uxorio", in Riv. dir. comm., 1941, II, 213 s.; contra Tedeschi, Il regime patrimoniale della famiglia, Torino, 1963, 442, secondo cui le particolarità proprie dei regimi matrimoniali non potrebbero essere in alcun modo riprodotte nell'ambito di una convivenza more uxorio.
- (59) Su cui v. per tutti Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 2169 ss.; v. anche F. Corsi, Il regime patrimoniale della famiglia, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, I, Milano, 1979, 72.
- (60) Quanto sopra era già stato chiaramente espresso, in termini identici, dall'autore di questo studio diversi anni or sono (Cfr. Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, cit., 262 ss., 268 ss.): sbalorditive appaiono dunque le asserzioni di chi, probabilmente senza aver letto il contributo citato, vorrebbe (impropriamente) imputare allo scrivente l'intento di ... perseguire la "possibilità di fruire degli effetti cc.dd. esterni della comunione legale, quale l'automatica opponibilità del coacquisto, anche se trascritto in favore di un solo coniuge" (Cfr. de Scrilli, I patti di convivenza. Considerazioni generali, in Aa. Vv., Convivenza e situazioni di fatto, in Aa. Vv., Trattato di diritto di famiglia, diretto da Zatti, I, Famiglia e matrimonio, 1, Milano, 2002, 863.).
- (61) Le gravi incertezze interpretative cui ha dato luogo la norma citata circa l'individuazione dell'oggetto della comunione legale sconsigliano in ogni caso il riferimento ad un concetto generico come quello di "acquisto". Sarà invece opportuno indicare quali siano i diritti destinati a cadere in comunione, specificandone la natura (se cioè reale o obbligatoria) e distinguendo a seconda del modo d'acquisto (se cioè a titolo originario, derivativo, mortis causa, ecc.). È comunque consigliabile elencare con esattezza anche quelle categorie di rapporti che, in considerazione della loro natura personale, è opportuno restino esclusi dalla comunione.
- (62) "Meccanismo analogo a quello di cui all'art. 1706 c.c." (cfr. Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, cit., 265 ss.) non significa, ovviamente, che il negozio di cui si discute abbia natura di mandato senza rappresentanza, secondo l'equivoco su cui si basano i rilievi di del Prato, Patti di convivenza, in Famiglia, 2002, 985, ad avviso del quale lo schema di riferimento sarebbe quello del contratto preliminare. Sul punto sarà appena il caso di rilevare come un contratto preliminare, per effetto della disposizione di cui all'art. 1351 c.c., non possa concepirsi se non in relazione ad un definitivo che sia predeterminato per ciò che attiene non solo ai soggetti, ma anche all'oggetto; si tratta, dunque, di una situazione non riscontrabile nel caso di specie.
- (63) Elaborata, come noto, dalla giurisprudenza di legittimità in tema di fideiussione omnibus (su cui v. ex multis Cass. 20 luglio 1989, n. 3386, in Foro it., 1989, I, 3100).
- (64) Cfr. Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, cit., 260 ss.; Id., Contratto e famiglia, cit., 377 ss. Aderiscono a siffatta impostazione Franzoni, I contratti tra conviventi "more uxorio", in Riv. trim. dir. proc. civ., 1994, 755; Sesta, Diritto di famiglia, Padova, 2005, 415; Falletti, La famiglia di fatto: la disciplina dei rapporti patrimoniali tra i conviventi, in Aa. Vv., Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica, a cura di G. Oberto, Padova, 2011, 81 s.; Riccio, La famiglia di fatto, Padova, 2007, 459; Arcani, I negozi patrimoniali nella convivenza, in Aa. Vv., Il regime patrimoniale della famiglia, a cura di Arceri - Bernardini, Santarcangelo di Romagna, 2009, 912 s.; Gremigni Francini,

Autonomia privata e famiglia di fatto, in Aa.Vv., *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di D. Amram - A. D'Angelo, Padova, 2011, 348 s.

(65) Monteverde, *La convivenza more uxorio*, in Aa.Vv., *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, 2, Torino, 2007, 952.

(66) Cfr. sempre Monteverde, op. cit., 952.

(67) Sul punto v. per tutti Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 386 ss., 397 ss., 859 ss., II, cit., 2010 ss.

(68) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 2105 ss.

(69) Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Comunione legale, contratto di convivenza e circolazione dei beni dopo la legge Cirinnà*, Studio Civilistico n. 196-2017/C, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 24 gennaio 2018, in http://www.upel.va.it/wp-content/uploads/2018_StudioCNN196_Conv.pdf.

(70) Per non dire poi del fatto che, in assenza della specificazione dei beni oggetto dei negozi da trascrivere, non sarebbe neppure individuabile la conservatoria (ora ufficio del territorio) territorialmente competente.

(71) Su questi temi v. già Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 268 s.

(72) Sul problema dell'alienabilità della quota di pertinenza di ciascun coniuge in regime di comunione legale v. per tutti Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 315 ss.; cfr. inoltre Busnelli, *La "comunione legale" nel diritto di famiglia riformato*, in Riv. not., 1976, I, 42; Schlesinger, *Della comunione legale*, cit., 365 s.

(73) Alla trascrivibilità del patto previsto dall'art. 1379 c.c. si oppongono non soltanto il carattere speciale di questa disposizione, ma anche la tassatività delle ipotesi in cui la pubblicità ex artt. 2643 ss. c.c. è consentita (su quest'ultimo argomento cfr. Cass. 18 febbraio 1963, n. 392, in Giust. civ., 1963, I, 249 e in Riv. not., 1963, II, 340, nonché Cass. 13 maggio 1982, n. 3001, in Giust. civ., 1982, I, 2697 e in Giur. it., 1982, I, 1, 1132, sulla non trascrivibilità del patto di prelazione).

(74) Per alcuni esempi v. la formula della Direction de la recherche et de l'information de la Chambre des notaires du Québec (in Aa. Vv., *Couple et modernité*, 84ème congrès des notaires de France, La Baule, 29 mai - 1er juin 1988, Malesherbes, 1988, 516 ss.); cfr. inoltre Weitzman, *Legal Regulation of Marriage: Tradition and Change*, in California Law Review, 62, 1974, 1251.

(75) Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 270 s.

(76) Cfr. la formula della Direction de la recherche et de l'information de la Chambre des notaires du Québec (in Aa.Vv., *Couple et modernité*, 84ème congrès des notaires de France, cit., 514), nonché il cosiddetto "modello di Leida", redatto, negli anni Ottanta dello scorso secolo, sotto la direzione del prof. Van Mourik da un gruppo di studenti dell'Università di quella città (ivi, 524).

(77) Per la negativa v. Cass. 18 gennaio 1968, n. 128, in Rep. Foro it., 1968, voce "Servitù", n. 64; Cass. 31 marzo 1971, n. 936, in Giust. civ., 1971, I, 1063; Cass. 6 aprile 1971, n. 1017, in Giur. it., 1972, I, 1, 381. Per la dottrina cfr. Scognamiglio, *Riconoscimento di proprietà contenuto in un testamento*, in Giur. compl. Cass. civ., 1951, 31 ss.

(78) Secondo quanto suggerito dalla formula della Direction de la recherche et de l'information de la Chambre des notaires du Québec (in Aa. Vv., *Couple et modernité*, 84ème congrès des notaires de France, cit., 519) e dal "modello di Leida" (cfr. art. 6, comma 1, ivi, 523).

(79) Cfr. Coirard, *La famille dans le code civil (1804-1904)*, Paris, 1907, 143.

(80) Come poteva ancora risultare nel 1995, secondo quanto suggerito da Bocchini, *La comunione legale: un istituto da incentivare*, in questa Rivista, 1995, 500 ss.

(81) Così E. Russo, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., 6.

(82) Così Brun-Wauthier, Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés, cit., 242.

(83) Così sempre Brun-Wauthier, Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés, loc. ult. cit.

(84) Cfr. Drucksache 635/08 - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts - Begründung, 15 ss. (testo disponibile alla pagina web seguente: http://www.bmj.bund.de/files/-/3239/RegE_Gueterrecht.pdf): "Aus der gleichberechtigten Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft der Ehegatten leitet sich der Gedanke ab, dass beide Ehegatten während der Ehe ihre Fähigkeiten und Möglichkeiten gemeinsam einsetzen und damit das während der Ehe erwirtschaftete Vermögen grundsätzlich gemeinsam erarbeiten. Dieser Ansatz ist auch knapp 50 Jahre nach dem Inkrafttreten des geltenden Güterrechts am 1. Juli 1958 unverändert tragfähig. Er orientiert sich an der Ehe mit unterschiedlicher Aufgabenverteilung, in der der Ehegatte, der selbst nicht oder in eingeschränktem Maße beruflich tätig war, dem anderen jedoch die volle Teilhabe am Berufsleben ermöglichte, an dem Gewinn des anderen beteiligt wird". Sulla riforma tedesca di cui al testo v. anche Cubeddu, Modelli uniformi di regime patrimoniale convenzionale, in S. Patti e M.G. Cubeddu, Introduzione al diritto della famiglia in Europa, Milano, 2008, 262 ss.

(85) Cfr. la modifica dell'art. 191 c.c. operata dalla L. 6 maggio 2015, n. 55, su cui si fa rinvio per tutti a Oberto, "Divorzio breve", separazione legale e comunione legale tra coniugi, cit., 615 ss.; v. anche Valongo, Lo scioglimento della comunione legale nelle recenti leggi in materia di diritto di famiglia, in Nuova Giur. civ. comm., 2018, 1190 ss., 1192 ss.

(86) Oberto, La comunione legale tra coniugi, I, cit., 903 ss.

(87) Al momento dell'entrata in vigore della riforma del 1975, rimarcava Scognamiglio, Il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, in Aa. Vv., Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi: atti di un convegno di studi, Napoli, 1975, 186 ss., che "Il sistema che ne risulta, oltre a creare impacci e difficoltà alla libera circolazione dei beni, potrebbe apparire in certa misura contraddittorio con la concezione della famiglia nucleare ed affettiva, che non vuole o non può accumulare un patrimonio ed appare piuttosto impegnata a realizzare un adeguato tenore di vita per i suoi membri, spendendo giorno per giorno i frutti del lavoro del marito o dei coniugi o addirittura anticipando le spese sugli introiti, con il ricorso sempre più diffuso agli acquisti rateizzati". Secondo tale Autore il sistema oggi in vigore potrebbe inoltre "costituire un'ulteriore spinta a consumo da parte del coniuge che guadagna. E questo senza dire della pratica difficoltà di controllo e di contestazione sull'attività e sui guadagni del coniuge privilegiato". Anche Riva, La comunione legale, Padova, 2007, 56, lamenta la mancata previsione di cautele contro l'eventuale attività dispositiva del coniuge sui propri redditi. Il tema è stato sviluppato in Oberto, La comunione legale tra coniugi, I, cit., 903 ss., nonché (anche per l'indicazione di possibili rimedi in fase cautelare) 2284 ss.

(88) Definisce il tema della determinazione dell'oggetto della comunione legale "una delle grandi questioni aperte o irrisolte del nuovo diritto di famiglia" E. Russo, L'oggetto della comunione legale e i beni personali, cit., 5.

(89) Sulle critiche dottrinali alla formula in oggetto, con riferimento al progetto approvato dalla Camera il 1° dicembre 1971, cfr. Nicolò, Osservazioni generali, in Aa.Vv., La riforma del diritto di famiglia, Atti del 2. Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Giorgio Cini nei giorni 11-12 marzo 1972, Padova, 1972, 163. Dopo l'entrata in vigore della riforma cfr. Schlesinger, Della comunione legale, cit., 364 ss.; Pavone La Rosa, Comunione coniugale e partecipazioni sociali, in Riv. Società, 1979, 1; Nuzzo, L'oggetto della comunione legale tra coniugi, Milano, 1984, 18.

(90) Per l'indicazione dei principali, estremamente complessi, nodi ermeneutici che andrebbero legislativamente sciolti si fa rinvio a Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 2329 ss.

(91) Secondo quanto suggerito in Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 1381 ss., 1423 ss.

(92) V. in dettaglio Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 1423 ss.

(93) Il tema è stato affrontato in Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 2169 ss.

(94) Uno dei principali incentivi all'effettuazione di una siffatta previsione potrebbe essere costituito dall'imputazione per quote paritarie dei redditi da lavoro, con conseguente fruizione dell'aliquota più bassa, nell'ipotesi di famiglia monoreddito o comunque in cui il divario tra i redditi da lavoro dei coniugi sia consistente. Attualmente una siffatta conclusione cozza con il dato normativo. L'art. 4, L. 13 aprile 1977, n. 114 (che ha riformulato l'art. 4 del d.P.R. n. 597 del 1973; la disposizione è stata quindi ripresa dall'art. 4 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, Testo Unico delle Imposte sui Redditi, in vigore dal 1° gennaio 1988) stabilisce infatti che i redditi dei beni che formano oggetto della comunione legale di cui agli artt. 177 s. c.c. sono imputati per metà del loro ammontare netto a ciascuno dei coniugi: la norma, pertanto, non solo non fa menzione della comunione convenzionale (ostacolo che potrebbe essere aggirato - come in effetti lo è stato da una parte della giurisprudenza tributaria - aderendo alla tesi per cui la comunione convenzionale altro non è se non una "variazione sul tema" della comunione legale), ma menziona espressamente i soli redditi dei beni, tacendo su quelli da lavoro. Per questo, nonostante le perplessità della giurisprudenza tributaria (nel senso dell'imputazione del reddito da lavoro pro quota, v. Comm. trib., I grado di Prato, 16 giugno 1985, in Vita not., 1985, 771; Comm. trib., II grado di Avellino, 4 aprile 1986, in Vita notar., 1986, 1328; Comm. trib., I grado Salerno, 7 maggio 1988, in CED - Corte di Cassazione, Arch. Merito, pd. 890622; contra Comm. trib., II grado Firenze, 29 ottobre 1986, in Dir. prat. trib., 1987, 611; Comm. trib., II grado Firenze, 6 novembre 1986, in Vita not., 1986, 1328; cfr. inoltre Comm. trib., I grado di Avellino, 6 maggio 1985, in Vita not., 1985, 771, secondo cui la convenzione matrimoniale con la quale si estende la comunione legale ai proventi dell'attività separata di ciascun coniuge non è opponibile, ai fini fiscali, all'Amministrazione Finanziaria e pertanto l'indennità di fine rapporto di lavoro deve imputarsi per intero al coniuge percettore) e della relativa dottrina (su cui v. per tutti Fantozzi, Regime tributario, in Aa.Vv., La comunione legale, a cura di C.M. Bianca, II, Milano, 1989, 1116 s.), la soluzione favorevole al contribuente non può trovare accoglimento. A ciò s'aggiunga che (come osservato da Bocchini, La comunione legale: un istituto da incentivare, cit., 506 s.), proprio per contrastare la testé evidenziata tendenza di una parte della giurisprudenza in senso favorevole allo splitting dei redditi tra i coniugi in regime di comunione convenzionale, si è poi espressamente previsto che i proventi dell'attività separata di ciascun coniuge vengano imputati, in ogni caso, allo stesso per l'intero ammontare: l'art. 26 del d.l. 2 marzo 1989, n. 69, convertito nella l. 27 aprile 1989, n. 154, stabilisce a chiare lettere che "i proventi dell'attività separata di ciascun coniuge sono a lui imputati in ogni caso per l'intero ammontare"; richiamano l'attenzione su tale disposizione anche Pepe, Convenzioni matrimoniali - Comunione convenzionale - Separazione dei beni, in Nuova Giur. civ. comm., 1991, II, 252; E. Quadri, Della comunione convenzionale, in Cian - Oppo - Trabucchi (a cura di), Commentario al diritto italiano della famiglia, III, Padova, 1992, 402; Confortini, La comunione convenzionale tra coniugi, in Il diritto di famiglia, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, Il regime patrimoniale della famiglia, Torino, 1997, 308; cfr. inoltre, nella dottrina tributaria, Sanguinetti, L'imputazione "pro quota" ai coniugi dei redditi oggetto di comunione convenzionale ai sensi dell'art. 210 codice civile: lo 'splitting' all'italiana, in Dir. prat. trib., 1987, II; Ciampani, Il divieto di splitting e la via alternativa per un'equa tassazione dei redditi familiari, in Fisco, 2004, 28; Scalinci, La famiglia "community care" nell'imposizione sul reddito, Nota a Cass. 26 aprile 2004, n. 7951, in Dir. prat. tribut., 2004, 861 ss. Anche la Cassazione (Cass., 24 febbraio 2005, n. 3866, in Vita not., 2005, 376, in Corr. tribut., 2005, 1609, con nota di C. Pino) ha stabilito che "Indubbiamente il percettore di un reddito può disporre della sua destinazione e, pertanto, il soggetto coniugato può, con apposita convenzione matrimoniale ai sensi dell'art. 162 c.c., prevedere che i proventi derivanti dalla attività separata dallo stesso svolta siano immediatamente oggetto di comunione legale tra i coniugi stessi. Lo stesso, peraltro, non può attribuire a tale pattuizione un valore di accertamento costitutivo della imputazione soggettiva della produzione del reddito,

trattandosi di un dato oggettivo il cui accertamento è riservato, ai fini della imposizione fiscale, alla amministrazione finanziaria. È evidente, pertanto, che è irrilevante, nei confronti della amministrazione finanziaria (al fine di imputare il reddito stesso ai fini i.r.pe.f. al 50% a ciascun coniuge) la convenzione matrimoniale con la quale i coniugi hanno previsto che il regime di comunione legale si estenda ai redditi derivanti dalle loro attività separate". È da notare, poi, che una questione relativa alla presunta incostituzionalità del sistema attuale di tassazione del reddito familiare, non informata al principio dello splitting, "nella parte in cui non prevede che, ai fini dell'imposizione tributaria, il reddito di uno dei coniugi venga imputato parzialmente all'altro qualora questi sia privo di reddito proprio anziché essere interamente attribuito al solo coniuge produttore del reddito stesso, per contrasto con gli artt. 3, 29, 31 e 53 della Costituzione" è stata dichiarata inammissibile da Corte cost. 13 luglio 1995, n. 358. Per alcune informazioni sullo splitting tra coniugi in altri Paesi europei, con particolare riguardo alla Germania, v. Unione Italiana del Lavoro, Famiglia e Fisco. Le politiche fiscali per la famiglia in Italia e in Europa, documento disponibile alla pagina web seguente: <http://docplayer.it/13300480-Unione-italiana-del-lavoro-servizio-politiche-fiscali-famiglia-e-fisco-le-politiche-fiscali-per-la-famiglia-in-italia-e-in-europa.html>.

(95) Su cui v. i richiami in Bocchini, *La comunione legale: un istituto da incentivare*, cit., 507.

(96) Cfr. Corte cost. 15 luglio 1976, n. 179.

(97) Cfr. Bocchini, op. loc. ultt. citt.; Scalinci, op. loc. ultt. citt. Nell'ambito della sterminata mole di studi di tipo economico e tributario sul tema del "quoziente familiare" v. per tutti Rapallini, *Il quoziente familiare: valutazione di un'ipotesi di riforma dell'imposta sul reddito delle persone fisiche*, disponibile al seguente indirizzo web: https://www.unite.it/UniTE/Engine/RAServeFile.php/f/File_Prof/PACE_383/Rapallini_Quoziente_familiare.pdf.

(98) Così Bocchini, *La comunione legale: un istituto da incentivare*, cit., 508.

(99) Cfr. Bocchini, op. loc. ultt. citt.

(100) Cfr. Brun-Wauthier, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, cit., 4. Allo "scandalo" mostrato in proposito dalla dottrina transalpina potrebbe però replicarsi che, per una coppia che non avesse proceduto all'acquisto di immobili in costanza di matrimonio, il risultato finale non sarebbe stato poi così difforme da quello determinato dalla presenza di un regime di comunione universale.

(101) Cfr. Brazier, *Réforme du divorce: améliorer ou trahir la loi de 1975 ?*, in *Gaz. Pal.*, 1999, doctr., 1, 710.

(102) Osserva Galgano, *La comunione dei beni fra coniugi a trent'anni dalla sua introduzione*, in *Contr. e impr.*, 2005, 1007, che il "mutamento della giurisprudenza, che esclude l'autonomia contrattuale dei coniugi in comunione dei beni e introduce quegli elementi di "forzosità" della comunione che in precedenza aveva negato, non giova certo alla causa di chi vuole contrastare le unioni libere". L'illustre Autore paventava, dunque, più ancora che una "fuga dalla comunione", una "fuga dal matrimonio": e non può certo dirsi che i dati statistici gli abbiano dato torto.

(103) Per un approfondimento del tema delle clausole accessorie al regime di comunione in vista dello scioglimento del matrimonio nel diritto consuetudinario francese (*préciput*, *forfait de communauté*, *reprise de l'apport de la femme*) si fa rinvio a Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 87 ss.; Id., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, nota a Cass. 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, 1314 ss. V. inoltre Id., *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 49 ss. Sugli *aménagements conventionnels de la gestion des biens in comunione* v. per tutti Terré e Simler, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1994, 402 ss. Da notare che anche il codice civile spagnolo consente ai coniugi un'ampia libertà di conformazione del contenuto del regime legale: per tutti v. l'analisi

comparata di Reiners, Die Errungenschaftsgemeinschaft des gemeinsamen Código Civil und die Zugewinnngemeinschaft des BGB - Eine rechtsvergleichende Darstellung, Bonn, 2001, 33 ss., 88 ss., 117 ss., con particolare riferimento sia alle possibilità di ampliamento che di restrizione e di esclusione del coacquisto di singoli beni, nonché circa le regole d'amministrazione.

(104) La clausola, impropriamente definita *clause commerciale*, costituisce eccezione al divieto dei patti successori: cfr. artt. 1390 s. c.c. fr., su cui cfr. Terré e Simler, op. cit., 534 ss.; sulla libertà contrattuale dei coniugi nella determinazione di clausole accessorie al regime legale v. anche Terré e Simler, op. cit., 190 s.; Malaurie e Aynés, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 2007, 81 ss., 319 ss.

(105) Si tratta della clausola conosciuta in Francia come di *prélèvement moyennant indemnité* (art. 1497 c.c. fr.), su cui v. Terré e Simler, op. cit., 542 ss.

(106) Si tratta della clausola detta di *préciput* (art. 1497 c.c.: il termine era tradotto come "precapienza" da Finocchiaro-Sartorio, *La comunione dei beni tra coniugi nella storia del diritto italiano*, Milano-Palermo-Napoli, 1902, 238, ma potrebbe oggi essere reso con quello "prelievo"), su cui cfr. Terré e Simler, op. cit., 546 ss., i quali osservano che tale intesa "*rompt l'égalité dans le partage*". Sul *préciput* nel Code Napoléon v. per tutti Dalloz, voce *Contrat de mariage*, in *Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, XIII, Paris, 1852, 555 ss.

(107) Si tratta della già ricordata "*clause alsacienne*", su cui v. supra, par. secondo. Sulla clausola di *reprise de l'apport franc et quitte* nel Code Napoléon v. per tutti Dalloz, voce *Contrat de mariage*, cit., 547 ss.

(108) Si tratta delle clausole dette di *stipulation de parts inégales* e di *attribution de la totalité de la communauté au survivant* (cfr. art. 1497 c.c. fr.), su cui v. Terré e Simler, op. cit., 549 ss.; Malaurie e Aynés, *Les régimes matrimoniaux*, cit., 323 s.

(109) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 2018 ss. Per un'analogia proposta cfr. E. Quadri, *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, II, 1822. Da notare che l'introduzione di criteri di quantificazione non paritaria delle quote è stata prospettata proprio al fine di equilibrare l'autonomia degli interessati e a salvaguardia delle esigenze perequative: cfr. Oppo, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., 24.

(110) La clausola, detta di *forfait de communauté*, ammessa espressamente dal Code prima della riforma del 1965 (sulla scorta, come si è detto, della tradizione del *droit coutumier*), è ritenuta valida ancora oggi: cfr. Terré e Simler, op. cit., 541; Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1995, 715. Peraltro, rilevano Terré e Simler, op. loc. ultt. citt., "*à une époque de plus forte dépréciation monétaire et de moindre stabilité des fortunes, une telle clause, d'ailleurs très rare avant 1965, représenterait un pari insensé*".

(111) Il modello viene suggerito ex multis in Francia da Brun-Wauthier, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, cit., 288 ss., sulla base di una risalente tradizione (da notare che la figura di cui qui si riferisce non va confusa con l'omonimo regime legale del Québec, che prevede una caduta in comunione solo differita al momento dello scioglimento, laddove l'Autrice qui citata ha in mente un'ipotesi di contitolarità immediata, ancorché limitata a determinate categorie d'acquisti). Si pensi alla clausola con la quale, sotto il regime legale della comunione dei mobili e degli acquisti (e dunque prima della riforma del 1965), i coniugi d'Oltralpe optavano per la (semplice) *communauté d'acquêts* (o *communauté réduite aux acquêts*), mercé un contratto nel quale, pur dichiarando di scegliere il regime legale, gli stessi vi eccettuavano tutti i beni mobili presenti, nonché quelli futuri, destinati a pervenire a titolo di successione o donazione (cfr. ad es. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, III, Paris, 1924, 100 ss.). Sotto il vigore del regime legale attuale (che già esclude i beni mobili di cui i coniugi siano titolari, nonché quelli destinati ad essere acquistati per donazione o successione) una simile intesa potrebbe essere utilizzata per escludere dalla caduta in comunione, ad esempio, tutti i (o determinate categorie di) mobili (o, per converso) gli immobili

(o determinate categorie di immobili) acquisendi in costante d'unione. Siffatto risultato è sicuramente già realizzabile (anche) in Italia (cfr. Oberto, La comunione legale tra coniugi, II, cit., 1102 ss., 1688 ss., 2246 ss.). Un'esplicita previsione della fattispecie a livello normativo potrebbe peraltro svolgere una funzione "promozionale" di soluzioni diverse da quella puramente e semplicemente separatista.

(112) Cfr. Bocchini, La comunione legale: un istituto da incentivare, cit., 503, il quale soggiunge che non "può valere, a contrario, la considerazione che in tal modo si finirebbe col sacrificare il coniuge più debole, esposto ad un progressivo svuotamento (del contenuto) della comunione legale quante volte lo stesso non sia in grado di negare il proprio consenso alla richiesta di riduzione dell'oggetto della comunione legale. Se il coniuge in parola non è in grado di opporsi al tentativo di circoscrivere l'oggetto della comunione legale, evidentemente non ha neppure la forza di opporsi alla stipula di una convenzione di separazione dei beni! La salvaguardia del coniuge più debole, in relazione al momento distributivo della ricchezza, si è in realtà spuntata con l'affidare sostanzialmente alla sola forza del consenso la tutela della sua posizione: mentre è vero che la formazione del consenso - come è ormai esperienza ricevuta - si lega di sovente a motivazioni di carattere socio-economico sulle quali bisogna incidere se si vuole garantirne l'effettiva libertà di svolgimento. Allo stato, il favor della novella del 1975 per la comunione dei beni sollecita una interpretazione che tenda a dilatare e non a restringere le maglie della comunione legale: la possibilità di avvalersi - nei limiti fissati dalla legge - di un regime di comunione funzionale alle esigenze dello specifico nucleo familiare, specialmente in relazione alla determinazione dell'oggetto della comunione, potrà spesso evitare che la coppia (ovvero la forza del consenso... di uno dei coniugi) più facilmente si indirizzi verso la separazione dei beni, secondo uno standard che del resto è in continua ascesa".

(113) Per la soluzione francese cfr. Terré e Simler, op. cit., 402 ss.

(114) In questo senso cfr. E. Quadri, Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi, in Dir. fam. pers., 2006, II, 1821.

(115) Cfr. Oberto, La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo, cit., 367 ss.; Id., La comunione legale tra coniugi, I, cit., 377 ss.

(116) Per ulteriori informazioni e rinvii al riguardo cfr. Oberto, Breve prontuario per le cause che presentano elementi di estraneità (questioni processuali), disponibile al sito web seguente: <http://giacomooberto.com/prontuario.htm#par23d>, nonché Stürner, Il regime patrimoniale convenzionale franco-tedesco come modello per l'armonizzazione del diritto europeo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015, 888 ss.

La separazione (dal sito Tutor magistralis)

La separazione consiste nell'interruzione stabile ed effettiva della convivenza coniugale (art. 150 c.c.). **Le cause** della stessa risiedono frequentemente nella violazione dei fondamentali doveri del matrimonio, quali la fedeltà e l'assistenza morale e materiale, nonché quelle relative a maltrattamenti fisici o psicologici. Il ricorso alla separazione rappresenta un **diritto personalissimo**, indisponibile, non trasmissibile ed imprescrittibile, che spetta soltanto ai coniugi. I quali non possono rinunziarvi co accordi preventivi, pena la nullità del relativo contratto. Nel giudizio di separazione sono esclusi, come parti, i **figli minori**, dal momento che la loro tutela è affidata al giudice della separazione titolare del potere di ascoltarli in qualunque momento, qualora ne ravvisi una effettiva necessità, tenendo comunque conto dell'età degli stessi. Negli ultimi arresti giurisprudenziali, si fa tuttavia facendo strada, soprattutto quando l'interesse del figlio minore si pone in maniera antitetica con quelli di uno dei genitori o addirittura di entrambi, la costruzione di una parte processuale autonoma rappresentata da un curatore speciale, così come avviene nei procedimenti di adottabilità innanzi al TM.

La separazione può essere di **tre tipologie**:

Separazione giudiziale (art. 151 c.c.) È proposta con ricorso ad iniziativa di uno dei due coniugi, contenente l'esposizione dei fatti sui quali esso si fonda, al tribunale civile del luogo dell'ultima residenza coniugale ovvero del luogo ove il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio o, nel caso di irreperibilità o residenza all'estero di questi, del luogo ove si trova il ricorrente. Se entrambi i coniugi risiedono all'estero, può essere proposto a qualunque tribunale della Repubblica.

Presupposti della separazione giudiziale sono i fatti o le circostanze che hanno determinato l'intollerabilità della convivenza coniugale e in alcuni casi anche il grave pregiudizio per l'educazione dei figli, anche se non direttamente dipendenti dalla volontà dei coniugi. Tali situazioni vanno valutate caso per caso, tenuto conto dell'indice di sensibilità media di una persona, dell'ambiente di appartenenza e di ogni altro elemento che possa risultare utile ad individuarla. Il procedimento di separazione giudiziale si conclude con una **sentenza di separazione** attraverso la quale il tribunale accerta «ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia **addebitabile** la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio». Deve trattarsi di comportamenti di **particolare gravità** inerenti la violazione dei doveri coniugali (di cui agli artt. 143 e seguenti cod. civ.), attuati in maniera cosciente e volontaria, con omissioni o con azioni. La loro valutazione è, pertanto, rimessa al prudente e discrezionale apprezzamento del giudice, nell'ambito di una valutazione unitaria e organica dei fatti dedotti dalle parti nel giudizio. Sia ad istanza di parte che di ufficio, il tribunale può emanare **sentenza non definitiva di separazione**, nel caso in cui il processo debba continuare per la richiesta di addebito, per l'affidamento dei figli o per le questioni economiche. In qualunque stadio del procedimento e per concorde volontà dei coniugi, è comunque possibile trasformare la procedura da contenziosa in consensuale.

Separazione consensuale (art. 158 c.c.)– È proposta con ricorso, per accordo congiunto dei coniugi, al tribunale civile del luogo di residenza o domicilio dell'uno o dell'altro. Tale accordo deve contenere, oltre al mutuo consenso dei coniugi di sospendere a tempo indeterminato l'obbligo della coabitazione, anche tutte le altre collegate pattuizioni, quali ad esempio: a) l'entità dell'eventuale assegno per alimenti e/o mantenimento a favore del coniuge economicamente più debole; b) le condizioni in ordine all'affidamento dei figli ed al loro mantenimento; c) le modalità di articolazione del diritto di visita agli stessi; d) l'assegnazione della casa familiare. Il procedimento instaurato in forma consensuale si conclude – in modo molto più celere e meno traumatico rispetto a quello in forma giudiziale – con il **decreto di omologazione** di detto accordo, previo controllo da parte del tribunale delle condizioni in esso proposte. Non è possibile la trasformazione del rito da consensuale in giudiziale o contenzioso.

Separazione di fatto – Consta nell'interruzione della convivenza coniugale a seguito di un accordo informale (espresso o tacito) dei coniugi, non accompagnato da alcun provvedimento giudiziale di ratifica. Essa mantiene in vita (almeno formalmente) tutti i diritti e gli obblighi discendenti dal matrimonio, di cui all'art. 143 cod. civ.

Tra la proposizione del ricorso di separazione in tribunale e l'udienza di prima comparizione dei coniugi innanzi al Presidente finalizzata ad emanare i provvedimenti del caso, si determina tra i coniugi una fase di attesa, assimilabile ad una separazione di fatto, in cui permangono generalmente operativi quasi tutti gli obblighi discendenti dal matrimonio. In particolare, dal momento della proposizione del ricorso, sia in forma giudiziale che consensuale:

- rimane sospeso l'obbligo della coabitazione;



- rimane intatto l'obbligo della fedeltà coniugale;
- rimane l'obbligo dell'assistenza morale e materiale, sebbene ridimensionato in relazione a quegli aspetti strettamente collegati alla coabitazione;
- rimane ovviamente intatto ogni altro obbligo verso i figli.

La pronuncia di separazione (sia giudiziale che consensuale) dà origine ad uno stato giuridico dei rapporti coniugali di carattere transitorio, che può rimanere tale a tempo indeterminato, oppure cessare con la riconciliazione o sfociare nel divorzio. Con essa viene ufficialmente meno l'obbligo della coabitazione e – di conseguenza – dell'assistenza, relativamente alle modalità in cui si articolerebbe in una stabile convivenza; come pure viene meno, l'obbligo della fedeltà, mentre permane quello del mantenimento degli eventuali figli (art. 155 c.c.) nonché del coniuge che «non abbia adeguati redditi propri», purché non sia a questi addebitabile la separazione, la cui entità è determinata in relazione «alle circostanze e ai redditi dell'obbligato» (art. 156 c.c.). Molto si è discusso dei criteri sulla base dei quali il giudice della separazione deve stabilire **l'assegno di mantenimento** nei riguardi del coniuge economicamente più debole con particolare riguardo alle seguenti circostanze:

1. **all'assegnazione dell'abitazione familiare e alle conseguenti maggiori spese per un alloggio alternativo a carico del coniuge obbligato** (cfr. Cass. Sez. 1 -Ordinanza n. 25604 del 12/10/2018 *La casa familiare deve essere assegnata tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli minorenni e dei figli maggiorenni non autosufficienti a permanere nell'ambiente domestico in cui sono cresciuti, per garantire il mantenimento delle loro consuetudini di vita e delle relazioni sociali che in tale ambiente si sono radicate, sicché è estranea a tale decisione ogni valutazione relativa alla ponderazione tra interessi di natura solo economica dei coniugi o dei figli, ove in tali valutazioni non entrino in gioco le esigenze della prole di rimanere nel quotidiano ambiente domestico, e ciò sia ai sensi del previgente articolo 155 quater c.c., che dell'attuale art. 337 sexies c.c.*
2. **all'assistenza continuativa che il coniuge ritenuto economicamente più debole riceva dal convivente «more uxorio».** A riguardo la giurisprudenza di legittimità si è ormai definitivamente pronunciata nel senso che: *In tema di separazione personale, la formazione di un nuovo aggregato familiare di fatto ad opera del coniuge beneficiario dell'assegno di mantenimento, operando una rottura tra il preesistente tenore e modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale ed il nuovo assetto fattuale, fa venire definitivamente meno il diritto alla contribuzione periodica.* 1 – Sentenza n. 32871 del 19/12/2018
1. **alle elargizioni che i coniugi stabilmente ricevano dalla propria famiglia d'origine** (cfr. 1, Sentenza n. 10380 del 21/06/2012 *In tema di determinazione dell'assegno di mantenimento, sono irrilevanti le elargizioni a titolo di liberalità ricevute dal coniuge obbligato dai propri genitori o, comunque, da terzi, ancorché regolari e continuate dopo la separazione, in quanto il carattere di liberalità impedisce di considerarle reddito ai sensi dell'art. 156, secondo comma, cod. civ., così come non costituiscono reddito, ai sensi del primo comma dello stesso articolo, analoghi contributi ricevuti dal coniuge titolare del diritto al mantenimento.*

E' noto che la **sentenza della Suprema Corte a S.U. n. 11504/2017** ha dato inizio a un percorso giurisprudenziale che ha del tutto destituito il principio per cui il diritto all'assegno divorzile si misurava sull'impossibilità del coniuge richiedente di mantenere analogo tenore di vita a quello goduto durante il matrimonio, privilegiando il **principio dell'autosufficienza** attraverso il quale la solidarietà post coniugale cede il passo alla solidarietà sociale. E' in atto perciò la tendenza, anche per quanto attiene alla fase della separazione, a evitare forme di parassitismo, e quindi a limitare gli importi dell'assegno tutte le volte in cui sia configurabile una sostanziale autosufficienza del coniuge ritenuto economicamente più debole sulla base del divario fra i redditi. Deve però essere evidenziato



come siano riscontrabili **profonde differenze** dell'assegno nella separazione rispetto a quello nel divorzio. Innanzitutto la loro fonte normativa è diversa: **l'articolo 156 del codice civile per l'assegno a favore del coniuge separato, l'articolo 5 comma 6 della legge n. 898 del 1970 per l'assegno di divorzio**. In secondo luogo è diverso il **presupposto** sui cui si basa il dovere di assistenza materiale fra i coniugi nell'ambito della separazione personale, da un lato, e gli obblighi correlati alla cosiddetta "solidarietà post-coniugale" nel giudizio di divorzio, dall'altro. Nella separazione personale il rapporto coniugale non viene meno ed anzi permangono i doveri di natura personale, quali la fedeltà e la collaborazione; gli aspetti patrimoniali, invece, rimangono invariati pur assumendone forme confacenti alla nuova statuizione. Nel caso della sentenza che pronuncia lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili, invece, il rapporto matrimoniale si estingue completamente, sia sul piano personale, sia sul piano economico-patrimoniale.

La Suprema Corte, prendendo atto di queste profonde differenze, ha pertanto affermato che *"l'obbligo di assistenza materiale trova di regola attuazione nel riconoscimento di un assegno di mantenimento in favore del coniuge che versa in una posizione economica deteriore e non è in grado, con i propri redditi, di mantenere un tenore di vita analogo a quello offerto dalle potenzialità economiche dei coniugi"*. In altre parole, con il termine **"redditi adeguati"**, l'articolo 156 del codice civile ha inteso riferirsi al tenore di vita consentito dalle possibilità economiche dei coniugi (così Cass. 24 aprile 2007 n. 9915). In sostanza il giudice di merito, per verificare il diritto all'assegno di mantenimento, dovrà appurare se i mezzi economici di cui dispone il coniuge richiedente l'assegno, gli consentano o meno di conservare tale tenore di vita; all'esito di tale verifica, per la determinazione dell'assegno, occorrerà procedere ad una valutazione comparativa dei mezzi di cui dispone ciascun coniuge, valutati anche sulla base di particolari circostanze, come ad esempio la durata della convivenza. La Corte ha infatti precisato che la norma di cui all'art. 156 c.c. non è intesa a promuovere una colpevole inerzia del beneficiario, in quanto si ritiene che, in relazione all'assegno di mantenimento, si debba tener in considerazione l'attitudine del coniuge al lavoro, intesa come effettiva possibilità di svolgimento di un'attività lavorativa retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale ed ambientale (cfr. Cass., 13 febbraio 2013, n. 3502; Cass., 25 agosto 2006, n. 18547; Cass., 2 luglio 2004, n. 12121).

Dopo il **passaggio in giudicato della sentenza di separazione** o il **rilascio del decreto di omologazione**, sia i provvedimenti relativi ai coniugi tra loro sia quelli relativi ai figli sono sempre suscettibili di **modifica** da parte del competente tribunale a domanda di ciascuno di essi o di entrambi. Tra tali provvedimenti si annovera anche quello relativo al termine di rilascio della casa coniugale, qualora sia stato disposto. L'art. 156 cod. civ. richiede, a tal fine, la sopravvenienza di **«giustificati motivi»**. In relazione ai coniugi, essi vanno individuati in una sensibile riduzione delle risorse economiche del coniuge obbligato ovvero in un sensibile incremento delle stesse da parte del coniuge beneficiario; in relazione ai figli, riguardano le condizioni preventivamente statuite circa il loro affidamento e il diritto di visita ai medesimi. Ne consegue che, sia in caso di separazione giudiziale che consensuale, sarebbero comunque nulli gli eventuali accordi preventivi tra i coniugi finalizzati alla rinuncia o alla limitazione di successive modifiche dell'assegno; come pure sarebbe nullo qualsiasi tipo di accordo finalizzato ad escludere i rapporti tra genitore e prole, ovvero ad escludere le sue facoltà di vigilanza e controllo sugli stessi previste dalla legge a favore del genitore non affidatario in caso di separazione.

Il divorzio dei coniugi

Fino all'emanazione della "Legge sul Divorzio" (legge n. 898/1970, detta anche "Legge Fortuna-Baslini"), non erano previste cause di scioglimento del matrimonio diverse dalla morte di uno dei coniugi: il matrimonio era quindi considerato legalmente indissolubile. La Legge sul Divorzio

prevede i casi in cui è consentito il divorzio; il caso di gran lunga prevalente è dato dalla **separazione legale dei coniugi** che dura senza interruzioni da almeno **12 mesi** se la separazione è giudiziale o da almeno **6 mesi** se la separazione è consensuale (tali termini sono stati previsti dalla c.d. Legge sul Divorzio breve, in vigore dal 26 maggio 2015, e sostituiscono il precedente termine di 3 anni). Il procedimento di divorzio può essere **contenzioso** o a **domanda congiunta** e, una volta pronunciato, ha effetti sul piano civile, patrimoniale, successorio e sull'affidamento degli eventuali figli. Anziché rivolgersi al Tribunale gli ex-coniugi possono ora divorziare mediante un accordo raggiunto al termine della procedura di **negoziiazione assistita** da un avvocato, prevista dal DL 132/2014 (così come convertito con l. 162/2014), oppure – a certe condizioni – mediante un accordo raggiunto davanti al Sindaco quale Ufficiale di Stato Civile.

Nel caso di **matrimonio civile** (ossia di matrimonio contratto in Comune davanti all'Ufficiale dello Stato Civile), il divorzio è lo scioglimento definitivo del vincolo matrimoniale, pronunciato con sentenza da parte del Tribunale competente; lo scioglimento del vincolo può essere ora l'effetto anche di un accordo raggiunto al termine di un'apposita procedura di negoziazione assistita da un avvocato, introdotta dal DL 132/2014 così come convertito, oppure di un accordo innanzi al Sindaco quale Ufficiale di Stato Civile (ma solo se ricorrono determinate condizioni).

In caso di **matrimonio concordatario** (ossia quando il matrimonio è stato celebrato in Chiesa e poi regolarmente trascritto nei registri dello Stato Civile del Comune), si parla più propriamente di "cessazione degli effetti civili" del matrimonio stesso: permangono infatti gli effetti sul piano del sacramento religioso (a meno che non si ottenga una pronuncia di annullamento o di nullità da parte del Tribunale Ecclesiastico Regionale o della Sacra Rota). Prima di pronunciare la sentenza di divorzio, il Tribunale deve sempre tentare la **riconciliazione** e accertare che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non possa più essere mantenuta o ricostituita (art. 1 della Legge sul Divorzio): in altre parole, prima di pronunciare il divorzio il Giudice deve sincerarsi che la frattura nei rapporti fra marito e moglie non possa essere in alcun modo ricomposta. Oltre a ciò, il Giudice deve controllare la sussistenza di almeno uno dei presupposti tassativamente previsti dalla legge. In estrema sintesi, i casi di divorzio sono i seguenti:

- i coniugi sono separati legalmente e, al tempo della presentazione della domanda di divorzio, lo stato di separazione dura ininterrottamente da almeno 12 mesi se la separazione è giudiziale o da almeno 6 mesi se la separazione è consensuale (tale termine decorre in ogni caso dal giorno della comparizione delle parti davanti al Presidente del Tribunale nel procedimento di separazione);
- uno dei coniugi ha commesso un reato di particolare gravità (ad esempio è stato condannato con sentenza definitiva all'ergastolo o a una pena superiore a 15 anni di reclusione) oppure – a prescindere dalla durata della pena – è stato condannato per incesto, delitti contro la libertà sessuale, prostituzione, omicidio volontario o tentato di un figlio, tentato omicidio del coniuge, lesioni aggravate, maltrattamenti, ecc.;
- uno dei coniugi è cittadino straniero e ha ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del vincolo matrimoniale o ha contratto all'estero un nuovo matrimonio;
- il matrimonio non è stato consumato;
- è stato dichiarato giudizialmente il cambio di sesso di uno dei coniugi.

Il D.L. 132/2014 dà la possibilità agli ex-coniugi di divorziare tramite una procedura facoltativa a quella giudiziale: **la convenzione di negoziazione** assistita da avvocati. In pratica, in questi casi gli ex-coniugi possono cercare di trovare un accordo bonario, grazie all'assistenza di avvocati (ciascuna delle due parti deve essere assistita da un legale e i due avvocati non devono appartenere allo stesso Studio Legale per evitare conflitti d'interesse). La negoziazione assistita inizia con l'invio di un invito

a concludere la convenzione per il divorzio; la mancata risposta all'invito o il rifiuto sono elementi che potranno – in caso di successivo giudizio – essere tenuti in considerazione dal Giudice. L'accordo fra gli ex-coniugi deve essere raggiunto entro un termine prestabilito, comunque non inferiore a un mese dall'inizio della procedura di negoziazione assistita. **L'accordo** è sottoscritto dagli avvocati che assistono le parti. Nel sottoscrivere l'accordo, gli avvocati ne garantiscono la conformità «alle norme imperative ed all'ordine pubblico» e autenticano le sottoscrizioni apposte dagli ex-coniugi. Gli avvocati che assistono gli ex-coniugi divorziati hanno l'obbligo di trasmettere la copia autenticata dell'accordo all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto. Se non ci sono figli minorenni, incapaci o portatori di handicap gravi, occorrerà poi ottenere il nullaosta del Pubblico Ministero (ma non è previsto un termine entro il quale il nullaosta deve essere richiesto). Se invece ci sono **figli minorenni, incapaci o portatori di handicap gravi**, l'accordo deve essere trasmesso entro e non oltre 10 giorni al **Pubblico Ministero**, il quale potrà rilasciare la necessaria autorizzazione oppure, entro 5 giorni, ritrasmettere lo stesso accordo al Presidente del Tribunale, affinché si ordini la comparizione degli ex-coniugi. (Il procedimento relativo al rilascio da parte del Procuratore della Repubblica del **nulla osta** o dell'autorizzazione è esente dal contributo unificato di iscrizione a ruolo dovuto per ciascun grado di giudizio su richiesta di attività giurisdizionali delle parti interessate. Allo stesso modo è esente il procedimento davanti al Presidente del Tribunale). In alternativa, qualora non vi siano patti di trasferimento patrimoniale (ossia trasferimenti di beni immobili, mobili o somme di denaro non crea problemi, invece, la previsione, nell'accordo concluso davanti all'ufficiale dello stato civile, di un obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di **assegno periodico**) e/o non vi siano figli in comune che siano minori o incapaci o portatori di handicap gravi o anche solo non autosufficienti dal punto di vista economico, il D.L. 132/2014 prevede addirittura la possibilità di divorziare innanzi al Sindaco quale Ufficiale di Stato Civile, senza necessità di assistenza legale da parte di un avvocato (che rimane facoltativa). In tutti gli altri casi, ci si dovrà necessariamente rivolgere al Giudice, con il cd. “divorzio giudiziale” o “a domanda congiunta”. Infatti, lo scioglimento del vincolo matrimoniale può essere richiesto da uno dei coniugi, anche se l'altro coniuge non è d'accordo.

Il procedimento cd. **in contenzioso** (per la mancanza di accordo dei coniugi) si svolge innanzi al Presidente del Tribunale del luogo in cui il secondo coniuge ha la propria residenza o il proprio domicilio; nel caso in cui il secondo coniuge sia residente all'estero o risulti irreperibile, la domanda di divorzio si presenta al Tribunale del luogo di residenza o di domicilio del coniuge richiedente. Nel ricorso si deve aver cura di indicare l'esistenza di figli di entrambi i coniugi.

Se il coniuge richiedente è residente all'estero, è competente qualunque Tribunale.

Ciascun coniuge deve essere assistito dal proprio difensore.

Come previsto dalla Legge sul Divorzio, alla prima udienza il Presidente del Tribunale tenta la **conciliazione** e accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non possa essere mantenuta o ricostituita. Il Presidente emana quindi un'ordinanza con i provvedimenti temporanei e urgenti necessari per regolamentare gli aspetti patrimoniali e che interessano i figli nella pendenza del procedimento. Il Presidente nomina un Giudice Istruttore e fissa la data della relativa udienza innanzi a quest'ultimo. Il procedimento prosegue poi come un processo ordinario, con la fissazione di altre udienze. Se il procedimento comporta una lunga fase istruttoria, vale a dire un lungo periodo di acquisizione delle prove (testimoni, perizie, ecc.), il Tribunale emana una sentenza provvisoria, che intanto consenta ai coniugi di riottenere lo stato libero.

Lo scioglimento del vincolo matrimoniale può essere richiesto da entrambi i coniugi. Come nel **divorzio in contenzioso**, anche in questo caso i coniugi devono stare in giudizio assistiti da un difensore che, tuttavia, può essere unico per entrambi. Il procedimento si svolge innanzi al Tribunale in camera di consiglio, ossia con una procedura molto più snella del divorzio in contenzioso. In questo caso tutto si esaurisce in una sola udienza innanzi al Tribunale in camera di consiglio: l'udienza è fissata dal Presidente del Tribunale dopo aver letto il ricorso. All'udienza il Tribunale tenta la conciliazione e accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può più essere mantenuta o ricostituita. Quindi il Tribunale verifica la sussistenza dei presupposti richiesti dalla Legge sul Divorzio ed emette la sentenza di scioglimento del vincolo matrimoniale (o di cessazione degli effetti civili, in caso di matrimonio concordatario).

L'iter del **divorzio a domanda congiunta** è quindi più veloce e più semplice dell'iter del divorzio giudiziale.

Sia che venga emessa al termine di un procedimento in contenzioso, sia che venga emessa alla fine di un procedimento "a domanda congiunta", la sentenza di divorzio viene trasmessa all'Ufficiale di Stato Civile per l'annotazione nel Registro dello Stato Civile del luogo in cui fu trascritto il matrimonio.

La sentenza di divorzio produce i seguenti effetti:

- in caso di matrimonio civile, si ha lo scioglimento del vincolo matrimoniale; in caso di matrimonio religioso, si verifica la cessazione degli effetti civili (permane, invece, il vincolo indissolubile sul piano del sacramento religioso);
- la moglie perde il cognome del marito che aveva aggiunto al proprio dopo il matrimonio (ma può mantenerlo se ne fa espressa richiesta e il Giudice riconosce la sussistenza di un interesse della donna o dei figli meritevole di tutela);
- fintantoché il coniuge economicamente meno abbiente non passi a nuove nozze, il Giudice può disporre che l'altro coniuge sia tenuto a corrispondere un assegno periodico (detto "assegno divorzile"): l'importo è quantificato in base alle condizioni e ai redditi di entrambi i coniugi, anche in rapporto alla durata del matrimonio (vedi scheda sulla modificazione delle condizioni di divorzio);
- viene decisa la destinazione della casa coniugale e degli altri beni di proprietà;
- i figli minorenni vengono affidati a uno dei coniugi, con obbligo per l'altro di versare un assegno di mantenimento della prole, o a entrambi congiuntamente (cd. "affidamento condiviso"), nel rispetto di quanto previsto anche dagli artt. da 337-bis a 337-octies cod. civ. (così come introdotti dal D.Lgs. 154/2013 in materia di filiazione);
- ciascuno dei coniugi perde i diritti successori nei confronti dell'altro;
- se la sentenza di divorzio aveva a suo tempo riconosciuto a un coniuge il diritto all'assegno di mantenimento, tale coniuge ha diritto anche alla pensione di reversibilità dell'ex coniuge defunto (o a una sua quota), a condizione che nel frattempo il coniuge superstite non si sia risposato.
- In ogni caso, se uno dei coniugi matura il diritto al trattamento di fine rapporto (TFR) prima che sia pronunciata la sentenza di divorzio, l'altro coniuge ha diritto a una parte di tale importo.

La giurisprudenza della Corte di legittimità, chiamata in molteplici e multiformi fattispecie ad intervenire sulla complessa materia inerente la determinazione del *quantum dell'assegno divorzile*, si è pronunciata a **S. U. in data 11 luglio 2018**, affermando un sostanziale revirement alla tesi secondo cui l'assegno di divorzio non doveva più garantire il medesimo tenore di vita goduto durante il matrimonio, ma essere parametrato alla capacità economica e reddituale del coniuge più

debole. Secondo il Supremo Collegio, invece, per il riconoscimento dell'assegno, si deve adottare un **criterio composito** che, alla luce della valutazione comparativa delle rispettive condizioni economico-patrimoniali, dia particolare rilievo al contributo fornito dall'ex coniuge richiedente alla formazione del patrimonio comune e personale, in relazione alla durata del matrimonio, alle potenzialità reddituali future e all'età dell'avente diritto. Alla base di tale interpretazione si stagliano i **principi costituzionali di pari dignità e di solidarietà** che permeano l'unione matrimoniale anche dopo lo scioglimento del vincolo. Il contributo assegnato alla conduzione della vita familiare rappresenta il frutto di decisioni comuni di entrambi i coniugi, libere e responsabili, che possono incidere molto sul profilo economico patrimoniale di ciascuno di essi dopo la fine dell'unione matrimoniale: «Lo scioglimento del vincolo – scrivono i giudici – incide sullo status ma non cancella tutti gli effetti e le conseguenze delle scelte e delle modalità di realizzazione della vita familiare». Pertanto, «l'adeguatezza dei mezzi deve essere valutata non solo in relazione alla loro mancanza o insufficienza oggettiva ma anche in relazione a quel che si è contribuito a realizzare».

La massima che ne è scaturita è stata pertanto la seguente : *Ai sensi dell'art. 5 c.6 della L. n. 898 del 1970, dopo le modifiche introdotte con la L. n. 74 del 1987, il riconoscimento dell'assegno di divorzio, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarsi per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione dei criteri di cui alla prima parte della norma i quali costituiscono il parametro di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione, ed in particolare, alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto.*

AFFIDAMENTO DEI FIGLI IN CASO DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

L'affidamento dei figli è da sempre il nodo cruciale delle separazioni e dei divorzi. Di sicuro la fase della separazione, quella che segna il momento della disgregazione della famiglia, è la più difficile da gestire, sotto ogni profilo, indipendentemente se si sfocia in una procedura consensuale o contenziosa. E' in questo momento processuale che fondamentalmente si decide delle sorti dei figli, del loro affidamento, del loro mantenimento, dei calendari del diritto/dovere di visita e frequentazione del genitore non collocatario della prole.

Nella fase del divorzio, nella stragrande maggioranza dei casi, viene confermato il medesimo assetto della separazione, rispetto alle modalità di affidamento. Tuttavia non mancano colpi di scena nel divorzio e figli che decidono di cambiare la propria quotidianità e andare a vivere stabilmente con l'altro genitore, una volta pervenuti nella fase dell'adolescenza in cui la volontà dei figli diventa decisiva, specie in fase di ascolto. Con la Legge 54 del 2006 (legge Paniz), è stato introdotto anche in **Italia l'istituto dell'affidamento condiviso**, dopo un sentiero tortuoso e non scevro da polemiche e divisioni a tutti i livelli. Nel nostro Paese era fin troppo stratificata la tesi secondo la quale, in caso di separazione o divorzio, la soluzione migliore per i figli fosse l'affidamento esclusivo, quasi sempre appannaggio della figura materna. Anche il mondo della psicologia, in sede peritale di ufficio, fino a qualche decennio fa, nella maggioranza dei casi si era schierata a favore di tale impostazione.

La madre **dal 1970 al 2006** è stata considerata, in via tendenziale, il genitore più adatto allo sviluppo psicofisico dei figli e l'unica figura genitoriale che avrebbe potuto determinare nel quotidiano i più

rassicuranti indirizzi educativi in favore dei figli, una volta che il matrimonio fosse giunto all'epilogo. La figura paterna, spesso era confinata in una situazione subordinata a quella materna, con scarse possibilità di incidere sulle decisioni importanti della vita dei figli e con tempi risicatissimi per mantenere rapporti significativi con i propri figli. Il **principio della bigenitorialità** anche nella fase patologica dei rapporti familiari, istituito dalla convenzione di New York del 1989, è entrato a far parte della nostra legislazione attraverso l'istituto dell'**affidamento congiunto** previsto all'art. 155 c.c con la Legge 8 Febbraio 2006 n. 54. La norma si riferiva espressamente alla valutazione prioritaria circa la possibilità di un affidamento condiviso, che il giudice doveva effettuare al momento dell'emissione dei provvedimenti di cui al secondo comma dell'articolo 155 c.c. al fine di assicurare ***l'apporto di entrambi genitori ai figli nel caso di separazione e di divorzio secondo il criterio della pari idoneità genitoriale.***

La difficoltà di applicazione del principio e la sempre maggiore centralità delle questioni della famiglia hanno indotto il legislatore a riorganizzare la materia nel 2012 – 2013 introducendo con **decreto legislativo 28.12.2013 n.154** i nuovi articoli da 337 bis c.c. a 337 octies c.c. che riscrivono **la responsabilità genitoriale verso i figli in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi.**

In questi nuovi articoli (337 bis a 337 octies) sono stati trasportati i vecchi articoli da 155 a 155 sexies (come modificati dalla legge 54 del 2006) del codice civile ed alcuni commi dell'art 6 della legge n. 898/1970 che dettavano alcune disposizioni relative ai figli all'interno della legge sullo scioglimento del matrimonio.

Le questioni maggiormente problematiche che, per via giurisprudenziale si ponevano e (si pongono) tuttora riguardano:

- l'obbligo di mantenimento del coniuge debole e la questione connessa alla problematica della perdita del diritto al mantenimento per l'addebito della separazione
- l'obbligo di mantenimento dei figli (maggiorenni o meno)
- la violazione dell'obbligo di mantenimento dei figli e del coniuge
- il diritto di abitazione della casa familiare
- l'addebito della separazione

Già si è detto della Responsabilità genitoriale e del suo cambio di denominazione rispetto alla Potestà genitoriale. Per quello che qui interessa, va rimarcato che l'art. 337 bis c.c. identifica i casi nei quali le norme da 337 ter a 337 octies sono applicabili. La norma definisce l'ambito di applicabilità di tali articoli e cita espressamente la separazione dei coniugi, lo scioglimento del matrimonio, la cessazione degli effetti civili del matrimonio, l'annullamento del matrimonio, la nullità del matrimonio e, infine, i procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio. Si può dedurre che si è in presenza di **norme generali** che regolano i **rapporti genitori – figli** (ma anche ascendenti – nipoti) quando finisce il matrimonio o quando finisce l'unione di fatto, in presenza di figli nati fuori dal matrimonio (quest'ultima espressione si riferisce sia alle coppie di fatto, ma anche a qualsiasi altra ipotesi, come, ad esempio, i figli nati da relazioni extra coniugali).

Diritti dei figli

L'art. 337 ter c.c. individua i diritti dei figli verso i genitori dopo la separazione o il divorzio, (o la fine della convivenza dei genitori non sposati) in particolare è previsto, come **principio generale**, che i figli devono continuare ad avere un rapporto equilibrato con entrambi i genitori, (e con gli ascendenti di entrambi i genitori) anche dopo la fine del matrimonio. Dunque, come regola generale la fine del matrimonio (o della convivenza) non pone fine al rapporto genitori – figli. Lo stesso articolo aggiunge che i figli, anche dopo la fine del matrimonio, hanno diritto ad avere l'istruzione, l'educazione necessaria, oltre all'assistenza materiale e spirituale. Per **rendere effettivi** questi diritti dei figli (e, di conseguenza, continuare a far eseguire ai genitori i propri doveri verso i figli) l'art. 337 ter comma II prevede che **il giudice** (durante uno dei procedimenti indicati nel precedente art. 337 bis c.c.) adotta tutti i provvedimenti necessari a tal fine, considerando, esclusivamente, **l'interesse dei figli**. Valuta **prioritariamente** la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, **determina i tempi e le modalità** della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. **Prende atto**, se non contrari all'interesse dei figli, degli **accordi intervenuti tra i genitori**. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l'affidamento familiare. All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento è trasmessa, a cura del pubblico ministero, al **giudice tutelare che vigila sull'esecuzione dei provvedimenti nell'interesse dei minori**.

La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice.

Limitatamente alle decisioni su questioni di **ordinaria amministrazione**, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale **separatamente**. Qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate, il giudice valuterà detto comportamento anche al fine della modifica delle modalità di affidamento. Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, **ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito**; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:

- 1) le attuali esigenze del figlio.
- 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori.
- 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore.
- 4) le risorse economiche di entrambi i genitori.
- 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi.

Art. 337-quater. Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso

Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore. Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone **l'affidamento esclusivo** al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 337-ter. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile.

Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha **l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale** su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse.

L' Art. 337-quinquies autorizza i genitori a chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della responsabilità genitoriale su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo.

L'art. 337-sexies dispone che il godimento della casa familiare è tenuto prioritariamente conto **dell'interesse dei figli**. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643. In presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto.

All'art.337-septies. Vengono disciplinate le disposizioni per i figli maggiorenni in relazione ai quali, il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto. Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori.



Di centrale importanza ai fini dell'adizione da parte del giudice è:

l'Art. 337-octies. Poteri del giudice e ascolto del minore Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 337-ter, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. **Il giudice dispone, inoltre, l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.** Nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo. Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 337-ter per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.”.

La separazione nelle coppie di fatto:

I dati ISTAT degli ultimi anni confermano l'aumento del numero delle coppie di fatto, ovvero delle persone che decidono di convivere senza unirsi in matrimonio. La regolamentazione della separazione in questi casi può avvenire senza alcuna formalità. Se la coppia convivente ha avuto dei figli è necessario invece pervenire ad una regolamentazione del rapporto genitoriale ove i figli siano ancora minori secondo quanto disposto dalla legge 219/2012 che, come si è visto, ha eliminato ogni differenza tra figli naturali (nati fuori dal matrimonio) e figli legittimi (nati da coppie coniugate).

La mediazione familiare.

Inizialmente si credeva che la mediazione familiare fosse accessibile solo alle coppie sposate. Oggi con l'equiparazione dei figli nati dal matrimonio o da una coppia di fatto e con l'attrazione della competenza del tribunale **la mediazione familiare** è stata estesa ad ogni rapporto familiare: rapporti coniugali, rapporti di mera convivenza ma anche rapporti tra parenti (esempio: rapporti successori) estendendo così il concetto di “famiglia”.

La mediazione familiare ha, come detto, lo scopo principale di conciliare le parti: la conciliazione può essere intesa sia come rappacificamento della coppia (con superamento della crisi) sia come supporto alla coppia utile a far deporre “l'ascia di guerra” e incentivare la c.d. “separazione dignitosa” (ovvero scevra dai sentimenti di rabbia, frustrazione e vendetta che possono sorgere al termine di una relazione). La mediazione familiare viene generalmente gestita da un terapeuta (con competenze nella gestione dei conflitti) e dai legali specializzati nel diritto di famiglia e nelle tematiche di gestione della crisi familiare.

Il mediatore (sia esso terapeuta o legale) riceve la coppia conducendo colloqui separati e congiunti in modo da incentivare il dialogo tra le parti: invero una delle ragioni principali della crisi dei rapporti (siano essi coniugali o di mera convivenza) va ravvisata nell'assenza di dialogo.

I figli (la loro tutela e il loro benessere) hanno un ruolo centrale nella mediazione familiare: spesso si ritiene utile coinvolgere gli stessi nella fase di mediazione in modo da comprendere il loro punto di vista, le loro esigenze e il loro stato d'animo rispetto ad una situazione di crisi familiare. Tale modus operandi viene spesso attuato dai terapisti il cui compito non è solo quello di aiutare la coppia a risolvere la crisi (o a separarsi dignitosamente) ma anche (e soprattutto) quello di evitare

che i figli (spesso vittime inconsapevoli della crisi) subiscano traumi maggiori a quelli (comprensibilmente) inevitabili.

La mediazione può, come detto, avere due risultati:

- la risoluzione della crisi: la coppia, grazie alle sessioni con i mediatori, comprende la natura e la ragione del problema e, seguendo le indicazioni del mediatore, attua un percorso volto a ripristinare la situazione ante crisi;
- la presa d'atto della fine della relazione: in tal caso l'unico compito del mediatore è, come detto, quello di invitare le parti a trovare un accordo ponendo fine alla relazione sentimentale nel modo più salutare possibile. Si esaminano, quindi, le possibili soluzioni e si consiglia la strada migliore (quella meno indolore per i figli ma anche per la coppia stessa) per concludere la fine del rapporto. In tal caso, pertanto, si addiuvano;
- ad una separazione consensuale: in caso di coppia sposata, ove la crisi sia insanabile, la mediazione ha lo scopo di indurre i coniugi ad addivenire ad una separazione consensuale aiutando gli stessi a trovare soluzioni di reciproco accordo in relazione alla gestione dei figli, mantenimento degli stessi, regolamentazioni economiche e tutto quanto consegue alla fine del rapporto matrimoniale;
- alla redazione di una scrittura privata di impegno: in caso di coppia non sposata, ove la crisi sia insanabile, la mediazione ha lo scopo di indurre le parti a trovare soluzioni congiunte e condivise concernenti la gestione della prole, il mantenimento della stessa e la regolamentazione dei diritti di visita genitore-figlio. Tali condizioni congiunte e condivise vengono trascritte in una scrittura privata che ha effetti obbligatori tra le parti. A tutela dei figli, tuttavia, il legale (o anche la parte personalmente) può provvedere al deposito di tale accordo in Tribunale in modo da dotare di efficacia esecutiva l'accordo così raggiunto. Il Tribunale ovviamente non si limiterà ad apporre il visto ma si incaricherà una procedura di disamina dell'accordo raggiunto (al fine di valutare l'assenza di condizioni *contra legem*, comunque contrarie all'interesse dei minori o lesive dei diritti di uno delle due parti) e, in caso di correttezza dello stesso, provvederà (previo visto del Pubblico Ministero) a dotare di "ufficialità" l'accordo raggiunto in sede di mediazione. Tale procedimento è necessario (a tutela della prole) in quanto, come noto, la scrittura privata ha solo valenza tra le parti con la conseguenza che, in caso di inadempimento, la parte diligente non potrà immediatamente agire esecutivamente per ottenere l'adempimento della prestazione, cosa invece assolutamente possibile nel caso di ratifica dell'accordo da parte del Tribunale.
- al fallimento totale della mediazione familiare: si ha nel caso in cui la crisi tra le parti (coniugate o conviventi) sia insanabile e il mediatore non riesca nell'intento di trovare un accordo tra le parti. In tal caso le parti dovranno necessariamente passare alla fase giudiziale.

L'esperimento della procedura di mediazione familiare non è obbligatorio: invero nel caso in cui il legale si renda conto che il caso sottoposto alla sua attenzione è relativo ad una crisi insanabile, causata da motivi gravi (pensiamo a casi di violenza o a casi in cui una delle due parti sia dedita all'abuso di alcolici o sostanze stupefacenti o conduca uno stile di vita alquanto inappropriato) procede direttamente in sede giudiziale. Va precisato che nel caso in cui non si esperisca la mediazione familiare, raducando immediatamente un procedimento giudiziale, è sempre possibile trovare una conciliazione: invero il Giudice relatore, analogamente al Presidente nell'ambito delle separazioni giudiziali, alla prima udienza di comparizione dei coniugi tenta di farli addivenire ad un accordo che è sempre raggiungibile sino al momento dell'udienza di precisazione delle conclusioni.

Il ricorso al Tribunale.

Sulla base della Legge 219/2012 è stato introdotto il **cd. «rito partecipativo»** per la regolamentazione in giudizio dei diritti dei figli nati fuori dal matrimonio e delle coppie di fatto, conviventi, non sposate.

Detto procedimento prevede che, una volta depositato il ricorso ex art. 316-317 bis cod. civ., il Presidente del Tribunale non fissi (come accade invece per i procedimenti di separazione e divorzio) udienza, bensì conceda due termini, uno per la parte ricorrente per la notifica del ricorso, ed un altro alla parte resistente per il deposito di una memoria difensiva di costituzione, concedendo sempre ad entrambe le parti il termine per il deposito delle ultime tre dichiarazioni dei redditi. Lette le difese, il Collegio può:

- fissare direttamente udienza dinanzi a sé, non ritenendo sussistenti i presupposti per formulare un suggerimento conciliativo;
- rimettere le parti dinanzi al giudice delegato con il compito di suggerire ai genitori una possibile soluzione conciliativa, riservandosi di intervenire successivamente, se fallito il tentativo di conciliazione;
- pronunciare provvedimenti provvisori, in presenza di conclusioni parzialmente conformi dei genitori (es. entrambi chiedono l'affido condiviso).

Il procedimento prevede, quindi, **una fase conciliativa** innanzi ad un giudice delegato (di solito un giudice onorario), e solo in caso di fallimento di quest'ultima, una fase contenziosa innanzi al Collegio. La fase conciliativa o pre – contenziosa potrebbe, pertanto, concludersi con **un accordo dei genitori**, che verrà poi recepito dal Collegio, una sorta di omologa, sempre in analogia con quanto avviene nei procedimenti di separazione e divorzio. Tale accordo ben potrebbe corrispondere alla proposta del giudice designato oppure in una soluzione totalmente o parzialmente diversa, elaborata dai genitori grazie all'assistenza dei difensori nominati, che certamente possono utilizzare il suggerimento del magistrato al fine di convincere le rispettive parti a confrontarsi sui problemi emersi ed a dialogare come padre e madre. Se la fase conciliativa non porta a nessuna composizione bonaria, gli atti vengono rimessi al Collegio che provvede alla definizione giudiziale del procedimento, se del caso, previa nuova convocazione dei genitori.

Infine, qualora i genitori concordino integralmente sulle condizioni di affidamento e mantenimento, possono presentare al Tribunale ordinario un ricorso congiunto ai sensi dell'art. 316 cod. civ. In tal caso i genitori non dovranno neppure comparire davanti al Giudice e l'esame del Tribunale si limiterà alla verifica dell'adeguatezza degli accordi raggiunti dai genitori nell'interesse della prole minore, alla luce del disposto normativo di cui all'articolo 337-ter, comma secondo, codice civile, accordo che verrà poi recepito dal Collegio.

La responsabilità genitoriale

Nei rapporti di famiglia si attribuisce preminente rilevanza all'interesse superiore dei figli minori, concetto introdotto per la prima volta a livello internazionale dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, a cui è seguita la Convenzione di Strasburgo del 1996 ratificata con la L. n 77/2003 ed introdotta nel ordinamento italiano solo tre anni più tardi con la legge sull'affido condiviso l n 54/2006 completamente modificata dal d.lg 28 dicembre 2013 n 154.

Nell'ambito di tutti i procedimenti in cui sono coinvolti i minori dunque il superiore interesse della prole deve essere sempre tenuto ben presente da tutti i soggetti del processo; è infatti importante sottolineare come nel nostro ordinamento si è passati dal termine antico di potestà genitoriale di derivazione romanistica a quello più moderno di responsabilità genitoriale, termine che indica bene

quali sono i doveri della coppia genitoriale nei confronti dei figli in luogo della potestà in origine del pater familias, ed estesa, in un secondo momento, ad entrambe le figure genitoriali dal legislatore del 1975, anche se, per la verità la potestà genitoriale, per opera della giurisprudenza, ben prima della riforma epocale del 1975, era già stata ridisegnata quale esercizio di una funzione, di un munus diretto a realizzare gli interessi della prole e non quelli di chi ne fosse investito.

La sostituzione del concetto di potestà con quello di responsabilità genitoriale realizzata con il dlgs 28 dicembre 2013 n 154 va inserita nell'evoluzione del concetto di supremo interesse del minore visto che, con il termine responsabilità si vuole evidenziare più che il potere che il genitore deve esplicitare sul figlio il dovere di accudirlo e di educarlo. La responsabilità genitoriale nell'ultima normativa viene valorizzata in tutta le fasi del rapporto genitore figli, sia nella fase fisiologica sia in quella patologica a prescindere dall'esistenza o meno di un vincolo matrimoniale, rimarcando in questo modo l'importanza del ruolo del minore piuttosto che quello del genitore.

Il legislatore non dà una definizione del termine "responsabilità genitoriale" così come non lo aveva dato il legislatore del 1942 quando aveva definito "la patria potestà". La nozione deve essere riempita di contenuti con l'evoluzione socio culturale dei rapporti genitori figli. Si è soliti ritenere che il concetto di responsabilità ricomprenda la vecchia potestà e si ponga come qualcosa di più ampio rispetto alla stessa, nel senso che al potere che il genitore esercita necessariamente sul figlio deve accompagnarsi anche l'adempimento dei doveri di accudimento, di istruzione, di educazione. La responsabilità genitoriale permane anche in caso di raggiungimento della maggiore età e vincola i genitori al mantenimento dei figli fino alla indipendenza economica degli stessi, oltre quindi la maggiore età.

Il contenzioso familiare. La centralità dell'interesse dei minori. La PAS (sindrome di alienazione parentale)

La centralità dell'interesse dei figli rispetto a quello dei genitori deve essere tenuto ben presente in ogni contenzioso di carattere familiare. E' noto a tutti che, quando i rapporti familiari vanno in crisi, i genitori tendono a diventare egoisti, a scaricare l'uno sull'altro le proprie rabbie e frustrazioni derivanti dalla fine del rapporto, con evidente disinteresse della sorte dei loro figli, disinteresse che cresce in maniera proporzionale al grado di conflittualità e che si manifesta in atteggiamenti di severità nei confronti dei figli più piccoli cui vengono riservate minori attenzioni rispetto a quelli più grandi, comportamenti che potranno portare a gravi patologie comportamentali nello sviluppo del minore, come la sindrome di alienazione genitoriale. Tale termine, pur essendo privo di validità scientifica certa, per essere stato eliminato dal manuale diagnostico dei disturbi mentali, è stato elaborato da certa letteratura medica per indicare un complesso di elementi essenziali e distintivi atti a descrivere il rapporto dei genitori separati o divorziati con i loro figli. Tali elementi si sostanziano precisamente in due ovvero: l'indottrinamento da parte di un genitore in pregiudizio dell'altro e l'allineamento del bambino con il genitore "alienante".

Tra i casi più clamorosi va segnalato quello del bambino di Cittadella (PD) che nell'ottobre 2012, è stato forzatamente prelevato da scuola al fine di dare esecuzione al provvedimento della Corte d'Appello di Venezia (decreto 2 agosto 2012). Quest'ultima, nello specifico, ne ha disposto l'affidamento al padre con inserimento all'interno di un'apposita struttura residenziale educativa dove potesse incontrare i genitori seguendo, altresì, un apposito ed accurato programma psicoterapeutico. Tale decisione modificativa della situazione preesistente, che vedeva il minore affidato ai servizi sociali e collocato presso la madre decaduta dalla potestà, si fondava sui risultati della CTU, la quale aveva riscontrato nel minore la "Sindrome da alienazione parentale" attivata

dalla figura materna. La vicenda è approdata fino in Cassazione la quale, con la sentenza 6-20 marzo 2013, n. 7041 ha annullato il decreto impugnato disponendo il rinvio alla Corte d'Appello di Brescia per nuovo esame.

Nella pronuncia della Suprema Corte si evidenzia proprio quella difficoltà di inquadrare definitivamente l'alienazione genitoriale quale patologia rilevante in ambito giuridico, a causa dell'assenza di un effettivo, condiviso e formale riconoscimento della stessa nel settore medico-scientifico. La Cassazione, infatti, evidenzia come "venga in considerazione una teoria non ancora consolidata sul piano scientifico, ed anzi, come si vedrà, molto controversa" ed inoltre, richiamando le censure mosse dalla madre alla validità scientifica di tale disturbo ed alla sua eventuale sussistenza nel caso di specie, mette in rilievo "le perplessità del mondo accademico internazionale, al punto che il Manuale Diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM) non la riconosce come sindrome o malattia", oltre ad altri studi di esperti del settore. La Cassazione dunque non nega, l'esistenza generale di questo disturbo in ambito scientifico e conseguentemente giuridico ma conclude con la chiara affermazione che: "di certo non può ritenersi che, soprattutto in ambito giudiziario, possano adottarsi delle soluzioni prive del necessario conforto scientifico, come tali potenzialmente produttive di danni ancor più gravi di quelli che le teorie ad esse sottese, non prudentemente e rigorosamente verificate, pretendono di scongiurare".

In senso non dissimile la sentenza della Cass. Civ., n. 5847/2013 che ha rigettato il ricorso presentato dal padre contro la sentenza della Corte d'Appello di Catania ed in parziale accoglimento dell'appello proposto dalla madre gli ha tolto l'affidamento dei figli. La Corte, in tal caso, ha rigettato il ricorso perché la decisione della Corte d'Appello non si basava solo sul riconoscimento della sindrome di alienazione genitoriale ad opera del servizio di psichiatria della Asl ma anche "su altri elementi non specificatamente censurati dal ricorrente, concernenti il giudizio negativo circa le attitudini genitoriali del padre (...), dandone conto in una motivazione priva di vizi logici e quindi incensurabile in questa sede...").

Va pertanto posta in chiara evidenza l'ultima sentenza in materia della Corte di cassazione civile n. 6919 del 08/04/2016 che ha annullato senza rinvio la sentenza della Corte di appello di Milano del 17.12.2013 sancendo questo importante principio: "In tema di affidamento di figli minori, qualora un genitore denunci comportamenti dell'altro genitore, affidatario o collocatario, di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una sindrome di alienazione parentale (PAS), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità del fatto dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena."

Il fenomeno della PAS, la rilevanza della stessa e la sua sussistenza effettiva nei casi concreti, assume particolare rilievo in relazione all'istituto dell'audizione del minore, ex art. 155 sexies, co. 1, c.c., data l'esigenza di comprendere se ciò che dichiara il minore sia frutto di una sua effettiva volontà, bisogno e desiderio o, al contrario, sia conseguenza di un pregiudizievole fenomeno di alienazione genitoriale (v. Cass. Civ., n. 5847/2013, citata, in cui si riconosce come l'esistenza della PAS "causata da pressioni paterne che avrebbero inficiato i risultati dell'audizione"). L'audizione, invero, quale strumento processuale (obbligatorio per i minori che abbiano compiuto 12 anni) che permette al



minore di esprimersi e di introdursi più attivamente all'interno di un giudizio destinato a concludersi con provvedimenti per lui particolarmente rilevanti, merita la giusta attenzione al fine di non divenire pregiudizievole per l'interesse che si vuole tutelare. Non necessariamente, infatti, le dichiarazioni del minore e ciò che esso esprime come sua volontà devono essere assecondate, dato che sta all'autorità giudiziaria individuare con attenta analisi "l'interesse morale e materiale" della prole, parametro esclusivo nell'adozione dei provvedimenti che la concernono (Tra le tante Cass. Civ., n. 7773/2012, in cui tra le altre cose si afferma che: "... attesa la primazia dell'interesse morale e materiale della prole stessa, la norma contenuta all'art. 155 sexies, primo comma, (...), non solo consente di realizzare la presenza nel giudizio dei figli, in quanto parti sostanziali nel procedimento (...), ma impone certamente che degli esiti di tale ascolto si tenga conto. Naturalmente le valutazioni del giudice, in quanto doverosamente orientate a realizzare l'interesse del minore, che può non coincidere con le opinioni dallo stesso manifestate, potranno in tal caso essere difformi...").

La ripartizione della competenza tra il Tribunale per i Minori e il Tribunale ordinario. Il Principio di concentrazione delle Tutele.

Per effetto della riforma del 1975 vigeva la regola del "doppio binario", in virtù del quale al Tribunale ordinario spettava, nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzi, di dirimere le questioni inerenti l'affidamento e il mantenimento dei figli legittimi, oltre a quelle relative al mantenimento dei figli naturali, laddove il Tribunale per i Minorenni si occupava con competenza esclusiva, dell'affidamento dei figli naturali e della disciplina del loro rapporto con i genitori, dei procedimenti relativi alla potestà genitoriale di cui agli articoli 330 e 333 del codice civile e dei giudizi in tema di affidamento, adottabilità e adozione ai sensi della Legge n. 184 del 1983. In base a questa bipartizione, i genitori coniugati potevano accedere ad un sistema unitario di giustizia, che faceva capo al Tribunale ordinario, mentre i genitori non coniugati, a seconda del tipo di tutela di cui avevano bisogno, dovevano necessariamente rivolgersi al Tribunale ordinario ovvero al Tribunale per i Minorenni. Tale sistema, oltre a comportare di difficoltà nella scelta del giudice da adire, accentuava, sul piano processuale, le disparità di trattamento tra figli legittimi e figli naturali; e ciò nonostante fosse stato dichiarato legittimo della Corte Costituzionale.

La Legge n. 219 del 2012, nell'imporre l'unicità dello stato giuridico della filiazione garantendo la stessa condizione giuridica tra figli legittimi, legittimati e naturali, ha reso particolarmente importante procedere ad una disamina approfondita dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile che, oggi, dispone testualmente:

Art. 38. – Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, del codice civile. Per i procedimenti di cui all'articolo 333 resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile; in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario.

Sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria. Nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Fermo restando quanto previsto per le azioni di stato, il tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, e i provvedimenti emessi sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga

diversamente. Quando il provvedimento è emesso dal tribunale per i minorenni, il reclamo si propone davanti alla sezione di corte di appello per i minorenni.

Il giudice, a garanzia dei provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole, può imporre al genitore obbligato di prestare idonea garanzia personale o reale, se esiste il pericolo che possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi suddetti. Per assicurare che siano conservate o soddisfatte le ragioni del creditore in ordine all'adempimento degli obblighi di cui al periodo precedente, il giudice può disporre il sequestro dei beni dell'obbligato secondo quanto previsto dall'articolo 8, settimo comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898. Il giudice può ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, di versare le somme dovute direttamente agli aventi diritto, secondo quanto previsto dall'articolo 8, secondo comma e seguenti, della legge 1° dicembre 1970, n. 898. I provvedimenti definitivi costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818 del codice civile.

Tuttavia, ancora oggi le tutele processuali non sono le stesse. La legge di riforma ha operato infatti la scelta di lasciare che l'amministrazione della giustizia minorile restasse affidata alla dicotomia tra Tribunale ordinario e Tribunale per i Minorenni, nonostante la volontà di introdurre un unico Tribunale per la famiglia e i minori con competenza esclusiva per tutti i procedimenti in materia.

Va innanzitutto chiarito che l'articolo 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile vecchia formulazione demandava al Tribunale per i Minorenni l'emanazione dei «provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 171, 194, comma secondo, 250, 252, 262, 264, 326, 317-bis, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, nonché nel caso di minori dall'articolo 269, primo comma, del codice civile». Il secondo comma stabiliva che rientravano nella competenza del Tribunale ordinario i provvedimenti non attribuiti espressamente alla competenza di una diversa autorità giudiziaria.

Pertanto, erano di competenza del Tribunale per i Minorenni: l'ammissione al matrimonio dell'ultrasedicenne (articolo 84 c.c.); la nomina di un curatore per l'assistenza nelle convenzioni matrimoniali (articolo 90 c.c.); la destinazione ai figli di una quota dei beni del fondo patrimoniale (articolo 171 c.c.); la costituzione di usufrutto sui beni del coniuge non affidatario in caso di divisione della comunione (articolo 194, secondo comma, c.c.); la sentenza che tiene luogo del consenso mancante in caso di riconoscimento di figlio nato fuori del matrimonio cui si opponga l'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento (articolo 250 c.c.); l'affidamento del figlio nato fuori del matrimonio e suo inserimento nella famiglia del genitore coniugato (articolo 252 c.c.); la decisione sull'assunzione del cognome da parte del figlio nato fuori del matrimonio (articolo 262 c.c.); l'autorizzazione a impugnare il riconoscimento (articolo 264 c.c.); la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità nel caso di figlio minore (articolo 269, primo comma, c.c.); i provvedimenti in caso di contrasto dei genitori su questioni di particolare importanza nell'esercizio della potestà genitoriale (articolo 316, c.c.); provvedimenti sull'esercizio della potestà sui figli nati fuori del matrimonio (ex articolo 317 bis, c.c., nel testo ante novella del 2013); i provvedimenti di potestà, modificativi e ablativi della potestà genitoriale (artt. 330-335 c.c.); i provvedimenti di autorizzazione del minore a continuare l'esercizio dell'impresa (articolo 371, ultimo comma).

Il nuovo testo dell'art. 38 riduce fortemente le materie di competenza del Tribunale per i Minorenni ed introduce un limite importantemente rappresentato dalla pendenza tra le stesse parti, di un giudizio di separazione, divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 codice civile. In questi casi per tutta la durata del processo, la competenza – c.d. per «attrazione» (incidentale) – è attribuita al giudice

ordinario. La ratio della disposizione risiede nell'esigenza di favorire il *simultaneus processus*, attribuendo al giudice ordinario anche il potere di emanare – nell'interesse del minore – ulteriori provvedimenti in qualche misura connessi. La riduzione di competenza del Tribunale per i Minorenni risponde all'esigenza di realizzare una parità di trattamento tra figli, in riferimento al prioritario interesse del minore – che funge da perno per tutta la materia familiare – ed evitare giudicati contrastanti. La *vis attractiva* opera per quanto attiene il procedimento di separazione e divorzio ma non l'incontrario, ragione per cui le competenze del tribunale per i Minorenni devono intendersi tassative e non possono attrarre competenze del Tribunale ordinario (cfr. Ordinanza della Corte di Cassazione del 29/07/2015 ha così statuito: Instaurato da parte del P.M. un giudizio ex art. 333 c.c. davanti al tribunale per i minorenni, nel corso del quale sia stata accertata l'insussistenza di comportamenti pregiudizievoli da parte dei genitori nei confronti del proprio figlio minore, il successivo procedimento ex art. 317 bis (oggi art. 337 ter) c.c., introdotto da uno dei genitori e relativo all'affidamento del figlio medesimo, è devoluto alla competenza generale del tribunale ordinario del luogo di residenza abituale del minore, non potendo subire la "*vis attractiva*" del tribunale per i minorenni, che ha competenze tassativamente individuate dalla legge.)

I presupposti indicati dal legislatore per rendere operante la *vis attractiva* sono due, vale a dire che vi sia un giudizio "in corso" e "tra le stesse parti". Il termine "in corso" deve essere interpretato come processo pendente, iscritto a ruolo, posto che nel caso di cancellazione della causa dal ruolo il giudice deve provvedere alla estinzione del processo. Con l'espressione "tra le stesse parti" sembrerebbe che la *vis attractiva* non possa essere applicata nelle ipotesi in cui la richiesta di provvedimenti di potestà sia fatta valere innanzi al Tribunale per i Minorenni dai parenti, soggetti legittimati ai sensi dell'articolo 336 codice civile, i quali potrebbero anche domandare l'affidamento ad essi del minore. Il procedimento, inoltre, potrebbe essere instaurato avanti al giudice minorile dal pubblico ministero, anch'egli dotato di una specifica legittimazione in questo ambito ai sensi dell'articolo 336 codice civile. In presenza di diversi orientamenti interpretativi, è intervenuta la Suprema Corte, la quale ha sancito che «qualora sia in corso un giudizio di separazione, divorzio o un giudizio ai sensi dell'articolo 316 codice civile, anche in pendenza dei termini per le impugnazioni e nelle altre fasi di quiescenza, fino al passaggio in giudicato, la competenza in ordine alle azioni dirette ad ottenere provvedimenti limitativi od ablativi della responsabilità genitoriale, proposte successivamente e richieste con unico atto introduttivo dalle parti (così determinandosi un'ipotesi di connessione oggettiva e soggettiva) deve attribuirsi al giudice del conflitto familiare (Tribunale ordinario e Corte d'Appello). L'identità delle parti dei due giudizi non è esclusa dalla partecipazione del Pubblico Ministero». Una conseguenza di particolare rilievo della riforma riguarda il regime dei figli nati fuori dal matrimonio in relazione ai quali competente per la determinazione delle condizioni di affidamento e mantenimento è il giudice ordinario. Ciò dovrebbe garantire la certezza del diritto e la concentrazione delle tutele che, secondo la Suprema Corte, rappresentano un aspetto centrale della ragionevole durata del processo. Tale principio, oltre ad assicurare maggiore rapidità nella decisione, è un valido rimedio per scongiurare il pericolo di giudicati contrastanti.

Tuttavia il testo dell'articolo 38, a causa di una formulazione ambigua, non chiarisce se la competenza del Tribunale per i Minorenni cede a quella del Tribunale ordinario solo per i provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale previsti dall'articolo 333 codice civile o anche per i provvedimenti ablativi della suddetta responsabilità genitoriale previsti, per gli abusi più gravi, dall'articolo 330 codice civile; in presenza di opposte tesi tendenti alternativamente ad escludere o a confermare la proroga della competenza a favore del giudice ordinario in relazione a provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale, è intervenuta la Suprema Corte la quale, privilegiando il principio di effettività di tutela ha stabilito che «ai sensi dell'articolo 38 i procedimenti ex articoli 330 e 333 codice civile sono di competenza del Tribunale per i Minorenni.

Per i procedimenti di cui all'articolo 333 è esclusa la competenza del Tribunale per i Minorenni ove sia in corso tra le stesse parti un giudizio di separazione e divorzio (e più in generale un giudizio ai sensi dell'articolo 337 ter codice civile); in tali ipotesi, anche per i provvedimenti contemplati dall'articolo 330, la competenza spetta al Tribunale ordinario. La competenza per il procedimento ex articolo 330 resta radicata presso il Tribunale per i Minorenni se, al momento del ricorso, il procedimento previsto dall'articolo 337 ter codice civile non è ancora pendente davanti al Tribunale ordinario e, a maggior ragione, se il Tribunale minorile ha già adottato un provvedimento di sospensione dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'articolo 333, operando, in tal caso, i principi della perpetuatio jurisdictionis e di economia processuale». Tale impostazione è stata di recente confermata con Ordinanza n. 20202 del 31/07/2018: Ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c. come novellato dall'art. 3 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, il tribunale per i minorenni resta competente a conoscere della domanda diretta ad ottenere la declaratoria di decadenza o la limitazione della potestà dei genitori ancorché, nel corso del giudizio, sia stata proposta, innanzi al tribunale ordinario, domanda di separazione personale dei coniugi o di divorzio».

La materia presenta ricadute sociali di notevole rilievo se si considera che l'articolo 333 codice civile opera in caso di condotte pregiudizievoli per il minore, e permette al giudice di emanare i «provvedimenti convenienti» «secondo le circostanze», contemplando tra questi anche misure restrittive particolarmente rigorose (ad esempio può disporre l'allontanamento del minore dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore). Perciò, a fronte di tali incertezze interpretative, alcuni Tribunali ordinari e minorili, operanti nel medesimo territorio, hanno raggiunto protocolli d'intesa al fine di garantire la tutela del minore e superare la mancata individuazione, da parte del legislatore, di un raccordo tra le rispettive attività in materia di ripartizione delle competenze.

In questo scenario interpretativo così multiforme si colloca la sentenza della Corte Costituzionale n. 134 del 2016 che, investita della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 38: È inammissibile, per insufficiente motivazione in ordine alla rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 38, comma 1, nella parte in cui attribuisce alla competenza del Tribunale per i Minorenni, anziché del Tribunale ordinario, i procedimenti contemplati dagli articoli 330 e 333 codice civile, ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale, in riferimento agli articoli 3, 97 e 111 della Costituzione». Con tale sentenza la Corte è tornata nuovamente sulla questione processuale dell'articolo 38 confermandone la conformità alla Carta e ritenendo non manifestamente irragionevole la scelta operata dal legislatore. La questione sollevata dal Tribunale ordinario di Firenze con riferimento all'articolo 38, comma 1, nella parte in cui attribuisce alla competenza del Tribunale per i Minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 330 e 333 del codice civile, riguardava il caso di un padre che aveva promosso un ricorso ex articolo 709 ter codice procedura civile diretto a modificare il decreto con cui, nel 2007, il Tribunale per i Minorenni di Firenze aveva disposto l'affidamento condiviso della figlia ad entrambi i genitori; e ciò al fine di ampliare i tempi di permanenza della minore presso di sé. La madre, convenuta dinanzi al Tribunale ordinario, aveva chiesto da un lato, la sospensione del processo ai sensi dell'articolo 295 codice procedura civile, in attesa della definizione di altro giudizio promosso dalla Procura minorile di Firenze ex articolo 336 codice civile — scaturito da una denuncia penale della madre nei confronti dell'ex convivente, accusato di comportamenti violenti verso la donna e i nonni materni — e, dall'altro, il rigetto del ricorso, con l'affidamento esclusivo della minore, incontri protetti tra padre e figlia oltre la fissazione di un assegno di contributo al mantenimento da parte del padre. Secondo il giudice remittente il mantenimento del riparto di competenza del Tribunale per i Minorenni, accanto a quella del Tribunale ordinario, per i provvedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale — violando il principio di cui all'articolo 3 della Costituzione di uguaglianza dei figli e pari dignità

sociale della filiazione – avrebbe determinato un trattamento processuale differenziato di situazioni identiche sul piano dei diritti sostanziali. Il giudice, inoltre, ha denunciato la violazione degli articoli 97, comma 2, e 111 Costituzione, in quanto la “duplice” competenza si pone in contrasto con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione e con il principio del giusto processo, sotto il profilo della ragionevole durata dei procedimenti. Pertanto, in attuazione della unicità di status sarebbe stata legittima, di conseguenza, anche l’unificazione del trattamento processuale delle controversie inerenti la filiazione e la responsabilità genitoriale.

La Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione in quanto il ricorso ex articolo 709 ter codice procedura civile era diretto soltanto a regolare il diritto di visita del padre, senza per questo alterare lo stato dell’affidamento o la titolarità della responsabilità genitoriale. Pertanto, secondo la Corte, vi era nel caso giudiziario sottoposto alla sua attenzione l’impossibilità di valutare se nel giudizio a quo sussistesse la denunciata sovrapposizione di competenze del Tribunale ordinario e del Tribunale minorile. La Corte ha quindi asserito «l’impossibilità di valutare se nel giudizio a quo sussista la denunciata sovrapposizione di competenze del tribunale ordinario e del tribunale minorile» e l’insussistenza degli «aspetti disfunzionali» della separazione delle competenze del tribunale ordinario e del tribunale per i minorenni, che ricorrono, «in tutti quei casi nei quali il conflitto tra i genitori sulle modalità di affidamento sia destinato a sfociare in provvedimenti restrittivi della responsabilità genitoriale».

Va per ultimo segnalato la diversificazione dei riti processuali davanti dei procedimenti di famiglia, posto che l’applicazione degli artt. 737 cp.c. riguarda le sole controversie “in materia di affidamento e di mantenimento dei minori”. Tale scelta non è estesa alle controversie di cui agli articoli 171, 194, 250, 252, 262, 264 codice civile, di competenza del Tribunale ordinario e che non hanno ad oggetto questioni relative all’affidamento o al mantenimento dei minori. Tuttavia, poiché il comma 3 dell’articolo 38 stabilisce: «fermo restando quanto previsto per le azioni di stato, il tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, e i provvedimenti emessi sono immediatamente esecutivi», si può ragionevolmente dedurre che il procedimento in camera di consiglio valga per tutte le controversie minorili, nonostante siano state portate all’attenzione del giudice ordinario e non siano strettamente attinenti con l’affidamento o con il mantenimento.

Inoltre, nel modello processuale ordinario la famiglia può beneficiare di una fase procedimentale preliminare, nell’ambito della quale le parti sono convocate e sentite per un tentativo di conciliazione dinanzi al Presidente. Ciò al fine di tentare di ricostruire il legame familiare e consentire ai genitori di raggiungere un accordo conciliativo. Nel rito camerale una udienza del genere non è prevista, in quanto il Presidente deve fissare direttamente la comparizione dei genitori dinanzi al Collegio o al Giudice Delegato. Per tali motivi, in attuazione dell’art. 316 c.p.c.[1], la Sezione IX del Tribunale di Milano ha introdotto il cd. rito partecipativo, così definito in quanto consente ai genitori non uniti in matrimonio di “partecipare” alla costruzione di una decisione comune, ove il ruolo del giudice non è quello di imporre, bensì di suggerire le opportune soluzioni per approdare ad una conciliazione. Una volta depositato il ricorso da parte del genitore, il Presidente dispone lo scambio delle difese riservando all’esito la valutazione in ordine all’esistenza o meno dei presupposti per accedere alla fase conciliativa. Lette le difese, il Collegio potrà:

a) fissare direttamente udienza dinanzi a sé, non ritenendo sussistenti i presupposti per formulare un suggerimento di definizione amichevole;



b) rimettere le parti dinanzi al Giudice Delegato con il compito di suggerire ai genitori una possibile soluzione conciliativa, riservandosi di intervenire successivamente, ove fallisca il tentativo di conciliazione;

c) pronunciare provvedimenti provvisori, in presenza di conclusioni parzialmente conformi dei genitori (es. entrambi chiedono l'affido condiviso).

La proposta conciliativa – formalizzata dal Giudice Delegato – tende a ricostituire il legame familiare ed a convertire il rito da giudiziale a consensuale/congiunto mediante l'intervento del magistrato.

Il Tribunale di Milano ritiene che la gestione del contenzioso, inerente le controversie tra genitori non uniti da matrimonio, debba offrire al nucleo familiare in crisi l'opportunità di una fase preliminare conciliativa ove il giudice delegato suggerisca ai genitori un accordo regolativo delle nuove dinamiche relazionali. Durante questa fase, i genitori hanno a disposizione un lasso di tempo ragionevole per valutare la proposta del giudice, dall'altro lato viene permesso loro di essere ascoltati. Il Giudice Delegato collaborando con gli avvocati delle parti mette a loro disposizione una udienza dedicata, affinché possa costituire un terreno utile per la nascita di accordi che risolvano la crisi familiare. Questa fase precontenziosa può concludersi con un accordo dei genitori che potrebbe ricalcare perfettamente la proposta formulata dal giudice designato, ovvero potrebbe discostarsene adattarsi alle singolari esigenze del nucleo familiare. Nel caso in cui la fase conciliativa si concluda in modo infruttuoso, gli atti verranno rimessi al Collegio che provvederà alla definizione giudiziale del procedimento previa nuova convocazione dei genitori, se ritenuta necessaria. Il procedimento così proposto prevede, come avviene per il rito della separazione e del divorzio, che dalla fase conciliativa, in caso di fallimento, si passi alla fase contenziosa. Tale procedura consente di accelerare i tempi di accesso alla prima udienza giudiziale, cosicché i genitori non debbano attendere 6/8 mesi per la prima convocazione.

Le decisioni sulle tematiche familiari, in particolare sulla tutela dei figli, devono essere assunte di comune accordo tra i genitori separati, o separandi, perché la soluzione condivisa “risolve” il conflitto. Si profila dunque una realtà processuale dove il Giudice interviene nel processo, dialoga con le parti al fine di aiutare i genitori a raggiungere un accordo nell'esclusivo interesse dei figli.

[1] Art. 316. Responsabilità genitoriale. (1) – Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore. In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. Il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio. Il genitore che ha riconosciuto il figlio esercita la responsabilità genitoriale su di lui. Se il riconoscimento del figlio, nato fuori del matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi. Il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale vigila sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio. (1) Articolo così sostituito dall'art. 39, comma 1, D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. n. 154.

Quanto alla delega al giudice relatore, come noto essa è pacificamente ammessa: costituisce l'espressione di un principio generale immanente (Cass. civ., Sez. I, 16 luglio 2005, n. 15100) quello

secondo cui un giudice può essere delegato dal collegio alla raccolta di elementi probatori da sottoporre, successivamente, alla piena valutazione dell'organo collegiale, principio vitale in difetto di esplicite norme contrarie che trova applicazione anche nelle ipotesi di procedimento camerale applicato a diritti soggettivi per quelle ragioni di celerità e sommarietà delle indagini, cui tale particolare tipo di procedimento è ispirato (Cass. civ., Sez. Unite, 19 giugno 1996, n. 5629 in Giust. Civ., 1996, I; Famiglia e Diritto, 1996, 4, 305).

Quanto alla possibilità per giudice di formulare proposte conciliative non vi è ormai ragione di dubitare atteso che la legge 4 novembre 2010, n. 183 modificando l'art. 420 c.p.c. ha espressamente previsto e tipizzato l'istituto, con norma che – come osservato dalla giurisprudenza – non è eccezionale ma emersione in un determinato settore di una regola generale. Ve ne è conferma nel nuovo art. 185-bis c.p.c. (Proposta di conciliazione del giudice – Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice) introdotto dal decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, considerato norma generale (Trib. Milano, 26 giugno 2013). Ovviamente, nel nostro caso, l'intervento giudiziale più che una proposta è un "suggerimento" autorevole, in analogia con quanto previsto dall'art. 316 c.c.; suggerimento che non è vincolante e che venga formulato con spirito conciliativo, in attuazione di quella funzione di "mediazione giudiziale" che in altra sede il Codice espressamente assegna al magistrato della famiglia (v. art. 145 c.c.).

I provvedimenti de potestate

L'ordinamento giuridico prevede ampi poteri di intervento dell'autorità giudiziaria nel caso di violazione dei doveri dei genitori nei confronti dei figli o di abuso dei poteri, ove da simili comportamenti possano derivare gravi pregiudizi in capo ai minori. L'art. 330 c.c., disposizione, come si è visto, rimasta di competenza del tribunale per i Minorenni, prevede che possa essere pronunciata la decadenza della responsabilità genitoriale nei confronti di quel genitore che violi o trascuri i propri doveri, ovvero abusi dei poteri inerenti la responsabilità stessa, arrecando grave pregiudizio nei confronti del figlio. Ove il comportamento del genitore non sia tale da giustificare la pronuncia della decadenza della responsabilità, ma sia in ogni caso pregiudizievole per il figlio, potranno essere adottati provvedimenti meno intensi rispetto alla decadenza ma comunque limitativi della responsabilità genitoriale ex art. 333 c.c. Il giudice, secondo le circostanze del caso, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore (Giovanni Bonilini, Trattato di Diritto di Famiglia, Volume IV°, La Filiazione e l'adozione, Utet Giuridica, 2016).

Un uso della responsabilità genitoriale non finalizzato alle esigenze di crescita umana del minore può essere, dunque, sanzionato. La funzione educativa deve essere svolta dai genitori nell'ambito della loro rispettiva responsabilità genitoriale, tenendo conto in via primaria delle necessità di sviluppo della personalità del figlio i provvedimenti de potestate hanno dunque principalmente lo scopo di tutelare i figli dai possibili pregiudizi derivanti dall'inadempimento dei genitori ai propri doveri e di garantire, la corretta crescita e lo sviluppo fisico e psicologico del minore, evitando la reiterazione e il protrarsi degli effetti pregiudizievoli (AA.VV., Filiazione. Commento al decreto attuativo, a cura di M. Bianca,

Milano, 2014). Di conseguenza, la funzione di detti provvedimenti, è certamente preventiva e protettiva, pur non mancando la giurisprudenza di evidenziare anche una componente sanzionatoria nei confronti dei genitori (Giovanni Bonilini, Trattato di Diritto di Famiglia, Volume IV°, La Filiazione e l'adozione, Utet Giuridica, 2016).

Va innanzitutto evidenziato come l'accertamento in capo al genitore inadempiente della "colpa" e in generale della sussistenza dell'elemento psicologico circa la causazione del pregiudizio del figlio per effetto di violazione dei doveri che presiedono all'esercizio della funzione genitoriale non sarebbe, in linea teorica, rilevante perché ciò che rileverebbe ai fini della tutela sarebbe il solo fatto oggettivo della violazione dei doveri o abuso dei poteri, sommato all'accertamento del pregiudizio del minore. Infatti il fine delle misure ablativo o limitative della responsabilità genitoriale non è quello di punire i genitori per la loro condotta pregiudizievole ma è piuttosto quello di assicurare la protezione dei minori (cfr. G. Ferrando, La nuova legge sulla filiazione profili sostanziali, in Corriere Giur., 2013, p. 525; M. Sesta, L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari, in questa Rivista, 2013, p. 231 e ss.; G. Casaburi, Novità legislative in tema di affidamento dei figli nati fuori del matrimonio: profili sostanziali, in Foro it., 2013).

Il pregiudizio potrà essere anche meramente eventuale, potendosi applicare la misura nell'ipotesi in cui si sia verificato il mero pericolo di un danno pregiudizievole per il minore, indipendentemente dalla circostanza che ciò sia avvenuto concretamente e comunque prescindendo dall'atteggiamento psicologico del genitore (Cfr. Corte Cass. 21 febbraio 2004, n. 3529, 2005; Corte Cass. 4 febbraio 2000, n. 1213; Corte Cass. 15 marzo 2001, n. 3765; Corte Cass. 10 maggio 1999, n. 4631). Il venir meno di qualsivoglia pregiudizio in capo al minore e del comportamento del genitore che abbia violato i propri doveri o abusato dei poteri, costituisce presupposto per la pronuncia di reintegrazione nella responsabilità genitoriale che deve essere dichiarata in presenza dell'ulteriore requisito dell'assenza di un pregiudizio.

Quanto alla giurisprudenza di legittimità in materia, va innanzitutto evidenziato che la Corte di Cassazione, dopo avere, in un primo momento negato che i provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale (allora potestà) potessero esser impugnati nei riguardi dei figli nati fuori dal matrimonio, soltanto nel 2009 ha cambiato orientamento ed ha pertanto stabilito che: In tema di affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio, la legge n. 54 del 2006, dichiarando applicabili ai relativi procedimenti le regole da essa introdotte per quelli in materia di separazione e divorzio, esprime, per tale aspetto, un'evidente assimilazione della posizione dei figli di genitori non coniugati a quella dei figli nati nel matrimonio, in tal modo conferendo una definitiva autonomia al procedimento di cui all'art. 317-bis cod. civ. rispetto a quelli di cui agli artt. 330, 333 e 336 cod. civ., ed avvicinandolo a quelli in materia di separazione e divorzio con figli minori, senza che assuma alcun rilievo la forma del rito camerale, previsto, anche in relazione a controversie oggettivamente contenziose, per ragioni di celerità e snellezza: ne consegue che, nel regime di cui alla legge n. 54 cit., sono impugnabili con il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., i provvedimenti emessi dalla corte d'appello, sezione per i minorenni, in sede di reclamo avverso i provvedimenti

adottati ai sensi dell'art. 317-bis relativamente all'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio ed alle conseguenti statuizioni economiche, ivi compresa l'assegnazione della casa familiare. Tale orientamento ha trovato definitiva conferma con l'equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi e quindi al riconoscimento dello stato UNICO del figlio: cfr. Sez. 1 – , Ordinanza n. 28998 del 12/11/2018 secondo cui : Il decreto emesso dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso un provvedimento del tribunale, che, nell'ambito del conflitto genitoriale, dispone l'affidamento del minore nato fuori dal matrimonio ai servizi sociali, è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. poiché, già nel vigore della l. n. 54 del 2006, ed a maggior ragione dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 154 del 2013, che ha abolito ogni distinzione tra figli nati da genitori non coniugati e figli nati dal matrimonio, al predetto decreto vanno riconosciuti i requisiti della decisorietà, poiché risolve contrapposte pretese di diritto soggettivo, e di definitività, perché ha un'efficacia assimilabile, "rebus sic stantibus" a quella del giudicato, non rilevando, a sostegno della tesi contraria, che si tratti di un provvedimento di affidamento ai servizi sociali, atteso che ciò non determina alcuna modificazione della qualificazione giuridica del provvedimento."

I procedimenti ablativi e modificativi della responsabilità genitoriale.

Le ipotesi rubricate negli artt. 330 e 333 c.c. sono differenti sotto l'aspetto quantitativo e non qualitativo. Nel caso in cui il giudice dovesse accertare il ricorrere di una particolare gravità nel comportamento, ovvero dovesse accertare un grave pregiudizio in capo al minore, dovrà pronunciare necessariamente la decadenza del/dei genitori dalla responsabilità genitoriale (Giovanni Bonilini, Trattato di Diritto di Famiglia, Volume IV°, La Filiazione e l'adozione, Utet Giuridica, 2016).

Al contrario, il giudice, ove dovesse ravvisare un comportamento pregiudizievole per il minore, (pur non ricorrendo i presupposti per la pronuncia di decadenza) potrà adottare i provvedimenti convenienti, limitando la stessa responsabilità genitoriale. La scelta tra le fattispecie di cui agli artt. 330 e 333 c.c. deve essere effettuata sulla base della considerazione dell'entità del pregiudizio in capo al figlio. L'applicazione della misura protettiva in favore del minore è un obbligo per il giudice che non vi può sottrarre nell'ipotesi in cui sia stato accertata la gravità del pregiudizio

Ai fini dell'applicazione della misura, è rilevante non solo il comportamento del genitore nei confronti del figlio, ma anche nei confronti dell'altro genitore ove lo stesso possa arrecare pregiudizio al minore, così come deve essere posta alla base del provvedimento di decadenza anche la condotta omissiva del genitore che non si sia adoperato per evitare la violazione dei doveri genitoriali da parte dell'altro genitore o l'abuso da parte di terzi. Pertanto, ove non sussistano i presupposti per la decadenza dalla responsabilità genitoriale, ma sia accertata la sussistenza di una condotta pregiudizievole nei confronti del minore, ovvero una notevole inidoneità allo svolgimento del ruolo genitoriale, possono essere pronunciati provvedimenti limitativi ai sensi dell'art. 333 c.c. In tal caso, sarà il giudice a determinare nella propria discrezionalità quali siano i provvedimenti più adatti, potendo dettare le concrete modalità di esercizio della responsabilità genitoriale, impartendo ai genitori vere e proprie prescrizioni (rectius istruzioni) comportamentali.

Secondo quanto previsto dall'art. 336 c.c. la legittimazione spetta all'altro genitore, ai parenti o al p.m., oltre che al genitore stesso in caso di richiesta di revoca. Il procedimento si avvia su ricorso e il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte sommarie informazioni e sentito lo stesso p.m.. Ove il provvedimento sia richiesto contro il genitore, dovrà essere sentito anche quest'ultimo, in virtù del disposto dell'art. 9, 2° comma, della Convenzione dei diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27.05.1991, n. 176 (C. Cost. 30.01.2002, n. 1). La norma modificata dall'art. 37, l. 28.03.2001, n. 149, prevede pertanto che i genitori e il minore debbano essere assistiti da un difensore e, in caso di urgente necessità, il giudice potrà adottare provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio (Giovanni Bonilini, Trattato di Diritto di Famiglia, Volume IV°, La Filiazione e l'adozione, Utet Giuridica, 2016). Il 2° comma dell'art. 336 c.c. prevede l'obbligo per il giudice di disporre l'ascolto del minore che abbia compiuto 12 anni o sia in ogni caso capace di discernimento, intendendosi per capacità di discernimento la maturità, la capacità di comprendere, di rendersi conto degli eventi che si verificano nella famiglia e di operare scelte autonome (Il Protocollo Tribunale ordinario – Tribunale per i Minorenni di Brescia del 10 aprile 2013 ha affermato i seguenti principi: a) se il giudizio de potestate ex art. 333 c.c. è proposto ex novo da uno dei genitori innanzi al tribunale per i minorenni, quando sia già pendente un giudizio di separazione, divorzio o ex art. 317 bis c.c., il tribunale per i minorenni deve dichiarare la propria incompetenza, essendo competente il tribunale innanzi al quale è in corso tra le stesse parti un giudizio separativo; b) se, invece, il giudizio de potestate ex art. 333 c.c. è proposto da uno dei genitori innanzi al tribunale per i minorenni in assenza di giudizio separativo e questo sia instaurato solo successivamente, le domande de potestate devono essere riunite con quelle di separazione, divorzio o ex art. 317 bis c.c. a norma degli artt. 40 e 274 c.p.c. per l'evidente connessione tra gli stessi; c) se, infine, il giudizio de potestate ex art. 333 c.c. è proposto innanzi al tribunale per i minorenni dai parenti legittimati ex art. 336 c.c. mentre è in corso tra i genitori un giudizio separativo, il tribunale per i minorenni rimane competente poiché la norma afferma la vis attrattiva del tribunale ordinario solo se il giudizio di separazione penda tra le stesse parti e sempre che sia effettivamente "in corso"; d) l'art. 38 disp. att. c.c. non attribuisce al giudice ordinario, pur in pendenza di un giudizio separativo tra le stesse parti, la competenza a pronunciare la decadenza dalla potestà di un genitore a norma dell'art. 330 c.c.).

Infatti, è noto come l'art. 315 bis c.c. aggiunto dalla legge n. 219/2012, menzioni espressamente tra i diritti del figlio il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano, con ciò sancendo l'esistenza di un vero e proprio diritto del minore. Alla luce delle su richiamate disposizioni di legge, il minore va considerato non solo e non tanto come oggetto di protezione, quanto piuttosto come soggetto titolare di diritti soggettivi, e parte del procedimento (vedi oltre) Il giudice, potrà non procedere all'ascolto del minore, ove tale adempimento sia in concreto contrario all'interesse dello stesso; infatti l'art. 336 bis c.c. prevede che il minore sia ascoltato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano, con ciò intendendosi i procedimenti nei quali l'interesse superiore del minore è criterio di giudizio e misura di giustizia della decisione e non qualsiasi giudizio nel quale il minore sia parte. In caso di mancato adempimento dell'ascolto, il giudice dovrà adeguatamente motivarne l'esclusione,

evidenziando la sussistenza di un interesse superiore del minore a non essere coinvolto emotivamente nella controversia che oppone i suoi genitori.

Il dettato normativo dell'art. 336 c.c. deve essere dunque integrato con quanto dispone l'art. 38 disp. Att. c.c. il quale, oltre a ribadire che il tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, prevede espressamente che i provvedimenti emessi dal tribunale siano immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente.

I c.d. giudizi de potestate, ora più correttamente, sulla responsabilità genitoriale, espressamente riservati al giudice minorile, restano dunque di competenza del Tribunale per i minorenni, salvo quanto disposto dallo stesso art. 38 per l'ipotesi in cui sia in corso un giudizio di separazione, divorzio o ex art. 316 c.c. (Per l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, 1° comma, disp. att. c.c., nella parte in cui prevede che sono di competenza del tribunale per i minorenni, anziché del tribunale ordinario, i procedimenti introdotti ex art. 317 bis c.c. concernenti il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, anche in caso di pendenza di un giudizio di separazione o divorzio tra i genitori dinanzi al tribunale ordinario, in riferimento agli artt. 3, 76, 77 e 111 Cost., v. Corte Cost. 24 settembre 2015, n. 194. id., 2016, I, 1574, con nota di B. Poliseno, La tutela processuale dei diritti degli ascendenti nella crisi familiare sul diritto di famiglia *Diritto Civile 2*, *Diritto di Famiglia e Biodiritto*.) Pertanto, per i procedimenti di cui all'art. 333 c.c. resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 del c.c. In pendenza del giudizio di separazione, divorzio o ex art. 316 c.c., dunque, il giudice ordinario è competente anche sulle domande proposte ai sensi dell'art. 333 c.c., e cioè in ordine alla pronuncia di eventuali provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale. Ne consegue che, ove instaurato un procedimento di separazione, o divorzio o ex art. 316 c.c. sia successivamente proposta domanda ai sensi degli artt. 330 e ss., nel qual caso il tribunale per i minorenni declinerà la propria competenza in favore del tribunale ordinario.

Viceversa, nel caso in cui sia dapprima investito il giudice minorile e successivamente sia proposta la domanda davanti al giudice ordinario, nel qual caso la prevalente giurisprudenza esclude la attrazione davanti al giudice della separazione o divorzio e ciò in ossequio non solo al rispetto della lettera della legge, ma anche del principio della perpetuatio jurisdictionis (Giovanni Bonilini, *Trattato di Diritto di Famiglia*, Volume IV°, *La Filiazione e l'adozione*, Utet Giuridica, 2016).

I provvedimenti emessi ai sensi degli artt. 330 e ss. c.c. sono reclamabili alla Sezione per i minorenni della Corte d'Appello, su iniziativa dei genitori, dei parenti e del P.M., nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento impugnato.

I provvedimenti sulla responsabilità genitoriale, essendo espressione di giurisdizione volontaria non contenziosa, non sono impugnabili ai sensi dell'art. 111 Cost..

La Suprema Corte rileva, infatti, come i provvedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale non rivestano alcuna efficacia di giudicato, potendo in ogni momento essere revocati e modificati dal giudice che li ha pronunciati, e ciò non solo con efficacia ex nunc, ma anche con efficacia ex tunc, dunque sulla base di fatti sopravvenuti ma anche per la mera rivalutazione della situazione; Va però detto (vedi supra) che non è contestato, oggi, il carattere decisorio del provvedimento e la sua ricorribilità in Cassazione (F. Danovi, I procedimenti de potestate dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile, in *Dir. Fam.*, 6/2013, p. 627 ss).

Infine, quanto ai provvedimenti provvisori e d'urgenza che possono essere pronunciati d'ufficio ai sensi dell'art. 336, 3° comma, c.c., si è discusso in dottrina e in giurisprudenza se tali provvedimenti debbano essere considerati immediatamente impugnabili. Secondo quanto affermato dalla Suprema Corte, i provvedimenti temporanei ed urgente resi, ai sensi degli artt. 316 e 336 c.c., in tema di affidamento di figli minori possono formare oggetto di impugnazione mediante reclamo alla Corte di appello esclusivamente nei limiti in cui essi risultino già idonei a produrre, "ex se" ed in modo autonomo, uno stabile pregiudizio nei confronti del genitore interessato (Carrato, Tribunale per i minorenni: confermata la legittimità costituzionale dell'art. 38 disp. att. c.c., in *Quotidiano giuridico*, 2016).

Decadenza dalla responsabilità genitoriale, SC: "Il minore è parte del processo e va sempre sentito e deve essere rappresentato da un Curatore speciale

Con l'ordinanza n. 29001 del 12 novembre 2018 la I sezione civile della Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità procedurale di un giudizio vertente sulla decadenza dalla responsabilità genitoriale di una madre, ha dichiarato nullo il procedimento instauratosi perché il minore non era stato ascoltato, precisando che nel giudizio "de potestate" i genitori e il minore, in qualità di parti del procedimento, hanno diritto ad averne notizia ed a parteciparvi, essendo necessario che il contraddittorio sia assicurato anche nei confronti del minore che, vantando interessi contrapposti ai genitori, deve essere rappresentato da un curatore speciale che ne curi gli interessi.

Il caso sottoposto all'attenzione della Cassazione prende avvio dalla decisione emessa dal Tribunale per i minorenni di Catania con la quale una madre è stata dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale del figlio minore; la decisione veniva confermata, con decreto, dalla Corte d'appello di Catania, sul presupposto che la donna fosse incapace di offrire al minore autentica assistenza morale e che, nonostante gli aiuti offerti alla donna, le rilevanti pecche della funzione genitoriale non erano state emendate, ma anzi aggravate da una serie di comportamenti irresponsabili, non ultimo quello di rendersi irreperibile. Avverso il summenzionato decreto, la madre proponeva ricorso per Cassazione, ex art. 111 comma 7 della Costituzione. La Cassazione, con la sentenza in commento, si pronuncia sulle prospettate violazioni di legge avanzate dalla ricorrente.

In primo luogo si rileva che il procedimento instauratosi per l'adozione dei provvedimenti inerenti la responsabilità genitoriale non esclude la presenza di parti processuali fra di loro

in conflitto: l'articolo 336 c.c., infatti, nel definire quali sono i soggetti legittimati a promuovere il ricorso, prevede che sia i genitori che i minori siano assistiti da un difensore, sancisce l'obbligo di audizione dei genitori nonché l'obbligo di ascolto del minore dodicenne, od anche di età inferiore ove dotato di discernimento. Dalla previsione secondo cui i genitori ed il minore sono assistiti da un difensore si evince che gli stessi (genitori e minore) sono, a tutti gli effetti, parti del procedimento che, in quanto tali, hanno diritto ad averne notizia ed a parteciparvi: in tale quadro, la posizione del minore è ritenuta centrale, essendo per altro prescritto che il contraddittorio sia assicurato anche nei confronti del minore, previa eventuale nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ. (cfr. Corte Cost. sent. 1/2002).

Il figlio minore è, quindi, parte necessaria del procedimento, coerentemente con il disposto di cui all'art. 12 comma 2, della Convenzione sui diritti del fanciullo – convenzione dotata di efficacia imperativa nell'ordinamento interno – laddove si prevede che al fanciullo sia data la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente sia tramite un rappresentante o un organo appropriato.

Gli Ermellini evidenziano quindi che, essendo necessaria la presenza del minore, lo stesso deve essere rappresentato nel procedimento vertente sulla decadenza dalla responsabilità genitoriale, soprattutto in virtù della circostanza per cui nei cd. giudizi di potestà la posizione del figlio risulta sempre contrapposta a quella di entrambi i genitori, anche quando il provvedimento venga richiesto nei confronti di uno solo di essi, non potendo in questo caso stabilirsi ex ante la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore (che potrebbe presentare il ricorso, o aderire a quello depositato da uno degli altri soggetti legittimati, per scopi meramente personali, o, per contro, in questa seconda ipotesi, chiederne la reiezione) e dovendo, pertanto, trovare applicazione il principio, più volte enunciato in materia, secondo cui è ravvisabile il conflitto di interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente ed il suo rappresentante legale – con conseguente necessità della nomina d'ufficio di un curatore speciale che rappresenti ed assista l'incapace – ogni volta che l'incompatibilità delle loro rispettive posizioni è anche solo potenziale, a prescindere dalla sua effettività (cfr. Cass. n. 5256/2018).

Con specifico riferimento al caso sottoposto al suo esame, la Corte rileva come fosse necessario provvedere alla nomina di un curatore speciale che provvedesse alla cura degli interessi del minore: la richiesta di adozione del provvedimento limitativo della responsabilità genitoriale proveniva, mediante contrapposte istanze, da ciascun genitore verso l'altro, sicché la sussistenza del conflitto era certa; la rappresentanza nel procedimento del piccolo doveva, quindi, necessariamente essere affidata ad un curatore speciale, cui quelle istanze andavano comunicate ed al quale spettava esaminare gli atti processuali e formulare le conclusioni ritenute più opportune nell'interesse del minore. I giudici di merito – ignorando la qualità del minore di parte del procedimento, limitandosi a sentire i genitori, ad acquisire informazioni dai servizi sociali e ad effettuare una consulenza tecnica di ufficio – non hanno provveduto alla necessaria integrazione del contraddittorio nei confronti del figlio, previa nomina a quest'ultimo di un curatore speciale.

La sentenza in commento – premesso che sussiste la nullità del procedimento, ex artt. 354, comma 1, c.p.c., nel caso in cui il contraddittorio non si sia instaurato nei confronti di tutte le parti del procedimento, tra cui anche il minore – evidenzia come la mancata partecipazione del minore ai due gradi di merito, che avrebbe dovuto essere assicurata attraverso la nomina di un curatore speciale che ne rappresentasse gli interessi, determina un insanabile vizio procedurale dell'intero giudizio, con la conseguente cassazione del decreto impugnato.

Le sanzioni ex art. 709 ter c.p.c.

Quando uno dei genitori, non rispetta i provvedimenti decisi dal Giudice; mettendo in atto violazioni o inadempienze dei suddetti, si può ricorrere allo stesso Giudice, affinché il colpevole venga duramente sanzionato.

Si riporta, prima il testo dell'articolo 709 ter del codice di procedura civile:

art. 709 ter c.p.c.: Soluzioni delle controversie e provvedimenti in caso di inadempimenti o violazioni- Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità di affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'art. 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.

A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:

- 1- ammonire il genitore inadempiente;
- 2- disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori nei confronti del minore;
- 3- disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro;
- 4- condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di € 75,00 a un massimo di € 5000,00 a favore della Cassa delle Ammende.

I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari

Un esempio specifico

il Tribunale di Treviso nella sentenza n. 1427/17, ha osservato come l'istituto “consente al Giudice del procedimento o al Giudice investito ex art. 710 cpc delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio delle modalità dell'affidamento, di pronunciare provvedimenti sanzionatori quando constati l'esistenza “di gravi inadempienze” quanto all'esercizio della potestà , o di atti che “ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento” , o , più in generale di atti che “arrechino pregiudizio al minore”.

Il diritto dei figli alla bigenitorialità si delinea oggi, a diversi anni dall'entrata in vigore dei rimedi ex art. 709 ter c.p.c., considerando i minori quali soggetti parti attive che subiscono la divisione della famiglia "sia nei procedimenti di separazione o divorzio, sia in caso di controversia tra i genitori" in sede di attuazione dei provvedimenti riguardanti i figli. In ciò la ratio del legislatore, che ha inteso tutelare i figli nella crisi familiare con introduzione di quattro diverse tipologie di sanzioni a carico del genitore inadempiente: a) la modifica delle condizioni di affidamento; b) l'ammonimento; c) il risarcimento danni in favore del minore o del genitore leso; d) la sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende. La sentenza n. 92/18 del Tribunale di Treviso, resa in un procedimento di cessazione degli effetti civili del matrimonio, risponde alla domanda avanzata dal padre-resistente di "disporre l'ammonimento a proseguire con i comportamenti denigratori" attuati dalla moglie nei suoi confronti (nella fattispecie, la moglie aveva indotto nelle figlie il convincimento che il padre fosse persona disdicevole e pericolosa, dedita all'uso/abuso di sostanze alcoliche, in modo da far sì che cessassero i rapporti, anche telefonici, con l'altro genitore). Precisa il Collegio che "il modo brusco con cui si sono interrotti i rapporti tra il padre e le figlie, con un evidente coinvolgimento di queste ultime, da parte della madre, nelle dinamiche tra coniugi, legate alla mancata definizione bonaria del presente procedimento sotto il profilo economico, va censurato, perché l'idoneità genitoriale si misura anche attraverso la valutazione della capacità di (continuare a preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore (Cfr. Cass. 6919/16) anche quando il rapporto tra i due genitori si sviluppa su piani di difficile comunicazione".

Il Tribunale, quindi, conclude che "la madre deve essere ammonita ad astenersi dal tenere ulteriori condotte ostative delle frequentazioni tra il padre e la figlia", rivestendo tale ammonimento, seppure senza irrogazione di sanzione, una funzione dissuasiva della reiterazione di tali comportamenti.

Dello stesso tenore, nel merito, la già citata sentenza n. 1427/17 del Tribunale di Treviso. Anche in questo caso il Collegio, in un giudizio per la cessazione degli effetti del matrimonio, riconosce la proponibilità del rimedio ex art 709 ter trattata "in uno con il procedimento di separazione e divorzio : quando si discute di risarcimento del danno ex articolo 709 ter si valuta la mancata attuazione dei provvedimenti di affidamento ovvero comportamenti che ne abbiano ostacolato il corretto svolgimento".

La sottrazione internazionale del minore

Quando uno dei genitori decide volontariamente, unilateralmente e senza il consenso dell'altro, di sottrarre il figlio con l'intenzione di nascondere all'estero e di tenerlo con sé in modo permanente, si ha la sottrazione internazionale di minore. Si verifica la sottrazione internazionale di minori anche quando viene impedito al minore il rientro nell'abituale stato di residenza dopo un trasferimento avvenuto per causa legittima come nel caso di una vacanza, un soggiorno presso i nonni, terminato il quale il genitore che ha portato con sé il figlio non lo fa rientrare nel paese di residenza abituale. La sottrazione internazionale di minore comporta per il bambino non solo il terribile distacco da una delle due figure genitoriali, ma anche l'abbandono del più ampio contesto di vita nel quale il bambino era inserito. La Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989 e

ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991 n. 176, stabilisce che il minore ha diritto a mantenere una stabile relazione con entrambi i genitori. L'art. 9 della Convenzione stabilisce il diritto del fanciullo, separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambe le figure genitoriali, a meno che ciò non sia contrario all'interesse del fanciullo stesso. Detto principio, è stato ripreso nell'ordinamento italiano, dalla legge 54/2006 e anche la Corte di Cassazione ha precisato più volte che ciò che più rileva è l'interesse del minore a non essere arbitrariamente sottratto al suo ambiente di vita.

Nel nostro ordinamento vige il diritto alla bigenitorialità.

Il genitore, anche qualora legittimo affidatario del minore, non può arbitrariamente privare il figlio dell'altra figura genitoriale di riferimento ma ha anzi l'obbligo di educare e sensibilizzare il minore ad avere un rapporto continuativo con l'altro genitore. Il trasferimento del minore dall'ambiente nel quale è cresciuto e ha sempre vissuto, dove ha costruito il centro dei suoi affetti e interessi e i primi importanti punti di riferimento nella delicata fase della crescita e della formazione della personalità, è un vero e proprio atto di violenza, suscettibile di arrecare grave pregiudizio al benessere psico-fisico del bambino. Nei casi di sottrazione, come in tutte le decisioni relative ai fanciulli, deve pertanto essere tutelato in via preminente il superiore interesse del minore a coltivare un rapporto costante e paritetico con entrambi i genitori e a conservare l'ambiente in cui il minore si è integrato e coltiva le relazioni più significative.

Quando il minore, abitualmente residente in uno Stato membro, viene illecitamente condotto o trattenuto in altro Stato membro dell'UE, si applica la procedura per il ritorno del minore prevista dalle disposizioni della Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori.

Lo scopo è quello di garantire una protezione tempestiva ed efficace del minore, agendo con immediatezza sia per contenere il danno arrecato al minore sia per evitare che il minore si integri nello Stato e nell'ambiente in cui si trova a seguito della sottrazione, rendendo più traumatico o addirittura inopportuno il ritorno del minore nel paese di residenza abituale. La procedura d'urgenza è finalizzata ad assicurare l'immediato rientro del minore nel suo Stato di residenza abituale. Per espressa previsione di legge l'autorità deve agire con la massima celerità, avvalendosi delle procedure d'urgenza previste dall'ordinamento giuridico dello Stato richiesto e il provvedimento di ritorno deve essere emesso al più tardi entro il termine di sei settimane dal ricevimento dell'istanza di rimpatrio. Il termine di sei settimane può essere superato solo in presenza di circostanze eccezionali, esplicitate e motivate, che ne rendano impossibile l'osservanza.

La procedura d'urgenza si applica ad ogni minore che abbia la propria residenza abituale in uno Stato Contraente e non abbia compiuto il 16° anno di età.

Presupposti per la procedura sono l'illiceità del trasferimento o del mancato rientro.

Il trasferimento o il mancato rientro devono essere avvenuti in violazione di un diritto di affidamento, esercitato di fatto dal genitore che ha subito la sottrazione e a questi attribuito

dalla legislazione o da una decisione giudiziaria o amministrativa dello Stato ove il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima della sottrazione.

Una volta presentata l'istanza di rientro, o per il tramite dell'Autorità Centrale, o in via diretta ex art. 29 Conv. Aja, la competenza a trattare della medesima spetta alle autorità dello Stato ove il minore è stato trasferito o trattenuto.

L'art. 12 della Convenzione stabilisce che, se l'istanza di rimpatrio viene presentata prima del decorso di un anno dal trasferimento o mancato ritorno del minore nello Stato di residenza abituale, l'autorità giudiziaria di fronte alla quale pende il procedimento di rimpatrio, accertata l'esistenza dei presupposti per l'applicazione della procedura convenzionale e, in primis, l'illiceità del trasferimento/trattenimento, ha l'obbligo di ordinare l'immediato ritorno del minore. Il rigetto dell'istanza di rientro è da considerarsi ipotesi eccezionale. Il diniego al rientro può fondarsi sulla prova che il genitore affidatario, al momento della sottrazione, non esercitava di fatto il diritto di custodia o comunque aveva prestato, anche successivamente, il suo consenso al trasferimento o al mancato rientro del minore.

È inoltre possibile il rigetto dell'istanza di rimpatrio quando il ritorno del minore alla residenza abituale determinerebbe il fondato rischio di essere esposto a pericoli fisici pericoli psichici situazioni intollerabili. Si tratta dell'eccezione invocata più spesso dal genitore che si oppone al rimpatrio. Capita spesso che il genitore che trasferisce o trattiene all'estero il figlio minore presenti, prima della sottrazione, una denuncia per minacce o violenze ai danni propri o del minore contro l'altro genitore.

Troppo spesso sono false accuse aventi come unico scopo quello di impedire il rimpatrio del minore. Il Regolamento CE, per impedire tali illeciti, ad integrazione di quanto stabilito nella Convenzione de L'Aja del 1980, è intervenuto a limitare l'applicazione di tale eccezione al rimpatrio, stabilendo espressamente che il giudice del rimpatrio «non può rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore» qualora sia dimostrato che, nello Stato di residenza abituale del medesimo, sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo rientro. La Convenzione dell'Aja prevede espressamente che l'autorità giudiziaria competente possa non ordinare il ritorno del minore se questi, nel corso del procedimento di rimpatrio, manifesti la sua opposizione al rientro nella residenza abituale (cfr. in tal senso: Sez. 1, Sentenza n. 7479 31/03/2014 Nel procedimento per la sottrazione internazionale di minore, previsto dalla legge 15 gennaio 1994, n. 64 (di ratifica della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980), l'ascolto del minore costituisce adempimento necessario ai sensi dell'art. 315 bis cod. civ., introdotto dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, senza che osti, in senso contrario, la mancata previsione normativa dell'obbligatorietà desumibile dall'art. 7, comma 3, della menzionata legge, potendo essere espletato secondo le modalità stabilite dal giudice, anche da soggetti diversi da esso, in quanto finalizzato, ex art. 13, comma 2, della citata convenzione, anche alla valutazione della eventuale opposizione del minore al ritorno, salva solo la preventiva valutazione dell'esistenza di ragioni di eventuale dannosità e contrarietà all'interesse del minore (da indicarsi esplicitamente) che ne sconsiglino il ricorso, anche in considerazione del carattere urgente del procedimento. Ne consegue che l'omesso adempimento o l'omessa motivazione sulla sua assenza costituiscono lesione del diritto al contraddittorio, da far valere in sede d'impugnazione nei limiti e secondo le regole fissate

dall'art. 161 cod. proc. civ. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito con la quale, nonostante il carattere urgente del procedimento, si era delegato l'ascolto del minore agli assistenti sociali, senza che il giudice vi provvedesse direttamente in ragione dell'elevato conflitto esistente tra i genitori).

Il Regolamento CE prescrive l'obbligo di ascoltare il minore nel corso della trattazione della domanda di rientro, a meno che ciò risulti inopportuno in relazione all'età e al grado di maturità da questi raggiunti. Il mancato ascolto o il diniego dell'ascolto non opportunamente motivato dal giudice sulla base di argomentazione relativa alla capacità di discernimento raggiunta dal minore, possono costituire motivo di impugnazione della decisione di accoglimento o rigetto dell'istanza di rimpatrio. La Convenzione de L'Aja, prevede che qualora l'istanza di rimpatrio sia stata presentata dopo un anno dall'avvenuto trasferimento o mancato rientro del minore, l'obbligo di ordinarne il ritorno viene meno se si dimostra che il minore si è integrato nel nuovo ambiente e, pertanto, un nuovo ulteriore distacco risulterebbe inopportuno e pregiudizievole.

L'affidamento del minore e la continuità affettiva: rivisitazione dell'adozione mite e nuove prospettive in tema di adozione

di Valeria Montaruli

Presidente del Tribunale per i minorenni di Potenza

Pubblichiamo la relazione in tema di affidamento del minore tenuta a Catania il 13 giugno 2017

La legislazione nazionale in tema di adozione

Entrambi gli istituti dell'adozione e dell'affidamento sono attualmente disciplinati dalla legge 4 maggio 1983, n. 184. Come è noto, ai fini dell'adozione legittimante, è previsto che il minore debba essere in stato di adottabilità, che presuppone una situazione di abbandono (mancanza di assistenza morale e materiale da parte dei genitori, se esistenti, o da parte dei parenti tenuti a provvedervi). La legge 4 maggio 1983, n. 184 sull'adozione (titolata significativamente «a seguito della riforma introdotta con la legge n. 149/2001 –Diritto del minore a una famiglia») delinea un ampio sistema di misure finalizzate a tutelare l'interesse del minore a crescere e ad essere educato nel proprio nucleo familiare. Questo diritto «naturale» del minore può «affievolirsi» solo in presenza di specifiche condizioni. La sottrazione del minore alla famiglia, dopo l'attivazione degli interventi di tutela temporanea previsti dalla legge, è quindi da ritenersi una soluzione «limite» che ricorre ove risultino insuperabili le difficoltà della famiglia di origine nell'assicurare al minore un ambiente idoneo.

a) Ricostruzione storica dell'abbandono

È utile una breve ricostruzione storica dell'istituto, alla luce del fatto che oggi vi è la tendenza, sia della prassi che del legislatore, a smussare alcune rigidità insite nella disciplina

dell'adozione, recuperando sia pure in chiave di adeguamento ad una mutata situazione sociale, della cosiddetta piccola adozione prevista in precedenza, che non recideva i rapporti con la famiglia di origine. L'affidamento era invece visto in funzione assistenziale, in collaborazione con gli enti locali.

Il concetto di abbandono del minore, presupposto della dichiarazione di adottabilità, è un'acquisizione tutt'altro che recente nell'elaborazione giuridica e nelle formulazioni legislative del nostro Paese; di minori abbandonati, infatti, parla già la legge 17 luglio 1890, n. 6972 sull'assistenza ai poveri, oltre che varie altre leggi più particolarmente volte all'assistenza minorile: ai minori moralmente o materialmente abbandonati, inoltre, si richiama l'art. 403 cc, prevedendo il loro collocamento in luogo sicuro, a cura della pubblica autorità. Tuttavia, l'interesse delle istituzioni ai minori in condizioni di abbandono non era – inizialmente – finalizzato alla (ri)costruzione di un valido legame familiare alternativo a quello, inesistente o gravemente carente, del nucleo di origine, ma all'attuazione di tutta una congerie di interventi, aventi natura esclusivamente o prevalentemente amministrativa. Si trattava, dunque, di un concetto disgiunto da quello di adozione, essendo quest'ultima originariamente finalizzata a fornire una discendenza alle coppie (abbienti) che ne fossero prive e non ad offrire una famiglia a bambini abbandonati. È stato giustamente affermato che non più tardi di qualche decennio fa allontanare un bambino equivaleva a disporre l'istituzionalizzazione, sicché la popolazione delle strutture di accoglienza era tanto numerosa quanto composita nella tipologia dei problemi presentati.

Circa il merito delle ragioni che portavano alla scelta della soluzione istituzionale, va ricordato che esistevano fatti di costume che sembravano renderla obbligata e che, in quella fase storica, essa era avallata da convinzioni diffuse ed accreditate presso molta parte di operatori sociali e sanitari. Ad esempio, erano numerosi i figli di madri nubili, abbandonati od esposti, che (in alternativa al cosiddetto "baliatico", che svolse una funzione socialmente preziosa) venivano accolti presso strutture in grado di ospitarli fino al sesto anno di età. Raggiunto tale limite, se non era ancora possibile che le madri se ne facessero carico, i minori, ormai portatori di sindromi carenziali di vario genere, venivano trasferiti negli Istituti medico-psico-pedagogici (Impp), la situazione interna dei quali non differiva sostanzialmente da quella delle "istituzioni totali per adulti", di cui rappresentava spesso l'anticamera: infatti, allo scadere del diciottesimo anno di età, per molti di questi ragazzi – per lo più psichicamente deteriorati e divenuti socialmente inabili anche a causa della vita da internati condotta negli anni cruciali del loro sviluppo – la "carriera" istituzionale doveva obbligatoriamente proseguire e concludersi all'interno dell'ospedale psichiatrico.

Era prevista l'adozione dei maggiorenni, ovvero l'affiliazione, come forma di adozione minore, che aveva natura eminentemente assistenziale e si esauriva con il raggiungimento della maggiore età dell'affiliato, salvo la conservazione del cognome assunto o aggiunto. È con la legge 5 giugno 1967 n. 431, istitutiva dell'adozione allora definita "speciale" – ma che ora a tutti gli effetti è da considerarsi ordinaria – che lo stato di abbandono diventa il presupposto per un intervento che potremmo definire ricostruttivo del legame familiare, sulla base dell'affermazione, resa esplicita dalla legge n. 184/1983, del diritto del minore di vivere all'interno della famiglia, possibilmente la propria, ma – quale extrema ratio – anche in un'altra. Ecco, dunque, che la definizione sostanziale dell'abbandono assume

un'importanza di primissimo piano nell'ambito dell'intera materia civilistica minorile, atteso che la rescissione del legame con la famiglia naturale d'origine, che ne costituisce la conseguenza, è il più drastico (e doloroso) degli interventi che il giudice possa operare, unitamente al successivo atto di costruzione "artificiale" di un nuovo legame. Sebbene i lavori parlamentari della legge del 1967 avessero suggerito l'indicazione di un "catalogo" di fatti e circostanze costituenti abbandono, la scelta del legislatore fu di segno esattamente opposto, sostanziandosi nella "mera" enunciazione di un concetto-contenitore, da doversi "riempire" a cura dell'interprete di contenuti concreti.

b) Lo stato di abbandono nella legislazione vigente

Non vi è dubbio che il problema non si pone solo in caso di totale mancanza della famiglia d'origine, come accade allorché il minore non sia stato riconosciuto da alcuno dei genitori, ovvero sia stato materialmente abbandonato, cioè privato dell'essenziale per vivere; ma anche quando egli sia stato fatto oggetto di condotte commissive costituenti reato contro la vita, la libertà o la dignità della persona (si pensi a minori oggetto di abusi o sfruttamento sessuali, sevizie, maltrattamenti reiterati, etc.).

La consolidata giurisprudenza valorizza quella che potremmo definire una valutazione degli effetti, ritenendo sussistente la condizione di abbandono allorché il contegno dei genitori, lungi dal risolversi in una mera insufficienza dell'apporto indispensabile per lo sviluppo e la formazione della personalità del minore, comprometta o determini grave pericolo di compromissione per la salute e le possibilità di armonico sviluppo fisico e psichico del minore stesso. Di fronte ad un siffatto nocumento o al rischio di esso, successivi atteggiamenti o progetti genitoriali per un miglioramento della situazione in tanto rilevano in quanto, oltre che seri, siano oggettivamente idonei al recupero della situazione medesima. Nell'ottica di una valutazione del pregiudizio subito dal minore, la Cassazione stabilisce che lo stato di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità di un minore, presuppone l'individuazione, all'esito di un rigoroso accertamento, di carenze materiali ed affettive di tale rilevanza da integrare di per sé una situazione di pregiudizio per il minore, tenuto anche conto dell'esigenza primaria che questi cresca nella famiglia di origine, esigenza che non può essere sacrificata per la semplice inadeguatezza dell'assistenza o degli atteggiamenti psicologici e/o educativi dei genitori. Il bambino è dunque in stato di abbandono quando vi sia una obiettiva e non transitoria carenza di quel minimo di cure materiali, calore affettivo ed aiuto psicologico necessario a consentirgli un normale sviluppo psico-fisico. Come è noto, quanto agli effetti dell'adozione il minore adottato acquista lo stato di figlio degli adottati e ne assume il cognome e cessano i rapporti giuridici tra adottato e famiglia d'origine.

L'adozione, dunque, è vista come una seconda nascita del minore, nella convinzione che si possa cancellare la sua storia precedente. Il rigore della previsione sulla cessazione dei rapporti con la famiglia di origine, è stato smussato dalla prassi che ricorre, anche nell'adozione legittimante, a forme di adozione aperta, in cui, pur essendoci l'interruzione dei rapporti con la famiglia di origine, viene disposta la prosecuzione dei rapporti di fatto con la stessa. Tale modalità applicativa dell'adozione legittimante, è stata in una certa misura recepita dalla legge sulla continuità affettiva del 2015.

c) L'adozione in casi particolari (artt. 44-57, legge n. 183/1983)

Questo tipo di adozione è configurata come un'ipotesi residuale di adozione di minori rispetto all'adozione legittimante. La caratteristica principale che la differenzia dall'adozione dei minori è che essa può essere disposta anche nel caso in cui non ricorra la situazione di abbandono, in alcune ipotesi tassative. L'ipotesi sub d) tuttavia, è stata intesa estensivamente dalla giurisprudenza, secondo l'interpretazione, oggi avallata nella nota ipotesi di adozione nell'ambito di coppie omoaffettive, che configura la concreta impossibilità dell'affidamento preadottivo, come impossibilità giuridica, allorquando, come accade nei casi di cosiddetto "semi-abbandono permanente", pur essendo i genitori privi di adeguate capacità genitoriali, permangano rapporti con la famiglia di origine.

L'affidamento del minore e le nuove prospettive sulla continuità affettiva

a) La nozione di affidamento del minore

L'istituto dell'affidamento familiare, come alternativa rispetto al ricovero in un istituto di assistenza, soddisfa l'esigenza di allontanare un minore dall'ambiente di origine, quando questo non sia idoneo alla sua educazione (art. 2, legge n. 184/1983, come modificata dalla legge n. 149/2001). Esso può soddisfare sia momentanee difficoltà del nucleo familiare, sia carenze più profonde e durature, che potrebbero condurre ad un sostanziale abbandono del minore. A seconda della natura di tali difficoltà, si configurano diversi tipi di affidamento.

Nella logica dell'affidamento, il bambino si trova perciò ad avere due famiglie o comunque due nuclei affettivi di riferimento: quello in cui è nato e quello in cui è cresciuto per un certo periodo della sua vita. L'affido raggiunge il suo scopo quando gli affidatari consentano al minore di avere rapporti con la sua famiglia di origine, in funzione di supporto rispetto alla stessa, essendo essi destinatari dei doveri, ma non già dei poteri del genitore. È peraltro previsto in capo all'affidatario l'obbligo di agevolare i rapporti tra il minore ed i genitori e di favorirne il reinserimento nella famiglia di origine. Presupposto necessario per l'istituto dell'affido è che la difficoltà in cui viene a trovarsi la famiglia di origine, seppure non sia a carattere momentaneo, non debba comunque sconfinare nello stato di abbandono materiale e morale, che potrà dar vita alla procedura di adottabilità (art. 8).

La situazione che giustifica l'affidamento etero-familiare, a norma degli artt. 2 ss. legge 4 maggio 1983 n. 184, come sostituiti dai corrispondenti articoli della legge 28 marzo 2001 n. 149, e quella che conduce alla pronuncia di adottabilità si differenziano, dunque, in quanto la mancanza di «un ambiente familiare idoneo» è considerata nel primo caso, temporanea e superabile con il detto affidamento, mentre nel secondo caso, si ritiene che essa sia insuperabile e che non vi si possa ovviare se non per il tramite della dichiarazione di adottabilità. La determinazione della linea di demarcazione tra le due situazioni potrà diventare assai problematica nei casi di affidamento di competenza del tribunale per i minorenni, laddove la durata dell'affido può anche protrarsi per anni. La condizione del minore che si trovi in una situazione di affidamento sine die, che non sfoci in un'adozione e neppure in un rientro in famiglia, crea una situazione di incertezza nella definizione della sua identità personale, sicché questa tipologia di minore viene definita come «bambino nel



limbo», sospeso tra instabili appartenenze, lasciate nella confusione e ambiguità. Invece, nei casi di competenza del giudice tutelare, presupposto fondamentale ed imprescindibile è costituito dalla provvisorietà dell'affido.

Nel provvedimento va indicato il tempo dell'affido che non può superare i ventiquattro mesi, prorogabili dal Tm. Non è determinato il tempo massimo. Tuttavia è prevalsa un'interpretazione giurisprudenziale per cui esso può al massimo durare per tre anni, sulla base del vecchio istituto dell'affiliazione (abrogato dall'art. 77 della legge del 1984), che serviva a stabilizzare gli affidi di oltre 3 anni (art. 404 cc) e che deduceva dall'abrogazione dell'istituto dell'affiliazione lo sfavore del legislatore per gli affidi ultratriennali.

b) La disciplina

La disciplina dell'affidamento del minore è posta in apertura della legge n. 184/1983, con la quale il legislatore ha armonizzato una regolamentazione dispersa tra leggi speciali. L'affidamento, inteso come temporaneo inserimento del minore in una famiglia diversa da quella di origine, rientra dunque nel complesso di azioni di sostegno alla stessa.

L'art. 2 legge n. 184/1983 prevede che l'affidamento del minore che sia temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo ad un'altra famiglia o possa essere disposto dal servizio sociale, previo consenso dei genitori o del tutore, e in tal caso il provvedimento è reso esecutivo dal giudice tutelare; ove manchi l'assenso di tali soggetti, provvede il tribunale per i minorenni. Il comma 2 prevede l'affidamento presso una comunità di tipo familiare. Questo tipo di affidamento – cui si ricorre nei casi in cui non sia possibile un adeguato affidamento familiare – consiste nel ricovero del minore presso una cd. casa famiglia, una comunità di tipo familiare che ha ormai – dal 2007 – sostituito i precedenti istituti di assistenza pubblici e privati.

Quanto alle tipologie di affidamento giurisdizionale, si distinguono le seguenti:

- ai sensi dell'art. 330 cc il tribunale per i minorenni, dichiarando la decadenza dalla responsabilità genitoriale, ovvero ai sensi dell'art. 333 cc adottando i provvedimenti più opportuni in caso di comportamenti pregiudizievoli dei genitori, può prescrivere l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare e disporre l'affidamento del minore a terzi, coniugati o singoli, e può in casi di urgenza anche provvedere in via provvisoria, prima della conclusione del procedimento;
- nel corso degli accertamenti disposti nel procedimento di abbandono, il tribunale per i minori può emettere ogni provvedimento nei confronti del minore, compresa la sospensione dalla responsabilità genitoriale e la nomina di un tutore (art. 10 legge n. 184/1983). È prassi frequente del Tm disporre l'affidamento provvisorio del minore ad una coppia idonea per l'adozione, sì che l'affidamento possa trasformarsi in affidamento preadottivo;
- altre tipologie di affidamento giudiziario attengono a quello disposto dal giudice tutelare, quando delibera sul luogo dove il minore debba essere allevato e scelga anche le persone dalle quali deve essere allevato; il giudice della separazione o del divorzio può altresì affidare la prole a terzi (art. 2 legge n. 184/1983, analogicamente applicabile anche alla separazione);

– nell’ambito della sua competenza amministrativa, l’art. 25 Rdl n. 1404/1934 modificato dalla legge n. 888/1956 prevede che il Tm affidi il minore irregolare per condotta al servizio sociale minorile, disponendone l’allontanamento dalla casa familiare. In tal caso indicherà il luogo dove intende vivere e la persona o l’ente che si prenderà cura di lui.

Il grande assente in questa disciplina è l’affidamento sine die, che tuttavia nella prassi è stato ampiamente utilizzato, per mancanza di alternative o in ragione dell’esigenza di non intaccare situazioni consolidate.

c) Il principio della continuità affettiva nella giurisprudenza sovranazionale

Il rigore delle categorie giuridiche va coniugato con il principio della continuità degli affetti, secondo quanto è stato autorevolmente affermato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, con sentenza del 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, relativa a un caso in cui una bimba fu sottratta agli affidatari per essere data in affidamento a fini adottivi d’altra coppia. Essa distingue i casi in cui l’affidamento familiare abbia dato luogo al realizzarsi di relazioni familiari di fatto tra affidatari e minore, tali da integrare una famiglia, da quelli in cui ciò non avvenga. Secondo l’orientamento della Corte, pur escludendosi che possa essere affermato il diritto all’adozione degli affidatari, tuttavia, qualora risulti in concreto che il minore affidato abbia realizzato con i suoi affidatari un valido rapporto familiare, ben può pervenirsi all’accoglimento della domanda di adozione da costoro proposta.

La Cedu configura la nozione di vita familiare di cui all’art. 8, come inclusiva di rapporti di fatto (*Marcks/Belgio e Nyluhd/Finlandia*), in particolare in un’ipotesi in cui i ricorrenti avevano vissuto per il tempo apprezzabile di diciannove mesi con la bambina, che si era perfettamente inserita nel nucleo familiare. Dal punto di vista procedurale, la Corte osservava che non era stata valutata la domanda di adozione in casi particolari formulata dalla coppia affidataria. Il principio della continuità affettiva e la connessa esperienza dell’adozione mite, sono stati valorizzati nella sentenza Cedu del 21 gennaio 2014, relativa al caso *Zhou c. Italia*, in un caso di madre in condizioni di disagio psichico, che affidava sistematicamente il figlio ai vicini di casa ritenuti dei servizi non idonei, mentre la stessa era al lavoro, laddove (cfr. par. n. 26) si afferma che «secondo le informazioni fornite dal Governo, diversi tribunali per i minorenni hanno applicato l’articolo 44 d) della legge n. 184 del 1993, oltre ai casi previsti dalla legge (...). La procedura si è conclusa con la condanna dell’Italia, in quanto “... nessuna spiegazione convincente per giustificare la soppressione del legame di filiazione tra la ricorrente e suo figlio è stata fornita dal Governo”» (cfr. par. 59). In senso analogo, cfr. anche la sentenza *Todorova c. Italia* del 13 gennaio 2009, in un caso in cui la madre aveva optato per il parto anonimo, chiedendo tuttavia solo dopo quattro giorni dallo stesso, di riflettere sul riconoscimento nonché di essere ascoltata dal giudice. In definitiva, il principio che emerge da questa giurisprudenza della Cedu è quello della pari dignità culturale e giuridica, ai fini della tutela del superiore interesse del minore, dell’adozione piena e chiusa, che comporta l’interruzione dei rapporti giuridici di fatto con la famiglia di origine, e l’adozione piena e aperta, che rompe i legami giuridici e mantiene solo i rapporti di fatto con alcuni membri della famiglia di origine. La scelta tra i due modelli di adozione va, dunque, effettuata in concreto, in base a ciò che è meglio per il bambino.

Le riforme in materia di continuità affettiva. In particolare, la legge n. 173/2015

Le riforme ultime in materia di affidamento e di adozione, mirano a dare attuazione all'interesse del minore ad una famiglia fondata su validi legami affettivi, piuttosto che su meri requisiti di tipo formale. Si tralascia la proposta unificata approvata dalla Camera e all'esame del Senato AS 1978, in materia di accesso alle origini nell'adozione e parto anonimo. Si segnala che è recentissima l'entrata in vigore della legge 19 ottobre 2015, n. 173, recante modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184 sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare, che ha avuto grande risonanza anche mediatica. Essa ha inteso introdurre un favor verso i legami costruiti in ragione dell'affidamento, avendo cura di specificare che questi hanno rilievo solo ove il rapporto instauratosi abbia di fatto determinato una relazione profonda, proprio sul piano affettivo, tra minore e famiglia affidataria. Il testo prevede una "corsia preferenziale" per l'adozione a favore della famiglia affidataria, allorquando –dichiarato lo stato di abbandono del minore –risulti impossibile ricostituire il rapporto del minore con la famiglia d'origine. Inoltre, laddove sia dichiarata l'adottabilità, il tribunale dei minorenni, nel decidere in ordine alla domanda di adozione legittimante presentata dalla famiglia affidataria, deve tenere conto dei legami affettivi «significativi» e del rapporto «stabile e duraturo» consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria. In definitiva, tale corsia preferenziale opera soltanto a condizione che la coppia affidataria soddisfi tutti i requisiti per l'adozione legittimante previsti dall'articolo 6 della legge n. 184/1983 (stabile rapporto di coppia, idoneità all'adozione e differenza d'età con differenza d'età con l'adottato), nonché quando l'affidamento, contrariamente alla natura dell'istituto, si sia sostanziato di fatto in un rapporto stabile e prolungato sul piano anche affettivo tra la famiglia (o la persona) affidataria e il minore. Il comma 5-ter prevede poi, che, nel caso in cui il minore faccia ritorno nella famiglia di origine o sia dichiarato adottabile o sia adottato da famiglia diversa da quella affidataria, sia comunque tutelata, se rispondente all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi durante il prolungato periodo di affidamento. Ai sensi del comma 5-quater il giudice nel decidere deve non solo tenere conto della valutazione dei servizi sociali, ma anche procedere all'ascolto del minore ultradodicesimo e, se capace di discernimento, anche del minore infradodicesimo. L'articolo 2 interviene sul comma 1 dell'articolo 5 della legge n. 184/1983, che riguarda i diritti e doveri dell'affidatario, garantendo alla famiglia o alla persona cui sia stato affidato il minore la legittimazione ad intervenire nei procedimenti che riguardano il minore. Più in particolare la norma impone l'obbligo, a pena di nullità, di convocare l'affidatario in tutti i procedimenti civili in materia di responsabilità genitoriale, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato, riconoscendogli nel contempo la facoltà di presentare memorie nell'interesse del minore.

L'articolo 3 del disegno di legge introduce un ulteriore comma, il comma 1-bis, nell'articolo 25 della legge del 1983. La nuova disposizione prevede che le norme di cui al comma 1 dell'articolo 25 in tema di adozione, trovino applicazione anche nell'ipotesi di prolungato periodo di affidamento. Essa sembra dunque contemplare l'ipotesi, di frequente verifica, in cui l'affidamento abbia luogo in situazioni di difficoltà non transitorie, suscettibili di sfociare in stato di abbandono. Proprio in tali ipotesi, l'affidamento rappresenta un titolo preferenziale per l'affidamento preadottivo. Tuttavia, il periodo di affidamento non si computa ai fini del compimento del periodo di affidamento preadottivo.

Nella prassi si verificano molteplici casi di questo tipo, sicché, in assenza di ricorso del pm per la dichiarazione di adottabilità, e non potendo ricorrere allo strumento dell'art. 10 legge n. 184/1983, si anticipano già in questa fase le comparazioni, anche in vista di un'adozione ex art. 44, legge n. 184/1983. La legge sembra contemplare l'ipotesi in cui l'affidamento duraturo sfoci sia in adozione legittimante, anche nella forma di adozione aperta, sia nell'adozione in casi particolari.

L'articolo 4, infine, risolve i dubbi giurisprudenziali sorti in relazione all' articolo 44, cpv lett. a) della legge del 1983, nella parte in cui fa riferimento alla «adozione in casi particolari». Il testo, nel confermare la linea interpretativa favorevole a considerare positivamente i legami costruiti in ragione dell'affidamento, specifica che essi hanno rilievo solo ove il rapporto che si è instaurato, in ragione del protrarsi anomalo del periodo di affidamento, abbia di fatto creato una speciale relazione affettiva tra il minore e la famiglia affidataria. Lascia perplessa la previsione per cui l'anzidetta trasformazione in adozione in casi particolari possa avvenire nella sola ipotesi di cui alla lett. a). Sembra più naturale il collegamento con la lett. d), laddove il minore abbia mantenuto rapporti con la famiglia di origine.

Secondo le prime applicazioni giurisprudenziali, la finalità della legge n. 173/2015 è quella di preservare «il diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare» sancendo, in tal direzione, anche una sorta di preferenza nel caso di procedimento adottivo, in favore delle famiglie che hanno instaurato con il fanciullo un «legame significativo affettivo»: solo ove sussista tale legame opera il novellato art. 5 legge n. 184/1983, mentre in caso di affidamento all'ente – quando il tribunale quindi applica una limitazione della responsabilità genitoriale, ma non instaura un legame affettivo tra l'ente e il minore – il tribunale non è tenuto alla convocazione dell'affidatario o del collocatario.

In definitiva, pur essendo stata valutata positivamente la legge n. 173/2015, è stata criticata sotto il profilo della mancata innovazione della disciplina sui poteri e doveri degli affidatari ex art. 5 legge n. 184/1983. Sempre in tema di rapporti tra affidamento e adozione, con riferimento ai minori provenienti da Paesi islamici, è recentemente entrata in vigore la legge 18 giugno 2015, n. 101 con la quale l'Italia ha proceduto alla ratifica e all'esecuzione della Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta a L'Aja il 19 ottobre 1996, con riferimento al collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in istituto o alla sua assistenza legale tramite kafala. Tuttavia, quest'ultimo profilo è stato stralciato dalla legge di esecuzione e forma oggetto di un autonomo disegno di legge presentato dal Governo – approvato dalla Camera e pendente presso la Commissione giustizia del Senato – contenente le norme di adeguamento interno, al fine di attribuire una veste giuridica alla cosiddetta kafala, istituto affine all'affidamento familiare, previsto come unica misura di protezione del minore negli ordinamenti islamici, non operando alcuna distinzione tra bambini in stato di abbandono e bambini non abbandonati, ma che necessitano di essere affidati ad altra famiglia. Come chiarito nella relazione illustrativa, l'Italia ha infatti ritenuto di «dettare specifiche norme di adeguamento dell'ordinamento interno sia con riferimento a profili concernenti il riconoscimento di alcune misure di protezione, sia per la necessità di modificare la legge 31 maggio 1995, n. 218, recante riforma del sistema italiano

di diritto internazionale privato». Si argomenta, infatti, che «la delicatezza dell'affidamento familiare, nonché la mancata disciplina dell'assistenza legale tramite kafala o istituti analoghi nell'ordinamento italiano, che allo stato non conosce forme di affidamento sine die, destinate cioè a protrarsi fino al raggiungimento della maggiore età del minore, hanno indotto ad adottare norme disciplinanti i presupposti e le modalità, in presenza dei quali le competenti autorità italiane possano approvare il collocamento o l'assistenza, qualora venga prospettato da parte delle autorità di un altro Stato contraente il collocamento di un minore in Italia in una famiglia di accoglienza (o in un istituto), ovvero la sua assistenza legale tramite kafala o istituto analogo». In definitiva, in materia di affidamento e adozione, si manifesta particolare attenzione alle complesse e delicate istanze che si muovono nella società civile, che da un lato mirano a garantire pienamente l'interesse del minore al riconoscimento di uno status di filiazione, che viene certamente inficiato da discutibili inerzie nel prolungare affidamenti sine die in assenza di alcuna progettualità; e dall'altro, tuttavia, appare ineludibile un'attenta considerazione della molteplicità e complessità dei modelli familiari, che rende inadeguata l'univocità di un modello di adozione, nella sua principale declinazione come legittimante, alla stregua di una seconda nascita, cui debba necessariamente conseguire l'interruzione dei rapporti con la famiglia di origine.

bis L'elaborazione dottrina sul semi-abbandono permanente e la sperimentazione dell'adozione mite

La sperimentazione della cosiddetta adozione mite è cominciata nel giugno 2003 come semplice prassi giudiziaria autorizzata dal Csm nel Tribunale per i minorenni di Bari e fondata sul parziale insuccesso della legislazione in tema di affidamento familiare e sull'esigenza di dare maggiore impulso al processo di deistituzionalizzazione dei minori (in vista della scadenza del dicembre 2006 per la chiusura degli istituti) [1]. Il punto di partenza del discorso è costituito dalla constatazione che il numero dei bambini dichiarati adottabili e poi adottati era andato notevolmente diminuendo negli ultimi anni, a conferma che le situazioni di pieno abbandono morale e materiale tendevano a ridursi, mentre restava sempre alto quello delle domande di adozione. A ciò si aggiungeva che l'adozione internazionale, verso cui molte coppie si orientano, ha costi alti, che spesso scoraggiano gli aspiranti adottanti. La sperimentazione si innestava sulla constatazione che l'impostazione normativa aveva trascurato del tutto il caso frequente della famiglia inidonea parzialmente, ma in modo continuativo, a rispondere ai bisogni educativi del figlio; che è cioè incapace di rispondere alle sue esigenze educative, ma che non lo ha abbandonato e, anzi, ha con lui un rapporto affettivo significativo, anche se inadeguato. In tal caso, da un lato, non è opportuno nell'interesse del minore che tale rapporto venga del tutto cancellato, ma, dall'altro, non esiste una ragionevole previsione di pieno recupero di esso. Si tratta del cd. semi-abbandono permanente, che è privo di qualunque riconoscimento normativo, in quanto riceve quale risposta solo l'affidamento familiare: viene, cioè, gestito come se si trattasse di un'inidoneità familiare di carattere temporaneo, mentre si tratta di cosa ben diversa [2]. Una riflessione in termini giuridici sulla nozione dottrina di semi-abbandono permanentesi fonda sulla dicitura contenuta nell'art. 44 «quando non ricorrono le condizioni dell'art. 7», che ha indotto la prevalente giurisprudenza a ritenere che l'adozione in casi particolari prescinda dalla

dichiarazione di adottabilità dello stesso, se sussistono i presupposti sostanziali dello stato di abbandono. Un'interpretazione evolutiva muove dalla lettura coordinata tra l'art. 44 con riferimento all'esclusione dell'art. 7 e la lett. d), che fa riferimento all'impossibilità di affido preadottivo, per ritenere che possa pervenirsi all'adozione in casi particolari, anche quando non ricorrano situazioni di abbandono del minore tali da giustificare una pronuncia di adottabilità [3]. Un ulteriore elemento interpretativo è costituito dal coordinamento tra l'art. 44 lett. d) e gli artt. 45 e 46, laddove, ai fini dell'adozione speciale, non si esige il presupposto dell'abbandono materiale e morale, quanto il consenso dei genitori o del tutore e del minore che abbia compiuto gli anni 14, ovvero, in caso di mancato assenso e quando esso sia ingiustificato, il mancato esercizio della potestà a seguito di un provvedimento di sospensione o decadenza dalla potestà [4]. Tale previsione – oltre ad escludere la necessità di una declaratoria dello stato di adottabilità, che di per sé sospende la potestà genitoriale – sembra escludere la necessaria ricorrenza del presupposto dello stato di abbandono. Infatti, in caso di ingiustificato dissenso da parte dei genitori, è sufficiente che ricorrano i presupposti per assumere un provvedimento ablativo della potestà, ovvero occorrono carenze nella capacità genitoriale certamente gravi, ma non di tale entità da configurare una situazione di abbandono materiale e morale tale, da determinare una declaratoria di adottabilità. Ad ulteriore conferma, l'art. 10 della legge n. 184/1983 prevede la possibilità di adottare i provvedimenti di cui agli artt. 330-333 cc in pendenza di un procedimento di adottabilità e dunque prima ed indipendentemente da siffatta pronuncia [5].

Uno studio effettuato dal Dipartimento di psicologia presso l'Università di Bari ha acclarato il successo dell'esperienza, essendosi proceduto ad adozione cd. mite in 168 casi, nella maggior parte dei quali con il consenso dei genitori biologici. L'opinione manifestata dai soggetti coinvolti in focus-groups omogenei evidenziava come criticità dell'esperienza il rischio di ambiguità e insicurezza nella costruzione delle relazioni parentali e il timore negli adottanti di pericolose interferenze della famiglia di origine, mentre come punto di forza si evidenziava la più serena accettazione della sua storia da parte del minore e la salvaguardia di esigenze di continuità affettiva. Un ulteriore rischio era quello di strumentalizzazione dell'adozione mite, al fine di pervenire in modo indiretto ad un'adozione piena. Si evidenziava inoltre la necessità, per la riuscita del percorso, di una costante opera di sostegno da parte dei servizi, anche nel post-adozione. Quanto agli esiti dei casi di adozione mite, si evidenziava che nella grande maggioranza dei casi i bambini non mantenevano rapporti con la famiglia di origine, salvo che con i fratelli, per loro scelta. Rispetto agli altri adottati, questi bambini parevano più sereni, anche se, rispetto ai minori in adozione chiusa, presentavano una maggiore insicurezza nell'attaccamento. Solitamente venivano anche meno i rapporti tra la famiglia biologica e quella adottiva.

La sperimentazione barese sull'adozione mite è stata oggetto di accese polemiche, essendo stata accusata di aver forzato il dato normativo della legge n. 184/1983 dilatando l'ambito di applicazione dell'istituto, concepito dal legislatore come residuale, dell'adozione in casi

particolari. Un profilo di criticità di tale sperimentazione è peraltro ravvisabile nel dato di realtà per il quale le coppie che propongono istanza di adozione sono in generale poco propense ad accettare il mantenimento dei rapporti tra il minore e la famiglia di origine. Sta di fatto, peraltro, che tale sperimentazione ha avuto il merito di anticipare i recenti orientamenti della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, seguiti dallo stesso legislatore, che hanno valorizzato il principio della continuità affettiva, così depotenziando una superata visione massimalista dell'adozione fondata sulla cancellazione della storia precedente del minore, ferma restando la valutazione delle peculiarità dei casi concreti.

Alla luce di tale evoluzione, sembra possibile recuperare il patrimonio di esperienza della cd. adozione mite, valorizzando esperienze di coordinamento tra tribunale, servizi sociali e privato sociale, al fine di istituire un bacino condiviso di coppie o di persone singole, adeguatamente selezionate e formate, disponibili all'affidamento a lungo termine di minori con una storia personale e relazionale significativa, suscettibile di evolvere in provvedimenti adottivi.

[1] Nella documentazione interna al Tribunale per i minorenni di Bari, la sperimentazione in esame viene così descritta: «L'iter di tale procedura si articola in due fasi, entrambe dirette ad approfondire la situazione personale e familiare del minore ed a formulare per lui un progetto di vita futura. La prima fase si propone il fine di verificare se vi sono le condizioni per il rientro del minore nella sua famiglia e di realizzarlo; la seconda è diretta – una volta accertata l'impraticabilità del rientro in famiglia – a procedere all'adozione in favore del minore, che sarà quella legittimante, se si riscontra una situazione di abbandono morale e materiale; sarà, altrimenti, l'adozione non legittimante di cui all'art. 44 lett. d) della L. 184/1983, se il minore non è in abbandono, ma è permanentemente privo di ambiente familiare idoneo. La prima fase suindicata si attua con la ripetuta discussione della vicenda in camera di consiglio e con l'espletamento di un'istruttoria collegiale funzionale anzitutto a realizzare insieme con i servizi territoriali l'immediato rientro del minore nella propria famiglia; a programmare, inoltre, nell'eventualità che ciò non sia possibile, un piano d'intervento socio-giudiziario con prescrizioni dirette – anche prevedendo i sostegni e gli aiuti previsti dall'art. 1 L. 184/1983 – ad agevolare il rientro del minore nella famiglia in tempi congrui; a procedere, in una terza ipotesi ad un affidamento familiare giudiziario (nell'ambito del procedimento civile pendente per il minore e previa comparazione tra tutte le famiglie disponibili ad accoglierlo), quando il minore sia ospite di una comunità e non risulti realizzabile, in tempi congrui, nemmeno con adeguati sostegni, il rientro del medesimo nella famiglia biologica. L'affidamento familiare, che viene disposto in tal caso, ha natura giudiziaria, essendo pronunciato ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, 2° comma, L. 184/1983 e 330 e seguenti del codice civile, per effetto del disagio familiare riscontrato, in linea con un orientamento dottrinale da tempo affermato. Si creano così le condizioni per una verifica in tempi più lunghi (rispetto alle ipotesi prospettate in precedenza) delle possibilità di recupero della famiglia di origine e di successivo rientro del minore. Infine, nel caso in cui l'affidamento familiare superi la scadenza prevista ed anzi si protragga per vari anni oltre tale termine, gli affidatari del minore vengono invitati a presentare – sempre nel caso in cui il rientro nella famiglia di origine non risulti praticabile – una domanda di adozione mite come dimostrazione della loro disponibilità a modificare la qualità del rapporto già da tempo esistente con il minore, trasformandolo da affidamento

familiare in adozione particolare ai sensi dell'art. 44 lettera d) legge 184/1983, oppure in quella legittimante dello stesso minore, se si ravvisano le condizioni per procedere alla sua dichiarazione di adottabilità. Viene in tal modo posto termine a quella condizione familiare precaria, consistente nell'affidamento "sine die", che crea quella situazione nota con l'espressione "bambini nel limbo", relativa a minori che rischiano vere e proprie crisi di identità, perché perennemente scissi tra la dimensione affettiva, che li fa sentire ben integrati nella famiglia affidataria, e quella giuridica, che li fa appartenere totalmente alla famiglia d'origine».

[2] In ordine ad un'analisi sociologica del fenomeno del semi-abbandono, nel quale l'interruzione dei rapporti del bambino con le figure parentali potrebbe rivelarsi pregiudizievole, cfr. V. Pocar e P. Ronfani, *Famiglia e diritto*, Laterza, Bari, pp. 101 ss. Si evidenzia il presupposto culturale della l. n. 184/83, della prevalenza della famiglia degli affetti su quella biologica. Commentano gli autori: «... all'attuale modello 'forte' di adozione potrebbe dunque affiancarsene uno 'mite', non rivolto a creare per legge una nuova ed esclusiva genitorialità...».

[3] Cfr. Trib. Min. Bari, 7 maggio 2008, adottata ex art. 44, lett. d), in un caso in cui la minore era da tempo collocata in affidamento familiare, ed incontrava regolarmente la madre. Si era dunque determinata una situazione definita «palesamente irreversibile», ostativa ad un rientro della minore in famiglia, e d'altra parte la piccola aveva radicato con gli affidatari un saldo legame affettivo, atteso che viveva presso di essi dall'età di due anni, pur non avendo mai interrotto i rapporti con la madre. Questa peraltro aveva prestato l'assenso all'adozione della figlia ed aveva un ottimo rapporto con gli affidatari. Si segnala anche un decreto Trib. Min. Napoli, 24 ottobre 2007, nel quale, in un caso di persistente inadeguatezza della famiglia di origine, veniva comunque da questa espresso un consenso all'adozione mite dei minori.

[4] È pacifico che la mancanza di assenso da parte di un genitore esercente la responsabilità genitoriale si ponga come ostativo all'adozione speciale, precludendo al giudice la valutazione del carattere giustificato dei motivi a suo fondamento (cfr. Cass., 26 luglio 2000, n. 9795, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000, 2047).

[5] Riguardo al rapporto tra adozione legittimante e non legittimante, si richiama la seguente considerazione contenuta nella citata sentenza Trib. Min. Bari, 7 maggio 2008: «... Pertanto l'area di applicazione della prima adozione (quella non legittimante), è diversa da quella della seconda (quella legittimante) e ne deriva che il rapporto tra le due adozioni 44 d) e legittimante) non va inteso solo come riguardante in entrambi i casi i soli minori adottabili; ma deve essere interpretato in senso più ampio e cioè come simile a quello esistente tra due cerchi concentrici, dei quali il più piccolo riguarda i casi in cui il minore venga dichiarato adottabile e quindi sia destinato all'adozione legittimante, mentre il più grande riguarda quelle zone grigie dell'abbandono, quelle situazioni cioè che, pur non dando luogo ad un abbandono pieno, possono tuttavia ritenersi rientranti nel concetto di "semiabbandono permanente"....».

LA COSTITUZIONE DEL VINCOLO DI UNIONE CIVILE TRA NORME DI LEGGE, DISCIPLINA TRANSITORIA E ASSETTO DEFINITIVO DELLA MATERIA

LUISA PASCUCCI^(*) - Assegnista di ricerca nell'Università di Bologna

L. 20-05-2016, n. 76, epigrafe

D.P.C.M. 23-07-2016, n. 144, epigrafe

D.Lgs. 19-01-2017, n. 5, epigrafe

Il saggio ricostruisce il procedimento di costituzione dell'unione civile come disciplinato dalla l. n. 76/2016, a seguire dal d.p.c.m. n. 144/2016 recante le disposizioni transitorie ed infine dal d.lgs. n. 5/2017 contenente l'assetto definitivo della materia. In particolare, vengono messe in evidenza le questioni interpretative che lo scarno testo di legge lasciava residuare, anche - e specialmente - a fronte del mancato richiamo delle norme codicistiche disciplinanti la celebrazione del matrimonio, con conseguente loro inapplicabilità ai sensi della preclusione dell'art. 1 comma 20 della legge. Il contributo indaga poi in quale direzione il legislatore delegato abbia dato attuazione alla riforma: assecondando la *voluntas legis* di differenziare l'unione civile dal matrimonio quanto al momento di formazione del vincolo, o al contrario operando un progressivo avvicinamento alla disciplina del matrimonio, anche in relazione a detto aspetto. E se, nel contempo, abbia dato risposta a tutti i quesiti lasciati aperti dalla legge, o comunque se sia possibile sopperire in via interpretativa (mediante tecniche il più possibile compatibili con la previsione del comma 20) onde colmare eventuali persistenti vuoti di disciplina.

Sommario: 1. Premessa. - 2. La costituzione dell'unione civile entro la scarna disciplina di legge. - 3. Brevi cenni sulla natura dell'atto costitutivo di unione civile. - 4. Le "lacune" normative alla luce della preclusione dell'art. 1, comma 20°, l. n. 76/16. - 5. Segue: in particolare, il (falso) problema dell'ammissibilità di un'unione civile "a tempo". - 6. Il procedimento costitutivo dell'unione civile nell'assetto definitivo della materia: il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5. - 7. Segue: la registrazione degli atti di unione civile. - 8. La prova dell'unione civile. - 9. La "certificazione" dell'unione civile ai sensi dell'art. 1, comma 9°, l. n. 76/16. - 9.1. L'opposta tesi della natura (lato sensu) "costitutiva" del documento di cui al comma 9°: criticità. - 10. Conclusioni.

1. Premessa.

Si è sostenuto in dottrina che la diversità ontologica che intercorre tra il matrimonio e la nuova formazione sociale introdotta dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", commi 1°-35°) sotto la denominazione di "unione civile"⁽¹⁾, "dipendente (...) dall'identità di sesso che contraddistingue le parti dell'unione e che esclude la loro fecondità"⁽²⁾, ha coerentemente portato il legislatore a prevedere numerose e assai rilevanti differenze di disciplina rispetto al matrimonio⁽³⁾. Altresì che se l'art. 1, comma 20°, della legge, da un lato, espressamente stabilisce che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e quelle "contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti" si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile, dall'altro precisa che detto principio vale con riferimento a tutte le leggi e agli atti aventi forza di legge, ma non alle norme del codice civile non richiamate espressamente: il che comprova ulteriormente che, nell'ottica del legislatore, l'unione civile non è sovrapponibile al matrimonio⁽⁴⁾.

Questo non deve, però, portare a misconoscere i pur innumerevoli e significativi profili di vicinanza e, non di rado, di identità che si riscontrano rispetto alla disciplina del matrimonio, alle cui linee essenziali la l. n. 76/16 comunque si conforma: sia per quel che concerne il profilo dell'"atto", analogo essendo - salva, come subito vedremo, la disciplina del momento propriamente costitutivo dell'unione - il regime degli impedimenti e delle invalidità⁽⁵⁾; sia nel regolamentare il rapporto tra i civilmente uniti, analoga essendo la disciplina dei rapporti personali - salva, in particolare, la vistosa omissione dell'obbligo di fedeltà⁽⁶⁾ -, dei rapporti patrimoniali⁽⁷⁾ e successori⁽⁸⁾. Un'assimilazione che viene per lo più realizzata attraverso il pedissequo richiamo di norme codicistiche disciplinanti

il matrimonio, ovvero, in mancanza di un espresso rinvio, riproducendone immutato il contenuto o comunque apprestando una disciplina analoga a quella del matrimonio, spesso riformulata con differenze meramente lessicali. Ne risulta una normativa corposa e articolata, specie se la si raffronta con la parte della legge dedicata alle convivenze (art. 1, commi 36°-65°).

Residuano, tuttavia, degli aspetti, come quello afferente al procedimento di costituzione dell'unione che qui ci occupa, che non solo si distanziano notevolmente dalla disciplina del matrimonio, ma che sono altresì oggetto di una disciplina quanto mai scarna e lacunosa (art. 1, commi 2°, 3° e 9°), che, come tale, ha posto non pochi dubbi interpretativi.

Sulle sue molte zone d'ombra è intervenuto, in via attuativa, dapprima, ai sensi dell'art. 1, comma 34°, della legge, il d.p.c.m. 23 luglio 2016, n. 144 («Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile», *infra* decreto "ponte"), contenente le disposizioni transitorie necessarie per dare concreta ed immediata attuazione alla novella; agli stessi fini sono stati emanati il d.m. 28 luglio 2016 ("Approvazione delle formule per gli adempimenti degli ufficiali di stato civile in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso"), nonché, in pari data, la Circolare n. 15 del Ministero dell'Interno contenente le istruzioni per gli ufficiali di stato civile e gli adempimenti da svolgere. Ciò fintanto che non fossero stati emanati i decreti legislativi con cui il Governo è stato chiamato, ai sensi dell'art. 1, comma 28°, l. n. 76/16, ad adeguare alla nuova disciplina - *inter alia*⁽⁹⁾ - il sistema dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni (art. 1, comma 28°, lett. a)): invero, una volta intervenuto l'assetto definitivo della materia, le disposizioni transitorie di cui al decreto "ponte" avrebbero perso efficacia (art. 10 d.p.c.m. n. 144/16; art. 1, comma 34°, l. n. 76/16).

Il 14 gennaio 2017 il Governo, a seguito del parere favorevole rilasciato dalle competenti commissioni parlamentari, ha completato l'*iter* di approvazione di tre decreti legislativi, con cui sono stati modificati e integrati, nell'ordine, la disciplina dell'ordinamento dello stato civile (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5), il codice penale (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6) e la legge di diritto internazionale privato (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 7)⁽¹⁰⁾. In particolare, ai fini che qui interessano, si analizzerà la regolamentazione contenuta nel d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5 ("Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76").

Appare, dunque, opportuno condurre la predetta indagine, da un lato, ricostruendo il procedimento di costituzione dell'unione civile per come disciplinato dalla (pur sintetica) disciplina di legge, anche alla luce delle opzioni interpretative dibattutesi nell'imminenza della sua entrata in vigore (cfr. par. 2-5). Dall'altro, indagando se e come la legge medesima sia stata attuata nei suoi punti "scoperti" dalla disciplina delegata (d.p.c.m. n. 144/2016, ma soprattutto d.lgs. n. 5/2017, su cui v. par. 6 ss.): non tanto - si intende - con riferimento ad aspetti che la legge abbia espressamente (e sia pur genericamente) regolato e che la normativa di attuazione possa aver tradotto in senso eventualmente difforme, bensì in relazione a quei profili - che come vedremo sono i più data l'esiguità del dettato normativo - sui quali la legge medesima è rimasta pressoché silente, sì da configurare una delega tendenzialmente in bianco al Governo e ove dunque il rischio di tradire la *voluntas legis* in mancanza di qualsivoglia coordinata poteva farsi più ampio.

2. La costituzione dell'unione civile entro la scarna disciplina di legge.

L'art. 1, comma 2°, l. n. 76/16, nel delineare le modalità di costituzione dell'unione civile, prevede una "dichiarazione" delle parti - entrambe maggiorenni e dello stesso sesso - "di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni"⁽¹¹⁾.

Come si nota, il testo di legge si presenta quanto mai scarno, a differenza di ciò che è a dirsi con riguardo al matrimonio ed evidentemente proprio al fine di scongiurare ogni ipotesi di equiparazione dell'unione civile ad esso. È noto invero come, in ambito di matrimonio, il codice civile, oltre a richiedere l'adempimento preliminare delle pubblicazioni (artt. 93 ss. c.c.), scandisca

dettagliatamente la "celebrazione" (art. 107 c.c.), prevedendo, nell'ordine, che l'ufficiale di stato civile dia lettura degli artt. 143, 144 e 147 c.c.; ciascuno degli sposi renda personalmente, l'uno dopo l'altro, la dichiarazione di volersi prendere rispettivamente in marito e in moglie; l'ufficiale di stato civile dichiarare che le parti sono unite in matrimonio; il tutto alla presenza di due testimoni che, come espressamente previsto, possono anche essere parenti degli sposi. Ne risulta una fattispecie *complessa*, in cui alla dichiarazione di volontà degli sposi - *rectius*, di *ciascuno* di essi - deve seguire la dichiarazione dell'ufficiale di stato civile, che "d[à] certezza [a]lla formazione del negozio matrimoniale"⁽¹²⁾, in difetto della quale la fattispecie non può ritenersi completa, né dunque la celebrazione compiuta⁽¹³⁾.

Di tutto ciò, ai fini della costituzione dell'unione civile, non v'è traccia nell'art. 1, comma 2°, della legge, così come ancor prima delle pubblicazioni (art. 93 ss. c.c.) e delle conseguenti opposizioni (art. 102 ss. c.c.)⁽¹⁴⁾. Né ricorre mai il termine "celebrazione" (art. 106 ss. c.c.), "parola (...) che reca con sé l'idea di un rito solenne, qual è nel comune sentire quello matrimoniale, e che il legislatore evita di usare all'art. 1, comma 2, ove, con linguaggio contrattuale, si legge che 'due persone (...) costituiscono un'unione civile (...)'"⁽¹⁵⁾, e - nella specie - quello di celebrazione "pubblica" ai sensi dell'art. 106 c.c.: il tutto evidentemente nella logica di semplificare, "de-formalizzare/de-solennizzare" la procedura di costituzione del vincolo, distinguendola così da quella del matrimonio⁽¹⁶⁾. In particolare, seguendo l'ordine di cui sopra, mancano: la lettura da parte dell'ufficiale dello stato civile delle norme compendianti i diritti e i doveri che nascono dall'unione civile; la duplice e reciproca dichiarazione di volontà delle parti; la dichiarazione dell'ufficiale di stato civile che formalizzi che da quel momento le parti sono unite civilmente; la possibilità che i testimoni, stando ad un'interpretazione strettamente letterale della previsione, siano parenti delle parti.

Nel testo di legge si fa soltanto menzione, come poc'anzi accennato, di una generica "dichiarazione" delle parti "di fonte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni": dichiarazione di cui non si precisano né il contenuto⁽¹⁷⁾, né le modalità in cui debba essere resa⁽¹⁸⁾. Ora, se, con riguardo al contenuto, è pur vero che lo stesso può agevolmente desumersi dal tenore complessivo del comma medesimo ("Due persone (...) costituiscono un'unione civile") - sì che la dichiarazione delle parti non potrà che avere ad oggetto la volontà di unirsi civilmente l'una all'altra⁽¹⁹⁾ -, rimane invece insoluto: se basti un'unica dichiarazione congiunta delle parti od occorran due distinte dichiarazioni rese da ciascuna di esse in successione; quale sia l'ufficiale di stato civile (*rectius*, il comune di appartenenza) competente⁽²⁰⁾; quale il momento perfezionativo della fattispecie; quali il ruolo e le competenze dell'ufficiale di stato civile; se i testimoni possano essere anche parenti delle parti.

In risposta al primo interrogativo, ed in questa fase della trattazione sempre e solo assumendo il dato di legge, non ancora la disciplina di attuazione (su cui v. *infra*, par. 6), parrebbe sufficiente un'unica dichiarazione congiunta delle parti⁽²¹⁾ - purché naturalmente appaia inequivocabilmente condivisa, dovendo l'ufficiale di stato civile, in ogni caso, accertare l'esistenza della volontà di ciascuna parte -: invero, la lettera della legge, nonché lo spirito della medesima (impedire ogni forma di equiparazione dell'unione civile al matrimonio) conducono pressoché agevolmente ed univocamente verso una procedura snella e il più possibile de-formalizzata. Vi è comunque chi, tra gli interpreti, invocando l'applicazione analogica dell'art. 107 c.c., ha ritenuto che *ciascuna* delle parti sia chiamata a rendere la dichiarazione di voler contrarre unione civile⁽²²⁾.

Venendo all'individuazione del comune competente, mentre il codice civile prevede che il matrimonio sia celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile "al quale fu fatta la richiesta di pubblicazione" (art. 106 c.c.) e, dunque, stando al disposto dell'art. 94 c.c. ("Richiesta della pubblicazione"), quello "del comune dove uno degli sposi ha la residenza", l'art. 1, comma 2°, della legge nulla prevede al riguardo, né risulta altrove richiamata (o sostanzialmente riprodotta) alcuna delle predette norme codicistiche. In relazione a ciò, le soluzioni che si aprono all'interprete sono sostanzialmente due. Da un lato, stando alla norma di raccordo di cui al comma 20° - alla cui stregua le norme codicistiche relative al matrimonio si applicano solo in quanto espressamente richiamate

dalla legge -, e a meno di non invocare un'applicazione analogica degli artt. 94 e 106 c.c. - operazione che, in generale, si presenta di dubbia compatibilità con la previsione del comma 2°, in quanto finirebbe per svuotarla di contenuto e con ciò per tradire la *voluntas legis* -, sembrerebbe doversi evincere, sostanzialmente facendo leva sull'*argumentum a contrario*, che i contraenti l'unione civile possano comparire dinanzi all'ufficiale di stato civile di *qualsiasi* comune⁽²³⁾, senza che sia richiesto alcun collegamento con il comune di residenza di uno degli interessati. Dall'altro lato, però, se si tiene mente al fatto che nella quasi totalità delle procedure di stato civile (e non soltanto in ambito di matrimonio) è di norma competente il comune di residenza dell'interessato (eventualmente in alternativa al comune di nascita)⁽²⁴⁾, si dovrebbe forse coerentemente concludere che anche l'unione civile debba costituirsi presso il comune di residenza dell'una o dell'altra parte: e questo non perché si faccia applicazione analogica delle richiamate norme sul matrimonio (artt. 94 e 106 c.c.), ma in attuazione diretta di una ben più generale norma cui anche le unioni civili sarebbero da ricondurre e di cui, del resto, anche le norme sul matrimonio costituirebbero diretta estrinsecazione. Con la differenza, però, che mentre con riguardo alle unioni civili mancherebbe ogni espressa deroga a detta competenza, per il matrimonio esiste una specifica norma, l'art. 109 c.c., che ne consente, in via d'eccezione, la celebrazione in un comune diverso da quello di regola competente: una norma che parrebbe doversi ritenere inapplicabile all'unione civile non solo ai sensi dell'art. 1, comma 2°, l. n. 76/16, in quanto norma non espressamente richiamata né riprodotta nella legge medesima, ma altresì ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c., in quanto norma eccezionale. E vi è in dottrina chi, nell'imminenza dell'entrata in vigore della legge, ha argomentato proprio dall'inapplicabilità dell'art. 109 c.c. - in quanto norma non espressamente richiamata né riprodotta dalla l. n. 76/16 (né evidentemente ritenuta applicabile in via analogica) - per inferirne che per la costituzione dell'unione civile non potesse che ritenersi rigorosamente competente l'ufficiale di stato civile del comune di residenza di almeno una delle parti⁽²⁵⁾.

Quanto al momento perfezionativo della fattispecie, stando al tenore letterale dell'art. 1, comma 2°, della legge, che non richiede alcuna certazione formale da parte dell'ufficiale di stato civile, pare doversi ritenere che la dichiarazione delle parti - da rendersi comunque alla *presenza* (sempre necessaria) dell'ufficiale di stato civile - esaurisca la fattispecie costitutiva⁽²⁶⁾. Il che induce, allora, ad interrogarsi anche sull'effettivo ruolo che compete all'ufficiale di stato civile. Se, invero, come visto, egli si "limita a prendere atto delle dichiarazioni delle parti"⁽²⁷⁾, non essendo tenuto a rendere la dichiarazione "certificativa" della genuinità dell'atto e della sua conformità all'ordinamento; e soprattutto se, a monte, non è previsto l'istituto delle pubblicazioni⁽²⁸⁾, quale adempimento in funzione di controllo e garanzia sull'inesistenza di impedimenti alla formazione del vincolo, si potrebbe *prima facie* essere indotti a ritenere che l'ufficiale di stato civile sia "liberato" da ogni forma di supervisione e controllo nel procedimento di formazione del vincolo, sì da risultare le sue competenze significativamente ridimensionate rispetto a quanto accade in sede di celebrazione del matrimonio. Ma è una lettura che evidentemente non convince, posto che ad un controllo egli è in ogni caso tenuto: invero, dall'art. 1, comma 2°, della legge si evince un obbligo di verifica in ordine alla sussistenza delle condizioni - anche se, a rigore, due soltanto (maggiore età e identità di sesso) fra quelle più ampiamente richieste dall'art. 1, comma 4° - per contrarre validamente unione civile⁽²⁹⁾, oltre che naturalmente sull'esistenza della volontà di ciascuna parte. In altri termini, pur mancando la previsione di una fase di accertamenti a ciò specificamente deputata⁽³⁰⁾, nonché una certazione formale da parte dell'ufficiale di stato civile, l'esigenza di certezza è comunque garantita dalla sua "presenza"⁽³¹⁾ e dal doveroso esercizio, che ne consegue, di un "controllo preventivo sulla sussistenza degli impedimenti"⁽³²⁾.

Infine - e venendo all'ultimo interrogativo che poco sopra ci ponevamo -, quanto alla denegata possibilità - stando al tenore strettamente letterale dell'art. 1, comma 2°, della legge e a differenza di quanto espressamente ammesso in ambito di matrimonio dall'art. 107 c.c. - che i testimoni siano parenti delle parti, si conviene con quella dottrina⁽³³⁾ che rileva - senza bisogno di invocare

l'applicazione analogica dell'omologa norma codicistica - che la parola "*generica* (...) 'testimoni' permett[er] di riferirsi anche a coloro che abbiano un grado di parentela con chi decide di contrarre l'unione civile" (nostro il corsivo). Va comunque dato conto di un'opposta tesi⁽³⁴⁾, che fa leva, oltre che sull'interpretazione letterale della norma di legge (che non prevede espressamente che i testimoni possano essere parenti degli sposi), altresì sulla generale previsione di cui all'art. 50, l. 16 febbraio 1913, n. 89 ("Ordinamento del notariato e degli archivi notarili"), il cui comma 2° prevede che "Non sono testimoni idonei (...) i parenti e gli affini (...) delle parti (...)".

3. *Brevi cenni sulla natura dell'atto costitutivo di unione civile.*

Quanto si è sopra esposto ci permette di affermare che, nonostante la disciplina sintetica ed incompleta di cui alla l. n. 76/16 designi⁽³⁵⁾ un procedimento di costituzione del vincolo senz'altro più snello rispetto al matrimonio, e pur incontestata la ritrosia del legislatore a richiamare le norme sulla "celebrazione" del matrimonio ed il rito solenne che lo caratterizza, "le 'unioni civili' condividono con il matrimonio i *tratti essenziali* (...) per quel che riguarda il momento costitutivo (il profilo dell'atto)"⁽³⁶⁾ (nostro il corsivo). In entrambi i casi, infatti, il vincolo si costituisce per effetto di una dichiarazione delle parti, da rendersi, alla presenza di due testimoni, innanzi all'ufficiale di stato civile (art. 1, comma 2°), tenuto a redigere il relativo atto (arg. *ex* art. 1, comma 3°)⁽³⁷⁾ e ad iscriverlo nell'apposito registro (art. 1, comma 3°). Il solo atto di autonomia privata, dunque, non è sufficiente a costituire il vincolo, a tal fine occorrendo la partecipazione all'atto dell'ufficiale di stato civile⁽³⁸⁾.

Il riconoscimento di un nucleo comune di disciplina ci consente, allora, di richiamare le teorie più accreditate sulla natura giuridica del matrimonio e, in particolare, sulla rilevanza della partecipazione dell'ufficiale di stato civile - in concorso con la volontà delle parti - nella costituzione del vincolo.

Come noto, la partecipazione dell'ufficiale di stato civile all'atto di matrimonio è stata variamente spiegata. In passato, se ne è autorevolmente valorizzata - ancorché la tesi sia poi rimasta minoritaria - la funzione "costitutiva" del vincolo, in un'ottica che enfatizza l'esistenza di un interesse pubblico e che riflette una concezione autoritaria dei rapporti tra Stato e famiglia, sì che la famiglia non possa che sorgere da un atto dell'autorità e non soltanto dalla volontà degli sposi⁽³⁹⁾. Successivamente, "in linea con una più complessiva valorizzazione del 'consenso' come momento fondamentale del matrimonio"⁽⁴⁰⁾, è prevalsa in dottrina la concezione "negoziale"⁽⁴¹⁾, volta ad "attribuire alla volontà degli sposi efficacia costitutiva del vincolo e a ridimensionare il ruolo dell'ufficiale di stato civile, sottolineandone le affinità con quello 'notarile' di garantire la pubblica certezza di un atto che è e resta atto degli sposi. La dichiarazione dell'ufficiale di stato civile, in altri termini non crea il vincolo, ma attesta che gli sposi lo hanno creato"⁽⁴²⁾.

Mutatis mutandis, sembra potersi agevolmente affermare che anche in ambito di unione civile la volontà delle parti assurga a elemento costitutivo del vincolo, mentre l'ufficiale di stato civile partecipi all'atto in funzione "certificativa". Viepiù che nemmeno è richiesta - a differenza di quanto è previsto in ambito di matrimonio (art. 107 c.c.) - una certazione formale con cui l'ufficiale di stato civile dichiara le parti formalmente unite nel vincolo, in un'ottica che appare dunque esaltare il ruolo dell'autonomia privata. Il che lascia emergere la natura più squisitamente consensuale-negoziale⁽⁴³⁾ dell'atto costitutivo dell'unione, che parrebbe dunque configurare - ed esaurirsi in - un negozio *bilaterale*⁽⁴⁴⁾, anziché - come il matrimonio⁽⁴⁵⁾ - una fattispecie *complessa*. Ed invero la forma di costituzione dell'unione, senza la dichiarazione dell'ufficiale di stato civile, ma anche senza la solennità e la celebrazione pubblica, sembra molto più vicina alle modalità di conclusione del contratto, come anche il linguaggio legislativo, tipicamente "contrattuale" (art. 1, comma 2°, della legge: "due persone ... *costituiscono*"), parrebbe lasciare intendere⁽⁴⁶⁾; o comunque alle modalità di conclusione degli atti di autonomia privata⁽⁴⁷⁾ - stante la difficile predicabilità della natura "contrattuale" in ragione, *in primis*, dell'assenza del requisito della patrimonialità del rapporto che dall'unione civile, così come dal matrimonio⁽⁴⁸⁾, deriva -.

Questo non vale, tuttavia, a privare di significato la presenza/partecipazione dell'ufficiale di stato civile, senza la quale, indefettibilmente, la fattispecie non potrebbe dirsi perfezionata, l'atto negoziale con cui le parti manifestano la volontà di costituire il vincolo dovendo necessariamente inserirsi - in considerazione degli interessi pubblici coinvolti, seppure non perfettamente sovrapponibili a quelli che rilevano in ambito di matrimonio⁽⁴⁹⁾ - in un procedimento di natura amministrativa. Né ciò vale a relegare la partecipazione dell'ufficiale di stato civile ad un ruolo meramente passivo e, per l'effetto, ad "alterarne" le funzioni rispetto a quelle che tipicamente gli competono in sede di celebrazione del matrimonio. Invero, certamente oltre all'assenza di una certazione formale la partecipazione pubblica nella formazione di unione civile è *ulteriormente* ridotta dalla mancanza - *in primis* - dell'istituto delle pubblicazioni (quale adempimento in funzione di un controllo di inesistenza di impedimenti alla formazione del vincolo)⁽⁵⁰⁾: omissione che rileva "come ennesimo elemento volto ad accentuare il carattere 'privato' dell'atto, reso più snello grazie allo sfortimento delle 'ingerenze' pubblicistiche"⁽⁵¹⁾. Tuttavia - come sopra rilevato⁽⁵²⁾ - il pubblico ufficiale non si limita, in ogni caso, a ricevere la manifestazione di volontà delle parti, ma è immancabilmente - e preliminarmente - tenuto ad una verifica di legalità in ordine alla sussistenza delle condizioni per la valida costituzione dell'unione civile. Ciò a cui poi seguiranno ulteriori adempimenti, quali la formalizzazione dell'atto e la sua registrazione, ai sensi dell'art. 1, comma 3°, della legge.

4. *Le "lacune" normative alla luce della preclusione dell'art. 1, comma 20°, l. n. 76/16.*

L'art. 1, comma 20°, della legge, nella sua prima parte, stabilisce che, allo scopo di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile, si applicano alle parti dell'unione civile le disposizioni "che si riferiscono al matrimonio" o comunque "contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti", ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi. A completamento e anzi a *limitazione* dell'anzidetta "estensione", la seconda parte della previsione stabilisce che la clausola di adeguamento automatico⁽⁵³⁾ contenuta nel primo periodo "non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente dalla presente legge nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983 n. 184". Da una interpretazione sistematica della norma, primo e secondo periodo, risulta dunque che *si applicano* all'unione civile tutte le disposizioni riguardanti il matrimonio, *eccetto* quelle (sottinteso: "che si riferiscono al matrimonio" o comunque "contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti") contenute nel codice civile che non siano espressamente richiamate nella legge, nonché le norme sull'adozione.

Ora, l'esclusione delle regole codicistiche *lato sensu* matrimoniali "non richiamate espressamente nella (...) legge" rappresenta uno degli aspetti maggiormente problematici della nuova disciplina, atteso il difficile ruolo che compete all'interprete nell'identificare lo statuto certo e completo dell'unione civile. Invero, stante il mancato richiamo di molte norme codicistiche riferite al matrimonio, le questioni interpretative che residuano dallo scarso testo di legge non potrebbero, a rigore, che trovare composizione e copertura *al di fuori* della disciplina matrimoniale.

Ma l'assunto merita di essere precisato - sia pur, in questa sede, senza pretesa di esaustività⁽⁵⁴⁾ -, giacché, ferma l'indiscussa inapplicabilità *in via diretta* delle norme codicistiche riferite al matrimonio non richiamate dalla legge, si potrebbe astrattamente ipotizzare una loro applicazione *in via analogica*.

Ora, a parere di chi scrive si dovrebbe escludere di poter far ricorso all'applicazione analogica⁽⁵⁵⁾, in quanto operazione che avrebbe l'effetto di "aggirare" la previsione dell'art. 1, comma 20° e, con ciò, di eludere la *voluntas legis* di non equiparare l'unione civile al matrimonio se non quando il legislatore lo abbia espressamente voluto (richiamando positivamente le norme codicistiche relative al matrimonio o comunque riproponendone sostanzialmente immutato il contenuto). Si potrebbe ulteriormente addurre che le norme sul matrimonio, comunemente ritenute speciali⁽⁵⁶⁾, talora apprestano anche una disciplina *eccezionale*⁽⁵⁷⁾, come tale - e cioè prima ancora e a prescindere dalla portata del comma 20° - insuscettibile di estensione oltre lo specifico ambito di pertinenza (art. 14

disp. prel. c.c.)⁽⁵⁸⁾; preclusione, quella del comma 20°, in ogni caso dalla portata ben più ampia di quella generalmente desumibile dall'art. 14 disp. prel. c.c., giacché posta non già in relazione alla *natura* (eventualmente eccezionale) della norma matrimoniale, bensì *ratione materiae*, e cioè per tutte le norme (salve quelle richiamate dalla legge) che si riferiscano al matrimonio. In altri termini, il legislatore avrebbe generalmente e preventivamente escluso - al di fuori di puntuali espliciti richiami - la sovrapponibilità dello statuto dell'unione civile al modello matrimoniale e, a monte, la *similarità* tra unione civile e matrimonio.

Verrebbe, però, da chiedersi se il legislatore abbia il potere di escludere *artificialmente* una somiglianza (spesso) *naturalisticamente* esistente tra i due istituti⁽⁵⁹⁾, o, diversamente detto, se possa precludere all'interprete il ricorso all'analogia e con ciò derogare alle norme delle Preleggi che la contemplano tra gli strumenti di interpretazione (*rectius*, di integrazione) della legge⁽⁶⁰⁾. E in ragione di ciò ritenersi - sempre in via di mera ipotesi interpretativa - non radicalmente e preventivamente escluso (*rectius*, escludibile) il ricorso all'analogia⁽⁶¹⁾. La qual (meno rigorosa) prospettiva non varrebbe, però, a significare che le norme codicistiche riferite al matrimonio non richiamate espressamente dalla legge siano, senz'altro, applicabili. Invero, l'interprete non potrebbe in ogni caso esimersi dal verificare, di volta in volta, se dietro al(l'apparente) vuoto di disciplina si nasconda una autentica "lacuna"⁽⁶²⁾: l'analogia serve, invero, a colmare lacune; ma spesso potrebbe non esserci "vera e propria lacuna perché la mancanza della regolamentazione è l'espressione della volontà del legislatore di *sottrarre* quel caso alla disciplina prevista per i casi espressamente regolati (è il cosiddetto criterio della 'volontà contraria del legislatore')"⁽⁶³⁾. Si dovrebbe, in altri termini, indagare se la mancanza di una disposizione *ad hoc* nella legge sulle unioni civili corrisponda ad una scelta legislativa, consapevole e volontaria, di sottrarre quel determinato aspetto alla disciplina del matrimonio: ricorrendo la quale eventualità non potendosi, allora, configurare alcuna lacuna e dovendosi considerare il caso non regolato *esente* dalla disciplina matrimoniale, e verosimilmente - anche se non necessariamente - sottoposto ad una (sia pur implicita) disciplina di segno opposto. Ove, invece, la mancanza - nella specie, il mancato richiamo di una norma codicistica disciplinante il matrimonio - non fosse riconducibile ad una precisa (e sia pur implicita) *voluntas legis*, ma plausibilmente ad una *svista/ dimenticanza* del legislatore, la norma incautamente espunta potrebbe essere "recuperata", se non in via di applicazione diretta (ovverosia intendendola comunque richiamata) - ciò che pur parrebbe la conseguenza più logica ove si muova dall'esistenza di una *svista* -, quantomeno - e sempre ancora assumendo la prospettiva (meno rigorosa) volta a ritenere non escluso a priori il ricorso all'analogia - in via di applicazione analogica, configurandosi a tutti gli effetti una lacuna, purché naturalmente compresenti gli ulteriori⁽⁶⁴⁾ presupposti per potervi procedere - *id est*, la somiglianza giuridica tra il caso omesso e quello regolato, nonché la natura non eccezionale della norma particolare (nella specie, quella matrimoniale) di cui fare estensione -.

A più attenta analisi, però, per colmare i pur innumerevoli vuoti di disciplina - *rectius*, quelli che, nella prospettiva da ultimo richiamata, si risolvano in autentiche lacune - e, anzi, per far sì che le lacune neppure si presentino⁽⁶⁵⁾, si potrebbero invocare tecniche interpretative di più certa compatibilità con la previsione del comma 20°⁽⁶⁶⁾. Il ricorso all'*analogia legis* non si evidenzia, invero, poi così imprescindibile, posto che buona parte delle fattispecie dubbie che residuano dal testo di legge riesce, a ben vedere⁽⁶⁷⁾, a trovare copertura entro il paradigma di norme (e/o principi) generali, e, dunque, attraverso tecniche ancora strettamente interpretative della legge volte a *prevenire* l'insorgenza della lacuna, prima fra tutte l'interpretazione sistematica, volta ad individuare la disciplina applicabile "sulla base del rapporto [...] il sistema degli istituti e delle norme giuridiche dell'ordinamento rilevanti per materia"⁽⁶⁸⁾. In altri termini, la mancanza di una specifica norma di legge che regoli un dato aspetto dell'unione civile e la difficile predicabilità dell'applicazione analogica delle norme matrimoniali non richiamate non impediscono di trarre, da un'interpretazione sistematica di norme per lo più generali e variamente dislocate nell'ordinamento,

la *regula iuris* da applicare in concreto; ciò da potersi verosimilmente riguardare nei termini di una interpretazione "evolutiva"⁽⁶⁹⁾. Che se poi detto percorso ermeneutico dovesse condurre - come pur spesso accade - ad una disciplina dell'unione civile (*rectius*, di taluni aspetti di essa) pressoché sovrapponibile a quella prevista per il matrimonio, ciò sarebbe da imputare al fatto che anche la disciplina del matrimonio, in quanto normativa sì speciale ma non necessariamente eccezionale, ben può costituire attuazione di norme generali, come tali applicabili - queste stesse, in via diretta, non già, in via analogica, le regole matrimoniali - a tutti gli istituti ad esse riconducibili in un rapporto da *species a genus* (e indipendentemente da qualsivoglia rapporto e/o giudizio di somiglianza tra le varie *species* tra loro) o che comunque ne costituiscano speciali applicazioni⁽⁷⁰⁾. Non è, dunque, escluso a priori e in assoluto che la disciplina del matrimonio, anche ove non espressamente richiamata né riprodotta dalla legge "Cirinnà", possa - indirettamente - costituire il modello di riferimento anche per la regolamentazione di taluni aspetti dell'unione civile.

È chiaro poi che, a fronte di lacune non colmabili altrimenti se non tramite il ricorso ad una norma matrimoniale non richiamata dalla legge, detta "estensione" potrebbe comunque ritenersi ammessa - al di fuori di qualsivoglia necessità di ricorso allo strumento dell'analogia - in una prospettiva costituzionalmente orientata *ex art. 3 Cost.* - peraltro richiamato dallo stesso art. 1, comma 1°, della legge⁽⁷¹⁾ -, nella misura in cui si ponga la necessità di rivendicare, in specifiche situazioni, un trattamento omogeneo a quello assicurato dall'ordinamento alla coppia coniugata. E ciò - si direbbe - anche senza bisogno di invocare da parte dell'interprete - laddove appunto ravvisi una irragionevole disparità di trattamento di situazioni (sia pur solo eventualmente)⁽⁷²⁾ simili - un intervento della Corte costituzionale; intervento che si rivelerebbe "inutilmente defaticante (...) onde ricomporre il sistema in una sua accettabile razionalità"⁽⁷³⁾.

5. Segue: *in particolare, il (falso) problema dell'ammissibilità di un'unione civile "a tempo"*.

Una considerazione particolare merita il mancato richiamo, tra le norme codicistiche disciplinanti il matrimonio, dell'art. 108 c.c. ("Inapponibilità di termini e condizioni"), o comunque la mancata riproposizione del suo contenuto nella parte della legge dedicata all'unione civile. Ciò che, stante la preclusione dell'art. 1, comma 20°, l. n. 76/16, parrebbe astrattamente aprire alla configurabilità di un'unione civile "a tempo", ossia stipulata per una durata convenuta dalle parti o la cui efficacia risulti sottoposta al verificarsi di una data condizione⁽⁷⁴⁾.

Il mancato richiamo sembra, però, doversi più verosimilmente imputare ad una "svista" del legislatore⁽⁷⁵⁾, il quale, nell'intento di evitare ogni ipotesi di assimilazione dell'unione civile al matrimonio, avrebbe eliminato dalla legge ogni riferimento alla "celebrazione del matrimonio" (artt. 106-113) e, dunque, anche alla norma di cui all'art. 108 c.c., senza avvedersi delle implicazioni che un simile indiscriminato modo di procedere poteva comportare. Invero, anche l'unione civile è, al pari del matrimonio, un negozio costitutivo di *status*⁽⁷⁶⁾: lo si deduce dall'art. 1, comma 1°, della legge, e altresì più chiaramente dal rilievo che il vincolo discendente dall'unione civile, al pari dello *status* di coniuge, costituisce impedimento alla celebrazione di matrimonio (art. 86 c.c., come novellato dall'art. 1, comma 32°, della legge) o alla costituzione di (altra) unione civile (art. 1, comma 4°, lett. a), della legge); sì che l'inapponibilità di termini e condizioni si giustifica in ragione dell'esigenza di certezza dello *status* per tale via costituito⁽⁷⁷⁾. Ancora, funzione dell'istituto è quella di fondare una *comunità di affetti*, il che - già di per sé - mal si concilia con l'apposizione di limiti, temporali o modali, all'instauranda *comunione di vita*. In particolare, l'inapponibilità di termini e condizioni deriva dalla necessità di salvaguardia del principio di indisponibilità degli effetti dell'unione civile, quale "negozio" - al pari del matrimonio - "familiare"⁽⁷⁸⁾: invero, anche per l'unione civile - com'è a dirsi per il matrimonio (art. 160 c.c.) - è positivamente sancita l'inderogabilità dei "diritti e doveri previsti dalla legge" (art. 1, comma 13°), è cioè presupposta l'esistenza di doveri (se non di tutti, di taluni e principalmente quelli legati all'assolvimento del dovere di contribuzione) inderogabili e, come tali, non negoziabili; sì che, come una rinuncia a detti diritti e doveri è da ritenersi senza effetto, del pari è a dirsi con riferimento ad eventuali termini o condizioni che abbiano



pretesa di limitare nel tempo o comunque di condizionare, in senso sospensivo o risolutivo, l'osservanza dello "statuto" dell'unione civile. Senza poi dimenticare che l'art. 1, comma 5°, della legge richiama espressamente la disciplina del matrimonio simulato (art. 123 c.c.), con ciò sanzionando le intese dei civilmente uniti atte ad escludere l'esercizio dei diritti e l'adempimento dei doveri che nascono dall'unione civile.

Ma soprattutto l'inammissibilità di una dichiarazione risolutivamente condizionata, o destinata ad avere efficacia solo fino allo scadere di un dato termine, contrasterebbe con il principio secondo il quale l'unione civile - come il matrimonio - si scioglie *solo* per morte o nei casi stabiliti dalla legge sul divorzio (art. 1, commi 22°-23°). Ora, è sì vero che nell'ambito dell'unione civile è ulteriormente prevista (art. 1, comma 24°) la possibilità di addivenire allo scioglimento, senza il previo onere della separazione, in forza di una manifestazione di volontà delle parti (o anche di una sola esse), ma è pur vero che, nel consentire ciò, il legislatore ha comunque richiesto la partecipazione necessaria dell'ufficiale di stato civile, nonché il decorso di un periodo "di riflessione" di tre mesi, cui deve far seguito l'instaurazione di un giudizio (pressoché sovrapponibile a quello di divorzio) o in alternativa l'attivazione delle misure di risoluzione stragiudiziale della crisi ai sensi degli artt. 6 e 12, d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (art. 1, comma 25°); ciò a dire che la volontà delle parti non ha mai, di per sé sola, effetti dissolutivi - né dunque lo scioglimento può essere rimesso all'apposizione di termini o condizioni risolutive -, costituendo "soltanto" il presupposto per presentare domanda giudiziale di scioglimento o per avvalersi delle forme stragiudiziali, decorso lo *spatium deliberandi* degli anzidetti tre mesi.

In ragione della natura giuridica dell'atto, della sua funzione, dell'inderogabilità dei suoi effetti, nonché dell'ineludibilità delle norme che ne disciplinano lo scioglimento, si può dunque affermare che l'inapponibilità di termini e condizioni all'atto costitutivo di unione civile si auto-giustifica, indipendentemente da un giudizio di estensibilità della norma di cui all'art. 108 c.c.⁽⁷⁹⁾. Nel qual caso - questo sì - avremo un negozio "puro" per interpretazione, laddove altrove - e, nella specie, in ambito di matrimonio - il legislatore è stato esplicito. E anzi, a ben vedere, per quanto opportunamente posto, un divieto di apposizione di termini e condizioni avrebbe potuto risultare non necessario anche in ambito di matrimonio e, in generale, al cospetto di ogni altro atto che, in quanto costitutivo di *status* e per il fatto di essere un negozio giuridico essenzialmente *personale*, non consente alla libera scelta delle parti la determinazione della durata e del contenuto del rapporto, da intendersi rigorosamente tipico. In una tal prospettiva, facente leva sulla sostanziale superfluità del richiamo - anche se, giova precisarlo, l'ipotesi della *svista* legislativa rimane la più altamente probabile -, ben più difficile da giustificare sarebbe, semmai, l'espressa previsione della inapponibilità di termini o condizioni ai contratti di convivenza (art. 1, comma 56°): appare, invero, singolare, per non dire paradossale, che il legislatore abbia impedito di apporre termini e condizioni "all'interno di un *genus* caratterizzato dalla patrimonialità degli effetti e per il quale l'apposizione di termini e condizioni risulta un *quid* del tutto 'normale'"⁽⁸⁰⁾; viepiù che, anche tra i coniugi, si ritiene generalmente ammessa l'apponibilità di termini e condizioni alle convenzioni patrimoniali⁽⁸¹⁾.

6. *Il procedimento costitutivo dell'unione civile nell'assetto definitivo della materia: il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5.*

Come anticipato in apertura d'indagine, l'attuazione della legge, e in particolare di un testo di legge così fortemente lacunoso in punto di modalità di costituzione dell'unione civile, è stata dapprima affidata, ai sensi dell'art. 1, comma 34°, della legge, al d.p.c.m. 23 luglio 2016, n. 144, recante la disciplina per la fase "transitoria" (protrattasi dal 29 luglio 2016 al 10 febbraio 2017), corredato delle formule per gli adempimenti degli ufficiali di stato civile contenute nel coevo d.m. 28 luglio 2016⁽⁸²⁾. Sino a che è stato emanato, ai sensi dell'art. 1, comma 28°, lett. a), della legge, il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, che ha adeguato alla disciplina delle unioni civili le disposizioni dell'ordinamento dello stato civile, modificando ed aggiornando - *in primis* (anche se non soltanto) - il d.p.r. n. 396/00⁽⁸³⁾. Alla data della sua entrata in vigore (11 febbraio 2017), le disposizioni transitorie hanno

perso efficacia (art. 10 d.p.c.m. n. 144/16) e, con esse, il decreto contenente le formule per il periodo transitorio (art. 2 d.m. 28 luglio 2016).

Diamo, dunque, conto della regolamentazione contenuta nella legislazione delegata, contenente l'assetto definitivo della materia, nell'occasione mettendo, altresì, in evidenza i principali elementi di convergenza ed i più significativi profili di novità rispetto alla disciplina transitoria. Va peraltro precisato che il d.lgs. n. 5/17 è stato successivamente completato dal decreto del Ministero dell'Interno 27 febbraio 2017 (accompagnato dalla Circolare ministeriale n. 3/17), che, nell'operare le necessarie modifiche di coordinamento, ha - tra l'altro - approvato (mediante rinvio ad appositi Allegati) le formule per la redazione degli atti di stato civile in materia di unioni tra persone dello stesso sesso, all'uopo modificando il d.m. 5 aprile 2002 (agli Allegati "A" e "B") contenente le formule di rito per la redazione degli atti dello stato civile⁽⁸⁴⁾.

Nell'assetto delineato dal d.lgs. n. 5/17 - sulla scia di quanto "inaugurato" dal decreto "ponte" - il procedimento di costituzione dell'unione civile assume struttura *trifasica* (nuovi artt. 70 *bis*, 70 *ter*, 70 *octies* d.p.r. n. 396/00)⁽⁸⁵⁾: 1) richiesta preventiva di costituzione dell'unione civile; 2) fase "istruttoria" dedicata alle verifiche dell'ufficiale di stato civile; 3) dichiarazione costitutiva dell'unione civile. È invero previsto - qui ancora in estrema sintesi - che al fine di costituire unione civile due persone maggiorenni e dello stesso sesso ne facciano richiesta all'ufficiale dello stato civile di un comune da loro scelto, indicando nella medesima i dati anagrafici, la cittadinanza ed il luogo di residenza, nonché l'insussistenza delle cause impeditive alla costituzione dell'unione di cui all'art. 1, comma 4°, della legge (art. 70 *bis*, comma 1°, d.p.r. n. 396/00). Entro trenta giorni dalla presentazione della richiesta, l'ufficiale di stato civile è tenuto a verificare l'esattezza delle dichiarazioni rese dalle parti, ossia quelle relative ai dati personali nonché afferenti all'affermata insussistenza di impedimenti alla costituzione dell'unione, potendo altresì acquisire d'ufficio eventuali documenti che ritenga necessari per provare l'inesistenza di impedimenti (art. 70 *bis*, comma 2°, e art. 70 *ter* d.p.r. n. 396/00). Se nella fase "istruttoria" non emergono cause ostative, sì che i richiedenti non vengano avvisati dell'esistenza di impedimenti a procedere - nel qual caso la procedura si arresterà (art. 70 *ter*, comma 2°, d.p.r. n. 396/00) -, gli stessi hanno l'onere di comparire innanzi all'ufficiale di stato civile, in un giorno da loro prescelto, entro i centottanta giorni successivi alla scadenza dei trenta giorni previsti per gli accertamenti od alla comunicazione dell'ufficiale di stato civile di aver ultimato prima la fase istruttoria (art. 70 *ter*, commi 1° e 4°), per rendere personalmente e congiuntamente, alla presenza di due testimoni, la dichiarazione costitutiva dell'unione (art. 70 *octies* d.p.r. n. 396/00). Sono così visibilmente riprodotti, sia pur sotto mutata veste, taluni degli adempimenti inerenti alla celebrazione del matrimonio: in particolare, la richiesta di costituzione delle parti ed i successivi accertamenti dell'ufficiale di stato civile sull'inesistenza di impedimenti riecheggiano le formalità preliminari del matrimonio di cui agli artt. 93 ss. c.c., sia pur persistendo la mancanza di qualsivoglia forma di pubblicità e delle conseguenti opposizioni (salva ora, come vedremo, la pur possibile opposizione del p.m.).

Più nel dettaglio - e cogliendo di qui innanzi l'occasione anche per puntualizzare se e come il d.lgs. n. 5/17 abbia dato risposta ai quesiti lasciati aperti dalla legge per come li si è sopra ricostruiti⁽⁸⁶⁾ - è stata espressamente ribadita, come già nella fase transitoria, la libertà delle parti di scegliere il comune innanzi al quale presentare la richiesta di costituzione dell'unione (art. 70 *bis*, comma 1°, d.p.r. n. 396/00), senza appunto doverla necessariamente rivolgere al comune di residenza di almeno una di esse (come invece previsto per la richiesta di pubblicazioni del matrimonio ai sensi dell'art. 94 c.c.). Tuttavia, mentre ai sensi del decreto "ponte", il comune ricevente la richiesta doveva poi essere quello stesso comune ove costituire l'unione civile⁽⁸⁷⁾, è ora espressamente ammessa (art. 70 *quater* d.p.r. n. 396/00) la possibilità, "quando vi è necessità o convenienza", di costituire l'unione civile in un comune diverso da quello destinatario della richiesta: nel qual caso l'ufficiale di stato civile (si intende, del comune destinatario della richiesta di costituzione dell'unione), completate le verifiche di cui alla fase istruttoria, "su istanza delle parti, delega per

iscritto l'ufficiale dello stato civile del comune dalle stesse indicato". Come si nota, trattasi di una previsione omologa a quella dettata in ambito di matrimonio dall'art. 109 c.c., come del resto testimonia l'innovato testo dell'art. 67 d.p.r. n. 396/00, come modificato dall'art. 1, lett. *p*, d.lgs. n. 5/17; con la differenza che, mentre in ambito di matrimonio, la richiesta delle pubblicazioni deve necessariamente rivolgersi al comune di residenza di almeno uno degli sposi (art. 94 c.c.), con riguardo all'unione civile vige, come visto, la libertà delle parti di scegliere il comune cui inoltrare la richiesta di costituzione dell'unione.

È stata, peraltro, espressamente ammessa - verosimilmente per ovviare alle problematiche legate ai c.d. "sindaci obiettori"⁽⁸⁸⁾ che si erano presentate nella prassi nella vigenza del regime transitorio - la possibilità di delegare le funzioni di ufficiale di stato civile per procedere alla costituzione dell'unione civile - così come avviene per la celebrazione del matrimonio - a consiglieri, assessori comunali o privati cittadini provvisti dei requisiti per essere eletti a consiglieri comunali (art. 1, lett. *a*), d.lgs. n. 5/17, che modifica l'art. 1, comma 3°, d.p.r. n. 396/00).

Tra le più rilevanti novità vi è anche la possibilità - sulla scia di quanto previsto dall'art. 96 c.c. per la richiesta delle pubblicazioni di matrimonio - di presentare richiesta di costituzione dell'unione civile tramite procura, da parte di persona che abbia avuto dalle parti "speciale incarico nei modi indicati dall'articolo 12, comma 7" (art. 70 *bis*, comma 4°, d.p.r. n. 396/00, articolo introdotto dall'art. 1, lett. *t*), d.lgs. n. 5/17). Ciò che non era consentito nella vigenza della disciplina transitoria⁽⁸⁹⁾, e che, dunque, era auspicabile i decreti definitivi espressamente prevedessero onde attuare al meglio lo spirito della novella, privilegiando - come appare più rispondente alle intenzioni del legislatore - la strada della semplificazione. Va peraltro precisato che il citato d.m. 27 febbraio 2017 contenente le nuove formule per la redazione degli atti di unione civile ha specificato (all'Allegato n. 6) che la richiesta di costituzione dell'unione civile possa essere presentata, oltre che da persona munita di procura speciale, altresì dall'una delle due parti quale speciale mandatario dell'altra dalla quale abbia ricevuto incarico.

Come accennato, rimane confermata - come già nella disciplina transitoria - l'esistenza di una fase appositamente dedicata alle verifiche dell'ufficiale di stato civile in ordine alla sussistenza dei presupposti e correlativa insussistenza di impedimenti alla costituzione dell'unione civile, verifiche in funzione delle quali - come già nel regime transitorio - gli viene riconosciuto il potere di acquisire d'ufficio documenti (art. 70 *ter* d.p.r. n. 396/00, in combinato disposto con l'art. 70 *bis*, comma 2°, d.p.r. n. 396/00). Cambia, invece, il termine di durata massima della fase "istruttoria": non più (gli esigui) quindici giorni dalla presentazione della richiesta (art. 2, comma 1°, decreto "ponte"), ma trenta giorni, con l'obbligo per l'ufficiale di stato civile che completi le verifiche prima di detto termine di darne pronta comunicazione alle parti (art. 70 *ter*, comma 1°, d.p.r. n. 396/00).

Ove, nell'espletamento di detta fase, ravvisi impedimenti, e fermo l'obbligo di comunicarlo alle parti (art. 70 *ter*, comma 2°, d.p.r. n. 396/00, come già l'art. 2, comma 3°, del decreto "ponte"), è ora espressamente previsto che l'ufficiale di stato civile "non proced[*a*]" alla costituzione dell'unione civile"⁽⁹⁰⁾ - ciò che il decreto "ponte" non precisava, pur lasciandolo evidentemente intuire -. La previsione va, però, ora coordinata con quella, di nuovo conio, che fa obbligo all'ufficiale dello stato civile, ove rilevi un impedimento alla costituzione dell'unione che non sia stato dichiarato dalle parti, di informare immediatamente il p.m., affinché questi possa avviare innanzi al tribunale apposito procedimento di opposizione alla costituzione dell'unione civile: invero, i nuovi artt. 70 *undecies*, 70 *duodecies* e 70 *terdecies* d.p.r. n. 396/00, pur nell'ambito di un contesto che ignora le pubblicazioni - salve, come visto, talune evidenti similitudini tra la richiesta di costituzione dell'unione ed i conseguenti accertamenti dell'ufficiale dello stato civile con le "formalità preliminari del matrimonio" -, introducono una disciplina pressoché identica a quella dettata per le opposizioni al matrimonio dagli artt. 102, comma 5°, c.c. e 59 ss. d.p.r. n. 396/00⁽⁹¹⁾, salva la legittimazione in questo caso esclusiva del p.m.

In assenza di impedimenti che vengano loro comunicati, le parti possono presentarsi per rendere la dichiarazione costitutiva dell'unione, in un "giorno [da loro] prescelto" (art. 70 *octies*, comma 1°, d.p.r. n. 396/00), a partire dallo scadere dei trenta giorni di cui sopra, o anche in data precedente se le verifiche dell'ufficiale di stato civile siano state ultimate anzitempo e di ciò le parti (com'è in loro diritto) siano state debitamente informate (art. 70 *ter*, comma 1°, d.p.r. n. 396/00)⁽⁹²⁾. Vi è però un termine finale massimo - positivamente individuato nei centottanta giorni successivi alla scadenza dei trenta giorni previsti per gli accertamenti od alla comunicazione dell'ufficiale di stato civile di aver ultimato prima la fase istruttoria - oltre il quale le parti non possono più costituire l'unione civile, o meglio oltre il quale la richiesta di costituzione dell'unione e le conseguenti verifiche dell'ufficiale di stato civile perdono efficacia (art. 70 *ter*, comma 4°, d.p.r. n. 396/00: "si considerano come non avvenute")⁽⁹³⁾.

Nel rispetto dei predetti termini - e venendo ora alle modalità di manifestazione ed al contenuto della dichiarazione di volontà delle parti - è previsto che le parti medesime si presentino innanzi all'ufficiale di stato civile per rendere, alla presenza di due testimoni, la dichiarazione di voler costituire unione civile (art. 70 *octies*, comma 2°, d.p.r. n. 396/00). In particolare, rimane confermato - come nella vigenza della disciplina transitoria - il requisito della necessaria ed inderogabile presenza delle parti al fine di rendere la predetta dichiarazione: invero, non solo l'onere della comparizione *personale* è espressamente richiesto dall'art. 70 *octies*, comma 2°, d.p.r. n. 396/00; ma nemmeno risulta applicabile l'art. 111 c.c., che al ricorrere di determinati presupposti consente il matrimonio per procura⁽⁹⁴⁾, e ciò tanto ai sensi dell'art. 1, comma 20°, della legge, in quanto norma non espressamente richiamata né riprodotta, quanto - e *ad abundantiam* - ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c., giacché norma che pone un caso eccezionale di rappresentanza in un atto personalissimo⁽⁹⁵⁾. Inoltre, parrebbe doversi concludere per l'inammissibilità di una "conclusione" dell'unione civile per procura anche argomentando dal rilievo per cui, ove il decreto delegato ha inteso ammettere il compimento dell'atto tramite procura, ciò ha fatto espressamente (come appunto è stato per la richiesta di costituzione dell'unione ai sensi del nuovo art. 70 *bis*, comma 4°, d.p.r. n. 396/00), sì che ove viceversa ha taciuto, ciò parrebbe significativo del fatto che il legislatore delegato abbia deliberatamente escluso (non già per svista) ogni ulteriore apertura in tal senso. A meno di non supplire con la previsione di cui all'art. 12, comma 7°, d.p.r. n. 396/00 ("Le parti interessate possono farsi rappresentare da persona munita di procura speciale"), in quanto norma di applicazione generale valevole per tutti gli atti di stato civile; che però appare di dubbia operatività per gli atti *personalissimi*, quantomeno in mancanza di una speciale norma di legge che autorizzi espressamente la deroga alla partecipazione (altrimenti da ritenersi necessariamente) personale dell'interessato.

Sulla necessità di una duplice e reciproca dichiarazione delle parti o la sufficienza di un'unica dichiarazione congiunta, il decreto ha optato - come già il decreto "ponte" e la correlativa formula n. 4 del d.m. 28 luglio 2016 - per la seconda opzione, non essendo richiesto - a differenza di quanto prevede l'art. 107, comma 1°, c.c. in ambito di matrimonio - un vero e proprio scambio di consensi: l'art. 70 *octies*, comma 2°, d.p.r. n. 396/00 dispone, invero, che le parti "rend[er]no (...) *congiuntamente*(...) la dichiarazione di voler costituire unione civile"; anche se in senso inverso parrebbe ora orientato il d.m. 27 febbraio 2017, che ha predisposto una formula di costituzione dell'unione civile pressoché identica a quella di celebrazione del matrimonio (Allegato n. 2: "(...) mi hanno reso la dichiarazione di voler costituire l'unione civile tra di loro e (...) quindi ho domandato a ciascuna delle due persone da unire civilmente se intende unirsi civilmente con l'altro, ed avendomi ciascuno risposto affermativamente ho dichiarato (...)").

Tra le novità, non è più richiesto, a differenza di quanto prevedeva l'art. 3, comma 1°, del decreto "ponte", che le parti debbano ribadire nella dichiarazione costitutiva dell'unione - dopo averla già dichiarata nella richiesta di costituzione dell'unione ai sensi dell'art. 70 *bis*, comma 1° - l'assenza delle cause impeditive di cui all'art. 1, comma 4°, della legge.

Più significativa - sul piano formale e simbolico, ma evidentemente con riflessi anche sul valore sociale e culturale dell'istituto - la modifica all'art. 70, comma 1°, d.p.r. n. 396/00, alla cui stregua l'ufficiale di stato civile deve ora indossare la fascia tricolore non solo per celebrare il matrimonio, ma anche per costituire l'unione civile: conformemente, del resto, a quanto già accadeva nella prassi, nonostante il silenzio al riguardo serbato dal decreto "ponte" e dalla legge medesima⁽⁹⁶⁾. E sempre nel senso di una maggiore solennità della procedura si è orientato il d.m. 27 febbraio 2017, il cui Allegato n. 2, oltre a confermare che l'ufficiale di stato civile deve essere "vestito in forma ufficiale", precisa altresì che la costituzione dell'unione civile deve avvenire "in sala aperta al pubblico": nel qual senso si era, in effetti, già orientata la giurisprudenza di merito, pronunciata nel vigore del regime transitorio⁽⁹⁷⁾.

Perdura l'assenza - di cui già nel testo di legge e nella disciplina transitoria - di una dichiarazione "certificativa" da parte dell'ufficiale di stato civile, il quale "ricev[e]" la dichiarazione delle parti "di voler costituire unione civile" (art. 70 *octies*, comma 4°): la manifestazione di volontà delle parti si direbbe, dunque, esaurisca la fattispecie costitutiva dell'unione, la quale - pur ricomprendendo ulteriori adempimenti di cui subito si dirà - si confermerebbe un negozio *bilaterale*. Tuttavia, a questo riguardo deve essere precisato che il d.m. 27 febbraio 2017, contenente le nuove formule, ha previsto (all'Allegato n. 2) che, a conclusione della procedura, l'ufficiale di stato civile "dichiar[à] che è costituita l'unione civile" tra le parti; ed in questa direzione si era, in effetti, già attestata la prassi nella "fase transitoria" - ancorché il decreto "ponte" (art. 3) e la formula n. 4 del d.m. 28 luglio 2016 non contemplassero alcuna certazione formale da parte dell'ufficiale di stato civile -. Sì che, ai sensi delle nuove formule, l'unione civile parrebbe più verosimilmente configurare, al pari del matrimonio, una fattispecie *complessa*, che si completa e perfeziona con la dichiarazione conclusiva dell'ufficiale di stato civile⁽⁹⁸⁾: con il che, per esempio, se una delle parti dovesse - caso di scuola - morire nel brevissimo intervallo di tempo che intercorre tra la manifestazione del consenso da parte di entrambe e la dichiarazione (non ancora resa) dell'ufficiale di stato civile, l'unione civile non potrebbe dirsi formata (con tutto ciò che ne consegue in termini di mancato acquisto dei diritti successori etc.)⁽⁹⁹⁾. Naturalmente è, però, di immediata evidenza - e di qui l'uso del condizionale - come una tale formula non abbia capacità di *innovare* il dato di legge, e sia ragionevolmente da intendersi quale formula *ad pompam*. Sia perché contenuta in un decreto ministeriale che, in quanto non adottato nelle forme del regolamento, è atto amministrativo, non già fonte normativa (secondaria), come tale incapace di innovare l'ordinamento giuridico. Sia perché, per come è stata formulata, il d.m. si espone a dubbi di legittimità per mancato rispetto delle norme di legge, secondo il principio di legalità degli atti, atteso che nell'art. 1, comma 2°, della l. n. 76/16, così come nel nuovo art. 70 *octies* d.p.r. 396/00, si fa testualmente e rigorosamente menzione "soltanto" di una dichiarazione delle parti di voler costituire unione civile, sì che la mancata previsione espressa di una dichiarazione dell'ufficiale di stato civile non pare affatto riconducibile ad una svista del legislatore, ma rispondente ad una scelta legislativa, consapevole e volontaria, di *sottrarre* quel determinato aspetto alla disciplina del matrimonio (è il già citato criterio della *volontà contraria* del legislatore); il che - come visto - lascia emergere la natura più squisitamente consensuale-negoziale dell'atto costitutivo dell'unione, come anche il linguaggio legislativo, tipicamente "contrattuale", lascia intendere.

A ciò seguono, come poc'anzi accennato, ulteriori adempimenti a carico dell'ufficiale di stato civile, quali la menzione - come già nel regime transitorio - del contenuto dei commi 11° e 12° dell'art. 1 della legge, compendianti lo statuto dei diritti e doveri nascenti dall'unione medesima: disposizioni che, sia pur con modifiche, riproducono quelle dettate dagli artt. 143 e 144 c.c., di cui l'ufficiale di stato civile deve dar lettura in sede di celebrazione del matrimonio. Dopo di che, l'ufficiale di stato civile provvederà a redigere il correlativo atto di stato civile (art. 70 *octies*, comma 4°, d.p.r. n. 396/00), e al riguardo è stato molto opportunamente previsto che sia redatto non già, genericamente, come prevedeva il decreto "ponte" (art. 3, comma 2°), "processo verbale" - il che

testimoniava una certa ritrosia a teorizzare l'esistenza di un *formale* atto di stato civile attestante la costituzione dell'unione-, ma, specificamente, "atto di costituzione dell'unione civile" (art. 70 *octies*, comma 4°, d.p.r. n. 396/00). Anche se, forse, sarebbe stato più corretto definirlo "atto di unione civile" - specularmente all'"atto di matrimonio" (art. 107, comma 2°, c.c. e art. 64 d.p.r. n. 396/00) - , posto che la diversa terminologia legislativa ("atto di *costituzione* dell'unione civile") ingenera l'equivoco che l'atto di stato civile sia esso stesso - e non già la dichiarazione di volontà delle parti - *costitutivo*, anziché - come ampiamente riconosciuto⁽¹⁰⁰⁾ - *certificativo* e *probatorio*. In ogni caso, pare a chi scrive che non debba caricarsi di troppo significato l'uso del termine "costituzione", atteso che il legislatore delegato sembra più verosimilmente intenderlo quale omologo e sinonimo di "celebrazione", espressione - quest'ultima - che gli risulta "inibita" per l'evidente preoccupazione di ingenerare - tramite il suo impiego - indebite sovrapposizioni al matrimonio; o, comunque, che la locuzione "atto di *costituzione* dell'unione civile" possa - e anzi debba - essere più correttamente riferita alla fattispecie *lato sensu* costitutiva - più che all'atto di stato civile di per sé solo considerato - e dunque, *in primis*, alla manifestazione di volontà delle parti.

Attraverso l'inserimento del nuovo art. 70 *quaterdecies* d.p.r. n. 396/00 viene ora specificamente indicato anche il *contenuto* - come per l'atto di matrimonio (art. 64 d.p.r. n. 396/00) - dell'atto di unione civile - dapprima non esplicitato (o comunque non organicamente esplicitato) dall'art. 3 del decreto "ponte", ancorché dallo stesso pressoché agevolmente desumibile e ancor più chiaramente ricavabile dalla formula n. 4 del d.m. 28 luglio 2016 -. L'atto deve indicare: nome, cognome, luogo e data di nascita, cittadinanza e residenza delle parti; nonché i medesimi dati personali con riferimento ai testimoni; data della richiesta di costituzione dell'unione civile; avvenuta lettura del contenuto dei commi 11° e 12° dell'art. 1 della legge; decreto di autorizzazione quando ricorre alcuno degli impedimenti di legge; dichiarazione costituiva dell'unione. Non vi è più menzione della conferma dell'assenza di impedimenti cui le parti erano tenute nel vigore della disciplina transitoria (art. 3, comma 1°, decreto "ponte", e correlativa formula ministeriale n. 4 d.m. 28 luglio 2016), conformemente all'art. 70 *octies* d.p.r. n. 396/00 che, come visto, non la richiede più in sede di costituzione dell'unione. Ove poi le parti, in occasione della costituzione medesima, abbiano scelto, in attuazione dei commi 13° e 10° dell'art. 1 della legge - e come già riconosciuto dal decreto "ponte" -, il regime di separazione dei beni e/o di assumere per l'intera durata dell'unione un cognome comune, eventualmente antepponendo o postponendo ad esso il proprio cognome se diverso⁽¹⁰¹⁾, anche detta/dette dichiarazione/i di scelta rientrerà/anno "nell'atto stesso di costituzione dell'unione civile" (art. 70 *quaterdecies*, comma 2°, d.p.r. n. 396/00) concorrendo a far parte del suo contenuto (come nel regime previgente ai sensi della formula n. 4 del d.m. 28 luglio 2016 e come altresì intuibile dagli artt. 3, comma 4°, e 4 del decreto "ponte").

L'atto di unione civile - è ora espressamente enunciato⁽¹⁰²⁾ - dovrà essere letto agli intervenuti (art. 70 *octies*, comma 4°, d.p.r. n. 396/00; v. anche d.m. 27 febbraio 2017, Allegato n. 2).

7. Segue: *la registrazione degli atti di unione civile.*

Alla redazione dell'atto in sede di costituzione dell'unione civile segue - anche se tecnicamente facente sempre parte della formazione dell'atto e, anzi, per dirla con autorevole dottrina, essendo essa stessa "compilazione" dell'atto di stato civile⁽¹⁰³⁾ - la "registrazione degli atti di unione civile", ai sensi dell'art. 1, comma 3°, l. n. 76/16.

La formula di legge (registrazione da eseguirsi "nell'archivio dello stato civile") non chiariva se ed in quale registro andasse riportata la notizia della costituzione dell'unione civile: se in un registro appositamente creato per le unioni civili o in taluno dei registri dello stato civile già esistenti; sì che nell'imminenza della sua entrata in vigore si è semplicemente ritenuto trattarsi del medesimo archivio in cui va iscritto l'atto di matrimonio, e cioè "l'archivio informatico" di cui agli artt. 63 e 10, d.p.r. n. 396/00⁽¹⁰⁴⁾.

Il d.p.c.m. n. 144/16 contenente la disciplina transitoria ha, invece, istituito presso ciascun comune un apposito ed autonomo registro - ancorché provvisorio - delle unioni civili (art. 3, comma 3°, e art. 9, decreto "ponte").

Nell'assetto definitivo della materia introdotto dal d.lgs. n. 5/17, il registro delle unioni civili - ora definitivo - si riconferma un autonomo e separato registro da quello di matrimonio (nuovo art. 70 *octies*, comma 4°, d.p.r. n. 396/00; innovato testo dell'art. 14 r.d. 9 luglio 1939, n. 1238 e nuovo art. 134 *bis* r.d. n. 1238/39)⁽¹⁰⁵⁾, ferma la tenuta di un unico archivio informatico presso ciascun ufficio dello stato civile in cui registrare e conservare tutti gli atti formati nel comune, o comunque relativi ai soggetti ivi residenti, riguardanti, oltre a cittadinanza, nascita, morte e matrimoni, ora espressamente anche le unioni civili (artt. 10 e 63 d.p.r. n. 396/00, come modificati dall'art. 1, d.lgs. n. 5/17, rispettivamente alle lett. *c* e *m*). Va comunque precisato che il d.m. 27 febbraio 2017, successivamente intervenuto ad operare le necessarie modifiche di coordinamento alle disposizioni del decreto delegato, ha modificato il d.m. 27 febbraio 2001 ("Tenuta dei registri dello stato civile nella fase antecedente all'entrata in funzione degli archivi informatici"), al riguardo prevedendo la transitorietà dei registri delle unioni civili - come già era per gli altri registri dello stato civile - nelle more della informatizzazione dello stato civile e, cioè, fino alla data in cui diverrà operativo l'archivio nazionale previsto dall'art. 10 d.l. 19 giugno 2015, n. 78, conv. in l. 6 agosto 2015, n. 125⁽¹⁰⁶⁾.

In considerazione dei principi generali che governano le funzioni della pubblicità dei fatti giuridici nel nostro ordinamento e, in particolare, di quella realizzata per il tramite dei registri dello stato civile⁽¹⁰⁷⁾, è da ritenersi che anche l'iscrizione nel registro delle unioni civili adempia alla funzione di pubblicità-notizia, e cioè che valga a rendere conoscibile a chiunque ne abbia interesse il fatto giuridico documentato, senza che l'efficacia di esso possa farsi discendere dall'inserzione dell'atto nei registri dello stato civile. È invero pressoché incontestato tra gli interpreti - salvo semmai dibattere se sia effettivamente "mera" pubblicità notizia o più propriamente pubblicità dichiarativa - che l'iscrizione nei registri dello stato civile non integri una forma di pubblicità *costitutiva*, posto che l'atto dello stato civile tende "soltanto" ad accertare e a pubblicare lo *status*, ma non a costituirlo⁽¹⁰⁸⁾. L'atto di unione civile andrà, inoltre, annotato entro l'atto di nascita di ciascuna parte (art. 49, comma 1°, lett. *f*), d.p.r. n. 396/00, come modificato dall'art. 1, lett. *i*), d.lgs. n. 5/17). Con riguardo all'efficacia della predetta annotazione - annotazioni che, come noto, realizzano una forma di pubblicità accessoria e complementare da compiersi a margine di un atto già iscritto - pare doversi ritenere, in applicazione dei principi generali⁽¹⁰⁹⁾ e analogamente a quanto è specificamente a dirsi con riguardo all'annotazione dell'atto di matrimonio a margine di quello di nascita⁽¹¹⁰⁾, che essa abbia il valore di pubblicità-notizia⁽¹¹¹⁾.

8. La prova dell'unione civile.

Come visto, gli atti di stato civile formati - si intende - mediante apposita iscrizione non hanno effetto costitutivo dello *status*, bensì - aggiungiamo ora - valore probatorio, facendo prova, fino a querela di falso, di ciò che l'ufficiale di stato civile attesta essere avvenuto alla sua presenza o da lui compiuto (art. 451, comma 1°, c.c.), mentre quanto dichiarato dai componenti fa fede fino a prova contraria (451, comma 2°, c.c.)⁽¹¹²⁾. Dunque, la costituzione dell'unione civile potrà, e dovrà, essere provata mediante l'atto di stato civile debitamente iscritto, specularmente a quanto è a dirsi con riguardo al matrimonio, la cui esistenza deve essere provata mediante "l'atto di celebrazione del matrimonio estratto dai registri dello stato civile" (art. 130, comma 1°, c.c.)⁽¹¹³⁾.

Vero è che per l'unione civile non è richiamata, né è sostanzialmente riprodotta, la disciplina posta dagli artt. 130 ss. c.c. (Sezione VII, "Delle prove della celebrazione del matrimonio")⁽¹¹⁴⁾, che, sia pur in casi eccezionali, consentono la prova della celebrazione del matrimonio tramite mezzi alternativi all'atto di stato civile: si pensi, invero, all'art. 132 c.c., il cui comma 1°, per il caso di smarrimento o distruzione dei registri dello stato civile, rinvia all'art. 452 c.c., che consente (ancorché rigorosamente nell'ambito di un giudizio quale quello di rettificazione di cui agli artt. 95 ss. d.p.r. n. 396/00) la prova "con ogni mezzo"; e il cui comma 2°, per il caso in cui vi siano indizi che per dolo



o colpa del pubblico ufficiale o per causa di forza maggiore l'atto di matrimonio non è stato inserito nei registri, ammette la libertà della prova, sia pur - più restrittivamente rispetto al comma 1° - condizionandola alla preliminare dimostrazione sia degli "indizi" sia del "possesso di stato"⁽¹¹⁵⁾.

Stando all'art. 1, comma 20°, della legge, che impedisce di fare applicazione delle succitate norme matrimoniali in quanto non richiamate, l'atto di unione civile debitamente iscritto parrebbe rappresentare l'unico mezzo di prova di costituzione del vincolo e dello *status* che ne deriva⁽¹¹⁶⁾. In effetti in dottrina ricorre generalmente l'affermazione che "lo stato della persona fisica non può essere provato da chi vi ha interesse con i '*normali mezzi di prova*' (...), ma fornendo la *necessaria* documentazione data dagli *atti dello stato civile* nei quali 'viene accertato e documentato lo stato della persona fisica' (...)"⁽¹¹⁷⁾ (nostro il corsivo).

A meno di non ricorrere - nella misura in cui la si ritenga non rigorosamente preclusa dal comma 20° - all'applicazione *analogica* dell'art. 132 c.c.⁽¹¹⁸⁾; o al più invocare una interpretazione costituzionalmente orientata *ex art. 3 Cost.*, argomentando dal rilievo che quei medesimi eventi⁽¹¹⁹⁾ che, per legge, sono reputati idonei a giustificare una più ampia libertà di prova del matrimonio ben possono verificarsi, in egual misura, anche con riguardo ad un'unione civile, senza che possa giustificarsi o apparire ragionevole qualsivoglia differenza di trattamento tra due situazioni - sotto questo profilo - identiche.

Vero è che ad una soluzione egualmente (e anzi maggiormente) "permissiva" si potrebbe pervenire anche per vie alternative a quella facente leva sull'applicazione analogica: la quale, come visto, sconta il vizio di essere operazione di dubbia compatibilità con la previsione del comma 20°; senza poi considerare che l'art. 132 c.c. appare norma eccezionale e dunque, già per sua natura (indipendentemente cioè dalla portata del comma 20°), insuscettibile di applicazione analogica (art. 14 disp. prel. c.c.). In particolare, un'autorevole dottrina sostiene che l'atto di stato civile non assurgerebbe mai, per regola generale, a prova *esclusiva* del fatto rappresentato⁽¹²⁰⁾; a meno che ciò non sia espressamente (e comunque eccezionalmente) previsto dalla legge, che peraltro nemmeno in questi casi escluderebbe in via assoluta il ricorso ad altri mezzi di prova: come accade per il matrimonio, che, per regola, può essere provato soltanto tramite l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile (art. 130 c.c.), ma per il quale in evenienze straordinarie ed espressamente tipizzate non è comunque escluso il ricorso ad altri mezzi di prova (art. 132 c.c.); e analogamente dicasi con riguardo alla nascita e alla morte, fatti rispetto ai quali dall'art. 452 c.c.⁽¹²¹⁾ si deduce che, per regola, debbono essere provati per il tramite dei correlativi atti di stato civile, salvo si verifichino gli eventi e ricorrano i presupposti tipizzati dalla norma che consentono il ricorso ad altri mezzi di prova. Nella delineata prospettiva, al di fuori dei casi *eccezionali* in cui l'atto di stato civile sarebbe prova esclusiva - ancorché comunque mai assoluta - di determinati fatti (nascita e morte *ex art. 452 c.c.*; matrimonio *ex art. 130 c.c.*), la prova di ogni ulteriore *status*, in mancanza del correlativo atto di stato civile, potrebbe essere fornita con ogni mezzo, sia pur - s'intende - nell'ambito di apposito giudizio, quale quello (succitato) di rettificazione, volto ad ottenere che il giudice ordini la "costituzione" dell'atto che non sia stato formato ovvero la "ricostruzione" dell'atto smarrito o distrutto⁽¹²²⁾: il che è stato affermato, ad esempio, "per quei fatti che siano rilevanti per l'attribuzione (...) dello *status di cittadino* (...)"⁽¹²³⁾, ma che oggi potrebbe essere predicato per il "nuovo" *status* derivante da unione civile, il quale, sia nel caso in cui il relativo registro non sia stato tenuto o sia andato smarrito o distrutto, sia nel caso in cui l'atto, per qualsiasi causa, non sia stato registrato, *potrebbe* dunque essere provato - nell'ambito del giudizio di rettificazione promosso dalla parte interessata o, eventualmente, dal procuratore della Repubblica, ai sensi dell'art. 95, comma 2°, d.p.r. n. 396/00, su segnalazione e rapporto dello stesso ufficiale di stato civile - con ogni mezzo⁽¹²⁴⁾; per es. sulla base della documentazione preparatoria (verbale della richiesta di costituzione dell'unione, eventuale fascicolo contenente i documenti acquisiti dall'ufficiale di stato civile nella fase "istruttoria") e/o delle dichiarazioni dei testimoni che abbiano assistito alla costituzione⁽¹²⁵⁾.

Il condizionale resta comunque doveroso, perché è sì vero che, per un verso, detta opzione interpretativa avrebbe il "merito" di condurre ad una soluzione permissiva invocando non già le norme specificamente riferite al matrimonio (si intende, non richiamate dalla legge), bensì - in definitiva - le disposizioni *general*i disciplinanti gli atti di stato civile, vale a dire quelle enunciate agli artt. 449-455 c.c. (Titolo XIV rubricato "Degli atti dello stato civile"), da ritenersi senz'altro applicabili all'unione civile - così come le connesse norme (quantomeno quelle *general*i) di cui al d.p.r. n. 396/00 sull'ordinamento di stato civile - in quanto fuoriescono dal raggio di operatività del comma 2°, che vale ad individuare i limiti di estensibilità all'unione civile delle "sole" disposizioni "che si riferiscono al matrimonio". Ma è altresì vero che l'art. 452 c.c. potrebbe essere letto anche in termini specularmente inversi rispetto a quanto si è sopra riferito, e cioè nel senso che la più ampia libertà di prova ivi ammessa in mancanza dell'atto di stato civile potrebbe valere *esclusivamente* per la *nascita* e la *morte*, gli unici fatti espressamente contemplati dalla norma, sì che per ogni ulteriore accadimento e/o *status* - salva l'esistenza di una speciale norma autorizzatoria quale quella dell'art. 132 c.c. in ambito di matrimonio - l'atto di stato civile debitamente iscritto non potrebbe che rappresentare l'unico mezzo di prova.

9. La "*certificazione*" dell'unione civile ai sensi dell'art. 1, comma 9°, l. n. 76/16.

Se, come visto, i commi 2° e 3° dell'art. 1 della legge, con riferimento rispettivamente agli adempimenti della *redazione* e *registrazione*, hanno evidentemente ad oggetto il medesimo atto - specularmente all'atto di matrimonio, da redigersi immediatamente dopo la celebrazione (artt. 107, comma 2°, c.c. e 64 d.p.r. n. 396/00) e da iscriversi nei relativi registri (artt. 10 e 63 d.p.r. n. 396/00) -, diversamente dicasi con riguardo all'art. 1, comma 9°, della legge⁽¹²⁶⁾, che, per quanto indubbiamente da leggersi in stretta connessione con i precedenti commi 2° e 3°⁽¹²⁷⁾, sembra presupporre un documento diverso e ulteriore rispetto all'atto di stato civile redatto e registrato. Il comma 9° alluderebbe invero - non già all'*atto di unione civile* debitamente iscritto, bensì - al *certificato* dell'unione civile desunto dai relativi registri⁽¹²⁸⁾. Distinzione che non sarebbe priva di significato, posto che entro l'ambito degli *atti dello stato civile* - cui è dedicato il Titolo XIV ("Degli atti dello stato civile") del Libro primo del codice civile (artt. 449-455), nonché il d.p.r. n. 396/00 sull'ordinamento dello stato civile - i *certificati* si caratterizzano per essere attestazioni autonome - pur ricavate dai medesimi registri - che debbono *sinteticamente* riportare i *dati minimi essenziali* dell'evento documentato (art. 108, comma 2°, d.p.r. n. 396/00) e che l'ufficiale di stato civile rilascia su domanda degli interessati (la persona cui si riferisca l'atto o chiunque ne abbia un motivato interesse a tutela di una posizione giuridicamente rilevante) in base alle indicazioni richieste dalla legge (art. 450, comma 2°, c.c., art. 5, comma 1°, lett. b) e c), d.p.r. n. 396/00). Così, per esempio, il certificato di matrimonio specifica - in attuazione delle summenzionate norme generali - i dati anagrafici dei coniugi, nonché la data ed il luogo del matrimonio. Inoltre, anche l'efficacia probatoria dei certificati risulta in parte differente, in quanto alla sintesi ed all'attestazione in essi compiute dall'ufficiale di stato civile è connaturale un certo arbitrio, fonte di possibili errori, sì che sono ritenuti idonei a comprovare esclusivamente la provenienza dell'attestazione dall'ufficiale stesso ed il fatto che la medesima è stata desunta dai registri⁽¹²⁹⁾, e secondo quanto previsto dall'art. 2718 c.c. fanno piena prova, fino a querela di falso, soltanto per quella parte dell'originale che riproducono letteralmente⁽¹³⁰⁾.

Tanto premesso, e venendo specificamente al contenuto del certificato di unione civile, il comma 9° prevede che lo stesso debba riportare "i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale e della loro residenza, oltre ai dati anagrafici e alla residenza dei testimoni"; e lo stesso richiede il nuovo art. 70 *quinquiesdecies* d.p.r. n. 396/00, inserito dal d.lgs. n. 5/17, che ha attuato sostanzialmente senza modifiche la previsione di legge⁽¹³¹⁾. Ne risulta come il suo contenuto non sia propriamente così sintetico come, a rigore, dovrebbe essere per i certificati di stato civile. Ciò che emerge specialmente da un confronto con il contenuto del certificato di matrimonio di cui si è appena detto. Invero, sia nell'uno che nell'altro debbono essere indicate le

generalità (dati anagrafici e residenza) delle parti/sposi; generalità che, però, per l'unione civile sono altresì - inspiegabilmente - richieste anche con riguardo ai testimoni, che di regola non compaiono nelle certificazioni ma soltanto negli atti iscritti (da cui le certificazioni medesime vengono sinteticamente desunte); il che - si è rilevato in dottrina⁽¹³²⁾ - conduce a palesi violazioni delle norme sulla riservatezza. Altrettanto inspiegabilmente manca, nel certificato di unione civile, il riferimento alla data ed al luogo di costituzione.

Ma senz'altro la più vistosa divergenza di contenuto si riscontra con riguardo all'"indicazione del (...) regime patrimoniale", richiesta per la sola certificazione dell'unione civile, con conseguente disparità di trattamento che ne deriva rispetto al matrimonio e che appare assai poco giustificabile: non si vede, invero, "perché i coniugi possano ottenere il certificato di matrimonio, che *non indica* il loro regime patrimoniale (risultante solo dall'estratto per riassunto dal Registro degli Atti di Matrimonio, e in modo storico, cioè dal confronto con le annotazioni presenti o assenti), e invece le persone civilmente unite debbano vedere per forza di cose indicato il loro regime in una certificazione che potrebbe avere tutt'altro fine"⁽¹³³⁾. Non solo: per tale via si appalesa anche un'incongruenza interna alla disciplina dell'unione civile, posto che, mentre l'atto di unione civile registrato dovrà contenere una espressa menzione del regime patrimoniale delle parti solo allorché le medesime abbiano eletto, in occasione della costituzione dell'unione, il regime di separazione dei beni (art. 1, comma 13°, della legge, che richiama integralmente l'art. 162 c.c.; nuovo art. 70 *quaterdecies*, comma 2°, d.p.r. n. 396/00), il certificato dell'unione dovrà invece *sempre* dar conto del regime patrimoniale delle parti: sia allorché le stesse abbiano optato per la separazione dei beni (ai sensi delle succitate norme), sia allorché abbiano stipulato, con separato atto pubblico, convenzioni costitutive di regimi patrimoniali in deroga a quello legale (art. 1, comma 13°, della legge e richiamato art. 162 c.c., spec. commi 1° e 3°), sia, infine, allorché nulla abbiano disposto, per aver implicitamente aderito al regime di comunione legale (art. 1, comma 13° della legge). Al riguardo, oltre alla segnalata divergenza di contenuto tra atto di unione civile e certificato di unione civile - una divergenza che, si noti, va nel senso abbastanza improbabile che un certificato contenga più elementi del correlativo atto di stato civile di cui rappresenta (*rectius*, di cui dovrebbe rappresentare) una sintesi -, nemmeno si comprende il perché debba rendersi necessaria una esplicita menzione, specificamente, del regime di *comunione legale*. Un regime che, come noto, in ambito di matrimonio il legislatore ha rinunciato a sottoporre a qualsivoglia forma di segnalazione, disciplinando, invece, la pubblicità delle relative eccezioni (ovverosia dei regimi convenzionali), attraverso quello che è stato definito un sistema di pubblicità *in negativo*⁽¹³⁴⁾: il che trova *ratio* nel rilievo che i terzi risultano *protetti* dal regime di comunione legale, sì che l'esigenza di un'apposita pubblicità *in positivo* si rende necessaria per quei regimi patrimoniali per essi (più) *pregiudizievoli* (quale la separazione dei beni). In altri termini, se è vero che, in relazione ad una coppia coniugata, e lo stesso dicasi per i civilmente uniti, la comunione legale deve ritenersi esistente, e come tale opponibile *ex lege*, ogni qualvolta non risulti pubblicizzata una convenzione in deroga - sì che la sua vigenza sarà in definitiva implicita nella mancata annotazione di convenzioni patrimoniali a margine dell'atto di stato civile registrato⁽¹³⁵⁾ -, parimenti - e coerentemente - detto regime dovrebbe risultare svincolato (anche) da ogni forma di esplicita menzione all'interno di qualsivoglia atto, l'esigenza di apposita segnalazione entro l'atto venendo, semmai, in rilievo per i regimi che pongano un'esigenza di innalzamento/rafforzamento del livello di tutela dei terzi. Se poi, più in generale - e cioè astraendo di qui innanzi il discorso, specificamente, dal regime di *comunione legale* - si considera che, al fine della conoscibilità ed opponibilità ai terzi del regime patrimoniale delle parti, sono appunto deputate le annotazioni, e che di esse il terzo può venire a conoscenza richiedendo, anziché il certificato, l'"estratto per riassunto" - che tipicamente contiene, oltre ai dati presenti nel certificato, le annotazioni integrative riportate nell'atto custodito nei registri (art. 450, comma 2°, c.c., art. 106 d.p.r. n. 396/00) -, l'indicazione

del regime patrimoniale delle parti (anche) nel certificato si rivela, in definitiva, non necessaria ed impropria.

9.1. *L'opposta tesi della natura (lato sensu) "costitutiva" del documento di cui al comma 9°: criticità.*

Rispetto a quanto si è sopra esposto e ritenuto, deve si dar conto di altra lettura, secondo la quale il documento di cui al comma 9° sarebbe da farsi coincidere con l'*atto di unione civile* redatto e registrato ai sensi dei commi 2° e 3° della legge, in quanto la parola "certificata" andrebbe intesa quale "perfezionata, costituita": si trova, invero, affermato in dottrina che "l'unione civile si costituisce con il relativo atto pubblico" e che "la disposizione [del comma 9°] ne disciplina la *forma*, dovendo tale atto contenere le precise indicazioni menzionate (...)"⁽¹³⁶⁾.

In realtà detta tesi - all'evidenza anche contraddetta dalla lettera del comma 9° ("L'unione ... è *certificata* ...") ed ora anche dalla rubrica del nuovo art. 70 *quinquiesdecies* d.p.r. n. 396/00 che l'ha attuata ("Certificazione dell'unione civile")⁽¹³⁷⁾ - appare per lo più evocata non tanto perché effettivamente supportata da argomenti capaci di superare la lettera della legge, quanto piuttosto per "scongiorare" i problemi di coordinamento che l'accoglimento dell'opposta tesi - come si è sopra visto - pone, data la divergenza di contenuto del documento di cui al comma 9° rispetto a quanto prescritto dalle norme generali sui certificati di stato civile. Sì che, per "evitare" distonie, qualche autore ha appunto proposto di intendere il documento di cui al comma 9°, anziché come *certificato* (con un contenuto, altrimenti, *sui generis*), come autentico *atto di unione civile* ai sensi dei commi 2° e 3° della legge.

Pare a chi scrive che le predette, pur innegabili, incongruenze avrebbero potuto essere (più cautamente) superate "correggendo" - attraverso un'interpretazione armonica con le norme generali del d.p.r. n. 396/00 (spec. con l'art. 108, comma 2°) - il *contenuto* del documento/certificato di cui al comma 9°, anziché innovandone la *natura/funzione* (e la correlativa efficacia probatoria); anche perché, così facendo, si finisce comunque per introdurre una distonia - sia pur di contenuto differente e questa volta *interna* alla disciplina stessa dell'unione civile -, laddove il contenuto del documento di cui all'art. 1, comma 9°, della legge (e art. 70 *quinquiesdecies* d.p.r. n. 396/00) non corrisponde in ogni caso a quello dell'atto di unione civile di cui all'art. 1, commi 2° e 3°, della legge (come attuati negli artt. 70 *quaterdecies* e 70 *octies*, comma 4°, d.p.r. n. 396/00) con cui si pretende di farlo coincidere. Invero, pur salva l'indicazione - comune ad entrambi - delle generalità delle parti e dei testimoni, ed oltre alla già segnalata divergenza attinente al regime patrimoniale - posto che il comma 9° della legge (e art. 70 *quinquiesdecies* d.p.r. n. 396/00) richiede sempre la menzione del regime patrimoniale delle parti, mentre l'art. 70 *quaterdecies*, comma 2°, d.p.r. n. 396/00 solo allorché le medesime abbiano scelto in sede di costituzione dell'unione il regime di separazione dei beni -, si riscontrano ulteriori discrepanze, in quanto solo ai sensi dell'art. 70 *quaterdecies* d.p.r. n. 396/00, e non anche nel documento di cui al comma 9° della legge (ed omologo art. 70 *quinquiesdecies* d.p.r. n. 396/00), è richiesta la menzione della data della richiesta di costituzione dell'unione civile, del decreto di autorizzazione quando ricorre alcuno degli impedimenti di legge, dell'avvenuta lettura da parte dell'ufficiale di stato civile del contenuto dei commi 11° e 12° della legge, della dichiarazione costitutiva dell'unione civile ad opera delle parti, dell'eventuale scelta del cognome comune.

Certo è che, al di là di una risoluzione in via interpretativa della questione, sarebbe stato apprezzabile che il d.lgs. n. 5/17, anziché trasporre pressoché immutata la previsione di legge (nel nuovo art. 70 *quinquiesdecies* d.p.r. n. 396/00), l'avesse riscritta conformemente alle norme generali del d.p.r. n. 396/00 dettate per i *certificati di stato civile* (Titolo XIV "Degli estratti degli atti dello stato civile e dei relativi certificati") o eventualmente - in accoglimento dell'opposta tesi - conformemente alle norme particolari (anch'esse ora inserite nel medesimo d.p.r.) specificamente dettate per il contenuto dell'*atto di unione civile* (art. 70 *quaterdecies* d.p.r. n. 396/00).

10. *Conclusioni.*

Ad una prima ricognizione dell'assetto normativo appena varato, pare potersi affermare⁽¹³⁸⁾ che la legislazione delegata, pur riconfermando la struttura "trifasica" del procedimento costitutivo dell'unione civile come introdotta nel regime transitorio - struttura che, in ogni caso, è andata ad appesantire quella che nelle intenzioni del legislatore sembrava dover (*rectius*, poter) essere una procedura più snella -, sia comunque, almeno in parte, riuscita nell'intento di semplificare la procedura, liberandola o alleggerendola da (molti di) quei limiti che la disciplina transitoria aveva introdotto o comunque indotto⁽¹³⁹⁾. E nell'anzidetta prospettiva si è, altresì, spesso arrivati ad un progressivo avvicinamento alla disciplina del matrimonio⁽¹⁴⁰⁾: ma non, si noti - o così almeno pare a chi scrive -, per un reale intento di *equiparare* l'unione civile al matrimonio - ciò che del resto il legislatore della novella aveva chiaramente mostrato di voler escludere -, ma al fine di frapporre sempre meno ostacoli (*id est*: rimuovere vincoli ed inutili aggravi) - nell'ottica del rispetto di diritti costituzionalmente garantiti *ex art. 2 Cost.* e, dunque, così attuando l'art. 1, comma 1°, della legge⁽¹⁴¹⁾ - *anche* a chi voglia costituire - al pari di ogni altro fenomeno aggregativo tra cui, *in primis*, il matrimonio - un'unione civile.

Oltre a ciò, è dato riscontrare una "matrimonializzazione" dell'unione civile - nella specie in ben altra direzione rispetto a quella percorsa dal decreto "ponte" e dalle coeve formule ministeriali⁽¹⁴²⁾ - anche per quel che concerne le *formalità* di costituzione del vincolo, il d.lgs. n. 5/2017 e soprattutto le correlative formule ministeriali avendo introdotto un "cerimoniale" pressoché identico a quello del matrimonio: oltre alla menzione (questa solo di cui già nel regime transitorio) del contenuto dei commi 11° e 12° dell'art. 1 della legge, il riferimento è alla fascia tricolore, nonché - stando alle nuove formule - alla sala aperta al pubblico, ad un vero e proprio scambio di consensi tra le parti ed infine - ciò che appare, come visto, ben più discutibile - alla dichiarazione conclusiva dell'ufficiale di stato civile. Il che, a tutta prima, parrebbe porsi in contrasto con l'impostazione prescelta dalla novella, venendo in definitiva introdotte formalità e adempimenti che la legge medesima sembrava aver voluto categoricamente escludere attraverso il mancato richiamo delle norme sulla celebrazione del matrimonio, all'evidente fine di scongiurare qualsivoglia forma di assimilazione - avvertita come indebita - dell'unione civile ad esso. Anche se, a ben vedere, in questo caso un intervento "correttivo" nell'attuazione della legge - laddove la stessa importava una procedura "fatta di assenze", che in un certo modo pareva sottendere un giudizio di "minor valore" dell'unione civile, percepita come un *minus* rispetto al matrimonio - si poneva come necessitato onde fugare i sospetti di ogni intento discriminatorio. Viepiù che nella direzione di una maggior ritualità e solennità della procedura si era già attestata, nella vigenza del regime transitorio - che pur, come visto, andava in tutt'altra direzione e con esso le correlative formule ministeriali -, la prassi su "raccomandazione" della giurisprudenza⁽¹⁴³⁾.

In definitiva, ciò che emerge nella normativa di attuazione è che si assottiglia la distanza tra unione civile e matrimonio *anche* per quel che concerne il momento costitutivo del vincolo⁽¹⁴⁴⁾. Ricordiamo, invero, che nell'impianto della legge - come segnalato in apertura di indagine - i profili di vicinanza e, non di rado, di identità alla disciplina del matrimonio si riscontravano con riguardo al regime degli impedimenti e delle invalidità, dei rapporti personali, patrimoniali e successori; ma non anche relativamente all'*iter* di costituzione dell'unione, oggetto di una disciplina scarna e lacunosa (art. 1, commi 2° e 3°) che si distanziava notevolmente - se non per i tratti minimi essenziali - dalla disciplina del matrimonio, non essendo richiamate né sostanzialmente riprodotte le norme codicistiche dettate per la sua celebrazione. Ora, invece, per il tramite della legislazione delegata, e spesso per il tramite delle *sole* formule ministeriali, si è dato ingresso a ciò (*id est*, a certa disciplina del matrimonio) che la legge - attraverso la previsione del comma 20° - pareva non consentire; e con ciò si è passati ad una procedura dettagliatamente disciplinata e scandita, sempre più vicina alle forme complesse e solenni del matrimonio. Verrebbe allora da chiedersi - indipendentemente, di qui innanzi, da quale che sia la *ratio* sottesa al predetto avvicinamento e l'effettiva meritevolezza degli interesse perseguiti (sulle quali v. già *supra*) - se non siano stati

travalicati i margini di competenza riservati al legislatore delegato, là dove ha "superato" (per non dire eluso) il mancato richiamo nella legge delle norme codicistiche sulla celebrazione del matrimonio, riproducendo pressoché immutato il contenuto di talune di esse⁽¹⁴⁵⁾; e con ciò "bypassato" i limiti posti dalla previsione del comma 20°, che precludeva l'applicazione delle regole matrimoniali non testualmente richiamate. E ancor più dubbi, naturalmente, si pongono laddove ad "introdurre" elementi nuovi rispetto alla legge sia stato il solo d.m. contenente le nuove formule.

Va comunque dato conto che il progressivo allineamento alla disciplina del matrimonio - ora operato dal decreto legislativo, ora (e assai più discutibilmente) dal d.m. recante le formule - non è stato così esteso da riuscire a comporre le pur innumerevoli questioni che la legge lasciava (almeno formalmente) aperte, e che, dunque, tali rimangono anche nella disciplina attuativa. Rammentiamo - tra le più rilevanti trattate in questo studio - la questione dell'ammissibilità di un'unione civile "a tempo", nonché quella afferente ai limiti di prova del vincolo di unione civile. Si noti, non di meno, che entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi appena varati sarà ancora possibile per il Governo adottare "disposizioni integrative e correttive" dei decreti medesimi, "nel rispetto dei principi e criteri direttivi" di cui all'art. 1, comma 28°, della legge: lo prevede l'art. 1, comma 31°, l. n. 76/16. Ciò che risulterebbe quanto mai auspicabile per chiarire - *sub specie* di interpretazione autentica, e ben oltre i confini della costituzione del vincolo ivi trattati - la portata applicativa del comma 20°, attesa la difficoltà che residua all'interprete nell'identificare lo statuto certo e completo dell'unione civile⁽¹⁴⁶⁾, sì da poter concretamente individuare, nel rilevante numero di disposizioni, ovunque dislocate (comprese, dunque, quelle codicistiche), che abbiano attinenza o possano comunque interferire con la materia delle unioni civili, quelle rispetto alle quali si ponga una necessità tecnica di coordinamento. Anche se, difficilmente, sembra potersi ipotizzare un intervento "integrativo-correttivo" inteso a dare attuazione ad una norma - quale quella del comma 20° - che si configura - o così almeno appare percepita dal Governo⁽¹⁴⁷⁾ - come "direttamente precettiva" e dunque autoapplicativa. Senza poi considerare come già la formula di apertura dell'art. 1, comma 28°, della legge - "*Fatte salve le disposizioni di cui alla presente legge*, il Governo è delegato (...)" (nostro il corsivo) - paresse e paia confermare l'immediata e diretta operatività (tra le altre norme della legge, anche) del comma 20°⁽¹⁴⁸⁾.

(*) Contributo pubblicato previo parere favorevole formulato da un componente del *Comitato per la valutazione scientifica*.

(1) Si preferisce l'uso del singolare (unione civile), "che appare più esatto di unioni civili, forma plurale che compare nella rubrica della legge senza giustificazione, stante l'unicità della fattispecie sottesa": così SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 882.

(2) SESTA, *op. cit.*, p. 888.

(3) SESTA, *op. cit.*, p. 888. Differenze sulle quali non possiamo che rinviare - eccetto che per i profili oggetto di questo studio - ai tanti e approfonditi saggi sull'argomento, tra i quali segnaliamo, senza pretesa di esaustività, DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in questa *Rivista*, 2017, p. 101 ss.; V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 381 ss.; AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in questa *Rivista*, 2016, p. 367 ss.; M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *www.giudicedonna.it*, n. 2/2016; SESTA, *op. cit.*, p. 881 ss.; E. QUADRI, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 893 ss.; BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime*

riflessioni, in *Giur. it.*, 2016, p. 1779 ss.; SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 845 ss.; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, *ibidem*, p. 859 ss.; DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, *ibidem*, p. 868 ss.; FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, *ibidem*, p. 889 ss.; M. ASTONE, *I regimi patrimoniali delle unioni civili nella legge n. 76/2016: opzioni legislative e principio di non discriminazione*, *ibidem*, p. 902 ss.; ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, *ibidem*, p. 958 ss.; AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, *ibidem*, p. 966 ss.; BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, *ibidem*, p. 980 ss.; TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, *ibidem*, p. 991 ss.; DANOVI, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, *ibidem*, p. 995 ss.; FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincolia confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1386 ss.; BALLARANI, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 623 ss. V. altresì lo Speciale della *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 12, pt. II, che riporta gli Atti del Convegno di Padova, 7-8 ottobre 2016, e, in particolare, con riguardo alle unioni civili, i contributi di: ZATTI, *Introduzione al Convegno*, p. 1663 ss.; AUTORINO, *Le unioni civili in Europa*, p. 1667 ss.; AMBROSI, *Unioni civili e Costituzione*, p. 1676 ss.; E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, p. 1688 ss.; AL MUREDEN, *Lo scioglimento dell'unione civile tra rapporto di coppia e ruolo del "genitore sociale"*, p. 1699 ss.; LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, p. 1707 ss.; ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, p. 1718 ss.; FERRANDO, *Conclusioni*, p. 1775 ss. Tra le opere generali si vedano SPADARO-DELL'OSTA, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Milano, 2016; GORGONI (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto*, Rimini, 2016 (con *Introduzione* di F.D. BUSNELLI); AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016; DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016; DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016; SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, in corso di pubblicazione; CASABURI e GRIMALDI (a cura di), *Unioni civili e convivenze*, Pisa, 2016; CALÒ, *Le unioni civili in Italia*, Napoli, 2016; SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso*, Perugia, 2016.

(4) SESTA, *op. cit.*, p. 885.

(5) Circa il carattere sostanzialmente identico del regime degli impedimenti cfr. AULETTA, *op. cit.*, p. 380; DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, cit., p. 134; nonché FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., p. 896.

(6) SESTA, *La disciplina dell'unione civile*, cit., p. 886; FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 898 ss.

(7) In argomento si veda M. ASTONE, *I regimi patrimoniali delle unioni civili nella legge n. 76/2016*, cit., p. 903 ss.; nonché FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 897.

(8) BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, cit., p. 980 ss.

(9) La legge ha chiamato, altresì, il Governo a modificare e a riordinare le norme in materia di diritto internazionale privato (art. 1, comma 28°, lett. b)), nonché ad operare le necessarie modificazioni e integrazioni normative per il coordinamento con la nuova legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti (art. 1, comma 28°, lett. c)).

(10) Detti decreti, emanati il 19 gennaio 2017, sono stati pubblicati in *G.U.* n. 32 del 27 gennaio 2017 e sono entrati in vigore l'11 febbraio 2017.

- (11) Art. 1, comma 2°, l. n. 76/16: "Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni".
- (12) F. FINOCCHIARO, voce *Matrimonio civile*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 812 (v. ora Agg. V, 2001).
- (13) Per tutti BERTOLA, voce *Matrimonio (diritto civile)*, in *Noviss. Digesto it.*, X, Torino, 1964, p. 382. Ma su tale aspetto v., più ampiamente, FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2. ed., Milano, 2015, p. 359 ss.
- (14) Sulla mancata previsione dell'onere delle pubblicazioni v. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, cit., p. 30.
- (15) SESTA, *La disciplina dell'unione civile*, cit., p. 886; v. però FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 895 ss., che non intravede nessun ostacolo ad usare il termine celebrazione per l'unione civile, in quanto anch'essa riconducibile alla categoria degli "atti solenni" come le nozze, il battesimo, un processo, giacché costituita in forma pubblica, alla presenza di due testimoni, di fronte al sindaco nella sua veste di ufficiale di stato civile.
- (16) M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 863, ritiene invece che si tratti comunque di un "negozio solenne", data la presenza dei testimoni ed in specie dell'ufficiale di stato civile, innanzi al quale la volontà delle parti va dichiarata, ed atteso altresì il fatto che viene formato, e sottoscritto dalle parti, un documento.
- (17) SESTA, *La disciplina dell'unione civile*, cit., p. 886.
- (18) Sul procedimento di costituzione dell'unione civile v., diffusamente, CALVIGIONI, PALMIERI e PIOLA, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Gli adempimenti di stato civile e anagrafe*, Rimini, 2016, *passim*; CALVIGIONI, *Commento al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, cit.; PASCUCCHI, sub art. 1, commi 2, 3 e 9, l. 20 maggio 2016, n. 76, *ibidem*; BERLOCO, *Unioni civili - Legge n. 76 del 20 maggio 2016 - Questioni e problemi emersi in sede di prima applicazione del nuovo istituto - (Prima parte)*, in *Stato civ. it.*, 2016, p. 8 ss.; CASABURI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Foro it.*, 2016, I, 1, c. 2246 ss., spec. par. V; nonché le opere *infra* citate.
- (19) In questo senso FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 895, nt. 31.
- (20) Lo rileva BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale*, cit., p. 1782.
- (21) In questo senso anche DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., p. 146, che comunque non esclude che ciò possa avvenire anche tramite esplicite dichiarazioni verbali di ciascuna delle parti.
- (22) IORIO, *Costituzione dell'unione civile, impedimenti e altre cause di nullità. Gli obblighi dei contraenti. Il regime patrimoniale. Lo scioglimento dell'unione civile*, in GORGONI (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto*, cit., p. 73, il quale ritiene altresì che, a seguito di ciò, l'ufficiale di stato civile le dichiarerà formalmente unite nel vincolo.
- (23) In questo senso anche DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., p. 147.
- (24) Questo, soprattutto, a seguito dell'entrata in vigore del d.p.r. n. 396/00, del quale si vedano, oltre alle norme particolari di cui agli artt. 53, comma 1°, e 63, comma 1° (matrimonio), 23 e 24 (cittadinanza), 30, comma 7° (nascita), più in generale la previsione di cui all'art. 12, comma 8° ("Gli atti formati in comuni diversi da quello di residenza devono essere comunicati (...) all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza delle persone cui gli atti si riferiscono, per la trascrizione"), che, nel presupporre evidentemente possibilità di deroga, sembra comunque implicitamente confermare la regola generale per cui gli atti di stato civile si formano nel comune di residenza degli interessati.
- (25) Così BUFFONE, *Mappe esplicative della Legge 76 del 2016*, in *www.altalex.com*, 5; in tal senso anche SPADARO e DELL'OSTA, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 21.

- (26) Così anche SPADARO e DELL'OSTA, *op. cit.*, p. 19 ss. *Contra*, IORIO, *Costituzione dell'unione civile, impedimenti e altre cause di nullità*, cit., p. 73, che, in applicazione analogica dell'art. 107 c.c., ritiene che l'ufficiale di stato civile sia chiamato a rendere la dichiarazione che le parti sono unite nel vincolo. Su tale aspetto v. ancora *infra*, par. 3.
- (27) C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, p. 337, che pur critica la lacunosità della disciplina, da cui appunto non emergerebbero spazi per una più ampia competenza dell'ufficiale di stato civile.
- (28) Sull'istituto delle pubblicazioni, "avente il duplice scopo di rendere conoscibile ai terzi l'intenzione delle parti di contrarre matrimonio, per consentire la eventuale proposizione di opposizione *ex artt.* 102 ss. c.c., e di avviare gli accertamenti dell'ufficiale di stato civile sull'inesistenza di impedimenti al matrimonio", per tutti, SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 7. ed., Padova, 2016, p. 46.
- (29) Nel senso che l'art. 1, comma 2°, della legge "impo[nga] il doveroso esercizio, da parte dell'ufficiale di stato civile, di quel controllo preventivo sulla sussistenza degli impedimenti" anche E. QUADRI, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, cit., p. 896. V. anche FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, cit., p. 1386 ss., spec. par. 5, la quale rileva che "l'assenza delle ulteriori formalità procedurali, e in particolare delle pubblicazioni previste per il matrimonio, non esclude che il pubblico ufficiale sia tenuto a controllare la regolarità dell'atto che si appresta a celebrare e che, nel caso in cui rilevi l'esistenza di impedimenti, possa rifiutare la celebrazione".
- (30) Questo, giova sin da ora precisarlo, stando al dettato normativo, posto che - come *infra* osserveremo (cfr. par. 6) - la disciplina di attuazione ha introdotto una fase specificamente deputata agli accertamenti dell'ufficiale di stato civile che presenta evidenti similitudini con "le formalità preliminari del matrimonio".
- (31) FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 895.
- (32) E. QUADRI, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze"*, cit., p. 896.
- (33) Così IORIO, *Costituzione dell'unione civile, impedimenti e altre cause di nullità*, cit., p. 76.
- (34) MECENATE, *Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, cit., p. 142 ss.
- (35) V. invece *infra*, par. 6 ss., per la regolamentazione contenuta nella legislazione delegata; la quale, in ogni caso, pur modificando sensibilmente il procedimento costitutivo del vincolo, non "innova" - o comunque *non significativamente* - le considerazioni che qui andiamo conducendo.
- (36) FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 891.
- (37) Art. 1, comma 3°, l. n. 76/16: "L'ufficiale di stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile". Sulla registrazione dell'atto di unione civile v. *infra*, par. 7.
- (38) Sulla qualificazione dell'atto costitutivo di unione civile v. anche FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, cit., p. 1386 ss.
- (39) La teoria pubblicistica del matrimonio e del diritto di famiglia è stata elaborata in particolar modo da CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, p. 215 ss., il quale propone una concezione del matrimonio come "atto del potere statale" in cui "la concorde volontà degli sposi non è che condizione per la pronunzia" dell'ufficiale di stato civile, che sola "è costitutiva del vincolo". V. l'approfondita analisi sulla natura dell'atto e, in particolare, una riflessione sulla teoria di Antonio Cicu e sulle posizioni dottrinali confliggenti in BESSONE e ROPPO, *Il diritto di famiglia. Evoluzione storica, principi costituzionali, prospettive di riforma*, Genova, 1975, p. 17 ss.; SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, raccolti da Tarello, VI, Bologna, 1976, p. 419 ss.; F.

FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Comm. Scialoja-Branca*, II, Bologna, 1993, p. 5 ss.; FERRANDO, *Il matrimonio civile*, in AULETTA, *Il diritto di famiglia*, in *Tratt. Bessone*, IV, Torino, 2010, p. 212 ss.; EAD., *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, cit., p. 344 ss.; RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, pp. 313 ss. e 232 ss.

(40) FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 895.

(41) F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., 5; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5. ed., Milano, 2014, p. 32; A.M. BENEDETTI, *Il procedimento di formazione del matrimonio e le prove della celebrazione*, in *Tratt. Zatti*, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, Milano, 2002, p. 544 ss. (vedilo ora nella 2. ed. del 2011, a p. 817 ss.); FERRANDO, *Il matrimonio civile*, cit., p. 213, ove anche ulteriori riferimenti bibliografici.

(42) V. l'efficace ricostruzione della teoria "negoziale" in FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., p. 895; e per una più ampia discussione ancora EAD., *Il matrimonio*, cit., spec. p. 344 ss.

(43) FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., p. 895, che parla di "natura squisitamente consensuale dell'atto costitutivo del vincolo". Per la qualificazione nei termini di "negozio giuridico" M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, cit., p. 4, nonché M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 863. Per alcuni autori trattasi più specificamente di "contratto": così MECENATE, *Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato*, cit., p. 142, che argomenta dall'art. 1, comma 16°, della legge; DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., p. 146, che muove dal rilievo che, ai sensi del comma 2°, le parti assurgono a "soggetti attivi della costituzione" e da qui - o meglio anche da qui - trae argomento per sostenere la natura contrattualistica dell'unione civile, con conseguente applicabilità, ove occorra in sede interpretativa, della disciplina contrattuale; l'autore, comunque, non esclude che nella prassi applicativa possa darsi, "per l'esempio della tradizione matrimoniale, un'altrettanto esplicita e conclusiva dichiarazione dell'ufficiale di stato civile".

(44) MECENATE, *Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato*, cit., p. 142.

(45) Per la qualificazione del matrimonio come "negozio complesso" cfr. VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, I, Padova, 1932, p. 84; contesta ora detta qualificazione, optando per quella di "atto unitario composto", RENDA, sub art. 107 c.c., in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, I (artt. 74-176), a cura di Balestra, Torino, 2010, p. 176, spec. nt. 34.

(46) Così SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, cit., p. 886. E ad ulteriore testimonianza del "linguaggio contrattuale" si vedano, oltre al comma 2° dell'art. 1 della legge, altresì il comma 4°, lett. c) e d) ("contrarre", "contraente") ed il comma 16° ("contratto").

(47) Sulle differenze tra il matrimonio e gli altri atti di autonomia privata cfr. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2. ed., Milano, 2002, p. 579 ss.

(48) In generale, sulla natura (più) indiscutibilmente "negoziale" del matrimonio, ormai affermatasi nella nostra cultura giuridica, e che supera la concezione del matrimonio come "contratto" - a favore della quale si erano pronunciati DEGNI, *Del matrimonio*, Napoli, 1926, p. 10 ss.; FERRARA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1941, *passim*; BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, 3. ed., Milano, 1947, p. 16 ss.; GANGI, *Il matrimonio*, 3. ed., Milano, 1953, p. 27 ss. - si vedano F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 381 ss.; RAVÀ, *Lezioni di diritto civile sul matrimonio*, 3. ed., Padova, 1935, p. 400; DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, p. 53 ss.; CONTE, *La simulazione del matrimonio nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1999, p. 93 ss.; GALGANO, *op. loc. cit.*

(49) FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, cit., par. 3.

(50) È bene, però, sin da subito avvertire - e anzi ribadire (v. già nt. 30) - che in fase di attuazione della legge è stata introdotta una fase specificamente deputata agli accertamenti dell'ufficiale di stato civile, innescata da una previa richiesta di costituzione dell'unione ad opera degli interessati, con evidenti similitudini con le "formalità preliminari del matrimonio": cfr. par. 6.

(51) FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, cit., par. 3, che rileva come l'omissione "assume il significato della rimessione di ogni aspetto relativo alla costituzione del vincolo nelle mani della autonomia privata, con una procedura semplificata e con la riduzione della partecipazione pubblica al minimo essenziale".

(52) V. *supra*, par. 2.

(53) Così la definisce la Relazione illustrativa allo "Schema di decreto legislativo recante disposizioni di coordinamento in materia penale" (n. 346).

(54) Sulla portata del comma 20° nella sistematica della legge, oltre alle opere *infra citate*, cfr. FAROLFI, sub *art. 1, comma 20, l. 20 maggio 2016, n. 76*, in SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, cit.

(55) Escludono la possibilità di un ricorso all'analogia, sia pur diversamente argomentando, OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, cit., p. 38; ID., *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1799-1800; E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, cit., p. 1690; DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, cit., p. 111; DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., pp. 209 e 211.

(56) Nel senso che, per il "diritto speciale", non viga il divieto di analogia di cui all'art. 14 disp. prel. c.c., per tutti, CAIANI, voce *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, par. 17.

(57) Sul significato di norma "eccezionale" vedi BOBBIO, voce *Analogia, I) Teoria generale*, in *Noviss. Digesto it.*, I, Torino, 1957, p. 605, che la qualifica come "norma che deroga ad una norma generale (valevole cioè per la generalità dei casi), ovvero che regola un determinato comportamento in modo opposto a quello in cui verrebbe regolato se la norma eccezionale non esistesse"; cfr. approfonditamente sul punto anche CAIANI, *op. cit.*, parr. 15, 16, 17. Sull'analogia, in teoria generale, v. anche CARCATERRA, voce *Analogia, I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 1 ss.; GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 320 ss. Più di recente si veda CARUSI, *Ensaio sobre a cegueira. L'analogia come misura del giuridico*, Relazione al Convegno su "Arte e limite. La misura del diritto", Roma, 16-17 giugno 2011, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 276, che contesta che la norma *eccezionale* sia insuscettibile di applicazione analogica.

(58) Si veda, per es., quanto già osservato nel par. 2, con riguardo all'individuazione del comune competente a costituire unione civile; ma si vedano, altresì, il par. 6, con riferimento alla possibilità di costituire unione civile tramite procura, ed infine il par. 8, in tema di prova dell'unione civile.

(59) Viepiù che per invocare l'applicazione analogica *basta* che i due istituti "abbiano una o più proprietà in comune" (nostro il corsivo), perché "se avessero tutte le proprietà in comune sarebbero identici": BOBBIO, *op. cit.*, p. 602, il quale a p. 603 sostiene la validità della "estensione dal caso regolato al caso non regolato (...) quando il secondo ha in comune col primo la *ratio legis*", o, altrimenti detto, "quando la somiglianza dei due casi consiste nell'avere entrambi l'*eadem ratio*".

(60) Sul riconoscimento del procedimento analogico "come procedimento giuridicamente lecito, se non addirittura obbligatorio" (nostro il corsivo), BOBBIO, *op. cit.*, p. 603.

(61) In questa prospettiva sembrano collocarsi IORIO, *Costituzione dell'unione civile, impedimenti e altre cause di nullità*, cit., p. 72 ss.; nonché CASABURI, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in CASABURI e GRIMALDI (a cura di), *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 58 ss., e ancora ID., *Le*

*unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016, n. 76, cit., parr. V e XII. Si veda anche ZATTI, Introduzione al Convegno, cit., p. 1665, il quale rileva come "con questa stessa norma" - nella parte in cui dispone che non si applicano le norme del codice civile non espressamente menzionate - "si è stabilita una tale base di analogia tra le due situazioni giuridiche che, se in ossequio alla norma non se ne farà applicazione letterale diretta, la si farà per analogia *legis* o *iuris*, al fine dichiarato dalla disposizione stessa". In una posizione particolare - sia pur, in definitiva, tendente ad ammettere il ricorso all'*analogia legis* - si pone V. BARBA, *Unione civile e adozione*, cit., p. 381 ss., il quale ritiene che mentre la prima parte del comma 20° "ha, sostanzialmente, generato, senza che l'interprete sia stato costretto a verificarne l'esigenza nel singolo caso, un complesso di norme *prima facie* applicabili, in via immediata e diretta, alle persone che hanno contratto un'unione civile", "la seconda parte del comma 20 serve per impedire che questo stesso meccanismo si estenda alle norme del Codice civile e alla legge sull'adozione. Impedisce, cioè, che, in via automatica, il nostro sistema ordinamentale si arricchisca di nuove norme (di contenuto identico a quelle del Codice Civile e della legge sull'adozione), *prima facie*, applicabili alle persone che hanno contratto un'unione civile. L'assenza di una norma *prima facie* applicabile alle persone unite civilmente non è, però, preclusiva alla possibilità che quella regola, all'esito del procedimento interpretativo, risulti applicabile al caso in via *conclusiva*".*

(62) Sul concetto di "lacuna" v. R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, p. 269 ss.

(63) BOBBIO, *op. cit.*, p. 604.

(64) Contesta che presupposto obbligato del ragionamento analogico sia l'esistenza di una *lacuna* in senso formale, cui si riferisce il comma 2° dell'art. 12 delle preleggi, CARUSI, *op. cit.*, p. 275. Nega, invece, propriamente l'esistenza "delle lacune come fenomeno giuridico" - o, meglio, rileva "la scomparsa delle lacune come problema del diritto" -, "poiché il diritto sta, non già nell'applicazione di precise norme (per tenerci al rigore dell'art. 12 disp. prel.) ma nel principio generale che ispira la decisione", ORLANDI, *Analogia e principi*, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Atti del 6° convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Capri, 1-2 aprile 2011, Napoli, 2012, p. 411, che rinvia alla rilevazione del problema in N. IRTI, *Il terzo decide la causa*, in *Diritto senza verità*, Bari, 2011, p. 65 ss. In argomento v. anche P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss., ora in *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 5 ss., spec. p. 31 ss.

(65) Posto che è comunque "l'interprete a decidere se una lacuna vi sia o non vi sia": così GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, X, Torino, 1993, par. 10.

(66) Viepiù considerando, più in generale, "il crescente declino" - per dirla con le parole di ORLANDI, *op. cit.*, p. 415 - del "pensiero analogico - prigioniera ermeneutica del giurista e dello stesso legislatore - (...)" ; in particolare, l'autore rileva ciò muovendo da una analisi della (*rectius*, del modo di fare) giurisprudenza, osservando come la decisione dei casi "muove da postulati e da criteri indeterminati e dunque non esige più un'integrazione analogica degli spazi vuoti di *strictum ius*. Il giudice procede non per analogia di norma in norma, ma per decisioni di principio e per assunzioni equitative o ragionevoli" (p. 411). E già LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 16 ss., che parla di "trasfigurazione del procedimento per analogia, definitivamente sepolti gli schematismi di cui all'art. 12 delle preleggi (...), di fronte alla crisi del sistema unitario delle fonti che apre alla tematica della complessità", il quale propugna un "recupero dell'unitarietà (...)" in chiave di intuizione analogica, cioè riscoprendo una operante dialettica fra tutti gli indici che concorrono a formare, in un dato momento storico, l'esperienza giuridica al di là di ogni formalistico tentativo di fondare il procedimento applicativo sulla necessaria postulazione di una norma". In argomento cfr. anche FEMIA, *Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e*

unità dell'ordine, in PERLINGIERI e RUGGERI (a cura di), *Diritto privato comunitario*, Napoli, 2009, p. 89 ss.

(67) Lo si è, in parte, già rilevato: cfr. *supra*, par. 2, con specifico riferimento all'individuazione del comune competente a costituire unione civile. Ed ancora lo si osserverà: cfr. *infra*, par. 5 (sul problema dell'unione civile "a termine"), par. 6 (sulla possibilità di presentare richiesta di costituzione dell'unione civile tramite procura), nonché par. 8 (in tema di prova dell'unione civile).

(68) La definizione si deve a ZACCARIA, voce *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir., Ann.*, V, 2012, par. 3. Sui canoni dell'interpretazione sistematica e sui tipi di essa v., diffusamente, VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, p. 65 ss.; nonché già GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1993, p. 388 ss.

(69) Quale "interpretazione che tende ad adattare vecchie (o relativamente vecchie) leggi a situazioni nuove, non previste dal legislatore storico": così GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, cit., par. 11.

(70) Del resto, appare persino superfluo precisare che il comma 2° vale a delimitare - in negativo - il perimetro di disciplina dell'unione civile rispetto alle "sole" disposizioni specificamente riferite al matrimonio (oltre a quelle in materia di adozione), mentre per tutte le restanti norme, ovunque dislocate nell'ordinamento (dentro o fuori il codice), (ri)assumono pieno vigore gli ordinari criteri interpretativi e integrativi della legge: sì da potersene naturalmente ammettere, oltre all'applicazione *diretta* (anche) all'unione civile, altresì - laddove, per es., un rapporto da specie a genere non sia predicabile, per essere la norma che si pretenda risolutiva del caso non regolato non già generale bensì speciale (o comunque particolare) - l'applicazione analogica.

(71) L'art. 1, comma 1°, della legge "istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione". Sulla portata del richiamo del legislatore agli artt. 2 e 3 Cost. si vedano SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, cit., p. 884; BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in *giustiziacivile.com*, Editoriale del 20 aprile 2016, p. 4; DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, cit., p. 116 ss.; MORRONE, sub artt. 2-3 Cost., in SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, cit.; SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, cit., p. 845 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 848 ss.; AMBROSI, *Unioni civili e Costituzione*, cit., p. 1676 ss.

(72) Ricordiamo, invero, che, nella prospettiva ormai più volte evocata dal Giudice delle leggi nei giudizi relativi a coppie omosessuali, la possibilità di rimettere q.l.c. per pretesa disparità di trattamento rispetto al matrimonio viene ritenuta sussistente nella misura in cui, nell'impossibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata, residui la necessità di rivendicare, "in specifiche situazioni", un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata: Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Iustitia*, 2010, p. 311, con nota di COSTANZA, *La Corte costituzionale e le unioni omosessuali*, confermata da Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2685, con nota di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, e in *Giustizia civile.com*, Editoriale 19 giugno 2014, con nota di BALESTRA, *Sugli effetti della rettificazione dell'attribuzione di sesso sul matrimonio preesistente*, e in *Fam. e dir.*, 2014, p. 861, con nota di V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*. È anche vero, però, che se questa "limitazione" - a "specifiche situazioni" - veniva stabilita dalla Corte costituzionale allorquando, e *perché*, mancava ancora una "disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia" omosessuale (sentenza n. 138/2010), ora che una legge, generale ed organica, in materia è stata emanata si potrebbe più verosimilmente giustificare, nel quadro del controllo di ragionevolezza cui è chiamata, un *più ampio* intervento della

Consulta, in funzione cioè di individuare forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali in un'ottica di equiparazione al matrimonio che non è (*rectius*, non sia) più limitata alla "possibilità di intervenire a tutela di *specifiche situazioni*" (sentenza n. 138/2010).

(73) L'osservazione è di E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, cit., p. 1690, che afferma invero (a p. 1693) come l'interprete ben possa "ricucire il sistema, anche senza ipotizzare un intervento del legislatore delegato o, in ultima analisi, della Corte costituzionale".

(74) Lo rileva, sia pur criticamente, M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 863 ss.

(75) M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 864, il quale prospetta comunque la possibilità di rimettere alla Consulta questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 20°, della legge, nella misura in cui esclude l'applicabilità anche dell'art. 108 c.c. Nel senso di una "(clamorosa) svista legislativa" anche E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, cit., p. 1692, che però rileva (p. 1693) come "la incompatibilità ontologica di una eventuale delimitazione dell'efficacia - sotto il profilo temporale o funzionale - di un atto costitutivo di uno *status* così ricco di contenuti (...) *ost[?] alla valorizzazione della dimenticanza del legislatore*, onde attribuire ad essa una portata conformativa dell'unione civile in contrapposizione al matrimonio" (nostro il corsivo).

(76) Il che è condiviso dagli interpreti: SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, cit., p. 887; FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 891; TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, cit., p. 996; M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, cit., pp. 3-4.

(77) Parla di "incompatibilità ontologica di una eventuale delimitazione dell'efficacia - sotto il profilo temporale o funzionale - di un atto costitutivo di uno *status* (...)" E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, cit., p. 1693.

(78) Sui "negozi familiari", che si assumono "caratterizzati dalla tipicità, dalla indisponibilità degli effetti, (...) ed ai quali sono quindi applicabili non le norme sui contratti, ma i principi generali sugli atti di autonomia, salvo verificare, caso per caso, la loro compatibilità con la specificità dell'atto di matrimonio", FERRANDO, *Il matrimonio civile*, cit., p. 214. In particolare, sull'istituto del matrimonio quale "negozio familiare" per eccellenza rinviando, a fronte di una letteratura sterminata sull'argomento, tra le opere più recenti, a FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., *passim*; RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, cit., *passim*; E. GIACOBBE, *Il matrimonio*, I, *L'atto e il rapporto*, in *Tratt. Sacco*, III, *Le persone e la famiglia*, Torino, 2011, *passim*.

(79) Sull'art. 108 c.c., per tutti, FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., p. 365.

(80) OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 952.

(81) OBERTO, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, p. 671 ss. Si rammenti, in ogni caso, che la dottrina prevalente è nel senso di escludere la qualificazione delle convenzioni matrimoniali come "contratti", in quanto "accordi che pur avendo ad oggetto esclusivamente il regime patrimoniale tra i coniugi incontrano, quanto a contenuto ed effetti, rigorosi vincoli, posti dagli artt. 210 e 211 c.c. in considerazione dello stretto nesso con rapporti e diritti di natura personale": per tutti, ALESSI, *Il contratto: i requisiti e la formazione*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale del diritto privato, Estratto: Parte generale del contratto. Tutele contrattuali*, Torino, 2016, p. 5.

(82) Per un puntuale commento alla disciplina transitoria di cui al regolamento n. 144/2016 cfr. TROIANO, *Unioni civili: in attesa dei decreti legislativi, uno sguardo al decreto «ponte» per la tenuta dei registri dello stato civile* (Parte prima), in *Studium Iuris*, 2016, p. 1265 ss.; ID., *Unioni civili: in attesa dei decreti legislativi, uno sguardo al decreto «ponte» per la tenuta dei registri dello stato civile* (Seconda parte),

in *Studium Iuris*, 2016, p. 1428 ss. V. anche CALVIGIONI, *Commento al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, cit.; nonché PASCUCCI, sub *art. 1, comma 2, l. 20 maggio 2016, n. 76*, cit., parr. 6-7.

(83) Per un primo commento al decreto si veda M. FINOCCHIARO, in *Guida al dir.*, 2017, n. 9, p. 39 ss.

(84) A commento delle nuove formule v. anche BUFFONE, *Celebrazioni previste solo in ambienti aperti al pubblico*, in *Guida al dir.*, 2017, n. 17, pp. 32-34.

(85) Qui assumiamo la procedura *ordinaria* di costituzione dell'unione, mentre con riferimento alle fattispecie in cui la costituzione dell'unione civile segue modalità *semplificate* o comunque *peculiari* sia consentito il rinvio a PASCUCCI, sub *art. 1, comma 2, l. 20 maggio 2016, n. 76*, cit., parr. 7 e 9.

(86) Cfr. par. 2.

(87) Invero, al riguardo, a differenza di quanto previsto dall'art. 109 c.c. - non richiamato dalla legge e nemmeno sostanzialmente riprodotto, e che espressamente ammette, seppure in via d'eccezione, la possibilità di celebrare il matrimonio in un comune diverso da quello ordinariamente competente, ovvero sia diverso da quello di residenza di almeno uno degli sposi al quale va presentata la richiesta delle pubblicazioni *ex artt. 106 e 94 c.c.* -, l'art. 3, comma 1°, del decreto "ponte" prevedeva, senza ammettere eccezioni, che l'unione civile venisse costituita presso il "comune ove è stata presentata la richiesta".

(88) Questione su cui, peraltro, si era già espresso il Consiglio di Stato nel parere n. 01695 del 21 luglio 2016, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(89) L'art. 1, comma 3°, del decreto "ponte" presupponeva, invero, l'onere della comparizione personale (anche) ai fini della presentazione della richiesta, laddove prevedeva che in quella sede le parti sottoscrivessero il verbale insieme all'ufficiale di stato civile, e altresì che, sempre in quella sede, l'ufficiale di stato civile invitasse le parti medesime a comparire davanti a sé in una data successiva per rendere la dichiarazione costitutiva.

(90) Perdura il silenzio sull'obbligo dell'ufficiale di stato civile che interrompa la procedura di motivare il rifiuto e sulla conseguente possibilità per le parti di impugnare il rifiuto in giudizio, ma in ogni caso suppliscono le norme generali di cui agli artt. 7 e 95 d.p.r. n. 396/00.

(91) Per una valutazione sull'opportunità dell'introduzione della disciplina rinviando a E. QUADRI, *Unioni civili: disciplinadel rapporto*, cit., p. 1691. In questa sede ci limitiamo ad osservare che, ad una prima sommaria analisi, sembrerebbe che l'istituto dell'opposizione all'unione civile sia destinato a rimanere lettera morta, in quanto l'eventuale sussistenza di impedimenti provocherebbe l'interruzione della procedura ai sensi dell'art. 70 *ter*, comma 2°, d.p.r. 396/00.

(92) Previsione che riecheggia quella risultante dal combinato disposto dell'art. 99, comma 1°, c.c. e artt. 55, comma 3°, e 57 d.p.r. 396/00, dai quali non emerge, però, un termine positivamente predeterminato, non essendo prevista in ambito di matrimonio una durata massima delle verifiche cui l'ufficiale di stato civile è tenuto a seguito della richiesta di pubblicazioni del matrimonio. Tuttavia, calcolando che, nella prassi, il tempo per dette verifiche è tendenzialmente quello di quindici/venti giorni; che, in caso non sussistano impedimenti, l'ufficiale di stato civile effettua la pubblicazione, che deve rimanere affissa per otto giorni (art. 55, comma 3°, d.p.r. 396/00); che debbono poi decorrere ulteriori tre giorni per consentire a coloro che hanno avuto conoscenza tardiva della compiuta pubblicazione di proporre opposizione (art. 99, comma 1°, c.c. e art. 57 d.p.r. 396/00); ecco allora che, prima di poter procedere alla celebrazione del matrimonio, occorreranno - di fatto - all'incirca trenta giorni dal momento della richiesta delle pubblicazioni. Ed ecco così verosimilmente spiegato il termine - sia pur, in tal caso, predeterminato *ex lege* (nuovo art. 70 *ter*, comma 1°, d.p.r. 396/00) - di trenta giorni dalla presentazione della richiesta prima di poter procedere alla costituzione di unione civile.

(93) Previsione che riecheggia quella dettata dall'art. 99, comma 2°, c.c., alla cui stregua "Se il matrimonio non è celebrato nei centottanta giorni successivi, la pubblicazione si considera come non avvenuta".

(94) Sul matrimonio per procura si veda GRONDONA, *Il matrimonio per procura*, in FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, in *Tratt. Zatti*, I, 2. ed., Milano, 2011, p. 855.

(95) A favore dell'applicazione analogica dell'art. 111 c.c. IORIO, *Costituzione dell'unione civile, impedimenti e altre cause di nullità*, cit., p. 75.

(96) È sì vero, infatti, che la legge, attraverso il mancato richiamo delle norme sulla celebrazione del matrimonio, *non richiede*, ai fini della costituzione dell'unione civile, la celebrazione pubblica, né le altre formalità previste per il matrimonio; ma è pur vero che *non le vieta*. Tanto che, nella prassi, la quasi totalità delle unioni civili registrate sino ad ora - *rectius*, registrate nella vigenza del regime transitorio - sono state costituite secondo il "cerimoniale" previsto per i matrimoni, e cioè in una sala del palazzo comunale aperta al pubblico, alla presenza del sindaco o di altro ufficiale di stato civile avente indosso la fascia tricolore, il quale formalmente dichiara le parti "unite civilmente".

(97) Al riguardo, si segnala Tar Brescia 29 dicembre 2016, n. 1791, in *Banca dati DeJure*, che, considerando illegittimo escludere le unioni civili dalla sala matrimoni e giudicando che le stesse debbano essere costituite in un posto adeguato, ha annullato la delibera di un comune bergamasco che aveva relegato la costituzione di un'unione civile in una sala secondaria del municipio (nella specie l'ufficio anagrafe), negando alla coppia la stanza riservata ai matrimoni. Ancora, Tar Venezia 7 dicembre 2016, n. 640, in *Ilfamiliarista.it* 2016, 12 dicembre, ha ritenuto sussistente il presupposto del *fumus boni iuris* per accogliere un'istanza cautelare presentata in sede di ricorso per l'annullamento, previa sospensione della loro efficacia, dei provvedimenti con cui il Comune di Padova designava alcuni particolari giorni dedicati alle dichiarazioni di costituzione delle unioni civili - considerando non applicabili alle stesse le norme previste per la celebrazione dei matrimoni civili e riguardanti luoghi, orari e tariffe connessi a tali procedimenti - senza fornire, in merito alle proprie scelte, chiarimenti idonei a fugare i sospetti di un intento discriminatorio.

(98) Nel senso che senza la dichiarazione dell'ufficiale di stato civile non possa ritenersi perfezionata la fattispecie matrimoniale e, dunque, che l'omissione comporti l'inesistenza del matrimonio, F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 85; in senso adesivo, RENDA, sub art. 107 c.c., cit., p. 177. *Contra*, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, cit., p. 54 ss.; in senso adesivo, FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, cit., par. 5.

(99) In dottrina si ritiene che, in tal caso, l'ufficiale di stato civile non possa continuare la celebrazione del matrimonio: così BARBIERA, *Della celebrazione del matrimonio* (sub artt. 106-113 c.c.), in CIAN, OPPO e TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, II, Padova, 1992, p. 200; per ulteriori riferimenti sul punto cfr. CAMPIONE, sub art. 107 c.c., in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, 3. ed., Milano, 2015, p. 354.

(100) V. *supra*, par. 3.

(101) Per quanto specificamente attiene alla scelta del cognome comune, non potendosene trattare in questa sede, rinviando a BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 911 ss.; v. ancora EAD., sub art. 1, comma 10, l. 20 maggio 2016, n. 76 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze"), in SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, cit.

(102) A differenza del decreto "ponte", che non richiedeva l'adempimento, ma il cui silenzio poteva ritenersi comunque supplito dalla formula n. 4 del d.m. 28 luglio 2016, che contemplava la lettura

del verbale prima che l'ufficiale di stato civile provvedesse a sottoscriverlo insieme alle parti ed ai testimoni.

(103) SCARDULLA, voce *Stato civile*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 938 ss., par. 4.

(104) Così DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., p. 177.

(105) Si noti, peraltro, come, a rigore, non si faccia più distinzione - quasi che fossero stati due adempimenti distinti e per fasi successive - fra *redazione* dell'atto di unione civile e conseguente *iscrizione* nel registro delle unioni civili (art. 3, commi 2° e 3°, decreto "ponte"), ma si parli unicamente e direttamente di "iscrit[zione del]l'atto di costituzione dell'unione civile" (art. 70 *octies*, comma 4°, d.p.r. n. 396/00), coerentemente alla teoria più accreditata che vede l'iscrizione dell'atto di stato civile essa stessa come redazione e formazione dell'atto (SCARDULLA, voce *Stato civile*, cit., par. 4).

(106) In argomento cfr. BUFFONE, *Unioni civili, quasi al traguardo l'archivio nazionale*, in *Guida al dir.*, 2017, n. 17, p. 14 ss.

(107) Sull'argomento cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 8. ed., Milano, 1950, p. 355; ATTARDI, voce *Atti dello stato civile*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 94 SS.; FERRI, *Degli atti dello stato civile*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1973, p. 63; SCARDULLA, voce *Stato civile*, cit., par. 4; BALESTRA e BOLONDI, *Degli atti dello stato civile* (artt. 449-455 c.c.), in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, III (artt. 343-455), a cura di Balestra, Torino, 2009, p. 585 ss., spec. p. 589; ZACCARIA, FACCIOLI, OMODEI SALÈ e TESCARO, *Commentario all'Ordinamento dello stato civile*, Rimini, 2009, *passim*; SPANGARO, sub artt. 449-455 c.c., in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., p. 1579 ss. In generale, sull'ordinamento di stato civile v. anche CALVIGIONI, *Il regolamento dello stato civile*, Rimini, 2015, *passim*; VITALI, *Lo stato civile. Il nuovo ordinamento dello stato civile e il d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396*, Milano, 2001, *passim*; STANZIONE, *Il nuovo ordinamento dello stato civile. Commento al d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396*, Milano, 2001, *passim*.

(108) Così FERRI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 63, e in senso adesivo SCARDULLA, voce *Stato civile*, cit., par. 4. Esclude che la registrazione dell'unione civile abbia funzione di pubblicità *costitutiva*, nella specie argomentando dall'art. 1, comma 9°, della legge, MECENATE, *Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato*, cit., p. 146. Specificamente, con riguardo al matrimonio, è pacifico che la redazione dell'atto e la sua iscrizione nei registri dello stato civile non abbiano alcun effetto *costitutivo* dello stato di coniuge, ma rispettivamente valore probatorio e di pubblicità del matrimonio: per riferimenti cfr. CAMPIONE, sub art. 107 c.c., cit., p. 356.

(109) Di regola l'efficacia dell'annotazione è quella di pubblicità notizia: per tutti, BALESTRA e BOLONDI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 596.

(110) Cfr. SPANGARO, sub artt. 449-455 c.c., cit., p. 1590.

(111) Per tutti FERRI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 103. Secondo altri, tuttavia, l'annotazione dell'atto di matrimonio a margine di quello di nascita può far sorgere la presunzione dell'esistenza del vincolo coniugale, pur non potendo costituire, di per sé, titolo di stato, ai sensi dell'art. 132 c.c.: STELLA RICHTER e SGROI, *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario del Codice civile*, redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1958, p. 760.

(112) Il valore probatorio privilegiato che l'art. 451 c.c. riconosce all'atto di unione civile debitamente iscritto si estende anche alle annotazioni eseguite, come si è sopra visto, sull'atto medesimo: sull'argomento, in generale, cfr. BALESTRA e BOLONDI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 592.

(113) Sull'efficacia probatoria dell'atto di matrimonio si veda AL MUREDEN, sub artt. 130, 131, 132 c.c., in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., p. 445 ss.

- (114) Sulla prova del vincolo derivante da matrimonio cfr. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., p. 370 ss.; FADDA, *Delle prove della celebrazione del matrimonio. Artt. 130-133*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, *passim*.
- (115) In argomento cfr. SALVI, *Il possesso di stato familiare*, Milano, 1952, *passim*; SANTILLI, voce *Possesso di stato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 562.
- (116) Contra DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., p. 177 ss., che dall'inapplicabilità degli artt. 130 ss. c.c. argomenta che il regime probatorio per le unioni civili sia più semplice.
- (117) Così SCARDULLA, voce *Stato civile*, cit., par. 1, in senso adesivo ad AZZARITI, voce *Stato civile*, in *Noviss. Digesto it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 293, nonché a FERRI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 14.
- (118) A favore dell'applicazione analogica degli artt. 130-133 c.c. CASABURI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016, n. 76*, cit., par. VII.
- (119) Si precisa, peraltro, che la dottrina (per tutti, SANTOSUOSSO, *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2011, p. 88) ritiene che l'elencazione delle *cause* che conducono ad una più ampia libertà di prova del matrimonio ai sensi dell'art. 132 c.c. non abbia carattere tassativo.
- (120) ATTARDI, voce *Atti dello stato civile*, cit., p. 94.
- (121) Art. 452 c.c.: "Se non si sono tenuti i registri o sono andati distrutti o smarriti o se, per qualunque altra causa, manca in tutto o in parte la registrazione dell'atto, la prova della nascita o della morte può essere data con ogni mezzo".
- (122) ATTARDI, voce *Atti dello stato civile*, cit., par. 16.
- (123) Così ATTARDI, voce *Atti dello stato civile*, cit., par. 14 e par. 16, che in generale afferma che, nell'ambito del giudizio di rettificazione, "la parte istante può, di regola, provare i fatti a fondamento della sua domanda (...) con ogni mezzo".
- (124) In mancanza di documentazione, la difficoltà principale risiederebbe nel distinguere la pretesa unione civile dalla convivenza di fatto omosessuale, sia pur stabile nel tempo, di cui ai successivi commi 35° ss. dell'art. 1 della legge.
- (125) Nel senso di una generale libertà della prova dell'unione civile sembrerebbe optare DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., p. 177 ss.
- (126) Art. 1, comma 9°: "L'unione civile tra persone dello stesso sesso è certificata dal relativo documento attestante la costituzione dell'unione, che deve contenere i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale e della loro residenza, oltre ai dati anagrafici e alla residenza dei testimoni".
- (127) Tanto che non si è mancato di rilevare come sarebbe stato opportuno collocare le previsioni l'una di seguito all'altra, se non addirittura fonderle insieme, piuttosto che in maniera così slegata l'una dall'altra: così CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, cit., p. 13.
- (128) Nel senso, ivi ritenuto, che la previsione afferisca alla redazione dei certificati anche SPADARO e DELL'OSTA, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, cit., p. 19; CALVIGIONI, *La costituzione dell'unione civile davanti all'ufficiale dello stato civile: profili tecnico-giuridici e questioni relative alle parti cittadini stranieri (art. 116 c.c.)*, relazione al Seminario "Convivenze di fatto e unioni civili: i profili tecnico giuridici ed i riflessi sull'attività notarile", Viterbo, 13 maggio, 2016; CALVIGIONI, PALMIERI e PIOLA, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Gli adempimenti di stato civile e anagrafe*, cit., p. 87 ss.; CANNIOTO e MACCARONE, *Unioni civili, cosa cambia per le aziende, riquadro Regole e conseguenze - Sigillo di garanzia*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 maggio 2016, p. 45. In argomento si legga anche DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, cit., p. 47.

- (129) FERRI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 72 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. 7 giugno 1993, n. 6363, in *Banca dati DeJure*.
- (130) BALESTRA e BOLONDI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 591.
- (131) Art. 70 *quinquiesdecies* d.p.r. n. 396/2000: "La certificazione dell'unione civile riporta i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del regime patrimoniale e della residenza, oltre ai dati anagrafici ed alla residenza dei testimoni". Come già l'art. 7 del decreto "ponte", l'art. 70 *quinquiesdecies* d.p.r. n. 396/00 si limita soltanto ad aggiungere, al comma 2°, la formula con cui dovrà essere indicato lo status dei contraenti l'unione civile, e cioè quella di "unito civilmente" o "unita civilmente", formula che risulterà, a richiesta degli interessati, nei documenti ed atti in cui è prevista l'indicazione dello stato civile; questa parte della disposizione regolamentare conferma, dunque, che l'unione civile è, al pari del matrimonio, un negozio costitutivo di status (v. già *supra*, par. 5).
- (132) Lo rileva CALVIGIONI, *Commento al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, cit.
- (133) MECENATE, *Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato*, cit., p. 145, nt. 30.
- (134) Sul c.d. sistema di pubblicità *in negativo* previsto per la comunione legale in ambito di matrimonio, per tutti, OBERTO *sub art. 162 c.c.*, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., p. 678 ss.
- (135) Cfr., in ambito di matrimonio, OBERTO, *op. loc. cit.*
- (136) Così MECENATE, *Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato*, cit., p. 145; v. anche DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., p. 177, il quale, pur (formalmente) attribuendo al documento di cui all'art. 1, comma 9°, della legge la funzione di "certificare la formazione di un'unione civile", nel prosieguo del ragionamento sembra interpretarlo più verosimilmente come omologo, anziché del *certificato* di matrimonio, dell'*atto di matrimonio* di cui all'art. 64 d.p.r. n. 396/00 - dal quale pure lo distingue con riguardo al "nome" ("documento attestante la costituzione dell'unione civile" vs. "atto di matrimonio") ed al contenuto (più ristretto per l'unione civile) -; non diversamente fa M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 863 ss.
- (137) A differenza dell'art. 7 del decreto "ponte", che era rubricato "Documento attestante la costituzione dell'unione".
- (138) Per queste riflessioni v., più approfonditamente, PASCUCCI, *L'attuazione "definitiva" della legge sulle unioni civili: prime riflessioni a margine del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *I servizi demografici*, 2017, n. 4, p. 7 ss., spec. p. 13 ss.
- (139) L'impossibilità di presentare richiesta di costituzione dell'unione tramite procura; l'impossibilità di costituire unione civile in un comune diverso da quello destinatario della richiesta; la rigida predeterminazione della data di costituzione dell'unione già al momento della richiesta (in un giorno immediatamente successivo ai quindici giorni dalla presentazione di essa) e correlativa impossibilità per le parti di scegliere in un momento successivo il giorno di costituzione dell'unione; l'impossibilità di delegare le funzioni di ufficiale di stato civile per procedere alla costituzione dell'unione civile a consiglieri, assessori comunali o privati cittadini.
- (140) Richiamiamo quanto già osservato nel par. 6 a proposito delle innovazioni del decreto delegato che hanno determinato un avvicinamento alla disciplina del matrimonio, per lo più, appunto, nel senso di un alleggerimento della procedura, liberata da molti dei limiti introdotti o indotti dalle previsioni del decreto "ponte" (sui quali limiti v., in sintesi, la nota precedente, nonché, più diffusamente, PASCUCCI, *sub art. 1, comma 2, l. 20 maggio 2016, n. 76*, cit., parr. 6 e 7). Sempre nella direzione di una riproposizione del contenuto di norme matrimoniali non richiamate dalla legge, sia pur, nella specie, determinando - anziché, come sopra, una semplificazione - un "appesantimento" della procedura, rammentiamo l'introduzione, ad opera del legislatore delegato, del procedimento di opposizione alla costituzione dell'unione civile (nuovi

artt. 70 *undecies*, 70 *duodecies* e 70 *terdecies* d.p.r. n. 396/00), con una disciplina pressoché identica a quella dettata per le opposizioni al matrimonio (artt. 102, comma 5°, c.c. e 59 ss. d.p.r. n. 396/00), salva la legittimazione in questo caso esclusiva del p.m. Si ricordi, inoltre, che la struttura "trifasica" del procedimento, introdotta dal decreto "ponte" e recepita dal d.lgs. n. 5/17 (nuovi artt. 70 *bis*, 70 *ter*, 70 *octies* d.p.r. n. 396/00), e, in particolare, la fase della richiesta di costituzione dell'unione ed i conseguenti accertamenti dell'ufficiale dello stato civile riecheggiano e presentano evidenti similitudini con le "formalità preliminari del matrimonio".

(141) Sulla portata del richiamo legislativo all'art. 2 Cost. v. già citazioni in nt. 71.

(142) Nel decreto "ponte" e nelle correlative formule ministeriali si riconfermava - fedelmente all'impostazione prescelta dalla legge, che non richiama le norme sulla celebrazione del matrimonio né richiede la celebrazione pubblica - l'assenza di un "cerimoniale" nella costituzione dell'unione civile, in particolare rimanendo ribadita la mancanza di una dichiarazione "certificativa" da parte dell'ufficiale di stato civile, la sufficienza di un'unica dichiarazione congiunta delle parti anziché un vero e proprio scambio di consensi, nonché l'assenza delle formalità previste per il matrimonio (fascia tricolore, celebrazione in sala aperta al pubblico), eccetto che per la lettura - espressamente introdotta dall'art. 3, comma 2°, d.p.c.m. n. 144/16 - dei diritti e doveri nascenti dall'unione civile (*rectius* la "menzione del contenuto dei commi 11 e 12") analogamente a quanto previsto dall'art. 107, comma 1°, c.c. in ambito di matrimonio.

(143) V. nt. 97.

(144) Dall'analisi condotta da E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, cit., p. 1688 ss., si direbbe che l'unica differenza rilevante che ormai residua attiene alla (omessa nell'ambito dell'unione civile) "promessa di matrimonio". E, anzi, al riguardo l'autore ipotizza (p. 1692) "un qualche recupero del senso (e soprattutto degli effetti) anche della pur espunta 'promessa di matrimonio', ben potendosi ritenere equiparabile alla 'richiesta della pubblicazione', nella prospettiva di cui all'art. 81 cod. civ., la previa richiesta ora prevista come necessaria per accedere alla costituzione dell'unione".

(145) V. nt. 140 e, più diffusamente, par. 6.

(146) Rileva il "particolarmente arduo (...) lavoro di ricostruzione sistematica da parte dell'interprete" anche E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, cit., p. 1689.

(147) Significativa, in tal senso, è la già citata Relazione illustrativa allo "Schema di decreto legislativo recante disposizioni di coordinamento in materia penale" (n. 346).

(148) Lo rileva acutamente OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., p. 39.

LA CONVIVENZA DI FATTO. I RAPPORTI PATRIMONIALI ED IL CONTRATTO DI CONVIVENZA

di Giacomo Oberto

c.c. art. 143

c.c. art. 177

L. 20-05-2016, n. 76, Art. 1.

Sommario: 1. Introduzione. La definizione di "convivenza di fatto": carattere "familiare" ed estensione della stessa - 2. Segue. La posizione dei conviventi "vincolati" da matrimonio ed i riflessi sui contratti di convivenza - 3. Gli effetti patrimoniali della convivenza e i (gravi) silenzi della riforma (rinvio) - 4. Il contratto di convivenza: considerazioni generali; tipicità del negozio e contenuto esclusivamente patrimoniale - 5. Il contratto di convivenza: forma e impossibilità di

conclusione per fatti concludenti - 6. Il contratto di convivenza e la sua "pubblicità" - 7. Il contratto di convivenza e i contenuti mancati - 8. Il contratto di convivenza e il "regime primario" di contribuzione. Il contratto di mantenimento - 9. Segue. Modo e misura della contribuzione convenzionale tra conviventi - 10. Segue. Sulla possibilità di fissare (o, per converso, di escludere) limiti temporali alla contribuzione tra conviventi - 11. Segue. Sulla possibilità di apporre termini o condizioni - 12. Il regime dei beni e degli acquisti. La comunione tra conviventi introdotta dalla novella. Principali problemi posti dal rinvio agli artt. 177 ss. c.c. - 13. Segue. La concreta estensione del principio di libertà contrattuale - 14. Dies a quo e dies ad quem di operatività del regime di comunione tra conviventi. Risoluzione del contratto di convivenza - 15. Il regime patrimoniale della rottura (contenziosa o consensuale) della convivenza di fatto

1. Introduzione. La definizione di "convivenza di fatto": carattere "familiare" ed estensione della stessa

Il considerevole lasso di tempo sprecato e la quantità di energie profuse nel lungo processo che ha portato all'affermazione (peraltro solo parziale) dei basilari principi di civiltà giuridica che stanno alla base della riforma qui in commento, hanno purtroppo distolto l'attenzione da quelli che sono i veri problemi della disciplina introdotta con la riforma. Ci si intende riferire a quelle gravi ed imperdonabili lacune, a quei difetti di coordinamento con il sistema (civilistico e pubblicistico) vigente, a quelle irrimediabili "cadute" di tecnica legislativa e a quelle aperte dimostrazioni di assoluta ignoranza dei più elementari principi dell'ordinamento, che, già segnalate in altra sede con riguardo al profilo delle unioni civili⁽¹⁾, si squadernano in tutta la loro gravità nella disciplina della "convivenza di fatto", proprio con particolare riferimento ai delicatissimi profili di carattere patrimoniale⁽²⁾.

Va detto, a mo' di premessa, che, prima ancora di entrare nel dettaglio delle relazioni di tipo patrimoniale tra conviventi, la novella tenta di fornire una definizione del rapporto che, per l'appunto, quelle relazioni dovrebbero presupporre⁽³⁾. Peraltro, chiamando "'conviventi di fatto' due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile" (comma 36, art. 1, l. 20 maggio 2016, n. 76, "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", in G.U. n. 118 del 21 maggio 2016, in vigore dal 5 giugno 2016), il legislatore omette di colmare, già da subito, la gravissima lacuna costituita dalla mancata specificazione dei limiti di rilevanza dei citati rapporti di parentela o affinità, prevista invece per gli impedimenti matrimoniali (e dell'unione civile), per i quali sono espressamente individuati i gradi (di parentela e affinità) entro cui la creazione del rapporto non viene consentita (cfr. art. 87 c.c., richiamato per l'unione civile dall'art. 1, comma 4, lett. c), della riforma qui in commento)⁽⁴⁾. Il problema, atteso il carattere eccezionale della disposizione, non sembra superabile mercé il ricorso all'analogia rispetto al matrimonio. Alla convivenza *more uxorio*, dunque, tra parenti e affini in qualsiasi grado (anche eventualmente remoto), non saranno applicabili le disposizioni speciali dettate dalla riforma in esame.

Un punto, se non altro, può darsi per fermo. Come si è detto in altra sede per l'unione civile⁽⁵⁾, anche in relazione alla convivenza di fatto il legislatore italiano riconosce tale formazione sociale, espressamente, come "famiglia", come appare desumibile dalla semplice lettura, ad es., dei commi 45 e 61, secondo periodo, del testo in commento, o dall'art. 230 ter c.c., introdotto dal comma 46.

Nessun dubbio, poi, sul fatto che la parte della riforma destinata ai "conviventi di fatto" si applica non solo alle coppie formate da soggetti di sesso diverso, bensì anche alle coppie omosessuali i cui membri non intendano celebrare un'unione civile. Il contrario avviso, già comparso in alcuni dei primissimi commenti(6), soffre dell'influenza dell'errata visione che ha condotto a trasfondere in unico, certo non brillante, testo legislativo le risposte (rectius: i conati di risposta) a due istanze fondamentalmente diverse, se non addirittura opposte tra di loro: vale a dire, da un lato, la richiesta da parte del mondo (rectius: di una parte del mondo) omosessuale di aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso e, dall'altro, l'esigenza di fornire regole agevoli e "leggere" per le coppie (omosessuali o eterosessuali che siano), le quali consapevolmente desiderino convivere senza assumere i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio o dall'unione civile(7).

2. Segue. La posizione dei conviventi "vincolati" da matrimonio ed i riflessi sui contratti di convivenza

Considerazioni analoghe a quelle presentate nel par. precedente valgono per la convivenza che si caratterizzi per l'essere i partners - o anche uno solo di essi - privi dello stato libero. Per questa ragione sarà opportuno anticipare qui considerazioni che valgono per la specifica materia dei contratti di convivenza. Chi scrive aveva avuto modo di chiarire in altre sedi (cui si fa rinvio, al fine di non appesantire la presente trattazione), prima dell'approvazione della novella in esame, che l'assenza di stato libero in capo ad uno o ad entrambi i partners ben difficilmente avrebbe potuto dispiegare conseguenze sulla validità di eventuali contratti di convivenza(8). Oggi, a fronte di una normativa che, come quella in esame, limita espressamente la nozione di convivenza di fatto alle persone "non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile", appare inevitabile concludere che le disposizioni in esame non possano trovare applicazione con riguardo ai casi di convivenze composte da soggetti di cui uno sia legato o civilmente unito ad una terza persona (o, ovviamente, entrambi siano legati o civilmente uniti a terze persone), a prescindere dal fatto che il matrimonio (o l'unione civile) sia in uno stato di crisi che abbia dato luogo ad una separazione legale(9). In altre parole, occorre constatare che il riformatore del 2016, fuorviato dalla confusione concettuale derivante dall'aver trattato nel medesimo testo normativo di due situazioni così radicalmente diverse, quali l'unione civile e la convivenza di fatto(10), ha ritenuto di dover individuare, anche in relazione alla convivenza more uxorio, qualcosa di analogo ad una categoria di "impedimenti", ad instar di quanto accade per il matrimonio e l'unione civile. Il sospetto testé rappresentato è, del resto, destinato a ricevere conferma dalla considerazione delle norme in materia di nullità del contratto di convivenza(11).

Ora, va considerato che, come si chiarirà anche in seguito, qualsiasi contratto diretto a regolare i rapporti patrimoniali tra i conviventi a causa della convivenza è "contratto di convivenza", secondo la definizione della novella, che di tale negozio ha fatto un contratto nuovo e tipico. È evidente quindi che un soggetto che si trovi nella situazione descritta dalla legge come impeditiva, proprio a causa della citata norma sulla nullità, non potrà stipulare quel tipo di contratto. Ne deriva dunque che il notaio che riceverà l'atto pubblico contenente un contratto di convivenza, o il notaio o l'avvocato che ne autenteranno la relativa scrittura privata, dovranno accertarsi dello stato libero di entrambe le parti contraenti, anche in considerazione del fatto che, come previsto dal comma 51 dell'art. 1 della novella qui in commento, essi dovranno attestare la conformità degli accordi "alle norme imperative e all'ordine pubblico".

Quanto appena detto non vale (e si ritorna così al principio generale di applicazione dei rimedi di diritto comune) per gli effetti diversi dall'ammissibilità della stipula di contratti di convivenza, così

come per quelli non legati a profili disciplinati dalla riforma, proprio perché lì non sussistono specifiche norme impeditive. Ne consegue che i conviventi, pure se ancora vincolati da precedente matrimonio, ben potranno invocare rimedi (non espressamente vietati dalla novella, anzi da questa addirittura ignorati) quali l'obbligazione naturale, l'arricchimento ingiustificato, la tutela possessoria, etc.

3. Gli effetti patrimoniali della convivenza e i (gravi) silenzi della riforma (rinvio)

Sarà il caso di far presente, a questo punto, che, quanto agli effetti patrimoniali, la riforma in commento appare quanto mai deludente.

Nulla è detto, infatti, con riguardo al tema "classico" (e statisticamente assai più ricorrente e rilevante nel contenzioso tra ex conviventi, rispetto, ad esempio, al contratto di convivenza) della sussistenza di un'obbligazione naturale di assistenza morale e materiale ed ai rimedi in qualche modo ad essa connessi, nei casi in cui il soggetto naturaliter "obbligato" abbia, sì, "adempito", ma poi si sia pentito (o, come sovente accade, sia passato a miglior vita, lasciando eredi ferocemente determinati a "recuperare" quanto dal loro dante causa, a loro avviso, ingiustamente "sperperato") e richieda in restituzione l'esborso effettuato o, al contrario, mai abbia soddisfatto il dovere morale e sociale di cui sopra, pur di fronte all'"adempimento" del partner, con le relative conseguenze in tema di possibile esperimento dell'azione di arricchimento ingiustificato e di ripetizione dell'indebito.

L'argomento non può essere qui svolto per ragioni di spazio, per cui si rinvia ad altri lavori dello scrivente⁽¹²⁾. In questa sede sarà opportuno soffermarsi soprattutto sul contenuto delle principali tra le scarsissime disposizioni consacrate al tema dei rapporti patrimoniali tra conviventi, vale a dire i commi da 50 a 64, dedicati, per l'appunto, ai contratti di convivenza. Altre questioni d'ordine patrimoniale attengono alla disciplina della sorte, dopo la rottura, della casa familiare⁽¹³⁾, nonché all'impresa familiare⁽¹⁴⁾.

4. Il contratto di convivenza: considerazioni generali; tipicità del negozio e contenuto esclusivamente patrimoniale

Le numerose elaborazioni dottrinali e la casistica giurisprudenziale⁽¹⁵⁾ in tema di contratti di convivenza sembrano aver lasciato del tutto indifferente il riformatore del 2016. Lo stesso è a dirsi per la ricca messe di modelli e clausole che, nel 2013, nel perdurante vuoto normativo, un'iniziativa del Consiglio Nazionale del Notariato, unica nel suo genere, si era premurata di raccogliere e vagliare criticamente - sotto la direzione e il coordinamento del prof. Luigi Balestra e dello scrivente - nel contesto dell'elaborazione di un vero e proprio vademecum per la tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale⁽¹⁶⁾.

Nessuno (o quasi), invero, dei temi ivi affrontati e ampiamente discussi risulta essere stato preso minimamente in considerazione dal testo qui in commento.

Il comma 50 apre la trattazione (si fa per dire) del tema, con l'affermazione di principio secondo cui "I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza".

Trattasi di enunciazione certamente opportuna, sebbene stricto iure superflua. Pur essendo, infatti, quasi universalmente accettata la tesi dell'ammissibilità di contratti di convivenza, l'espressa

previsione a livello legislativo era comunque auspicabile, per almeno due motivi. Da un lato, per la funzione, per così dire, "promozionale" dell'intervento, che avrebbe dovuto contribuire alla realizzazione dello scopo di evitare la proposizione, in futuro, di lunghe ed intricate controversie giudiziarie; dall'altro, in considerazione del fatto che la previsione dell'ammissibilità della stipula di contratti di convivenza si sarebbe potuta (e ragionevolmente dovuta: ma parlare di ragionevolezza con questo legislatore appare esercizio del tutto vano!) accompagnare alla espressa soluzione per via legislativa di alcuni dei rilevanti nodi ermeneutici che dottrina e giurisprudenza non avevano mancato nel corso degli ultimi anni di segnalare.

Purtroppo, la soluzione concretamente prescelta è una tale miseria intellettuale e giuridica da vanificare del tutto la funzione "promozionale" sopra evidenziata. Quanto alla soluzione dei problemi "tecnici", come si dirà tra poco, il numero delle questioni sollevate ex novo dalla novella appare decisamente superiore a quello dei pochissimi interrogativi risolti.

Tornando al citato comma 1, andranno comunque evidenziati gli scarsi "punti fermi" che sembrano individuabili.

In primo luogo va considerato che il riformatore del 2016 ha inteso tipizzare il contratto di convivenza. Ci troviamo così di fronte, ora, ad un nuovo contratto tipico, sebbene non ritenuto "degno" di essere inserito nel corpus del codice civile(17).

In secondo luogo va sottolineata la (se non altro) chiara presa di posizione in tema di contenuto dei contratti in oggetto, volta per l'appunto ad escludere che il "contratto" (e non "patto", "accordo", "pattuizione", "negozio", "convenzione" o altro) possa avere ad oggetto rapporti diversi da quelli patrimoniali (come è invece il caso, ad es., per il PACS francese). Un cenno ai profili non patrimoniali si può forse cogliere altrove, in particolare nel comma 36, che parla di reciproca assistenza non solo materiale, ma anche "morale". In quella sede non si stabilisce, però, la sussistenza di un dovere giuridico in tal senso, limitandosi la disposizione a prevedere che, perché possa parlarsi di "convivenza di fatto", le due parti siano "unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale". Il piano è dunque quello delle constatazioni e dei presupposti della fattispecie, non quello dei rapporti giuridici che dalla fattispecie discendono. La riforma sembra quindi presupporre che vincoli giuridici di assistenza morale e materiale non nascano né dal rapporto di fatto, né dalla stipula di un contratto di convivenza. Anche "l'indicazione della residenza" sembra non formare oggetto di alcun obbligo (cfr. il comma 53, lett. a): comunque la mancata effettuazione di tale fissazione non risulta essere sanzionata, a differenza di ciò che accade tra i coniugi, laddove analogo comportamento, ove riferibile ad un coniuge, è punibile (ancorché in modo non automatico) con l'addebito della separazione personale(18).

5. Il contratto di convivenza: forma e impossibilità di conclusione per fatti concludenti

Il comma 51 prevede che "Il contratto di cui al comma 50, le sue modifiche e la sua risoluzione, sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico".

L'imposizione delle citate formalità, se sicuramente commendevole (ma il discorso vale solo per l'atto pubblico in presenza di testimoni) per ciò che attiene alla scelta del regime patrimoniale degli



acquisti, particolarmente se si ammette - come in effetti si vedrà a tempo debito⁽¹⁹⁾ - che i conviventi possano dar vita a regimi diversi, in tutto o in parte da quello ex artt. 177 ss. c.c., viene ad introdurre una prescrizione eccessivamente onerosa per quanto riguarda profili quali l'obbligo di contribuzione o l'accordo volto a fornire al convivente debole i mezzi di sussistenza, o altre provvigioni (si pensi, ad es., all'abitazione nella casa familiare o in altri immobili), nel caso di crisi del rapporto. Sul punto va tenuto presente che, come si dirà, un contratto di convivenza può anche non contenere alcuna disposizione in tema di regime patrimoniale degli acquisti: peraltro, anche in tale caso il citato requisito formale "pesante" viene imposto.

Si noti, poi, che la pessima qualità della tecnica legislativa adottata sembra, almeno a tutta prima, porre un problema di non poco conto. Ed invero, l'espressa menzione, prima dell'inciso "a pena di nullità", della "forma scritta" sembra voler esprimere l'idea che la regola formale ad substantiam investa non già le due alternative dell'atto pubblico e della scrittura privata autenticata (da notaio o avvocato), bensì la "forma scritta" in generale. Si apre dunque, almeno come tesi astratta, la possibilità di una lettura che ammetta la stipula di un contratto di convivenza per semplice scrittura privata. Viene infatti da chiedersi per quale ragione sarebbe menzionata *expressis verbis* la forma scritta, posto che non sembrano immaginabili atti pubblici o scritture private autenticate che il requisito della forma scritta non soddisfinò! A convincere, peraltro, della non percorribilità di tale via soccorre il successivo comma 52, che, ai fini della pubblicità dell'accordo, considera solo i casi dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata.

La disposizione in materia di forma, pur a fronte delle citate criticità, possiede, se non altro, l'unico pregio di porsi in controtendenza rispetto alla china, presa da una parte della dottrina, anche di quella più recente, circa la possibilità di desumere la conclusione di un contratto di convivenza dal comportamento dei partners, "come espressione di una loro concorde volontà attuosa"⁽²⁰⁾. In altri termini, secondo la teoria qui criticata, la semplice instaurazione di una convivenza *more uxorio* dovrebbe indurre a ritenere l'esistenza di un accordo implicito diretto, quanto meno, alla prestazione della contribuzione reciproca, se non alla ripartizione in misura uguale degli incrementi di ricchezza accumulati durante il *ménage*. La proposta, riecheggiante assai da vicino la tesi dell'*implied cohabitation contract*, che tanta fortuna ha avuto oltre Oceano, è stata da chi scrive in altra sede criticata⁽²¹⁾. Non vi è dubbio, comunque, che, per effetto della riforma qui in commento, ogni contratto riconducibile alla fattispecie in esame dovrà non solo risultare frutto di un'esplicita manifestazione di volontà delle parti, ma andrà rivestito della forma richiesta ora dalla legge.

Quanto sopra varrà anche in relazione a tutti quegli accordi che prima della riforma si sarebbero potuti costituire *vuoi verbis* (si pensi, ad es., alla determinazione della contribuzione o del mantenimento o alla concessione di un comodato sulla casa familiare), *vuoi anche solo* con il semplice rispetto della forma scritta (si pensi ancora alla concessione di un comodato sulla casa familiare o alla costituzione di un diritto reale su di essa, ecc.). È chiaro, infatti, che il contenuto del contratto descritto dal comma 53 cit., per come testualmente presentato ("Il contratto può contenere..."), può essere il più vario e si estende ad abbracciare tutti, senza distinzione alcuna, i possibili "rapporti patrimoniali relativi alla loro [i.e.: dei conviventi] vita in comune" (cfr. il comma 50). Qualunque tipo di accordo così caratterizzato, dunque, andrà considerato (anche a prescindere dalla sua possibile astratta riconducibilità a figure negoziali diverse: comodato, donazione, mandato, mantenimento vitalizio, ecc.) alla stregua di un contratto di convivenza e come tale sottoposto alle regole formali di cui sopra.

6. Il contratto di convivenza e la sua "pubblicità"

Dispone il comma 52 che, "Ai fini dell'opponibilità ai terzi, il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione ai sensi del comma 51 deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223". Ora, l'indicazione dell'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli artt. citt. non sembra possedere alcun senso compiuto. Le disposizioni in tema di anagrafe, a differenza di quelle (rectius: di taluni profili di quelle) in tema di stato civile, hanno esclusivamente ad oggetto persone: certo non contratti⁽²²⁾. Se dunque non interverrà una modifica normativa della disciplina dell'anagrafe, non si riesce a comprendere come la disciplina in commento potrà ricevere concreta attuazione.

Al di là di tali profili tecnici vi è però un dubbio ancora più radicale.

Che significa, concretamente, "opponibilità ai terzi"? Certo non si parla qui dell'opponibilità della convivenza. Convivenza e contratto di convivenza sono fattispecie ben distinte. Ergo, quest'ultimo non viene in alcun modo in considerazione⁽²³⁾ quando il riformatore prevede, ad es., l'opponibilità, a determinati effetti, del rapporto more uxorio in sé e per sé considerato a certi soggetti: si pensi agli eredi del proprietario della casa di residenza comune (comma 42), o al locatore di quest'ultima (comma 44) o, ancora, agli enti o istituti che procedono alla redazione delle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare (comma 45). Soggetti, questi, tutti che sono sottoposti a determinati effetti derivanti dal rapporto di convivenza di fatto tra due persone con cui vengono in qualche modo in relazione, a prescindere dalla sussistenza di un contratto di convivenza.

Se dunque si considera che il comma qui in esame tratta della sola opponibilità del contratto di convivenza (e non della convivenza in sé) e che, in difetto di disposizioni specifiche in deroga, vale per il contratto il principio generale scolpito nell'art. 1372 c.c., attesa l'assoluta povertà dei contenuti individuati dalla riforma (per i contenuti non menzionati e certamente possibili, come si dirà in seguito, difettano comunque principi espressi in deroga alla regola della privity of contract, per cui sarebbe vano ulteriormente strologare al riguardo), resta che l'unico punto in relazione al quale siffatta opponibilità potrebbe avere un qualche rilievo sarebbe quello del regime di comunione legale. Ma anche con riguardo a tale aspetto, come si dirà a tempo debito⁽²⁴⁾, la disposizione non sembra possedere alcun senso compiuto.

7. Il contratto di convivenza e i contenuti mancati

Prima di esaminare i contenuti del contratto di convivenza previsti dalla riforma in commento sarà il caso di spendere qualche parola su almeno alcune delle numerosissime situazioni e possibili pattuizioni sulle quali la predetta ha (non si comprende se per dolo o colpa) omesso di esprimersi.

In primo luogo occorrerà esternare il più vivo rammarico per la mancata riproduzione di tre disposizioni assai rilevanti, pur contenute nella prima versione del c.d. "testo Cirinnà"⁽²⁵⁾, vale a dire le seguenti:

"3) i diritti e le obbligazioni di natura patrimoniale derivanti per ciascuno dei contraenti dalla cessazione del rapporto di convivenza per cause diverse dalla morte;

4) che in deroga al divieto di cui all'articolo 458 e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre sei anni dalla stipula del contratto spetti al superstite una

quota di eredità non superiore alla quota disponibile. In assenza di legittimari, la quota attribuibile parzialmente può arrivare fino a un terzo dell'eredità;

5) che nei casi di risoluzione del contratto di cui all'articolo 17 della presente legge sia previsto l'obbligo di corrispondere al convivente con minori capacità economiche un assegno di mantenimento determinato in base alle capacità economiche dell'obbligato, al numero di anni del contratto di convivenza e alla capacità lavorativa di entrambe le parti".

In particolare, la prima delle tre citate disposizioni, sostanzialmente riproduttiva di quanto già stabilito da svariati ordinamenti di diverse parti del mondo già numerosi anni fa, avrebbe consentito, saggiamente, ai contraenti di predeterminare le conseguenze patrimoniali di un'eventuale rottura dell'unione, con possibili (e benefiche) ricadute anche sul versante degli accordi prematrimoniali⁽²⁶⁾. Sarà però qui il caso di osservare che non solo una previsione tanto opportuna è stata (non si comprende perché) stralciata dal d.d.l., ma che, addirittura, si potrebbe dubitare ora della possibilità per le parti di inserire comunque una clausola del genere, alla luce di quanto disposto dal comma 56, che fa divieto di sottoporre il contratto a condizione o a termine⁽²⁷⁾.

La seconda delle sopra citate previsioni normative, inopinatamente estirpata dal d.d.l., sarebbe venuta a porre un'eccezione al divieto dei patti successori. Certo, essa avrebbe posto un problema di "coerenza" con l'assenza di un'analogia previsione nei rapporti inter coniuges⁽²⁸⁾, ma avrebbe potuto comunque produrre l'effetto di un auspicabile lancio di un sasso in acque da troppo tempo stagnanti e che neppure le infelici modalità con cui l'introduzione del patto di famiglia è stata realizzata⁽²⁹⁾ hanno saputo smuovere⁽³⁰⁾.

Infine, l'eliminazione, nel testo definitivo, dell'originaria previsione ad hoc sull'assegno di mantenimento viene a porre il dubbio che una disposizione negoziale del genere non sia consentita, anche se al risultato affermativo può forse pervenirsi per altra via⁽³¹⁾.

La prima constatazione in materia di contenuto dei contratti di convivenza è dunque quella per cui la disposizione sembra segnalarsi più per ciò che essa non dice (o non dice più), che non per quanto espressamente indicato.

8. Il contratto di convivenza e il "regime primario" di contribuzione. Il contratto di mantenimento

Se, come si è visto, la riforma non contiene disposizioni sul "regime primario" della convivenza di fatto, essa prevede invece (una volta tanto, del tutto condivisibilmente) che le parti possano liberamente intervenire sul punto stabilendo, nel contratto di convivenza "b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo" (cfr. il comma 53, lett. b).

La formulazione della norma appare, almeno sul piano formale, esente da critiche. Essa risulta ricalcata sul disposto dell'art. 143 c.c., sostanzialmente prevedendo che possa costituire oggetto di vincolo negoziale ciò che tra conviventi non forma oggetto di obbligo (civile) ex lege, ma solo di obbligazione naturale⁽³²⁾. Su questo specifico punto la riforma presenta dunque il non trascurabile pregio di spazzar via, una buona volta per tutte, le residue perplessità, sollevate da una parte peraltro del tutto minoritaria della dottrina, sull'ammissibilità di contratti di convivenza diretti alla previsione per via negoziale di un dovere civilmente vincolante di contenuto analogo a quella che,



in assenza di contratto, sarebbe una mera obbligazione naturale: in altre parole, si allude qui alla nota questione della possibilità di "trasformare" un'obbligazione naturale in obbligazione civile⁽³³⁾.

In primo piano si pone pertanto l'impegno reciproco di contribuire alle necessità del ménage mediante la corresponsione (periodicamente o una tantum) di somme di denaro, ovvero tramite la messa a disposizione di propri beni o della propria attività lavorativa, eventualmente anche soltanto domestica⁽³⁴⁾. La validità di tale impegno, che dovrebbe fissare altresì misura e modalità della contribuzione di ciascuno, non sembrava potersi contestare già prima della riforma qui in commento⁽³⁵⁾. Lo stesso dovrebbe dirsi per la validità di una promessa avente a oggetto la reciproca assistenza materiale per il caso di necessità⁽³⁶⁾. Al riguardo potrebbe rivelarsi di una certa utilità la previsione (ancorché non contemplata, ma certo non esclusa dalla riforma) di eventuali situazioni alla stregua di "cause di giustificazione" per il mancato adempimento dell'obbligo contributivo, come per esempio nel caso in cui una delle parti dovesse trovarsi senza sua colpa nell'impossibilità di ricevere reddito (si pensi alla disoccupazione involontaria).

Prima della novella qui in esame la dottrina italiana pareva orientata a individuare quale possibile contenuto dei contratti di convivenza anche l'obbligo unilaterale di corresponsione di somme di denaro a titolo di mantenimento da parte del partner più abbiente in favore di quello più bisognoso⁽³⁷⁾. L'osservazione conserva, ad avviso dello scrivente, valore. Ma c'è da chiedersi se invece non convenga optare per forme negoziali più collaudate, quali per esempio il contratto di mantenimento vitalizio⁽³⁸⁾. Rinviando ad altra sede l'approfondimento di questo discorso⁽³⁹⁾, va però ricordato il già evidenziato carattere generale della formulazione contenuta al comma 53 cit., in merito all'individuazione dei contorni del contratto di convivenza.

In forza di tale principio le regole della novella concernenti questo tipo di negozio dovranno trovare applicazione, pur in presenza di rapporti riconducibili a fattispecie negoziali tipiche o atipiche, eventualmente prevalendo per specialità rispetto a queste ultime⁽⁴⁰⁾.

9. Segue. Modo e misura della contribuzione convenzionale tra conviventi

Come già detto, del tutto analogamente a quanto avviene tra coniugi (peraltro, per questi ultimi, per effetto di un'obbligazione che nasce ex lege quale naturale effetto del matrimonio e non già, come tra conviventi, per via della stipula di un contratto), non vi è dubbio che la contribuzione potrà esplicarsi non solo tramite la compartecipazione alle spese del ménage, bensì anche (in tutto o in parte) mettendo a disposizione il proprio contributo lavorativo domestico e/o uno o più locali idonei ad ospitare lo svolgimento della vita familiare (si pensi alla residenza principale e/o alla residenza per le vacanze, ecc.). Una delle questioni dibattute e non risolte dalla riforma è se l'accordo sulla contribuzione possa derogare rispetto ai criteri di proporzionalità di cui all'espressione "in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo", che il comma 53 b) ripropone in questa sede, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 143 c.c. per i coniugi e dall'art. 1, comma 11, della legge qui in commento, in relazione ai partners di un'unione civile omosessuale.

La questione ha fatto oggetto, anni or sono, di una decisione di merito⁽⁴¹⁾. Diversamente da quanto opinato da quella sentenza, miglior partito sembra proprio quello che consiglia la possibilità per i conviventi di regolare liberamente quantità e modalità di contribuzione, anche eventualmente a prescindere dal criterio della proporzionalità, posto che l'inderogabilità di tale regola è sancita da una norma (art. 160 c.c.) che il codice civile riferisce ai soli coniugi e che la riforma di cui qui si

discute ha esteso ai soli partners dell'unione civile (cfr. art. 1, comma 13, terzo periodo, della novella qui in esame), tacendo invece in relazione ai soggetti del contratto di convivenza.

10. Segue. Sulla possibilità di fissare (o, per converso, di escludere) limiti temporali alla contribuzione tra conviventi

Un problema legato a siffatto tipo di negozi riguarda la possibilità della previsione di eventuali limiti d'ordine temporale all'obbligo di contribuzione così fissato. In proposito, si può innanzitutto ritenere valida anche un'espressa subordinazione degli effetti del vincolo obbligatorio alla durata del rapporto di fatto, in quanto una clausola del genere verrebbe a concretare una condizione risolutiva ordinariamente (e non meramente) potestativa. Inutile dire che una siffatta cautela appare consigliabile per il partner che figuri quale unico (o prevalente) obbligato e voglia porsi al riparo dal rischio di dover continuare ad adempiere anche dopo la rottura del legame. Come si è invero dimostrato in altra sede⁽⁴²⁾, la presupposizione non sembra poter giocare alcun ruolo nel contesto dei rapporti tra conviventi. D'altro canto, come si dirà tra breve⁽⁴³⁾ la possibilità di introdurre clausole del genere di quello qui illustrato non appare contraddetta dalla disposizione della novella che fa divieto di apporre termini o condizioni al contratto di convivenza.

Assai più delicato appare invece l'aspetto della possibilità di pattuire una durata minima del periodo di corresponsione della contribuzione (consistente eventualmente anche nella prestazione lavorativa, specie se domestica) o del mantenimento, indipendentemente dalla durata del ménage. Una simile clausola - una delle poche in grado di costituire una vera garanzia per il convivente "debole" - già ritenuta valida prima della riforma in commento⁽⁴⁴⁾, si deve confrontare ora con il disposto dell'art. 1, comma 54, lett. b) della novella, che concede ad ognuna delle parti un diritto di recesso dal contratto di convivenza, il cui esercizio ben potrebbe travolgere una pattuizione del genere di quello qui descritto. In realtà, attesa l'evidente disponibilità dei diritti (patrimoniali) di cui qui si discute, la disposizione appena citata potrà formare oggetto di rinuncia nel contratto di convivenza, o, comunque, di una clausola nella quale si specifichi che l'eventuale esercizio del diritto di recesso non travolgerà l'effetto dell'attribuzione del diritto di percepire un assegno (o del diritto di abitazione, ecc.), in termini e limiti derivanti dall'accordo delle parti. Lo strumento contrattuale è poi sicuramente idoneo a regolamentare il diritto di abitazione del partner che non sia proprietario dell'appartamento ove si svolge il ménage. Il tema è stato affrontato in altra sede, cui si fa rinvio⁽⁴⁵⁾.

11. Segue. Sulla possibilità di apporre termini o condizioni

Come già accennato, l'infelicissima tecnica legislativa attraverso cui si è attuata la riforma qui in commento viene a presentare ex novo un problema in ordine alla possibilità di prevedere la cessazione della contribuzione, sotto ogni possibile forma (anche, ad es., di assegno di mantenimento o di messa a disposizione di un immobile), in caso di rottura dell'unione. Anzi, a ben vedere, la questione appare ancora più generale e viene a porsi con riguardo a qualsiasi previsione negoziale che leghi l'erogazione di una prestazione patrimoniale, nel contratto di convivenza, così come il suo eventuale venir meno, ad un avvenimento futuro ed incerto, così come ad un termine (iniziale o finale) certo. In effetti, una quanto mai improvida disposizione della novella stabilisce che "Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, questi si hanno per non apposti" (cfr. art. 1, comma 56, della riforma in esame), laddove, prima dell'introduzione di questa disposizione normativa, non si dubitava in dottrina che le prestazioni oggetto di un contratto di convivenza ben potessero essere

temporalmente legate alla durata stessa del ménage o comunque collegate ad una condizione, tanto sospensiva che risolutiva, così come ad un termine, tanto iniziale che finale(46).

Ora, a fronte dell'evidente assurdità delle conclusioni cui si perverrebbe se si volesse applicare anche alle clausole qui in esame il citato comma 56, va considerato, in primis, che le relative disposizioni sembrano il frutto di un evidente fraintendimento legislativo di quelle che sono le finalità di un contratto di convivenza nella libera unione.

La ragione vera della presenza del citato scampolo di prosa normativa risiede nell'ottica radicalmente errata in cui i conati di riforma degli ultimi decenni si sono andati muovendo in Italia.

Come dimostra la storia dei disegni di legge in materia e come (inutilmente) denunciato più volte da chi scrive(47), alla chiarezza dei testi (e, prima ancora, delle idee) non ha potuto giovare il tipo d'approccio costantemente prescelto dall'italico legislatore nell'accostarsi ai problemi delle coppie omosessuali e delle famiglie di fatto. Un approccio che sempre ha manifestato una certa qual dose di confusione, talora evidente, tra le due radicalmente diverse prospettive che un intervento normativo in questo settore avrebbe dovuto perseguire. Da un lato, quella che mirava a porre fine, una buona volta per tutte, alla persistente discriminazione verso le persone omosessuali in merito alla possibilità di suggellare con il vincolo matrimoniale la propria unione affettiva. Dall'altro, quella che aveva per scopo la soluzione di una serie di problemi giuridici inevitabilmente destinati a sorgere da una convivenza tra persone (di sesso diverso, così come dello stesso sesso) che, però, coscientemente, per le più svariate ragioni, avessero liberamente escluso la via del matrimonio. Quest'ultima, e solo quest'ultima, era la considerazione che si sarebbe dovuta porre alla base di un'ipotetica disciplina ad hoc dei contratti di convivenza. Disciplina che avrebbe dovuto, quindi, mirare alla costituzione, per via negoziale, di un rapporto giuridico fonte di reciproci diritti e doveri che possono anche per taluni aspetti assomigliare a quelli di due soggetti i quali vivano, come si soleva affermare nei secoli passati, in schemate matrimoniali, ma che da questi divergano per modo di costituzione e di cessazione, nonché per qualità, quantità ed intensità di effetti.

L'evidente confusione delle due ben diverse prospettive ha portato ai risultati attuali: da un lato l'attribuzione, a chi faceva valere istanze di parità di trattamento rispetto alle coppie eterosessuali, di un evidente ed avvilente minus rispetto al matrimonio; dall'altra, l'imposizione a chi chiedeva una regolamentazione "leggera" di una forma di unione diversa da quella coniugale, di pesi, oneri ed orpelli para-matrimoniali, del tutto superflui, se non addirittura dannosi. Questo è proprio il caso del citato comma 56, che si "giustifica" in un'ottica puramente "matrimoniale", posto che, mentre ha un senso stabilire che il matrimonio, per la "gravità" del vincolo che lo caratterizza, e, soprattutto, per il fatto di essere un negozio giuridico essenzialmente personale, non possa essere sottoposto a termini o condizioni(48), non ha, invece, costruito alcuno stabilire lo stesso principio per un contratto che, come quello di convivenza, si colloca all'interno di un genus caratterizzato dalla patrimonialità degli effetti e per il quale l'apposizione di termini e condizioni risulta un quid del tutto "normale". Tant'è vero che, anche nel campo coniugale, l'apponibilità di termini e condizioni (non al negozio matrimoniale in sé, ma) alle relative convenzioni patrimoniali appare in tutto e per tutto ammissibile(49).

In definitiva, le ragioni di cui sopra non possono indurre se non ad una forma di interpretazione restrittiva della disposizione contenuta nel citato comma 56. Si deve, cioè, ritenere che il divieto di termini e condizioni attenga a quei soli elementi accidentali che siano eventualmente apposti al contratto nel suo complesso e non già a questa o quella peculiare statuizione patrimoniale, a questa

o quella particolare clausola. Del resto, proprio in questi termini letterali sembra esprimersi la norma: "Il contratto di convivenza" (e non: questo o quel particolare effetto di esso) "non può essere sottoposto a termine o condizione".

12. Il regime dei beni e degli acquisti. La comunione tra conviventi introdotta dalla novella. Principali problemi posti dal rinvio agli artt. 177 ss. c.c.

Fonte di gravissime perplessità è data dall'assetto concretamente impresso dal d.d.l. al regime patrimoniale dei beni e degli acquisti operati in corso di convivenza, sulla base del combinato disposto della lett. c) del comma 53 e del successivo comma 54 dell'art. 1 della novella.

Va considerato, in primo luogo, che le citate disposizioni non elencano quali siano tutti i regimi astrattamente a disposizione dei conviventi, limitandosi a menzionare (con una semplice relatio) quello della comunione legale tra coniugi. Peraltro il citato comma 54, attribuendo ai conviventi la possibilità di "modificare" il regime scelto nel contratto di convivenza, sembra sottintendere che vi possano essere anche opzioni di tipo diverso.

Non solo. Poiché la frase in cui si sostanzia la citata lett. c) è retta dall'espressione "Il contratto può contenere:..." (può, per l'appunto, e non: deve), se ne desume che l'unico regime ivi menzionato, cioè quello della comunione legale, in realtà, tra conviventi "legale" (i.e.: "normale", in assenza di deroghe) non è, essendo chiaro che ben può essere stipulato un contratto di convivenza che nulla preveda sul punto. La prima considerazione è dunque quella secondo cui, se i conviventi stipulano un contratto di convivenza nel quale non fanno menzione del regime (e a maggior ragione, ovviamente, se non stipulano alcun contratto di convivenza), essi continueranno a vivere "senza regime" e dunque ad essi non saranno applicabili gli artt. 177 ss. c.c.(50). Il problema vero è posto però dai casi in cui, per loro (dis)avventura, gli ardimentosi conviventi dovessero proprio optare per siffatto regime comunitario. Al riguardo è sfuggito al frettoloso riformatore che la comunione legale tra coniugi (così come ora tra i partners dell'unione civile) è un regime che, inter coniuges, va, come si dice, "per legge" ed opera non solo quando l'acquirente dichiara di esservi soggetto, ma anche quando un qualsiasi acquisto rilevante ex art. 177, lett. a), c.c., sia effettuato, anche "separatamente", da uno dei due soggetti a tale regime sottoposti.

Inoltre, il regime coniugale legale, richiamato sic et simpliciter dalla norma qui in commento, si colloca, come noto, all'interno di un (peraltro bislacco e criticatissimo) sistema di pubblicità "in negativo", risultante dal raffronto tra i registri di stato civile (non quelli anagrafici!) e i pubblici registri immobiliari, per cui, allorquando un qualsiasi soggetto vende o acquista beni immobili o mobili registrati, i terzi potenziali aventi causa dovrebbero essere in grado di sapere se quel trasferimento ha inciso su di una situazione di comunione legale, vuoi ex latere venditoris, vuoi ex latere emptoris; lo stesso è a dirsi, naturalmente, per i creditori, che sono trattati in modo assai differenziato, in relazione alla "categoria" cui appartengono (se, cioè creditori "della comunione" o creditori "personali"), a seconda che essi tentino di agire in executivis contro beni comuni o, viceversa, personali dei coniugi: cfr. artt. 186, 187, 188, 189 e 190 c.c.(51). Nulla di tutto ciò appare immaginabile in relazione alla comunione di cui qui si discute, che è à la fois "legale", per effetto del rinvio espresso "alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile", e "convenzionale", perché nasce pur sempre da un accordo. A parte il gioco di parole, sarà però opportuno ricordare, per evitare ogni equivoco, che comunque il "regime legale" (nel senso di "normale" e "automatico") dei conviventi, ancorché legati da apposito contratto di convivenza, è e resta pur sempre, come detto, la più totale assenza di qualsiasi regime. Il regime di comunione, che

è legale (sempre nel senso di "normale" e "automatico") per coniugi e partners dell'unione libera, entrerà in funzione per i conviventi solo a condizione che ciò sia stato espressamente pattuito nel contratto di convivenza redatto nei modi e nelle forme descritti (si fa per dire) dalla novella (commi 50 ss.). Ora, ciò che scandalizza l'interprete non è tanto la circostanza che un regime legale possa scaturire da una manifestazione negoziale: chi scrive ha già trattato dell'argomento in altra sede, con riguardo proprio ai casi di comunione (legale) tra coniugi nascente non ex lege, ma da apposita convenzione⁽⁵²⁾, con conclusioni che debbono ora traspirare anche ai partners dell'unione civile. Ciò che lascia sbigottiti, invece, è che non si siano minimamente affrontate, neppure a livello di mero abbozzo, le conseguenze dell'introduzione di un regime come quello di cui agli artt. 177 ss. c.c. nel campo delle relazioni tra conviventi.

Qui, tanto per fermarsi alle lacune più vistose, se non verrà istituito un adeguato sistema pubblicitario, il terzo non si troverà mai e poi mai in condizione di sapere se il bene rispetto al quale intende porsi quale avente causa o creditore agente in executivis sia di proprietà esclusiva del suo dante causa/debitore, ovvero in contitolarità con il (la) convivente. Inutile dire che, per le ragioni già illustrate⁽⁵³⁾, non può certo ritenersi idonea la prescrizione secondo cui il professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto "deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223" (comma 52). L'unico caso, invero, astrattamente immaginabile di sicura opponibilità di tale situazione è infatti quello in cui il convivente eventualmente pretermesso all'atto dell'acquisto immobiliare o mobiliare (con riguardo ad un bene mobile registrato) abbia avuto l'accortezza di proporre domanda d'accertamento della ricaduta in comunione di tale acquisto e l'abbia tempestivamente trascritta sui pubblici registri immobiliari contro il proprio convivente (che, a questo punto, sarà piuttosto da ritenere ex tale...).

13. Segue. La concreta estensione del principio di libertà contrattuale

Nulla viene poi stabilito dalla riforma sui limiti alla libertà negoziale dei conviventi in sede di determinazione del concreto assetto dei reciproci rapporti. Qui, l'unico labilissimo accenno al riguardo risiede nel tenore del già citato comma 54, secondo cui "Il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza con le modalità di cui al comma 51". Da quanto sopra può desumersi, innanzi tutto, che ai conviventi che avessero optato per la comunione è consentito tornare a quella situazione di "assenza di regime" che caratterizza i partners i quali, anche eventualmente in presenza di un contratto di convivenza, non avessero però previsto la comunione (oppure, naturalmente, non avessero stipulato alcun contratto di convivenza). Siffatta situazione, si badi, non è perfettamente coincidente con quella dei coniugi in regime di separazione dei beni, per i quali vige comunque un "regime", che comporta l'applicazione di regole speciali (si pensi ad es. a quanto stabilito dagli artt. 217, 218 e 219 c.c.), non riferibili (per lo meno, in assenza di apposita convenzione, come si dirà tra un attimo) allo status di chi non è coniugato⁽⁵⁴⁾.

A questo punto diviene però indispensabile tentare di comprendere se l'espressione "può essere modificato" si limiti a quanto testé esposto, ovvero sottenda la possibilità di introdurre modifiche convenzionali ai due regimi testé individuati, sì da immaginare, da un lato, la creazione di una comunione convenzionale del genere di quella descritta dagli artt. 210 e 211 c.c., o, tutto all'opposto,

di un regime di separazione in cui le regole di cui agli artt. 217, 218 e 219 c.c. vengano introdotte per via pattizia. Non vi è dubbio che, in omaggio al generale principio di libertà contrattuale, cui il legislatore non sembra certo aver inteso qui derogare⁽⁵⁵⁾, le "modifiche" possono estendersi a ricomprendere tutte quelle previsioni che norme imperative, ordine pubblico, o buon costume non vietino. Al di là di quanto così grossolanamente disposto dai citati commi 53 e 54, le parti potranno così continuare a dar vita a situazioni di contitolarità del genere di quelle preconizzate già diversi anni or sono dallo scrivente, quali ad es. comunioni (ordinarie) derivanti da impegni di carattere obbligatorio, se non addirittura da negozi traslativi ad effetti eventuali e differiti, assunti in sede di contratto di convivenza⁽⁵⁶⁾: il tutto, naturalmente, con il limite di opponibilità ai terzi solo nel pieno rispetto delle regole generali di sistema a tal fine preposte. E così l'eventuale comunione convenzionale che dovesse abbracciare anche immobili di cui ciascuno dei conviventi era titolare prima dell'inizio del rapporto more uxorio sarà opponibile solo a condizione di risultare da un atto assoggettato a trascrizione sui pubblici registri immobiliari, e così via.

Al di là dei poteri appena descritti, non vi è dubbio che, nonostante l'assordante silenzio della riforma, i contratti di convivenza ben potranno contenere ulteriori provvidenze di tipo patrimoniale rispetto a quelle sopra (e infra) descritte: si pensi, tanto per riportare un paio di esempi, alla libera costituibilità di vincoli di destinazione nell'interesse della famiglia, ex art. 2645 ter c.c.⁽⁵⁷⁾, alla istituzione di trusts familiari, eventualmente "interni"⁽⁵⁸⁾ e via dicendo.

14. Dies a quo e dies ad quem di operatività del regime di comunione tra conviventi. Risoluzione del contratto di convivenza

Dubbi di una certa serietà investono poi l'identificazione dei due momenti più rilevanti per il regime patrimoniale: vale a dire quelli che ne marcano, rispettivamente, l'insorgere e la cessazione.

Quando inizia il regime?

Nel campo matrimoniale la risposta a questa domanda appare relativamente semplice, atteso che il dies a quo di operatività della comunione legale è identificabile, in assenza di opzione per un regime diverso, con quello di celebrazione delle nozze; nel caso di scelta del regime di separazione, la comunione entra in gioco a decorrere dal successivo momento dell'eventuale stipula della relativa convenzione. Il vero problema è, semmai, legato al fatto che tra conviventi, a differenza di ciò che accade nel caso della coppia coniugata, fa difetto un negozio personale formale, solenne e provvisto di data certa quale il matrimonio (o, per le coppie omosessuali, la stipula dell'unione civile), la convivenza di fatto essendo definita dalla stessa legge in commento alla stregua della situazione di "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile".

Ora, l'unico elemento che sia qui fornito di una data certa è costituito, per l'appunto, dal contratto di convivenza (o dalla sua "modifica", necessitante delle stesse forme). Del resto, come già detto, la novella è chiara nel legare la comunione al contratto di convivenza e non alla convivenza. Dovrà quindi concludersi che il regime eventualmente "previsto" sarà operativo a decorrere dalla stipula del contratto di convivenza.

L'interrogativo che sorge spontaneo, però, a questo punto, è se la concorde volontà dei paciscenti possa determinare un dies a quo diverso, legato o ad un termine iniziale, o ad una condizione sospensiva. Qui, da un lato, l'ampia facoltà di modifica "in qualunque momento nel corso della



convivenza", prevista dal testo normativo, e dall'altro l'evidente irriveribilità della condicio iuris di cui alla regola si nuptiae sequantur, sembrerebbero convincere dell'ammissibilità di un accordo di tal genere. Non si dimentichi, del resto, che l'opinione prevalente, storicamente fondata ed assolutamente preferibile (oltre che evidentemente armoniosa rispetto alla concezione contrattuale) in materia di convenzioni matrimoniali, consente l'apposizione di termini e condizioni a queste ultime. Non si comprenderebbe, pertanto, perché mai analoga regola non dovrebbe valere per i contratti di convivenza. L'unico dubbio sembrerebbe però suggerito dall'improvvida disposizione, già ricordata, di cui al comma 56, a mente della quale "Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, questi si hanno per non apposti". Si sono peraltro già esposte le ragioni⁽⁵⁹⁾ che consigliano di limitare l'operatività della regola ai soli elementi accidentali eventualmente apposti al contratto nel suo complesso e non già a singole clausole di esso. Sembra dunque doversi affermare la possibilità di far decorrere il regime di comunione a partire da un termine iniziale o dall'avverarsi di una condizione sospensiva eventualmente previsti nel contratto di convivenza.

Venendo ora al tema dell'accertamento del dies ad quem di operatività del regime va detto che, anche con riguardo a questo delicato profilo, le norme in commento tacciono del tutto. Inutile ricordare la capitale importanza dell'accertamento di questo momento, a decorrere dal quale l'effetto coacquisitivo scolpito nell'art. 177, lett. a), c.c., per gli acquisti operati dopo tale data, viene meno.

Neppure soccorre più di tanto, in questa sede, il richiamo alle norme in tema di comunione legale tra coniugi. L'art. 191 c.c. individua⁽⁶⁰⁾, come noto, inter coniuges, gli eventi idonei a determinare lo scioglimento del regime legale, alcuni dei quali possono considerarsi riferibili anche ai conviventi: dichiarazione di assenza o di morte presunta, separazione giudiziale dei beni, mutamento convenzionale di regime, fallimento, scioglimento convenzionale di azienda ai sensi dell'ult. cpv. dell'art. 191 c.c. Peraltro, l'evento più rilevante dal punto di vista statistico, vale a dire la crisi del rapporto di convivenza, non viene preso in considerazione nei suoi effetti sul regime, laddove ben difficilmente sembra prospettabile un'estensione analogica delle disposizioni di cui al citato art. 191 c.c. in materia di crisi coniugale. Queste ultime, infatti, appaiono strettamente legate ad una "ritualizzazione" (annullamento del matrimonio, separazione e divorzio, nelle rispettive variegate forme di manifestazione procedurale: giurisdizionali o meno che siano), cui la crisi della famiglia di fatto rimane, per effetto della novella qui in esame, del tutto estranea. Le uniche norme della riforma qui in commento latamente riferibili al caso in esame sembrano essere costituite da quelle di cui ai commi 59, 60 e 61 dell'art. 1 della presente riforma.

Poiché, peraltro, le disposizioni in esame appaiono carenti in ordine alla cessazione del regime di comunione, non rimarrà che concludere nel senso che il dies ad quem del regime di comunione tra conviventi va identificato nei momenti seguenti.

a) In caso di scioglimento del contratto di convivenza concordato o unilaterale: nel momento in cui "la risoluzione viene redatta nelle forme di cui al comma 51". Inutile aggiungere che, con riguardo allo specifico problema dell'eventuale riconciliazione, per la coppia (dapprima non più e poi di nuovo) convivente non varrà il principio dottrinale e giurisprudenziale di automatica ricostituzione del regime legale⁽⁶¹⁾, essendo il dato normativo piuttosto chiaro nel collegare la nascita (e dunque, pure l'eventuale rinascita) della comunione tra conviventi alla (necessaria) stipula di un contratto.

b) In caso di matrimonio o unione civile tra i conviventi stessi o tra un convivente ed altra persona: nel momento in cui tali eventi hanno luogo. Qui potrà aggiungersi che quanto disposto dai commi

62 e 63 non sembra rilevare ai fini dello scioglimento del regime, trattandosi di attività meramente complementare e successiva.

c) Per le altre cause descritte dall'art. 191 c.c. varranno le regole elaborate con riguardo ad ogni singola causa di scioglimento della comunione legale; così, ad es., in caso di morte di uno dei contraenti, l'effetto estintivo si produrrà dal momento in cui tale evento ha luogo, e così via⁽⁶²⁾.

Appare quasi superfluo aggiungere che la parte aggiunta all'attuale comma 60 dal "maxiemendamento" presentato al Senato il 25 febbraio 2016 non risulta di alcuna utilità. Stabilire, infatti, che "Qualora il contratto di convivenza preveda, a norma del comma 53, lettera c), il regime patrimoniale della comunione dei beni, la sua risoluzione determina lo scioglimento della comunione medesima e si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile" significa esprimere un'ovvietà addirittura deprimente (è come dire che "se si verifica una causa di scioglimento del regime legale, si applicano le norme in tema di scioglimento del regime legale").

Stabilire, poi, che "Resta in ogni caso ferma la competenza del notaio per gli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari comunque discendenti dal contratto di convivenza" significa stabilire una cosa gravemente errata, posto che nel nostro ordinamento risulta ancora vigente l'art. 1350 c.c., che non impone - purtroppo, come più volte spiegato dallo scrivente⁽⁶³⁾ - l'atto notarile per la validità di un trasferimento immobiliare⁽⁶⁴⁾. Se, invece, l'intento è solo quello di chiarire che quella dell'atto pubblico continua ad essere (unitamente alla scrittura privata autenticata o verificata) l'unica forma idonea alla trascrizione di un titolo negoziale sui pubblici registri immobiliari ex art. 2657 c.c., si afferma allora un principio risaputo. A quest'ultima lettura induce il confronto con quanto stabilito dall'art. 5, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in L. 10 novembre 2014, n. 162, in materia di negoziazione assistita, laddove si prevede la necessaria autentica da parte di un "pubblico ufficiale a ciò autorizzato" degli atti "soggetti a trascrizione", al fine di consentire l'effettuazione di siffatta pubblicità.

15. Il regime patrimoniale della rottura (contenziosa o consensuale) della convivenza di fatto

In caso di rottura inter vivos della convivenza di fatto, il comma 65 dell'art. 1 in esame prevede che "il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente e gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma del codice civile. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle".

Al riguardo si è correttamente rilevato in dottrina⁽⁶⁵⁾ che apprezzabile è la scelta di riservare al convivente meno abbiente una certa tutela patrimoniale, nel caso di rottura della convivenza, proporzionata alla durata della stessa. È opportuno, infatti, che la solidarietà familiare si manifesti anche all'interno del rapporto fra conviventi, differenziando però le unioni di breve durata da quelle protrattesi nel tempo.

Il c.d. "maxiemendamento" presentato dal Governo al Senato il 25 febbraio 2016 ha eliminato un'evidente discrasia contenuta nelle prime due versioni del "d.d.l. Cirinnà", che, con una duplice

disposizione, prevedevano tanto il diritto agli alimenti, che quello al mantenimento⁽⁶⁶⁾. La soluzione concretamente adottata ha però un sapore certamente "punitivo" per il partner debole. Nulla impedisce, peraltro, come già detto, alla libertà negoziale delle parti di pattuire, vuoi durante la convivenza ed in contemplation della rottura, vuoi eventualmente all'atto in cui essa si realizza, l'obbligo per l'ex convivente "forte" di contribuire in vario modo (messa a disposizione di beni, erogazione di assegno mensile, prestazione una tantum, ecc.) al mantenimento dell'ex partner.

Inutile aggiungere, poi, che, in considerazione del tenore della norma in questione, l'ex convivente avente diritto ad una prestazione alimentare (o ad un assegno di mantenimento, alla corresponsione del quale il partner si fosse eventualmente obbligato) non potrà avvalersi dei rimedi processuali e degli interventi cautelari concessi a garanzia del mantenimento del coniuge (o del partner dell'unione civile) separato (o separando). Il contributo andrà chiesto per le vie ordinarie ed eventualmente preceduto (o accompagnato), le cas échéant, da una "comune" domanda di sequestro conservativo, ex art. 671 c.p.c.

Quanto poi all'ipotesi di una rottura consensuale della convivenza di fatto, va considerato che nessuna norma sembra trattarne espressamente, se si eccettua lo spunto che si può ricavare dal comma 59, lett. a), in cui si prevede che "59. Il contratto di convivenza si risolve per: a) accordo delle parti".

Nessuna previsione stabilisce se tale accordo possa contenere previsioni in merito ai rapporti patrimoniali degli ex conviventi. Ancora una volta, però, il richiamo ai principi generali in tema di libertà contrattuale deve indurre a ritenere ammissibili veri e "propri contratti della crisi della convivenza di fatto", secondo una serie di schemi e previsioni più volte in altre sedi illustrate dallo scrivente⁽⁶⁷⁾. In tal modo si potrà anche porre rimedio al grave errore compiuto dal riformatore del 2016 nella non approvazione di quella disposizione che, pure, compariva nella prima versione del "testo unificato Cirinnà", secondo cui, nei casi di risoluzione del contratto si sarebbe potuto prevedere "l'obbligo di corrispondere al convivente con minori capacità economiche un assegno di mantenimento determinato in base alle capacità economiche dell'obbligato, al numero di anni del contratto di convivenza e alla capacità lavorativa di entrambe le parti"⁽⁶⁸⁾.

(1) Cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, in Blasi - Campione - Figone - Mecenate - Oberto, La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76, Torino, 2016, 30 ss.

(2) Ai fini del contenimento del presente lavoro nei termini quantitativi imposti dalle regole redazionali relative a questo commento, si è omessa la solita nota introduttiva dedicata all'elencazione dei contributi dottrinali in materia: una parte di essi sarà ricavabile di volta in volta (anche mercé gli ulteriori rinvii) dalle citazioni inserite nelle note che seguono.

(3) Sul tema della definizione della convivenza, dei suoi limiti, dell'ammissibilità di una convivenza e di un contratto di convivenza, ad es., tra soggetti legati da matrimonio con terzi, ma separati ed altre questioni del genere v. per tutti Oberto, I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa, Padova, 2012, 4 ss.

(4) La lacuna è stata segnalata anche nel parere del Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati, emesso il 12 aprile 2016 (disponibile al sito web seguente: <http://www.centrostudilivattino.it/wp-content/uploads/2016/04/Parere-del-Comitato-per-la->

Legislazione-della-Camera.pdf), secondo cui "al comma 36. si dovrebbe specificare il grado di parentela e di affinità che rappresenta un impedimento alla convivenza di fatto".

(5) Cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 38 ss., 52 ss.

(6) Cfr. ad es. Maglione - Pascasi, Coppie di fatto: la legge "segue" i giudici, in Il Sole 24 ore, lunedì 9 maggio 2016, n. 126, 26. Le Autrici danno assolutamente per scontato che le norme novellamente introdotte dalla riforma del 2016 sulle convivenze di fatto si applichino esclusivamente alle coppie eterosessuali.

(7) Quest'ultimo profilo verrà approfondito ed ampliato infra: v. parr. 11 ss.

(8) Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, Milano, 1991, 209 ss.; Id., I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa, cit., 4 ss. La questione si sarebbe, invero, dovuta affrontare non già sotto il profilo della causa, visto che il legame more uxorio si pone, in rapporto al contratto di convivenza, alla stregua di un semplice motivo. Anche su questo piano si sarebbe presentato però il problema della possibilità di ascrivere alla categoria dei motivi illeciti pure quello consistente nella lesione di un diritto (relativo) altrui (nella specie, i diritti alla fedeltà, coabitazione, assistenza morale e materiale). L'argomentazione decisiva riposava peraltro sulla constatazione che ogni contratto diretto a porre le basi economiche di una convivenza, anche se illecita, ha come proprio motivo primario non già la violazione del diritto altrui, bensì appunto la concreta predisposizione di quei mezzi idonei a consentire alla coppia di convivere. Era dunque palese l'assenza, nel contratto in esame, di uno dei requisiti fondamentali di cui all'art. 1345 c.c., vale a dire la circostanza che il (comune) motivo illecito si qualifichi come quello esclusivamente determinante del consenso dei contraenti.

(9) Per approfondimenti, impossibili nella presente sede, cui è stato imposto il rispetto di rigorosi limiti di spazio, cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 61 ss.

(10) Sulle ragioni di tale confusione e commistione v. infra, par. 11.

(11) Cfr. il comma 57, che fulmina di nullità gli accordi conclusi "...a) in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza; b) in violazione del comma 36...".

(12) Cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 107 ss.

(13) Per la cui disamina si fa rinvio a Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 123 ss.

(14) Su cui cfr. Oberto, Ancora sulla pretesa gratuità delle prestazioni lavorative subordinate rese dal convivente more uxorio, nota a Cass. 19 settembre 2015, n. 19304, in questa Rivista, 2016, 132 ss. (in particolare 149 ss., per una disamina della presente riforma).

(15) Per la trattazione del tema e per una serie di richiami dottrinali e giurisprudenziali al riguardo si fa rinvio a Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, cit., 151 ss.; Id., I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa, cit., 81 ss., 89 ss. Per alcuni rilevanti contributi successivi cfr. inoltre Spadafora, Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata, Milano, 2001, 163 ss.; Balestra, Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale, in Giust. civ., 2014, 133

ss.; Delle Monache, Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto), in Riv. dir. civ., 2015, 944 ss.

(16) Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day, 30 novembre 2013, Roma, 2013 (il testo è disponibile, tra l'altro, al seguente sito web: http://www.notaicomolecco.it/wwwnotaileccocomoit/Downloads/Guida%20operativa_Contratti%20di%20convivenza.pdf).

(17) Sull'atipicità del contratto di convivenza, in relazione alla situazione anteriore alla riforma del 2016, cfr. Balestra, Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale, cit., 146 ss.

(18) Cfr. Cass. 6 marzo 1979, n. 1400, in Giur. it., 1981, I, 1, 994, con nota di Runfola Testini; Cass. 13 maggio 1986, n. 3168, in Foro it., 1986, I, 2147; in Vita not., 1986, I, 775; in Dir. fam. pers., 1986, I, 958; in Giust. civ., 1987, I, 1537; Cass. 3 ottobre 2008, n. 24574.

(19) V. infra, par. 13.

(20) Falzea, Problemi attuali della famiglia di fatto, in Aa. Vv., Una legislazione per la famiglia di fatto?, Napoli, 1988, 52; contra D'Angeli, La famiglia di fatto, Milano, 1989, 423. In Francia è rimasta isolata l'opinione secondo cui il giudice, valutando il comportamento delle parti, potrebbe ritenere l'esistenza di un "contrat tacite d'aide et d'assistance mutuelle", che obbligherebbe i conviventi "tant pendant l'union que après la rupture à subvenir aux besoins éventuels du partenaire" (Ganancia, Droits et obligations résultant du concubinage, in Gaz. Pal., 1981, Doctrine, 19). Per la dottrina più recente, orientata nel senso criticato nel testo, cfr. Palmeri, Il contenuto atipico dei negozi familiari, Milano, 2001, 66 ss.; Venuti, I rapporti patrimoniali tra i conviventi, in Aa. Vv., Le relazioni affettive non matrimoniali, a cura di Romeo, Torino, 2014, 287; Ferrando, Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento, in questa Rivista, 2015, 729.

(21) Cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 69 ss.

(22) Ciò balza agli occhi sulla base della semplice lettura dei richiamati artt. 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.

(23) Se non, eventualmente, quale elemento indiziario (certo mai come elemento costitutivo) nel caso in cui, in un possibile processo, si contestasse la sussistenza del rapporto di fatto.

(24) V. infra, par. 12.

(25) Cfr. il comma 4 dell'art. 14 di tale d.d.l., come risultante alla data del 2 luglio 2014 (il documento è disponibile al seguente indirizzo web:

<http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/46051.htm>).

(26) Significative al riguardo le esperienze, ad esempio, dell'Australia e della Catalogna, per una disamina delle quali si fa rinvio a Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 78 ss.

(27) Su questo punto specifico e sulla possibilità di superare tale obiezione v. infra, par. 11.

(28) Non per niente si veda al riguardo quanto stabilito dalle varie proposte di legge in tema di contratti prematrimoniali (su cui v. per tutti Oberto, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in questa Rivista, 2014, 88 ss.).

(29) Cfr. ad es. Oberto, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, passim.

(30) Si tenga poi conto del fatto che l'introduzione di siffatto tipo di pattuizioni avrebbe consentito di affrontare una serie di questioni, vale a dire quelle legate alla successione mortis causa di uno dei conviventi, rimasta totalmente negletta dalla riforma qui in commento. Basti dire al riguardo che, da un lato, il partner non solo non è considerato legittimario, ma neppure successibile ex lege, in assenza di testamento. Ma non basta ancora. Nessuna disposizione "agevolativa" di tipo fiscale è stata prevista per la successione testamentaria del convivente, trattato quindi alla stregua di un qualsiasi estraneo al nucleo familiare del de cuius, con la conseguenza che il convivente il quale intenda assicurare la tranquillità economica al proprio partner anche dopo la propria morte potrà, sì, istituirlo erede, ma, in tal modo lo esporrà al prelievo fiscale previsto per la successione di un qualunque estraneo alla famiglia del de cuius. Vero è che oggi l'area delle famiglie "costrette" a rimanere fuori dal vincolo matrimoniale (o paramatrimoniale, nel caso dell'unione civile) si è considerevolmente ristretta al passato: alla coppia gay che vuole acquisire pieni diritti successori può oggi consigliarsi di scegliere l'unione civile, mentre sempre più rari sono i casi di conviventi eterosessuali che non possono unirsi in matrimonio per la perdurante presenza di un precedente vincolo coniugale, ove si considerino le novità introdotte dal c.d. "divorzio breve". Resta il fatto che per una serie di motivi, talora pienamente legittimi (desiderio di non pregiudicare le aspettative di eventuali figli di primo letto, timore di dover affrontare seri problemi e rilevanti spese in caso di rottura di un legame della cui solidità non si è ancora pienamente certi), talora meno (desiderio di non perdere una pensione di reversibilità), sembrerebbe de iure condendo (ma, come detto, quest'occasione è stata persa!) corretto preservare, da un lato, la possibilità delle parti di non unirsi in matrimonio, attribuendo, dall'altro, taluni effetti successori (ancorché non coincidenti con quelli discendenti dal vincolo da coniugio) ad un rapporto affettivo sfociato in una convivenza more uxorio di una certa durata.

(31) V. *infra*, par. 10.

(32) Sullo sviluppo storico e la realtà attuale di tale idea v. per tutti Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 83 ss.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 33 ss.

(33) Il tema è approfondito in Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 156 ss.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 92 ss.; ulteriori elaborazioni del tema in Balestra, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, cit., 143 ss.

(34) Sul punto, per i necessari approfondimenti, cfr. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 241 ss.; Id., *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, Padova, 114 ss.; per la dottrina successiva cfr. Franzoni, *I contratti tra conviventi "more uxorio"*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1994, 752 ss.; del Prato, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 982 ss. Sul peculiare punto dei rapporti tra contratto di convivenza e contribuzione cfr. Ferrando, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, cit., 722 ss.

(35) Cfr. per tutti, nonché per i richiami alla dottrina straniera, Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, cit., 241 ss.; Id., I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa, cit., 116 ss.

(36) Cfr. Steinert, Vermögensrechtliche Fragen während des Zusammenlebens und nach Trennung Nichtverheirateter, in NJW, 1986, 685.

(37) Cfr. Mazzocca, La famiglia di fatto. Realtà attuale e prospettive, Roma, 1989, 92; cfr. inoltre Gazzoni, Dal concubinato alla famiglia di fatto, Milano, 1983, 165.

(38) È il suggerimento di Calò, Contratto di mantenimento e proprietà temporanea, nota a Cass. 11 novembre 1988, n. 6083, in Foro it., 1989, I, 1171.

(39) Cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 82 ss.

(40) Per approfondimenti al riguardo cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 86 ss.

(41) Trib. Savona 29 giugno 2002, in questa Rivista, 2003, 596, con nota di Ferrando. Per l'illustrazione del caso e per la relativa critica si fa rinvio a Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 87 s.

(42) Cfr. Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, cit., 139 ss.; Id., Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio, cit., 83 ss.

(43) V. infra, par. 11.

(44) Cfr. per tutti Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, cit., 139 ss.; Id., I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa, cit., 119 ss.

(45) Come è accaduto, ad es., nei casi risolti da Cass. 8 giugno 1993, n. 6381, in Nuova giur. civ. comm., 1994, I, 339, con nota di Bernardini; in Corr. giur., 1993, 947, con nota di V. Carbone; in Vita not., 1994, 225; Trib. Savona 7 marzo 2001, in questa Rivista, 2001, 529, con nota di Dogliotti; Trib. Palermo 3 febbraio 2002, in Gius, 2003, 1506. Sul tema cfr. Oberto, I regimi patrimoniali della famiglia di fatto, cit., 285 ss.; Id., Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione, in questa Rivista, 2006, 661 ss.; Asprea, L'assegnazione della casa familiare nella separazione, nel divorzio e nella convivenza, Torino, 2003, 104 ss. Per la situazione successiva alla riforma qui in commento cfr. Oberto, I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto, cit., 123 ss.

(46) Sul punto v. per tutti Oberto, I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa, cit., 119 s.

(47) Cfr. ad es. Oberto, I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali), in questa Rivista, 2015, 173 s.

(48) Sull'art. 108 c.c. cfr. Ferrando, Il matrimonio, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2015, 365.

(49) Sul tema della possibilità per i coniugi di sottoporre a termini o condizioni l'efficacia delle convenzioni matrimoniali cfr. Oberto, L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi

(non in crisi), in *Famiglia*, 2003, 671 s.; Id., *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, II, Milano, 2010, 1669 ss.

(50) In tal caso, se, per avventura, i conviventi dovessero procedere ad acquisti comuni, le norme che entrerebbero in gioco sarebbero quelle della comunione ordinaria e non certo quelle della comunione legale tra coniugi (e tra partners dell'unione civile). La considerazione, pur di carattere lapalissiano, ha, se non altro, il pregio di confermare la tesi prevalente secondo la quale il regime patrimoniale legale inter coniuges non può essere analogicamente esteso per via interpretativa ai conviventi (neppure se legati da un contratto di convivenza, che di tale regime non faccia menzione). Sul punto v. per tutti Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 59 ss.

(51) Sul tema cfr. per tutti Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 1381 ss.

(52) Oberto, *La comunione legale di fonte negoziale: riflessioni circa i rapporti tra legge e contratto nel momento genetico del regime patrimoniale tra coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 835 ss.

(53) V. supra, par. 6.

(54) Sul punto e sull'impossibilità di qualificare la separazione dei beni tra coniugi come "non regime" cfr. Oberto, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*. Artt. 215-219, in *Il codice civile. Commentario fondato e già diretto da Schlesinger*, continuato da Busnelli, Milano, 2005, 25 ss.

(55) Principio, si noti, che, tra l'altro, sicuramente governa anche la materia delle convenzioni matrimoniali e dunque i rapporti patrimoniali inter coniuges: cfr. Oberto, *Contratto e famiglia*, in *Aa.Vv.*, *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 147 ss.

(56) Cfr. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 260 ss.

(57) Su cui v. per tutti Oberto, *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, in *Giur. it.*, 2016, 254 ss.

(58) Per chi crede a tale ultima possibilità, naturalmente, su cui non ci si può in questa sede intrattenere; per i richiami v. per tutti Oberto, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in *Aa.Vv.*, *Trattato dei contratti*, diretto Rescigno ed E. Gabrielli, 19, *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di Calvo e Ciatti, Torino, 2014, 147 ss.

(59) V. supra, par. 11.

(60) Non senza problemi: cfr. per tutti Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 1681 ss.

(61) Per questi temi v., in relazione alla situazione anteriore alla novella di cui alla L. 6 maggio 2015, n. 55, Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 1818 ss.; e, per la situazione successiva, Id., *"Divorzio breve"*, separazione legale e comunione legale tra coniugi, in questa *Rivista*, 2015, 615 ss.

(62) Cfr. sul tema Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 1709 ss., 1718 ss., 1745 ss., 1777 ss., 1868 ss.

(63) Cfr. ad es. Oberto, *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Collana "Biblioteca del Diritto di Famiglia", Milano, 2000, 259 ss.

[Digitare qui]



(64) Sul punto v. da ultimo, ad es., Cass., SS.UU., 1° febbraio 2016, n. 2951, secondo cui "Il diritto al risarcimento dei danni subiti da un bene spetta al titolare del diritto di proprietà al momento dell'evento dannoso, quale risulta anche da scrittura privata, salva cessione del credito".

(65) T. Auletta, Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma, in Nuove leggi civ. comm., 2015, 627.

(66) Sul punto, anche per le relative critiche, cfr. T. Auletta, Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma, cit., 627.

(67) Cfr. Oberto, I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa, cit., 171 ss.

(68) V. supra, par. 7.

SUCCESSIONE MORTIS CAUSA

Eredità

Giurisprudenza

Cass. civ. Sez. II Ord., 06/06/2018, n. 14499 (rv. 648845-01)
P. c. C.

SUCCESSIONE Accettazione dell'eredità, in genere

SUCCESSIONI "MORTIS CAUSA" - Disposizioni generali - Accettazione dell'eredità' (pura e semplice) - Modi - Tacita - In genere accettazione dell'eredità - Nozione - Azioni giudiziarie proposte dal chiamato - Volontà incompatibile con la rinuncia all'eredità - Configurabilità - Sussistenza - Condizioni - Fattispecie

Poiché l'accettazione tacita dell'eredità può desumersi dall'esplicazione di un'attività personale del chiamato incompatibile con la volontà di rinunciarvi, ovvero da un comportamento tale da presupporre la volontà di accettare l'eredità secondo una valutazione obiettiva condotta alla stregua del comune modo di agire di una persona normale, essa è implicita nell'esperimento, da parte del chiamato, di azioni giudiziarie, che - perché intese alla rivendica o alla difesa della proprietà o al risarcimento dei danni per la mancata disponibilità di beni ereditari - non rientrano negli atti conservativi e di gestione dei beni ereditari consentiti [dall'art. 460 c.c.](#), sicché, trattandosi di azioni che travalicano il semplice mantenimento dello stato di fatto quale esistente al momento dell'apertura della successione, il chiamato non avrebbe diritto di proporle e, proponendole, dimostra di avere accettato la qualità di erede. (In applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha ritenuto che la ricezione, da parte del chiamato all'eredità, del pagamento dell'indennità per il passaggio coattivo sul fondo servente del "de cuius" comportasse l'accettazione tacita dell'eredità). (Rigetta, CORTE D'APPELLO NAPOLI, 13/09/2013)

FONTI

CED Cassazione, 2018

Cass. civ. Sez. II Ord., 24/04/2018, n. 10060 (rv. 648326-01)
A. c. M.

SUCCESSIONE Accettazione dell'eredità, in genere

SUCCESSIONI "MORTIS CAUSA" - Disposizioni generali - Accettazione dell'eredità' (pura e semplice) - Modi - Tacita - In genere - Accettazione dell'eredità - Nozione - Azioni giudiziarie

[Digitare qui]



**TUTOR
MAGISTRALIS**
MARIA ROSARIA SODANO

proposte dal chiamato - Volontà incompatibile con la rinuncia all'eredità - Configurabilità - Sussistenza - Condizioni

Poiché l'accettazione tacita dell'eredità può desumersi dall'esplicazione di un'attività personale del chiamato incompatibile con la volontà di rinunciare, "id est" con un comportamento tale da presupporre la volontà di accettare l'eredità, essa può legittimamente reputarsi implicita nell'esperimento, da parte del chiamato, di azioni giudiziarie, che - essendo intese alla rivendica o alla difesa della proprietà o ai danni per la mancata disponibilità di beni ereditari - non rientrino negli atti conservativi e di gestione dei beni ereditari consentiti [dall'art. 460 c.c.](#), ma travalichino il semplice mantenimento dello stato di fatto quale esistente al momento dell'apertura della successione, e che, quindi, il chiamato non avrebbe diritto di proporle se non presupponendo di voler far propri i diritti successori. (Rigetta, CORTE D'APPELLO TRENTO, 01/07/2013)

FONTI

Corte giustizia Unione Europea Sez. VI, 19/04/2018, n. 565/16
Alessandro Saponaro e altri

SUCCESSIONE Rinuncia all'eredità **UNIONE EUROPEA** CE In genere

In una situazione nella quale i genitori di un minore, abitualmente residenti con quest'ultimo in uno Stato membro, hanno presentato, per conto di tale minore, una domanda di autorizzazione alla rinuncia di un'eredità dinanzi a un giudice di un altro Stato membro, l'articolo [12, paragrafo 3, lettera b\)](#), del [regolamento \(CE\) n. 2201/2003](#) del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il [regolamento \(CE\) n. 1347/2000](#), deve essere interpretato nel senso che il deposito effettuato congiuntamente dai genitori del minore dinanzi all'autorità giurisdizionale da loro scelta costituisce accettazione univoca di tale giudice da parte degli stessi.

FONTI

Massima redazionale, 2018

Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 18/01/2017, n. 1183 (rv. 642519-01)
LAVORO (RAPPORTO DI) Diritti e doveri del lavoratore

LAVORO - Lavoro subordinato (nozione, differenze dall'appalto e dal rapporto di lavoro autonomo, distinzioni) - Diritti ed obblighi del datore e del prestatore di lavoro - In genere costituzione in giudizio di un chiamato all'eredità - Accettazione tacita dell'eredità - Configurabilità - Condizioni - Fondamento - Fattispecie

SUCCESSIONI "MORTIS CAUSA" - Disposizioni generali - Rinuncia all'eredità - In genere in genere

L'assunzione in giudizio della qualità di erede, di un originario debitore, costituisce accettazione tacita dell'eredità qualora i chiamati si costituiscano dichiarando tale qualità senza in alcun modo contestare il difetto di titolarità passiva della pretesa, compiendo gli stessi un'attività non altrimenti giustificabile se non con la veste di erede, che esorbita dalla mera attività processuale conservativa del patrimonio ereditario, ed è dichiarata non al fine di paralizzare la pretesa, ma di illustrare la qualità soggettiva nella quale essi intendono paralizzarla. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto idonea una rinuncia all'eredità intervenuta dopo che gli aventi causa di un datore di lavoro si erano costituiti in giudizio per contestare il merito della pretesa di un dipendente). (Cassa con rinvio, CORTE D'APPELLO PALERMO)

FONTI

CED Cassazione, 2017

ACCETTAZIONE CON BENEFICIO D'INVENTARIO

[Digitare qui]



**TUTOR
MAGISTRALIS**
MARIA ROSARIA SODANO

Giurisprudenza

Cass. civ. Sez. II, 26/03/2018, n. 7477
Banca (Omissis) s.c.p.a. c. P.E.M.

SUCCESSIONE Beneficio d'inventario

L'art. 484 c.c., nel disporre che "l'accettazione col beneficio d'inventario si fa mediante dichiarazione" e che questa "deve essere preceduta o seguita dall'inventario", chiaramente delinea una fattispecie a formazione progressiva, per la cui realizzazione i due adempimenti sono entrambi indispensabili, come suoi elementi costitutivi.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2018

ass. civ. Sez. V Ord., 06/10/2017, n. 23389 (rv. 645904-01)
A. c. D.

IMPOSTE E TASSE IN GENERE Avviso di accertamento in genere **SUCCESSIONE** Beneficio d'inventario

TRIBUTI (IN GENERALE) - "solve et repete" - Contenzioso tributario (disciplina posteriore alla riforma tributaria del 1972) - Procedimento - In genere accettazione con beneficio di inventario da parte del minore - Notifica avviso accertamento nei confronti dell'accettante per redditi non dichiarati dal "de cuius" - Legittimità - Ragioni

L'accettazione con beneficio d'inventario da parte del minore, comporta che l'accettante, a parte la distinzione del patrimonio del defunto da quello dell'erede ex [art. 490, comma 1, c.c.](#), divenga erede a tutti gli effetti di legge e, in quanto tale, soggetto passivo d'imposta, tanto da essere pienamente legittimato a ricevere la notifica dell'avviso di accertamento emesso in relazione a redditi non dichiarati dal "de cuius". (Cassa e decide nel merito, COMM.TRIB.REG. BOLOGNA, 20/09/2010)

FONTI

CED Cassazione, 2017

Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 07-05-2013, n. 10531
Ricci c. Pio

SUCCESSIONE Accettazione dell'eredità, in genere

L'accettazione con beneficio d'inventario, determinando ex lege la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, appartiene al genus delle eccezioni in senso lato, rilevabili d'ufficio; essa dunque non deve essere né specificamente eccepita, né tanto meno allegata dall'interessato, ove risulti documentata in atti, rilevando quale fatto ostativo alla confusione tra patrimonio ereditario e patrimonio dell'erede. Inoltre, essa è rilevabile d'ufficio dal giudice anche nei confronti degli altri chiamati all'eredità indipendentemente dalla contumacia, operando l'effetto espansivo [dell'art. 510 c.c.](#) fino al momento in cui non vi sia stata accettazione pura e semplice o decadenza dal beneficio.

FONTI

Famiglia e Diritto, 2013, 10, 861 nota di ARCERI

Cass. civ. Sez. Unite Ord., 07/05/2013, n. 10531
R.C.A. c. P.R.C. e altri

SUCCESSIONE Accettazione dell'eredità, in genere

[Digitare qui]



L'eccezione in senso lato, quale quella di limitazione di responsabilità derivante da accettazione con beneficio d'inventario, è rilevabile d'ufficio purché risulti dagli atti del processo e anche se non sia stata allegata dalla parte interessata.

FONTI

Foro It., 2013, 12, 3500

ACCETTAZIONE DI EREDITÀ

Accettazione con beneficio d'inventario e azione di riduzione esercitata dal legittimario pretermesso

Giovanni Di Lorenzo

Cass. civ. Sez. II, 23 dicembre 2011, n. 28632

Sommario: 1. Posizione del problema - 2. L'azione di riduzione esercitata dal legittimario pretermesso dal testatore - 3. L'azione di riduzione esercitata dal legittimario così detto pretermesso dalla successione ab intestato - 4. Segue: la «riduzione teleologica dell'art. 564 c.c. giustificata dalla ratio legis» - 5. Inammissibilità dell'azione per omessa accettazione con beneficio d'inventario e limiti della riduzione delle donazioni compiute in favore delle persone chiamate come coeredi - 6. Accettazione con beneficio d'inventario, azione di riduzione e simulazione del contratto

1. Posizione del problema

Questo il fatto enunciato dalla sentenza richiamata in epigrafe: Tizio, avendo constatato alla morte del padre che non residuavano beni ereditari, al fine di ottenere la reintegrazione della quota di riserva esercita l'azione di riduzione nei confronti di suo fratello e di sua cognata, beneficiati entrambi dal de cuius dalla donazione di un appartamento. In ragione della omessa preventiva accettazione con beneficio d'inventario, il Giudice del gravame – riformando la sentenza resa dal Tribunale – dichiara l'inammissibilità dell'azione di riduzione.

La Suprema Corte cassa con rinvio la sentenza affermando che «[...] la condizione della preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, stabilita dall'art. 564, co. 1, vale soltanto per il legittimario che abbia in pari tempo la qualità di erede, non anche per il legittimario totalmente pretermesso dal testatore». Ipotesi, questa, che ricorre allorché «[...] il de cuius si sia spogliato in vita del suo patrimonio con atti di donazione, trovandosi il legittimario, anche in tal caso, nella necessità di esperire l'azione di riduzione a tutela della situazione di diritto sostanziale che la legge gli riconosce».

La soluzione trova riscontro nell'orientamento pressoché uniforme della giurisprudenza della Corte di Cassazione incline ad accomunare, in vista della ammissibilità dell'azione di riduzione, il trattamento del legittimario pretermesso dal

testatore – a causa dell'istituzione di un estraneo nella qualità di erede – con quello applicabile al riservatario leso dalle donazioni con le quali il de cuius abbia disposto integralmente delle proprie sostanze (1).

Pur confermando il precedente orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, la sentenza in esame offre lo spunto per compiere talune riflessioni e chiarimenti in ordine alla pretermissione del legittimario ed alla rilevanza che l'art. 564 cod. civ. assegna all'accettazione con beneficio d'inventario per la riduzione degli atti di liberalità compiuti in favore di persone non chiamate come coeredi.

2. L'azione di riduzione esercitata dal legittimario pretermesso dal testatore

L'idea che esonera, nell'ipotesi di pretermissione operata dal testatore, il legittimario dall'adempimento dell'onere di accettare con beneficio d'inventario, è fondata sull'assunto che quest'ultimo «[...] non è chiamato alla successione per il solo fatto della morte del de cuius, potendo acquistare i suoi diritti solo dopo l'esperimento dell'azione di riduzione» (2). Se la delazione dell'eredità non opera, il legittimario non ha il potere di accettare e soltanto per effetto della riduzione della disposizione testamentaria lesiva può acquistare la quota del patrimonio riservata per legge (3).

Invero, a una conclusione differente avrebbe condotto l'idea che il legittimario, alla data della apertura della successione, acquisti ipso iure la qualità di erede (4). Sotto il vigore del Codice civile del 1865, parte della dottrina riteneva che il legittimario fosse ipso iure erede anche nel caso in cui il testatore avesse istituito un estraneo quale successore universale; e fondava la tesi sulle incertezze relative alla rilevanza dell'accettazione – in particolare sui dubbi in ordine all'accoglimento della regola della saisine iuris invalsa nel diritto delle antiche coutumes –, nonché sull'enunciato – contenuto nell'art. 808 – secondo cui «la porzione legittima è quota di eredità». Invero, con l'entrata in vigore del Codice del 1942, la predetta tesi sembra difficilmente sostenibile alla luce della regola – fissata dall'art. 459 c.c. – che ricollega all'aditio l'acquisto della eredità.

A un differente ordine di considerazioni conduce, anche, l'idea che ricollega all'apertura della successione la delazione dell'eredità in favore del legittimario pretermesso dal testatore (5). Idea, questa, proposta, come è noto, muovendo dalla distinzione tra le nozioni di «riserva» e di «legittima». Nella segnata prospettiva, la riserva è una quota di eredità calcolata unicamente sul relictum e devoluta ipso iure dalla legge al legittimario che «[...] per conseguirla non ha bisogno di agire in riduzione; basta che accetti. Si deve cioè [...] ritenere che se per es. il testatore, che abbia un figlio, istituisca erede universale un estraneo, l'eredità si devolve per metà al figlio e per metà all'estraneo» (6). La legittima, invece, è una «frazione aritmetica [...] costituita da solo attivo» (7), calcolata attraverso la riunione fittizia del relictum e del donatum, detratti i debiti ereditari. Quando il valore netto della legittima non coincide con quello della quota di riserva, i beni che l'erede necessario consegue mediante la

riduzione delle liberalità lesive «[...] non costituiscono quota ereditaria, né si aggiungono a essa modificandola» (8) .

Orbene, la tesi appena enunciata non trova riscontro nella regola – contenuta nell'art. 457 c.c. – che subordina la devoluzione legale dell'eredità alla mancanza di un testamento valido ed efficace (9) . Sulla scorta di tale regola, e a fronte della validità ed efficacia delle disposizioni lesive della legittima (10) , il legittimario pretermesso non è chiamato a succedere ab intestato e non ha titolo, quindi, per accettare fino a quando non ottiene la riduzione dell'istituzione ereditaria operata con testamento (11) . In conseguenza della riduzione «[...] si apre per lui la successione necessaria nella quota di riserva, in quanto nei suoi confronti la vocazione testamentaria dell' heres scriptum si considera, per questa quota, come non avvenuta [...]» (12) .

3. L'azione di riduzione esercitata dal legittimario così detto pretermesso dalla successione ab intestato

Se la pretermissione operata dal testatore trae titolo dall'assenza della delazione dell'eredità, differente sembrerebbe la posizione del legittimario nel caso in cui «[...] il de cuius si sia spogliato in vita del suo patrimonio con atti di donazione». E infatti, nella ipotesi appena accennata, sembra disagevole negare che il legittimario sia chiamato ex lege alla successione ab intestato. Successione, questa, che postula soltanto la mancanza «[...] in tutto o in parte, [di] quella testamentaria», e non anche la presenza di una massa di beni da dividere (13) . Dottrina e parte della giurisprudenza meno recenti hanno chiarito, infatti, che l'istituzione ereditaria non è necessariamente collegata all'acquisto di beni, atteso che «[...] scopo precipuo della eredità è la continuazione della personalità del de cuius connessa con la successione nella universalità, ed essa trova sua ragion d'essere ogni qualvolta si imponga la continuazione di questa personalità, anche se nessuna utilità economica possa venirsi all'istituito» (14) . La soluzione sembra trarre conforto dall'art. 490 c.c. che, delimitando la responsabilità dell'erede beneficiato per i debiti e per i legati non «[...] oltre il valore dei beni a lui pervenuti», prevede che, anche a fronte di un'eredità passiva, l'istituzione d'erede resti egualmente valida ed efficace (15) .

Dal riconoscimento di una delazione attuale dell'eredità consegue che il legittimario potrà trasmettere, ai sensi dell'art. 479 c.c. , il potere di accettare ai propri eredi; potrà acquistare gli eventuali debiti ereditari per effetto dell'accettazione tacita ai sensi dell'art. 476 c.c. ; potrà per effetto dell'accettazione – e non anche dell'azione di riduzione – acquistare eventuali beni ereditari di cui ignorava l'esistenza al momento della apertura della successione.

Se si muove dall'accennata premessa, l'assunto che, anche nell'ipotesi in cui «[...] il de cuius si sia spogliato in vita del suo patrimonio con atti di donazione», il legittimario abbia la «[...] necessità di esperire l'azione di riduzione a tutela della situazione di diritto sostanziale che la legge gli riconosce» (16) , non esonera il chiamato dall'adempimento dell'onere di accettare con beneficio d'inventario. A fronte della

delazione ab intestato, l'azione di riduzione ha una peculiare rilevanza giuridica. Nella pretermissione operata dal testatore la riduzione – giova ribadire –, rendendo inefficace la disposizione lesiva, consente la devoluzione per legge dei beni ed è indispensabile affinché il legittimario acquisti la qualità di erede. Per contro, nell'ipotesi in cui il de cuius abbia disposto del proprio patrimonio con donazioni in favore di estranei, l'azione di riduzione è finalizzata a consentire al legittimario l'acquisto, non già della qualità di erede, ma dei beni rientranti nella quota di riserva (17).

Del resto, l'accennata distinzione ha indotto la Suprema Corte, meno di quattro mesi prima della pronuncia in esame, ad affermare che l'art. 564 c.c. «[...] manifestamente non contrasta con il principio d'uguaglianza sotto il profilo della mancata estensione dell'esclusione dall'onere dell'accettazione beneficiata dell'eredità, prevista a favore del legittimario pretermesso dal testatore, al legittimario il quale sia stato invece diseredato mediante atti di donazione» (18).

4. Segue: la «riduzione teleologica dell'art. 564 c.c. giustificata dalla ratio legis»

Pur negando che il legittimario «[...] possa dirsi diseredato in senso formale» qualora manchi un relictum da ripartire attraverso la successione ab intestato, parte della dottrina esclude l'onere della accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario sulla scorta «[...] di un'operazione ermeneutica di riduzione teleologica dell'art. 564 c.c. giustificata dalla ratio legis» (19). Se la predetta disposizione mira a tutelare i legatari e i donatari estranei mediante un preventivo accertamento della consistenza dei beni ereditari nelle forme pubbliche dell'inventario, la «[...] ratio è insussistente quando il de cuius si è spogliato in vita dell'intero patrimonio» (20).

La predetta tesi, pur muovendo da una rigorosa impostazione di metodo, suscita qualche perplessità, in ragione della difficoltà di attribuire un fondamento razionale alla disciplina dettata dall'art. 564, co. 1, c.c.

Già sotto il vigore dell'art. 972 c.c. del 1865, parte della dottrina era nel senso che «[...] nessuna buona ragione sussiste per richiedere l'accettazione col beneficio d'inventario» (21) quale condizione di ammissibilità dell'azione di riduzione promossa nei confronti dei legatari o donatari non chiamati come coeredi. E tale conclusione può essere ribadita anche alla luce del vigente art. 564 c.c. (22).

Dottrina e giurisprudenza ricollegano l'onere della preventiva accettazione con beneficio d'inventario all'esigenza di fornire ai legatari e/o ai donatari estranei una attendibile ricognizione dell'entità dei beni ereditari, «[...] in quanto si presume che il coerede abbia maggiori possibilità del terzo di accertarsi di tale entità con mezzi diversi da quello dell'accettazione beneficiata» (23).

Eppure, l'accennata prospettiva, per un verso, fornisce ragione della prescrizione della confezione dell'inventario, e non già della preventiva accettazione beneficiata (24); e,

per altro verso, risulta contraddetta dalla facoltà accordata dall'art. 564 c.c. «all'erede che abbia accettato col beneficio d'inventario e che ne è decaduto» di ridurre le donazioni e/o i legati in favore di estranei. Decadenza che, come è noto, l'art. 485 c.c. ricollega anche alla omessa confezione dell'inventario nel termine di tre mesi dal giorno della apertura della successione; e che l'art. 494 c.c. ricollega alle omissioni o infedeltà compiute dal chiamato nella redazione dell'inventario. Di talché, quand'anche il legislatore avesse inteso tutelare il convenuto nel giudizio di riduzione, l'accettazione con beneficio d'inventario risulterebbe, comunque, uno strumento poco adeguato. Senza neppure trascurare che la riduzione delle donazioni e dei legati presuppone la lesione della legittima, accertabile sulla scorta della riunione fittizia del patrimonio ereditario (relictum meno i debiti più il donatum), non già sulla scorta della ricognizione dei beni relitti contenuta nell'inventario.

Del pari poco convincente è l'idea, prospettata nella relazione ministeriale al progetto definitivo del Codice, che ravvisa un «[...] contrasto logico insanabile tra responsabilità illimitata e azione di riduzione [...]» atteso che «[...] l'erede puro e semplice, subentrando nella posizione del defunto, deve rispettare integralmente gli effetti degli atti compiuti da quest'ultimo» (25). L'idea omette di fornire una plausibile giustificazione del divieto a carico del legittimario/erede puro e semplice di ridurre le donazioni fatte a estranei. Se i legati possono essere considerati alla stregua dei debiti ereditari, «[...] ciò non potrebbe dirsi per le donazioni il cui rispetto non può considerarsi un obbligo per il de cuius (e quindi per i suoi eredi)» (26). Inoltre, non v'è «[...] contrasto logico insanabile tra responsabilità illimitata e azione di riduzione [...]» atteso che «[...] per il legittimario il debito può sussistere solo nei limiti in cui il legato non lede la riserva» (27). L'erede puro e semplice risponde illimitatamente con il proprio patrimonio del legato nei limiti in cui esso non ecceda il valore della quota disponibile del testatore (28). Del resto, l'asserito «contrasto logico insanabile tra responsabilità illimitata e azione di riduzione» viene revocato in dubbio dalla possibilità – prevista dall'art. 564, co. 1, c.c. – che il legittimario, decaduto dal beneficio d'inventario, conservi l'azione di riduzione contro le persone non chiamate come coeredi.

5. Inammissibilità dell'azione per omessa accettazione con beneficio d'inventario e limiti della riduzione delle donazioni compiute in favore delle persone chiamate come coeredi

Se si muove dalla conclusione prospettata nelle pagine che precedono, l'esame del fatto, da cui trae origine il giudizio sottoposto al vaglio della Suprema Corte, induce ragionevolmente a indagare se, a causa dell'omesso adempimento dell'onere dell'accettazione con beneficio d'inventario, l'inammissibilità della domanda proposta nei confronti dell'estraneo si estenda, anche, alla analoga pretesa contestualmente esercitata dal legittimario nei confronti di persone chiamate come coeredi.

La risposta potrebbe avere contenuto negativo. Se l'inammissibilità della riduzione della donazione fatta all'estraneo non impedisce al legittimario di reintegrare – entro



i limiti previsti dalla legge – la quota di riserva attraverso l'impugnazione degli atti di liberalità in favore delle persone chiamate come coeredi, non v'è ragione per subordinare tale iniziativa alla proposizione di un autonomo e separato giudizio. E infatti, il legittimario esercita, nei confronti di ciascun convenuto, autonome e separate pretese. Pretese, queste, che conservano la propria separatezza e autonomia anche qualora – come nel caso prospettato dalla sentenza in esame – i due convenuti nel giudizio di riduzione siano contitolari pro indiviso di diritti sul bene donato. E infatti, nella ipotesi tracciata, avendo ciascuna pretesa a oggetto l'atto di liberalità compiuto in favore del beneficiario (29), la sentenza, resa ai sensi dell'art. 564 c.c., investirà soltanto la quota parte di cui era titolare il donatario condannato a reintegrare la legittima lesa. Quest'ultimo sarà obbligato, ai sensi dell'art. 560 c.c., a compensare in danaro il legittimario ovvero a lasciare quanto ricevuto a titolo di donazione.

Di qui, un ulteriore interrogativo: a fronte della inammissibilità della riduzione della donazione all' estraneo, entro quali limiti il legittimario potrà reintegrare la propria riserva con l'impugnazione delle donazioni in favore di persone chiamate come coeredi?

Sembrerebbe ragionevole escludere che il legittimario possa conseguire una reintegrazione totale della legittima. Diversamente, ricadrebbero sul donatario chiamato come coerede, e non già sul legittimario, le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento dell'onere dell'accettazione con beneficio d'inventario. Del resto, come ha chiaramente sottolineato parte della dottrina, tra il legittimario leso e i destinatari delle liberalità lesive «[...] non esiste un rapporto obbligatorio in senso tecnico perché il primo non è un creditore ma il titolare di un diritto potestativo al quale, dal lato passivo, corrisponde non un obbligo ma una soggezione» (30). Di talché, al fine di determinare quali siano i limiti di tale soggezione, nel caso in cui questa sia comune a più soggetti, non è consentito il riferimento alle regole proprie dei rapporti obbligatori «[...] e in specie a quelle delle obbligazioni solidali e indivisibili e più particolarmente a quella relativa alla presunzione di solidarietà tra più coobbligati», dovendo ricorrere «[...] ai criteri legali esplicitamente posti dalla legge o che si possono ricavare implicitamente dal sistema» (31).

L'applicazione dei criteri legali previsti dagli artt. 558 e 559 c.c. postula che i coeredi e i legatari non possano rispondere, singolarmente presi, che della quota proporzionale per cui la disposizione a loro favore lede la legittima; e che i donatari non possano rispondere se non quando tutte le donazioni posteriori e le disposizioni testamentarie abbiano assorbito più della disponibile (32).

Sebbene l'art. 559 c.c. disciplini espressamente soltanto il modo di ridurre le donazioni compiute in epoche differenti e non anche quelle contestuali, in ordine a quest'ultime la Suprema Corte è nel senso che la riduzione operi proporzionalmente tra tutti i donatari (33). Detta soluzione trae conferma dalla regola contenuta nell'art. 562 c.c. che, per l'ipotesi di insolvenza del donatario o di perimento per caso fortuito del bene donato, dispone che la perdita causata dalla insolvenza sia ripartita tra il legittimario e i donatari anteriori. La responsabilità di questi si aggrava, ma non sino al punto da

coprire integralmente la perdita che il legittimario subisce. Ne consegue che la reintegrazione totale della legittima lesa a carico delle altre persone soggette alla riduzione proporzionale, se non è consentita nei casi in cui sia imputabile a un fatto estraneo al legittimario – come il perimento per caso fortuito dell'oggetto della disposizione o l'insolvenza del donatario, – a fortiori dovrebbe ragionevolmente essere esclusa, qualora il legittimario abbia omesso di accettare con beneficio d'inventario e non possa, quindi, ottenere la riduzione della donazione all'estraneo per fatto proprio.

6. Accettazione con beneficio d'inventario, azione di riduzione e simulazione del contratto

La giurisprudenza della Suprema Corte ricollega all'inadempimento dell'onere della accettazione con beneficio d'inventario l'inammissibilità della azione con la quale il legittimario chiede l'accertamento della simulazione relativa di una vendita conclusa dal de cuius. Se la vendita ha i requisiti di validità della donazione dissimulata, la domanda, essendo proposta «[...] esclusivamente in funzione dell'azione di riduzione prevista dall'art. 564 c.c. », è «[...] condizionata dalla preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario» (34).

La soluzione è senz'altro convincente, seppure sembri opportuno precisare che l'accettazione con beneficio d'inventario – diversamente da quanto stabilisce l'art. 564 c.c. per l'azione di riduzione – non funge costantemente da presupposto processuale della domanda di simulazione. Qualora il legittimario abbia omesso di adempiere l'onere prescritto dall'art. 564 c.c. , l'inammissibilità della domanda di simulazione discende dalla regola generale posta dall'art. 100 c.p.c. , soltanto qualora l'accertamento della apparenza negoziale non sia sorretto da un interesse che giustifichi l'azione e che abbia un'autonoma rilevanza rispetto a quello preordinato alla riduzione della donazione fatta all'estraneo. Interesse, questo, che sussiste qualora il legittimario chieda, nonostante l'omessa accettazione con beneficio d'inventario, l'accertamento della simulazione assoluta oppure di quella relativa al fine di far dichiarare la nullità del negozio dissimulato «[...] in quanto, in tale ipotesi, l'accertamento della realtà effettiva consente al legittimario di recuperare alla massa ereditaria i beni donati, mai usciti dal patrimonio del defunto» (35). Sotto tale profilo, l'accertamento della simulazione può essere funzionale anche alla pretesa del legittimario di revocare per ingratitudine la donazione dissimulata conclusa dal de cuius; la risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere; ovvero, secondo una parte della dottrina (36), può essere finalizzata alla riunione fittizia del patrimonio ereditario e al conseguente accertamento della lesione della legittima.

Invero, sulla base dell'interesse posto a fondamento della domanda, la giurisprudenza della Suprema Corte individua, anche, il regime della prova della simulazione a carico del legittimario/erede. In particolare, qualora chieda la riduzione delle donazioni effettuate dal de cuius in favore di altri coeredi, il legittimario «[...] agendo per la



tutela di un proprio autonomo diritto, è da ritenersi terzo rispetto agli atti impugnati, con conseguente ammissibilità senza limiti della prova per presunzioni della simulazione, come previsto, in riferimento alla prova testimoniale, dall'art. 1417 c.c. » (37) . Per contro, è soggetto ai limiti della prova della simulazione posti alla parte contraente, l'erede «[...] che agisce per lo scioglimento della comunione, non essendo terzo, in quanto subentra nella posizione del de cuius, trae da questa sia il diritto di agire per la dichiarazione della simulazione delle donazioni fatte ai coeredi, sia a richiedere la collazione [...]» (38) .

(*) La nota è destinata agli Scritti in onore del Prof. Lucio Valerio Moscarini.

(1) In epoca relativamente recente v., ex plurimis, anche Cass., 7.10.2005, n. 19527, in Foro It., 2006, I, 1834: «in tema di azione di riduzione delle donazioni e dei legati, qualora il testatore abbia disposto a titolo universale dell'intero asse ereditario, la condizione dell'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario è esclusa nell'ipotesi in cui il legittimario, essendo stato totalmente pretermesso, non assume, ai sensi dell'art. 467 2° co. c.c., la qualità di chiamato all'eredità fino a quando l'istituzione testamentaria non venga ridotta nei suoi confronti; tale regola è stata da tempo estesa all'erede legittimo sul rilievo che, qualora il " de cuius" si sia spogliato in vita dell'intero patrimonio con atti di donazione, anche nella successione " ab intestato" può configurarsi la totale pretermissione del legittimario il quale, per l'assenza di beni relitti, si trovi nella necessità di esperire l'azione di riduzione a tutela del diritto sostanziale riconosciutogli dalla legge; infatti, la disposizione di cui all'art. 564 c.c. , che subordina la proposizione dell'azione di riduzione delle donazioni e dei legati da parte del legittimario alla sua accettazione con beneficio d'inventario, salvo che le donazioni e i legati siano fatte a persone chiamate come coeredi, risponde alla " ratio" di evitare che la confusione dei patrimoni del " de cuius" e dell'erede impedisca al donatario e al legatario di verificare l'effettività della lesione della riserva e, inoltre, all'esigenza, di cui è fatta menzione nella relazione al progetto definitivo del codice civile, di evitare il contrasto logico e insanabile fra la responsabilità illimitata dell'erede, nonché il suo obbligo di rispettare gli atti di disposizione del defunto, e l'azione di riduzione della liberalità». In senso conforme v. Cass., 15.6.2006, n. 13804, in Mass. Giur. It., 2006; Cass., 6. 8.1990, n. 7899, in Mass. Giur. It., 1990. L'orientamento della Suprema Corte trova riscontro anche nella giurisprudenza delle Corti di merito qui di seguito indicate: Trib. Treviso, 20.1.2009, in Mass. Giur. It., 2009; App. Perugia, 16.6.2008, in Mass. Giur. It., 2009.

(2) In aggiunta alle sentenze citate nella precedente nota, si rinvia a Cass., 29.7.2008, n. 20562, in Mass. Giur. It., 2008; Cass., 29.5.2007, n. 12496, in Mass. Giur. It., 2007; Cass., 22.10.1988, n. 5731, in Mass. Giur. It., 1988. L'orientamento trova riscontro anche in App. Roma, 17.7.2007, in Mass. Giur. It., 2007.

(3) Esclude la delazione dell'eredità in favore del legittimario preterito C. Cicala, La delazione dell'eredità, in Trattato di diritto delle successioni e donazioni, diretto da G. Bonilini, I, La successione ereditaria, Milano, 2009, 1067.

(4) L'opinione è sostenuta da F. Filomusi Guelfi, Diritto ereditario. Parte generale. Successioni legittime, Roma, 1909, 280; Pacifici-Mazzoni, Il codice civile commentato, a cura di Venzi, VIII, Trattato delle successioni, Torino, 1929, 10.

M. Andreoli, La vocazione ereditaria, in Studi senesi, 1940, 267. L'autore è nel senso che «[...] all'atto dell'apertura della successione, il legittimario, come tale, è destinatario di una vocazione necessaria a titolo di erede, vocazione che la norma immediatamente ricollega al destinatario in considerazione del rapporto che lo legava al de cuius [...]». Un quadro completo delle opinioni sostenute sotto il vigore del Codice del 1865 è tracciato da L. Coviello, Successione legittima e necessaria, Milano, 1937, 39 ss. Un cenno sulla devoluzione ipso iure al legittimario della quota di riserva si ritrova anche in F. De Martino, Giudizio di lesione e sospensione dell'esecuzione, in Giur. Comp. Dir. Civ., 1942, 40.

(5) La tesi è sostenuta da A. Cicu, Successione legittima e dei legittimari, 2^a ed., Milano, 1947, 76: «[...] a parer nostro, fermo restando che la quota ereditaria spettante al legittimario è quota sul relictum, e che in base a essa si determina la comunione ereditaria e l'onere dei debiti, la funzione della quota di legittima è quella di determinare l'utile netto che il legittimario ha diritto di conseguire[...]. Vediamo ora con quale mezzo tecnico l'utile è conseguito. Esso è dato dall'azione di riduzione. Questa azione non tende a integrare, ampliare la quota ereditaria, la quota cioè sul relictum. Ciò che il legittimario consegue con essa è appunto soltanto una pars honorum, sono dei beni che non costituiscono quota ereditaria, né si aggiungono a essa modificandola. Perciò il legittimario non risponde con essi dei debiti ereditari. Questa la ragione per cui il legittimario, se vuole assicurarsi l'utile netto, deve accettare l'eredità col beneficio d'inventario: ché altrimenti egli dovrebbe rispondere con tutti i suoi beni, comunque e in qualunque tempo acquisti».

(6) A. Cicu, op. cit., 78. La successione del legittimario è una «[...] successione legittima potenziata. E' a lui [al legittimario] devoluta per legge una quota dell'asse ereditario (relictum), per cui non può il testatore disporre che della quota residua (quota disponibile)».

(7) A. Cicu, op. cit., 76.

(8) A. Cicu, op. cit., 79.

(9) L. Mengoni, Successioni per causa di morte. Successione necessaria, in Trattato di dir. civ. comm., diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XLIII, II, 4^a ed., Milano, 2000, 57. L'Autore reputa la distinzione tra legittima e riserva «antistorica» in quanto «[...] non tiene conto dell'evoluzione della legittima nel diritto francese e della finale fusione con la réserve in un solo istituto retto dal principio (opposto al diritto romano) che la legittima spetta al legittimario come quota di eredità».

Chiare le considerazioni di G. Bonilini, *Institutio ex re certa e acquisto*, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento, in *Famiglia Persone e Successioni*, 2008, 532.

(10) Sul punto, v. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 5^a ed., Torino, 2010, 153. Sulla tesi – incline ad attribuire alla azione di riduzione la funzione di «[...] rendere inefficace, in tutto o in parte, l'atto di disposizione posto in essere dal de cuius» – è opportuno il riferimento a L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., 51: il codice «[...] non attribuisce al legittimario altra tutela all'infuori dell'azione di riduzione, azione di natura revocatoria, non di nullità». Sul punto, v. C. M. Bianca, *Diritto civile. La famiglia e le successioni*, 3^a ed., Milano, 2001, 615.

Nega che le disposizioni lesive siano nulle anche A. Tullio, *La tutela dei legittimari*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, cit., 2009, 538.

(11) Sul punto v. L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., 262. L'autore chiarisce che per il legittimario pretermesso «[...] il modo di venire all'eredità non è l'accettazione, ma il reclamo della quota riservata nella forma della domanda di riduzione dell'istituzione di erede entro il limite della quota disponibile. Accettazione dell'eredità non è possibile in questo caso, né prima della proposizione dell'azione di riduzione, né dopo la sentenza, per effetto della quale la quota di legittima si devolve senz'altro al legittimario in quanto reclamata».

(12) F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, in *Codice Civile. Commentario diretto da M. D'Amelio*, Firenze, 1941, 271; L. Mengoni, cit., 234: «[...] per fondare la vocazione legale all'eredità del legittimario pretermesso è sufficiente il concetto di inefficacia relativa dell'istituzione di erede colpita dalla riduzione». La tesi è accolta, anche, da App. Roma, 15.6.2010, in *Mass. Giur. It.*, 2010.

Analogo ordine di considerazioni è svolto da M. Dossetti, *Principi generali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, III, cit., 754; e, ivi, anche da U. La Porta, *Rapporti tra successione legittima e successione testamentaria*, cit., 710.

(13) Sul punto v. L. Coviello, *Successione necessaria*, cit., 306: la qualità di erede «[...] è un nomen iuris che si ha etiam sine ullo corpore, e prescinde dalla esistenza di beni nella massa ereditaria». Il rilievo è ripreso proficuamente da L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XLIII, I, Milano, 1983, 37: «[...] la successione legittima è esclusa nella misura in cui il de cuius ha disposto delle sue sostanze mediante istituzione di uno o più eredi. Essa si apre anche se ha disposto di tutti i suoi beni a titolo particolare con donazioni o legati, in guisa che nessun vantaggio economico può venire all'eredità legittima [...]. Il conseguimento di un utile economico (acquisto di beni) non è un elemento essenziale della successione ereditaria».

Il principio è accolto da Cass., 14.3.1974, n. 714, in *Giur. It.*, 1975, I, 1133.

Seppure da una prospettiva differente, il tema è stato esaminato anche da G. Bonilini, Azione di riduzione, e valutazione di azioni non quotate in borsa, in *Famiglia Persone e Successioni*, 2009, 390.

(14) Il testo riportato tra virgolette è tratto da Gius. Azzariti, Successione testamentaria e vocazione “ex lege”, in *Giur. It.*, 1975, I, 1135.

In ordine all'esigenza obiettiva della continuità della personalità del de cuius proficue appaiono le considerazioni di P. Perlingieri, La funzione sociale del diritto successorio, in *Rass. Dir. Civ.*, 2009, 131; e di G. Bonilini, Concetto e fondamento della successione mortis causa, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I cit., 30.

(15) In tal senso v. espressamente Gius. Azzariti, cit., 1135. L'autore rievoca la tesi sostenuta da L. Coviello, L'istituzione di erede e il lascito di beni determinati, in *Giur. It.*, 1931, I, 1157.

(16) Le parole riportate tra virgolette sono tratte, oltre che dalla sentenza che si annota, da Cass., 7.10.2005, n. 19527, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

(17) Per tale ragione sarebbe preferibile utilizzare per l'ipotesi in esame il sintagma legittimario leso piuttosto che quello legittimario pretermesso.

(18) La soluzione è stata prospettata – circa quattro mesi prima della pronuncia che si annota – da Cass., 31.8.2011, n. 17896, in *Notariato*, 2011, 632; e da Cass., 28.11.1988, n. 6416, in *Mass. Giur. It.*, 1988.

Seppure in relazione ad una questione differente, la Corte Costituzionale – con sentenza resa in data 25.8.1985 n. 235, in *Giur. It.*, 1986, I, 1154 – ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 564, co. 1, c.c. , in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.

(19) L. Mengoni, Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria, cit., 264.

In epoca relativamente più recente la tesi è stata riproposta da F. Tinti, Pretermissione del legittimario e accettazione con beneficio d'inventario, in *Famiglia Persone e Successioni*, 2012, 39; e da V. Santarsiere, Sul legittimario pretermesso nella successione ab intestato per donazione dei beni, in *Giur. Mer.*, 2007, 352.

(20) L. Mengoni, op. ult. cit., 264.

(21) L. Coviello, Successione legittima e necessaria, cit., 367: «[...] L'art. 972 deriva dall'art. 1026 del codice albertino, che però parlava di formazione dell'inventario, non di accettazione col beneficio d'inventario. Or si comprende la necessità dell'inventario come mezzo legale per la constatazione della consistenza dell'asse ereditario, per impedire che, d'accordo fra i coeredi, si compiano sottrazioni od occultamenti e poi s'invochi di fronte agli estranei l'insufficienza dei beni esistenti, ma nessuna buona ragione sussiste per richiedere l'accettazione col beneficio d'inventario».

(22) R. Nicolò, Azione di riduzione e beneficio d'inventario, in *Foro It.*, 1943, I, 272 osserva che «[...] il caso pratico di cui ci siamo occupati fa tornare alla mente la vecchia questione se l'aver subordinato l'azione di riduzione contro persone non chiamate come coeredi all'accettazione del legittimario col beneficio d'inventario sia logicamente corretto o per lo meno praticamente opportuno. Già per il codice del 1865 si era rilevato che non si spiegava né sotto l'uno né sotto l'altro profilo la necessità di quel requisito, dato che la finalità che si voleva raggiungere si sarebbe potuta realizzare più semplicemente col porre a carico del legittimario l'onere di fare l'inventario anzi che quello più intenso di accettare col beneficio». Analoghe considerazioni sono espresse da L. Ferri, *Dei Legittimari*. Art. 536-564, nel *Comm. Cod. civ.* a cura A. Scialoja e G. Branca, 2^a ed., Bologna-Roma, 1981, 241.

(23) Le parole riportate tra virgolette sono tratte da Cass., 31.8.2011, cit. In senso conforme – oltre alle sentenze citate nelle precedenti note 1 e 2 – sia consentito il rinvio a Cass., 7.4.1990, n. 2923, in *Riv. Notar.*, 1991, 213; e a Cass., 9.7.1971, n. 2200, in *Giust. Civ.*, 1972, I, 164. È allineato all'orientamento della Suprema Corte anche Trib. Catania, 24.1.2006, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

(24) Sotto tale profilo pone in evidenza la «[...] sproporzione del mezzo tecnico prescelto, mentre sarebbe bastato il semplice requisito della confezione dell'inventario [...]» L. Mengoni, op. ult. cit., 261.

(25) Relazione ministeriale al progetto definitivo n. 88. La tesi è accolta da Cass., 7.10.2005, cit. In dottrina v. A. Cicu, *Successione legittima e dei legittimari*, cit., 77.

Le argomentazioni addotte dalla relazione al progetto «[...] sembrano non attendibili» a F. Santoro Passarelli, op. cit., 326; in senso critico, v. anche R. Nicolò, op. cit., 272; e L. Mengoni, op. ult. cit., 261. Una differente spiegazione è fornita da L. Ferri, op. cit., 250: «[...] l'onere dell'accettazione beneficiata (e non del solo inventario) si collega all'esigenza, pure sentita dal legislatore, di evitare che l'azione di riduzione venga strumentalizzata per scopi diversi da quelli che gli sono naturali. Nell'art. 557 3° comma, ultimo inciso, il legislatore ha sancito che i creditori del defunto non possono chiedere la riduzione né profittarne[...]. Questa sola eventualità è stata ritenuta sufficiente dal legislatore, per negare l'azione di riduzione ai legittimari, che non hanno accettato con beneficio d'inventario e sono quindi divenuti responsabili, con tutti i loro beni, verso i creditori del defunto». Eppure, nella segnata prospettiva, la tesi non giustifica per quale ragione l'erede conservi l'azione di riduzione anche se decade dal beneficio d'inventario.

(26) Sul punto v. R. Nicolò, op. cit., 271.

(27) R. Nicolò, op. cit., 271.

(28) F. Santoro Passarelli, op. cit., 327.

(29) Sul punto L. Ferri, op. cit., 209.

(30) R. Nicolò, op. cit., 270.

(31) R. Nicolò, op. cit., 271.

(32) La Suprema Corte – con sentenza resa il 22.10.1975, n. 3500, in Foro It., 1976, I, 1952 – è nel senso che «[...] qualora il legittimario non possa aggredire la donazione di data più recente, effettuata a favore di donatario non coerede, per aver accettato l'eredità senza far ricorso al beneficio di inventario (che è richiesto come condizione per agire in riduzione contro donatari non coeredi), non può più aggredire la donazione meno recente a favore del coerede, se non nei limiti in cui risulti dimostrata la insufficienza della donazione più recente a reintegrare la quota di riserva».

(33) Cass., 22.6.1961, n. 1495, in Giust. Civ., 1961, I, 1811. La soluzione trova riscontro anche in due isolate pronunce delle Corti di merito: Trib. Santa Maria Capua Vetere, 21.8.1957, in Temi Napol., 1958, I, 324; e Trib. Roma (ord.), 28.2.2003, in Mass. Giur. It., 2003.

(34) «L'azione di simulazione relativa proposta dall'erede in ordine ad un atto di disposizione patrimoniale del "de cuius" stipulato con un terzo, che si assume lesivo della quota di legittima ed abbia tutti i requisiti di validità del negozio dissimulato (nella specie una donazione in favore di un altro erede), deve ritenersi proposta esclusivamente in funzione dell'azione di riduzione prevista dall'art. 564 c.c., con la conseguenza che l'ammissibilità dell'azione è condizionata dalla preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario. Tale condizione non ricorre, infatti, soltanto quando l'erede agisca per far valere una simulazione assoluta o anche relativa, ma finalizzata a far accertare la nullità del negozio dissimulato, in quanto, in tale ipotesi, l'accertamento della realtà effettiva consente al legittimario di recuperare alla massa ereditaria i beni donati, mai usciti dal patrimonio del defunto». Al riguardo v. Cass., 23.2.2011, n. 4400, in Mass. Giur. It., 2011. Nello stesso senso v., ex plurimis, Cass., 27.6.2003, n. 10262, in Arch. Civ., 2004, 560; Cass., 1.4.1997, n. 2836, in Mass. Giur. It., 1997. L'orientamento trova riscontro anche nella giurisprudenza delle Corti di merito: App. Milano, 17.2.2010, in Corr. Merito, 2010, 494; App. Roma, 10.9.2009, in Mass. Giur. It., 2009.

(35) Sul punto, v. Cass., 31.8.2011, n. 17896, cit.; in senso conforme, ex plurimis, Cass., 23.2.2011, n. 4400, cit.; Cass., 19.3.1996, n. 2294, in Corriere Giur., 1996, 11, 1279.

(36) L. Mengoni, op. ult. cit., p. 208.

(37) L'orientamento è univoco: v., ex plurimis, Cass., 13.11.2009, n. 24134, in Giur. It., 2010, 544; Cass., 2.9.2008, n. 22030, in Notariato, 2009, 14; Cass., 29.5.2007, n. 12496, in Fam. Pers. Succ., 2008, 701; Cass., 26.4.2007, n. 9956, in Mass. Giur. It., 2007; Cass., 28.10.2004, n. 20868, in Contratti, 2005, 564; Cass., 30.7.2002, n. 11286, in Contratti, 2003, 36; Cass., 21.4.1998, n. 4024, in Giur. It., 1998, 2249; Cass., 29.10.1994, n. 8942, in Giur. It., 1995, I, 1228; Cass., 21.12.1987, n. 9507, in Mass. Giur. It., 1987; Cass., 11.10.1986, n. 594, in Giur. It., 1987, I, 1866.

L'orientamento della Suprema Corte trova riscontro nella giurisprudenza delle Corti di merito qui di seguito indicate: Trib. Santa Maria Capua Vetere, 7.9.2010, in Mass. Giur. It., 2010; Trib. Trento, 4.2.2010, in Mass. Giur. It., 2010; App. Bologna, 27.2.2008, in Mass. Giur. It., 2008; Trib. Napoli, 17.4.2007, in Notariato, 2007, 379;



Trib. Bari, 13.3.2006, in Mass. Giur. It., 2006; Trib. Catania, 2.4.2004, in Giur. Aetnea, 2005, 9; Trib. Padova, 6.3.2003, in Mass. Giur. It., 2003; Trib. Catania, 7.3.2001, in Dir. Famiglia, 2001, 1509.

Dall'assunto che il legittimario è terzo rispetto all'accordo simulatorio, la Corte di Cassazione ha tratto l'implicazione che «[...] il termine di prescrizione dell'azione di simulazione di un contratto di compravendita stipulato dal de cuius, esercitata in funzione dell'azione di riduzione della donazione dissimulata, decorre dall'apertura della successione perché è da tale momento che l'avente diritto alla quota di riserva acquista la legittimazione a proporre la domanda di simulazione». Al riguardo v. Cass., 6.11.1986, n. 6493, in Vita Notar., 1986, 1103.

(38) Sul punto, v. Cass., 4.4.1992, n. 4140, in Mass. Giur. It., 1992.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI ACCETTAZIONE E RINUNCIA ALL'EREDITÀ

a cura di Vito Amendolagine

c.c. art. 456

c.c. art. 459

c.c. art. 480

c.c. art. 481

Lo scritto si propone di esaminare tutti gli aspetti cruciali e maggiormente significativi che dalla morte del de cuius, passando per l'apertura della successione, riguardano tutti i chiamati all'eredità e singolarmente coloro che una volta accettata espressamente o tacitamente quest'ultima, assumono lo status di eredi legittimi. Nell'esposizione giurisprudenziale si è quindi privilegiata la scelta degli argomenti che sovente si presentano all'attenzione dell'utente qualificato chiamato a dare risposte immediate alle plurime domande di giustizia, anche sulle principali questioni di natura squisitamente tributaria.

Lo status di erede

In caso di decesso di un soggetto l'acquisto della qualifica di successore a titolo universale non può ricollegarsi automaticamente al mero evento morte del dante causa, ma necessita della previa acquisizione della qualità di erede per accettazione espressa o tacita, non essendo sufficiente la semplice chiamata all'eredità (Cass. 14 novembre 2008, n. 27274), nemmeno nella ipotesi in cui il soggetto rivesta la qualifica di erede necessario del de cuius, occorrendo comunque la materiale accettazione (Cass. 12 giugno 2006, n. 13571). Anche se la qualità di erede consegue alla vocazione

testamentaria o legale nella universalità dei beni o in una quota di essi, comportandone la messa a disposizione a favore del chiamato dal momento dell'apertura della successione ex art. 456 c.c., che precede l'acquisto dell'eredità, tuttavia solo la accettazione di questa, ex art. 459 c.c., perfeziona la successione ereditaria.

Successione nel processo

Il principio secondo cui l'art. 110 c.p.c., riguardante la successione nel processo a seguito della successione universale nel diritto controverso, trova applicazione, relativamente alle successioni mortis causa, solo nei confronti degli eredi, vale a dire di coloro che abbiano espressamente o tacitamente accettato l'eredità e non anche dei semplici chiamati all'eredità (Cass. n. 13571/2006; Cass. n. 8391/1998), con la conseguenza che nei confronti del soggetto il quale al momento della notifica dell'atto giudiziario non ha ancora rinunciato ed era solo chiamato all'eredità a seguito della rinuncia degli altri parenti che lo precedevano nella linea di successione, non può ritenersi ritualmente integrato il contraddittorio (Cass. 8 giugno 2007, n. 13500).

Accettazione dell'eredità

Va altresì considerato che, nelle more dell'accettazione della eredità, è possibile effettuare atti conservativi che il chiamato può compiere anche prima dell'accettazione stessa, che non possono essere ritenuti atti di accettazione tacita (Cass. 9 ottobre 2013, n. 22977), potendo questa desumersi soltanto dall'esplicazione di un'attività personale del chiamato tale da integrare solo gli estremi dell'atto gestorio incompatibile con la volontà di rinunciare, e non altrimenti giustificabile se non in relazione al palese svolgimento di attività nella qualità di erede.

Infatti la giurisprudenza di legittimità ha precisato come l'accettazione tacita di eredità può desumersi soltanto dall'esplicazione di un'attività personale del chiamato tale da integrare gli estremi dell'atto gestorio incompatibile con la volontà di rinunciare, e non altrimenti giustificabile se non in relazione alla qualità di erede, con la conseguenza che non possono essere ritenuti atti di accettazione tacita quelli di natura meramente conservativa che il chiamato può compiere anche prima dell'accettazione, ex art. 460 c.c. (Cass. 9 ottobre 2013, n. 22977). L'indagine relativa alla esistenza o meno di un comportamento qualificabile in termini di accettazione tacita, risolvendosi in un accertamento di fatto, va condotta dal giudice di merito caso per caso, in considerazione delle peculiarità di ogni singola fattispecie, e tenendo conto di molteplici fattori, tra cui quelli della natura e dell'importanza, oltreché della finalità, degli atti di gestione, e non è censurabile in sede di legittimità, purché la relativa motivazione risulti immune da vizi logici o da errori di diritto (Cass. n. 12753/1999). In particolare, si è affermato, che l'immissione nel possesso dei beni ereditari è atto non univoco, che, di per sé considerato, non equivale necessariamente ad accettazione tacita dell'eredità, poiché non presuppone necessariamente, in chi lo compie, la volontà di accettare e la qualità di erede, potendo anche dipendere da un mero intento

conservativo del chiamato o da tolleranza da parte degli altri chiamati (Cass. n. 12753/1999, cit.; Cass. n. 20868/2005).

La riscossione dei canoni di locazione è invece senz'altro idonea a costituire accettazione tacita dell'eredità ex art. 476 c.c. perché la riscossione dei crediti ha valenza di atto dispositivo del patrimonio ereditario, non già di atto avente valenza meramente conservativa (cfr. Cass. 6 febbraio 2014, n. 2743 ed in particolare Cass. 5 novembre 1999, n. 12327, secondo cui costituisce atto di accettazione tacita dell'eredità ai sensi dell'art. 476 c.c., la riscossione da parte del chiamato di un assegno rilasciato al de cuius in pagamento di un suo credito, non essendo la riscossione atto conservativo, bensì dispositivo del patrimonio ereditario).

Secondo Cass. 27 agosto 2012, n. 14666 in tema di successioni per causa di morte, un pagamento transattivo del debito del de cuius ad opera del chiamato all'eredità, a differenza di un mero adempimento dallo stesso eseguito con denaro proprio, configura un'accettazione tacita dell'eredità, non potendosi transigere un debito ereditario se non da colui che agisce quale erede. Se infatti un chiamato all'eredità ben può adempiere un debito del de cuius con denaro proprio senza per questo accettare l'eredità stessa - in quanto il pagamento del debito del de cuius che il chiamato effettua con denaro proprio non è un atto dispositivo e comunque suscettibile di menomare la consistenza dell'asse ereditario, ovvero tale che solo l'erede ha il diritto di compiere (Cass. 26 marzo 1965, n. 497), avuto riguardo all'art. 1180 c.c., che legittima qualsiasi terzo all'adempimento del debito altrui (Cass. 9 novembre 1974, n. 3492) - diverso è il caso di una tacitazione transattiva delle pretese del creditore, essendo evidente che una transazione riguardante il suddetto debito ereditario non può essere posta in essere se non da colui che agisce quale erede, non avendo altrimenti alcun titolo per transigere l'obbligazione altrui.

Inoltre si è affermato che se il chiamato all'eredità ha partecipato, sia pure in contumacia, ad un giudizio di merito concernente beni del de cuius, ed ha dichiarato solo nella fase di appello, informalmente, il disinteresse alla lite, tale condotta processuale costituisce una accettazione tacita della eredità, inconciliabile con la tardiva rinuncia, in base all'esito della stessa lite (Cass. 8 giugno 2007, n. 13384).

Prescrizione del diritto ad accettare l'eredità

L'art. 480 c.c., al comma 1, prevede che il diritto di accettare l'eredità si prescrive in dieci anni; il termine decorre dall'apertura della successione, e in caso di istituzione condizionale dal giorno in cui si verifica la condizione; il secondo comma stabilisce che il termine non corre per i chiamati ulteriori se vi sia stata accettazione da parte dei precedenti chiamati dell'eredità e successivamente il loro acquisto è venuto meno.

Infatti l'art. 459 c.c., nel prescrivere che l'eredità si acquista con l'accettazione, si riferisce all'eredità in sé considerata, a prescindere dal titolo della chiamata, legittima o testamentaria, presupponendo quindi un concetto unitario di acquisto dell'eredità stessa.

In tale contesto deve essere letto l'art. 480 c.c. che stabilisce il termine di decorrenza della prescrizione decennale del diritto di accettare l'eredità in ogni caso dal giorno dell'apertura della successione, e, in caso di istituzione condizionale, dal giorno in cui si verifica la condizione, senza porre quindi alcuna distinzione con riferimento al tipo di devoluzione; ai sensi del comma 3 della suddetta norma, poi, quando i primi chiamati abbiano accettato l'eredità, ma successivamente vengono rimossi gli effetti dell'accettazione, il suddetto termine non corre per gli ulteriori chiamati, decorrendo quindi dal giorno in cui costoro hanno la possibilità giuridica di accettare.

La conferma della scelta del legislatore di stabilire un termine decennale di prescrizione del diritto di accettazione dell'eredità decorrente dal giorno dell'apertura della successione sia in caso di successione legittima che testamentaria - fatte salve le espresse eccezioni previste dallo stesso art. 480 c.c. - è offerta dall'art. 483 c.c. che, dopo aver disposto al comma 1 che l'accettazione dell'eredità non si può impugnare se viziata da errore, prevede al secondo comma che se si scopre un testamento del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione, l'erede non è tenuto a soddisfare i legati scritti in esso oltre il valore dell'eredità, o con pregiudizio della porzione legittima che gli è dovuta.

Invero tale disposizione - dalla quale si evince che, una volta accettata l'eredità, non si pone più un problema di prescrizione del diritto di accettazione della stessa in base ad un testamento scoperto successivamente - attribuisce rilievo ad un testamento che sia stato rinvenuto a distanza di tempo dall'apertura della successione in quanto, temperando il rigore di quanto sancito al primo comma, ne prevede l'efficacia senza che esso debba essere accettato, sia nell'ipotesi che detto testamento sia più favorevole per il chiamato (qualora gli attribuisca una quota maggiore di eredità o altri beni) sia nell'ipotesi opposta, stabilendo il principio del limite dell'obbligo di soddisfare i legati entro il valore della dell'eredità; pertanto la norma in esame esclude due autonomi diritti di accettazione dell'eredità, in quanto, se così fosse, l'erede sarebbe tenuto a soddisfare i legati previsti nel testamento scoperto successivamente soltanto a seguito dell'accettazione di tale testamento; invece l'obbligo per l'erede di soddisfare i legati, sia pure nei limiti sopra enunciati, a seguito della scoperta di un testamento di cui non si aveva conoscenza al tempo dell'accettazione dell'eredità - e quindi il dettato legislativo secondo il quale l'accettazione sulla base della originaria delazione resta valida, ma alla prima successione si sovrappone quella testamentaria nei termini suddetti - inducono logicamente alla conclusione che l'accettazione è unica indipendentemente dal titolo della chiamata, conformemente all'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità secondo cui il vigente ordinamento non contempla due distinti ed autonomi diritti di accettazione dell'eredità, derivanti l'uno dalla devoluzione testamentaria e l'altro dalla legittima, ma prevede (con riguardo al patrimonio relitto dal defunto, quale che ne sia il titolo della chiamata) un unico diritto di accettazione che, se non viene fatto valere, si prescrive nel termine di dieci anni decorrente dal giorno dell'apertura della successione (Cass. 8 gennaio 2013, n. 264;



Cass. 22 settembre 2000, n. 12575; Cass. 16 febbraio 1993, n. 1933; Cass. 18 ottobre 1988, n. 5666; Cass. 25 gennaio 1983, n. 697).

l'impossibilità di fare valere il diritto alla quale l'art. 2935 c.c. attribuisce rilevanza di fatto impeditivo della decorrenza della prescrizione è solo quello che deriva da cause giuridiche che ne ostacolano l'esercizio e non comprende anche gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto per i quali il successivo art. 2941 c.c. prevede solo specifiche e tassative ipotesi di sospensione tra le quali, salvo l'ipotesi di dolo previsto dal n. 8 della norma citata, non rientra l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto, né il dubbio soggettivo sull'esistenza di tale diritto ed il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento (Cass. ord. 7 marzo 2012, n. 3584; Cass. 27 giugno 2011, n. 14163; Cass. 7 novembre 2005, n. 21495), come ad esempio, nel caso di testamento non scoperto nel termine decennale dall'apertura della successione.

La natura del termine per accettare l'eredità

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che mentre il termine fissato dal giudice per l'accettazione dell'eredità, nell'ipotesi di cui all'art. 481 c.c., è un termine di decadenza, quello entro il quale il diritto di accettare si estingue per il mancato esercizio ex art. 480 c.c., è un termine di prescrizione, tale essendo espressamente dichiarato dalla legge e, trattandosi di prescrizione, al di fuori delle previste cause di sospensione, non vi sono altri fatti impeditivi del suo decorso per quanto concerne l'esercizio del diritto di accettazione dell'eredità (cfr. Cass. 10 aprile 2013, n. 8776; Cass. 5 gennaio 1970, n. 11). Orbene, da un canto, va osservato che in tema di accettazione dell'eredità non operano gli atti interruttivi della prescrizione, attesa la natura potestativa del diritto, che si realizza con il compimento dell'atto in cui si concreta l'accettazione, d'altro lato, il termine - definito dalla legge di prescrizione - è soggetto alle cause ordinarie di sospensione e agli impedimenti legali, non ricorrendo altri fatti impeditivi del suo decorso (Cass. 14 ottobre 2014, n. 21687).

Le conseguenze della perdita del diritto ad accettare l'eredità

La perdita del diritto di accettare l'eredità ex art. 481 c.c., comporta anche la perdita della qualità di chiamato all'eredità e di conseguenza l'inefficacia della chiamata all'eredità per testamento con l'ulteriore conseguenza che non si verifica la coesistenza di una successione testamentaria e di una successione legittima, ma si apre esclusivamente la successione legittima e, in conseguenza dell'inefficacia della devoluzione testamentaria, l'eredità, ai sensi dell'art. 457 c.c., si devolve per legge.

Infatti nel nostro sistema, il fenomeno devolutivo dei beni e l'individuazione degli eredi e dei legatari possono trovare indistintamente fondamento sia nella legge che nella volontà del testatore; proprio il richiamato articolo stabilisce che occorre farsi

luogo alla successione legittima, quando manca in tutto o in parte quella testamentaria; il concorso tra le due vocazioni è riconducibile ad un rapporto di reciproca integrazione (Cass. 20 ottobre 2014, n. 22195).

L'art. 480 c.c., stabilendo il principio che il diritto di accettare l'eredità si prescrive in dieci anni, richiama la causa di estinzione dei diritti prevista dall'art. 2934 c.c., disponendo, quindi, che il chiamato, per il solo fatto della sua inerzia durante quel determinato periodo di tempo, perde definitivamente la possibilità di accettare.

Ciò non toglie, tuttavia, che altro soggetto, interessato al vantaggio prodotto dalla prescrizione e quindi legittimato alla relativa eccezione, possa decidere di non avvalersi di tale causa estintiva del diritto, manifestando - in forma espressa o in modo tacito - l'inequivoca volontà di rinunciare alla prescrizione già maturata e quindi di considerare come tuttora integro ed operante l'altrui diritto ad accettare l'eredità.

Orbene, l'effetto giuridico della rinuncia si risolve, sul piano processuale, nella perdita, a carico del rinunziante, del potere di opporre l'eccezione di prescrizione, e produce, sul piano sostanziale, una situazione in cui il diritto colpito dalla prescrizione, indebolito nella sua tutela dalla possibilità dell'eccezione, dato che la prescrizione non opera ipso iure, riacquista il suo vigore, come se il termine di prescrizione non avesse ancora compiuto il suo corso (Cass. 15 gennaio 1996, n. 263).

Legittimazione ad causam

La legittimazione ad causam consiste nella titolarità del potere e del dovere - rispettivamente per la legittimazione attiva e per quella passiva - di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, secondo la prospettazione offerta dall'attore, indipendentemente dalla effettiva titolarità, dal lato attivo o passivo, del rapporto stesso. Quando, invece, le parti controvertono sulla effettiva titolarità, in capo al convenuto, della situazione dedotta in giudizio, ossia sull'accertamento di una situazione di fatto favorevole all'accoglimento o al rigetto della domanda attrice, la relativa questione non attiene, alla legitimatio ad causam, ma al merito della controversia.

La legittimazione attiva costituisce dunque una condizione dell'azione, che consiste nella titolarità del diritto potestativo di ottenere dal giudice una sentenza sul rapporto giuridico sostanziale dedotto e, dunque, di promuovere il giudizio, donde, il suo difetto comporta l'inammissibilità della domanda in quanto, al di fuori dei casi di sostituzione processuale, non è consentito far valere in giudizio un diritto altrui, atteso che la sua ricorrenza va affermata o negata sulla base della stessa affermazione della parte, e sussiste se vi sia coincidenza tra il soggetto che propone la domanda ed il soggetto che nella domanda stessa si afferma titolare del diritto, prima ed indipendentemente dalla verifica che davvero lo sia, giacché tale aspetto attiene al merito. Corollario è che il difetto di legittimazione è rilevabile d'ufficio, in quanto attinente alla regolare costituzione del contraddittorio, per cui resta del tutto influente che la questione sia stata o meno sollevata dalla controparte (cfr. ex plurimis, Cass. 6 marzo 2008, n. 6132).

Delazione ereditaria ed apertura della successione

Nell'asse ereditario rientrano in universum ius tutte le situazioni giuridiche attive e passive facenti capo al de cuius al momento dell'apertura della successione, incluso il diritto di agire o di contraddire in giudizio, il soggetto che nel riassumere la causa innanzi al giudice di rinvio si dichiara erede di una delle parti, in base ad una delazione ereditaria coerentemente dedotta, pone in essere un atto di accettazione tacita dell'eredità ai sensi dell'art. 476 c.c., in quanto esercita un diritto d'azione che solo la qualità di erede gli consente di esercitare, mentre è del tutto irrilevante ai fini della successione nel processo l'effettiva titolarità della res controversa in senso sostanziale (Cass. 2 luglio 2014, n. 15107).

Ciò premesso, laddove non risulta contestata la qualità di figlio del de cuius, diviene irrilevante la mancanza dell'atto di stato civile attestante la filiazione, visto che, in quanto figlio del de cuius, lo stesso è in possesso del titolo legale che gli conferisce il diritto di successione.

Al riguardo, occorre però precisare che la delazione che segue alla apertura della successione, pur costituendo un presupposto della qualità di erede, non è sufficiente per l'acquisto di tale qualità, la quale viene acquistata se il chiamato accetta di essere erede, o mediante una dichiarazione di volontà, oppure in dipendenza di un comportamento obiettivamente acquiescente, come avviene nell'ipotesi in cui il chiamato all'eredità agendo come erede, nell'ambito di una successione legittima, ha esercitato il diritto di credito assunto come spettante al padre. Per il chiamato necessario all'eredità, l'esercizio dell'azione comporta l'accettazione tacita dell'eredità, avendo esercitato un'azione che, per gli effetti di cui all'art. 476 c.c., travalica il semplice mantenimento dello stato di fatto quale esistente all'atto dell'apertura della successione e la mera gestione conservativa dei beni compresi nell'asse ex art. 460 c.c. (Cass. 20 ottobre 2014, n. 22223).

Chiamati all'eredità e sottrazione dei beni del de cuius

Va altresì rammentato, sul piano sostanziale, che l'art. 527 c.c. dispone che i chiamati all'eredità che hanno sottratto o nascosto i beni a questa spettanti, decadono dalla facoltà di rinunziarvi e si considerano eredi puri e semplici, nonostante la loro rinunzia. La fattispecie in esame si differenzia da quella dell'accettazione tacita dell'eredità, prevista dall'art. 476 c.c. perché, mentre l'accettazione tacita dell'eredità è basata sulla volontà del chiamato, effettiva o presupposta, nella ipotesi prevista dall'art. 527 c.c., al contrario, il legislatore prescinde completamente, ai fini dell'acquisto dell'eredità, dalla concreta volontà del chiamato. Le ragioni per le quali, nella ipotesi in esame, viene considerato erede colui che abbia compiuto atti non

diretti, né espressamente né tacitamente, ad acquistare la qualità di erede, vengono spiegate dall'opinione prevalente non come una sanzione normativa, ma come una garanzia per i creditori del de cuius, ai quali non si potrebbe opporre un esonero da responsabilità attraverso il beneficio d'inventario o la rinuncia (Cass. 9 ottobre 2014, n. 21348).

Morte della parte nel corso del giudizio

In caso di morte di una parte nel corso del giudizio, i suoi successori a titolo universale sono tutti litisconsorti necessari quando abbiano acquistato la qualità di eredi per accettazione espressa o tacita, non essendo sufficiente la semplice chiamata all'eredità (Cass. 14 novembre 2008, n. 27274) atteso che è nulla la notificazione dell'atto d'integrazione del contraddittorio effettuata in persona del chiamato all'eredità che non abbia assunto la qualità di erede - o vi abbia rinunciato prima della notifica stessa (ovvero non vi sia la prova che in precedenza l'abbia tacitamente accettata), in quanto la legitimatio ad causam non si trasmette dal de cuius al chiamato all'eredità per effetto della semplice apertura della successione, ma soltanto a seguito dell'acquisto della qualità di erede, gravando su chi agisce in giudizio l'onere quanto meno di dedurre che tale acquisto si è verificato (Cass. 12 settembre 2008, n. 23543).

Imposta di successione

In tema di imposta sulle successioni, presupposto dell'imposizione tributaria è la chiamata all'eredità e non già l'accettazione. Ne consegue che, allorché la successione riguardi anche l'eredità devoluta al dante causa e da costui non ancora accettata, l'erede è tenuto al pagamento dell'imposta anche relativamente alla successione apertasi in precedenza a favore del suo autore, la cui delazione sia stata a lui trasmessa ai sensi dell'art. 479 c.c. (Cass. 9 ottobre 2014, n. 21394; Cass. 10 marzo 2008, n. 6327; Cass. 28 ottobre 1995, n. 11320).

Infatti, l'art. 110 c.p.c. stabilisce che, quando la parte viene meno per morte od altra causa, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto, il che presuppone la qualità di erede, a seguito di valida accettazione della eredità, sicché l'assenza di prova di tale qualità esclude la legitimatio ad causam, la cui mancanza è rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità, (Cass., sez. trib., 30 luglio 2014, n. 17295; Cass. 20 giugno 2006, n. 14266; Cass. 4 marzo 2002, n. 3102).

Pluralità di chiamati all'eredità

Nelle successioni legittime, qualora sussista una pluralità di designati a succedere in ordine successivo, si realizza una delazione simultanea a favore dei primi chiamati e dei chiamati ulteriori, con la conseguenza che questi ultimi, in pendenza del termine di accettazione dell'eredità per i primi chiamati, sono abilitati ad esercitare una accettazione espressa o tacita valida, ma con efficacia subordinata al venire meno, per rinuncia o per prescrizione - eventi i quali configurano una condicio iuris - del diritto dei primi chiamati (Cass. 6 febbraio 2014, n. 2743; Cass. 13 luglio 2000, n. 9286; Cass. 22 giugno 1995, n. 7073; Cass. 16 agosto 1993, n. 8737), osservando, anzitutto, che

l'art. 480 c.c., comma 3, stabilisce che il termine di dieci anni, fissato per accettare l'eredità, non corre per i chiamati ulteriori, nel caso in cui vi sia stata accettazione da parte dei precedenti chiamati e successivamente il loro acquisto sia venuto meno. Ciò significa che, al di fuori dell'ipotesi espressamente contemplata, il termine di prescrizione corre anche per i chiamati ulteriori sin dal momento dell'apertura della successione, donde l'inferenza della delazione simultanea, con produzione immediata di effetti anche in capo ai chiamati ulteriori, titolari di una situazione giuridica rilevante, in quanto assoggettata alla prescrizione.

La successione del chiamato morto senza avere accettato l'eredità

Se il chiamato all'eredità muore senza averla accettata, ai sensi dell'art. 479 c.c. il diritto di accettarla si trasmette agli eredi: poiché non distingue tra i primi chiamati e chiamati ulteriori, la disposizione è considerata applicabile anche in favore dei secondi ed il fatto che agli ulteriori chiamati venga riconosciuta una posizione giuridicamente rilevante e trasmissibile agli eredi, costituisce un altro argomento in favore della tesi che la delazione operi immediatamente anche in favore dei chiamati ulteriori (Cass. n. 9286/2000).

Ai chiamati in ordine successivo, ai sensi dell'art. 481 c.c., spetta il potere di esercitare l'actio interrogatoria al fine di far fissare ai chiamati di grado posteriore un termine per dichiarare se accettano o se rinunciano all'eredità. Detto potere non esaurisce lo status di chiamato ulteriore, quale unica espressione di rilevanza giuridica, bensì lo completa sotto il profilo della tutela. In conclusione, per i chiamati ulteriori a quelli di primo grado ricorre una situazione giuridica analoga: vale a dire, una situazione di pendenza destinata a risolversi nel momento in cui il diritto dei primi chiamati sia oggetto di rinuncia o si estingua per prescrizione decennale. Per analogia, quindi, anche i chiamati ulteriori possono compiere atti di accettazione, espressa o tacita dell'eredità, che diventeranno efficaci solo se i primi chiamati rinunzino o non accettino nel termine (Cass. n. 9286/2000).

La specificità della disciplina, per il chiamato che sia nel possesso dei beni, sta nel fatto di conoscere, da un lato, l'esistenza dell'apertura della successione e, dall'altro, la circostanza che i beni sui quali eserciti la signoria di fatto siano proprio quelli che siano caduti in successione, atteso che il chiamato - indipendentemente dalla posizione rispetto ad altri delati posteriori - deve essere consapevole dell'investitura di quello specifico possesso che comporterà, se non accompagnato dalla redazione dell'inventario, alla preclusione della facoltà di rinunciare (Cass. 30 marzo 2012, n. 5152).

Ciascun chiamato all'eredità, anche prima dell'accettazione, ha legittimazione ad intervenire alle assemblee del condominio dell'immobile compreso nell'eredità, né ha pregio l'argomento contrario secondo cui la legittimazione dovrebbe escludersi solo perché l'intervenuto potrebbe non risultare assegnatario dell'immobile, atteso che in tale ipotesi l'operato dell'intervenuto si atterrebbe alla stregua di una gestione di

negozio in favore degli effettivi assegnatari che per ipotesi non fossero anch'essi intervenuti all'assemblea o non avessero delegato il coerede. Non si vede, peraltro, come potrebbe ipotizzarsi un onere a carico dell'amministratore del condominio di provocare la nomina del curatore, ove a ciò non abbiano provveduto i diretti interessati chiamati all'eredità, fermo restando l'obbligo dell'amministratore di convocare il curatore dell'eredità giacente ove questo sia stato nominato e di detta nomina ne sia stata data notizia (Cass. 1° luglio 2005, n. 14065).

Interruzione della prescrizione del diritto ad accettare l'eredità

Cass. 1° giugno 1993, n. 6099 ha escluso che la prescrizione del diritto di accettare l'eredità è soggetta a cause di interruzione, ma con espresso e specifico riferimento soltanto agli atti provenienti dal titolare del diritto indicati nell'art. 2943 c.c., non anche al riconoscimento, previsto invece dall'art. 2944 c.c. Tuttavia il principio può senz'altro essere esteso a quest'altra ipotesi. La ragione per cui la prescrizione è interrotta dal riconoscimento del diritto da parte di colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere, come stabilisce la seconda delle disposizioni citate, è che si tratta di un atto simmetrico ed equipollente a quelli di esercizio della pretesa, cui ha riguardo la prima norma: li rende superflui, perché determina una situazione analoga, nella quale ugualmente risulta essere venuta meno, in sostanza, quella inerzia del titolare del diritto, che costituisce il fondamento e la giustificazione dell'istituto stesso della prescrizione. Ma nel caso dei diritti "potestativi" - nel cui novero va compreso quello qui in considerazione, che consiste nella facoltà del chiamato di acquistare la qualità di erede, mediante una propria unilaterale manifestazione espressa o tacita di volontà - la cessazione del suddetto stato di inerzia può conseguire soltanto al compimento dello specifico atto che ne costituisce a un tempo l'esercizio e la piena attuazione, essendo inconferente il formulare intimazioni a - e correlativamente il ricevere riconoscimenti da - chi non è tenuto ad alcun comportamento, in quanto è destinato a subire gli effetti che quell'atto produce. Non si può pertanto condividere, nei termini generali in cui è stato formulato, il principio enunciato da Cass. 30 gennaio 1985, n. 575, che rappresenta l'unico precedente, almeno nella giurisprudenza di legittimità più recente, in materia di interruzione della prescrizione di diritti potestativi mediante riconoscimento, principio secondo cui l'affermazione che il termine di prescrizione del diritto potestativo non possa essere interrotto con la costituzione in mora, ai sensi dell'art. 2943, ultimo comma, c.c. non contrasta con l'attribuzione di tale efficacia al riconoscimento del diritto da parte di colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere. D'altra parte, si verteva in quel caso in tema di retrocessione di beni espropriati, ossia di un diritto potestativo non "puro", che non solo richiede per la sua attuazione una pronuncia giurisdizionale costitutiva, ma che inoltre si inserisce in un rapporto giuridico intercorrente con una ben determinata controparte, invece l'accettazione dell'eredità - che infatti è atto non recettizio - opera ex se, direttamente nella sfera giuridica soltanto di chi la compie,

mentre esclusivamente di riflesso incide sul soggetto che beneficerebbe del mancato esercizio del relativo diritto entro il termine di prescrizione, il quale soggetto fino ad allora è titolare semmai di una mera aspettativa al subentro, sicché è incongruo considerarlo come colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere, secondo la previsione dell'art. 2944 c.c. (Cass. 5 febbraio 2004, n. 2202).

Accettazione con beneficio d'inventario

In caso di accettazione con beneficio d'inventario, stante l'obbligo di amministrazione dei beni ereditari nell'interesse dei creditori e dei legatari, l'art. 493 c.c., non consente all'erede beneficiario la libera disponibilità dei beni dell'asse, ma rimette al giudice la valutazione della convenienza di qualsiasi atto di alienazione, nozione, questa, da intendere in senso estensivo, essendovi ricompreso ogni atto, anche di straordinaria amministrazione, che incida sul patrimonio ereditario e non sia finalizzato alla sua conservazione e liquidazione. L'onere della prova dell'occultamento doloso, nell'inventario, di un bene appartenente all'eredità incombe a colui che invoca la decadenza dell'erede dal beneficio dell'inventario, dovendo la buona fede dell'erede essere presunta fino a prova contraria (Cass. 25 ottobre 2013, n. 24171; Cass. 23 maggio 1962, n. 1177). L'art. 510 c.c., stabilisce che l'accettazione con beneficio d'inventario fatta da uno dei chiamati giova a tutti gli altri, anche se l'inventario è compiuto da un chiamato diverso da quello che ha fatto la dichiarazione.

Ne consegue che qualora siano convenuti in giudizio più soggetti, in relazione a debito ereditario, e dalla documentazione disponibile risulti in causa che anche uno solo di essi ha accettato con beneficio di inventario, il giudice deve rilevare d'ufficio in favore anche degli altri l'eccezione che si fonda su tale fatto impeditivo della maggior pretesa, a meno che non sia dimostrato che essi abbiano rinunciato all'eredità o l'abbiano già accettata quali eredi puri e semplici (su quest'ultimo punto cfr. Cass. 9 febbraio 1982, n. 782) o siano decaduti dal beneficio (Cass., SS.UU., 7 maggio 2013, n. 10531).

Non confligge con questa interpretazione l'affermazione, ineccepibile, che l'accettazione con beneficio di inventario da parte di uno dei chiamati ad un'eredità non determina l'acquisto della medesima anche per gli altri (Cass. 19 marzo 1999, n. 2532; Cass. 4 settembre 2008, n. 22286), giacché una cosa è il vantaggio della limitazione di responsabilità espressamente voluto dalla legge per il chiamato, altro è il decidere di acquistare l'eredità.

Il creditore che, agendo contro l'erede accettante con beneficio d'inventario, intenda farne valere la responsabilità ultra vires per il mancato compimento dell'inventario stesso nei termini previsti dagli artt. 485 e 487 c.c., non ha alcun onere di provare la dedotta omissione o ritardo, dovendo per converso, l'erede in accettazione beneficiata provare, in positivo, la circostanza de qua, rappresentando la tempestiva formazione dell'inventario un elemento costitutivo del relativo beneficio (Cass. 6 agosto 2015, n. 16514). Il prolungamento dei termini ai fini della redazione dell'inventario in presenza

di minori chiamati all'eredità, è sufficiente ricordare che la disciplina dell'art. 489 c.c. è dettata per i chiamati all'eredità minori, o comunque incapaci, e non si estende ai loro rappresentanti che per avventura siano chiamati in proprio (Cass. 9 maggio 2014, n. 10054).

L'accettazione col beneficio d'inventario si fa mediante una dichiarazione che deve essere preceduta o seguita dall'inventario, per cui chiaramente si delinea una fattispecie a formazione progressiva, per la cui realizzazione i due adempimenti sono entrambi indispensabili, come suoi elementi costitutivi: sia la prevista indifferenza della loro successione cronologica, sia la comune loro configurazione in termini di adempimenti necessari, sia la mancanza di distinte discipline dei loro effetti, fanno apparire ingiustificata l'attribuzione all'uno dell'autonoma idoneità a dare luogo al beneficio, salvo il successivo suo venir meno, in caso di difetto dell'altro.

Va, invero, evidenziato che la dichiarazione di accettazione con beneficio di inventario ha bensì una propria immediata efficacia, poiché comporta il definitivo acquisto della qualità di erede da parte del chiamato e quindi il suo subentro in universum ius defuncti, compresi i debiti del de cuius, ma non incide sulla limitazione della relativa responsabilità intra vires hereditatis, che è condizionata anche alla preesistenza od alla tempestiva sopravvenienza dell'inventario, mancando il quale l'accettante è considerato erede puro e semplice non perché abbia perduto ex post il beneficio, ma per non averlo conseguito ab initio (Cass. 15 luglio 2003, n. 11030).

Va osservato in proposito che le norme che impongono il compimento dell'inventario entro determinati termini non ricollegano mai all'inutile decorso del termine stesso un effetto di decadenza dal beneficio, ma sanciscono sempre come conseguenza che l'erede viene ad essere considerato accettante puro e semplice; per contro la decadenza è chiaramente ricollegata solo ed esclusivamente ad alcune altre condotte dell'erede, tutte attinenti alla fase della liquidazione e quindi necessariamente successive alla redazione dell'inventario, del quale resta pertanto confermata la natura di elemento costitutivo della fattispecie di cui si tratta.

Se, pertanto, la tempestiva formazione dell'inventario rappresenta un elemento costitutivo del beneficio, la mancata redazione non consente di ritenere che l'erede sia decaduto dal beneficio stesso e che, quindi, non gli sia precluso l'esperimento dell'azione di riduzione come disposto dall'art. 564, comma 1, ultima parte, c.c. (Cass. 9 agosto 2005, n. 16739).

La responsabilità per debiti ereditari

L'art. 752 c.c., per cui i debiti e i pesi ereditari gravano sui coeredi in proporzione delle loro quote ereditarie, salvo che il testatore abbia disposto diversamente, riguarda i debiti e i pesi esistenti nel patrimonio del de cuius al momento della morte e quelli sorti in conseguenza della successione ereditaria, come ad esempio le spese funerarie, quelle notarili di pubblicazione del testamento, ecc., non anche i debiti venuti ad esistenza a causa della libera condotta degli eredi, i quali non adempiano obbligazioni

che, sebbene derivino i propri presupposti remoti da atti o fatti riconducibili alla sfera patrimoniale del de cuius, siano sorte successivamente alla morte di lui, conseguendone, in senso non giuridico, ma soltanto occasionale. In quest'ultima categoria rientra l'obbligazione di risarcimento del danno, succedanea a quella inadempita avente ad oggetto il rilascio di un bene immobile già concesso in comodato al de cuius, sorta dopo la morte di quest'ultimo allorché il comodante abbia per la prima volta chiesto la restituzione del bene agli eredi (Cass. 11 aprile 2013, n. 8900).

La limitazione della responsabilità dell'erede per i debiti ereditari, derivante dall'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, è opponibile a qualsiasi creditore, ivi compreso l'erario. Quest'ultimo, di conseguenza, pur potendo procedere alla notifica dell'avviso di liquidazione nei confronti dell'erede (anche nel caso in cui questi abbia rilasciato i beni ereditari in favore dei creditori), non può liquidare od esigere nei confronti dell'erede l'imposta ipotecaria, catastale o di successione sino a quando non si sia chiusa la procedura di liquidazione dei debiti ereditari, e sempre che sussista un residuo attivo in favore dell'erede (Cass. 21 febbraio 2008, n. 4419; in termini analoghi, anche Cass. 8 settembre 1983, n. 5529; Cass. 24 ottobre 2008, n. 25670; Cass. 28 maggio 2008, n. 13906).

Non dubitando del fatto che l'erede che abbia accettato l'eredità con beneficio d'inventario sia, comunque, tenuto a corrispondere il tributo, ma in misura non superiore al valore dei beni a lui pervenuti (Cass., sez. trib., 12 dicembre 2000, n. 15632), ai fini di potere provvedere alla concreta quantificazione del debito tributario incombente sul singolo erede è imprescindibile la previa definizione dell'inventario. Solo dopo il completamento della procedura di formazione dell'inventario, con la definitività correlabile alla mancata opposizione, può procedersi alla liquidazione ed alla tassazione, potendosi quantificare l'imponibile. Dunque, la esecuzione coattiva della astratta liquidazione del tributo, coerente con l'ammontare dell'asse ante-inventario, deve intendersi sottoposta alla condicio iuris della conclusione della procedura di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, sempre che questa sia stata tempestivamente e ritualmente espletata (Cass. 15 luglio 2015, n. 14847).

L'onere imposto dall'art. 485 c.c., al chiamato all'eredità che si trovi nel possesso di beni ereditari di fare l'inventario entro tre mesi dal giorno dell'apertura della successione o della notizia di essa condiziona non solo la facoltà del chiamato di accettare l'eredità con beneficio di inventario ex art. 484 c.c., ma anche quella di rinunciare all'eredità, ai sensi del successivo art. 519, in maniera efficace nei confronti dei creditori del de cuius, dovendo il chiamato, allo scadere del termine stabilito per l'inventario, essere considerato erede puro e semplice (Cass., Sez. trib., 10 dicembre 2007, n. 25728; Cass. 29 marzo 2003, n. 4845).

Revoca della rinuncia all'eredità



La revoca della rinuncia all'eredità, di cui all'art. 525 c.c. non costituisce, anche sotto il profilo formale, un atto o negozio giuridico autonomo, bensì l'effetto della sopravvenuta accettazione dell'eredità medesima da parte del rinunciante, il cui verificarsi, pertanto, va dedotto dal mero riscontro della validità ed operatività di tale successiva accettazione, sia essa espressa o tacita (Cass. 2 agosto 2011, n. 16913; Cass. 8 giugno 1984, n. 3457).

Il D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, art. 7, comma 4, precisa che fino a quando l'eredità non è stata accettata, o non è stata accettata da tutti i chiamati, l'imposta è determinata considerando come eredi i chiamati che non vi hanno rinunciato.

La norma - come già evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 28 ottobre 1995, n. 11320; Cass. 12 dicembre 1974, n. 4227) - nella sostanza, ribadisce il principio, proprio delle nostre leggi tributarie sulle successioni susseguitesesi nel tempo - d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637; R.D. 30 dicembre 1923, n. 3270 - per cui nell'ambito della legge tributaria delle successioni non sono del tutto applicabili i principi del codice civile che regolano l'acquisto della qualità di erede atteso che in detto ambito già la sola delazione determina per se stessa l'acquisto dell'eredità.

In tale sistema, pertanto, il chiamato all'eredità, il quale intenda sottrarsi agli obblighi sanciti dalla legge, non deve limitarsi ad affermare o anche a provare di non avere accettato l'eredità di cui si tratta, ma deve provare o di non avere titolo di erede legittimo o testamentario in quanto altri è tale o in quanto nessun bene è a lui pervenuto, oppure di aver rinunciato all'eredità.

In base all'art. 467 c.c., comma 1 modificato dall'art. 171, L. 19 maggio 1975, n. 151, la rinuncia all'eredità (recte, al diritto di accettare) di un chiamato (rappresentato) che abbia discendenti legittimi o naturali fa subentrare costoro (rappresentanti) nel luogo e nel grado del loro ascendente. Tale subentro integra il fenomeno giuridico della rappresentazione il quale si verifica anche (Cass. 20 agosto 1980, n. 4948) nel caso in cui l'ascendente rinunci all'eredità, giacché la regola secondo cui, in caso di rinuncia, l'eredità si devolve a coloro ai quali spetterebbe ove il rinunciante mancasse fa salvo comunque il diritto di rappresentazione.

Pertanto in conseguenza della rinuncia del padre, il figlio subentra al suo genitore quale chiamato all'eredità del nonno: lo stesso, quindi, in quanto chiamato all'eredità del nonno, per l'art. 7, comma 4, D.Lgs. n. 346/1990 è divenuto soggetto passivo dell'imposta di successione relativa a tale eredità a lui devoluta per rappresentazione in luogo del padre rinunciante, non avendo egli né allegato né, comunque, provato di non avere titolo di erede legittimo o testamentario in quanto altri è tale o in quanto nessun bene è a lui pervenuto, oppure di aver rinunciato all'eredità.

La rinuncia è un negozio abdicativo che richiede la forma solenne - dichiarazione ricevuta dal notaio o dal cancelliere del tribunale del circondario in cui si è aperta la successione - la quale costituisce l'unico requisito per la validità dell'atto, ai sensi dell'art. 519 c.c. Pertanto la parte che invochi gli effetti dell'accettazione dell'eredità per il mancato inserimento della dichiarazione nel registro delle successioni, inserimento previsto ai soli fini dell'efficacia verso i terzi, deve non solo allegare la non opponibilità della rinuncia ma anche fornire la prova dell'eccezione dedotta, ancorata all'omissione della prescritta registrazione (Cass. 11 febbraio 2005, n. 2820). Inoltre, ai sensi dell'art. 525 c.c., il chiamato che abbia rinunciato all'eredità può successivamente accettarla - in tal modo revocando implicitamente la sua anteriore rinuncia - in forza dell'originaria delazione purché questa non sia stata, però, da lui perduta definitivamente in conseguenza dell'acquisto di altro chiamato. Né può ritenersi che la norma dell'art. 525 c.c. subordini al solo interesse dei terzi la revoca la quale sarebbe, perciò, consentita qualora autorizzata da un accordo concluso tra il rinunziante e gli acquirenti dell'eredità. La possibilità di revoca in tale ipotesi deve essere pertanto esclusa per il carattere indisponibile della delazione che, una volta caduta, non può rivivere per volontà dei privati (Cass. 19 ottobre 1966, n. 2549) e anche per il principio in forza del quale chi ha accettato l'eredità non può più rinunciare ad essa - *semel heres semper heres* - essendo l'accettazione, a differenza della rinuncia, un atto irrevocabile che non può essere sottoposto neanche a condizione od a termine ex art. 475 c.c. (Cass. 9 settembre 1998, n. 8912).

Onere della prova dello status di erede

Ciò premesso, la delazione che segue l'apertura della successione, pur rappresentandone un presupposto, non è di per sé sola sufficiente all'acquisto della qualità di erede, perché a tale effetto è necessaria anche, da parte del chiamato, l'accettazione mediante *aditio* oppure per effetto di *pro herede gestio* oppure per la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 485 c.c. (Cass. 6 maggio 2002, n. 6479; Cass. n. 11634/1991; Cass. 22 febbraio 1988, n. 1885; Cass. 10 marzo 1987, n. 2489; Cass. 30 luglio 1984, n. 4520; Cass. 7 gennaio 1983, n. 125).

In considerazione di ciò, spetta a colui che agisca in giudizio nei confronti del preteso erede per debiti del *de cuius*, l'onere di provare, in applicazione del principio generale contenuto nell'art. 2697 c.c., l'assunzione da parte del convenuto della qualità di erede, qualità che non può desumersi dalla mera chiamata all'eredità, non essendo prevista alcuna presunzione in tal senso, ma consegue solo all'accettazione dell'eredità, espressa o tacita, la cui ricorrenza rappresenta un elemento costitutivo del diritto azionato nei confronti del soggetto evocato in giudizio nella sua qualità di erede (Cass. 6 maggio 2002, n. 6479; Cass. 10 marzo 1992, n. 2849; Cass. n. 1885/1988; Cass. 10 marzo 1987, n. 2489; Cass. 30 luglio 1984, n. 4520; Cass. 7 gennaio 1983, n. 125).

Chiamato all'eredità ed opponibilità della rinuncia ai creditori

A maggior ragione non può ritenersi obbligato a rispondere dei debiti del de cuius il chiamato che abbia rinunciato all'eredità ai sensi dell'art. 519 c.c.

In ordine al valore da attribuire, nel contesto delle formalità previste dall'art. 519 c.c., alla inserzione dell'atto di rinuncia all'eredità nel registro delle successioni, la giurisprudenza di legittimità ritiene che si tratti di una forma di pubblicità la cui mancanza non determina l'invalidità della rinuncia, ma rende quest'ultima non opponibile ai terzi (Cass. 11 febbraio 2005, n. 2820; Cass. n. 11634/1991).

In realtà, a prescindere dall'opinione che si possa avere in ordine alle conseguenze derivanti dalla mancata inserzione della rinuncia nel registro delle successioni inserzione che non è soggetta ad un termine perentorio, il registro delle successioni è un registro pubblico che può essere esaminato da chiunque ne faccia domanda, il quale può ottenere anche estratti e certificazioni relativi a quanto risulta dal registro stesso ex art. 53 disp. att. c.c.

Il fatto che l'atto di rinuncia debba essere inserito - a fini evidenti di pubblicità - in un pubblico registro, se comporta un onere di curarne l'inserimento da parte del rinunziante, comporta anche un onere di conoscenza, mediante la consultazione del registro in cui l'atto è inserito, da parte dei terzi.

In questa prospettiva, solo l'effettivo mancato inserimento dell'atto nel registro - che va provato - può determinare le conseguenze che si ritengano connesse al difetto di inserzione.

Di fronte alla produzione di atto pubblico di rinuncia all'eredità, l'eccezione relativa al mancato inserimento di quest'ultimo nel registro delle successioni deve essere provata dalla parte che l'abbia sollevata (Cass. 11 febbraio 2005, n. 2820), che può essere data agevolmente mediante l'acquisizione di una certificazione della cancelleria del tribunale competente attestante che l'atto de quo non risulta dal registro delle successioni (Cass. 13 febbraio 2014, n. 3346).

La rinuncia all'eredità - actus legitimus, di natura negoziale unilaterale al pari dell'accettazione - a sua volta, può essere o revocata dal rinunziante ex art. 525 c.c.: fino a che il diritto di accettare l'eredità non è prescritto contro i chiamati che vi hanno rinunciato, questi possono sempre accettarla, se non è già stata acquistata da altro dei chiamati, senza pregiudizio delle ragioni acquistate da terzi sopra i beni dell'eredità oppure ai sensi dell'art. 524 c.c. impugnata da parte dei creditori del rinunziante stesso: per il detto art. 524, comma 1, infatti, se taluno rinunzia, benché senza frode, a una eredità con danno dei suoi creditori, questi possono farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e luogo del rinunziante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditali fino alla concorrenza dei loro crediti.

Impugnazione dei creditori e rinuncia all'eredità

L'azione spiegata ai sensi dell'art. 524 c.c. dai creditori del rinunciante all'eredità che si ritengono danneggiati dalla rinuncia del loro debitore - pur evocando i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, quali l'azione surrogatoria e l'azione revocatoria - però, è posta al di fuori degli schemi di queste. La stessa, infatti (Cass. 24 novembre 2003, n. 17866), si esplica e si esaurisce con il soddisfacimento dei creditori perché ha una funzione strumentale e limitata al soddisfacimento di ragioni creditizie (Cass. 12 giugno 1964, n. 1470) in quanto permette ai creditori di soddisfarsi sui beni ereditari, fino alla concorrenza dei loro crediti nei confronti del rinunciante all'eredità, e nulla più. Tale mezzo di tutela dei creditori (Cass. 25 marzo 1995, n. 3548), per sua stessa singolare natura e per sua stessa limitata funzione, non implica che il debitore rinunciante all'eredità o i suoi creditori impugnanti la rinuncia acquistino la qualità di erede atteso che il primo continua a non essere partecipe dell'eredità (che, appunto, ha rifiutato di accettare) ed ai secondi è riconosciuta esclusivamente la possibilità di soddisfarsi sui beni ereditari fino alla concorrenza dei loro crediti.

Per il R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 46, comma 1, infine, non sono compresi nel fallimento i beni ed i diritti di natura strettamente personale. La dichiarazione di fallimento (Cass. 23 luglio 1994, n. 6873), non priva in modo assoluto il fallito della capacità ma lo pone in uno stato di incapacità relativa che gli consente di agire sul piano sostanziale e processuale senza autorizzazione o sostituzione del curatore, per far valere diritti strettamente personali ovvero anche diritti patrimoniali dei quali si disinteressino gli organi del fallimento.

Per gli effetti considerati da tale norma fallimentare la rinuncia all'eredità - come l'accettazione della stessa - deve ritenersi esercizio di un diritto di natura strettamente personale, quindi indifferente alle incapacità derivanti dallo status di fallito del chiamato rinunciante, perché la scelta relativa involge considerazioni non necessariamente né esclusivamente patrimoniali.

In tema di imposta sulle successioni, secondo l'art. 7 del D.Lgs. n. 346 del 1990, presupposto dell'imposizione tributaria è quindi la chiamata all'eredità e non già l'accettazione, per cui l'imposta è determinata considerando come eredi i chiamati che non provino di aver rinunciato all'eredità o di non avere titolo di erede legittimo o testamentario, in quanto altri è tale, non essendo del tutto applicabili i principi del codice civile che regolano l'acquisto della qualità di erede; se si realizza ex art. 467 c.c., come nella specie, il fenomeno giuridico della rappresentazione per avere l'ascendente rinunciato al diritto di accettare l'eredità, il discendente subentra al suo genitore quale chiamato all'eredità del nonno (Cass., sez. trib., 10 marzo 2008, n. 6327).



Chiamato all'eredità, decreto ingiuntivo e rinuncia postuma

Il soggetto chiamato all'eredità e che non l'abbia accettata può stare in giudizio per rappresentare l'eredità, se si trova nel possesso di beni ereditari, ma, siccome non è ancora succeduto all'ereditando, non è soggetto passivo delle obbligazioni già pertinenti al suo dante causa e dunque contro di lui non può essere rivolta una domanda di condanna al pagamento di un debito ereditario.

Perciò, il soggetto contro il quale sia stata proposta domanda di condanna al pagamento della quota di un debito ereditario, quale erede del debitore, deve opporsi al decreto e nel giudizio di opposizione deve dedurre di trovarsi ancora nella condizione di chiamato all'eredità chiedendo il rigetto della domanda proposta nei suoi confronti come erede.

Se non lo fa, quid iuris se la questione di non essere stato erede, non fatta valere nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, possa essere sollevata una volta che, scaduto il termine della opposizione, la parte abbia rinunciato all'eredità?

In buona sostanza, la mancata opposizione al decreto ingiuntivo non determina l'accettazione dell'eredità, per cui la rinuncia sopravvenuta al momento in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, comporta che gli effetti della rinuncia sono retroattivi?

Prima della questione se la parte possa ancora efficacemente rinunciare all'eredità, viene la questione se gli effetti della rinuncia non trovino ostacolo a dispiegarsi, quanto al singolo rapporto di cui si discute, nel giudicato che si è formato sul punto che la medesima parte è debitrice dell'intimante, trovando applicazione il principio di diritto per cui, una volta che attraverso il giudicato è stato accertato un diritto di una parte nei confronti di un'altra, tutte le questioni che, avrebbero potuto essere fatte nel medesimo giudizio e che avrebbero potuto condurre a negare l'esistenza di quel diritto, non possono esserlo più e non possono perciò costituire oggetto di opposizione all'esecuzione.

In definitiva già quando contro la parte è stata proposta la domanda d'ingiunzione, essa avrebbe potuto sostenere di non essere erede ed avrebbe con ciò potuto conseguire il risultato di non essere condannata al pagamento del debito, sicché non rileva che quella medesima posizione abbia trovato ulteriore e definitivo fondamento nella successiva rinuncia all'eredità (Cass. 3 settembre 2007, n. 18534).

La rinuncia alla successione testamentaria

La rinuncia alla successione testamentaria da parte di colui che sia anche un potenziale erede legittimo non impedisce allo stesso di chiedere l'esecuzione della successione legittima. Lo stesso art. 457, infatti, allorché stabilisce al comma 3 che le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari, riconosce implicitamente la possibilità della coesistenza tra le due forme di



successione. Inoltre la giurisprudenza ha rilevato che la successione legittima può coesistere con quella testamentaria nel senso che, se attraverso le disposizioni testamentarie non venga esaurita l'intera massa di cui il testatore può disporre, la parte restante, salva diversa disposizione del testatore, si trasferisce agli eredi legittimi (Cass. 28 novembre 1984, n. 6190). Peraltro il legislatore, disponendo, con il 2 comma dello stesso art. 457 c.c., che non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria, ha anche implicitamente riconosciuto che, venuta meno la successione testamentaria per qualsiasi ragione, e quindi anche per rinuncia da parte dell'erede testamentario ai diritti a lui spettanti in base al testamento, diviene operante la successione legittima (Cass. 1° luglio 2002, n. 9513).

I debiti dell'impresa individuale del de cuius

L'impresa individuale se alla morte del titolare non cessa con una necessaria fase di liquidazione, si presume che il suo esercizio venga continuato in comunione tra i chiamati all'eredità che, in mancanza di atti formali, fa legittimamente configurare una società di fatto tra i medesimi chiamati all'eredità, dovendosi ritenere, di conseguenza, per il principio di affidamento e di necessaria tutela dei terzi, che ogni chiamato che voglia restare estraneo alla continuazione della impresa deve formulare una rinuncia espressa nelle forme di legge, non essendo sufficiente il fatto che l'eredità non sia stata accettata. Questa presunzione non è certamente di carattere assoluto, ma è iuris tantum e ammette la prova del contrario, intesa a dimostrare o che nessun atto di gestione dell'impresa è stato compiuto o che gli atti di gestione sono stati compiuti da alcuni soggetti e non da altri (Cass., sez. trib., 17 novembre 2000, n. 14889).

Rinuncia tacita alla prescrizione

La rinuncia tacita alla prescrizione, prevista dall'art. 2937 c.c., deve risultare da un comportamento del tutto incompatibile con la volontà di opporre la causa estintiva del diritto altrui, ossia tale da essere non altrimenti interpretabile se non nel senso di considerare tuttora esistente ed azionabile quel diritto che si era, invece, estinto; e conseguentemente che non può configurarsi rinuncia tacita nel comportamento di chi accetta di discutere nel merito le pretese avanzate dalla controparte, intavolando trattative di bonario componimento della vertenza (Cass. 4 marzo 1994, n. 2138).

Nondimeno la rinuncia alla prescrizione per effetto di atto incompatibile con la volontà di avvalersene può conseguire anche ad una proposta transattiva, qualora questa, anziché presupporre la contestazione del diritto della controparte, venga formulata in circostanze e con modalità tali da implicare ammissioni del diritto stesso (Cass. 21 febbraio 1995, n. 1882).

Conseguentemente l'atto con il quale il coerede riconosce il diritto di altro coerede di accettare l'eredità è incompatibile con la volontà di avvalersi della prescrizione di tale diritto, e pertanto determina la rinunzia tacita a fare valere tale prescrizione (Cass. 17 marzo 1999, n. 2411; Cass. n. 263/1996; Cass. 26 febbraio 1982, n. 1228).

L'art. 524 c.c. stabilisce che se taluno rinunzia, benché senza frode, a un'eredità, con danno dei suoi creditori, questi possono farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e luogo del rinunziante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari fino alla concorrenza dei loro crediti.

Come la prevalente giurisprudenza di legittimità ritiene (Cass. 10 agosto 1974, n. 2395; Cass. 12 giugno 1964, n. 1470) l'azione di cui all'art. 524 ha natura distinta ed autonoma rispetto alle azioni revocatoria e surrogatoria, pur presentando con esse rilevanti similarità funzionali. Diversamente dall'azione revocatoria essa prescinde dalla frode e dalla stessa scientia damni di coloro cui l'eredità è devoluta in luogo del rinunziante, e non mira a rendere inefficace un atto di disposizione del patrimonio del debitore, che abbia ridotto la garanzia generica dei suoi creditori, in quanto, non avendo la delazione ereditaria natura patrimoniale, non essendo cioè un bene del patrimonio del chiamato, al quale attribuisce soltanto un potere, la di lui rinunzia non costituisce atto di rinunzia in senso proprio, ma un semplice rifiuto, e non produce l'effetto della dismissione di beni già entrati nel suo patrimonio, ma quello di impedirne l'ingresso.

Inoltre - a differenza di ciò che avviene in tema di revoca della rinunzia i creditori pervengono all'accettazione dell'eredità previa inefficacia della rinunzia, non già in favore del chiamato rinunziante, per poi potersi rivalere nei suoi confronti sui beni dell'eredità, ma unicamente in loro favore, fino alla concorrenza dei crediti da soddisfare. Conseguentemente tale azione differisce dall'azione surrogatoria perché non mira a far entrare i beni dell'eredità rinunziata nel patrimonio del debitore, il quale per effetto di essa non li acquista nemmeno fino alla concorrenza dei crediti fatti valere, e tuttavia risulta più vantaggiosa per i creditori che non l'azione surrogatoria, il cui esercizio non sarebbe possibile in casi di rinunzia all'eredità divenuta non revocabile a norma dell'art. 525 c.c. se già acquistata da altro dei chiamati.

Se dunque è vero che, nonostante l'annullamento della rinunzia, il rinunziante non diviene mai erede, tuttavia l'annullamento della rinunzia costituisce il prius logico e giuridico del diritto ad accettare dei creditori, ed implica una pronunzia costitutiva che non può emettersi se non nei confronti dell'autore della dichiarazione negoziale da annullare.

Si è così giunti ad affermare (Cass. 18 gennaio 1982, n. 310) che la legittimazione passiva nell'azione promossa ai sensi dell'art. 524 c.c., spetta esclusivamente a detto debitore, senza che ricorra un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti dei successivi chiamati, con la conseguenza che, mentre la sentenza è utiliter data nei confronti del solo debitore, autore della rinuncia, il creditore potrà agire sul patrimonio ereditario, essendo a lui inopponibile l'atto impeditivo dell'acquisto

dell'eredità, rimanendo estranea la delazione a favore del terzo chiamato, per effetto della rinuncia da lui impugnata in rapporti diretti con il creditore.

Senonché, quando i successivi chiamati, che abbiano accettato l'eredità, siano stati parti del processo di primo grado, essi appaiono titolari di un interesse, incompatibile con quelli dei creditori impugnanti, che li legittima ad impugnare autonomamente la sentenza in cui sono rimasti soccombenti. Si verte in un'ipotesi di causa inscindibile per litisconsorzio processuale, in cui è necessaria la partecipazione del debitore rinunziante, parte necessaria, è presente in primo grado. Non trattandosi di causa scindibile, ma essendo, in quella causa, la presenza del chiamato rinunziante necessaria per potere decidere sull'annullamento della rinuncia, non si verifica preclusione dell'impugnazione, per decorrenza dei termini, quando la sentenza sia stata tempestivamente impugnata dalle altre parti legittimate (Cass. 25 marzo 1995, n. 3584).

L'acquisto della legittimazione ad causam

La legitimatio ad causam non si trasmette infatti puramente e semplicemente al chiamato all'eredità per effetto della mera apertura della successione, ma si trasferisce a quello dei soggetti facenti parte di tale novero che l'abbia accettata, espressamente ovvero tacitamente. Il chiamato all'eredità che abbia assunto la veste effettiva di erede, sia nel caso di giudizio instaurato ex novo, sia in caso di riassunzione del giudizio nel cui alveo è maturato l'evento interruttivo, deve essere pertanto specificamente individuato nella suddetta qualità dal soggetto che agisce in giudizio, sul quale grava l'onere, non già di dimostrare che detto soggetto non vi abbia rinunciato, ma quanto meno di dedurre la sussistenza effettiva delle condizioni da cui possa desumersi che egli abbia accettato l'eredità (Cass. 8 febbraio 2006, n. 2807).

La delazione che segue l'apertura della successione, pur rappresentandone un presupposto, non è di per sé sola sufficiente all'acquisto della qualità di erede, perché a tale effetto è necessaria anche, da parte del chiamato, l'accettazione. In considerazione di ciò spetta a colui che agisca in giudizio nei confronti del preteso erede per debiti del de cuius, l'onere di provare, in applicazione del principio generale contenuto nell'art. 2697 c.c., l'assunzione da parte del convenuto della qualità di erede, qualità che non può desumersi dalla mera chiamata all'eredità, non essendo prevista alcuna presunzione in tal senso, ma consegue solo all'accettazione dell'eredità, espressa o tacita, la cui ricorrenza rappresenta un elemento costitutivo del diritto azionato nei confronti del soggetto evocato in giudizio nella sua qualità di erede. Peraltro l'onere di provare che vi sia stata in concreto l'accettazione della eredità non comporta una prova impossibile in conseguenza della previsione, per detta accettazione, del termine di dieci anni e della forma espressa o tacita, in quanto l'art. 481 c.c. consente a chiunque vi abbia interesse di acquisire in qualsiasi momento la certezza circa l'accettazione o meno della eredità da parte del chiamato (Cass. 10 marzo 1987, n. 2489).

Rispetto a questo chiaro principio, sembrerebbe fare eccezione la disciplina relativa all'imposta di successione nel prevedere ex art. 5, d.P.R. n. 637/1972 una rilevanza

della mera chiamata all'eredità ai fini della individuazione del soggetto passivo (Cass. 28 ottobre 1995, n. 11320), eccezione che sarebbe stata, tuttavia, superata con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 346/1990.

Nella nuova disciplina, infatti, nonostante nell'art. 5, sia stata ripetuta la formula dell'art. 5, d.P.R. n. 637/1972 e nonostante l'art. 7, comma 4, esplicitamente equipari i chiamati agli eredi stabilendo che fino a quando l'eredità non è stata accettata, o non è stata accettata da tutti i chiamati, l'imposta è determinata considerando come eredi i chiamati che non vi hanno rinunciato, è chiarito dall'art. 36, comma 3, che fino a quando l'eredità non sia stata accettata, o non sia stata accettata da tutti i chiamati, i chiamati all'eredità, o quelli che non hanno ancora accettato, e gli altri soggetti obbligati alla dichiarazione della successione, esclusi i legatari, rispondono solidalmente dell'imposta nel limite del valore dei beni ereditari rispettivamente posseduti. Il senso del cambiamento è chiaramente espresso anche dalla Circolare ministeriale n. 17 del 15 marzo 1991, nella quale, proprio commentando il citato art. 36, si afferma che fino all'accettazione dell'eredità, chi non è in possesso di beni ereditari non deve rispondere dell'imposta e chi ne è possessore non deve risponderne oltre il limite del valore dei beni posseduti.

La riforma supera le conseguenze ritenute inique della precedente legislazione, vigente la quale il chiamato all'eredità per questo solo fatto assumeva ai fini dell'imposta di successione la qualità di soggetto passivo: ma anche nella vigenza del d.P.R. n. 637/1972 solo l'erede cioè il chiamato all'eredità che abbia poi accettato è l'obbligato in via definitiva al pagamento dell'imposta di successione, mentre il chiamato all'eredità può considerarsi responsabile dell'imposta solo in via provvisoria, come è possibile argomentare anche dalla disposizione di cui all'art. 47, comma 3, d.P.R. n. 637/1972, la quale prevede che nell'ipotesi in cui sia mutata la devoluzione dell'eredità l'imposta pagata debba essere rimborsata.

Ma se con riferimento all'applicazione dell'imposta di successione il sistema normativo sembra dare prevalenza - sia pur provvisoria - alla delazione sull'accettazione, è più difficile pensare che tale prevalenza valga anche quando non dell'imposta di successione si tratti, ma di debiti del de cuius, sia pure di natura tributaria: in questo caso l'accettazione dell'eredità deve tornare ad essere una condizione imprescindibile affinché possa affermarsi l'obbligazione del chiamato all'eredità a rispondere dei debiti ereditari.

Chiamato all'eredità e obbligazioni tributarie del de cuius

È certo comunque che in tema di obbligazioni tributarie, grava sull'amministrazione finanziaria creditrice del de cuius l'onere di provare l'accettazione dell'eredità da parte del chiamato, per potere esigere l'adempimento dell'obbligazione del suo dante causa (Cass., sez. trib., 11 febbraio 2005, n. 2820), e che non può ritenersi obbligato a rispondere né dei debiti del de cuius né dell'imposta di successione, nemmeno a titolo provvisorio, il chiamato che abbia rinunciato all'eredità ai sensi dell'art. 519 c.c. atteso che va ritenuta illegittima la notificazione degli atti dell'accertamento al chiamato all'eredità che abbia rinunciato all'eredità stessa non essendosi verificata fra i due

soggetti - de cuius e chiamato all'eredità - quella confusione patrimoniale che fa sorgere in capo al secondo la legittimazione passiva per le obbligazioni riferibili al primo.

Successione mortis causa

L'impugnazione della rinuncia all'eredità per errore

Tommaso Bonamini

Cass. civ. Sez. II, 12 giugno 2009, n. 13735

Sommario: 1. Il caso - 2. La disciplina dell'impugnazione della rinuncia all'eredità per vizi del consenso - 3. La rilevanza dell'errore ostativo nella disciplina prevista dall'art. 526 c.c. - 4. Le principali differenze fra errore ostativo ed errore vizio - 5. Esclusione dell'errore sul titolo della delazione dal novero delle cause d'invalidità della rinuncia all'eredità

1. Il caso

La sentenza in epigrafe dà soluzione all'impugnazione della rinuncia all'eredità per errore.

Nel caso in esame, la ricorrente propone due motivi di ricorso; precisamente, ella lamenta il fatto che il giudice d'appello, applicando il principio in claris non fit interpretatio al disposto dell'art. 526 c.c. , non abbia affrontato il problema della diversa natura delle ipotesi di errore rilevanti, in relazione alle ipotesi di invalidità della rinuncia. La ricorrente si duole, inoltre, della conseguenza di codesta interpretazione letterale; a suo avviso, l'art. 526 c.c. non potrebbe non ammettere l'impugnazione della rinuncia per errore ostativo; ammetterebbe anche l'impugnazione per errore sul titolo della delazione, in quanto il legislatore, con il disposto dell'art. 526 c.c. , avrebbe voluto esclusivamente risolvere il problema relativo all'errore sulla «consistenza» dell'asse ereditario; in virtù, quindi, dell'applicazione dei principi generali dell'ordinamento, la rinuncia verrebbe invalidata da tale ipotesi d'errore. Dovendo prescindere da ulteriori considerazioni (1) , in questa sede verrà affrontato il tema relativo all'interpretazione dell'art. 526 c.c. , specialmente delimitando i confini delle fattispecie di errore rilevanti in ordine all'impugnazione della rinuncia all'eredità.

L'occasione si rivela utile, inoltre, per una ulteriore precisazione delle differenze fra errore, come vizio della volontà, ed errore ostativo; precisazioni che chiariscono, da un lato, la natura dell'errore sul titolo della delazione, e, dall'altro, la ratio sottesa alla disposizione in esame, la quale conduce ad escludere l'ammissibilità dell'errore che vizia la volontà, come ipotesi invalidante la rinuncia all'eredità.

2. La disciplina dell'impugnazione della rinuncia all'eredità per vizi del consenso

La disamina della disciplina relativa all'impugnazione della rinuncia all'eredità non può essere condotta se, prima, non vengano fugati i dubbi in ordine alla natura giuridica dell'istituto in esame; orbene, in dottrina, si reputa che la facoltà di rinuncia, prevista dall'art. 519 c.c. , sia un negozio giuridico unilaterale abdicativo, mediante il quale si dismette un diritto del quale si è titolari (2) . In questo senso, si concorda con l'opinione che ravvisa nel negozio in esame una rinuncia in senso pieno, la quale provoca la perdita del diritto di accettare l'eredità (3) . Osservata da diversa prospettiva, la rinuncia si sostanzia in una «facoltà insita in un particolare diritto», mediante la quale si pone in essere «l'esercizio del diritto stesso» (4) . Giusta l'art. 1324 c.c. , riconosciuta alla rinuncia struttura di negozio unilaterale, ad essa andranno applicate, in quanto compatibili, le norme che regolano i contratti (5) . Rileveranno, quindi, le norme relative ai vizi della volontà. Sotto codesto profilo, rinuncia ed accettazione subiscono la medesima sorte; sia l'art. 482 c.c. , sia l'art. 526 c.c. , ammettono l'impugnazione, di entrambi gli atti, per i casi di violenza e dolo, escludendo l'errore (6) .

In relazione alla violenza, si ritiene che essa vada ravvisata nella violenza morale (vis compulsiva) (7) ; in questa ipotesi, il delato verrà posto nell'alternativa di rinunciare all'eredità, manifestando così un consenso viziato, oppure subire il male minacciato (8) ; non concretizza violenza morale il timore reverenziale che spinge il delato a rinunciare. Quanto al dolo, si applica l'art. 1439 c.c. , il quale dispone che questo sia causa d'annullamento, ove i raggiri posti in essere siano stati di consistenza tale che, senza di essi, il soggetto non avrebbe prestato il consenso (dolo determinante). In dottrina, si esclude la rilevanza del dolus incidens, previsto dall'art. 1440 c.c. (9) .

L'inammissibilità dell'errore che vizia la volontà, come ipotesi invalidante la rinuncia, si comprende alla luce di considerazioni di politica del diritto (10) ; in verità, infatti, il legislatore ha voluto, da un lato, far prevalere esigenze di certezza in relazione alla titolarità del patrimonio ereditario (11) , da altro lato, ha escluso che venissero invocate, come vizi del consenso, questioni riguardanti la consistenza del patrimonio stesso (12) . Ulteriore giustificazione di codesto criterio restrittivo è stata ravvisata nella facultas poenitendi (13) , prevista dal legislatore all'art. 525 c.c. ; s'è osservato che, a fronte della possibilità di revocare la rinuncia, sia «logico», sfumata codesta facoltà, prevedere un criterio restrittivo nell'ammettere il rinunziante ad impugnare la rinuncia (14) stessa.

In punto di disciplina, si rendono necessarie ulteriori precisazioni; l'azione d'annullamento della rinuncia si prescrive in cinque anni dal giorno in cui si è scoperto

il dolo, o sia cessata la violenza; legittimati all'azione sono il rinunziante, i suoi eredi ed i creditori in via surrogatoria (15) ; deve ritenersi, che non sussista interesse ad agire, in capo a codesti soggetti, ove sia ancora possibile revocare la rinunzia, ai sensi dell'art. 525 c.c. (16) .

Si reputa (17) , inoltre, applicabile l'art. 1442, ult. co., c.c., secondo il quale, se fatta valere in via d'eccezione, l'annullabilità sarebbe imprescrittibile.

Si discute in merito agli effetti dell'annullamento della rinunzia. L'opinione prevalente, e preferibile, sostiene che l'effetto dell'annullamento sia il ripristino della delazione (18) ; diversamente, altra parte della dottrina ritiene che, all'annullamento della rinunzia, consegua un'accettazione tacita (19) . In ultima analisi, posto che la rinunzia all'eredità è negozio unilaterale non recettizio, si reputa che ad essa non siano applicabili le norme che regolano la simulazione, in quanto gli interessati non hanno «titolo» (20) per collaborare all'accordo simulatorio; in altre parole, codeste norme sono incompatibili con il negozio unilaterale di rinunzia all'eredità.

3. La rilevanza dell'errore ostativo nella disciplina prevista dall'art. 526 c.c.

Dottrina e giurisprudenza non dubitano dell'irrilevanza dell'errore che vizia la volontà; diversamente, ritengono che l'art. 526 c.c. ammetta l'impugnazione della rinunzia all'eredità per errore ostativo (21) . Le maggiori difficoltà, per gli interpreti, derivano dal confronto con la disciplina dell'impugnazione dell'accettazione per errore (cfr. art. 483, 1° co., c.c.); l'inciso «l'accettazione non si può impugnare se è viziata da errore» conduce ad escludere direttamente l'errore vizio, facendo residuare, come ipotesi d'invalidità, l'errore ostativo. Il disposto dell'art. 526 c.c. non dota l'interprete di un analogo sostegno testuale; all'ammissibilità, dunque, dell'errore sulla dichiarazione, come vizio invalidante la rinunzia all'eredità, si deve pervenire tramite l'attività ermeneutica, basandosi su due assunti. Del primo si è già detto: la ratio sottesa ad accettazione e rinunzia, è la medesima (vedi, supra, par. 2); ne consegue, la giustificazione di un medesimo trattamento giuridico.

Il secondo riguarda le differenze strutturali che investono le due fattispecie di errore. In sostanza, codesta indagine, affrontata in alcuni brevi passaggi della sentenza in epigrafe, risulta utile a comprendere se, in base alla distinzione fra i due vizi, l'ammissibilità dell'errore ostativo, come causa di invalidità della rinunzia all'eredità, sia in linea con le esigenze di certezza relative al destino del patrimonio ereditario.

Prima, però, di studiare le differenze che identificano i due vizi, sono da premettere alcune considerazioni. Nella sentenza in esame, la Suprema Corte, stabilendo quali siano le ipotesi di errore rilevanti, ai fini dell'impugnazione della rinunzia all'eredità, aderisce a quell'orientamento, sostenuto dalla prevalente dottrina, il quale continua

ad attribuire alla distinzione fra i due «tipi» di errore rilevanza operativa, non già meramente descrittiva (22) ; invero, autorevole dottrina (23) ha sostenuto che distinguere fra errore vizio ed errore ostativo sia il risultato di un'operazione concettuale eccessivamente astratta; precisamente, è stato criticato il prius logico, sul quale si basa codesta distinzione. In altre parole, non v'è necessità di scindere il processo di formazione della volontà negoziale in volontà interna e sua esteriorizzazione, giacché, quando risulti viziata sia la volontà, sia la sua manifestazione, il negozio posto in essere dal soggetto è pur sempre un negozio non voluto; ne consegue, che non si ravvisa l'utilità di due distinte ipotesi di errore, relative alla presenza di un consenso inesistente o di un consenso viziato, in quanto, sul piano pratico, gli effetti sono gli stessi.

Non a caso, concludono codesti Autori, il legislatore ha previsto disciplina unitaria sia per l'errore che vizia la volontà, sia per quello che cade sulla dichiarazione (24) .

Muovendo da codesta prospettiva, le opzioni a disposizione dell'interprete sarebbero due: in primis, interpretare letteralmente l'art. 526 c.c. , senza andare oltre il suo disposto, abbandonando il parallelismo con la disciplina prevista dagli artt. 482 e 483 c.c. ; diversamente, riconsiderare la disciplina dell'invalidità della rinuncia all'eredità alla luce di tutte le ipotesi di errore previste dal Codice civile.

4. Le principali differenze fra errore ostativo ed errore vizio

La dottrina tradizionale distingue l'errore vizio dall'errore ostativo, in quanto il primo cade sulla volontà interna del soggetto agente, la quale deve ancora essere esteriorizzata, mentre il secondo ostacola la manifestazione dell'intento negoziale formatosi (25) ; quest'ultimo crea uno iato fra il voluto ed il dichiarato.

In sostanza, l'errore vizio produce una falsa rappresentazione della realtà, mentre l'errore ostativo compromette la manifestazione di una volontà che si è correttamente formata (26) . Durante la vigenza del Codice civile del 1865, i due vizi si distinguevano, non solo concettualmente, ma anche per il trattamento giuridico; in presenza di errore vizio si aveva annullabilità del negozio, diversamente, in presenza d'errore ostativo, era prevista la nullità. Com'è stato puntualmente osservato (27) , questa dicotomia discendeva direttamente dal «dogma della volontà» (28) , ovvero dalla costruzione in chiave volontaristica del negozio giuridico; in questo senso, risaltavano le implicazioni concettuali fra la disciplina dell'errore ed il ruolo che si attribuiva alla volontà individuale nella teoria generale del negozio (29) .

Si osserva che, in un sistema giuridico ispirato al Code Napoléon, quale era quello dal Codice civile italiano del 1865, centrato sulla volontà del soggetto agente, difficilmente si sarebbe potuto ravvisare un valido accordo a fronte di un ostacolo che

impedisce alla volontà, correttamente formatasi, di manifestarsi; questa, si riteneva, mancherebbe del tutto. Nel caso di errore vizio, si avrebbe, invece, una volontà idonea a concludere un contratto, seppur falsamente rappresentata. Così si spiegava la differenza di disciplina fra i due vizi (30).

Con l'avvento del Codice civile del 1942, si ebbe il superamento del dogma della volontà, a fronte di una concezione oggettiva del negozio giuridico (31). La dottrina, infatti, ravvisava, nella dichiarazione del soggetto agente, in luogo della volontà interna di questo, difficilmente riscontrabile, l'elemento necessario per il perfezionamento degli schemi negoziali. Sfumava, quindi, il fondamento dogmatico della nullità, quale effetto dell'errore ostativo (32). In questo senso, il legislatore ritenne prevalenti le esigenze di certezza dei traffici giuridici e dell'affidamento dei contraenti, destinatari della dichiarazione inficiata da errore, subordinando a queste la tutela dell'errante (33).

V'è da dire, inoltre, che, a parere di autorevole dottrina (34), il legislatore avrebbe «ritenuto di unificare le conseguenze dell'errore ostativo con quelle dell'errore motivo sotto la figura dell'errore essenziale» (35); precisamente, si è sostenuto che rappresentassero ipotesi di errore ostativo, l'errore sulla natura del contratto (error in negotio) e l'errore sull'oggetto della prestazione e sulla sua identità (error in corpore) (36) (cfr. art. 1429, n. 1 e 2, c.c. prima parte).

La differenza fra codeste ipotesi, in ispecie fra l'error in corpore e l'ipotesi tipica di errore vizio, ovvero l'error in substantia, il quale cade sulle qualità determinanti l'oggetto della prestazione, risiederebbe nel fatto che, col primo, si dichiara qualcosa di differente da ciò che si vuole, mentre, con il secondo, si vuole qualcosa di diverso da ciò che si pensa (37). In questo senso, si osserva, il legislatore ha previsto che l'error in corpore e l'error in negotio siano rilevanti ex se, in virtù della mancanza di consapevolezza dell'atto, mentre, per l'error in substantia, occorre una valutazione ulteriore, alla luce del comune apprezzamento e delle circostanze concrete.

Considerando che la distinzione, nei termini suesposti, è stata duramente criticata da autorevole dottrina (38) e che, prescindendo da distinzioni dogmatiche, pare difficile considerare le diverse ipotesi di errore, emergenti nei vari settori dell'ordinamento giuridico, con metodo unitario (39), si ritiene preferibile concordare con l'impostazione prevalente, secondo cui, al fine di accordare alla distinzione in esame rilevanza operativa, il termine errore ostativo sia da riferire unicamente alle ipotesi previste dall'art. 1433 c.c. (40); così il negozio sarà annullabile per errore sulla dichiarazione (41), ovvero sulla sua trasmissione, ove il soggetto provi di non aver voluto la dichiarazione.



In altri termini, la norma in questione «addossa al dichiarante il rischio della divergenza fra la interna volontà e la esterna dichiarazione», oltre al rischio del nuncius incaricato di trasmettere la dichiarazione (42).

5. Esclusione dell'errore sul titolo della delazione dal novero delle cause d'invalidità della rinuncia all'eredità

Alla luce di codeste considerazioni, si deve escludere che l'errore sul titolo della delazione configuri un'ipotesi di errore ostativo (43); invero, come affermato nella sentenza in epigrafe, la conclusione si giustifica, oltre che per ragioni strettamente giuridiche, le quali impediscono di ricondurre all'art. 1433 c.c. l'errore prospettato dalla ricorrente, alla luce di considerazioni di politica del diritto.

È la stessa ratio dell'art. 526 c.c. ad escludere una simile ipotesi d'errore, ché, altrimenti, le esigenze di certezza, sul destino dell'eredità, sottese alla norma in esame, ne verrebbero gravemente compromesse.

Una conferma indiretta di quanto sostenuto deriva dalla disciplina dell'invalidità dell'accettazione dell'eredità.

Si è detto che l'impugnazione dell'accettazione è esclusa per errore vizio; il 2° co. dell'art. 483 c.c. attenua codesta irrilevanza (44) disponendo che, ove venga scoperto un testamento del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione, l'erede non è tenuto a soddisfare i legati scritti in esso, oltre il valore dell'eredità o con pregiudizio della porzione legittima che gli è dovuta.

Orbene, all'erede sono concessi i medesimi vantaggi dell'accettazione beneficiata, per un caso di vizio del consenso per errore; l'accettazione, però, non viene invalidata, ne vengono solo corretti gli effetti.

La comparazione con codesta fattispecie mostra che, anche nel caso in esame, si ravvisa una volontà viziata; non sussiste vizio sulla dichiarazione, ma sulle valutazioni che hanno portato a prendere la decisione di rifiutare; valutazioni effettuate sull'oggetto della rinuncia, ovvero sulla consistenza dell'asse ereditario.

Questo è proprio il «tipo» di errore, come peraltro afferma la Suprema Corte nella sentenza in esame, che il legislatore ha voluto escludere, nel prevedere la disciplina dell'art. 526 c.c. In questo senso, non può che ritenersi forzata l'operazione ermeneutica, diretta a ravvisare nell'errore sul titolo della delazione una ipotesi di errore ostativo.

(1) Si fa riferimento all'applicazione del principio in *claris non fit interpretatio*, ed alle sue conseguenze per l'attività interpretativa del civilista, la quale, si ritiene, non può essere ridotta a mera esegesi, ma deve spingersi sino ad indagare la ratio, ovvero la finalità, cui la norma tende. Per considerazioni analoghe si rinvia alle pagine di P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 3^a ed., 226. Ulteriori approfondimenti possono essere utilmente effettuati, in termini generali, nelle pagine di Tarello, *L'interpretazione della legge*, in Tratt. Cicu e Messineo, Milano, 1980; in termini specifici, in Perlingieri, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica*, in Rass. dir. civ., 1985, 990 ss.; in chiave storica, in Masuelli, «*In claris non fit interpretatio*»: alle origini di un brocardo, in Riv. dir. romano, II, 2002, 401 ss.

(2) Riconducono la rinuncia all'eredità ad un negozio giuridico unilaterale con effetti dismissivi del diritto di cui si è titolari, C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 4^a ed., 633; Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, IV ed., 109 ss.; C. Coppola, *La rinuncia all'eredità*, in Tratt. dir. successioni e donazioni, diretto da Bonilini, I, Milano, 2009, 1531 ss.; Capozzi, *Successioni e donazioni*, t. 1, Milano, 2009, 3^a ed., 199.

In giurisprudenza, cfr. Cass., 30.10.1991, n. 11634, in Mass. Giust. civ., 1991, 1582; Cass., 23.1.2007, n. 1403, in Mass. Giust. civ., 2007, 158.

(3) Parte della dottrina, infatti, descrive il negozio come un atto di rifiuto con effetti impeditivi in relazione al diritto di acquistare l'eredità. In questo senso, cfr., per tutti, L. Ferri, *Successioni in generale* (artt. 512-535 c.c.), in Comm. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1968, 72.

A parere di chi scrive, configurare l'istituto in esame come vero e proprio atto di rinuncia è fondamentale per esigenze sistematiche; se con la delazione si produce, in capo al chiamato, l'effetto attributivo del diritto di accettare l'eredità, difficilmente si potrebbe sostenere che, tramite l'art. 519 c.c. , si impedisca l'attribuzione di un diritto che si è già acquistato; essendo, quindi, il delato titolare del diritto di far propria l'eredità, solo in virtù d'un atto dispositivo, non già meramente impeditivo, potrà rinunciare a questa. Diversamente si dovrebbe ritenere che, mediante l'art. 519 c.c. , non si operi una rinuncia al diritto di accettare l'eredità, ma si rifiuti la delazione. Per approfondimenti sulla posizione giuridica del delato e sui diritti di cui è titolare si veda Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, Parte generale, III, Napoli, 1955, 83 ss.

Muovendo dalla prospettiva per cui ciò che si acquista per effetto dell'apertura della successione sia un potere, piuttosto che un diritto, definisce la rinuncia come la «perdita del potere di accettare l'eredità» Barba, *La posizione giuridica del chiamato che abbia rinunciato all'eredità*, in Fam. pers. succ., 2009, 871.

Sulla rinunzia come esercizio di un diritto si veda Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 140; Sicchiero, *Rinuncia*, in *Digesto civ.*, XVIII, Torino, 1998, 653.

(4) Così, C. Coppola, *La rinunzia all'eredità*, cit., 1530.

(5) Le norme sui contratti si ritengono applicabili in via diretta, col limite della compatibilità, non già in via analogica, ai negozi giuridici unilaterali, essendo, compatibilità ed analogia, criteri ontologicamente distinti: cfr. Scognamiglio, *Dei requisiti del contratto* (sub. artt. 1321-1352), in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 52 ss.

Giovano alcune precisazioni terminologiche: la dottrina tradizionale insegna che, nonostante il riferimento testuale posto dalla norma agli «atti unilaterali», l'art. 1324 c.c. si riferisca a tutti i «tipi» di negozi giuridici con l'esclusione degli atti non aventi natura negoziale. Cfr. Cariota – Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 112 ss.

In questo senso, l'art. 1324 c.c. è stato considerato «la base positiva per giustificare la teoria generale del negozio giuridico»: così, Rescigno, *I contratti in generale*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari – Rescigno, coordinato da Zoppini, III, t. 2, Milano, 2009, 13 ss.

Sulla figura del negozio giuridico (*Rechtsgeschäft*) in termini storici si veda Calasso, *Il negozio giuridico*, Milano, 1957, 340 ss.

Per una riflessione critica sulla teoria del negozio giuridico si veda, Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2002, 2^a ed., 10, il quale afferma che «l'art. 1324 c.c. appare chiaramente ispirato ad una tecnica legislativa che ripudia i concetti astratti (...) e mira ad indurre il giudice a ragionare in base a categorie giuridiche modellate secondo la tipologia economico sociale» concludendo che «gli atti unilaterali cui fa riferimento l'art. 1324 non sono affatto i soli atti negoziali».

Recentemente, lo stesso Autore ha affermato «che le norme sui contratti non sono pregiudizialmente incompatibili con le dichiarazioni di scienza»: così, Galgano, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, 44 ss.

(6) Nel Codice civile del 1865 mancava una norma analoga a quella affidata al vigente art. 526 c.c. ; gli Autori, quindi, si interrogavano sull'ammissibilità dell'errore come vizio invalidante la rinunzia. La dottrina più autorevole, comunque, riteneva che la rinunzia all'eredità non fosse impugnabile per errore che vizia la volontà, cfr. Losana, *Le successioni legittime e testamentarie secondo il Codice Civile Italiano*, Torino, 1911, 2^a ed., 148.

(7) Cfr. Bonilini, Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, cit., 81; Sciarrino - Ruvolo, La rinuncia all'eredità. Artt. 519-527 c.c. , in Comm. Schlesinger e Busnelli, Milano, 2008, 309.

(8) In ordine alla violenza morale, la Cassazione ha precisato che essa deve esercitarsi in via esplicita, manifesta e diretta, ovvero tramite intimidazioni tali da incidere sulla libertà di autodeterminazione di un soggetto: cfr. Cass., 15.2.2007, n. 3388, in Obbligazioni e contratti, 2007, 549 ss., con osservazioni di Gennari.

(9) In quanto «gli effetti della rinuncia sono inderogabilmente determinati dal legislatore», non vi sarebbe, quindi, spazio per manifestazioni di volontà diverse da quelle previste per legge: L. Ferri, Successioni in generale, cit., 132.

In questo senso, vedi Sciarrino - Ruvolo, La rinuncia all'eredità. Artt. 519-527 c.c. , cit., 310 .

(10) Vedi Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, Padova, 2009, 64^a ed., 470, il quale nota che il «riconoscimento di quest'ultimo vizio sarebbe contrario all'interesse pubblico che vuole la stabilità dei trapassi ereditari».

(11) S'osserva che il bilanciamento fra esigenze di certezza (ovvero, in ambito contrattuale, di tutela dell'affidamento di controparte), del rapporto giuridico, e tutela dell'errante è stato alla base delle necessarie considerazioni di politica del diritto che il legislatore ha tenuto ben presenti nel prevedere l'errore, in specie l'errore ostativo, come causa d'annullamento, e non di nullità, del contratto: vedi Roppo, Il contratto, in Tratt. Iudica e Zatti, Milano, 2001, 780 ss.

(12) Così, L. Ferri, Successioni in generale, cit., 130; Prestipino, Delle successioni in generale, in Comm. De Martino, Novara, 1973, 425; C.M. Bianca, Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni, cit., 474. Come nota Giu. Azzariti, La rinuncia all'eredità, in Tratt. Rescigno, Torino, 1998, 2^a ed., 198, in questi casi «l'errore non potrebbe che cadere sull'apprezzamento dell'entità economica dell'eredità; ai pericoli d'un simile errore è rimedio sufficiente l'accettazione con beneficio d'inventario».

(13) L'espressione è di Bonilini, Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, cit., 112, al quale si rimanda per precisazioni sul carattere e sulla funzione della revoca.

In giurisprudenza, sulla revoca si veda Cass., 9.9.1998, n. 8912, in Nuova giur. comm., 1999, I, 576, con nota di Belloni, Sulla nullità della revoca della rinuncia all'eredità.

(14) L'intuizione è di L. Ferri, Successioni in generale, cit., 130.

(15) Cfr. Bonilini, Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, cit., 110.

(16) In questo senso L. Ferri, Successioni in generale, cit., 131; Palazzo, Le successioni, in Tratt. Iudica - Zatti, Milano, 2000, 369; C. Coppola, La rinuncia all'eredità, cit., 1590.

Contra, Sciarrino - Ruvolo, La rinuncia all'eredità. Artt. 519-527 c.c. , cit., 314, i quali notano che la tesi per cui, prima del momento in cui la rinuncia divenga irrevocabile, essa non possa essere impugnata, è criticabile. Ad avviso di codesti Autori «i due rimedi (annullamento e revoca della rinuncia) vanno considerati come alternativi e soggetti alla rispettiva disciplina, legata alla ricorrenza di presupposti differenti. Va quindi ammesso l'annullamento di una rinuncia ancora revocabile e, viceversa, la revoca di una rinuncia non più annullabile».

(17) Cfr., per tutti, L. Ferri, Successioni in generale, cit., 131. Contra Burdese, in Grosso - Burdese, Le successioni. Parte generale, in Tratt. Vassalli, Torino, 1977, 341, per i quali difetta la richiesta d'esecuzione nel negozio in esame, in conseguenza della quale si opponga l'eccezione d'annullabilità.

In verità, i termini del problema dovrebbero essere spostati sul *modus operandi* dell'art. 1324 c.c. , e sulla applicazione delle norme sui contratti agli atti unilaterali, in via analogica, ovvero diretta. In virtù di quanto sostenuto supra (nt. 5), sarà scorretto ritenere che l'art. 1442 c.c. sia applicabile in via analogica alla rinuncia, sulla base di una *eadem ratio*; si ritiene, quindi, preferibile l'opinione per cui, in questo caso, non sia ravvisabile compatibilità fra la rinuncia e il disposto dell'art. 1442 c.c.

(18) Cfr. L. Ferri, Successioni in generale, cit., 133; Sciarrino - Ruvolo, La rinuncia all'eredità. Artt. 519-527 c.c. , cit., 315.

(19) In questo senso, Cicu, Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria, in Tratt. Cicu e Messineo, Milano, 1961, 213.

(20) Espressione di L. Ferri, Successioni in generale, cit., 133, al quale si rinvia per ulteriori precisazioni.

Nello stesso senso, cfr. Cass. 3.5.1969, n. 1474, in Mass. Giur. it., 1969, 436.

(21) Cfr. L. Ferri, Successioni in generale, cit., 131; Cicu, Successioni per causa di morte. Parte generale, cit., 213; Burdese, in Grosso - Burdese, Le successioni. Parte generale, cit. , 340; Ferrero - Podetti, La rinuncia all'eredità, in Successioni e donazioni, a cura di Rescigno, I, Padova, 1994, 387; Giu. Azzariti, La rinuncia all'eredità, cit., 198; Bonilini, Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, cit., 81 e 110; C. M. Bianca, Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni, cit., 464; Sciarrino -

Ruvolo, La rinunzia all'eredità. Artt. 519 - 527 c.c., cit., 311; Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 326; Coppola, La rinunzia all'eredità, cit., 1589.

In giurisprudenza, cfr. Cass. 23.6.1947, n. 933, in Giur. it., 1948, I, 164.

(22) Cfr., per tutti, Roppo, Il contratto, cit., 806.

(23) Per una puntuale critica alle distinzioni della dottrina tradizionale in tema di errore si vedano le pagine di Barcellona, Errore, in Enc. dir., XV, Milano, 1966, 246 ss.

(24) In questo senso, v. Carresi, Il contratto, in Tratt. Cicu e Messineo, XXI, t. 1, Milano, 1987, 429; Rossello, Errore nel diritto civile, in Digesto civ., VII, Torino, 1994, 511.

Sottolinea come «anche l'errore vizio produca una discrasia tra volontà e dichiarazione, poiché la volontà tende al perseguimento di un interesse che la dichiarazione non è in grado di soddisfare», Del Prato, Le annullabilità, in Tratt. Roppo, IV, Milano, 2006, 232.

(25) L'insegnamento è di Messineo, Il contratto in genere, in Tratt. Cicu e Messineo, XXI, t. 2, Milano, 1972, 324 ss.

In generale, sull'errore, si veda Franzoni, Il contratto annullabile, in G.B. Ferri, Di Majo, Franzoni, Il contratto in generale, in Tratt. Bessone, Torino, 2002.

In giurisprudenza, cfr. Cass., 19.12.2003, n. 19588, in Nuova giur. comm., 2005, 192 ss., con nota di F. Vomero, Errore materiale ed ermeneutica contrattuale.

(26) Ma si veda Barcellona, Errore, cit., 248, il quale adduce, come motivo di critica della distinzione, proprio il fatto che anche l'errore ostativo dipende da una falsa rappresentazione della realtà.

(27) L'osservazione è di Sacco, in Sacco-De Nova, Il contratto, in Tratt. Sacco, I, Torino, 2004, 3^a ed., 441.

(28) Lo Windscheid sottolineava l'assoluta mancanza di volontà nel caso di errore sulla dichiarazione: cfr. Windscheid, Diritto delle pandette, trad. it. a cura di Fadda e Bensa, Torino, 1930, I, 236.

La concezione per cui l'errore ostativo si poneva come ostacolo (*erreur obstacle*) al perfezionamento di un negozio giuridico è direttamente riferibile alle elaborazioni di Pothier, come ricorda Trabucchi, Errore, in Noviss. Dig. It., VI, Torino, 1960.

Sull' *erreur obstacle*, vedi Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1925, 333 ss.

La dottrina risalente ravvisava una ulteriore definizione di errore, quella di errore improprio, la quale, però, non comportava direttamente l'invalidità del negozio giuridico; codesto errore non è elemento che vizia la volontà, ovvero la sua manifestazione, ma è segno che esiste un'altra causa di invalidità del negozio: cfr. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di Scialoja, III, Torino, 1891, 568 ss.

(29) Per una esatta ricostruzione dell'ascesa e del declino del «dogma della volontà» e dei significati politici ed ideologici che ne erano a fondamento si veda Roppo, *Il contratto*, cit., 36 ss.

(30) Si nota che, in questa prospettiva, sono comprensibili le ragioni di quegli Autori che, nel caso di impugnazione della rinuncia all'eredità per errore ostativo, ravvisano una causa di nullità per mancanza assoluta della volontà del rinunziante: cfr. per tutti Burdese, in Grosso - Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 342.

Le ragioni, inoltre, sono ulteriori; si è osservato che, essendo la rinuncia all'eredità un negozio unilaterale, non vi sarebbe necessità di tutelare l'affidamento di controparte, non dovendosi così applicare il disposto dell'art. 1433 c.c. ; inoltre, la presenza di errore ostativo nei negozi unilaterali, dato il ruolo preminente, se non esclusivo, della volontà, determinerebbe sempre nullità. Cfr. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, 9^a ed., 454.

(31) Si vedano le pagine di Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Tratt. Vassalli, XV, Torino, 1960, 70 ss., ove l'Autore critica il dogma della volontà, affermando che «mentre la volontà resta sempre qualcosa d'interno, d'inseparabile dalla persona e quindi d'incontrollabile, il precetto è (...) un atteggiamento espresso esteriormente nell'ambiente sociale, pertanto controllabile senza possibilità d'equivoco». Per precisazioni sui significati metodologici ed interpretativi della teoria della volontà e della teoria della dichiarazione, si veda sempre, Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 341 ss. Sui concetti di volontà, affidamento e dichiarazione nella teoria del negozio giuridico si veda Mirabelli, *Negozio giuridico*, in Enc. dir., XXVII, 1978, 10 ss.

(32) In questi termini, cfr. Sacco, in Sacco - De Nova, *Il contratto*, cit., 444.

(33) La ratio della disciplina dell'errore nel Codice civile del 1942 è quindi in linea con la concezione oggettiva del contratto: cfr. Roppo, *Il contratto*, cit., 806; Rossello, *Errore nel diritto civile*, cit., 511.

Per una sottile e precisa ricostruzione del principio di affidamento e della teoria della dichiarazione, vedi Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 63 ss.

(34) Cfr. Trabucchi, *Errore*, cit., 668; Santoro - Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9^a ed., 1997, 161.

(35) Così, Trabucchi, *Errore*, cit., 668.

(36) In questi termini, v. anche Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 429.

(37) Così, quasi testualmente, Trabucchi, *Errore*, cit., 668.

(38) Per una precisa indicazione delle impostazioni dottrinali in merito alla distinzione in esame, si veda Sacco, in Sacco - De Nova, *Il contratto*, cit., 435 ss. Cfr., inoltre, Pietrobon, *Errore volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 306 ss., il quale ricorda che «la distinzione tradizionale dipende dunque da un criterio scelto dal legislatore o dall'interprete, da un concetto non naturale, ma giuridico di volontà, quindi, in ultima analisi, dal dogma del volere».

(39) Cfr., in questi termini, Rossello, *Errore nel diritto civile*, cit., 511. Si osserva che è la stessa categoria teorica del negozio giuridico ad essere in forte crisi concettuale: cfr. Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., 145, il quale nota che i civilisti d'oggi non parlano del negozio giuridico «per alludere al superconcetto, trascendente il contratto e l'atto unilaterale, ma per utilizzare un sinonimo dell'uno e dell'altro».

(40) Peraltro, questa è l'impostazione prevalente, sia nella manualistica (cfr. Carnevali, *I vizi del consenso*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Torino, 2009, 16^a ed., 694, il quale precisa che la disciplina codicistica ha evitato la terminologia «errore ostativo» per non entrare in contrasto con la disciplina posta dall'art. 1433 c.c.), sia nelle trattazioni monografiche sul contratto (cfr. Roppo, *Il contratto*, cit., 805). Rileva, inoltre, Franzoni, *Il contratto annullabile*, cit., 293, che l'essenzialità e la riconoscibilità sono richieste anche per l'errore ostativo.

(41) Esempificazioni offerte dalla dottrina richiamano spesso il lapsus linguae, ovvero il caso di colui che emette una dichiarazione non voluta nel suo tenore letterale per distrazione. Vedi, amplius, Memmo, *Commento all'art. 1433 c.c.* , in Galgano, Peccenini, Franzoni, Memmo, *Cavallo Borgia, Simulazione, nullità del contratto, annullabilità del contratto*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna - Roma, 1998, 288 ss.

(42) Così, Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., 356.

(43) Cfr. L. Ferri, Le successioni, cit., 131, il quale considera «inattaccabile una rinuncia fatta nella convinzione di essere chiamato come erede legittimo mentre lo si era come erede testamentario».

(44) In questi termini, Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 248.

L'acquisto della qualità di erede senza accettazione

Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 30/08/2018, n. 21436 (rv. 650214-01)

SUCCESSIONE

Eredità (delazione della)

SUCCESSIONI "MORTIS CAUSA" - Disposizioni generali - Delazione dell'eredità (chiamata all'eredità) - In genere acquisto della qualità di erede - Delazione - Sufficienza - Esclusione - Accettazione dell'eredità - Onere di provare l'assunzione della qualità di erede - A carico dell'attore - Fondamento - Fattispecie

In tema di successioni "mortis causa", la delazione che segue l'apertura della successione, pur rappresentandone un presupposto, non è da sola sufficiente all'acquisto della qualità di erede, essendo necessaria l'accettazione da parte del chiamato, mediante "aditio" o per effetto di una "pro herede gestio", oppure la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 485 c.c.; nell'ipotesi di giudizio instaurato nei confronti del preteso erede per debiti del "de cuius", incombe su chi agisce, in applicazione del principio generale di cui all'art. 2697 c.c., l'onere di provare l'assunzione della qualità di erede, che non può desumersi dalla mera chiamata all'eredità, non operando alcuna presunzione in tal senso, ma consegue solo all'accettazione dell'eredità, espressa o tacita, la cui ricorrenza rappresenta un elemento costitutivo del diritto azionato nei confronti del soggetto evocato in giudizio nella predetta qualità. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto provata l'assunzione della qualità di erede del convenuto in forza della mancata risposta all'invito di pagare il debito ovvero della mancata allegazione da parte di quest'ultimo della rinuncia all'eredità). (Cassa con rinvio, CORTE D'APPELLO SALERNO, 02/04/2012)

**Cass. civ. Sez. VI - 2 Ord., 26/10/2017, n. 25441 (rv. 646816-01)
M. c. B.**

SUCCESSIONE Successione necessaria

SUCCESSIONI "MORTIS CAUSA" - Successione necessaria - Reintegrazione della quota di riserva dei legittimari - Azione di riduzione (lesione della quota di riserva) - Condizioni - In genere legittimario totalmente pretermesso - Azione di riduzione - Previa accettazione beneficiata dell'eredità ovvero redazione dell'inventario - Necessità - Esclusione - Fondamento

[Digitare qui]



Il legittimario pretermesso è privo di una vocazione ereditaria, e pertanto gli è preclusa la possibilità di poter accettare l'eredità, in quanto l'unico modo di adizione della stessa è la sola proposizione dell'azione di riduzione, il cui positivo accoglimento determina l'acquisto della qualità di erede. Ne consegue che anche la presentazione dell'azione di riduzione non può determinare immediatamente l'acquisto della qualità di erede, in assenza appunto di una vocazione, occorrendo in ogni caso attendere il passaggio in giudicato della decisione che accolga la relativa domanda, e che l'impossibilità di poter validamente compiere atti di accettazione, sia pure tacita, di un'eredità che non risulta devoluta, in ragione della premissione, esonera il legittimario pretermesso dal dover far precedere l'azione di riduzione, anche intentata nei confronti del terzo, dalla previa accettazione beneficiata ovvero dalla sola redazione dell'inventario. (Rigetta, CORTE D'APPELLO BRESCIA, 01/04/2016)

FONTI

CED Cassazione, 2017

PERCORSI DI GIURISPRUDENZA - LA RESPONSABILITÀ PER DEBITI EREDITARI: PROFILI CIVILISTICI E FISCALI

a cura di Vito Amendolagine

c.c. art. 2403

c.p.c. art. 3

D.P.R. 10-11-1997, n. 444, epigrafe

Circ. 12-08-1998, n. 205/E, epigrafe

Circ. 09-11-2012, n. 42/E, epigrafe

Il presente percorso analizza l'evolversi delle soluzioni giurisprudenziali consolidate nel corso degli anni, adottate in occasione di controversie coinvolgenti la responsabilità degli aventi causa del de cuius per debiti ereditari, attraverso un'analisi ragionata delle principali questioni emerse e dibattute nelle aule giudiziarie, riguardanti le connesse tematiche di uso comune rilevanti sul duplice piano civilistico e tributario.

Sommario: Il presupposto per l'assunzione di responsabilità per debiti ereditari - L'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario e la responsabilità del "chiamato" - La responsabilità del chiamato all'eredità nel possesso di beni componenti l'asse ereditario - Gli effetti derivanti dalla tardività della rinuncia all'eredità nei confronti dell'Amministrazione finanziaria - La responsabilità dell'erede per i debiti ereditari: solidale o pro quota? - L'imposta di successione va corrisposta da colui che ha accettato l'eredità con beneficio d'inventario? - Come si determina la base imponibile da assumere ai fini della liquidazione dell'imposta sulle successioni, con riferimento all'azienda del de cuius? - La responsabilità tra coeredi ed obbligo di rendiconto - La transazione traslativa

di beni ereditari con un terzo non legittimario comporta l'assunzione della qualità di coerede in capo al terzo? - Il legatario è responsabile per il pagamento dei debiti ereditari?

Il presupposto per l'assunzione di responsabilità per debiti ereditari

Accettazione eredità

È principio generale della disciplina delle successioni mortis causa che la delazione, segue l'apertura della successione, ma pur rappresentandone un presupposto, non è di per sé sola sufficiente all'acquisto della qualità di erede, essendo a tale effetto necessaria anche, da parte del chiamato all'eredità, l'accettazione, mediante aditio o per effetto di pro herede gestio od ancora per la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 485 c.c.

La qualità di erede, non può allora desumersi dalla mera chiamata all'eredità, non essendo prevista alcuna presunzione in tal senso, conseguendo la stessa solo all'accettazione dell'eredità, espressa o tacita, la cui ricorrenza rappresenta, quindi, un elemento costitutivo del diritto azionato nei confronti del soggetto evocato in giudizio nella predetta qualità (Cass., Sez. lav., 30 aprile 2010, n. 10525, in CED, 2010; Cass., Sez. II, 12 marzo 2003, n. 3696, in www.studiolegale.leggiditalia.it; Cass., Sez. II, 6 maggio 2002, n. 6479, in www.studiolegale.leggiditalia.it; Cass., Sez. II, 7 gennaio 1983, n. 125, in Mass. Giur. It., 1983).

L'art. 459 c.c., nel prescrivere che l'eredità si acquista con l'accettazione, si riferisce all'eredità in sé considerata, a prescindere dal titolo della chiamata, legittima o testamentaria, presupponendo quindi un concetto unitario di acquisto dell'eredità stessa. In tale contesto deve essere letto l'art. 480 c.c. che stabilisce il termine di decorrenza della prescrizione decennale del diritto di accettare l'eredità in ogni caso dal giorno dell'apertura della successione, e, in caso di istituzione condizionale, dal giorno in cui si verifica la condizione, senza porre quindi alcuna distinzione con riferimento al tipo di devoluzione.

La conferma della scelta del legislatore di stabilire un termine decennale di prescrizione del diritto di accettazione dell'eredità decorrente dal giorno dell'apertura della successione sia in caso di successione legittima che testamentaria, fatte salve le espresse eccezioni previste dallo stesso art. 480 c.c., è offerta dall'art. 483 c.c. che, dopo avere disposto al 1° comma che l'accettazione dell'eredità non si può impugnare se viziata da errore, prevede al 2° comma che se si scopre un testamento del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione, l'erede non è tenuto a soddisfare i legati

scritti in esso oltre il valore dell'eredità, o con pregiudizio della porzione legittima che gli è dovuta (Cass., Sez. II, 8 gennaio 2013, n. 264, in Giur. It., 2013, 2246).

L'accettazione è quindi unica, indipendentemente dal titolo della chiamata all'eredità, conformemente all'orientamento consolidato di legittimità secondo cui il vigente ordinamento non contempla due distinti ed autonomi diritti di accettazione dell'eredità, derivanti l'uno dalla devoluzione testamentaria e l'altro dalla legittima, ma prevede con riguardo al patrimonio relitto dal defunto, quale che ne sia il titolo della chiamata, un unico diritto di accettazione che, se non viene fatto valere, si prescrive nel termine di dieci anni decorrente dal giorno dell'apertura della successione (Cass., Sez. II, 25 gennaio 1983, n. 697, in Mass. Giur. It., 1983; Cass., Sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5666, in Giur. It., 1989, I, 1, 458; Cass., Sez. II, 16 febbraio 1993, n. 1933, in Vita Notar., 1993, 852; Cass., Sez. II, 22 settembre 2000, n. 12575, in www.studiolegale.leggiditalia.it; Cass., Sez. II, 8 gennaio 2013, n. 264, cit.).

L'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario e la responsabilità del "chiamato"

Accettazione con beneficio d'inventario

L'accettazione con beneficio d'inventario ed il conseguente limite di responsabilità dell'erede appartiene al novero delle eccezioni rilevabili d'ufficio nel corso di un giudizio in cui è parte l'erede, come tale liberamente invocabile dalla parte e rilevabile dal giudice (Cass., Sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, in Giur. It., 2013, 2481).

La Cassazione ha infatti chiarito che la condizione dell'erede con beneficio d'inventario non corrisponde - come avviene nel caso del diritto di annullamento, rescissione o risoluzione - all'esercizio di un diritto potestativo, da esercitare in giudizio necessariamente, perché si verifichi il mutamento della situazione giuridica, né sarebbe configurabile un'azione costitutiva della qualità di erede beneficiario, conseguibile solo attraverso un accertamento giudiziale. L'aver accettato l'eredità con la dichiarazione di cui all'art. 484 c.p.c., rileva come un fatto, che da solo è sufficiente ad impedire la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede, con le conseguenze rilevanti, di cui all'art. 490 c.c., n. 2.

L'art. 510 c.c., stabilisce che l'accettazione con beneficio d'inventario fatta da uno dei chiamati giova a tutti gli altri, anche se l'inventario è compiuto da un chiamato diverso da quello che ha fatto la dichiarazione, con la conseguenza che i favorevoli effetti del beneficio in parola si estendono a tutti i chiamati all'eredità, restando però salva la loro facoltà di rinunciare all'eredità o di accettarla puramente e semplicemente. Pertanto, qualora siano convenuti in giudizio più soggetti, in relazione ad un debito ereditario, e dalla documentazione disponibile risulti che anche uno solo di essi ha

accettato l'eredità del de cuius con beneficio d'inventario, il giudice deve rilevare d'ufficio in favore anche degli altri l'eccezione che si fonda su tale fatto impeditivo della maggiore pretesa avanzata dal creditore, a meno che non sia dimostrato che essi abbiano rinunciato all'eredità o l'abbiano già accettata quali eredi puri e semplici od ancora, siano decaduti dal suddetto beneficio (Cass., Sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit.; Cass., Sez. II, 9 febbraio 1982, n. 782, in Mass. Giur. It., 1982). Non confligge con questa interpretazione l'affermazione che l'accettazione con beneficio di inventario da parte di uno dei chiamati all'eredità non determina l'acquisto della medesima anche per gli altri, giacché una cosa è il vantaggio della limitazione di responsabilità espressamente voluto dalla legge per il chiamato, altro è il decidere se acquistare o meno l'eredità.

La giurisprudenza di legittimità ha così inteso prendere le distanze da letture restrittive della norma anzidetta, pur autorevolmente prospettate in dottrina, secondo le quali il "chiamato", per giovare dell'accettazione beneficiata di un'altro chiamato, dovrebbe a sua volta compiere la dichiarazione formale, perché in tale modo, si deprimerebbe la concreta portata dell'art. 510 c.c., il cui unico effetto sarebbe allora soltanto di sottrarre il chiamato all'onere di rinnovare le formalità di trascrizione e d'inventario già da altri attuate.

L'orientamento emerso in giurisprudenza (Cass., Sez. lav., 4 settembre 2008, n. 22286, in Riv. Notar., 2009, 715), ha precisato altresì che la volontà di giovare di tale forma di accettazione, sebbene debba essere espressa in maniera chiara ed univoca, non esige le forme indicate dall'art. 484 c.c., poiché, se in ogni caso fosse necessaria l'accettazione formale, nessun giovamento deriverebbe dall'accettazione dell'altro chiamato, come nel caso del chiamato che, convenuto in giudizio, resista ed invochi il beneficio e la qualità di erede. Occorre chiarire che, sebbene l'efficacia estensiva prevista dall'art. 510 c.c. non si traduce nell'attribuire ai chiamati la qualità di eredi beneficiati, sono da ascrivere alla suddetta disposizione normativa effetti espansivi di protezione della sfera giuridica del chiamato, laddove si consideri che tale norma non subordina all'iniziativa del chiamato il vantaggio dell'accettazione beneficiata da altro chiamato, ragione per cui è da credere che il legislatore abbia voluto che per il chiamato si dispieghi comunque l'effetto favorevole della separazione patrimoniale, che è generata dall'accettazione beneficiata, in favore di qualunque chiamato, fino a quando, nel rispetto delle forme di legge, non sia manifestata la di lui accettazione pura e semplice o la decadenza dal suddetto beneficio, salva la facoltà di accettare, avvalendosi espressamente del beneficio stesso, o di rinunciare all'eredità. La responsabilità del chiamato all'eredità nel possesso di beni componenti l'asse ereditario

Possesso di beni ereditari

L'accettazione con beneficio di inventario dell'eredità comporta ai sensi dell'art. 490 c.c., 1° comma, l'assunzione della qualità di erede, ma con la differenza, rispetto all'accettazione pura e semplice, che il patrimonio del defunto è tenuto distinto da quello dell'erede (Cass., Sez. trib., 19 marzo 2007, n. 6488, in *Pluris*). L'erede che accetta con beneficio d'inventario, ai sensi dell'art. 490, 2° comma, n. 2), c.c., è dunque responsabile per il pagamento dei debiti ereditari e dei legati nei limiti del valore dei beni costituenti il patrimonio ereditario *intra vires* e con i soli beni ereditari *cum viribus hereditatis* (Cass., Sez. II, 29 dicembre 2016, n. 27364, in *Pluris*).

In particolare, il combinato disposto degli artt. 490 c.c., 2° comma e 497 c.c., conduce, quindi, a ritenere che il beneficio d'inventario determina, di norma, una limitazione della responsabilità dell'erede non soltanto al valore dei beni a lui pervenuti ex n. 2 dell'art. 490 c.c., ma anche a questi stessi beni, non potendo egli essere costretto al pagamento con i propri beni ex art. 497 c.c., donde, l'assunto per cui l'erede risponde *intra vires* e *cum viribus hereditatis* (Cass., Sez. II, 18 maggio 1993, n. 5641, in *Vita Notar.*, 1994, I, 247). L'accettazione beneficiata non opera, dunque, come fattore conformativo del diritto di credito azionato - che rimane tale nella sua natura, portata e consistenza (Cass., Sez. III, 14 marzo 2003, n. 3791, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 2747) - bensì assume rilievo ai fini della sua soddisfazione, che, di regola, non potrà che soggiacere a determinati limiti, i quali si costituiscono non solo in riferimento al valore dei beni ereditari, ma anche alla qualità dei beni con cui l'adempimento, genericamente inteso, spontaneo o coattivo, del credito, si realizza, ossia con i beni dell'eredità e non già con quelli personali dell'erede (Cass., Sez. III, 9 aprile 2015, n. 7090).

Ciò, in quanto l'accettazione beneficiata comporta una posizione peculiare, e più favorevole, dell'erede nei confronti dei creditori del *de cuius*, la quale si presenta come una qualità del relativo rapporto, ed assume rilievo ancora prima che venga ad instaurarsi la fase dell'esecuzione forzata per la realizzazione coattiva del credito, inibendo ogni misura anche cautelare sui beni personali dell'erede (Cass., Sez. II, 18 maggio 1993, n. 5641, cit.), come si evince dall'art. 2830 c.c. che preclude la possibilità di iscriverne ipoteca sui beni ereditari in presenza anche dell'accettazione con beneficio di inventario, ciò trovando giustificazione proprio in ragione del peculiare modularsi della garanzia patrimoniale che connota la posizione dell'erede beneficiato, essendo essa limitata al solo compendio ereditario.

In tale contesto, l'onere imposto dall'art. 485 c.c., al chiamato all'eredità che si trovi nel possesso di beni ereditari di fare l'inventario entro tre mesi dal giorno dell'apertura della successione o della notizia di essa condiziona non solo la facoltà del chiamato di accettare l'eredità con beneficio d'inventario ex art. 484 c.c., ma anche quella di rinunciare all'eredità, ai sensi del successivo art. 519 c.c., in maniera efficace nei

confronti dei creditori del de cuius, dovendo il chiamato, allo scadere del termine stabilito per l'inventario, essere considerato erede puro e semplice (Cass., Sez. III, 29 marzo 2003, n. 4845, in Vita Notar., 2003, 893).

La rinuncia all'eredità, posta in essere dopo la scadenza del termine di cui all'art. 485 c.c., dal chiamato all'eredità che si trovi nel possesso dei beni ereditari, non è in alcun caso configurabile come rinuncia ad effetti traslativi, atteso che alla scadenza del termine per l'effettuazione dell'inventario il chiamato all'eredità è considerato erede puro e semplice, con la conseguente inefficacia della rinuncia (Cass., Sez. II, 10 marzo 2017, n. 6275, in CED, 2017).

Ai sensi dell'art. 480, 3° comma, c.c., quando i primi chiamati abbiano accettato l'eredità, ma successivamente vengono rimossi gli effetti dell'accettazione, il suddetto termine non corre per gli ulteriori chiamati, decorrendo quindi dal giorno in cui costoro hanno la possibilità giuridica di accettare.

Ai sensi dell'art. 521 c.c., la rinuncia ha effetto retroattivo, pertanto, chi rinuncia all'eredità è considerato come se non fosse stato mai chiamato.

Il principio è analogo a quello che vale in tema di accettazione ex art. 459 c.c., e ne condivide la medesima funzione: l'erede succede al de cuius senza soluzione di continuità. Ciò spiega perché la rinuncia all'eredità dopo la scadenza del termine di cui all'art. 485 c.c., effettuata dal chiamato all'eredità che si trovi nel possesso dei beni ereditari è considerata inefficace, per essere intervenuta dopo l'acquisto della qualità di erede puro e semplice, ed è quindi assoggettabile all'imposta di registro in misura fissa (Cass., Sez. trib., 10 dicembre 2007, n. 25728, in www.studiolegale.leggiditalia.it).

Gli effetti derivanti dalla tardività della rinuncia all'eredità nei confronti dell'Amministrazione finanziaria

Rinuncia tardiva

L'accettazione dell'eredità - come già precisato - è il presupposto perché si possa rispondere dei debiti ereditari, donde, una eventuale rinuncia, anche se tardivamente proposta, esclude che possa essere chiamato a rispondere dei debiti tributari il rinunciatario, sempre che egli non abbia posto in essere comportamenti dai quali potere desumere una accettazione implicita dell'eredità ex art. 476 c.c., ma della relativa prova l'Amministrazione finanziaria è parte processualmente onerata.

Allo stesso modo, la dichiarazione di rinuncia proposta quando è decorso il termine di dieci anni per accettare l'eredità ex art. 480 c.c., deve ritenersi in concreto del tutto inutile, in quanto riguarda un'eredità rispetto alla quale il diritto ad accettarla si è



ormai già prescritto, anche laddove la relativa giustificazione causale dell'atto di rinuncia tardiva si rinvenga nell'interesse del rinunciante a stabilizzare e chiarire la sua condizione e volontà di "non essere erede".

Nondimeno, un atto di rinuncia tardivo, effettuato senza le formalità stabilite dalla legge, perché sia opponibile all'Amministrazione finanziaria, determina la conseguenza da un lato, che quest'ultima è legittimata a notificare al contribuente rinunciatario gli atti impositivi, e, dall'altro, che quest'ultimo è tenuto a costituirsi in giudizio per fare valere il proprio difetto di legittimazione passiva, e, quindi, la sua estraneità ai debiti tributari del de cuius.

L'Amministrazione finanziaria, se vuole fare valere ugualmente la propria pretesa fiscale, è dunque onerata della prova che il contribuente è decaduto dal diritto di esercitare una valida rinuncia, per avere posto in essere atti incompatibili con la volontà di rinunciare che siano stati concludenti e significativi della volontà di accettare l'eredità nel termine stabilito ex lege (Cass., Sez. trib., 29 marzo 2017, n. 8053, in www.studiolegale.leggiditalia.it).

La responsabilità dell'erede per i debiti ereditari: solidale o pro quota?

Responsabilità erede

La regola generale del nostro ordinamento è quella prevista dall'art. 1295 c.c. per la quale, salvo patto contrario, i debiti ereditari si dividono tra gli eredi in proporzione delle rispettive quote (Cass., Sez. trib., 14 gennaio 2011, n. 780, in CED, 2011; Cass., Sez.V., 22 ottobre 2014, n. 22426, in Pluris; Cass., Sez. trib., 21 settembre 2016, n.18451, in Pluris; Cass., Sez. trib. 4 ottobre 2018, n. 24300, in Pluris).

La suddetta regola trova eccezione in materia d'imposta, nei limiti in cui ciò possa ritenersi normativamente previsto, come per l'imposta sulle successioni dovuta dagli eredi in solido ex art. 36 del T.U. sulle successioni, ed ex art. 65, D.P.R. n. 600/1973, ai sensi del quale, le imposte sui redditi sono dovute in solido dagli eredi del contribuente defunto, allorché il presupposto si è verificato anteriormente alla morte del dante causa. Al riguardo va precisato che a differenza di quanto previsto per i crediti ereditari (Cass., Sez. un., 28 novembre 2007, n. 24657, in Giur. It., 2008, 1732), i quali non si ripartiscono tra i coeredi in modo automatico in ragione delle rispettive quote, ma entrano a fare parte della comunione ereditaria, per i debiti ereditari opera invece la regola della ripartizione automatica ai sensi dell'art. 752 c.c. (Cass., Sez. II, 3 marzo 2016, n. 4199, in CED, 2016).

In particolare, nei rapporti interni fra coeredi l'art. 752 c.c., dispone che i medesimi rispondono del pagamento dei debiti già esistenti in capo al de cuius in proporzione delle loro quote ereditarie, a differenza dei rapporti con i creditori che sono invece

regolati dal successivo art. 754 c.c., il quale ribadisce la regola della divisibilità del debito secondo la consistenza della singola quota attribuita, con esclusione di qualsivoglia relazione di solidarietà tra le rispettive obbligazioni, giusto il principio *nomina et debita hereditaria ipso iure dividuntur*.

Secondo l'orientamento emerso in giurisprudenza, la norma di cui all'art. 754 c.c. deve però essere interpretata nel senso che il coerede convenuto per il pagamento di un debito ereditario ha l'onere di indicare al creditore questa sua condizione di coobbligato passivo entro i limiti della propria quota, con la conseguenza che, integrando tale dichiarazione gli estremi dell'istituto processuale della eccezione propria, la sua mancata proposizione consente al creditore di chiedere legittimamente il pagamento per l'intero (Cass., Sez. III, 5 agosto 1997, n. 7216, in Mass. Giur. It., 1997; Cass., Sez. III, 12 luglio 2007, n. 15592, in Vita Notar., 2007, 1200; in giurisprudenza di merito da ultimo App. Cagliari, Sez. I, 4 gennaio 2018, n. 9, in Guida Dir., 2018, 21, 70).

Conseguentemente, appare del tutto coerente l'orientamento giurisprudenziale per il quale (cfr. Cass., Sez. II, 27 gennaio 1998, n. 785, in Corriere Giur., 1998, 274) in caso di successione mortis causa di più eredi nel lato passivo del rapporto obbligatorio si determina un frazionamento pro quota dell'originario debito del *de cuius* fra gli aventi causa, con la conseguenza che - al pari di quanto si verifica nelle obbligazioni solidali - il rapporto che ne deriva non è unico ed inscindibile, e non si determina, nell'ipotesi di giudizio instaurato per il pagamento, un litisconsorzio necessario tra gli eredi del debitore defunto, neppure sotto il profilo della dipendenza di cause (Cass., Sez. II, 3 marzo 2016, n. 4199, cit.; Cass., Sez. III, 9 marzo 2006, n. 5100, in Guida Dir., 2006, 20, 93).

L'imposta di successione va corrisposta da colui che ha accettato l'eredità con beneficio d'inventario?

Imposta di successione

La denuncia di successione - i cui soggetti obbligati a presentarla sono i chiamati all'eredità, i legatari, anche nel caso di apertura della successione per dichiarazione di morte presunta, ovvero i loro rappresentanti legali, gli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, gli amministratori dell'eredità, i curatori delle eredità giacenti e gli esecutori testamentari - non ha alcun rilievo ai fini dell'accettazione dell'eredità, e, quindi, con riferimento all'assunzione della qualità di erede, le formalità stabilite ai sensi dell'art. 28, 6° comma, D.P.R. n. 360/1990, non possono essere considerate essenziali per l'esistenza di una valida rinuncia, ma hanno la funzione di mera "pubblicità notizia", dovendosi negare alle stesse natura

costitutiva od integrativa dell'atto di dismissione di un diritto, oltre che a costituire requisito necessario per la validità della rinuncia stessa nei confronti del Fisco.

Ciò premesso, è noto il principio di diritto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'erede che abbia accettato l'eredità con beneficio d'inventario è, comunque, tenuto a corrispondere l'imposta di successione, ma in misura non superiore al valore dei beni a lui pervenuti (Cass., Sez. Trib., 21 febbraio 2008, n. 4419, in www.studiolegale.leggiditalia.it), perciò, va ritenuta legittima la notifica a tale soggetto dell'avviso di liquidazione dell'imposta principale.

Tuttavia, per quantificare la misura del suddetto debito tributario, deve essere prima definito l'inventario.

Solo dopo il completamento della procedura di formazione dell'inventario, con la sua definitività correlata alla mancata opposizione, può procedersi alla liquidazione ed alla tassazione, potendosi appunto quantificare l'imponibile (Cass., Sez. trib., 28 maggio 2008, n. 13906, in CED, 2008).

La limitazione della responsabilità dell'erede per i debiti ereditari, derivante dall'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, è dunque opponibile a qualsiasi creditore, ivi compreso l'Erario, che, di conseguenza, pur potendo procedere alla notifica dell'avviso di liquidazione nei confronti dell'erede - anche nel caso in cui quest'ultimo abbia rilasciato i beni ereditari in favore dei creditori - non può liquidare od esigere nei confronti dello stesso erede l'imposta ipotecaria, catastale o di successione sino a quando non si sia chiusa la procedura di liquidazione dei debiti ereditari, e sempre che sussista un residuo attivo in favore dell'erede (Cass., Sez. trib., 11 maggio 2018, n. 11458, in CED, 2018; Cass., ord., 15 luglio 2015, n. 14847, in CED, 2015; Cass., Sez. trib., 21 febbraio 2008, n. 4419, cit.).

In particolare, l'accettazione con beneficio di inventario è opponibile anche in sede di istanza di rimborso dell'imposta di successione versata, a prescindere dalla mancata impugnazione dell'avviso di liquidazione di detta imposta, alla luce di quanto previsto dall'art. 46 D.Lgs. n. 346 del 1990, concernente specificamente l'imposta sulle successioni e donazioni, e dall'art. 490 c.c., in tema di effetti del beneficio d'inventario in generale (Cass., Sez. trib., 24 febbraio 2017, n. 4788, in www.studiolegale.leggiditalia.it).

Come si determina la base imponibile da assumere ai fini della liquidazione dell'imposta sulle successioni, con riferimento all'azienda del de cuius?

Azienda ed asse ereditario

A norma dell'art. 14 D.Lgs. n. 346/1990, la base imponibile da assumere, ai fini della liquidazione dell'imposta sulle successioni, con riferimento all'azienda caduta nell'asse ereditario, è determinata dalla somma dei valori dei beni e dei diritti che la costituiscono, al netto della passività risultanti a norma dall'art. 21 all'art. 23, che disciplinano le condizioni di deducibilità dei debiti del defunto.

La giurisprudenza di legittimità ha quindi affermato il principio secondo cui l'azienda costituisce - alla stregua delle disposizioni suindicate - un cespite patrimoniale che concorre a determinare la base imponibile dell'imposta sulle successioni, e - come tale - essa non può mai avere un valore inferiore a zero.

Ed invero, una volta effettuato dall'azienda lo scorporo dei beni immobili strumentali ex art. 14, D.Lgs. n. 346/1990, onde sottrarli ad una doppia imposizione, quel che resta dell'azienda non potrà che avere, o un valore positivo, nella misura risultante dalla deduzione dei debiti ereditari, od un valore pari a zero, qualora - per effetto delle passività dedotte - l'attivo aziendale venga ad essere del tutto abbattuto.

È allora del tutto evidente che - una volta attribuito all'azienda un valore pari a zero, non è in alcun modo possibile abbassare ulteriormente detto valore, fino a portarlo ad una cifra negativa (Cass., Sez. trib., 15 aprile 2011, n. 8662, in CED Cassazione, 2011; in senso conforme cfr. Cass., Sez. trib., 14 maggio 2007, n. 10956, in www.studiolegale.leggiditalia.it, che sulla possibilità di sottrarre le perdite di esercizio dal valore dell'azienda definito ai fini dell'imposta di successione ha affermato che la perdita di esercizio - pur essendo un elemento legato all'azienda da relazione d'interdipendenza - non è suscettibile di essere algebricamente sottratto dal valore delle relative componenti positive e negative, giacché, al pari dell'utile di esercizio, si pone, rispetto all'azienda ed alle sue componenti, come fattore non omogeneo, e, quindi, non direttamente commensurabile).

La responsabilità tra coeredi ed obbligo di rendiconto

Obbligo rendiconto

Gli artt. 752 e 754 c.c. disciplinano i rapporti tra coeredi da un lato e creditori del de cuius dall'altro, tra i quali ultimi non può essere compreso il coerede che vanta un credito nei confronti del de cuius (Cass., Sez. II, 24 agosto 2012, n. 14629, in Giur. It., 2013, 1534).

Al riguardo - premesso che sono da comprendere tra i pesi ereditari gli oneri che sorgono in conseguenza dell'apertura della successione, e, che, pur dovendo essere distinti dai debiti ereditari, ossia dai debiti esistenti in capo al de cuius e che si trasmettono, con il patrimonio del medesimo, a coloro che gli succedono per legge o per testamento, gravano sugli eredi per effetto dell'acquisto dell'eredità, concorrendo

a costituire il passivo ereditario, che è composto sia dai debiti del defunto sia dai debiti dell'eredità, da ciò conseguendo che colui che risulta avere anticipato tali spese ha diritto di ottenerne il rimborso dagli eredi, sempre che non si tratti di spese eccessive sostenute contro la volontà espressa dai medesimi (Cass., Sez. II, 2 febbraio 2016, n. 1994, in www.studiolegale.leggiditalia.it; Cass., Sez. II, 3 gennaio 2002, n. 28, in Giur. It., 2002, 1843; Cass., Sez. II, 4 agosto 1977, n. 3489, in Mass. Giur. It., 1977) - la giurisprudenza ha chiarito che la ratio dell'obbligo del rendiconto va individuata in ciò che, chiunque svolga attività nell'interesse di altri, deve portare a conoscenza di questi, secondo il principio della buona fede gli atti posti in essere ed in particolare, quegli atti e fatti da cui scaturiscono partite di dare e avere.

Pertanto, tra coeredi, la resa dei conti, di cui all'art. 723 c.c., oltre che operazione inserita nel procedimento divisorio e quindi strumentalizzata al fine di calcolare nella ripartizione dei frutti le eventuali eccedenze attive o passive della gestione e di definire conseguentemente tutti i rapporti inerenti alla comunione, può anche costituire un obbligo a sé stante, fondato, al pari di quanto può avvenire in qualsiasi stato di comunione, sul presupposto della gestione di affari altrui condotta da alcuno dei partecipanti, in base ad assunzione volontaria od a mandato ad amministrare (Cass., Sez. II, 31 gennaio 2014, n. 2148, in Pluris).

A tale proposito, va precisato che il possesso delle quietanze, ancorché prive di intestazione ovvero intestate al de cuius od all'eredità, costituisce idonea prova presuntiva dei relativi pagamenti da parte del possessore, sempre che si riferiscano a debiti ereditari o all'assolvimento degli obblighi fiscali riconducibili alla successione ed il possessore si identifichi con uno degli eredi, salva l'allegazione di idonea prova contraria da parte dell'avente interesse (Cass., Sez. II, 18 settembre 2013, n. 21391, in CED, 2013).

La transazione traslativa di beni ereditari con un terzo non legittimario comporta l'assunzione della qualità di coerede in capo al terzo?

Transazione traslativa beni de cuius

L'accordo stipulato tra colui che sia stato istituito erede universale con un testamento posteriore ed il soggetto, non avente la qualità di legittimario pretermesso, che pretenda diritti sull'eredità per essere stato istituito coerede con un testamento anteriore, tacitamente revocato con il successivo testamento, consistente nel riconoscimento in via di transazione della titolarità in capo a quest'ultimo di determinati beni caduti in successione, non rende il soggetto destinatario dell'attribuzione patrimoniale coerede, e neppure fa scattare l'accollo cumulativo ope legis per i debiti ereditari, accollo che è previsto verso i terzi creditori a carico dell'acquirente dell'eredità, ai sensi dell'art. 1546 c.c., là dove ci si trovi di fronte ad

una vendita del complesso ereditario o di una quota di eredità, per la quale l'art. 1543 c.c., prescrive, a prescindere dalla natura dei beni che compongono il patrimonio ereditario, l'onere della forma ad substantiam (Cass., Sez. II, 3 febbraio 2015, n. 1902, in Pluris).

Pertanto, nella successione testamentaria, l'erede, tenuto, in quanto tale, al pagamento verso i creditori dei debiti ereditari, è e rimane il soggetto indicato dal testatore come suo successore nel complesso dei rapporti giuridici già facenti a lui capo e che abbia accettato l'eredità, laddove l'accordo a tacitazione di diritti pretesi da un terzo non è in grado di attribuire a detto terzo la qualità di erede, posto che un tale effetto è materia sottratta alla disponibilità delle parti, non potendo il chiamato disporre della delazione.

In ogni caso, la disciplina di ripartizione dei debiti e pesi ereditari tra i coeredi in proporzione delle loro quote, salvo che il testatore abbia diversamente disposto, ai sensi dell'art. 752 c.c., opera per i soli debiti e pesi presenti nel patrimonio del de cuius al momento della morte, nonché per quelli sorti in immediata conseguenza della successione ereditaria, e non anche per i debiti (quale, ad esempio, l'obbligo risarcitorio per il mancato rilascio di un immobile concesso in comodato al de cuius e richiesto in restituzione dal comodante per la prima volta agli eredi) venuti occasionalmente ad esistenza dopo la morte a causa della condotta degli eredi, i quali non adempiano ad obbligazioni che pur traggono i propri presupposti remoti da atti o fatti riconducibili alla sfera patrimoniale del defunto (Cass., Sez. II, 11 aprile 2013, n. 8900, in CED, 2013).

Il legatario è responsabile per il pagamento dei debiti ereditari?

Responsabilità legatario

Il legatario non è erede, ma avente causa, poiché succede a titolo particolare, peraltro, in forza di un atto di liberalità successoria, ed in quanto tale, egli non risponde, di regola ed ai sensi dell'art. 756 c.c., dei debiti ereditari, neppure, entro i limiti dei beni attribuitigli ed, in genere, non è investito della rappresentanza ereditaria attribuita, invece, all'erede.

Il legatario può essere soggetto ai pesi imposti sul legato, e in questo caso risponde intra vires, ovvero nei limiti del valore di quanto ricevuto.

Tuttavia, va considerato che i creditori ereditari possono soddisfarsi anche sul legato di specie in due casi specificatamente previsti dalla legge: nel caso di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario ed insufficienza dell'asse ereditario (Cass., Sez. II, 21 marzo 2016, n. 5550, in Guida Dir., 2016, 22, 52).



I creditori rimasti insoddisfatti hanno azione di regresso contro i legatari nella misura in cui siano già stati pagati ex art. 495 c.c., 2° comma, ed egualmente i creditori possono esercitare il diritto di separazione anche rispetto ai beni che hanno formato oggetto di un legato di specie ex art. 513 c.c.

SUCCESSIONE LEGITTIMA – LEGITTIMARI

GIURISPRUDENZA

Cass. civ. Sez. II Ord., 04/08/2017, n. 19646
Peltrone c. Voci e altri

SUCCESSIONE Successione legittima

Qualora il legittimario, in favore del quale il testatore abbia disposto un legato tacitativo, intenda conseguire la parte dei beni ereditari spettantegli ex lege, l'onere di rinunciare al legato può essere assolto fino al momento della decisione sulla domanda di reintegrazione della legittima.

FONTI

Foro It., 2018, 3, 1, 1008

Cass. civ. Sez. II, 17/03/2016, n. 5320
Ci.Te.

SUCCESSIONE Successione legittima

Nel procedimento per la reintegrazione della quota di eredità riservata al legittimario, si deve aver riguardo al momento dell'apertura della successione per calcolare il valore dell'asse ereditario - mediante la cosiddetta riunione fittizia - stabilire l'esistenza e l'entità della lesione di legittima nonché determinare il valore dell'integrazione spettante al legittimario leso. Peraltro, qualora tale reintegrazione venga effettuata mediante compenso in danaro nonostante l'esistenza, nell'asse, di beni in natura, essa deve essere adeguata al mutato valore - al momento della decisione giudiziale - del bene a cui il legittimario avrebbe diritto, affinché ne costituisca l'esatto equivalente.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2016

Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27/02/2013, n. 4847 (rv. 625171)
Zucchiatti e altri c. Bello

SUCCESSIONE Successione legittima

SUCCESSIONI "MORTIS CAUSA" - Successione legittima ("ab intestato") - Del coniuge - In genere - Diritto di abitazione e di uso spettanti al coniuge del "de cuius" ex art. 540, secondo comma, cod. civ. - Successione legittima - Attribuzione quantitativa aggiuntiva rispetto alla quota di cui agli artt. 581 e 582 cod. civ. - Sussistenza - Riduzione delle porzioni secondo la disciplina del concorso prevista dall'art. 553 cod. civ. - Applicabilità - Esclusione - Fondamento SUCCESSIONI "MORTIS CAUSA" - Successione necessaria - Diritti riservati ai legittimari - Misura della quota di riserva - Coniuge - Diritto di abitazione e di uso sui mobili - Diritto di abitazione e di uso spettanti al coniuge del "de cuius" ex art. 540, secondo comma, cod. civ. - Successione legittima - Attribuzione quantitativa aggiuntiva rispetto alla quota di cui agli artt. 581 e 582 cod. civ. - Sussistenza - Riduzione delle porzioni secondo la disciplina del concorso prevista dall'art. 553 cod. civ. - Applicabilità - Esclusione - Fondamento

In tema di successione legittima, spettano al coniuge superstite, in aggiunta alla quota attribuita dagli [artt. 581 e 582 cod. civ.](#), i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, di cui [all'art. 540, secondo comma, cod. civ.](#), dovendo il valore capitale di tali diritti essere detratto dall'asse prima di procedere alla divisione dello stesso tra tutti i coeredi, secondo un meccanismo assimilabile al prelegato, e senza che, perciò, operi il

diverso procedimento di imputazione previsto [dall'art. 533 cod. civ.](#), relativo al concorso tra eredi legittimi e legittimari e strettamente inerente alla tutela delle quote di riserva dei figli del "de cuius". (Cassa con rinvio, App. Venezia, 06/10/2009)

FONTI

CED

Cassazione,

2013

Vita Notar., 2013, 2, 725

IN MERITO ALL'AZIONE DI RIDUZIONE

di Antonio Mondini(*)

c.c. art. 554

c.c. art. 555

c.c. art. 557

c.c. art. 561

c.c. art. 563

c.c. art. 564

Il contributo fa il punto sulla azione a tutela della legittima. Con ampi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza, ne vengono esaminati i vari aspetti: la forma con cui si introduce, la legittimazione, le condizioni di proponibilità, gli oneri di allegazione e di prova che essa comporta, le cause estintive. Particolare attenzione è poi dedicata agli effetti dell'esito positivo dell'azione sia quanto al legittimario pretermesso sia quanto ai rapporti tra il legittimario e il terzo beneficiario della disposizione lesiva e il di lui avente causa. Sotto quest'ultimo profilo, che involge l'esame della connessa azione di restituzione, viene infine analizzato il caso problematico concernente le liberalità non donative.

Sommario: 1. Lineamenti dell'azione di riduzione - 2. La "forma" della domanda e la competenza - 3. La legittimazione attiva - 4. La legittimazione passiva - 5. Le condizioni dell'azione - 6. Oneri di allegazione e di prova - 7. L'azione di riduzione e l'acquisto della qualità di erede - 8. Le modalità della riduzione e l'effetto dell'azione di riduzione. L'azione di riduzione e l'azione di restituzione - 9. L'estinzione dell'azione di riduzione - 10. La riduzione delle liberalità non donative

1. Lineamenti dell'azione di riduzione

L'azione di riduzione (artt. 554 e 555 c.c.) è lo strumento per mezzo del quale l'erede 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 quota disponibile(1).

L'azione mira a far accertare la lesione della quota di legittima⁽²⁾ e a far dichiarare inefficaci, nei limiti di quanto necessario a reintegrare la riserva, le disposizioni lesive⁽³⁾. Si tratta di un'azione personale con cui il singolo legittimario fa valere, nei confronti del beneficiario dell'atto lesivo, il diritto ad una quota astratta dell'eredità⁽⁴⁾, non di un'azione reale con cui si faccia valere un diritto sui beni di cui il defunto abbia disposto in violazione della legittima⁽⁵⁾.

L'azione di riduzione ha effetti reali retroattivi nel senso che la pronuncia di inefficacia dell'atto lesivo ha effetto nei confronti sia del beneficiario della disposizione lesiva che dei suoi aventi causa. Ottenuto mediante il positivo esperimento della azione (impugnatoria) di riduzione il riconoscimento di una quota astratta del patrimonio ereditario, il legittimario può proporre contro il beneficiario della disposizione lesiva o contro gli aventi causa dal beneficiario (secondo la disciplina dell'art. 561 e dell'art. 563 c.c.), un'azione (condannatoria) di restituzione per ottenere uno o più beni specifici.

2. La "forma" della domanda e la competenza

La riduzione deve essere chiesta in modo espresso⁽⁶⁾ in forma di domanda e non può essere fatta valere in forma di eccezione⁽⁷⁾.

È possibile per l'erede legittimario che abbia proposto un'azione finalizzata allo scioglimento della comunione ereditaria e che si sia visto opporre l'esistenza di un testamento che lo escluda dalla successione, chiedere "la riduzione delle disposizioni testamentarie sul presupposto che queste siano lesive dei suoi diritti di riservatario" e in tale ipotesi, "l'attore in sostanza si limita a ridurre la sua domanda, indirizzandola, non più al conseguimento della quota spettantegli secondo le norme della successione legittima, bensì al conseguimento della quota di riserva, che non cessa di essere quota ereditaria della stessa natura di quella che spetterebbe al coerede secondo legge e che è soltanto quantitativamente più ristretta, con la conseguenza che la immutazione del petitum può configurarsi come una riduzione di domanda, consentita in ogni stadio del processo, e non come mutatio libelli che postuli la necessita di promuovere un diverso e separato processo"⁽⁸⁾. La domanda deve essere proposta davanti al giudice competente per territorio secondo i criteri dettati dall'art. 22 c.p.c. ovvero, in alternativa, dagli artt. 18 o 19 c.p.c.; non si applica invece l'art. 21 in quanto l'azione di riduzione non è un'azione relativa a diritti reali su beni immobili. Le cause di riduzione per lesione di legittima sono attratte alla competenza del Tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'art. 50 bis, n. 6, c.p.c.⁽⁹⁾.

3. La legittimazione attiva



I soggetti a cui spetta promuovere l'azione sono individuati dall'art. 557 del codice.

In primo luogo, i legittimari: il coniuge, i figli, gli ascendenti del de cuius (art. 536 c.c.). In secondo luogo, gli eredi e gli aventi causa dei legittimari, sempre che questi ultimi siano chiamati all'eredità e abbiano dichiarato di volere conseguire la legittima⁽¹⁰⁾; in caso di preterizione, l'azione di riduzione spetta invece esclusivamente al legittimario leso e non anche ai suoi eredi o aventi causa⁽¹¹⁾. Ai sensi del comma 3 dell'art. 557, non possono chiedere la riduzione né possono profittarne i donatari e i legatari; peraltro ove essi siano anche legittimari, possono senz'altro agire in quanto tali. Ai sensi dello stesso comma, non possono chiedere la riduzione né profittarne i creditori del defunto, se il legittimario avente diritto a riduzione ha accettato con beneficio di inventario. La norma si spiega pienamente con il considerare che i creditori del defunto possono soddisfarsi solo sul patrimonio del debitore defunto e non su beni che al momento della apertura della successione non fanno più parte del patrimonio relitto (perché donati o fatti oggetto di legato o compresi in un lascito ereditario accettato con beneficio di inventario) e che, causa del beneficio di inventario, non tornano a farne parte neppure ove siano recuperati per il tramite dell'azione di riduzione (al patrimonio del legittimario)⁽¹²⁾.

La legittimazione ad avanzare domanda di riduzione spetta infine ai creditori personali del legittimario in via surrogatoria⁽¹³⁾. L'esperimento dell'azione è peraltro condizionato a ciò che il debitore-legittimario sia rimasto inerte⁽¹⁴⁾ e non abbia invece rinunciato all'eredità in modo espresso o per fatti concludenti, così come, per esempio, compiendo atti esecutivi sulle disposizioni lesive.

È controverso se resti allora ai creditori di agire in revocatoria, ai sensi dell'art. 2901 c.c., contro la rinuncia⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾.

4. La legittimazione passiva

La legittimazione passiva spetta ai beneficiari delle disposizioni testamentarie e delle donazioni lesive (artt. 554 e 555 c.c.). Sono passivamente legittimati anche gli eredi dei beneficiari⁽¹⁷⁾; gli aventi causa dai beneficiari sono invece legittimati passivi non della azione di riduzione ma della azione di restituzione secondo le regole dettate dagli artt. 561, 562 e 563 c.c. Essi possono essere tuttavia citati come parti secondarie nel giudizio di riduzione, affinché la sentenza faccia stato anche nei loro confronti ed eviti eccezioni rispetto alla domanda di restituzione.

5. Le condizioni dell'azione

Due, ai sensi dell'art. 564 c.c., sono le condizioni dell'azione. In primo luogo occorre che il legittimario, qualora agisca contro un soggetto non chiamato all'eredità, accetti l'eredità con beneficio di inventario(18).

La condizione non si applica al legittimario che (dopo la redazione dell'inventario) sia decaduto dal beneficio(19).

La necessità del beneficio è stata variamente spiegata in dottrina.

Per la tesi più accreditata, l'accettazione con beneficio di inventario è richiesta al fine di tutelare i terzi estranei dal pericolo di occultamento o sottrazione di beni ereditari e quindi dal rischio di subire una riduzione non giustificata(20). È per questo che la condizione è soddisfatta in caso di decadenza dal beneficio (perché una volta redatto l'inventario, i donatari e i legatari sono salvaguardati) e perché non è richiesta ove l'azione sia diretta contro i chiamati all'eredità (perché questi possono di loro iniziativa promuovere la redazione dell'inventario)(21).

Secondo la giurisprudenza, l'onere di accettazione con beneficio di inventario è giustificato: "1) dall'esigenza di porre il convenuto in grado di conoscere l'entità dell'asse ereditario, esigenza maggiormente avvertita per il terzo, in quanto si presume che il coerede possa accertarsi dell'entità dell'asse con mezzi diversi dall'accettazione del beneficiato; 2) dalla "ratio" di evitare il contrasto logico insanabile tra la responsabilità "ultra vires" dell'erede per il pagamento dei debiti e dei legati, il suo obbligo di rispettare integralmente gli effetti degli atti compiuti dal defunto - quindi, anche delle donazioni - e l'azione di riduzione della liberalità; 3) dalla volontà del legislatore di non sacrificare il terzo a vantaggio dei creditori del defunto, i quali, invero, ai sensi dell'art. 557, terzo comma, cod. civ., non approfittano della riduzione solo se il legittimario avente diritto alla riduzione ha accettato l'eredità con il beneficio d'inventario"(22).

Merita precisare che l'accettazione con beneficio è qualificata dalla legge come condizione dell'azione: come tale dovrebbe poter sopravvenire nel corso del giudizio; in realtà, si tratta di elemento meglio qualificabile come condizione di ammissibilità dell'azione o come presupposto processuale: l'accettazione con beneficio di inventario deve infatti necessariamente precedere la proposizione dell'azione dato che questa vale come accettazione pura e semplice dell'eredità ai sensi dell'art. 476 c.c.(23).

A questo proposito si osserva che il legittimario che agisce in riduzione senza aver accettato con beneficio di inventario o aver perfezionato la procedura di inventario nei termini di legge, non può avvantaggiarsi dell'accettazione beneficiata effettuata da un altro legittimario: l'efficacia espansiva dell'accettazione fatta da uno degli eredi con

beneficio di inventario rispetto agli altri, di cui all'articolo 510 cod. civ., "non opera a favore di chi, mediante accettazione espressa, tacita o presunta, abbia già acquistato la qualità di erede puro e semplice al momento di detta accettazione beneficiata"(24).

L'art. 564 c.c. impone poi al legittimario di imputare alla sua porzione legittima le donazioni ricevute e i legati di cui sia stato beneficiato e, qualora si tratti di legittimario che succede per rappresentazione, anche le donazioni e i legati fatti al proprio ascendente. Questa condizione non si applica se il donatario o il legatario sono stati espressamente dispensati dalla imputazione(25) e così pure se il legatario ha rinunciato al legato(26).

Va poi tenuto presente che ove vi siano state donazioni ad eredi collatizi, e salvo che vi sia stata dispensa da collazione, l'azione di riduzione è inutile, essendo la collazione sufficiente al fine di far conseguire al coerede la porzione legittima: ne consegue che in tal caso la domanda di riduzione deve ritenersi improponibile(27).

Il difetto delle condizioni dell'azione può essere rilevato d'ufficio anche in grado di appello o di rinvio(28).

6. Oneri di allegazione e di prova

Il legittimario che agisce in riduzione ha l'onere di allegare e provare la propria qualità di erede necessario, l'avvenuta lesione della legittima, (l'esistenza de)gli atti da ridurre, precisandone l'ordine cronologico(29)(30).

Allegare la lesione della legittima implica definirne il valore e a tal fine occorre individuare il patrimonio relitto specificando che non vi sono altri beni oltre quelli che formano oggetto dell'azione(31), individuare le disposizioni lesive da riunire fittiziamente, cioè contabilmente, al patrimonio relitto (art. 556 c.c.), precisare le donazioni e i legati ricevuti e per cui non vi sia stata dispensa (art. 564, comma 2, c.c.). La dimostrazione della lesione avviene a mezzo di deposito di una consulenza di stima.

In tema di onere della prova, occorre dare conto di come lo stesso si conforma in caso in cui l'azione di riduzione sia proposta contro una donazione dissimulata da una apparente compravendita.

Si ipotizza una donazione dissimulata valida giacché ove la donazione dissimulata sia invece nulla, come segnatamente avviene ove non siano rispettati i requisiti di forma richiesti dall'art. 782 c.c. e dall'art. 47 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 recante norme sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili(32) (così come in caso di simulazione assoluta), una volta dimostrata la simulazione, il bene risulta non essere mai uscito dal patrimonio ereditario e quindi l'azione proposta è in realtà una petitio hereditatis e non vi è spazio per la riduzione(33).



Se, dunque, l'erede legittimario agisce per la simulazione del contratto di vendita e in riduzione contro la donazione dissimulata (valida), egli, in quanto agisce a tutela di un diritto suo proprio e non subentrando in una posizione giuridica del de cuius non incontra i limiti probatori ai quali quest'ultimo sarebbe assoggettato, previsti dagli artt. 1417 e 2722 c.c.⁽³⁴⁾, e può dunque dare dimostrazione della esistenza del contratto dissimulato non solo mediante il documento che incorpora la controdi chiarazione ma anche mediante testimonianze e presunzioni⁽³⁵⁾, interrogatorio formale⁽³⁶⁾. Occorre tuttavia, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, che l'erede agisca specificamente per la simulazione e, nello stesso tempo, per la reintegrazione della legittima⁽³⁷⁾. Deve peraltro richiamarsi l'avviso a mente del quale è da presumersi che nel caso in cui il legittimario agisca per far valere la simulazione relativa di un atto posto in essere dal de cuius avente tutti i requisiti di validità dell'atto dissimulato, l'azione sia proposta in funzione unicamente della proposizione - anche in separato giudizio - dell'azione di riduzione⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾.

7. L'azione di riduzione e l'acquisto della qualità di erede

È discusso se con l'(utile) esperimento dell'azione di riduzione il legittimario preterito acquisti la qualità di erede. Una tesi è in senso negativo sul triplice rilievo che, in base all'art. 457 c.c., l'eredità si devolve per legge o per testamento, che le norme in favore dei legittimari non prevedono un terzo tipo di successione (essendo volte unicamente a limitare le facoltà dispositive del de cuius in modo da garantire il diritto del legittimario ad una quota netta del patrimonio ereditario) e che, nel caso di preterizione, l'eredità non si devolve per legge in quanto le disposizioni sulla successione legittima sono messe fuori gioco dalla sussistenza di clausole testamentarie e/o di atti di liberalità che esauriscono il patrimonio del defunto e non si devolve per testamento in quanto il testamento ha, per il legittimario, una portata non attributiva ma escludente (di preterizione)⁽⁴⁰⁾.

Per una seconda tesi, il legittimario diviene, per effetto specifico dell'azione di riduzione, non erede ma chiamato all'eredità; come tale può poi accettarla o non e può accettarla puramente e semplicemente ovvero con beneficio di inventario.

Per una terza tesi infine, all'esito positivo dell'azione consegue, in forza delle norme sulla successione necessaria, l'immediato acquisto dello status di erede⁽⁴¹⁾.

Quanto alla responsabilità per debiti ereditari sopravvenuti, la stessa è esclusa seguendo la prima tesi, è solo eventuale seguendo la seconda tesi, potrebbe essere limitata secondo la terza tesi spettando al legittimario, malgrado la immediatezza dell'acquisto della posizione di erede, il diritto di manifestare (entro 40 giorni dal giudicato sulla sentenza di riduzione) la volontà di avvalersi del beneficio di inventario⁽⁴²⁾. La giurisprudenza, sia pure pronunciandosi sulla questione solo

incidentalmente, talvolta afferma che il legittimario preterito che abbia esercitato con successo l'azione di riduzione diviene erede⁽⁴³⁾, più spesso qualifica il legittimario vittorioso come chiamato all'eredità⁽⁴⁴⁾.

8. Le modalità della riduzione e l'effetto dell'azione di riduzione. L'azione di riduzione e l'azione di restituzione

Quanto alle modalità della riduzione, le disposizioni testamentarie si riducono proporzionalmente, senza distinguere tra eredi e legatari; le donazioni - che "non si riducono se non dopo aver esaurito il valore dei beni di cui è stato disposto per testamento" (art. 555, comma 2, c.c.) - sono ridotte per ordine cronologico (art. 559 c.c.)⁽⁴⁵⁾. La ratio della regola relativa alle modalità di riduzione delle disposizioni testamentarie è preservare la proporzione originaria tra le disposizioni ridotte. Il criterio proporzionale è derogabile dal testatore mediante espressa dichiarazione di volontà; allora la disposizione preferita non si riduce se non in quanto il valore delle altre non sia sufficiente a integrare la quota riservata ai legittimari (art. 558, comma 2, c.c.).

La ratio delle regole relative alle modalità di riduzione delle donazioni è salvaguardare il principio di irrevocabilità delle donazioni stesse: ove si riconoscesse al testatore il potere di rendere suscettiva di riduzione una donazione non lesiva della legittima, mediante un atto testamentario o un atto di donazione successivo, il principio potrebbe essere indirettamente intaccato.

Le regole sono pertanto inderogabili.

Complessivamente questo sistema di regole è dettato considerando che le disposizioni testamentarie hanno contemporaneamente effetto dalla apertura della successione e quindi dopo il momento in cui hanno effetto le donazioni e per questo deve ritenersi che la lesione della legittima sia stata causata dalle disposizioni testamentarie; pertanto, solo se la lesione permane dopo la riduzione di tali disposizioni è possibile passare alla riduzione delle donazioni⁽⁴⁶⁾.

L'azione di riduzione produce l'effetto di rendere inefficace, relativamente al legittimario attore, l'atto lesivo della riserva.

L'effetto si concretizza in modo diverso a seconda che la lesione esaurisca o non la legittima giacché, nel primo caso, la disposizione lesiva è totalmente inefficace e il legittimario recupera interamente il bene o i beni ereditari salva l'eventuale necessità di un'azione restitutoria per riottenerne il possesso⁽⁴⁷⁾, nel secondo caso, la disposizione testamentaria a titolo universale, il legato o la donazione, sono inefficaci solo in parte e si crea una comunione tra legittimario e beneficiario della disposizione

lesiva; la comunione può essere sciolta mediante un'azione di divisione e questa, trattandosi di legati o di donazioni, avviene con le modalità di cui all'art. 560 c.c.(48).

La disposizione prevede, ai commi primo e secondo, che, se possibile, la restituzione deve avvenire in natura, cioè separando una parte materiale della cosa, altrimenti il bene torna all'eredità e quindi al legittimario (con obbligo di questi di pagare al legatario o al donatario una somma proporzionale alla quota del valore del bene non lesiva della legittima) ove il beneficiario abbia nell'immobile un'eccedenza maggiore del quarto della porzione disponibile (intendendosi per "eccedenza" la parte ridotta) mentre, nel caso in cui il legatario o il donatario non abbia un'eccedenza maggiore del quarto della disponibile, il bene resta al beneficiario del legato o della donazione, salvo il loro obbligo di reintegrare il legittimario mediante una somma di denaro di valore corrispondente alla legittima(49).

Le regole che precedono trovano applicazione se il legatario o il donatario non sono anche legittimari.

In caso contrario, essi possono, ai sensi dell'ultimo comma della disposizione in esame, ritenere tutto il bene, a prescindere dalla divisibilità, purché il relativo valore non superi l'importo della porzione disponibile e della quota cui essi hanno diritto come legittimari(50).

Tutto questo qualora il bene sia rimasto presso il beneficiario dell'atto dispositivo (non sia stato cioè ceduto a terzi) e libero da ipoteche (legali o volontarie), diritti reali minori, diritti personali di godimento e da altri pesi (oneri reali, i vincoli dipendenti da sequestro o pignoramento). Altrimenti la sentenza di riduzione è il presupposto per l'esercizio, nei confronti degli aventi causa dal legatario o dal donatario(51), dell'azione di restituzione, secondo la disciplina contenuta negli artt. 561 (per l'ipotesi di beni ancora di proprietà del beneficiario ma gravati da pesi) e 563 c.c. (per l'ipotesi di beni ceduti a terzi)(52).

Ai sensi del primo articolo, per l'opponibilità dell'azione di riduzione agli aventi causa dal legatario o dal donatario e quindi per poter ottenere la restituzione dell'immobile o del bene mobile registrato libero da pesi e ipoteche, occorre che la riduzione sia domandata prima che siano decorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione. L'articolo fa salvo il disposto dell'art. 2652, n. 8, c.c. Il termine ventennale è sospeso alle condizioni di cui al comma 4 dell'art. 563(53). In forza dell'ultimo comma dell'art. 561, al legittimario spettano i frutti del bene oggetto di restituzione, fino dal giorno della domanda di riduzione e poiché dal giorno della domanda cessa la presunzione di buona fede del beneficiario, al legittimario spetta anche il rimborso del valore per eventuali deterioramenti subiti da quel bene.

Il legittimario che debba sopportare (la persistenza de)il peso del diritto del terzo, ha diritto ad essere compensato dal legatario o dal donatario per il minore valore conseguito, sempre che la domanda di riduzione sia proposta nei dieci anni dall'apertura della successione(54). Ai sensi dell'art. 563 c.c., per poter chiedere la restituzione agli acquirenti dal donatario occorre che la riduzione sia domandata prima che siano decorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione e che il legittimario abbia infruttuosamente escusso il patrimonio del donatario(55)(56).

L'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente deve essere esperita seguendo il modo e l'ordine stabilito per l'azione proposta nei confronti del donatario.

Il terzo ha facoltà di liberarsi dall'obbligo di restituire il bene in natura pagandone al legittimario il valore(57). È discusso se la norma si applichi anche agli aventi causa dell'erede testamentario e del legatario - oppure se l'estensione non sia consentita, con la conseguenza che il legittimario vittorioso in riduzione può sempre agire direttamente contro il terzo avente causa dall'erede o dal legatario senza onere di previa escussione del dante causa e senza che possa essergli opposta la facoltà di alternativa all'obbligo restitutorio: alla tesi ampliativa(58), basata sulla ritenuta identità di situazioni, si contrappone chi sostiene che la norma, di natura eccezionale, è riferibile solo alle alienazioni anteriori alla apertura della successione e quindi solo a quelle compiute (prima di quel momento) da donatari giacché la sentenza di riduzione ha effetto dal momento della apertura della successione e le liberalità lesive della legittima sono inefficaci ed inopponibili al legittimario a far data dalla sentenza di riduzione(59); alla tesi predetta si contrappone altresì chi ritiene che il legatario e l'erede non sono, rispetto al legittimario, nella stessa posizione del donatario perché quest'ultimo, essendo la donazione necessariamente anteriore all'apertura della successione, non può stabilire se la disposizione di cui viene a beneficiare lede o non la legittima mentre gli eredi e legatari sono subito in grado di stabilirlo, e quindi si giustifica che la norma ponga una particolare tutela solo per il donatario alienante e non anche per eredi e legatari; in senso contrario alla tesi estensiva si fa altresì valere che la restituzione contro gli aventi causa dal donatario deriva dall'alienazione di un bene che non è stato interamente acquistato da quest'ultimo in quanto oggetto di un atto compiuto dal donante eccedendo i limiti della disponibile(60).

Dall'art. 562 c.c. si desume che al legittimario che non possa più agire nei confronti del terzo proprietario è dato di rivolgersi al donatario per essere indennizzato, così come espressamente previsto dall'art. 561 c.c. per il legittimario leso dalla presenza di pesi o ipoteche. Ai sensi del comma 4 dell'art. 563 c.c. è fatto "salvo il disposto del numero 8) dell'articolo 2652". Ai sensi del comma 4, inoltre, il termine ventennale stabilito dal primo comma del medesimo art. 563 c.c. e quello di cui all'art. 561, comma 1, sono sospesi nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante che

abbiano notificato e trascritto, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa, un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾.

In merito al coordinamento tra il termine ventennale dalla trascrizione della donazione (trascorso il quale senza che sia intervenuta o sia stata rinnovata l'opposizione, l'azione restitutoria è preclusa) e la clausola che fa salvo l'art. 2652, n. 8, se la successione si apre dopo oltre venti anni dalla trascrizione della donazione, prevale l'art. 563 c.c., se la successione si apre quando non sono ancora decorsi dieci anni dalla trascrizione della donazione, si applica l'art. 2652, n. 8).

Discusso è invece come il coordinamento avvenga se la successione si apre tra i dieci e i venti anni dalla trascrizione della donazione. Secondo una parte della dottrina⁽⁶⁵⁾, il richiamo all'art. 2652, n. 8) consente al legittimario di prevalere sempre a patto che la domanda di riduzione sia trascritta entro il decennio dalla apertura della successione, sebbene siano trascorsi oltre venti anni dalla trascrizione della donazione⁽⁶⁶⁾, secondo altri, il terzo fa sempre salvo il proprio diritto se la trascrizione della domanda di riduzione, benché effettuata entro i dieci anni dall'apertura della successione, avviene oltre vent'anni dopo la trascrizione della donazione⁽⁶⁷⁾.

9. L'estinzione dell'azione di riduzione

L'azione di riduzione si estingue per rinuncia e per prescrizione.

La rinuncia è l'atto unilaterale con cui il legittimario si priva del potere di far valere la lesione della legittima. La rinuncia all'azione di riduzione da parte di uno o più dei legittimari non incide sulla individuazione della quota di riserva spettante agli altri (sulla base della situazione esistente al momento dell'apertura della successione)⁽⁶⁸⁾.

La rinuncia non può essere validamente espressa fino a che il de cuius è in vita sia perché fino ad allora il diritto del legittimario non è attuale sia perché la rinuncia anticipata violerebbe il divieto di patti successori (art. 458 c.c.).

La rinuncia può essere espressa o tacita. La rinuncia alla riduzione è distinta dalla rinuncia all'eredità giacché con la prima il legittimario che sia stato chiamato all'eredità perde solo il diritto di ottenere la quota di riserva ma non modifica in alcun modo la delazione ereditaria; per questo e perché il requisito di forma previsto dall'art. 519 c.c. in riferimento alla rinuncia all'eredità è giustificato dall'importanza dell'atto e dall'esigenza di garantire i terzi di fronte a una tale modifica, la rinuncia alla riduzione non è soggetta al requisito di forma⁽⁶⁹⁾.

La rinuncia alla riduzione può, secondo una tesi, essere espressa mediante la rinuncia all'opposizione⁽⁷⁰⁾. In senso contrario tuttavia si osserva che, finché vive il donante,

il futuro legittimario non può rinunciare all'azione di riduzione onde, fino a quel momento, l'effetto abdicativo è comunque escluso e che il decorso del termine ventennale ha il limitato effetto di impedire al legittimario leso di ottenere la restituzione del bene, e non di impedirgli di agire in riduzione verso il donatario per ottenere l'equivalente in danaro del bene gravato da pesi o alienato al terzo⁽⁷¹⁾⁽⁷²⁾.

La rinuncia è irrevocabile; anche sotto questo profilo rileva la differenza tra rinuncia all'azione di riduzione e rinuncia all'eredità, talché alla prima non è estensibile la regola prevista dall'art. 525 c.c.

Oltre che per rinuncia, l'azione di riduzione si estingue per prescrizione⁽⁷³⁾.

Il termine è decennale.

Quanto alla decorrenza, in caso di lesione causata da un atto donativo, la decorrenza è legata alla data di apertura della successione.

Con riguardo al caso di lesione determinata da una disposizione testamentaria a titolo universale, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, intervenute a dirimere il contrasto tra la tesi per cui il termine doveva essere fatto decorrere dalla data di apertura della successione non rilevando né l'eventuale ignoranza dell'esistenza di un testamento né la circostanza che il testamento olografo non fosse in possesso del legittimario⁽⁷⁴⁾ e la tesi per cui il termine doveva essere fatto decorrere dalla pubblicazione del testamento perché dalla pubblicazione discende una presunzione iuris tantum di conoscenza delle disposizioni in esso contenute e pertanto solo da tale data, salvo prova contraria, i legittimari sono in condizione di fare valere il loro diritto⁽⁷⁵⁾, hanno precisato che la decorrenza va ancorata alla "data di accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base a disposizioni testamentarie lesive della legittima" perché è in questo momento che si perfeziona la lesione⁽⁷⁶⁾.

Resta il caso in cui la lesione della legittima sia causata da legati.

Sono prospettabili tre soluzioni: che il termine decorra dalla apertura della successione, che decorra dalla pubblicazione del testamento, che decorra dal momento in cui il legatario fa valere il suo diritto verso l'onere ossia dal momento in cui il legatario richiede il possesso della cosa o l'adempimento della prestazione oggetto di disposizione in suo favore⁽⁷⁷⁾. A favore della prima soluzione si è tratto argomento da ciò che così come, ai sensi dell'art. 480 c.c., il diritto di acquistare l'eredità si prescrive immancabilmente entro dieci anni dalla apertura della successione, nello stesso termine deve immancabilmente prescriversi anche il diritto di agire in riduzione posto che l'esperimento dell'azione di riduzione costituisce esercizio del diritto di acquistare l'eredità. Nel caso in cui lo status di filiazione legittima o naturale, che attribuisce la qualità di legittimario, risulti da apposita sentenza successiva alla

morte del de cuius è dal passaggio in giudicato della sentenza che decorre il termine di prescrizione. Per interrompere la prescrizione occorre agire in giudizio⁽⁷⁸⁾; un atto di costituzione in mora, ai sensi dell'art. 2943, comma 4, c.c., non può essere utilizzato nel caso di specie perché non si è in presenza di un diritto di credito e di un'obbligazione ma di un diritto potestativo (il diritto di chiedere la riduzione delle disposizioni lesive) al quale corrisponde la soggezione della controparte all'iniziativa del legittimario⁽⁷⁹⁾.

10. La riduzione delle liberalità non donative

In forza dell'art. 809 c.c., oggetto di riduzione possono essere sia le donazioni dirette di cui all'art. 769 c.c. sia altri atti di liberalità. Questi ultimi costituiscono una categoria ampia caratterizzata dalla idoneità funzionale a determinare l'effetto dell'arricchimento del beneficiario senza altro interesse per il disponente che quello di realizzare tale effetto⁽⁸⁰⁾; può trattarsi di condotte materiali, di atti negoziali unilaterali o di contratti⁽⁸¹⁾. Elemento che connota le liberalità non donative, anche ove realizzate attraverso procedimenti negoziali, è quello per cui le stesse non mostrano la, non lasciano traccia formale della, propria causa liberale.

Il che rende difficile ricostruire il patrimonio relitto e, da un lato, può consentire al legittimario di sottrarre beni in effetti a lui donati dalla imputazione ex se, dall'altro, giustifica una particolare attenzione per il terzo avente causa dal beneficiario di una donazione indiretta nel rapporto con il legittimario che intenda agire in restituzione⁽⁸²⁾. Quali esempi di liberalità non donativa integrati da mere condotte possono ricordarsi quello consistente nella realizzazione di una costruzione o del piantamento di alberi su terreno di proprietà di un terzo in modo che questi acquisti per accessione la proprietà della costruzione o degli alberi, o quello dell'esecuzione di lavori di miglioramento, ristrutturazione, ampliamento dell'edificio altrui⁽⁸³⁾, o, ancora, quello della condotta di chi, acquistando un bene, ometta di fare la dichiarazione di sussistenza dei presupposti per escluderlo dalla comunione legale (art. 179, lett. f), c.c.), così da determinare (a beneficio del coniuge) la caduta in comunione legale del bene stesso.

Integrano liberalità non donative negoziali o contrattuali, sempre che trovino la loro causa concreta nell'arricchimento del beneficiario⁽⁸⁴⁾, ad esempio, la rinuncia ad un diritto⁽⁸⁵⁾, l'assunzione di un'obbligazione di non fare, il mandato ad amministrare senza obbligo di rendiconto e, secondo una tesi non incontroversa, anche l'accollo⁽⁸⁶⁾ e il comodato⁽⁸⁷⁾. Tra le liberalità non donative sono definite donazioni indirette quelle nelle quali lo scopo liberale è attuato attraverso operazioni di collegamento tra due negozi di cui l'uno, normalmente produttivo degli effetti propri del tipo cui

appartiene, l'altro, accessorio ed integrativo del primo, con il quale le parti piegano quegli effetti verso lo scopo ulteriore - lo scopo liberale - perseguito(88).

Tra i molti schemi utilizzabili possono annoverarsi il contratto di assicurazione per sé o a favore di terzo(89), la cointestazione di titoli(90), la cointestazione di conti correnti, con firma e disponibilità disgiunte, o di libretti al portatore, su cui, per spirito di liberalità, siano versate somme che, all'atto della cointestazione, o dell'apertura del libretto, risultino essere appartenute a uno solo dei cointestatari(91), il mandato ad amministrare con obbligo di trasferire il ricavato della gestione ad un terzo beneficiario(92), il contratto atipico di mantenimento e la rendita vitalizia(93), il negozio ad attribuzioni corrispettive in cui vi sia una voluta e notevole sproporzione tra le attribuzioni e tipicamente la vendita ad un prezzo di molto inferiore rispetto a quello effettivo(94). L'ipotesi di liberalità non donativa più ricorrente è quella che si attua attraverso la c.d. intestazione di beni in nome altrui.

Sotto questa dizione sono ricompresi "tutti quegli atti di liberalità con i quali il donante, con l'accordo del donatario, intende far conseguire a quest'ultimo gratuitamente e in via diretta (cioè senza passare attraverso il patrimonio del donante) la proprietà (o, per ipotesi, la titolarità di un diritto reale minore) di un bene che un terzo pone in vendita"(95): può trattarsi di un contratto stipulato dal donante con il terzo con effetti a favore del beneficiario (art. 1411 c.c.); può trattarsi di un contratto di acquisto in cui il donante agisce in rappresentanza del beneficiario e paga il prezzo con denaro proprio; può trattarsi, ancora, di un preliminare concluso dal donante e poi dal donante ceduto al beneficiario dopo che il primo ha provveduto a pagare il prezzo o di un contratto preliminare con clausola "per persona da nominare", seguito da definitivo stipulato dal beneficiario con denaro del donante o con denaro derivato da un mutuo contratto dallo stesso beneficiario ma poi rimborsato dal donante. Di fronte a queste ipotesi, nelle quali ciò di cui si impoverisce il donante (il denaro) non è quello di cui si arricchisce il beneficiario (il bene acquistato con quel denaro), sorge la questione di stabilire cosa debba considerarsi donato e quindi cosa possa essere oggetto di riduzione e di restituzione.

La questione ha importanza nel rapporto tra legittimario e beneficiario ma soprattutto nel rapporto tra legittimario e terzi aventi causa dal beneficiario. Fino al 1992, in giurisprudenza all'orientamento secondo cui oggetto della donazione indiretta è il denaro si è affiancato l'orientamento opposto; il contrasto rispecchiava quello presente in dottrina(96).

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con riguardo al caso in cui un soggetto aveva messo a disposizione del beneficiario la somma necessaria all'acquisto di un immobile, hanno affermato che, quando sussista un collegamento funzionale tra la

consegna e l'impiego del denaro per l'acquisto, "si ha donazione indiretta del bene stesso e non del danaro"(97). L'affermazione, sebbene resa in riferimento all'oggetto della azione di collazione, è stata per lo più interpretata in senso estensivo con riferimento cioè all'oggetto della donazione indiretta in generale e quindi, segnatamente, ai fini delle azioni di riduzione e di restituzione(98).

Sotto il profilo del rapporto tra legittimario e beneficiario, la soluzione adottata dalle Sezioni unite comporta, in virtù della applicazione dell'art. 809, c.c., che il beneficiario è soggetto agli effetti della riduzione con riguardo all'immobile e quindi al relativo valore reale al momento della successione(99) e non, come secondo la soluzione opposta, al valore nominale(100). Sotto il profilo del rapporto tra legittimario e avente causa dal donatario indiretto, la pronuncia delle Sezioni Unite ha aperto il problema del bilanciamento tra la tutela dell'interesse dell'uno a recuperare il bene e la tutela dell'interesse dell'altro alla stabilità dell'acquisto (specificativo dell'interesse più generale alla sicurezza degli acquisti).

La dottrina maggioritaria si è orientata nel senso della retroattività reale dell'azione di riduzione anche per le donazioni indirette e ciò, essenzialmente, sul rilievo per cui l'estensione operata dall'art. 809 c.c. delle regole sulla riduzione delle donazioni anche alle liberalità non donative, non potrebbe non riguardare anche le regole sulla restituzione di cui agli artt. 561 e 563 che fanno parte della stessa disciplina(101).

A seguire questa tesi, la stabilità dell'acquisto del terzo e della circolazione giuridica è resa precaria. La dottrina minoritaria, critica della lettura estensiva data della pronuncia delle SS.UU. e delle conseguenze che se ne sono tratte quanto alla esperibilità dei rimedi recuperatori nei confronti (anche) del donatario indiretto e quindi, a maggior ragione, del suo avente causa, ha seguito diversi percorsi.

Da un lato, si è detto che per le donazioni indirette non possono valere il principio dell'inefficacia retroattiva reale della vicenda acquisitiva, conseguente alla sentenza di riduzione, né il principio della restituzione in natura conseguente al fatto che, per effetto dell'esperimento vittorioso della riduzione, viene meno il titolo di acquisto del beneficiario (onde - seppur solo per ciò che concerne l'attore - il bene rientra retroattivamente nel patrimonio del de cuius) e viene poi meno, "a cascata", il titolo di acquisto del terzo; tali principi non possono valere perché, a differenza di quanto avviene nelle donazioni contrattuali, ove esiste un rapporto diretto tra donante e donatario, nelle donazioni indirette un rapporto analogo non esiste dato che tra donante e beneficiario sta il terzo dal quale questi acquista il bene con denaro del donante. Quindi: "nelle liberalità indirette il gratificato acquista il suo diritto con un titolo che rimane del tutto insensibile alla riduzione"; e, se resta pienamente efficace il titolo del beneficiario, risultano inapplicabili le disposizioni (art. 561 e 563 c.c.) sulla

restituzione posto che queste si rapportano alla regola *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis*(102).

Per altra impostazione, il principio della efficacia retroattiva reale della sentenza di riduzione vale anche per le donazioni indirette ma, ove si tratti di queste ultime, l'azione di riduzione colpisce non l'intero atto ma la clausola con cui si producono gli effetti donativi in favore del beneficiato: venuta meno (non l'efficacia del titolo di acquisto del bene in favore del beneficiato ma solo) l'efficacia "dell'accordo interno tra solvens e donatario" (ad esempio: se il *de cuius* paga il prezzo del bene acquistato dal beneficiario, la clausola, tra *de cuius* e beneficiario, relativa al pagamento del prezzo), il legittimario può pretendere (non di recuperare il bene in natura, dal beneficiario o dal terzo avente causa dal beneficiario ma) la restituzione del denaro(103). Secondo un'ulteriore prospettazione, considerato che attraverso l'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione il legittimario acquista la qualità di erede ed è in forza di questa qualità che può avvantaggiarsi dell'effetto recuperatorio dell'azione, nel caso di donazione indiretta, la "riattrazione" del bene donato nel patrimonio del *de cuius* non può riguardare l'immobile giacché l'immobile, in realtà, non ha mai fatto parte del patrimonio del *de cuius* ma deve riguardare il denaro giacché è questo che costituiva elemento di quel patrimonio(104). A queste posizioni va affiancata quella di chi, concentrando l'attenzione non sulla natura, sull'oggetto e sugli effetti dell'azione di riduzione, ma specificamente sull'esigenza di stabilità dei trasferimenti immobiliari(105) sottesa alle norme in tema di restituzione, ha affermato che, per le donazioni indirette, il principio della reintegrazione della quota in natura opera con riferimento al donatario ma, a differenza di quanto avviene nelle donazioni dirette, non opera con riferimento al terzo al quale il bene sia stato alienato dal beneficiato(106). E non opera perché mentre il terzo acquirente da donatario diretto può sempre accertare dai registri immobiliari che il titolo di acquisto del proprio dante causa è soggetto a riduzione e quindi, nel momento in cui acquista, è o può essere consapevole della precarietà del proprio acquisto, il terzo avente causa dal beneficiato da donazione indiretta non può che fare affidamento sulla natura onerosa del titolo del proprio dante causa.

Da qui la meritevolezza di una maggiore protezione del terzo e, per converso, l'inevitabile riduzione della tutela del legittimario. Sulla questione è intervenuta la prima sezione della Corte di Cassazione con la sentenza 12 maggio 2010, n. 11496 così massimata: "Nell'ipotesi di donazione indiretta di un immobile, realizzata mediante l'acquisto del bene con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, la compravendita costituisce lo strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario, che ha quindi ad



oggetto il bene e non già il denaro. Tuttavia, alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile ex art. 560 cod. civ.), poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione; pertanto mancando il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario leso con le modalità tipiche del diritto di credito"(107).

Secondo la Corte, quindi, ove la lesione della legittima sia la conseguenza di una liberalità atipica e ciò che è uscito dal patrimonio del de cuius non è ciò che è entrato nel patrimonio del beneficiario, fermo restando che l'oggetto della liberalità è ciò che è entrato nel patrimonio di quest'ultimo, la tutela del legittimario non può avere natura reale ed effetto recuperatorio ma si attua riconoscendo al beneficiario un credito pari al valore economico dell'arricchimento.

La sentenza, che è riferibile anche al beneficiario immediato della donazione indiretta(108), realizza in questo modo, con l'escludere l'applicazione delle norme di cui agli artt. 561 e 563 c.c., un contemperamento tra tutela dei legittimari e salvaguardia del diritto del terzo, dando stabilità e certezza al sistema dei traffici giuridici.

(*) Il testo riproduce, con aggiunta di note essenziali, la relazione svolta nella seconda giornata del convegno di studio sul tema "Riflessioni sulla successione necessaria", organizzato dalla A.I.A.F., Associazione Italiana degli Avvocati per la Famiglia e per i Minori, Sezione Toscana, con il patrocinio del Consiglio notarile di Lucca, dell'Ordine degli Avvocati di Lucca e della Provincia di Lucca, in Lucca, 13 novembre e 11 dicembre 2014.

(1) Sul fondamento del diritto del legittimario, v., per tutti, M. Bianca, La famiglia e le successioni, II, Milano, 2005, 669, il quale parla di inderogabile esigenza di solidarietà tra i membri più stretti della famiglia.

(2) Deve trattarsi di lesione quantitativa; una lesione puramente qualitativa non rileva. In questo senso, v. Cass., sez. II, 12 settembre 2002, n. 13310, in CED Cassazione; Cass. 9 febbraio 2005, n. 2617, in CED Cassazione; Cass. 12 settembre 2002, n.13310, in Nuova Giur. civ. comm., 2003, 4, 644; Cass. 28 giugno 1968, n. 2202, in Il Foro Pad., 1969, I, 1000, con nota di L.D. Cerqua, secondo la quale ultima "Il principio dell'intangibilità della quota di legittima deve intendersi soltanto in senso quantitativo e non anche in senso qualitativo, potendo il testatore soddisfare le ragioni dei legittimari con beni di qualunque natura, purché compresi nell'asse ereditario". Sul punto, v. diffusamente, G. Bonilini, Manuale di diritto ereditario e delle donazioni,

VII ed., Torino, 2014, 180-182. Valorizza invece la lesione qualitativa G. Bartolini, Effetti dell'azione di riduzione nei confronti dei terzi acquirenti degli eredi o legatari, in Studi su argomenti di interesse notarile, Roma, 1970, VII, 101.

(3) Cass. 27 ottobre 2008, n. 25834: "Gli atti di liberalità soggetti a riduzione non sono affetti da nullità o annullabilità ma sono, invece, validi, anche se suscettibili di essere resi inoperanti, ed inefficaci in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per l'integrazione della quota di riserva, attraverso l'esercizio del diritto potestativo dell'erede legittimario di chiederne la riduzione", in Riv. not., 2009, parte 2, 1625, con nota di F. Ungari Trasatti, La natura delle disposizioni lesive della legittima.

(4) Né dal lato attivo né dal lato passivo sussiste un litisconsorzio necessario. V. Cass. 13 dicembre 2005, n. 27414, in CED Cassazione: "L'azione di riduzione della disposizione testamentaria lesiva della quota di legittima ha natura personale, e, pertanto, nel relativo giudizio, non debbono essere convenuti, come litisconsorti necessari, tutti i legittimari, essendo necessaria la sola presenza in causa della persona che ha beneficiato della disposizione testamentaria che si assume lesiva"; conforme Cass. 20 dicembre 2011, n. 2777, in CED Cassazione. La pronuncia di riduzione non ha effetto riguardo alle quote di legittima di altri legittimari e non vincola il giudice chiamato a decidere di altre domande proposte da altri legittimari. Cass. 3 settembre 2013, n. 20143, in CED Cassazione: "In tema di successione necessaria, il diritto alla reintegrazione della quota, vantato da ciascun legittimario, è autonomo nei confronti dell'analogo diritto degli altri legittimari, spettando a ciascuno di essi solo una frazione della quota di riserva, sicché il giudicato sull'azione di riduzione promossa vittoriosamente da uno dei legittimari - se non può avere l'effetto di operare direttamente la reintegrazione spettante agli altri che abbiano preferito, pur essendo stati evocati nel processo di divisione contemporaneamente promosso, rimanere per questa parte inattivi - non preclude ad altro legittimario di agire separatamente, nell'ordinario termine di prescrizione, con l'azione di reintegrazione della quota di riserva per la parte spettantegli".

(5) La domanda deve pertanto essere proposta contro il titolare della posizione giuridica contestata e non contro l'attuale titolare del bene che fu donato o legato. L'azione "non può essere paralizzata dall'eccezione di maturata usucapione ventennale del bene opposta dal donatario, in quanto [...] [avendo] natura personale, non mira a rivendicare il bene posseduto dal beneficiario dell'atto di liberalità, ma soltanto a far valere sul rispettivo valore le ragioni successorie spettanti al legittimario preterito, con la conseguenza che l'eccezione del convenuto non avrebbe altra funzione che quella di ribadire l'esistenza del dominio che è presupposto della domanda" (Cass. 19 ottobre 1993, n. 10333, in Vita Not., 1994, 2, 1, 784).

(6) Cass. 30 giugno 2011, n. 14473, in CED Cassazione: Il legittimario che agisca per conseguire la legittima ha l'onere di proporre, "sia pure senza l'uso di formule sacramentali, espressa istanza di conseguire la legittima, previa determinazione della medesima mediante il calcolo della disponibilità e la susseguente riduzione delle donazioni compiute in vita dal de cuius" (nel caso di specie, l'attore si era limitato ad un generico riferimento all'azione di riduzione, aveva poi dedotto che un atto di vendita posto in essere dal de cuius dissimulava una donazione, ma non anche che tale presunta donazione fosse lesiva della propria quota di legittima). In particolare, l'azione di riduzione non può essere ritenuta implicitamente inclusa in quella di divisione essendo la prima radicalmente diversa dalla seconda perché diretta al soddisfacimento dei diritti del legittimario indipendentemente dalla esistenza di una comunione ereditaria che si voglia sciogliere. In questo senso (Cass. 10 novembre 2010, n. 22885, in CED Cassazione e Cass. 29 marzo 2000, n. 3821, in Riv. Not., 2001, 2, 700, la quale ne fa derivare la conseguenza per cui, proposta in primo grado una domanda di divisione, è preclusa la proposizione in appello della domanda di reintegra della quota di riserva, in quanto domanda nuova).

(7) Cass. 5 dicembre 1974, n. 4005, in Giur. it., 1976, I, 349: "Il solo mezzo della legge conferito al riservatario per fare salva la sua quota di eredità, lesa dal de cuius, è la particolare azione di riduzione, avente carattere personale, subordinata, per il suo esercizio, a determinate condizioni (art. 564 c.c.) e che trova la sua regolamentazione negli artt. 553 ss. c.c. Trattasi di tipica azione che, involgendo il compimento di particolari attività (determinazione della porzione disponibile; determinazione della quota spettante a ciascun erede ecc.) e producendo rilevanti effetti giuridici, deve essere proposta in modo esplicito. La riduzione delle disposizioni testamentarie non può essere fatta valere mediante la proposizione di un'eccezione, potendo l'attribuzione della quota dei beni ereditari dalla legge riservata al legittimario essere conseguita solo dopo l'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione".

(8) Cass. 17 settembre 1963, n. 2564, in Foro it., 1963, I, 2093.

(9) Non così invece la causa di restituzione proponibile contro gli aventi causa del soggetto beneficiario da una disposizione lesiva.

(10) Cass. 30 ottobre 2008, n. 26254, in CED Cassazione: "A norma dell'art. 557, primo comma, cod. civ., l'azione di riduzione delle disposizioni lesive della quota di legittima, avendo natura patrimoniale, può essere proposta non solo dai legittimari ma anche dai loro eredi o aventi causa dal momento che il carattere personale dell'azione non incide sulla trasmissibilità del diritto ma esclusivamente sull'accertamento della lesione che deve essere limitata alla quota di colui che agisce".

Tra gli aventi causa dei legittimari si annoverano il legatario del diritto di legittima o l'acquirente dell'eredità di cui all'art. 1542 c.c.

(11) Cass. 20 settembre 1963, n. 2592, in CED Cassazione: "L'azione di riduzione non può che essere promossa dai legittimari pretermessi, i quali sono i necessari attori nei confronti di siffatta azione, mentre niuna veste hanno per agire gli eventuali loro aventi causa a titolo particolare".

(12) In altri termini: il recupero avviene al patrimonio del legittimario; patrimonio che, in forza del beneficio di inventario, è distinto dal patrimonio del de cuius.

(13) Ove il legittimario abbia accettato l'eredità in modo puro e semplice i creditori ereditari sono ammessi a domandare la riduzione (in via surrogatoria) o a profittarne in quanto creditori anche personalmente dell'erede.

(14) Art. 2900 c.c.: "Il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare". Quanto al carattere non personale del diritto alla legittima, v., Trib. Novara 18 marzo 2011, in Notariato, 2013, 6, 655, che in motivazione richiama i precedenti conformi di Trib. Lucca n. 864 del 2 luglio 2007, in Giur. Merito, 2008, 3, 738; Tribunale Pesaro n. 604 del 11 agosto 2005, in Le corti marchigiane, 2007, 2-3, 541 e Trib. Cagliari 14 febbraio 2002, in Riv. Giur. Sarda.

(15) In senso positivo, v., con ampia motivazione, Trib. Novara 18 marzo 2011, cit., ove si precisa anche che la revocabilità della rinuncia del legittimario all'azione di riduzione è possibile attraverso il rimedio di cui all'art. 2901 c.c. e non attraverso il rimedio dell'art. 524 c.c. posto che questo riguarda la diversa ipotesi della rinuncia all'eredità e non è estensibile alla rinuncia alla riduzione in quanto norma eccezionale; favorevoli all'esperibilità dell'azione revocatoria, in dottrina, tra altri, L. Ferri, Dei legittimari, Libro II - Art. 536 - 564, in Comm. del Codice Civile, dir. Scialoja - Branca, Bologna-Roma, 1981, 200; V.R. Casulli, voce Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima, in Noviss. Dig. it., Torino, 1957, 1061. In senso negativo, Cass. 19 febbraio 2013, n. 4005, in Foro it., 2013, I, 2245, con nota di R. Brogi, così ufficialmente massimata: "Non è ammissibile l'azione ex art. 2901 cod. civ. rispetto ad atti che si sostanziano nella rinuncia ad una facoltà, per effetto della quale non resta modificato, né attivamente né passivamente, il patrimonio del debitore e che, pertanto, anche se dichiarati inefficaci nei confronti del creditore, non consentirebbero il conseguimento dello scopo cui è preordinata l'azione stessa, secondo la "ratio" assegnatale dal legislatore. (Nel caso di specie, è stata ritenuta

inammissibile l'azione revocatoria rispetto all'atto di adesione al legato in sostituzione di legittima e di rinuncia all'esercizio dell'azione di riduzione per lesione di legittima, atteso che, sostanziosamente l'atto di disposizione nella rinuncia ad una facoltà, l'eventuale accoglimento dell'azione, con la dichiarazione di inefficacia dello stesso, non consentirebbe al creditore di soddisfare le proprie ragioni, restando i beni nella proprietà dei soggetti individuati dal "de cuius", sino al positivo esperimento dell'azione di riduzione, che presuppone la rinuncia al legato"); in dottrina, ancora in senso negativo, Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 489 ss. Propendono invece per l'impiego dell'art. 524 c.c. 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; M. Perreca, *Considerazioni minime sugli strumenti di tutela dei creditori del legittimario verso la rinuncia tacita alla legittima*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2003, 324, nota a Trib. Cagliari 14 febbraio 2002, n. 625; A. Bigoni e F. Giovanzana, *La tutela del creditore personale del legittimario tra surrogatoria, revocatoria ed art. 524 c.c.*, nota a Tribunale Novara 18 marzo 2011, cit., in *Notariato*, 2013, 6, 655.

(16) Le questioni di cui si tratta non possono porsi che per il legittimario non pretermesso (giacché questi non può accettare né rinunciare).

(17) Cass. 19 dicembre 1975, 4193, in CED Cassazione: "Qualora il soggetto che il de cuius abbia istituito, per testamento, suo unico erede, sia, a sua volta, deceduto lasciando più coeredi, la domanda di riduzione delle disposizioni contenute nel suddetto testamento deve essere necessariamente proposta, da parte di colui che si ritenga leso nel suo diritto alla quota di riserva, nei confronti di tutti i successori universali dell'erede originario" e ciò sul presupposto che la disposizione lesiva non può che essere inefficace o mantenere efficacia nei confronti di tutti coloro che subentrano nella unitaria posizione del beneficiario.

(18) La condizione non riguarda il legittimario pretermesso giacché questi fino all'esito del giudizio di riduzione è escluso dalla successione e quindi non può accettarla.

(19) La decadenza ha luogo nelle ipotesi previste dagli artt. 493 e 494 c.c. Come precisato da Cass. 9 agosto 2005, n. 16739, in CED Cassazione, l'ipotesi in cui alla dichiarazione di accettazione con beneficio di inventario non segua la effettiva redazione dell'inventario non è un'ipotesi di decadenza ma di mancato perfezionamento della fattispecie a formazione progressiva delineata dall'art. 484 c.c.

(20) Così M. Bianca, *La famiglia e le successioni*, II, Milano, 2005, 694. V. nello stesso senso, G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Utet, Torino, 1985, 5, 414 s., al quale si rinvia

anche per un esame critico tanto della tesi minoritaria (sostenuta da A. Cicu, Successione legittime e dei legittimari, Milano, 1972, 284) secondo cui la ratio della condizione starebbe nell'esigenza di evitare che della riduzione possano beneficiare i creditori ereditari, quanto della affermazione contenuta nella Relazione del Ministero di Grazia e Giustizia, al progetto definitivo del codice civile, Roma, 1937, 88, 47, secondo cui la condizione sarebbe imposta dalla inconciliabilità logica tra azione di riduzione e responsabilità illimitata per i debiti ereditari.

(21) M. Bianca, La famiglia e le successioni, II, Milano, 2005, 694.

(22) Così Cass. 19 ottobre 2012, n. 18068, in Foro it., 2013, I, 945. Con questa sentenza la Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 564 c.c. nella parte in cui non prevede che il legittimario che non abbia accettato con beneficio di inventario possa comunque agire in riduzione, anche nei confronti di terzi (non coeredi ma) a conoscenza, in qualsiasi modo, della effettiva consistenza del relictum, in riferimento agli artt. 2 e 3 e 24 Cost. La Corte ha motivato la propria decisione richiamando la ratio della norma ed evidenziando che la circostanza per cui i terzi possono avere consapevolezza della entità del patrimonio del de cuius, in quanto circostanza di fatto, non vale a giustificare la richiesta di una pronuncia di costituzionalità.

(23) Cass. 19 ottobre 2012, n. 18068, cit., che parla espressamente di "condizione di ammissibilità" dell'azione; Cass. 9 luglio 1971, n. 2200, in Foro it. Rep., 1972, voce Successione ereditaria, n. 47.

(24) Cass. 9 febbraio 1982, n. 782 in CED Cassazione; conforme, Cass. 12 ottobre 1955, n. 3051.

(25) Sul modo di intendere il qualificativo "espressa", v., con riferimento alla clausola nella quale il donante dichiara che la donazione è fatta sulla disponibile, Cass. 6 giugno 1983, n. 3852, secondo cui "la dispensa dall'imputazione ex se deve essere espressa e, quindi, occorre che la volontà di dispensare dall'imputazione sia deducibile con certezza dal contesto della disposizione, senza possibilità di equivoci sul significato sia logico che letterale dell'espressione usata, restando conseguentemente esclusa l'utilizzabilità di elementi extracontrattuali e la desumibilità di una volontà in tal senso per implicito dalle disposizioni del donante. Discende che non può ravvisarsi una dispensa dalla imputazione alla legittima nella dichiarazione del donante che la donazione viene da lui fatta sulla disponibile"; in senso opposto, Cass. 26 novembre 1971, n. 3457: "il donante o il testatore che intenda dispensare dall'imputazione ex se non è tenuto ad adoperare formule sacramentali, essendo sufficiente che la sua volontà in tal senso risulti compiutamente dal contesto dell'atto, mentre è inibito, per identificarla, il ricorso ad elementi extratestuali. Una dispensa dall'imputazione ex se

può, peraltro, ravvisarsi nella dichiarazione del donante che la donazione viene da lui fatta sulla disponibile". Le sentenze sono reperibili in CED Cassazione. La dispensa può essere oggetto di una specifica disposizione del testamento o del contratto di donazione.

(26) La rinuncia al legato è condizione per l'azione promossa dal legittimario che sia stato beneficiario da un legato in sostituzione di legittima. La rinuncia deve intervenire prima o contestualmente alla domanda di riduzione (Cass. 22 luglio 2004, n. 13785, in Giust. civ., 2005, 1, 2691) e non è implicita nella proposizione di questa (Cass. 15 marzo 2006, n. 5779, in Riv. not., 2007, 2, 198, con nota di G. Musolino). Sulla forma della rinuncia al legato immobiliare, v. Cass., sez. un., 29 marzo 2011, n. 7098, in Riv. not., 2011, 5, 2, 1207, con nota di R. Ucci, secondo cui, "in tema di legato in sostituzione di legittima, il legittimario in favore del quale il testatore abbia disposto ai sensi dell'art. 551 cod. civ. un legato avente ad oggetto un bene immobile, qualora intenda conseguire la legittima, deve rinunciare al legato stesso in forma scritta ex art. 1350, primo comma, n. 5, cod. civ., risolvendosi la rinuncia in un atto dismissivo 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".

(27) Cass. 6 marzo 1980, n. 1521, in Vita Not., 1980, 1, 179: "L'azione di riduzione contro il coerede donatario, coniuge o discendente del de cuius, presuppone che questi sia stato dispensato dalla collazione, giacché, in caso contrario, il solo meccanismo della collazione sarebbe sufficiente per far conseguire ad ogni coerede la porzione spettantegli sull'eredità, senza necessità di ricorso alla specifica tutela apprestata dalla legge per la quota di legittima".

(28) Cass. 6 giugno 1968, n. 1701, in Foro it. Rep., 1968, voce Successione ereditaria, n. 75; Cass. 27 novembre 1957, n. 4499, in Foro it. Rep., 1957, voce Successione ereditaria, n. 139, tutte aventi riguardo alla accettazione con beneficio di inventario.

(29) Sulla necessità della precisazione dell'ordine cronologico v. Cass. 29 ottobre 1975, n. 3661, in CED Cassazione.

(30) Al fine della prova della esistenza di tali atti occorre depositare i contratti di donazione o la copia del testamento contenente le disposizioni lesive; più complessa è la prova ove si tratti di liberalità dissimulate o di donazioni indirette, giacché,

doendosi allora dimostrare la vera natura dell'atto o gli effetti del meccanismo indiretto, diviene spesso necessario avvalersi di testimonianze o presunzioni.

(31) Per Cass. 17 ottobre 1992, n. 11432, in CED Cassazione, il legittimario deve anche dimostrare "l'inesistenza nel patrimonio del de cuius di altri beni oltre quelli che formano oggetto dell'azione di riduzione, giacché, in conformità del principio di cui all'art. 2697 c.c., anche i fatti negativi, quando costituiscono il fondamento del diritto che si vuol far valere in giudizio debbono essere provati dall'attore come i fatti positivi". L'onere non può che essere assolto tramite visure dei registri immobiliari.

(32) Secondo le disposizioni indicate, la donazione deve essere fatta mediante atto pubblico alla presenza di due testimoni.

(33) Ancorché, come segnalato nel testo, l'azione di riduzione sia esclusa tanto nel caso di dissimulazione di donazione nulla così come in caso di simulazione assoluta, merita, per completezza, dar conto degli orientamenti emersi in tema di onere dalla prova per tale fattispecie. Da un lato, con la sentenza 12 giugno 2007, n.13706, in Guida al Diritto, 2007, 41, 65, la Corte di Cassazione ha affermato che l'erede che agisce per la simulazione del contratto apparente e per la nullità del contratto dissimulato è soggetto ai limiti imposti dall'art. 1417 c.c. giacché "l'unico vizio deducibile onde beneficiare dell'esonero dai detti limiti è l'illiceità (vizio, questo, che qui non ricorre, non essendo le norme a tutela dei legittimari tra quelle disposizioni imperative la cui violazione è a pena di illiceità) e non la nullità del negozio dissimulato, in secondo luogo, perché alla disamina della questione di nullità del negozio dissimulato per un vizio ad esso proprio si può procedere, per l'inderogabile ordine logico-giuridico di trattazione delle questioni che impone l'esame di quella presupposta prima di quella presupponente, solo ove sia già intervenuto l'accertamento della simulazione del negozio apparente e della consequenziale sussistenza di quello dissimulato, onde le domande di simulazione e di nullità non possono essere considerate "nel loro complesso" e la decisione sulla simulazione non può essere influenzata, neppure in relazione all'ammissibilità o meno di determinati mezzi istruttori, dalla considerazione che il negozio dissimulato possa poi, con successivo ed autonomo capo di decisione, essere riconosciuto invalido, così determinandosi la riacquisizione del bene al patrimonio ereditario ed indirettamente giovando al legittimario eventualmente leso nella quota di riserva"; a sostegno di questa tesi potrebbe valere il rilievo per cui, una volta rientrato il bene nella massa non vi è più in radice alcuna lesione e non vi è più nulla da ridurre sicché viene meno la ragione sostanziale che dà, ex ante, al legittimario la qualità di terzo e potrebbe anche valere la considerazione secondo la quale, altrimenti opinando, tramite la semplice petitio hereditatis il legittimario finirebbe per godere di vantaggi probatori anche per tutelare la disponibile e ciò diversamente da quel che è consentito ove si

tratti di semplice erede. Dall'altro lato, la stessa Corte, con la sentenza 1 aprile 1997, n. 2836, in Vita Not., 1997, 2, 1, 882, ripresa e condivisa da Cass. 13 novembre 2009, n. 24134, in CED Cassazione, ha scritto: "...La tesi secondo cui la proposizione, in via principale ed autonoma, da parte del legittimario, della domanda di simulazione del contratto apparente e di quella di nullità del negozio dissimulato, comporterebbe, in ogni caso, l'applicazione delle limitazioni probatorie prescritte dall'art. 1417 c.c., non può essere condivisa. La ragione per la quale il legittimario non è soggetto ai limiti probatori da detta norma previsti in tema di simulazione, risiede esclusivamente nella sua qualità di terzo che agisce per fare valere il proprio personale diritto alla quota di riserva. Ma per perseguire tale finalità il legittimario, non sempre è tenuto a promuovere l'azione di simulazione congiuntamente a quella di riduzione. La proposizione di entrambe le domande è necessaria solo nel caso in cui non sia posta in dubbio la validità del negozio dissimulato. Se, infatti, il contratto simulato rivesta la forma prescritta dalla legge per l'atto di liberalità dissimulato, una volta dichiarata la simulazione, l'esperimento della azione di riduzione della donazione è indispensabile per la riacquisizione al patrimonio ereditario del bene che di essa aveva formato oggetto. Qualora, invece, come si è verificato nel caso in esame, l'atto di donazione dissimulato sia nullo per difetto di forma, essendo stato concluso per scrittura privata e non per atto pubblico, come prescritto dall'art. 782 cod. civ., alla domanda di simulazione non deve e non può aggiungersi quella di riduzione (se non in via subordinata, nella previsione che possa essere non accolta la domanda di nullità del contratto dissimulato), perché il bene alienato, in conseguenza delle statuizioni di simulazione e di nullità, ritorna a fare parte anche formalmente della massa ereditaria dalla quale in realtà non era mai uscito. La mancata proposizione in questa seconda ipotesi dell'azione di riduzione, non può però indurre a ritenere soggetta la prova della simulazione ai limiti di cui agli artt. 1417 e 1429 c.c., in quanto la relativa domanda, pur non essendo preordinata a consentire la riduzione, che sarebbe inconcepibile per l'assenza del suo oggetto, è sempre diretta a conseguire una statuizione d'appartenenza del bene donato all'asse ereditario e a fare calcolare la quota del legittimario anche in base ad esso". Al rilievo per cui una volta dimostrata la simulazione non vi è più nulla da reintegrare e viene meno la ragione in forza del quale il legittimario è terzo rispetto alla simulazione, è stato opposto che il legittimario, tramite la petitio hereditatis - in esito alla quale emerge che il bene invalidamente donato o solo apparentemente donato, non è mai uscito dal patrimonio del defunto, chiude ogni spazio di utilità all'azione di riduzione -, tutela il proprio diritto alla quota di riserva e che, "diversamente opinando, si verificherebbe l'assurdo che il de cuius potrebbe vanificare il diritto del legittimario alla quota di riserva dissimulando sotto atti di trasferimento a titolo oneroso delle donazioni nulle, in quanto il legittimario leso dalla simulazione verrebbe considerato, in quanto erede e continuatore della

personalità del defunto, partecipe della simulazione stessa" (Cass. 13 novembre 2009, n. 24134, cit.). In dottrina, in senso favorevole ad ammettere la prova della simulazione assoluta o della dissimulazione di un contratto nullo senza i limiti di cui agli artt. 1417 e 1429 c.c., L. Mengoni, Successioni per causa di morte. Parte speciale, successione necessaria, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 2000, 132. La tesi da ultimo citata, a differenza dell'altra, rende prospettabile il dubbio se il legittimario possa essere svincolato dai limiti di prova validi per il dante causa quando la sua azione sia destinata a riflettersi non solo sulla determinazione della quota di riserva ma anche sulla quota disponibile, sembrando inaccettabile che in tal caso il legittimario possa avere maggiori facoltà di prova di quelle dell'erede che agisce per la sola disponibile. Il dubbio viene superato osservando come il fatto che l'erede riceva un beneficio dal recupero di un bene al patrimonio ereditario anche come erede legittimo, non assume rilievo "non potendo applicarsi, rispetto ad un unico atto simulato, per una parte una regola probatoria e per un'altra una regola diversa" (Cass. 13 novembre 2009, n. 24134, cit., conformi, Cass. 6 ottobre 2005, n. 19468, in Giust. civ., 2006, 1, 1505, Cass. 30 luglio 2004, n. 14562, in Contratti, 2005, 262; Cass. 2 febbraio 1999, n. 848, in Riv. Not., 1999, 5, 1261).

(34) A tali limiti è invece assoggettato l'erede che non agisca come legittimario. Cass. 24 marzo 2006, n. 6632, in CED Cassazione: "La prova della simulazione di un contratto solenne, stipulato da un soggetto poi deceduto, da parte degli eredi al medesimo succeduti a titolo universale, ed allo scopo di far ricomprendere l'immobile tra i beni facenti parte dell'asse ereditario, soggiace a tutte le limitazioni previste dalla legge (articolo 1417 cod. civ.) per la prova della simulazione tra le parti, atteso che gli eredi, versando nelle stesse condizioni del de cuius, non possono legittimamente dirsi 'terzi' rispetto al negozio; deve pertanto escludersi a tal fine la prova per testimoni, per presunzioni ed a mezzo di interrogatorio formale diretto a provocare la confessione della controparte". Merita aggiungere che, secondo la Corte di Cassazione, in materia di simulazione, i limiti all'ammissibilità della prova per presunzioni semplici stabiliti dall'art. 1417 c.c. (e, più in generale, dagli artt. 2721 e 2722 c.c.) sono diretti alla tutela esclusiva degli interessi privati e non della legge, derivando dal concreto atteggiarsi dei rapporti tra le parti e dalla loro possibilità di procurarsi la prova della simulazione attraverso le cosiddette controdedichiarazioni contenenti l'intesa simulatoria. Conseguentemente, detti limiti sono sottratti al rilievo d'ufficio da parte del giudice (Cass. 21 maggio 2007, n. 11771; Cass. 17 luglio 2014, n. 16377, ord., in CED Cassazione).

(35) Ai fini del ragionamento inferenziale sono rilevanti, il prezzo in rapporto al valore del bene, la relazione (parentela, amicizia) tra le parti del contratto, la permanenza dell'alienante nella detenzione del bene, la presenza di testimoni alla stipula del

contratto, l'attestazione dell'avvenuto pagamento anteriormente alla conclusione del contratto o la mancata prova dell'avvenuto pagamento (elemento quest'ultimo sul quale hanno peraltro inciso la normativa di cui all'art. 35, comma 22, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 convertito con legge 4 agosto 2006, n. 248 e la normativa di cui al d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 e del d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109).

(36) Il regime probatorio agevolato di cui beneficia, in quanto terzo, il legittimario che agisce per la simulazione di un atto compiuto dal de cuius non vale a beneficio anche dell'erede neppure laddove l'azione del legittimario e l'azione dell'erede siano cumulate nello stesso processo (così Cass. 14 gennaio 1999, n. 326, in Foro it., 2000, 1, 950, la quale evidenzia che, "per effetto del diverso regime probatorio della simulazione connesso alle diversità delle situazioni di diritto sostanziale dell'erede e del legittimario-terzo, un medesimo negozio, alla stregua delle emergenze istruttorie concretamente acquisite, debba essere dichiarato simulato nei confronti del legittimario e non nei riguardi dei successori del contraente").

(37) Cass. 30 luglio 2002, n. 11286, in Vita Not., 2002, 3, 1456: "Ai fini della prova della simulazione di una vendita posta in essere dal de cuius per dissimulare una donazione, l'erede legittimo può ritenersi terzo rispetto agli atti impugnati, con conseguente ammissibilità senza limiti della prova della simulazione, solo quando, contestualmente alla 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"; Cass. 4 aprile 2013, n. 8215, in CED Cassazione; Cass. 7 marzo 2011, n. 5386, in CED Cassazione; Cass. 24 marzo 2006, n. 6632, cit.; Cass. 28 ottobre 2004, 20868, in CED Cassazione: "Il successore a titolo universale mortis causa subentra nella posizione giuridica del de cuius ed è soggetto, pertanto, in tema di simulazione del negozio posto in essere dal suo dante causa, alle limitazioni della prova per testi e per presunzioni alle quali era soggetto quest'ultimo come parte contraente. L'erede legittimario, invece, che chieda la dichiarazione di simulazione di una vendita fatta dal de cuius celante in realtà una donazione, agisce per la tutela di un proprio diritto e deve considerarsi terzo rispetto alle parti contraenti, con conseguente ammissibilità senza limiti della prova testimoniale e per presunzioni quando, contestualmente all'azione di simulazione, proponga - sulla premessa che l'atto simulato comporti una diminuzione della sua quota di riserva - una domanda di riduzione (o di nullità o di inefficacia) della donazione dissimulata, diretta a far dichiarare che il bene fa parte dell'asse ereditario e che la quota spettantegli va calcolata tenendo conto del bene stesso, e non pure quando proponga in via principale ed autonoma solo la domanda di

simulazione, la quale sia quindi semplicemente preordinata a consentire la proposizione della domanda di riduzione in un futuro giudizio"; Cass. 11 ottobre 1986, n. 5947, in Giur. it., 1987, I, 1, 1866. Per una serrata critica al convincimento della Corte di Cassazione per cui l'azione di simulazione è strumentale alla azione di riduzione e l'erede ha interesse ad agire in simulazione se ed in quanto contestualmente promuova anche l'azione di riduzione, v. V. Barba, Azione di simulazione proposta dai legittimari, in Fam., pers. e succ., 2010, 6, 449.

(38) Cass. 23 febbraio 2011, n. 4400, in Foro it. Rep., 2011, voce Successione ereditaria, n. 162; Cass. 27 giugno 2003, n. 10262, Foro it. Rep., 2003, voce Successione ereditaria, n. 113.

(39) È comunque imprescindibile che l'erede agisca proprio come legittimario. Sul punto v. Cass. 12 giugno 2007, n. 13706, in Guida al diritto, 2007, 41, 65: "L'erede che agisca per la nullità del contratto di compravendita stipulato dal de cuius perché dissimulante una donazione e per la ricostruzione del patrimonio ereditario e la conseguente divisione dello stesso, senza anche far valere, rispetto alla donazione impugnata, la lesione del suo diritto di legittimario, non propone, nemmeno per implicito, una domanda di riduzione della donazione per lesione di legittima, azione che trova la sua causa petendi nella deduzione della qualità di legittimario e nella asserzione che la disposizione impugnata lede la quota di riserva; ne consegue che egli non può considerarsi terzo rispetto al negozio di cessione e che soggiace, pertanto, ai limiti di prova della simulazione stabiliti dalla legge nei confronti dei contraenti".

(40) F.S. Azzariti - Martinez - G. Azzariti, Successioni per causa di morte e donazioni, Padova, 1973, 181 e 188. Recentemente, in questo senso, con ampia analisi sistematica, A. Torroni, La reintegrazioni della quota riservata ai legittimari nell'impianto del codice civile, in Giur. it., 2012, II, 1951 ss., spec. 1957, a cui si rinvia per il quadro del dibattito.

(41) L. Mengoni, Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 2000, 239; G. Amadio, Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative, in Riv. Not., 2009, 4, 824 ss.

(42) L. Mengoni, ibidem.

(43) In questo senso, ad es., Cass. 8 giugno 2012, n. 9360; Cass. 29 maggio 2007, n. 12496; Cass. 15 giugno 2006, n. 13804. Le sentenze possono essere lette in CED Cassazione.

(44) Così, tra altre, Cass. 6 maggio 2011, n. 10008, Cass. 20 novembre 2008, n. 2755, Cass. 12 gennaio 1999, n. 251, Cass. 3 dicembre 1996, n. 10775, tutte reperibili in CED Cassazione.

(45) L'ordine temporale di riduzione delle donazioni stabilito dall'art. 564 c.c. si riconnette all'onere, per il legittimario che intenda agire in riduzione contro soggetti non coeredi, di accettare l'eredità con beneficio di inventario (v. sopra, paragrafo). Infatti, nel caso in cui il legittimario "non possa aggredire la donazione più recente a favore di un non coerede per aver accettato l'eredità senza beneficio d'inventario, egli non può aggredire la donazione meno recente a favore del coerede, se non nei limiti in cui risulti dimostrata l'insufficienza della donazione più recente a reintegrare la quota di riserva, non potendo ricadere le conseguenze negative del mancato espletamento di quell'onere su soggetti estranei all'assolvimento dello stesso" (Cass. 3 ottobre 2013, n. 22632, in CED Cassazione). Ove poi si ponga una questione di anteriorità di una donazione rispetto ad un'altra, occorre tener presente che la data delle donazioni di modico valore e delle donazioni indirette diventa certa per il legittimario solo alle condizioni di cui all'art. 2704 c.c. (la questione in esame non ha invece sostanzialmente spazio, riducendosi all'eccezionale ipotesi di anteriorità oraria, per le altre donazioni contrattuali in quanto soggette a forma pubblica).

(46) Per questa ricostruzione sistematica, v. A. Tullio, L'azione di riduzione e le azioni di restituzione, in Fam., pers. e succ., 2011, 297, che richiama Gazzoni, Manuale di diritto privato, XII ed., 2006, 481.

(47) L'azione restitutoria è necessaria solo se il legittimario non ha il possesso del bene oggetto della riduzione, il ché ad esempio non è se il legittimario non ha consegnato il bene al beneficiario di un legato di specie né in caso di azione di riduzione di clausole testamentarie istitutive di erede, in quanto (G. Capozzi, Successioni e donazioni, Milano, 2009, I, 316) l'azione consente il conseguimento di una quota astratta di eredità e non beni concreti (i quali possono essere conseguiti solo mediante l'azione di divisione).

(48) L'articolo si riferisce letteralmente ai soli beni immobili ma secondo la tesi largamente prevalente si applica anche a beni mobili. In questo senso, Ferri, Dei legittimari, in Comm. Scialoja Branca, 1981, 197; L. Mengoni, Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 2000, 344; contra C.M. Bianca, Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni, IV ed., 2005, 702.

(49) Un esempio numerico - tratto da M. Bianca, Diritto civile, 2, La famiglia, le successioni, II ed., Milano, 2005, 702 - serve a chiarire: il de cuius ha un unico figlio; il patrimonio ereditario è 160, comprensivo di una donazione a terzo estraneo di 120; la quota di legittima è un mezzo (80); il figlio agisce in riduzione; si crea una comunione "a due" con il donatario; il figlio chiede di sciogliere la comunione; per reintegrare la legittima occorre ridurre la donazione di $\frac{1}{3}$ - la quota di legittima è

80 e il figlio, avendo già 40 dal relitto (160-120), abbisogna ancora di 40 (che devono essere presi dallo scioglimento della comunione); poiché la parte ridotta - cioè l'eccedenza - è pari a $1/3$ e quindi supera il quarto della disponibile (essendo la disponibile 80, il quarto è 20), allora il donatario deve restituire il bene e ha diritto al valore attuale della porzione disponibile cioè 80 (120-40).

(50) Anche qui un esempio numerico può essere utile: il padre, vedovo, con due figli, ha donato ad un figlio beni del valore di 10 e, successivamente, un immobile del valore di 60; si apre la successione con un relictum del valore di 20. Quindi, l'asse ereditario è di 90; la legittima è di 60 ($2/3$) e la disponibile è di 30 ($1/3$); il relitto (20) non basta a soddisfare la legittima del figlio che non ha ricevuto donazioni (30 cioè $1/2$ di $2/3$) e le donazioni si riducono cominciando dall'ultima; il legittimario leso potrebbe ottenere la riduzione della seconda donazione lesiva della sua quota di legittima ed acquisire, all'esito dell'azione di riduzione, una quota indivisa dell'immobile donato; la previsione dell'art. 560 c.c. che si applica all'immobile che non risulti comodamente divisibile permette al donatario di imputare la donazione alla quota di legittima (pari a 30) e per l'eccedenza alla porzione disponibile (pari a 30) e così può ritenere tutto l'immobile e compensare in denaro il fratello fino a reintegrarne la quota di legittima. L'esempio è ripreso da A. Torroni, La reintegrazioni della quota riservata ai legittimari nell'impianto del codice civile, cit., 1961.

(51) Deve trattarsi di aventi causa per atto antecedente alla pendenza dell'azione di riduzione, altrimenti, se la domanda di riduzione è trascritta prima della trascrizione dell'atto di acquisto, applicandosi l'art. 111 cpv. c.p.c., con la conseguenza che "la sentenza pronunciata contro il donatario alienante ha effetto anche contro l'avente causa il quale è soggetto al giudicato come il suo autore, e non può chiedere l'applicazione dell'art. 563 cod. civ." (in Foro it., 1966, I, 350, con nota di U. Morello, Sugli effetti sostanziali della trascrizione della domanda di riduzione).

(52) La disciplina è stata profondamente modificata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 e successivamente dall'art. 31 della L. 28 dicembre 2005, n. 263. Per alcuni rilievi sulla situazione normativa previgente e sull'impatto della modifica, v. Busani, L'atto di "opposizione" alla donazione (art. 563, comma 4, cod. civ.), in Riv. dir. civ., 2006, II, 13; Tagliaferri, La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione, in Notariato, 2006, 168; Vitucci, Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito, in Riv. dir. civ., 2005, I, 555.

(53) Per evitare una ripetizione, le disposizioni sul richiamo all'art. 2652, n. 8, c.c. e sulla sospensione del termine ventennale sono prese in esame, nel testo, in riferimento all'art. 563 c.c., salvo qui precisare che, essendo l'art. 561 c.c. riferito anche ai mobili

registrati, il richiamo all'art. 2652, n. 8 va esteso al richiamo all'art. 2690, n. 5, c.c. (così, G. Cattaneo, La vocazione necessaria e la vocazione legittima, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, 5, 467; Busani, L'atto di "opposizione" alla donazione (art. 563, comma 4, cod. civ.), in Riv. dir. civ., 2006, II, 13) e che, come notato da autorevole dottrina (Palazzo, Riduzione (azione di), voce della Enc. Giur. Treccani, Roma, aggiornato 2005, 1), data l'omogeneità di situazioni, devono essere fatti salvi anche i diritti dei terzi creditori pignoranti e dei creditori intervenuti nell'esecuzione ai sensi dell'art. 2915, comma 2, c.c.

(54) Qualora poi legatario o donatario siano insolventi, il valore che si può recuperare si detrae - sempre che la domanda sia stata proposta entro 10 anni dall'apertura della successione tanto dalla legittima tanto dalla disponibile.

(55) Si tratta di una condizione di procedibilità (il legittimario deve prima chiedere l'equivalente del valore del bene al beneficiario della disposizione lesiva e deve escutere il donatario e solo dopo può agire contro il terzo avente causa) con riferimento alla quale la Corte di Cassazione (sentenza 1 marzo 2011, n. 5042, in CED Cassazione) ha precisato che "l'azione di riduzione proposta dal legittimario nei confronti del terzo acquirente dal donatario richiede la preventiva escussione dei beni del donatario medesimo, ma solo a condizione dell'effettiva esistenza di una situazione di possidenza in quest'ultimo, trattandosi non di una formalità procedurale, ma di un adempimento che, per la finalità ad esso connessa, in tanto è richiesto in quanto vi sia un patrimonio sul quale si possa esplicitare".

(56) Secondo la dottrina prevalente, l'onere di preventiva escussione sebbene sia previsto rispetto ai terzi che abbiano acquistato la proprietà del bene oggetto di donazione e non ai terzi creditori ipotecari o che abbiano acquistato diritti reali minori o diritti di garanzia sul bene, deve essere riferito anche ai primi posto che altrimenti si determinerebbe tra gli uni e gli altri una disparità di trattamento ingiustificata. V. G. Gabrielli, I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti, in Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia, a cura di S. Delle Monache, Padova, 2007, 135.

(57) Il valore va determinato al momento della sentenza di riduzione (Cass. 24 maggio 1979, n. 2997, in CED Cassazione). Secondo un Autore (L. Mengoni, Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 2000, 308), questa facoltà integra un diritto di riscatto; secondo altra tesi (Gazzoni, Manuale di diritto privato, Napoli, 2006, 484), si tratta invece di una facoltà alternativa all'obbligo restitutorio. In quest'ultimo senso è orientata anche la Corte di Cassazione, la quale, con la sentenza n. 1392 del 12 settembre 1970, in Foro it., 1970, I, 2403, ha affermato che l'obbligazione di restituzione si configura "come 'facoltativa'

o con 'facultas solutionis' alternativa ex lege ('una res in obligatione, duae autem in facultate solutionis') e non come un'obbligazione alternativa (con la conseguenza, propria dell'obbligazione facoltativa, dell'estinzione della stessa qualora divenga impossibile senza colpa del debitore l'unica prestazione costituente l'oggetto dell'obbligazione stessa)".

(58) C. Giannatasio, Delle successioni, in *Commentario del Codice Civile*, Torino, 1959, 342; L. Mengoni, Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2000, 306. In giurisprudenza, Cass. 22 marzo 2001, n. 4130, in *Foro it.*, 2001, I, 2534, con nota di RMS Carbone, nella cui motivazione si legge; "Orbene, la questione di diritto, che occorre risolvere per decidere la causa presente, è se le stesse ragioni e le medesime regole stabilite in favore del legittimario per addivenire alla restituzione degli immobili donati, che sono stati alienati a terzi, possano farsi valere per il caso di alienazione di beni, oggetto di disposizioni testamentarie lesive della legittima. È pur vero che dal codice si prevede espressamente l'ipotesi della alienazione dei beni da parte del donatario: in questo caso, la proposizione dell'azione contro i terzi acquirenti dei beni è ammessa soltanto dopo l'escussione dei beni del donatario (art. 563, comma 1, c.c.); è pur vero, altresì, che dal codice non si disciplina l'ipotesi dell'alienazione, da parte dell'erede o del legatario, dei beni i quali hanno formato oggetto delle disposizioni testamentarie lesive la legittima. Nondimeno, può presentarsi il caso in cui, esercitata l'azione di riduzione, i beni siano stati alienati dagli eredi e dai legatari e che l'escussione nei loro confronti si sia rivelata insoddisfacente. Per regolare la fattispecie non resta che fare ricorso ai principi ed alle regole compatibili stabiliti dall'art. 563 cit., rispetto ai quali si riscontra la medesima ratio".

(59) L. Ferri, Dei legittimari, Libro II - Art. 536 - 564, in *Comm. del Codice Civile*, dir. Scialoja - Branca, Bologna-Roma, 1981, 240; A. Tullio, L'azione di riduzione e le azioni di restituzione, in *Fam., pers. e succ.*, 2011, 303. In giurisprudenza, Cass. 13 novembre 1982, n. 6052, in *CED Cassazione*.

(60) G. Bartolini, Effetti dell'azione di riduzione nei confronti dei terzi acquirenti degli eredi o legatari, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, Roma, 1970, VII, 102 ss.

(61) L'atto di opposizione deve essere necessariamente in forma di scrittura autenticata o di atto pubblico essendo tale forma necessaria ai fini della trascrizione (senza la quale l'atto è improduttivo di effetti).

(62) L'opposizione è definita come diritto personale. Secondo Gazzoni, Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.), in *Giust. civ.*, 2006, II, 5, "il diritto di opporsi è personale, cioè insurrogabile ex art. 2900 c.c."; conforme Gabrielli, Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal

beneficiario di disposizione lesiva: una riforma attesa, ma timida, cit., 1133. La natura personale esclude che in caso di più legittimari, l'opposizione di uno possa giovare agli altri. Secondo Bussani, op. cit., 47, poiché la legge individua già gli unici soggetti legittimati all'esercizio dell'opposizione nel coniuge e nei parenti in linea retta del donante, l'espressione "personale" perderebbe di rilievo pratico se fosse riferita ai successori del legittimario mentre può valere ad escludere la possibilità di deferire il diritto all'opposizione ad un rappresentante avendo l'esercizio di quel diritto incidenza non soltanto patrimoniale ma anche sugli equilibri e rapporti intrafamiliari.

(63) L'opposizione può avere luogo fino a quando non è spirato il termine per la proposizione dell'azione di restituzione (venti anni dalla data della trascrizione della donazione); il diritto potestativo di opporsi alla donazione non è soggetto al termine decennale di prescrizione. Conformi Baralis, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, cit., 295; Busani, *L'atto di "opposizione" alla donazione*, cit., 41. Sotto altro profilo, vi è da chiedersi se l'opposizione è possibile anche dopo la morte del donante. Per un Autore, dalla previsione legislativa secondo cui l'opposizione perde effetto se non è rinnovata prima che siano decorsi venti anni dalla sua trascrizione, si trae (che entro il ventennio dalla trascrizione della donazione) l'opposizione può essere fatta valere sempre, "prima o dopo la morte del donante" (così A. Palazzo, *Riduzione (azione di)*, voce della Enc. Giur. Treccani, Roma, aggiornato 2005, 5). Per altra e più convincente tesi, invece, l'opposizione è possibile fino a che il donante è in vita perché, avendo lo scopo di preannunciare l'eventuale esercizio, e salvaguardare il diritto all'esercizio, dell'azione di riduzione, l'opposizione e la relativa rinnovazione sono consentite "soltanto finché la domanda preannunciata non sia direttamente proponibile" mentre una volta aperta la successione l'opposizione e la rinnovazione non avrebbero più senso (Gabrielli, op. cit., 137; conforme S. Delle Monache, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in Riv. Not., 2006, 316). In coerenza con la prima delle due tesi, l'opposizione, eventualmente rinnovata, consente al legittimario di riservarsi la possibilità di agire in restituzione senza termine. Secondo la tesi alternativa, il termine resta sospeso fino all'apertura della successione (Gabrielli, op. cit., 136). Se così è, il terzo che acquisti e trascriva quando ancora non sono decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione, fa salvo il proprio acquisto se il legittimario agisce in riduzione oltre il termine di venti anni dalla trascrizione della donazione, calcolato il ventennio sommando al periodo tra la trascrizione della donazione e la trascrizione della opposizione, il periodo tra la apertura della successione e la trascrizione dell'azione di riduzione (Gabrielli, *ibidem*, 137). Su quest'ultimo punto v. subito infra nel testo.

(64) L'opposizione è rinunciabile. La rinuncia è un atto recettizio che, riguardando immobili, deve essere in forma scritta. È discusso se la rinuncia possa essere fatta fin quando l'opposizione non è stata esercitata oppure anche dopo che è stata esercitata oppure solo dopo che è stata esercitata. Nel primo senso, G. Baralis, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Riv. Not.*, 2006, 2, 296 ss. sul motivo che a tanto indurrebbe il tenore letterale della norma; in senso diametralmente opposto, S. Delle Monache, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. Not.*, 2006, 318, facendo leva sul fatto che la norma parla di rinuncia non al diritto di fare opposizione ma al "diritto dell'opponente"; in realtà, non pare che il disposto letterale possa indurre ad ammettere una rinuncia solo preventiva escludendo quella successiva o viceversa, né vi sono ragioni logico-sistematiche ostative ad ammettere sia l'una che l'altra ed è quindi da condividersi la prevalente opinione estensiva (sulla quale, v., A. Zaccaria, S. Troiano, *Gli effetti della trascrizione*, 327; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, 11). Per la problematica relativa alla possibile incidenza della rinuncia all'opposizione, e alla compatibilità della rinuncia alla opposizione, rispetto alle regole stabilite dall'art. 559 c.c. e dall'art. 563 c.c. riguardo all'ordine di riduzione delle donazioni e riguardo all'ordine di esercizio della azione di restituzione nei confronti degli aventi causa dai donatari, v. G. Carlini, C. U. Trasatti, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: prime riflessioni sulla legge n. 80/2005*, in *Riv. Not.*, 2005, 780-782. Sul rapporto tra rinuncia all'opposizione e rinuncia alla azione di riduzione, v. *infra* nel testo.

(65) M. Ieva, *Circolazione e successione mortis causa*, in *Riv. Not.*, 2012, 1, 51 ss.

(66) Se il donante muore poco prima del ventennio dalla donazione e la trascrizione della domanda di riduzione viene eseguita dopo la scadenza del ventennio e prima di quella del decennio dall'apertura della successione, il legittimario non ha l'onere di notificare e trascrivere l'opposizione ma ha l'onere di trascrivere entro il decennio dall'apertura della successione la domanda di riduzione, soddisfatto il quale onere, conserverà l'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario.

(67) A. Zaccaria - S. Troiano, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2008, 318; L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, 319; Busani, *L'atto di "opposizione" alla donazione (art. 563, comma 4, cod. civ.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 13 s.

(68) Cass., sez. un., 9 giugno 2006, n. 13429, in *Riv. Dir. civ.*, 2008, 2, 2, 211.

(69) Sulla possibilità di una rinuncia tacita purché il comportamento sia univocamente incompatibile con il diritto alla reintegra della legittima, v., tra altre, Cass. 20 gennaio

2009, n.1373 in Foro it., 2009, I, 1435. Per Cass. 3 settembre 2013, n. 20143, in CED Cassazione, non è comportamento univocamente espressivo della volontà di rinuncia la mancata costituzione nel giudizio di scioglimento della comunione ereditaria, promosso da altro coerede; parimenti inidonea, per Cass. 22 settembre 2000, n. 12536, in Vita Not., 2001, 1, I, 281, è la sola "presa d'atto" dell'iscrizione di un'ipoteca giudiziale. Ancora: per Cass. 7 maggio 1987, n. 4230, in CED Cassazione, è da escludere che possa ravvisarsi rinuncia tacita all'azione di riduzione nel fatto che i legittimari chiedano la divisione giudiziale dei beni caduti nella successione "nel pieno rispetto della volontà testamentaria", ignorando la lesione della loro quota di riserva; per Cass. 8 ottobre 1971, n. 2771, Cass. 4 agosto 1995, n. 8611, Cass. 21 maggio 2012, n. 8001, leggibili in CED Cassazione, non comporta accettazione tacita la conferma o esecuzione volontaria di una disposizione lesiva della legittima salvo che la conferma non si inserisca in un complesso di elementi concordanti da cui emerga che la parte interessata, nel momento in cui esegue la conferma, abbia avuto la consapevolezza dell'esorbitanza della disposizione testamentaria dai limiti della porzione disponibile. (Nella fattispecie esaminata da Cass. n. 8001/2012, la Corte ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva ritenuto che l'adesione della legittimaria ad un accordo transattivo intercorso fra le parti del procedimento di divisione giudiziale del bene in contesa esprimesse inequivocabilmente la sua volontà di rinunciare a far valere il diritto alla reintegrazione della quota di eredità riservata per legge).

(70) A. Palazzo, Riduzione (azione di), in Enc. Giur. Treccani, Roma, aggiornato 2005, 4 s.: "Vero è che il legittimario, il quale rinuncia ad opporsi alla liberalità, in buona sostanza non soltanto rinuncia semplicemente ad ottenere la restituzione dell'immobile donato libero da pesi e da ipoteche, una volta trascorso il ventennio dalla trascrizione della donazione, quanto soprattutto mostra in modo inequivocabile la sua volontà di non avvalersi dell'azione di riduzione (pur astrattamente da lui esperibile)".

(71) C. Castronovo, Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c., in Vita not., 2007, 999; G. Bonilini, Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, III ed., Torino, 2005, 156.

(72) Ciò che invece la rinuncia alla opposizione può esprimere è la rinuncia alla azione di restituzione. In questo senso, v. V. Tagliaferri, La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti all'azione di riduzione, in Notariato, 2006, 167 ss.; G. D'Amico, la rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa, in Riv. Not., 2011, 6, 1271 ss.; G. Iaccarino, Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri, in Notariato, 2010, 509 s.

(73) Al pari della rinuncia all'azione da parte di uno o più legittimari anche la prescrizione dell'azione non incide sulla individuazione della quota di riserva spettante agli altri. Cass., sez. un., 9 giugno 2006, n. 13429, cit.

(74) Cass. 25 novembre 1997, n. 11809; Cass. 25 gennaio 1992, n. 817; Cass. 26 gennaio 1990, n. 459; Cass. 7 maggio 1987, n. 4230, tutte in CED Cassazione.

(75) Cass. 15 giugno 1999, n. 5920, in Giust. civ., 2000, I, 3273; Cass. 17 gennaio 1970, n. 99, in CED Cassazione.

(76) Cass., sez. un., 25 ottobre 2004, n. 20644, in Vita Not., 2005, 2, parte 1, 855, con F.C. Follieri.

(77) Per la prospettazione di queste tre soluzioni e per l'iter argomentativo - di cui subito nel testo - che può indurre a preferire la prima, v. G. Gabrielli, I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti, in Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia, a cura di S. Delle Monache, Padova, 2007, 131 ss. In coerenza con l'iter seguito, l'Autore ritiene che, malgrado l'avviso dei Cass., sez. un., n. 20644/2004, cit., la soluzione debba valere identicamente anche per il caso di disposizione istitutiva di erede. L'esigenza di uniformità evita differenze di trattamento tra il caso in cui la legittima sia intaccata mediante legato e quello in cui la legittima sia intaccata dalla istituzione di erede mediante attribuzione di beni determinati.

(78) La domanda interrompe la prescrizione nei confronti del solo attore e non degli altri legittimari.

(79) Cass. 7 agosto 1996, n. 7159, in CED Cassazione: "L'azione di riduzione del legittimario è di natura personale (in quanto diretta a rivendicare non lo specifico bene posseduto dal beneficiario dell'atto di liberalità, bensì a far valere sul valore di detto bene le proprie ragioni successorie dopo l'accertamento della sua qualità) ma non obbligatoria (in quanto non diretta ad ottenere l'adempimento di un'obbligazione a cui sia connaturale l'istituto della messa in mora). Ne consegue che alla prescrizione dell'azione che tutela il diritto del legittimario non è applicabile l'art. 2943, ultimo comma, cod. civ., che è idoneo ad interrompere la prescrizione solo di diritti obbligatori"; conforme Cass. 25 novembre 1997, n. 11809, in CED Cassazione.

(80) Il fatto che all'arricchimento del beneficiario corrisponda un impoverimento del disponente inteso nel senso di perdita di un bene patrimoniale o assunzione di un'obbligazione di contenuto immediatamente patrimoniale è solo eventuale.

(81) È pacifico che, sebbene l'art. 809 c.c. parli di "atti", anche le condotte materiali devono essere incluse essendo ingiustificato distinguere in base alla natura fra

fattispecie identicamente produttive dell'effetto liberale. Sul questo punto e sulla definizione generale di liberalità non donative, v. V. R. Casulli, voce Donazione, Enc. dir., Milano, 1964, 988 ss., secondo cui l'art. 809 c.c. si riferisce a "qualsiasi vantaggio patrimoniale, pecuniariamente apprezzabile, non causato da un contratto di donazione, ma prodotto dall'attuazione di un atto materiale o di un negozio giuridico unilaterale o bilaterale, che, pur avendo in ogni caso un proprio scopo tipico diverso dalla donazione diretta, raggiunga identico risultato per lo spirito di liberalità che ebbe a determinarlo e per le conseguenze cui dà luogo, sempre che ricorrano la piena capacità del disponente, la conoscenza nel beneficiario dell'intento liberare e il collocamento di costui o del suo rappresentante legale nella condizione eventualmente richiesta per approfittare del vantaggio attribuitogli». Per un esame completo delle fattispecie capaci di produrre l'effetto liberale, v. G. Iaccarino, Liberalità indirette, L'enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa, Milano, 2011, 45 ss.

(82) Il terzo di cui si discute merita una tutela rafforzata in quanto, a differenza dell'avente causa dal "donatario contrattuale", non ha modo di sapere per tabulas della natura del titolo del proprio dante causa e quindi della potenziale instabilità del proprio acquisto a fronte della ipotizzabile applicazione anche nei suoi confronti degli artt. 561 e 563 c.c.

(83) V.R. Casulli, Donazioni indirette e rinuncia ad eredità e legati, Roma, 1950, 102.

(84) Per la necessità di indagare la causa in concreto, v. Cass. 13 maggio 1980, n. 3147: "La donazione indiretta ha la sua causa, così come la donazione diretta, nella liberalità e cioè nella consapevole determinazione dell'arricchimento del beneficiario mediante attribuzioni od erogazioni patrimoniali operate nullo iure cogente. Ciò comporta che nell'ipotesi di donazione indiretta vanno seguiti, ai fini dell'individuazione della causa e della rilevazione dei suoi vizi, i medesimi principi e criteri che valgono per la donazione diretta".

(85) Cass. 30 dicembre 1997, n. 13117, in CED Cassazione: "La rinuncia all'usufrutto, se ispirata da 'animus donandi', è suscettibile di integrare una donazione indiretta a favore del nudo proprietario dei beni gravati dal diritto reale parziario rinunciato, perché, comportando un'estinzione anticipata di tale diritto, si risolve nel conseguimento da parte di detto 'dominus' dei vantaggi patrimoniali inerenti all'acquisizione del godimento immediato del bene, che gli sarebbe sottratto se l'usufrutto fosse durato fino alla sua naturale scadenza: il controvalore di tali vantaggi è, pertanto, senz'altro passibile di convogliamento nella massa ereditaria di cui all'art. 556 cod. civ."; conforme Cass. 3 marzo 1967, n. 507, in Foro it., 1967, I, 715.

(86) Cass. 8 luglio 1983, n. 4618, in CED Cassazione: "l'accordo attraverso cui un soggetto assuma per spirito di liberalità il debito di altro soggetto verso un terzo, non

integra una donazione tipica non verificandosi a vantaggio del debitore alcun arricchimento, che potrebbe conseguire solo alla liberazione propria dell'accollo privativo ex art. 1273, secondo comma, cod. civ., ma realizza tuttavia una donazione indiretta che resta assoggettata, circa la forma, alla disciplina propria dell'atto attraverso il quale si realizza la liberalità, salva l'applicazione delle norme sulla revocazione delle donazioni e di quelle sulla riduzione per reintegrare la quota dovuta ai legittimari". In termini, Cass. 11 ottobre 1978, n. 4550, in CED Cassazione. Si tenga presente però che secondo Cass. 30 marzo 2006, n. 7507, in CED Cassazione, "Poiché con la donazione indiretta le parti realizzano l'intento di liberalità utilizzando uno schema negoziale avente causa diversa, configura piuttosto una donazione diretta l'accollo interno con cui l'accollante, allo scopo di arricchire la figlia con proprio impoverimento, si sia impegnato nei confronti di quest'ultima a pagare all'Istituto di credito le rate del mutuo bancario dalla medesima contratto, atteso che la liberalità non è un effetto indiretto ma la causa dell'accollo"; in senso conforme Cass. 11 ottobre 1978, n. 4550, in Riv. Not., 1978, 1341.

(87) App. Milano 17 dicembre 2004, in Nuova giur. civ. comm., 2005, I, 688, con nota di: "L'attribuzione, per un tempo considerevole, da parte del 'de cuius', ad uno degli eredi di un appartamento in uso gratuito, costituisce donazione indiretta, realizzata attraverso lo schema del comodato gratuito ed il relativo valore, pari all'ammontare complessivo dei canoni di locazione, con riferimento al momento dell'apertura della successione, va computato ai fini della determinazione della porzione disponibile. Lo spirito di liberalità, in tal caso, può anche essere accertato presuntivamente, essendo individuabile 'in re ipsa'; in dottrina, F. Scaglione, I negozi successori anticipatori, in Riv. Not., 2012, 2, 347 ss. Tuttavia per Cass. 23 novembre 2006, n. 24866, in CED Cassazione: "in tema di divisione ereditaria, non è qualificabile come donazione soggetta a collazione il godimento, a titolo gratuito di un immobile concesso durante la propria vita dal de cuius a uno degli eredi, atteso che l'arricchimento procurato dalla donazione non può essere identificato con il vantaggio che il comodatario trae dall'uso personale e gratuito della cosa comodata, in quanto detta utilità non costituisce il risultato finale dell'atto posto in essere dalle parti, come avviene nella donazione, bensì il contenuto tipico del comodato stesso. A tal fine non solo si deve escludere che venga integrata la causa della donazione (in luogo di quella del comodato) nell'ipotesi in cui il comodato sia pattuito per un periodo alquanto lungo o in relazione a beni di notevole valore, ma rileva la insussistenza dell'animus donandi, desumibile dalla temporaneità del godimento concesso al comodatario".

(88) G. Capozzi, Successioni e donazioni, Milano, 2009, 882. In giurisprudenza, v. Cass. 8 maggio 1998, n. 4680, in Vita Not., 1998, 3, I, 1600: "La donazione indiretta consiste nell'elargizione di una liberalità che viene attuata, anziché con il negozio

tipico dell'art. 769 cod. civ., mediante un negozio oneroso che produce, in concomitanza con l'effetto diretto che gli è proprio ed in collegamento con altro negozio, l'arricchimento 'animo donandi' del destinatario della liberalità medesima". Si tenga presente che "nella donazione indiretta, il negozio attraverso il quale viene realizzato lo scopo di liberalità è un negozio tipico, dotato di una propria causa ben distinta da quella caratteristica della donazione: ne consegue che il negozio-mezzo, in considerazione della sua autonomia strutturale rispetto al fine di liberalità, deve essere sottoposto alla disciplina giuridica formale che ad esso è propria, e non a quella prevista per la donazione" (così Cass. 11 ottobre 1978, n. 4550, in Riv. Not., 1978, 2, 1341).

(89) Trib. Torino 1 ottobre 2008, in www.jusexplorer.it: "Nel contratto di assicurazione di tipo 'misto', in cui coesistono un'assicurazione stipulata per la vita propria, a norma dell'art. 1919 c.c., e un'assicurazione sulla vita a favore di terzi, a norma dell'art. 1920 c.c., in cui la designazione dei beneficiari è stata effettuata nel contratto e che rientra nello schema generale del contratto a favore di terzi, può essere ravvisata un'operazione complessa, in cui lo scopo voluto dal disponente si realizza tramite il collegamento negoziale fra il contratto assicurativo a carattere oneroso stipulato con l'assicuratore e l'atto di designazione dei terzi beneficiari per il caso morte, inteso come atto unilaterale recettizio sostenuto dallo spirito di liberalità. Tale schema non può essere ricondotto alla figura della donazione tipica, stante la struttura trilaterale e la mancanza dello spostamento patrimoniale diretto fra disponente e beneficiario, ma è riconducibile alla nozione di donazione indiretta, con la conseguenziale applicazione dei principi e delle regole comuni agli atti di liberalità".

(90) Cass. 9 maggio 2013, n. 1099, in CED Cassazione: "La cointestazione di buoni postali fruttiferi integra, ove sia accertata l'esistenza dell'"animus donandi", una donazione indiretta, in quanto, attraverso il negozio direttamente concluso con il terzo depositario, la parte che deposita il proprio denaro consegue l'effetto ulteriore di attuare un'attribuzione patrimoniale in favore di colui che ne diventa beneficiario per la corrispondente quota, essendo questi, quale contitolare del titolo nominativo a firma disgiunta, legittimato a fare valere i relativi diritti".

(91) Cass. 4 maggio 2012, n. 6784, in CED Cassazione; Cass. 12 novembre 2008, n. 26983, in Riv. Not., 2009, 5, 1215, con nota di G.F. Nicodemo, Donazione indiretta e cointestazione del libretto bancario al portatore. La difficile prova dell'animus donandi; cfr. anche Cass. 16 gennaio 2014, n. 809 (che ha annullato la sentenza della corte di merito rilevando come non basti la cointestazione del conto a far ritenere la donazione del cinquanta per cento delle somme versate sul conto stesso, in quanto l'animus donandi non poteva essere riconosciuto sulla sola base di detta

cointestazione, dovendo il giudice di secondo grado motivare sullo spirito di liberalità che assisteva ogni versamento); Cass. 10 aprile 1999, n. 3499, in Giur. it., 1999, 2017.

(92) Cass. 6 giugno 1969, n. 1987, in Foro it., 1969, parte I, 3151, con nota di U. Morello.

(93) Cass. 24 agosto 1998, n. 8357, in CED Cassazione: "Alla stregua del principio di autonomia contrattuale, che consente alle parti di avvalersi di strumenti negoziali non tipizzati, è legittima la costituzione di una rendita vitalizia mista con donazione, da intendersi realizzata allorché le parti concludano una convenzione intesa a determinare, insieme allo scambio di attribuzioni patrimoniali tipicamente proprio del contratto di cui agli artt. 1872 e segg. cod. civ., un vantaggio di una di esse, correlativamente eliminando o affievolendo, nella globale economia del rapporto, l'elemento dell'alea, che, con riguardo allo schema delineato dalle testè citate disposizioni, può ritenersi sussistente solo quando, a causa di una ragionevole incertezza sulle possibilità di sopravvivenza del vitaliziato, risulti impossibile una previsione anticipata dei vantaggi e delle perdite cui le parti si accingono ad andare incontro, non anche quando, con riguardo a tabelle statistiche concernenti l'andamento della vita media, e tenendo conto delle condizioni di salute dello stesso vitalizzante, sia invece ragionevole la prognosi di una data finale che consenta la quantificazione degli oneri e vantaggi suddetti; Cass. 3 giugno 1982, n. 3394, in CED Cassazione: "Nella convenzione con cui una parte - in corrispettivo della cessione di un'azienda commerciale e del trasferimento della relativa gestione, implicante la possibilità per il cessionario di ottenere le autorizzazioni amministrative a proprio nome necessarie per continuare a gestire autonomamente l'azienda - si obbliga a corrispondere una determinata somma mensile alla altra parte, fino al decesso di costui, e, successivamente, una rendita in danaro ad un terzo, vita natural durante, sottoposta alla condizione risolutiva del suo eventuale matrimonio, si configurano una costituzione di rendita vitalizia a titolo oneroso - con costituzione di un vitalizio successivo (art. 1873, secondo comma, cod. civ.), in cui più creditori della rendita sono chiamati a goderne non insieme (vitalizio congiunto), ma uno dopo l'altro - e, nella parte in cui è assicurata la rendita al terzo, una donazione indiretta".

(94) Cass. 30 gennaio 2007, n. 1955, in CED Cassazione; Cass. 10 febbraio 1997, n. 1214, in Foro it., 1997, I, 743: "Il 'negotium mixtum cum donatione' non è un contratto innominato, formato da elementi di due schemi negoziali tipici (cosiddetto contratto misto), bensì costituisce una donazione indiretta, attuata attraverso l'utilizzazione della compravendita al fine di arricchire il compratore della differenza tra il prezzo pattuito e quello effettivo; perciò esso non deve rivestire la forma prevista per il contratto tipico, nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti, bensì quella dell'atto effettivamente adottato". Il negozio misto è fonte di notevole

contenzioso perché è spesso controverso stabilire il limite oltre il quale la sproporzione tra le prestazioni configura una donazione mista. Si ricorre a elementi sintomatici: la sproporzione grave, il rapporto tra le parti o la non estraneità tra le parti, possono essere sintomo della finalità liberale. V. Cass. 29 settembre 2004, n. 19601, in CED Cassazione.

(95) U. Carnevali, Intestazione di beni sotto nome altrui, in Enc. Treccani, Roma, 1996, 2.

(96) Nel primo senso, v. Cass. 19 ottobre 1978, n. 471, in CED Cassazione: "Qualora venga donata una somma di danaro per l'acquisto di un immobile non si ha donazione, neppure indiretta, dell'immobile, mai entrato nel patrimonio del donante, bensì una donazione diretta di somma di danaro, gravata dall'onere di un determinato reimpiego"; in senso opposto Cass. 31 gennaio 1989, n. 596, in Riv. Not., 1989, 1163, con nota di N. Di Mauro, Individuazione dell'oggetto della liberalità in alcune fattispecie particolari e in Giur. it., 1989, parte 1, 1882, con nota di S. Bellelli, Acquisto di bene immobile con danaro altrui e donazione; in dottrina, da un lato, A. Torrente, La donazione, in Trattato di diritto civile e commerciale, a cura di A. Cicu - F. Messineo, XXII, Milano, 1956, 75 ss., dall'altro, R. Casulli, Donazioni indirette e rinuncia all'eredità e legati, Roma, 1950, 105. Per una sintesi sui termini della contrasto, v. G. Iaccarino, Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri, in Notariato, 2010, 509 s.

(97) Cass., sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282, in Giust. civ., 1992, I, 2991, con nota di G. Azzariti, Somma erogata per l'acquisto di un immobile intestato a soggetto diverso dall'acquirente e collazione; in Nuova Giur. civ. comm., 1993, I, 373, con nota di F. Regine, Intestazione di beni immobili a nome altrui e donazione indiretta; in Riv. Not., II, 144; in Resp. civ. e prev., 1993, 283, con G. F. Basini, L'oggetto della liberalità ai fini della collazione, dell'imputazione ex se e della riunione fittizia, in ipotesi di "intestazione di beni a nome altrui"; in Vita Not., 1993, I, 261; in Foro it., 1993, I, 1544, con nota Di C. De Lorenzo, Intestazione del bene In nome altrui e collazione: il nuovo corso della Cassazione si consolida; in Rass. Dir. civ., 1994, 3, 613, con nota di V.M. Cesaro, Acquisto di immobile con denaro fornito dal genitore e donazione indiretta.

(98) In senso contrario, G. Iaccarino, Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri, cit., 511; L. Battaglia, Azione di riduzione e collazione: aspetti processuali, cit. in Giur. it., 2012, 2195 ss.: "La ratio della sentenza delle sezioni unite n. 9282/1992 riposa sull'assoggettamento a collazione dell'entità economica dell'incremento patrimoniale del beneficiario. Ai fini della collazione, la considerazione distinta del profilo dell'arricchimento del

beneficiario (svincolata, in certo senso, dalla dinamica degli effetti che tale arricchimento hanno realizzato) si giustifica appieno alla luce degli obiettivi della relativa tutela, 'attraendo' alla divisione non l'immobile (che del patrimonio del de cuius non ha mai fatto parte), ma il valore di esso di cui il patrimonio del beneficiario (della donazione indiretta) s'è incrementato. La coerenza del sistema sembra invece smarrirsi allorché si voglia applicare il ragionamento alla riduzione della donazione indiretta dell'immobile. Come si può giustificare, in ultima analisi, l'acquisto (pur sempre ereditario) da parte del legittimario di un bene che mai è appartenuto al de cuius? Immaginare la retrocessione del bene dal donatario al legittimario leso significherebbe configurare un trasferimento tra vivi il quale (oltre a mutare la natura dell'azione) renderebbe il legittimario un avente causa del donatario. Non rimane altra strada che quella di ridefinire, dal punto di vista teorico, il contenuto della pretesa azionabile dal legittimario: non il bene acquistato dal beneficiario, ma il suo equivalente in denaro, cioè il valore dell'investimento di cui il donante ha fornito al donatario l'opportunità e i mezzi: in definitiva, il suo arricchimento economico. In questo modo, costruita la riserva come diritto a un valore, essa si trasforma in ragione di credito, spettante al legittimario leso nei confronti dei favoriti, con l'ulteriore conseguenza che, nei confronti del terzo acquirente dal donatario, al legittimario resteranno esperibili i soli rimedi generali riconosciuti al creditore verso gli aventi causa del proprio debitore a tutela della garanzia patrimoniale". Per la tesi contraria alla estensione della pronuncia della Sezioni Unite dalla collazione alla riduzione, anche G. Amadio, Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative, in Riv. Not., 2009, 4, 819 ss.

(99) Cass. 5 giugno 2000, n. 7478, in Giur. it., 2000, 11, 9, con nota di E. Bergamo; Trib. Lucca 13 gennaio 2005, in Giur. Merito, 2005, 1531, con nota di G. Todesco, secondo cui "Se, mediante 'negotium mixtum cum donatione', il 'de cuius' abbia venduto ad un suo discendente l'unico immobile compreso nel suo patrimonio ad un prezzo molto inferiore al valore reale, la riduzione in favore dei legittimari lesi da tale negozio non si opera sulla quantità di denaro risparmiato dal discendente che ne è stato acquirente, ma sulla frazione dell'immobile che il 'de cuius' intese non vendergli, ma donargli, fermo il riconoscimento del controvalore monetario della quota reintegrata qualora l'immobile non consenta di separare in natura la porzione che compete al legittimario per l'integrazione della riserva".

(100) Quest'ultima soluzione crea una disparità tra beneficiario da una donazione diretta e, rispettivamente, indiretta.

(101) Per tutti, Mariconda, L'inutile riforma degli artt. 561 e 563 c.c., in Corr. giur., 2005, 8, 1174 ss.

(102) La tesi qui ripresa è di U. Carnevali, Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 132.

(103) L. Mengoni, Successioni per causa di morte. Parte speciale (successione necessaria), in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2000, 251 ss.; conforme; Delle Monache, Successione necessarie e tutela del legittimario, Milano, 2008, 113. In riferimento al contratto a favore di terzi è stato invero prospettato che l'impostazione in esame non varrebbe giacché il beneficiario acquista in virtù della clausola a suo favore, la sentenza di riduzione ha l'effetto proprio della revoca della stipulazione (art. 1411, comma 3, c.c.) e reindirizza l'acquisto in capo al de cuius stipulante con la conseguenza che il legittimario avrebbe diritto alla restituzione del bene ai sensi dell'art. 563 c.c. Per una critica alla eccezione in esame, G. Iaccarino, Donazioni indirette e "ars stipulatoria", in *Lecture notarili*, collana diretta da G. Laurini, Milano, 2008, 121.

(104) G. Amadio, Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative, in *Riv. Not.*, 2009, 4, 819 ss. La prospettiva in esame sottolinea la differenza funzionale profonda tra riduzione e collazione - alla quale si riferisce la sentenza n. 9282/92 cit. -, la prima mirando appunto alla "riattrazione" del bene al patrimonio ereditario, la seconda alla "ridistribuzione" tra gli eredi, in sede di divisione, del valore dell'arricchimento del beneficiario. Sul punto v. altresì A. Torroni, La reintegrazioni della quota riservata ai legittimari nell'impianto del codice civile, in *Giur. it.*, 2012, II, 951 ss., secondo cui nella collazione, avendosi lo scopo di ristabilire la parità di trattamento tra gli eredi, interessa ciò di cui si è arricchito il beneficiario, mentre nella riduzione il legittimario "lamenta la fuoriuscita del denaro dal patrimonio del donante" e quindi ciò che interessa è il valore dell'arricchimento del beneficiario; nel medesimo senso, L. Battaglia, Azione di riduzione e collazione: aspetti processuali, cit.

(105) La questione riguarda i trasferimenti immobiliari dato che per i mobili vale, richiamata dall'art. 563 c.c., la regola che fa salvi gli effetti del possesso acquistato in buona fede.

(106) Per questa impostazione, v. U. La Porta, Azione di riduzione di "donazione indirette" lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal "donatario", in *Riv. Not.*, 2009, 4, 951; G. Iaccarino, Donazioni indirette e "ars stipulatoria", cit., 118 ss.; v. altresì, per un ampio inquadramento sistematico, C. Cervasi, Sull'azione di restituzione contro i terzi acquirenti da beneficiari di liberalità non donative, nota a Cass. 12 maggio 2010, n. 11496, in *Giur. it.*, 2011.

(107) La sentenza è pubblicata in questa Rivista, 2011, 4, 348, con nota di A. Mari e G. Ridella, Gli effetti delle azioni di riduzione e restituzione nei confronti delle

liberalità non donative secondo la Corte di Cassazione; in Notariato, 2010, 5, 508, con nota di G. Iaccarino, Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri; in Giur. it., 2011, con nota di C. Cervasi, cit.

(108) Espressamente in questo senso, A. Torroni, La reintegrazione della quota riservata ai legittimari nell'impianto del codice civile, cit., 1965; G. Iaccarino, Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri, in Notariato, 2010, 518.

Nuova Giur. Civ., 2008, 11, 11361 (nota a sentenza)

NATURA REALE DELLA PETIZIONE DI EREDITÀ E LEGITTIMAZIONE ATTIVA E PASSIVA

Claudia Sandei

c.c. art. 533

Cass. civ. Sez. II Sent., 01 aprile 2008, n. 8440

Sommario: I. Il caso - II. La questione - III. I precedenti - IV. La dottrina

Nota di commento: «Natura reale della petizione di eredità e legittimazione attiva e passiva»

I. Il caso

Nell'anno 1982 la signora K.S. conveniva in giudizio i propri fratelli uterini L.M. e M.B. al fine di ottenere la restituzione di tutti i beni di cui la comune madre D.M.R. aveva disposto per testamento in favore di questi ultimi. Affermava infatti l'attrice che detti beni (una casa ed alcuni terreni) appartenevano al proprio padre, e che perciò la madre non poteva disporne. Chiedeva così che fosse accertato che i beni di cui la madre aveva disposto in realtà erano del padre dell'attrice, che uniche eredi legittime di costui - dichiarato morto presunto - erano le sorelle K.S. e K.J., quest'ultima poi intervenuta in giudizio, e chiedeva che gli eredi testamentari della madre fossero quindi condannati a restituire i beni in questione. Il Tribunale di Belluno ordinava l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri figli della D.M.R. in favore dei quali la stessa aveva disposto per testamento di altri beni (due cantine relative alla casa di cui sopra) e, in seguito alla mancata ottemperanza di detto ordine, dichiarava con sentenza l'estinzione del processo.

Le attrici appellavano tale sentenza.



La Corte d'Appello di Venezia accoglieva il ricorso, affermando che l'azione proposta doveva qualificarsi in termini di petizione d'eredità, e che tale azione «prevede la legittimazione attiva e passiva rispettivamente soltanto di colui che adduce la sua qualità di erede e di colui che è nel possesso dei beni di cui il primo chiede la restituzione». Nel merito, poi, la Corte d'Appello riconosceva che i beni di cui era stata chiesta la restituzione (casa e terreni) appartenevano al padre delle attrici e non alla madre delle stesse. Contro tale sentenza vengono proposti più ricorsi ad opera delle diverse parti, ricorsi però tutti respinti.

Con il ricorso principale, l'unico degno di nota, si assume che anche gli altri figli della D.M.R. dovevano essere considerati litisconsorti necessari perché anch'essi beneficiari di un testamento mai impugnato, e che, avendo le attrici chiesto la restituzione di tutti i beni di cui la madre aveva disposto per testamento, l'azione doveva essere proposta contro tutti i beneficiari. Nel ricorso si fa rilevare come la *petitio hereditatis* sia finalizzata a conseguire il riconoscimento della qualità di erede e, quindi, di un diritto su un *universum jus* (l'eredità), il che implica il litisconsorzio necessario tra tutti coloro che possiedono i beni ereditari.

La Corte di Cassazione respinge il ricorso e conferma la sentenza della Corte d'Appello, ritenendo che la petizione di eredità abbia essenzialmente una finalità restitutoria e, in ragione di tale finalità, sia un'azione di natura reale rispetto alla quale legittimati attivi e passivi sono solo colui che adduce la sua qualità di erede e colui che è in possesso dei beni di cui il primo chiede la restituzione.

II. La questione

La questione affrontata dalla Supr. Corte nella sentenza in esame concerne la sussistenza del litisconsorzio necessario nei confronti di tutti i possessori di beni ereditari nel caso di azione di petizione di eredità. Si tratta di una questione eminentemente processuale la cui soluzione, tuttavia, presuppone un'indagine di tipo sostanziale sull'oggetto e sulla natura della petizione di eredità.

Al riguardo la Corte di Cassazione conferma il proprio precedente orientamento, affermando la natura reale dell'azione di petizione di eredità (in senso conf., da ultimo, Cass., 2.8.2001, n. 10557, *infra*, sez. III). Dall'esame complessivo della sentenza e da alcuni precedenti sembra che la realtà in questione esprima l'esperibilità *erga omnes* ed il carattere recuperatorio dell'azione, e non invece anche la necessità che oggetto della stessa sia un diritto reale sui singoli beni o sull'eredità come universalità, essendo essa esercitabile, al contrario, anche per il recupero di diritti di credito o personali (in dottrina, Cicu, 235; Schlesinger, 199, *infra*, sez. IV). Scopo di tale azione, secondo la Supr. Corte, sarebbe il recupero di uno o più beni (*rectius* diritti) e non dell'eredità intesa come *universum jus*.

Ciò significa che l'accertamento della qualifica ereditaria dell'attore è solo strumentale al recupero dei beni e che il giudicato su tale circostanza ha effetto solo tra le parti (Cass., 15.6.1999, n. 5920; Cass., 20.10.1984, n. 5304, *infra*, sez. III; Cicu, 244).

Da queste premesse, più o meno esplicitate nella sentenza in commento, la Supr. Corte giunge alla conseguenza di ritenere che legittimato, rispettivamente ad agire e resistere, alla petizione di eredità sia colui che si afferma erede e colui che possiede il bene ereditario verso il quale l'azione è diretta (così già Cass., 30.3.1987, n. 3040, *infra*, sez. III). La Corte, poi, spiega l'apparente contraddizione dell'assunto con quanto affermato in precedenza con la sentenza 24.4.1975, n. 1608 (in Rep. Foro it., 1975, voce «Intervento in causa e litisconsorzio», n. 25) richiamata dal ricorrente, evidenziando come in quel caso la domanda attorea si fondasse sull'asserita falsità del testamento, e perciò giustamente in quella sede era stato rilevato il litisconsorzio necessario di tutti i possessori. Nel caso ricordato dal ricorrente, cioè, diversamente da quanto accade in caso di petizione di eredità, la domanda giudiziale era in prima battuta volta a contestare la qualità ereditaria dei possessori, e solo in via riflessa ad accertare quella dell'attore, il che implicava il litisconsorzio necessario verso tutti gli interessati alla successione.

Con la sentenza in esame, la Supr. Corte aderisce a quell'orientamento assai diffuso in dottrina e giurisprudenza che, rifiutando l'idea romanistica dell'eredità come universalità, ritiene che la petizione di eredità abbia per oggetto singoli beni ereditari.

Da questa impostazione discendono due conseguenze: da un lato la possibilità di agire contro il possessore dei beni ereditari anche per la restituzione solo di alcuni dei beni da questo posseduti, e dall'altro la necessità di dover sempre indicare quali sono i beni di cui si chiede la restituzione non potendosi esperire la petizione di eredità per il recupero dell'eredità in genere (Cicu, 237 ss.) Il ragionamento della Corte viene poi completato da altre sentenze della stessa nelle quali si sottolinea come, sebbene oggetto della petizione di eredità sia il recupero di singoli beni ereditari, tale azione sia comunque distinguibile dalla rivendica, in quanto solo la prima si fonda sulla qualifica ereditaria del soggetto agente e del bene oggetto del petitum. Ciò, come rilevato da dottrina e giurisprudenza, implica per l'attore l'onere di provare solo a) di essere erede, b) che il bene al cui recupero si mira fa parte dell'asse ereditario, essendo invece lo stesso esonerato dal provare l'esistenza del diritto in capo al *de cuius* (Cirillo, 451, *infra*, sez. IV; Cass., 2.8.2001, n. 10557, *infra*, sez. III; Cass., 26.5.1998, n. 5225, in Mass. Foro it., 1998; Cass., 9.4.1980, n. 2290, *infra*, sez. III).

III. I precedenti

In senso conforme alla sentenza in commento nel ritenere la petizione di eredità un'azione essenzialmente recuperatoria diretta verso uno o più beni ereditari, v. Cass.,

2.8.2001, n. 10557, in *Giur. it.*, 2002, 1152, e in *Notariato*, 2002, 571 con nota di Fonte-Basso; Cass., 15.6.1999, n. 5920, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Successione ereditaria», n. 51; Cass., 20.10.1984, n. 4304, in *Arch. civ.*, 1985, 711; Cass., 3.7.1980, n. 4259, in *Mass. Giur. it.*, 1980; Cass., 3.8.1978, n. 3823, *ivi*, 1978; Trib. Torino, 26.11.2001, in *Foro it.*, 2003, I, 654, con nota di Pagni; Trib. Salerno, 25.2.2003, in *Arch. civ.*, 2003, 1197. Sull'assenza di litisconsorzio necessario e sulla vincolatività solo inter partes del giudicato sulla qualifica ereditaria dell'attore, v. spec. Cass., 15.6.1999, n. 5920, *cit.*; Cass., 30.3.1987, n. 3040, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce «Successione ereditaria», n. 58.

Sulla distinzione tra azione di rivendica e petizione di eredità, v. Trib. Sulmona, 30.7.2004, *ivi*, 2006, voce «Successione ereditaria», n. 100; Cass., 2.8.2001, n. 10557, *cit.*; Cass. 20.10.1984, n. 4304, *cit.*; Cass., 9.4.1980, n. 2290, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1329. Sulla possibilità di esperire la petizione di eredità anche per l'accertamento e il recupero di diritti di credito, Cass., 27.12.2004, n. 24034, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Successione ereditaria», n. 80.

IV. La dottrina

Diverse sono le tesi proposte dalla dottrina in merito all'oggetto della petizione di eredità.

Secondo un primo filone, la petizione di eredità sarebbe essenzialmente un'azione di accertamento, volta cioè a far dichiarare la qualità di erede dell'attore e, quindi, il suo diritto sull'eredità come universalità (Giannattasio, *Delle successioni*, nel *Commentario Utet*, II, Utet, 1980, 238 ss.; Nicolò, voce «Erede», in *Enc. del dir.*, XV, Giuffrè, 1966, 196).

Secondo altra parte della dottrina, invece, la petizione di eredità avrebbe una funzione eminentemente recuperatoria e l'accertamento della qualità di erede dell'attore sarebbe solo il presupposto e non l'oggetto dell'azione (Schlesinger, *La petizione di eredità*, Giappichelli, 1956, 166). In senso parzialmente diverso, Conti, *La petizione di eredità*, nel *Trattato Rescigno*, 5, Utet, 1997, 266, secondo cui la petizione di eredità sarebbe un mezzo di tutela mediante il quale viene attuato il riannodamento alla sfera giuridica del titolare dell'azione delle situazioni protette che facevano capo al *de cuius*.

Favorevole all'esperibilità della petizione di eredità al fine di recuperare diritti personali e non reali che facevano capo al *de cuius* è Schlesinger, 194.

Quanto alla distinzione tra petizione di eredità ed azione di rivendica, si ritiene che questa risieda nel fatto che solo la petizione di eredità si fonda sull'allegazione dello stato di erede ed ha per oggetto beni riguardati come ereditari (Cirillo, *La petizione di eredità*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Cedam, 1996, 451 ss.).



Contra, Cicu, il quale concorda sul minore onere probatorio in capo a chi agisce con la petizione di eredità, ma ritiene che la distinzione con la rivendica dipenda dall'atteggiamento del convenuto, nel senso che se il convenuto non contesta la qualifica ereditaria del bene o dell'attore, l'azione sarebbe sempre da qualificare in termini di rivendica (Cicu, Successioni per causa di morte, nel Trattato Cicu-Messineo, XLII, Giuffrè, 1961, 242; nello stesso senso anche Ceccherini, voce «Petizione di eredità (dir. priv.)», in Enc. del dir., XXXIII, Giuffrè, 1983, 620).

Fam. Pers. Succ., 2009, 6 (dottrina)

Successione testamentaria

Trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità ed erede apparente

Michele Ferrario Hercolani

Sommario: [1. La funzione conservativa della trascrizione e l'erede apparente](#) - [2. Il problema del titolo ai fini della trascrizione dell'accettazione di eredità. In particolare, l'accettazione tacita](#)

[1. La funzione conservativa della trascrizione e l'erede apparente](#)

Le funzioni proprie della trascrizione degli acquisti a causa di morte sono due ⁽¹⁾. La prima si collega [all'art. 2650 c.c.](#) ed è preordinata a soddisfare il principio di continuità delle trascrizioni; quindi, a rendere continua la catena dei trasferimenti immobiliari, anche quando alcuni passaggi avvengano a causa di morte. Senza tale trascrizione, non avrebbero efficacia le trascrizioni dei successivi acquisti tra vivi ⁽²⁾.

Tale funzione è diversa rispetto a quella svolta dalla trascrizione degli atti tra vivi in generale, prevista [dall'art. 2644 c.c.](#) e dal sistema della pubblicità immobiliare, imperniato sulla funzione di risoluzione dei conflitti.

Rispetto alle successioni a causa di morte, infatti, la funzione tipica non è di risolvere conflitti, bensì quella di garantire la continuità della pubblicità, anche perché, in questo ambito, non può sussistere il conflitto contemplato [dall'art. 2644 c.c.](#) La norma richiamata presuppone, infatti, che vi sia un soggetto che acquista *a non domino*, e risolve il conflitto, tra questi e l'avente causa *a domino*, sulla base della priorità della trascrizione.

Per via successoria, invece, un acquisto *a non domino* non può configurarsi, e ciò non deriva solo dal fatto che l'erede, in forza del titolo universale, subentra nella stessa posizione giuridica complessiva del *de cuius*, poiché la medesima conclusione vale per il legatario, che acquista a titolo particolare.

Piuttosto, questa considerazione si desume dal sistema della successione testamentaria (in particolare, dalla disciplina della revocazione), nonché dalle norme sulla trascrizione: può esserci un acquisto *a non domino*, da parte del terzo avente causa dall'erede apparente ([art. 534 c.c.](#)) o da parte del terzo avente causa dal legatario apparente ([art. 2652, n. 7, c.c.](#)); ma non può esserci acquisto *a non domino* direttamente dal *de cuius*.

In molti casi, quindi, non ricorrendo un acquisto *a non domino*, non è possibile nemmeno esprimersi in termini di «conflitto».

In particolare, con riferimento all'eredità, non sussiste un conflitto tra erede ed avente causa per atto tra vivi del *de cuius*: il successore a titolo universale subentra nella medesima posizione del *de cuius*, si sostituisce a questo senza soluzione di continuità, ed è quindi parte rispetto agli atti di disposizione compiuti dal medesimo ⁽³⁾.

Un conflitto può sussistere, invece, tra avente causa per atto tra vivi del *de cuius* e avente causa per atto tra vivi dell'erede. Trattandosi, infatti, di acquisti a titolo particolare da parte di soggetti terzi, rispetto al *de cuius* e agli eredi, può configurarsi un acquisto *a non domino*.

Non può essere accolta, però, la tesi che risolve sempre il conflitto ai sensi [dell'art. 2644 c.c.](#), ritenendo entrambi gli acquisti suddetti come provenienti dal medesimo dante causa, in virtù del titolo universale dell'erede e del suo subentro nella medesima posizione del *de cuius* ⁽⁴⁾.

Quando il dante causa non sia la medesima persona fisica, in quanto l'originario alienante è deceduto, può concretarsi una situazione di apparenza con riguardo all'erede, da cui acquista il terzo, e potrebbe trovare applicazione, quindi, l'art. 534, 2° e 3° co., c.c.

Questa apparenza, quando sussistano anche gli altri elementi della fattispecie (buona fede, trasferimento a titolo oneroso, trascrizione), prevale sulla regola sancita [dall'art. 2644 c.c.](#)

Nell'acquisto dall'erede apparente, infatti, l'affidamento è tutelato in modo speciale e ad un grado più marcato, rispetto agli acquisti tra vivi in cui opera la regola sui conflitti ⁽⁵⁾.

L'altra funzione assolta dalla trascrizione degli acquisti a causa di morte è diretta non già a produrre certi effetti, bensì ad evitare un'apparenza giuridica, e si ricollega agli [artt. 534 e 2652, n. 7, c.c.](#)

La trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario veri svolge, quindi, anche una funzione conservativa ⁽⁶⁾, che impedisce il crearsi di una apparenza, giuridicamente rilevante, che può pregiudicare i loro diritti.

Con riferimento [all'art. 534 c.c.](#), è sufficiente che i suddetti soggetti trascrivano il proprio acquisto prima della trascrizione dell'acquisto dell'erede apparente ([art. 534 c.c.](#)) o del legatario apparente ([art. 2652, n. 7, c.c.](#)), oppure dell'acquisto del terzo avente causa dai medesimi, e il configurarsi di una apparenza a loro danno è impedita.

La tempestiva trascrizione dell'acquisto *mortis causa* da parte, non solo dell'erede vero, ma anche del legatario vero, elimina ogni possibilità che l'art. 534, 3° co., c.c. (relativo ai beni immobili) possa operare ⁽⁷⁾. Quindi, la trascrizione, ex [art. 2648 c.c.](#), che li riguarda entrambi, svolge una funzione conservativa del loro acquisto.

La lettera della norma è nel senso che, per aversi acquisto *a non domino*, occorre che sia la trascrizione dell'acquisto dell'erede apparente, sia quella dell'acquisto del terzo suo avente causa, devono essere antecedenti alla trascrizione dell'acquisto dell'erede o del legatario veri ⁽⁸⁾.

Quindi, l'effetto conservativo della trascrizione, ex [art. 2648 c.c.](#), si produce anche se essa sia compiuta successivamente alla trascrizione dell'accettazione dell'eredità da parte dell'erede apparente, ma prima della trascrizione dell'acquisto del terzo suo avente causa ⁽⁹⁾.

La situazione di apparenza va verificata nel concreto, in quanto legata alla tutela dell'affidamento. Essa è quindi circostanziata, ha un profilo soggettivo (opera a favore di un soggetto che deve provare il suo stato di buona fede), ed uno oggettivo (riguarda uno specifico bene) ⁽¹⁰⁾.

Un'altra questione è, sempre ai fini dell'art. 534, 3° co., c.c., se il bene debba essere individuato in modo specifico anche nella nota di trascrizione dell'accettazione dell'eredità, da parte dell'erede apparente.

In via generale, non può ritenersi obbligatoria, ai fini della continuità, l'indicazione, nella nota, di tutti i beni immobili caduti in successione e che si trovano in una determinata Conservatoria, e ciò vale nel caso in cui il titolo sia un atto di accettazione espressa, come pure nel caso in cui esso consista in un atto che valga come accettazione tacita. Tale indicazione può essere opportuna, ma non necessaria, dal momento che si tratta di una successione a carattere universale, che, per sua natura, coinvolge tutto il patrimonio del defunto, per l'intero o per una quota. Del resto, non sussiste un principio di conformità della nota di trascrizione al titolo, con riguardo agli acquisti a titolo ereditario.

Ad esempio, la trascrizione di un'accettazione espressa di eredità è idonea a garantire la continuità, pur se nessun bene sia indicato nella nota.

Tuttavia, ai fini [dell'art. 534 c.c.](#), l'apparenza non va riferita all'intero compendio ereditario ma ad un singolo bene, e potrebbe darsi che l'erede sia vero con riguardo ad un immobile, ma sia erede apparente con riguardo ad un altro, che potrebbe essere stato assegnato in via divisionale ad un diverso erede ⁽¹¹⁾. Per questo, non è forse sufficiente che la trascrizione dell'acquisto ereditario sia compiuta genericamente oppure con l'indicazione di un bene diverso

da quello acquistato dal terzo, affinché si produca la fattispecie acquisitiva di cui alla norma richiamata.

2. Il problema del titolo ai fini della trascrizione dell'accettazione di eredità. In particolare, l'accettazione tacita

Il tema dell'erede apparente nel concreto si pone con particolare riferimento all'accettazione dell'eredità in forma tacita.

L'accettazione espressa di eredità, infatti, è un negozio poco diffuso, al di fuori dell'eredità beneficiata in cui tale forma è imposta dalla legge. Di regola, l'acquisto dell'eredità si compie *ex lege*, ai sensi [dell'art. 485 c.c.](#), in forza del «possesso» da parte del chiamato, protratto per tre mesi dall'apertura della successione.

La trascrizione di tale acquisto potrebbe avvenire, però, solo sulla base di una sentenza di accertamento. La forma espressa dell'accettazione potrebbe essere scelta, quindi, per costituire un titolo diretto ad eseguire la trascrizione, ai sensi [dell'art. 2648 c.c.](#)

Tuttavia, questo accade raramente, e le motivazioni sottese a questa prassi sono essenzialmente di ordine economico, per evitare le spese notarili e gli oneri tributari relativi.

Il risparmio, che non è di grande entità, può essere giustificato, quando trattasi di soggetti, di regola i famigliari, che continuino nel «possesso» dei beni ereditari. L'operare dell'acquisto *ex lege* ([art. 485 c.c.](#)) preserva i chiamati dal rischio di incorrere nella perdita, per prescrizione, del diritto di accettare.

In tutti i casi in cui tale «possesso» manchi, invece, questo rischio sussiste, ed è proprio legato alla mancanza di una accettazione in forma espressa.

In ogni caso, questa prassi comporta che la trascrizione dell'acquisto ereditario sia compiuta, di solito, ai sensi dell'art. 2648, 3° co., c.c., in forza di un successivo atto pubblico o privato con sottoscrizione autenticata (o accertata giudizialmente), che comporti un'ipotesi di accettazione tacita ⁽¹²⁾. Il compimento di un atto notarile o autentico, che sia idoneo a tal fine, può avvenire a distanza di diversi anni ⁽¹³⁾.

Ciò espone l'erede al rischio di perdere i beni ereditari, a vantaggio dei terzi aventi causa *a non domino* dall'erede apparente, *ex art. 534 c.c.* La funzione conservativa della trascrizione dell'acquisto *mortis causa* assume, in tale prospettiva, un ruolo determinante.

Peraltro, vi sono casi in cui questa funzione non può essere svolta, ed è impossibile impedire l'operare dell'acquisto dall'erede apparente. Si porta il caso del testamento che validamente istituisce Tizio, il quale aliena un bene ereditario ad un terzo, e in cui entrambe le trascrizioni, dal *de cuius* a Tizio e da questi al terzo, siano effettuate. Qualora venga scoperto un testamento posteriore, che nomina erede Caio, quest'ultimo non sarà in grado di recuperare e ottenere il bene ereditario ⁽¹⁴⁾.

In verità, l'individuazione del titolo idoneo ai fini della trascrizione è un problema più ampio e trascende il caso dell'accettazione tacita ⁽¹⁵⁾.

A prescindere dall'esigenza di evitare il realizzarsi di un acquisto *a non domino*, ai sensi [dell'art. 534 c.c.](#), più spesso il problema riguarda la difficoltà di garantire la continuità delle trascrizioni.

Si consideri questo caso-tipo: Caio muore intestato e gli succede per legge la sorella Giulia. Essa, a sua volta, muore, prima che sia trascritto un atto di accettazione (espressa o tacita). Suo erede è il figlio Sempronio, che vuole vendere a terzi un bene ereditario.

Se le due morti sono ravvicinate o avvengono comunque entro il termine prescrizionale, sarà possibile considerare l'atto di vendita a terzi come titolo idoneo per la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità sia di Giulia, sia di Caio. L'eredità di quest'ultimo verrebbe accettata in forza dello *ius delationis* presente nell'eredità di Giulia, e non ancora esercitato.

Non è ostativa la circostanza che, nel concreto, Giulia fosse già erede di Caio, al momento della propria morte. La trascrizione *ex art. 2648, 3° co., c.c.*, infatti, trae titolo solo da atti che avvengano in forma pubblica o autenticata. In questa sede, il titolo non rileva tanto per gli effetti che, nel concreto, produce, quanto per la sua valenza documentale. È ammessa la possibilità di utilizzare, ai fini della trascrizione, un titolo che, astrattamente, implichi un'accettazione tacita, che però è presentato da un soggetto che abbia già conseguito la qualità di erede.

La trascrizione tacita, quindi, in molti casi è compiuta sulla base di un titolo formatosi quando l'acquisto ereditario si è già realizzato, sulla base di un atto o un fatto anteriore: attraverso un atto non notarile che comporti un'accettazione tacita; oppure, più frequentemente, attraverso un acquisto *ex lege* in seguito al «possesso» protratto oltre tre mesi.

Tornando al caso-tipo prospettato, nel diverso caso in cui, tra la morte di Caio e di Giulia, sia trascorso (senza interruzioni) il termine prescrizione per accettare l'eredità, la soluzione è differente: se Giulia era nel «possesso» dei beni o comunque aveva compiuto un inequivocabile atto di accettazione tacita, occorrerà una sentenza di accertamento della sua qualità ereditaria, che potrà essere trascritta ai fini della continuità. Se questi presupposti non sussistano, e l'acquisto non si sia mai realizzato, la trascrizione non potrà eseguirsi.

In dottrina si cercano comunque soluzioni più semplici ed economiche.

Alcuni ammettono un'accettazione espressa successiva all'acquisto ereditario ⁽¹⁶⁾, che altro non è che una dichiarazione confermativa della volontà negoziale ⁽¹⁷⁾. Essa, però, può essere compiuta solamente dallo stesso soggetto che ha posto in essere la fattispecie acquisitiva.

Negli altri casi, il problema non può essere risolto con una dichiarazione di accertamento, da parte dell'avente causa dall'erede. Si tratterebbe, infatti, di una dichiarazione ricognitiva della qualità ereditaria di terzi.

La giurisprudenza nega l'ammissibilità della ricognizione dei diritti reali ⁽¹⁸⁾, al di fuori dei casi espressamente ammessi dalla legge. Orientamento, questo, che trae argomento dal carattere assoluto di tali diritti, che contraddistingue anche lo *status* di erede. Un'analoga soluzione negativa, a mio giudizio, vale quindi in ordine alla possibilità che il titolo ereditario, nonché gli acquisti ad esso conseguenti, siano oggetto di un negozio ricognitivo o di accertamento, da parte di terzi.

Del resto, un negozio siffatto non potrebbe essere idoneo alla trascrizione, dal momento che l'art. 2648 c.c. contempla, esclusivamente, la pubblicità di negozi portanti un'accettazione espressa o tacita. Negli altri casi, ai fini della trascrizione, l'acquisto deve risultare da sentenza (art. 2651 c.c.).

Occorre anche tenere in considerazione la prassi e le modalità relative all'«adempimento unico» notarile ⁽¹⁹⁾.

Nel caso in cui, ad esempio, la quota di un immobile sia trasferita per successione da un coniuge all'altro, e poi da questi ai figli, può accadere una forzatura: entrambi i genitori defunti vengono fatti «comparire» nella nota di trascrizione, e si esegue la trascrizione dell'accettazione tacita per due passaggi (da un genitore all'altro e da questi ai figli), sulla base dello stesso titolo, ovvero l'atto di vendita del bene ereditario a terzi, da parte dei figli ormai eredi per l'intero.

Il sistema permette di menzionare i defunti nelle note, e ciò viene compiuto per esigenze di economia.

In questa fattispecie-tipo, comunque, si può essere ragionevolmente sicuri circa il fatto che un genitore sia erede dell'altro, poiché di regola c'è stato il «possesso» dei beni ereditari e, per lo meno, si è realizzata un'ipotesi di accettazione *ex lege*.

In punta di diritto, per trascrivere i due passaggi ereditari in forza dello stesso titolo, dovrebbe considerarsi la vendita a terzi, da parte dei figli, come una forma di esercizio dello *ius delationis* dell'eredità del genitore morto per primo ⁽²⁰⁾.

Non sempre, però, questa qualificazione della vicenda è possibile ed anzi, in altri casi, questa prassi incontra dei limiti di opportunità, se non di legittimità. Segnatamente, quando i rapporti di parentela siano più distanti o non ci siano affatto, o comunque sia mancato il «possesso» dei beni ereditari, la forzatura può portare a trascrivere titoli non idonei. Il diritto di accettare potrebbe, inoltre, essere prescritto. La trascrizione dell'accettazione tacita, in queste ipotesi, potrebbe risultare inefficace e impugnabile ⁽²¹⁾.

⁽¹⁾ In generale, sul tema, v. Ferri, *La trascrizione degli acquisti mortis causa e problemi connessi*, Milano, 1951; Ferri, (agg. Zanelli), *Della trascrizione*. Artt. 2643-2682, in *Comm. Scialoja Branca*, poi a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1995, 3^a ed., 260 ss.; Natoli, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. c.c.*, VI, 1, Torino, 1971, 140 ss.; Nicolò, *La trascrizione*, II, Milano, 1973, 10



ss.; Pugliatti, *La trascrizione*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, continuato da L. Mengoni, Milano, 1989, 369 ss.; Triola, *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, s.d., ma 1991, 950 ss.; Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, t. II, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 99 ss.; Mariconda, *La trascrizione*, in *Tratt. Rescigno*, 19, *Tutela dei diritti*, t. I, Torino, s. d., ma 1997, 2^a ed., 131 ss. Di recente, v. Caccavale, *La circolazione degli immobili con provenienza successoria e la trascrizione dell'accettazione dell'eredità*, in *Famiglia*, 2002, I, 1029 ss.

⁽²⁾ In applicazione del principio di continuità, si ritiene che, qualora l'erede alieni beni ereditari prima di aver trascritto l'accettazione dell'eredità, il contratto relativo non sia opponibile al legatario, il quale abbia trascritto il proprio titolo. Infatti, la trascrizione di tale contratto, ancorché anteriore alla trascrizione del legato, può produrre effetti solo dalla data in cui sia trascritta l'accettazione dell'eredità (in tal senso, v. Cass., 28.5.1984, n. 3263, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Trascrizione*, n. 20).

⁽³⁾ In tal senso, v., Cass., 10.11.1955, n. 3697, in *Giust. civ.*, 1956, I, 671; Cass., 5.5.1962, n. 889, in *Foro it.*, 1962, I, 1306; Cass., 4.5.1985, n. 2800, in *Giur. agr. it.*, 1985, 471; [Cass., 13.2.1988, n. 1552](#), in *Vita notarile*, 1988, 256 ss.; [Cass., 15.5.1997, n. 4282](#), in *Riv. notariato*, 1998, II, 345 ss. Nessun conflitto è configurabile, inoltre, tra terzo avente causa per atto tra vivi dal *de cuius* ed erede avente causa per atto tra vivi dal medesimo: anche se l'erede trascrive per primo, opera, apertasi la successione, la confusione dei patrimoni, ed egli non potrà prevalere sul terzo.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass., 12.4.1983, n. 2583, in *Vita notarile*, 1985, 596; in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, 933, secondo cui il conflitto tra i due aventi causa va risolto a favore di quello il cui atto sia trascritto per primo a norma [dell'art. 2644 c.c.](#), a nulla rilevando che tale anteriore trascrizione sia fatta contro il *de cuius*, e non contro l'erede. Si è anche ritenuto che l'avente causa dell'erede acquisterebbe *a non domino*, e quindi il caso dovrebbe essere trattato a tale stregua: Triola, *op. cit.*, 954 ss. Tuttavia, questa considerazione non è risolutiva, perché, come ho poc'anzi evidenziato, un acquisto *a non domino* ricorre in ogni ipotesi di conflitto che ricada nell'ambito di applicazione [dell'art. 2644 c.c.](#) Sul tema, cfr. Tondo, *Sulla trascrizione di acquisti immobiliari a causa di morte*, in *Vita notarile*, 2001, I, 1182 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. Nicolò, *op. cit.*, 24 ss., secondo il quale, se l'avente causa dall'erede trascrive solo il suo ultimo acquisto, la trascrizione avrà effetto meramente prenotativo, mancando la continuità: per prevalere sull'avente causa dal defunto, dovrà trascrivere prima entrambi i passaggi. [L'art. 534 c.c.](#) considera, però, solo l'acquisto dall'erede apparente, e non anche quello dal legatario apparente. Quindi, quando il conflitto sussiste tra il terzo avente causa dal *de cuius* e il terzo avente causa dal legatario, essendo irrilevante l'eventuale apparenza nella sfera di quest'ultimo, potrà operare solo la regola generale ([art. 2644 c.c.](#)). Parte della dottrina, invero, è favorevole ad estendere anche al legatario apparente la disciplina di cui [all'art. 534 c.c.](#); per tutti, v.: Ferri, *op. cit.*, 227 ss.; Bonilini, *Manuale delle successioni e delle donazioni*, Torino, 2006, 4^a ed., 108. Tuttavia la giurisprudenza è orientata in senso contrario (per tutte, v. [Cass., 21.3.1989, n. 1402](#), in *Foro it.*, 1989, I, 1809; in *Giust. civ.*, 1989, I, 1610; in *Resp. civ. e prev.*, 1989, 947 ss., con nota di G.A. Benacchio) e ciò è da condividersi, dal momento che la norma contempla un caso di acquisto *a non domino*, in cui le ragioni del proprietario soccombono di fronte a quelle di terzi, e per questo ha carattere speciale e non può essere interpretata in modo analogico. La giurisprudenza, coerentemente, ha affermato il principio dell'inopponibilità, agli aventi causa dall'erede, del legato testamentario di uso o usufrutto sull'immobile attribuito all'erede medesimo, in difetto di trascrizione: [Cass., 28.1.1995, n. 1048](#), in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 2059, con nota di Cimei; in *Riv. notariato*, 1996, II, 1287 ss.

⁽⁶⁾ Su questa funzione, v., in particolare, Gazzoni, *op. cit.*, 134 ss.

⁽⁷⁾ L'effetto conservativo della trascrizione ex [art. 2648 c.c.](#) può valere, infatti, a beneficio del legatario vero, il quale ha interesse a trascrivere il suo acquisto per evitare una situazione di apparenza, intorno agli eredi, e che possa comportargli un danno (mentre non ha bisogno della trascrizione per opporre il suo acquisto agli eredi stessi).

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., 11.9.1980, n. 5225, in *Riv. notariato*, 1981, II, 161 ss., in cui si è stabilito che la vendita di un bene ereditario, da parte dell'erede apparente, non è opponibile, ove manchi

l'antecedente trascrizione dell'accettazione dell'eredità, all'erede vero, il quale abbia trascritto l'accettazione posteriormente alla vendita anzidetta.

⁽⁹⁾ Secondo una giurisprudenza minoritaria, per aversi opponibilità dell'acquisto del terzo (avente causa dell'erede apparente) all'erede vero, sarebbe sufficiente che, prima della trascrizione della domanda giudiziale (esperita dall'erede vero), fosse trascritto l'atto traslativo del bene ereditario, quale atto di accettazione tacita dell'eredità, purché in esso si esplicitasse che il bene compravenduto era pervenuto al venditore in forza di successione *mortis causa* (Trib. Torino, 26.11.2001, in *Foro it.*, 2003, I, 654). Questa tesi è da rigettare, poiché, dalla chiara lettera dell'art. 534, 2° co., c.c., si evince che l'acquisto *non domino* si realizza solamente se entrambe le trascrizioni (quella dell'accettazione dell'eredità da parte dell'erede apparente e quella del trasferimento da questi al terzo) sono antecedenti a quella dell'acquisto da parte dell'erede vero. Inoltre, la tesi qui criticata contrasta col principio di «autosufficienza» della nota di trascrizione, da cui consegue che i terzi non hanno né l'obbligo, né l'onere di esaminare il contenuto del titolo, potendo legittimamente limitarsi, appunto, all'esame della nota (su tale principio, da ultimo, v. Cass., 8.3.2005, n. 5002, in *Riv. notariato*, 2006, II, 822). Non può condividersi neppure l'orientamento che risolve il problema dell'erede apparente attraverso la norma sui conflitti (art. 2644 c.c.), ritenendo sufficiente la priorità di una delle due trascrizioni – dell'acquisto dall'erede vero o dall'erede apparente – ai fini di determinare chi prevale (così, Cass., 5.5.1962, n. 889, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1306).

⁽¹⁰⁾ Per tutti, v. Gazzoni, *op. cit.*, 136 ss.

⁽¹¹⁾ Gazzoni, *op. cit.*, 137.

⁽¹²⁾ Occorre ricordare, peraltro, che la trascrizione dell'accettazione tacita di eredità è una formalità che, nel passato, è stata scarsamente eseguita, e che solo negli ultimi anni ha trovato esecuzione, anche per l'impulso delle banche, le quali, nella relazione notarile preliminare all'erogazione di mutui, richiedono sempre più spesso la continuità delle trascrizioni nel ventennio anteriore. Questo induce ad eseguire anche le trascrizioni dei passaggi ereditari, che, nella maggior parte dei casi, si basano su accettazioni tacite dell'eredità.

⁽¹³⁾ Si consideri che, ai fini della trascrizione *de qua*, è idoneo qualsiasi atto che comporti accettazione tacita, anche qualora non abbia per oggetto beni immobili: Mariconda, *op. cit.*, 135. Di conseguenza, deve ritenersi legittima la possibilità di indicare tutti i beni immobili ereditari, presenti in una data Conservatoria, anche qualora l'atto notarile non ne contempli direttamente alcuno. Si ricorda che, secondo orientamento pacifico, non rientra negli atti di accettazione tacita la dichiarazione di successione, che è onere gravante anche sul semplice chiamato, e che pur viene trascritta d'ufficio dall'Agenzia delle Entrate, ai fini fiscali.

⁽¹⁴⁾ Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 13ª ed., 538; nonché Id., *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. Schlesinger*, t. I, Milano, 1991, 1991 ss.

⁽¹⁵⁾ In un significativo precedente, si è ritenuto che il promissario acquirente (in forza di contratto preliminare di compravendita), che aveva ottenuto la sentenza ex art. 2932 c.c. nei confronti degli eredi del promittente venditore, poteva, in base ad essa, procedere alla trascrizione dell'acquisto *mortis causa* dei detti eredi, oltre che del successivo trasferimento da questi ultimi in suo favore, con la conseguenza di non avere interesse a chiedere, ai fini della trascrizione ex art. 2648, 3° co., c.c., una pronuncia di accertamento del pregresso trasferimento della proprietà del bene per successione *mortis causa* (Cass., 5.8.1987, n. 6724, in *Giur. agr. it.*, 1987, 670).

⁽¹⁶⁾ Salani, *Appunti sulla trascrizione dell'accettazione dell'eredità*, in *Riv. notariato*, 1993, II, 61; Ferri, *op. cit.*, 113, nt. 18.

⁽¹⁷⁾ Petrelli, *Note sulla trascrizione degli acquisti mortis causa*, in *Riv. notariato*, 1993, II, 304, nt. 28.

⁽¹⁸⁾ *Ex multis*, v.: Cass., 31.3.1971, n. 936, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 596; in *Giust. civ.*, 1971, I, 1063; Cass., 8.3.1984, n. 1621, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Servitù*, n.11; Cass., 20.2.1992, n. 2088, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1302; in *Riv. giur. edil.*, 1992, I, 2, 890; in *Vita notarile*, 1992, I, 1210; Cass., 18.6.2003, n. 9687, in *Rep. Foro it.*, *Prova documentale*, n. 52. In senso favorevole alla ricognizione dei diritti reali, si esprime parte della dottrina, tra cui, in particolare: Graziani, *Il*

riconoscimento dei diritti reali, Padova, 1979, *passim*; Granelli, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983, *passim*.

⁽¹⁹⁾ In seguito al [d.l. 10.1.2006, n. 2](#), convertito in [l. 11.3.2006, n. 81](#), le procedure telematiche di cui al d.lg. 18.12.1997, n. 463 (c.d. Adempimento Unico Notarile), sono state estese a tutti gli atti ricevuti o autenticati da notaio, ai fini della registrazione presso l'Agenzia delle Entrate e della trascrizione, iscrizione e annotazione nei Registri immobiliari e delle volture catastali, da qualunque titolo derivanti.

⁽²⁰⁾ In alternativa, quando manchi un titolo negoziale, ma sia certo che l'eredità è stata accettata, rimane il ricorso all'autorità giudiziaria, per ottenere una sentenza di accertamento della qualità ereditaria, idonea ad essere trascritta. Questa strada, peraltro, è l'unica, quando l'acquisto dell'eredità avvenga di diritto, ad esempio quale conseguenza della sottrazione di beni ereditari, e quindi un titolo per la trascrizione non può in altro modo essere formato. Si noti che la trascrizione dell'acquisto ereditario, in seguito all'esercizio dello *ius delationis*, dovrebbe seguire le prescrizioni di cui [all'art. 2662 c.c.](#), e, quindi, dovrebbe presentarsi il certificato di morte del soggetto precedentemente defunto, e compiersi la relativa menzione nella nota.

⁽²¹⁾ Si consideri, peraltro, che il problema della mancanza di continuità della trascrizione, nella prassi, si considera superato, allorché sia trascorso un ventennio, presumendosi che, in questo arco di tempo, ci sia stato il possesso continuato e si sia verificata l'usucapione del bene, nonché la prescrizione di ogni pretesa di terzi. La difficoltà di eseguire la trascrizione dell'eredità può esporre l'erede e il legatario veri al rischio di subire la perdita dei beni ereditari, attraverso la dinamica dell'acquisto dell'erede apparente, come sopra evidenziato. Occorre notare, comunque, che questo rischio può evitarsi anche in altro modo, trascrivendo la domanda giudiziale volta ad accertare la propria qualità di erede o di legatario.

NEGOZIO DI ACCERTAMENTO E VOLONTÀ DEL TESTATORE

di Paolo Criscuoli - Notaio in Fontanellato (PR)

c.c. art. 624

c.c. art. 625

c.c. art. 626

Dall'analisi di un caso oggetto di una recente decisione della Suprema Corte di Cassazione, l'autore analizza la legittimità di un negozio di accertamento avente ad oggetto la volontà contenuta in un testamento olografo. In particolare, tenendo conto del ragionamento autorevolmente condotto dai giudici di legittimità, l'indagine si sofferma sulla natura e gli effetti del negozio di accertamento, sulla sua compatibilità con un precedente negozio *mortis causa*, nonché sulla legittimazione degli eredi ad interpretare la volontà del testatore.

Sommario: [Premesse](#) - [L'interpretazione del testamento](#) - [Efficacia dell'accertamento privato contenuto in un atto notarile](#) - [Eventuali divieti di ordine pubblico all'accertamento della volontà testamentaria](#) - [La legittimazione ad interpretare la volontà testamentaria](#) - [Il negozio di accertamento e la volontà testamentaria](#) - [Esplicitazione dei dati catastali ai fini della trascrizione e negozio di accertamento](#)

Premesse

Di recente la Suprema Corte di Cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi su una fattispecie particolarmente interessante per la sua rilevanza pratica⁽¹⁾. I fatti che hanno condotto alla decisione possono essere così riassunti nei loro tratti essenziali: due germani si erano recati dal notaio per pubblicare il testamento olografo della defunta madre. La scheda, peraltro priva di data e di sottoscrizione, conteneva - per quanto qui interessa - due disposizioni a titolo di legato a dir poco fumose. Senza particolari tecnicismi, si prevedeva, infatti, l'attribuzione del "campo di sopra con casa più grande" al figlio e l'attribuzione della "casa più piccola e campo sotto" alla figlia.

I beneficiari, contestualmente alla pubblicazione del testamento, procedevano anche alla sua conferma⁽²⁾ ex [art. 590 c.c.](#), prestavano acquiescenza alle disposizioni di ultima volontà

rinunziando a far valere eventuali impugnative ed individuavano "ai fini della pubblicità immobiliare" i beni oggetto di legato con i relativi dati catastali. Di comune accordo, quindi, sia pure ai soli fini della trascrizione, le parti indicavano la "casa piccola", destinata alla figlia della defunta, con un (autonomo e ben) preciso identificativo catastale.

Sta di fatto che, negli anni a venire - almeno da quel che è dato riscontrare dalla lettura della pronunzia in esame - il figlio maschio rimaneva nell'esclusiva disponibilità della "casa piccola", tanto da indurre la sorella a rivendicarne la titolarità sulla base del testamento e del relativo verbale di pubblicazione.

Convenuto in giudizio, il germano contestava le univoche indicazioni catastali contenute nel verbale di pubblicazione e tentava di dimostrare, anche con l'ausilio di periti, che "il campo di sopra con la casa più grande" a lui destinato dalla madre, in qualche modo ricomprendeva anche il mappale che, nel verbale di pubblicazione e conferma del testamento, le parti avevano riconosciuto di proprietà della sorella.

La Suprema Corte, confermando la pronunzia di secondo grado, riconosceva al negozio stipulato al momento della pubblicazione dell'olografo tutte le caratteristiche del negozio d'accertamento privato con effetto preclusivo. Fatti salvi gli ordinari rimedi previsti per l'annullamento, cui la parte convenuta (ricorrente in Cassazione) non aveva, però, fatto ricorso, il negozio di accertamento, dunque, avrebbe impedito la prospettazione in giudizio di una diversa interpretazione dei fatti rispetto a quella accertata *inter partes*.

Nonostante il contenuto al quanto sintetico della pronunzia, il suo rilievo giuridico e pratico è irrefutabile.

La Corte è stata chiamata a giudicare su una fattispecie a dir poco consueta nella pratica quotidiana. Accade non di rado, infatti, che un testamento olografo contenga disposizioni poco chiare, giuridicamente improvvisate, talora addirittura di scarso senso logico; e altrettanto abitualmente si manifesta l'intento degli interessati di poter chiarire sin da subito quali siano, o come debbano essere intesi, i contenuti concreti della scheda testamentaria.

Così le parti, proprio in occasione della pubblicazione del testamento, con un atto d'autonomia privata, fissano per il futuro una realtà fattuale e giuridica con il precipuo intento di non poterla rimettere in discussione.

A dispetto di tale diffusione nella prassi, si tratta di un tema che non ha ricevuto altrettanta considerazione sul piano della riflessione teorica.

L'interpretazione del testamento

L'ermeneutica testamentaria e, in modo particolare, la selezione delle disposizioni applicabili a sostegno dell'attività interpretativa di un testamento, è da sempre oggetto di un intenso dibattito. Nonostante la diversità di opinioni, tende oggi a prevalere in dottrina la tesi che, con il ricorso all'applicazione analogica delle disposizioni sul contratto in generale, ammette l'interpretazione condotta secondo i canoni dettati dagli artt. 1362 ss. c.c., sia pure con i necessari contemperamenti⁽³⁾. Le norme sull'interpretazione, infatti, non possono trovare applicazione diretta posto che l'**art. 1324 c.c.** rinvia alle norme in materia di contratto soltanto per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale e non per quelli *mortis causa*. Le stesse norme non potranno neppure trovare applicazione integrale, soprattutto se si parte dalla considerazione che il testamento è un negozio *unilaterale* ed *unipersonale*, nel quale l'elemento essenziale è costituito dalla realizzazione della volontà del testatore, dacché è del tutto irrilevante la posizione dei terzi e, di conseguenza, il principio dell'affidamento⁽⁴⁾. Così, in materia testamentaria, si deve propendere per un'interpretazione "volontaristica" che acquista, rispetto a tale atto, un'evidenza assoluta, senza eguali in nessun'altra forma negoziale⁽⁵⁾. La volontà del *de cuius* va realizzata a pieno attraverso una più penetrante ricerca - al di là della mera dichiarazione - della volontà effettiva, la quale va individuata sulla base dell'esame globale della scheda e, nei casi dubbi, anche degli elementi estrinseci come la cultura, la mentalità e l'ambiente di vita del testatore⁽⁶⁾. Il voluto è, dunque, destinato a prevalere sul dichiarato. Ne sarebbero prova una serie di norme speciali dettate in tema di testamento, come l'**art. 625 c.c.**, che consente di superare in via interpretativa l'erronea indicazione del beneficiario o dell'oggetto della disposizione ogniqualvolta l'esatto volere del *de cuius* risulti in modo non equivoco dal

contesto del testamento o anche altrimenti. Ma ad analoghe valutazioni conduce l'esame delle disposizioni dettate in materia di elementi accessori ([artt. 634 e 647 c.c.](#)) per i quali è prevista la c.d. "regola Sabiniana", preferita dal Legislatore in materia testamentaria⁽⁷⁾ all'opposta regola dettata in materia di contratto; o l'analogia (scarsa) rilevanza del motivo sul testamento, anche se illecito od erroneo, salvo sia stato unico e determinante ([artt. 624 e 626 c.c.](#)). Del resto, una disposizione testamentaria è nulla, secondo il disposto [dell'art. 628 c.c.](#), soltanto quando l'oggetto sia indicato in modo tale da non poter essere determinato. Per questo, in via interpretativa e con l'eventuale ausilio di elementi estranei alla scheda testamentaria, è possibile preservare la volontà del defunto e realizzare gli effetti dallo stesso voluti. La centralità del volere del testatore ha radici profonde nel nostro sistema giuridico, non a caso un Autore, già sotto il vigore del codice precedente, osservava come, *seguendo le tradizioni della sapienza latina, il codice nostro fa del testatore un vero magistrato domestico, investito di pienezza di giurisdizione*⁽⁸⁾.

Se, dunque, almeno in linea di principio, esiste una certa intesa in dottrina e giurisprudenza sul "come", e cioè sulla necessità di prediligere

un'interpretazione *letterale e psicologica* del testamento⁽⁹⁾, non altrettanto scontata ci pare la soluzione del problema inerente il "chi" debba, o possa, farsi interprete della volontà del *de cuius*. Più precisamente, viene da chiedersi se, nell'impossibilità addirittura paradigmatica che possa aversi un'interpretazione "autentica" del testamento, sia legittimo ipotizzare che a taluno, oltre che al Giudice terzo in sede contenziosa, competa il potere di chiarire ogni eventuale ambiguità che emerga dalla lettura della scheda. Se, cioè, tale potere possa competere ad altri e precipuamente agli eredi ovvero ai beneficiari del testamento medesimo⁽¹⁰⁾.

Efficacia dell'accertamento privato contenuto in un atto notarile

Come primo passo verso una possibile soluzione, ci pare opportuno sgombrare il campo da ogni equivoco sulla validità del negozio di accertamento contenuto in un verbale notarile di pubblicazione del testamento⁽¹¹⁾. Laddove le parti accertino una realtà preesistente, rimuovendo così la condizione di incertezza che la riguarda, il notaio non svolge attività costitutiva di cognizione, né attribuisce "veste fedefacente al contenuto intrinseco delle affermazioni degli asseriti eredi" in merito al testamento stesso⁽¹²⁾. L'efficacia di prova privilegiata dell'atto notarile è delineata esclusivamente [dall'art. 2700 c.c.](#) È vero che l'effetto del negozio di accertamento è quello di rendere certa una situazione giuridica, ma ciò non significa che, quando tale negozio sia ricevuto da un notaio, l'efficacia privilegiata dell'atto notarile possa estendersi all'effetto di fissazione voluto dalle parti⁽¹³⁾. Al contrario, tale efficacia opera nel senso di provare fino a querela di falso la volontà manifestata dinanzi al notaio e null'altro. Il contenuto della manifestazione di volontà, pertanto, non è coperto da fede pubblica.

Il che vale quanto dire che l'accertamento negoziale è sempre atto delle parti e non del notaio e, per questo, l'attività del Pubblico Ufficiale non tralascia nelle attribuzioni dell'Autorità Giudiziaria⁽¹⁴⁾.

Eventuali divieti di ordine pubblico all'accertamento della volontà testamentaria

Occorre pure domandarsi se esista per l'ordinamento un interesse della collettività a che l'accertamento della volontà testamentaria sia compiuta da un soggetto terzo ed imparziale (*scilicet*: dal Giudice).

Ci pare che anche in tal caso non sussistano norme di ordine pubblico volte a presidiare una siffatta interpretazione "oggettiva" della scheda testamentaria.

Altro, come è stato osservato⁽¹⁵⁾, è la problematica che fa i conti con la possibilità di celare un testamento o eliminarne gli effetti, in guisa da optare sostanzialmente - sia pure nell'accordo tra le parti - per la successione *ab intestato*.

In questa ipotesi, secondo una parte della dottrina, sussisterebbero delle disposizioni di natura civilistica e penale che assumono un connotato di ordine pubblico, tali cioè da far ritenere il dovere di cui al primo comma [dell'art. 620 c.c.](#) di presentare la scheda testamentaria ad un notaio, come un obbligo e non un semplice onere⁽¹⁶⁾. Si vuol fare riferimento [all'art. 463 c.c.](#) che, tra i casi di indegnità include l'aver soppresso, celato o alterato un testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata; nonché agli [artt. 490 e 491 c.p.](#), che prevedono una sanzione per chiunque sopprima, distrugga od occulti un testamento o logografo⁽¹⁷⁾. Ma tali norme

hanno la precipua funzione di *garantire tutti gli interessati dall'occultamento o dalla soppressione del testamento* e di assicurare, per quanto sia possibile, il rispetto della volontà testamentaria⁽¹⁸⁾. Per la dottrina prevalente, però, il tenore delle norme sopra indicate non sarebbe così rigoroso o tale da definire un obbligo in senso assoluto. Entro certi limiti, quindi, sarebbe valido il patto di non pubblicare il testamento, ad esempio laddove la scheda sia nulla o sia revocata da una successiva disposizione testamentaria o contenga disposizioni di contenuto non patrimoniale⁽¹⁹⁾, oppure se il patto di non pubblicazione non incida sul titolo della delazione mutandolo. Per questo, ove il testamento contenga soltanto legati obbligatori, disposizioni modali, norme per formare le porzioni ([art. 733 c.c.](#)), incluse, tra queste, le disposizioni abbastanza ricorrenti per la divisione di gioielli, quadri e così via, sarebbe lecito non procedere, di comune accordo, alla pubblicazione⁽²⁰⁾. Per altri ancora⁽²¹⁾, tale patto sarebbe sempre essenzialmente legittimo, poiché andrebbe considerato come un atto dispositivo dei beni ereditati, inidoneo a mutare il titolo della delazione⁽²²⁾.

Anche per la Cassazione il patto sarebbe sempre lecito, sia pure in base all'erroneo presupposto che gli eredi testamentari potrebbero modificare volontariamente il titolo della delazione decidendo di rifiutare quella testamentaria affinché abbia luogo la successione *ab intestato*⁽²³⁾.

È da ritenere, dunque, che anche un'interpretazione audace della *voluntas testantis*, consapevolmente condotta con l'assenso di tutti gli interessati, sia un atto del tutto legittimo per il nostro ordinamento giuridico.

Non esiste, invero, alcuna norma di ordine pubblico che sottragga alla competenza dei beneficiari il potere d'interpretare la volontà testamentaria. Una conferma indiretta della bontà del ragionamento offerto dalla Suprema Corte è ricavabile, secondo quanto di recente autorevolmente sostenuto, anche dalla materia dell'arbitrato: mentre le controversie arbitrabili sono soltanto quelle aventi per oggetto diritti disponibili ([art. 806 c.p.c.](#)), non si dubita che a quest'ambito appartengano, in generale, anche le controversie di natura successoria. In definitiva, se non v'è motivo di negare che una controversia come quella che le parti hanno voluto prevenire mediante l'atto di accertamento della volontà testamentaria, avrebbe potuto essere devoluta alla cognizione d'un collegio arbitrale, e se il lodo ben avrebbe potuto, in tal caso, presentare un contenuto di accertamento dello svolgersi della successione secondo il titolo testamentario, non si vede perché un eguale esito non avrebbe potuto essere attinto dagli interessati mediante la stipulazione di un negozio di accertamento⁽²⁴⁾.

La legittimazione ad interpretare la volontà testamentaria

Veniamo dunque al punto.

La centralità del volere del *de cuius* nell'ambito della vicenda successoria non implica, come sopra si accennava, che essa non possa essere interpretata al di là del contenuto letterale della scheda. Potrebbe opinarsi, tuttavia, che il potere di fornire un'interpretazione dopo l'apertura della successione competa, oltre che al Giudice, in via esclusiva agli eredi in quanto "continuatori" della persona *de cuius* e, per questo, legittimati a fornire un'interpretazione per così dire "autentica" del volere del defunto.

Si tratterebbe, però, di una forzatura inaccettabile. Non si vuol negare che l'ordinamento attribuisca ai successori universali tutti i rapporti giuridici attivi e passivi già spettanti al loro dante causa. Gli eredi, infatti, sia pure sulla base di una *fictio iuris*, non possono essere considerati "terzi" nei confronti del *de cuius*. Essi subentrano *in locum et ius defuncti* e ne continuano in effetti la personalità⁽²⁵⁾.

L'assioma, come è noto, subisce però un'importante eccezione: non si ritengono trasmissibili quelle situazioni giuridiche soggettive spettanti al defunto, intese come diritti, poteri o rapporti giuridici, qualificabili come strettamente "personali". Tra esse, *ça va sans dire*, è da includere proprio il potere di manifestare e, quindi, anche di chiarire od accertare, la volontà testamentaria⁽²⁶⁾.

Questo non implica, sia chiaro, che la Suprema Corte nel caso qui in esame, sia incorsa in errore nel riconoscere tale potere ai beneficiari dei legati attribuiti in base al testamento. Significa, piuttosto, che la legittimazione di tali soggetti deve essere giustificata in altro modo, anche se la soluzione non appare affatto univoca.

Se si partisse dal presupposto che con la morte del testatore viene a mancare la sola persona che potrebbe chiarire discrezionalmente il senso ambiguo di una scheda formata in modo poco chiaro, sembrerebbe scontato che il conferimento del potere di interpretare detta volontà andrebbe riconosciuto a tutti coloro che possano avere un interesse anche solo morale alla realizzazione della *voluntas testantis*. Tale potere, quindi, dovrebbe appartenere ad un insieme indefinito di soggetti. Vale a dire, ai successibili *ex lege*, agli eredi testamentari e/o ai beneficiari successivamente pretermessi, fino ad includere anche coloro che, a prescindere da un beneficio patrimoniale, potrebbero agire con l'intento di veder realizzato il volere del testatore sulla base di un mero interesse morale (*id est: i congiunti*). Ma tale lettura, oltre a rendere in concreto difficilmente praticabile il negozio qui in esame, non sarebbe fondata su alcuna disposizione normativa.

Il fenomeno successorio costituisce, invece, la regolamentazione di vicende prevalentemente a contenuto patrimoniale. Ne consegue che, per le questioni di natura economica, la legittimazione ad interpretare la volontà del *de cuius* non può andare disgiunta dal beneficio o dal documento di natura patrimoniale che una difforme interpretazione potrebbe arrecare alla sfera soggettiva degli interessati⁽²⁷⁾. Tradizionalmente si afferma che i titolari del diritto di disporre vedono in esso racchiuso anche il (più limitato) potere di accertare. L'accertamento dei fatti costituisce, cioè, una proiezione del potere che compete alle parti in ordine alle situazioni giuridiche di loro pertinenza. Non per caso, questo potere si arresta di fronte alle situazioni sottratte alla disponibilità dei contraenti, rispetto alle quali non è possibile altra forma di accertamento che quella operata dal Giudice⁽²⁸⁾.

Riassumendo: la competenza ad accertare il reale contenuto della volontà del *de cuius* non può essere riconosciuta a chiunque vanti un legame anche solo affettivo con il defunto⁽²⁹⁾. Essa compete ai beneficiari delle disposizioni ambigue e, più esattamente, a quei soggetti che possano trarre documento o beneficio di natura patrimoniale da una possibile diversa interpretazione della volontà testamentaria⁽³⁰⁾.

Il negozio di accertamento e la volontà testamentaria

Per vagliare la legittimità dell'operato delle parti nel caso qui in esame non è inutile soffermarsi, a questo punto, sugli effetti che la dottrina più attendibile riconosce al negozio di accertamento. Esso presuppone uno stato d'incertezza in ordine a fenomeni (fatti o rapporti giuridici) passati e presenti, relativamente ai quali sussiste una condizione d'ignoranza o non perfetta conoscenza, che riguarda il loro verificarsi o le loro proporzioni⁽³¹⁾. La condizione d'incertezza può essere rimossa ricorrendo all'Autorità Giudiziaria che riscontrerà l'esistenza od inesistenza di detti fatti o diritti, ovvero dichiarerà la loro misura. Gli interessati, però, possono evitare il ricorso al Giudice e provvedervi, nell'ambito della loro autonomia negoziale, con un accordo che renda tra di loro certi taluni elementi.

Nell'uno e nell'altro caso la certezza raggiunta avrebbe comunque un connotato relativo. Su un piano strettamente giuridico, tale relatività discende dal fatto che il processo civile si connota per la sua natura marcatamente dispositiva, per cui compete alle parti processuali la deduzione dei fatti e la dimostrazione dei medesimi. È ben possibile, per fare un esempio, che due soggetti simulino, pure dinanzi all'Autorità Giudiziaria, l'avvenuta usucapione di un bene immobile di cui né l'uno né l'altro risulti effettivo proprietario⁽³²⁾ o, comunque, in mancanza di un reale possesso ventennale (oppure ininterrotto o pubblico) ad opera del falso acquirente a titolo originario, ed ottengano comunque una pronuncia che accerti l'acquisto della proprietà⁽³³⁾. Nel primo caso, la pronuncia resa *inter partes* sarebbe comunque ininfluenza per il terzo proprietario che non sia stato parte del giudizio. Nel secondo, le parti avranno piegato lo strumento processuale per raggiungere gli stessi risultati che avrebbero ottenuto stipulando un contratto di vendita o di donazione (vale a dire il trasferimento della proprietà).

Ad evenienze del tutto identiche si presta il negozio di accertamento ogniquale volta, tra le parti, l'effettiva incertezza sulla situazione sottostante fosse solamente simulata ed artefatta⁽³⁴⁾: in tal caso il contratto sarebbe radicalmente nullo per mancanza di causa⁽³⁵⁾.

Il negozio di accertamento si articola in tre fondamentali momenti logici⁽³⁶⁾, vale a dire: (1) lo stato di obiettiva incertezza; (2) un'attività spirituale di chiarificazione ed (3) una dichiarazione di scienza munita d'efficacia preclusiva.

Sul primo punto, l'effettiva sussistenza di una condizione di incertezza rappresenta un elemento imprescindibile, in quanto, la dichiarazione che s'innesti su una condizione obiettivamente certa potrà al più costituire un caso di riproduzione o ripetizione negoziale⁽³⁷⁾. Altrimenti, se manca uno stato d'incertezza, come detto, l'accertamento stesso sarà invalido per difetto di causa⁽³⁸⁾.

La volontà delle parti di chiarire una situazione di oggettiva incertezza, quindi, costituisce ad un tempo il connotato essenziale del negozio d'accertamento ed il suo crinale. Infatti, se la volontà dei contraenti persegue funzioni ulteriori rispetto al mero accertamento, essa fuoriesce dal tipo negoziale in esame: laddove i contraenti - pur muovendo per ipotesi da una condizione di obiettiva incertezza - intendano superare una lite facendosi "reciproche concessioni" avranno concluso un contratto ad efficacia costitutiva, vale a dire una transazione⁽³⁹⁾. La distinzione con il negozio di accertamento è quasi effimera, ma sussiste. Nella transazione non c'è il mero intento di rimuovere l'incertezza, ma solo volontà di superarla attraverso le reciproche concessioni. L'accertamento può, dunque, anche mancare, ovvero costituire un mero presupposto, ma la connotazione principale del negozio (che lo differenzia da quello d'accertamento) è la sua funzione costitutiva e dispositiva, che determina delle attribuzioni reciproche con la funzione di oltrepassare la lite.

Più discusso, tradizionalmente, è l'effetto del negozio di accertamento e su questo vale la pena soffermarsi anche per valutare se il negozio *inter vivos*, stipulato dai contro-interessati, possa dirsi compatibile con una manifestazione di volontà testamentaria che ne costituisca il presupposto.

Secondo gli orientamenti più risalenti, infatti, l'accertamento privato avrebbe un mero effetto probatorio, destinato ad operare soltanto in un futuro ed eventuale processo instaurato tra i contraenti⁽⁴⁰⁾. Le parti, secondo altri autori, si obbligherebbero ad intendere la realtà in modo non difforme da quanto accertato in via convenzionale⁽⁴¹⁾.

Come è stato rilevato⁽⁴²⁾, le tesi più risalenti riconducono il negozio di accertamento ad un tipo di contratto ad effetti semplicemente obbligatori, dacché le parti si obbligherebbero a *ritenere come decisiva per l'avvenire, la configurazione che le stesse avevano dato del rapporto originario*⁽⁴³⁾. Queste ricostruzioni, però, risentono di un'impostazione non più attuale, formatasi nell'epoca in cui oggetto del contratto potevano essere le soltanto obbligazioni. Senza contare che, seguendo la criticata impostazione, l'unico rimedio per l'inadempimento di uno dei contraenti sarebbe il risarcimento dei danni.

Non sono mancate, poi, tesi che hanno addirittura provato a negare cittadinanza nel nostro ordinamento a tale contratto. Secondo un'autorevole dottrina, infatti, i contraenti non avrebbero se non un potere di disporre di situazioni giuridiche e dei relativi rapporti, mentre non potrebbero accertarli. La potestà in ordine all'accertamento non sarebbe un attributo della volontà, ma competerebbe esclusivamente all'Autorità Giudiziaria⁽⁴⁴⁾. Anche quest'ultima impostazione appare superata dalla dottrina più recente, in considerazione del fatto che le parti, nell'alveo di un più vasto potere dispositivo, vanterebbero anche la più limitata autorità d'accertare la situazione giuridica di cui sono titolari.

Secondo altra tesi, l'accertamento avrebbe un'efficacia "diretta", alla stessa stregua dei negozi consensuali ad efficacia reale, i quali prescindono del tutto dalla "mediazione" di un rapporto obbligatorio⁽⁴⁵⁾. Con tale contratto le parti rimuovono l'incertezza della situazione giuridica preesistente mediante la *fissazione* del contenuto della situazione stessa.

Pretendere, però, di spiegare il fenomeno dell'accertamento con riferimento alla sola efficacia "diretta", sarebbe, secondo altri, un traguardo esegetico solo intermedio: come accomunare il contratto di donazione alla compravendita semplicemente in considerazione del fatto che entrambi producono effetti reali, senza evidenziare le fondamentali differenze sul piano causale che meglio contraddistinguono i due negozi. L'indagine sulla causa del contratto impone, invece, di considerare la sua funzione, per concludere che essa è del tutto analoga a quella di una sentenza di accertamento. Le parti, quindi, con l'accertamento privato rimuovono la condizione di obiettiva incertezza con l'effetto di precludere una futura rilettura della realtà così come accertata. La volontà e la natura negoziale dell'accertamento si coglierebbe esattamente in questo fenomeno "preclusivo".

La legge, talvolta, attribuisce questo effetto ad alcuni fenomeni (quali la sentenza di accertamento, la confessione, ma anche la transazione, ecc.). In via interpretativa, però, è possibile riconoscere analoghe funzioni anche alla volontà dei contraenti⁽⁴⁶⁾. Secondo una dottrina solo parzialmente difforme, i contraenti, con il negozio di accertamento, manifesterebbero il potere di "conformare" la situazione accertata nei termini risultanti dall'attività conoscitiva⁽⁴⁷⁾.

Un'impostazione più recente⁽⁴⁸⁾, viceversa, ha rilevato che il negozio di accertamento non sarebbe un negozio di secondo grado, tale cioè da definire un *genus* o una categoria generale nella quale andrebbero inquadrati alcuni contratti tipizzati dall'ordinamento⁽⁴⁹⁾. Esso avrebbe natura atipica, anche se - ad un maggior approfondimento - il suo spazio di operatività effettivo sarebbe estremamente limitato, se non addirittura inesistente. Infatti, secondo l'Autore, ogniqualvolta le parti ponessero fine ad una situazione d'incertezza prevenendo così una possibile lite con una decisione non del tutto favorevole ad una di esse, darebbero sempre vita ad una transazione.

Di conseguenza: il negozio di accertamento potrebbe essere solo l'atto che risolva un'incertezza in modo conforme all'interesse di una sola delle parti. Esso, quindi, avrebbe necessariamente natura unilaterale⁽⁵⁰⁾. Sarebbe, inoltre, ammissibile soltanto ove non esistessero norme di legge volte a regolare la stessa fattispecie con un negozio tipico. Considerato, quindi, che un negozio atipico può essere solo una categoria residuale⁽⁵¹⁾, non vi sarebbe in buona sostanza spazio alcuno per un negozio di "puro" accertamento privato.

Ci pare che la Suprema Corte abbia inteso aderire, in linea con una pregressa giurisprudenza⁽⁵²⁾, a quell'impostazione che riconosce cittadinanza nel nostro ordinamento al negozio di accertamento con l'efficacia di precludere una diversa lettura dei fatti rispetto a quelli accertati. Più importante, però, è che tutte le tesi sopra passate in rassegna considererebbero ammissibile, quale oggetto di un accertamento contrattuale, un negozio di ultima volontà. I contraenti, quindi, accerterebbero un fatto esterno alla loro sfera giuridica e, più precisamente, la fonte dei loro diritti, su cui era insorta incertezza. Anche volendo aderire alle tesi più recenti appena ricordate, che negano praticamente ogni spazio operativo al negozio (atipico) di accertamento, il comportamento delle parti, nel caso all'esame della Suprema Corte, sarebbe stato comunque del tutto legittimo, potendo essere sussunto, al più, nell'ambito della fattispecie tipizzata della transazione⁽⁵³⁾.

Explicitazione dei dati catastali ai fini della trascrizione e negozio di accertamento

Una notazione merita un'altra tematica peraltro sollevata dalla difesa ricorrente. Il verbale di pubblicazione del testamento, nella fattispecie qui oggetto di esame, conteneva l'indicazione dei dati catastali dei beni attribuiti a titolo di legato ai figli della defunta testatrice. Ma le parti avevano indicato quei dati ai soli fini della pubblicità immobiliare.

La Suprema Corte, sul punto, ha osservato che per eseguire la trascrizione del testamento (*rectius*: dell'acquisto a causa di morte) che abbia ad oggetto immobili e non contenga le relative indicazioni catastali è sempre necessaria la specificazione di tali dati, che può avvenire e di regola avviene nella stessa nota di trascrizione. Di conseguenza, secondo il ragionamento spiegato dai giudici di legittimità, l'atto con il quale gli eredi individuano i beni oggetto delle disposizioni testamentarie e specificano i relativi dati catastali, ancorché strumentale alla trascrizione, non esaurisce in ciò la sua funzione, poiché esso definisce il contenuto delle disposizioni testamentarie secondo la funzione tipica del negozio di accertamento.

L'argomentazione è assolutamente legittima, ma forse avrebbe meritato un maggiore approfondimento.

È noto che gli effetti della pubblicità degli atti *mortis causa* sono molteplici e soprattutto ben diversi da quelli della pubblicità degli atti tra vivi. In quest'ultimo caso la trascrizione è finalizzata essenzialmente a dirimere conflitti tra più acquirenti da un medesimo autore⁽⁵⁴⁾. Senza alcuna pretesa di completezza, giova solo ricordare che, invece, la funzione della trascrizione degli atti a causa di morte è strettamente connessa, non alla risoluzione dei conflitti, ma a soddisfare le esigenze di continuità nelle trascrizioni a mente dell'art. 2650 c.c., secondo cui le successive trascrizioni a carico dell'acquirente dal *de cuius* non producono effetto se non è stato trascritto a favore del medesimo acquirente l'atto anteriore di acquisto a causa di morte⁽⁵⁵⁾. Altro effetto fondamentale è connesso alla possibilità di avvalersi della tutela prevista dall'art. 534 c.c.,

oppure, sotto altra prospettiva, alla possibilità per l'erede "vero" di impedire, con la trascrizione dell'acquisto a causa di morte, che altri s'avvalga della medesima tutela, magari generando situazioni d'apparenza idonee a far salvo l'acquisto ad opera di terzi da eredi soltanto apparenti⁽⁵⁶⁾. Ma non è tutto. Gli effetti ulteriori della trascrizione degli acquisti *mortis causa*⁽⁵⁷⁾ possono essere: risolvere il conflitto tra l'acquirente dal defunto e l'acquirente dall'erede⁽⁵⁸⁾; consentire, in caso di legato, l'operatività dell'usucapione abbreviata ai sensi dell'art. 1159 c.c., ove sia stato appunto trascritto l'acquisto del legato e constino gli altri presupposti previsti dalla legge; consentire che la rinnovazione dell'ipoteca sia fatta legittimamente contro l'acquirente a causa di morte e non contro il defunto⁽⁵⁹⁾.

È vero che la trascrizione degli acquisti a causa di morte non è considerata tradizionalmente come un obbligo⁽⁶⁰⁾. Nondimeno, è sufficiente una semplice elencazione dei vari effetti connessi alla trascrizione di tali acquisti, per evidenziare come possano essere tantissimi gli interessi che sospingono i contraenti ad indicare, ai fini della pubblicità, in un verbale di pubblicazione di testamento i dati catastali degli immobili ereditati.

Del resto, secondo parte della dottrina, rientra tra i compiti professionali del notaio, prima di pubblicare il testamento, avvisare le parti interessate della necessità della trascrizione, delle conseguenze della sua eventuale omissione ed "invitare pertanto le parti medesime a individuare - possibilmente nello stesso atto di pubblicazione che costituirà il titolo per la trascrizione - i singoli beni oggetto di legato"⁽⁶¹⁾. Ne discende che l'indicazione dei beni nell'atto notarile può rispondere effettivamente ad un interesse delle parti che trascende quello di definire, nei rapporti tra coeredi e/o altri beneficiari del testamento, l'effettiva portata della volontà testamentaria. Ciò può accadere, ad esempio, ogniquale volta le parti intendano procedere tempestivamente alla trascrizione dell'acquisto *mortis causa*, con il semplice intento di ottenere i benefici correlati al disposto dell'art. 534 c.c. o dell'art. 2650 c.c.⁽⁶²⁾.

Ecco perché, di fronte a questa evenienza, riterremmo che la ricerca di un intento ulteriore, cioè la volontà di accertare con efficacia preclusiva il contenuto della scheda testamentaria, dovrebbe essere corroborata da una corretta interpretazione della volontà dei paciscenti. Si tratterebbe, perciò, di una questione di merito, valutabile solo nei ristretti termini in cui ciò è consentito dinanzi al Giudice di legittimità.

La S.C. è stata, invece, di contrario avviso, sulla base di un ragionamento tecnicamente ineccepibile, sia chiaro, ma che sentiamo di non poter condividere fino in fondo: secondo il sillogismo ideato dalla Corte, laddove le parti indichino i dati catastali dei beni ricevuti ai soli fini della trascrizione dell'acquisto a causa di morte, sarebbe sempre possibile inferire anche la volontà di procedere ad un negozio di accertamento con finalità preclusiva *inter partes*. Senza che si faccia questione d'interpretazione dell'esatto volere delle parti.

La preclusione, quindi, potrà essere vinta se del caso con il ricorso ai comuni mezzi d'impugnazione, quali: l'azione di annullamento per errore, ovviamente nei ristretti limiti in cui tale azione è ammessa contro un negozio di accertamento⁽⁶³⁾; ovvero l'azione di nullità per mancanza di causa, se l'accertamento fosse integralmente artefatto o simulato⁽⁶⁴⁾.

(1) Si fa riferimento a Cass. 20 ottobre 2014, n. 22183, per ora in *CED*, 2014 e in *Mass. Giust. civ.* 2014, da cui è stata estratta la seguente massima: "l'atto con il quale gli eredi individuano i beni immobili oggetto di un testamento olografo, specificando i relativi dati catastali, non esaurisce la propria causa nella strumentalità alla trascrizione, in quanto definisce il contenuto delle disposizioni testamentarie, svolgendo la funzione, tipica del negozio di accertamento, di ricognizione del contenuto del precedente negozio dispositivo, e determina l'effetto dell'attribuzione, in favore di ciascuno dei soggetti nominati nel testamento, di determinati beni".

(2) Non s'indugerà sul tema della conferma del testamento nullo, su cui cfr. da ultimo, M. Labriola, *La conferma delle disposizioni testamentarie nulle*, in *Notariato*, 2014, 509 ss.; in generale, G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, 922 ss.; per gli eventuali rimedi in

ipotesi di annullabilità, invece, cfr. S. Pagliantini, *La pluralità di regimi normativi del testamento annullabile*, in *Riv. not.*, 2008, 4, 795 ss.

(3) Cfr., da ultimo, C. Coppola, *L'interpretazione del testamento epistolare*, in *Fam. per. succ.*, 2005, 33; S. Belloni, *Interpretazione corretta del testamento e tutela della reale volontà del de cuius*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 117 ss.

(4) Cfr. S. Belloni, *op. loc. cit.* Ma vedasi anche E. Marmocchi, *La definizione di testamento*, in *Riv. not.*, 2011, 4, 742, che ritiene in linea di principio inestensibili in via analogica le regole sull'interpretazione del contratto quando presuppongano un affidamento del terzo, non essendo ipotizzabile un conflitto di interessi tra i soggetti del rapporto successorio. In generale, cfr. G. Capozzi, *op. cit.*, 758 ss.

(5) Cfr. G. Vidiri, *La rilevanza del linguaggio scritto nell'interpretazione del testamento olografo*, in *Giust. civ.*, 2012, 3, 653 ss.

(6) L'assunto è pacifico nella giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass. 3 dicembre 2010, n. 24637, in *Giust. civ.*, 2011, 2, 354; Cass. 28 dicembre 1993, n. 12861, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3183, Cass. 15 marzo 1990, n. 2107, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, fasc. 3; Cass. 26 maggio 1989, n. 2556, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 78. In dottrina, L. Bigliazzi Geri-U. Breccia-F.D. Busnelli-U. Natoli, *Le successioni a causa di morte*, in *Diritto Civile*, IV**, Torino, 1996, 130. Per un caso particolare, cfr. R. Moscatiello, *Considerazioni in tema di individuazione del beneficiario delle disposizioni a favore dei poveri e ruolo della volontà del testatore*, in *Riv. not.*, 2004, 4, 1055.

(7) Su cui, cfr. F. Costa, *Condizione testamentaria e limiti alla "regola Sabiniana"*, in *Notariato*, 2003, 3, 255.

(8) Cfr. C. Losana, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il codice civile italiano* - Trattato pratico, II ed., Torino, 1911, 7.

(9) Nel senso di indicare un processo dialettico che si avvale in un primo tempo dell'interpretazione letterale della scheda testamentaria - corretta dagli usi linguistici particolari - ma che successivamente ricorre agli elementi estrinseci all'atto quali, appunto, l'ambiente individuale di vita del testatore, la sua storia personale, ma soprattutto i motivi ed i fini che hanno preceduto ed accompagnato la sua determinazione volitiva. Per questa impostazione, oltre alla giurisprudenza citata *supra* in nt. 6, cfr. S. Belloni, *op. cit.*, 122.

(10) Una cosa è certa: tale potere di accertamento non può mai spettare al notaio che proceda alla pubblicazione del testamento olografo. In tal senso, cfr. G. De Rubertis, *La trascrizione dell'acquisto del legato e il notaio*, in *Vita not.*, 1996, 1562.

(11) Sia consentito indugiare sul punto brevemente, anche in considerazione del fatto che la Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza da cui traggono spunto le presenti riflessioni, ha dato addirittura per scontata ogni possibile riflessione al riguardo.

(12) La proposizione riportata in corsivo nel testo è tratta da Trib. Bergamo 7 novembre 1994, in *Notariato*, 1995, 270. È noto che la decisione fu rovesciata nei successivi gradi di giudizio. Cfr. Cass. 11 luglio 1996, n. 6313, in *Notariato*, 1996, 6, 509.

(13) Gli effetti in funzione probatoria dell'atto pubblico sono anch'essi pacifici per la giurisprudenza di legittimità. Cfr. *ex multis*, Cass. 9 marzo 2012, n. 3787, in *CED*, 2012, secondo cui: "l'atto pubblico fa fede fino a querela di falso soltanto relativamente alla provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato, alle dichiarazioni al medesimo rese ed agli altri fatti dal medesimo compiuti, non estendendosi tale efficacia probatoria anche ai giudizi valutativi eventualmente espressi"; in argomento, cfr. anche Cass. 25 maggio 2006, n. 12386, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass. 27 aprile 2006, n. 9649, *ivi*.

(14) Cfr. Cass. n. 6313/1996, cit. Ma sul punto, vedasi già G. Celeste, *Confermabilità del testamento orale e accertamento negoziale*, in *Notariato*, 1995, 280 ss. Da ultimo, in senso conforme, cfr. S. Delle Monache, *Accertamento negoziale e conferma di disposizioni testamentarie nulle*, in *Riv. not.*, 2014, 2, 399 ss.

(15) S. Delle Monache, *Accertamento negoziale*, cit., 399 ss.

(16) In questo senso cfr. M. Polastri Menni, *Della pubblicazione del testamento olografo*, in *Vita not.*, 1995, 275 ss.

(17) Più in generale, sulle problematiche formali relative alla pubblicazione del testamento olografo, cfr. V. Pappa Monteforte, *Verbale di presentazione e pubblicazione di testamento olografo*, in *Vita not.*, 1995, 2, 1047 ss.; C. Navarra, *La pubblicazione dei testamenti*, Milano, 1979, 11 ss.

(18) In questo senso la Relazione del Guardasigilli al c.c. (n. 301), in C. Navarra, *op. cit.*, 50. L'Autore, peraltro, sottolinea giustamente come l'obbligo di cui all'art. 620 cit., riguarderebbe soltanto il "possessore" del testamento e mirerebbe ad assicurare esclusivamente la presentazione al notaio della scheda testamentaria e, quindi, la sua materiale conservazione. Non vi sarebbe, cioè, né a carico del notaio, indipendentemente da una richiesta in tal senso, né di altri, un analogo obbligo di rendere pubblica la volontà testamentaria attraverso il verbale di pubblicazione.

(19) Cfr. A. Mascheroni, *La non pubblicazione del testamento olografo per patto tra eredi o per divieto del de cuius*, in *Notariato*, 2011, 2, 184.

(20) Cfr. A. Mascheroni, *op. cit.*, 185 ss.

(21) Cfr. A. Alessandrini Calisti, *Rinuncia del chiamato alle disposizioni testamentarie e successione legittima*, in *Riv. not.*, 2003, 230 ss.

(22) La successione, per l'autore, resterebbe sempre regolata dal testamento non pubblicato ed i coeredi si limiterebbero a disporre tra loro dei beni ereditati o ricevuti a titolo di legato.

(23) Tale impostazione è da respingere *in toto* poiché snatura i principi in materia successoria ed in particolare il disposto dell'art. 457 c.c. Nondimeno, essa viene ripresa acriticamente in una serie di precedenti di legittimità, anche al fine di giustificare il patto di non pubblicazione del testamento olografo. Imprecise o completamente errate, quindi, Cass. 5 giugno 2014, n. 12685, in *Mass. Giust. civ.*, 2014; Cass. 1° luglio 2002, n. 9513, in *Riv. not.*, 2003, 230; Cass. 18 ottobre 1988, n. 5666, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, fasc. 10; Cass. 25 gennaio 1983, n. 697, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, fasc. 1.

(24) Cfr. S. Delle Monache, *Accertamento negoziale*, cit., 399 ss.

(25) La tematica è pacifica in dottrina. Per la giurisprudenza di legittimità, cfr. *ex multis*, in materia di simulazione Cass. 12 giugno 2007, n. 13706, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 6. Per la successione nel processo, cfr. Cass. 1° luglio 1997, n. 5875, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1103. In materia di trascrizione, Cass. 15 maggio 1997, n. 4282, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 750 e Cass. 12 aprile 1983, n. 2583, *ivi*, 1983, fasc. 4.

(26) Del resto, il testamento è atto "personalissimo", cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, II. *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 733; A. Cicu, *Testamento*, Milano, 1951, 16; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Napoli, 2010, *Rist.*, 118 ss.; G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, 61 ss.; Id., *Il negozio testamentario*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 36; L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, VI, *Successioni*, t. 2, II ed., Torino, 1997, 34, ove si legge che *il testamento può essere compiuto solo dall'interessato, con esclusione di qualsiasi forma di sostituzione nella volontà o nella manifestazione di essa*; S. Delle Monache, *Testamento. Disposizioni generali (Artt. 587-590)*, in *Il Codice civile*. Commentario fondato da Schlesinger, Milano, 2005, 73 ss.

(27) E dovrà trattarsi di benefici diretti ed immediati e non soltanto riflessi o potenziali.

(28) Così, *ex multis*, cfr. M. Giorgianni, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 233.

(29) Il che renderebbe tale potere a tal punto diradato da apparire praticamente inconsistente.

(30) Analoghi interessi non possono certo dire di vantare i creditori ereditari e, meno ancora, i creditori dei chiamati all'eredità. Essi, per realizzare la loro pretesa patrimoniale, necessitano comunque del successivo concorso di altre vicende come l'accettazione dell'eredità o il difetto *medio tempore* di atti dispositivi. Anche questo punto merita a nostro avviso un chiarimento: come per tutti i negozi giuridici che possano avere un qualche risvolto sulla sfera giuridica dei terzi, anche per il negozio di accertamento, non si può escludere che il titolare di

una situazione giuridica "*dipendente*" dal negozio stesso possa subire di riflesso un pregiudizio e possa, dunque, esercitare a sua volta l'azione surrogatoria o l'azione revocatoria, nonché l'azione di annullamento del negozio in via principale, essendo di tutta evidenza che il contenuto della sua pretesa si possa modificare in ragione di una diversa interpretazione offerta dai paciscenti; come non può escludersi che il medesimo, nel caso sia proposta una domanda di accertamento innanzi al giudice, possa intervenire nel giudizio iniziato da altri o servirsi dell'opposizione di terzo revocatoria ex [art. 404, comma 2, c.p.c.](#) Ci pare che tali effetti trovino la loro fonte - né più e né meno - che nel principio per cui il contratto costituisce sempre "*res inter alios acta, tertio neque nocet, neque prodest*".

(31) Cfr. M. Giorgianni, *op. cit.*, 228.

(32) In verità, l'A.G., dinnanzi ad una domanda di usucapione, avrebbe il dovere di valutare l'integrità del contraddittorio disponendo, ove occorra anche d'ufficio, indagini ipo-catastali per valutare se il convenuto risulti essere l'effettivo ed unico intestatario formale dei beni asseritamente usucapiti. Analogamente, ad avviso di chi scrive, all'esito del procedimento di media-conciliazione dovrebbe provvedere il notaio che riceve l'atto da trascrivere nei Registri Immobiliari. In generale cfr. M. Krogh, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, Studio n. 718-2013/C, Approvato dal CNN il 31 gennaio 2014, in CNN notizie.

(33) Si pensi al caso in cui il convenuto rinunci a far valere in via d'eccezione l'esistenza di atti interruttivi del possesso *ad usucapionem* di cui pure possieda prova. Su questa specifica ipotesi e su una sua possibile ricostruzione in chiave negoziale, cfr. C.M. Bianca, *Comunione legale e collazione*, in *Vita not.*, 1981, 805; per un caso simile in giurisprudenza, cfr. Cass. 29 maggio 2007, n. 12496, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 5.

(34) Cfr. M. Giorgianni, *op. cit.*, 229 e *passim*. Analogamente, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 102.

(35) Cfr. Cass. 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Mass. Giur. it.*, 1983, secondo cui "nel negozio di accertamento, il quale persegue la funzione di eliminare l'incertezza di una situazione giuridica preesistente, la nullità per mancanza di causa è ipotizzabile solo quando le parti, per errore o volutamente, abbiano accertato una situazione inesistente, oppure quando la situazione esisteva, ma era certa. Pertanto, con riguardo ad una scrittura privata avente ad oggetto il riconoscimento di una determinata intestazione di proprietà immobiliare, la mancanza di effetti traslativi, e la circostanza che il documento non contenga un'espressa indicazione dei rapporti che l'hanno preceduta, non sono ragioni di per sé sufficienti per affermare la nullità ed inoperatività della scrittura medesima, per difetto di causa, rendendosi necessaria un'indagine sui possibili suoi collegamenti con negozi precedenti intercorsi fra le stesse parti, al fine di stabilire se ricorra l'indicata funzione, e se, quindi, sia configurabile un negozio di accertamento rivolto a rendere definitiva e vincolante una precedente situazione incerta".

(36) Cfr. A. Falzea, *Accertamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 216.

(37) Cfr. A. Falzea, *op. cit.*, 216. Si ricorda che, con l'atto di riproduzione le parti riproducono integralmente il testo di un contratto già concluso al fine di sostituire il documento andato smarrito ovvero al fine di disporre di altre copie originali da poter utilizzare (ad esempio per la registrazione o per il deposito presso una Banca). Esempio di riproduzione è [l'art. 2706 c.c.](#) in tema di telegramma. Con la ripetizione negoziale, le stesse intendono, in genere, procurarsi un titolo idoneo alla pubblicità dell'atto già concluso per scrittura privata. I contraenti, quindi, vi trasfondono il contenuto del negozio precedente con funzione, per così dire, "di autenticazione". Cfr. F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 927.

(38) Si deve, pertanto, escludere la rilevanza di un'attività di accertamento che prescinde del tutto dall'esistenza della situazione giuridica accertata; in tale contesto la mancanza di causa è ipotizzabile solo quando le parti abbiano, per errore o volutamente, accertato una situazione inesistente, o quando la situazione preesistente esisteva, ma era certa. Cfr. Cass. n. 7274/1983, cit.

(39) L'accordo transattivo consiste, appunto, nel porre fine o nel prevenire una lite, ma con questo di caratteristico: che l'una parte modifica in tutto o in parte le sue pretese in cambio di una reciproca concessione dell'altra. Emergono così i due caratteri essenziali della transazione:

l'esistenza quanto meno potenziale di una controversia (c.d. *res litigiosa*) e le reciproche concessioni che le parti si fanno (*aliquid datum aliquid retentum*). In questo senso cfr. Trib. Roma 23 marzo 2005, in *Red. G.*, 2005.

(40) Onde le parti non disporrebbero sul piano sostanziale ma su quello processuale, obbligandosi a non offrire altra prova che il negozio di accertamento. Cfr., in chiave critica, Falzea, *op. cit.*, 212. Spunti anche in F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 101.

(41) Cfr. R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 395 e *passim*. Secondo questa autorevole opinione, le parti assumerebbero l'obbligo di non dare al rapporto preesistente un'intelligenza diversa da quella determinata dal fatto dell'accertamento.

(42) Cfr. M. Giorgianni, *op. cit.*, 237.

(43) Cfr. R. Nicolò, *op. loc. cit.*

(44) Cfr. F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Rist. 2002, 177. Le parti, secondo l'Autore, avrebbero, a differenza del Giudice, un potere di disposizione e non di accertamento in senso proprio. Solo eccezionalmente, in vista di circostanze particolari, come nel caso di riconoscimento del figlio naturale, la legge attribuisce al privato un potere d'accertamento del fatto in senso proprio; ma quanto compiuto nell'esercizio di tale potere avrebbe natura non negoziale, ma di atto giuridico in senso stretto.

(45) Cfr. M. Giorgianni, *op. cit.*, 234, secondo il quale l'elemento della volontà consiste nell'*intento di rendere certa*, mediante la nuova dichiarazione, la preesistente situazione: il negozio di accertamento, pur integrando la figura di una vera e propria dichiarazione di volontà, è *diretto alla fissazione* dei fatti o dei rapporti preesistenti.

(46) Cfr. A. Falzea, *Enc. dir.*, Milano, 1958, 218, sia pure con conclusioni in chiave problematica. Per la Giurisprudenza, in questo senso ci pare, Cass. 23 marzo 1996, n. 2611, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 423, nonché, in motivazione, Cass. 29 novembre 1996, n. 10626, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 1625, secondo cui, il regolamento amichevole della linea di confine tra due fondi realizza un negozio di accertamento che, risolvendo la potenziale contesa sulla ricerca dei confini, "vieta alla parte di chiedere in via giudiziale il regolamento degli stessi". Più risalente, Cass. 7 agosto 1979, n. 4570, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, fasc. 8, secondo la quale tale negozio produce, in ordine al rapporto preesistente, gli stessi effetti che derivano, in virtù del giudicato, dall'accertamento effettuato "*ope iudicis*" e, pertanto, la precedente situazione, raccordata con quella accertativa da un intimo nesso, trova la propria regolamentazione nella fonte originaria con i limiti e con l'efficacia delineati dal negozio di accertamento, che si contrappone alla prima senza estinguerla. Allo stesso orientamento ci sembra aderisca la pronuncia da cui traggono spunto queste riflessioni.

(47) R. Corrado, voce *Negoziato di accertamento*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 201.

(48) S. D'Andrea, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 31.

(49) Tra tali negozi si annoverano solitamente: la ripetizione del negozio a scopo di accertamento, l'interpretazione autentica, il riconoscimento del debito, la confessione, la stessa transazione, la rinuncia all'azione giudiziale, la stima, l'approvazione del conto o del bilancio, il concordato, le dichiarazioni degli arbitri in caso di arbitrato irrituale ecc. Cfr. S. D'Andrea, *op. cit.*, 33 e 61. Una categoria così eterogenea, infatti, sarebbe del tutto priva di utilità pratica.

(50) Quanto alla struttura, sarebbe quella delineata dall'[art. 1333 c.c.](#), rispetto al quale, l'eventuale accettazione dell'oblato avrebbe la mera funzione di *consumare* il potere di rifiuto previsto dalla norma. Cfr. S. D'Andrea, *op. cit.*, 43.

(51) Non c'è spazio, cioè, per l'atipicità ogniqualvolta l'attività negoziale dei contraenti possa essere agevolmente sussunta nell'alveo di una fattispecie giuridica già prevista dalla legge.

(52) Cfr. Cass. 24 agosto 2012, n. 14618, in *CED*, 2012; ma cfr. anche *supra* le sentenze in nt. 46.

(53) Non ci sembra, cioè, che in base alle tesi proposte dal D'Andrea, sopra più volte citato, traspaia alcun giudizio di riprovazione verso un accordo come quello qui in esame, tale da farlo considerare invalido od immeritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

(54) In argomento, cfr. A. Musto, *La trascrizione del legato ed il ruolo del notaio*, Commissione Studi civilistici, Studio n. 321-2012/C; G. Petrelli, *Note sulla trascrizione degli acquisti mortis causa*, in *Riv. not.*, 1993, 271 ss.; A. Zaccaria, *La pubblicità delle disposizioni mortis causa: principio di continuità e risoluzione dei conflitti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, 207 ss.; F. Regine, *Questioni in tema di trascrizione degli acquisti per causa di morte*, in *Notariato*, 2014, 6, 616 ss.; S. Tondo, *Sulla trascrizione di acquisti immobiliari a causa di morte*, Commissione Studi civilistici CNN 16 ottobre 2001, Studio n. 3475; G. Santarcangelo, *La trascrizione dell'accettazione tacita di eredità*, in *Notariato*, 2009, 398.

(55) Cfr., per tutti, A. Zaccaria, *op. cit.*, 208 e *passim*. Il principio non trova applicazione, invece, con riferimento ai vincoli. Così, L. Ferri, *La trascrizione degli acquisti mortis causa e problemi connessi*, Milano, 1951, 32 ss.; Id., *Trascrizione immobiliare, Commentario del codice civile*, Scialoja-Branca (a cura di), 1983, 228. In chiave critica, cfr. G. Petrelli, *op. cit.*, 296 ss. il quale, in ogni caso, conclude per la retroattività degli effetti della trascrizione dell'acquisto a causa di morte, in grado di paralizzare *ex tunc* eventuali trascrizioni o iscrizioni che rischino di pregiudicare i vincoli trascritti a carico dell'acquirente.

(56) In quest'ultima prospettiva, cfr. A. Musto, *op. cit.*, § 6.5.

(57) Trascrizione, secondo una parte della dottrina, obbligatoria in talune ipotesi. Così, F. Regine, *op. cit.*, 616, secondo cui, in base al vigente comma 1 *bis* all'art. 29 della [L. 27 febbraio 1985, n. 52](#), con riferimento agli atti pubblici ed alle scritture private autenticate aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali (ad esclusione dei diritti reali di garanzia) su fabbricati già esistenti, è stato stabilito che "prima della stipula dei predetti atti il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari". Pertanto prima o contestualmente al trasferimento della proprietà o altro diritto reale di un bene ricevuto per successione a causa di morte, alla luce della normativa predetta, si renderebbe necessario assicurare la continuità delle trascrizioni trascrivendo gli acquisti *mortis causa*.

(58) Sul ruolo che assume in tal caso la pubblicità dell'atto a causa di morte non vi è mai stata unanimità di vedute. Per una ricostruzione del dibattito, ancora particolarmente vivace in dottrina, cfr. A. Zaccaria, *op. cit.*, 213 ss.

(59) G. Petrelli, *op. cit.*, 274 ss.

(60) Convergono, G. Petrelli, *op. cit.*, 310 ss.; A. Musto, *op. cit.*, § 7. Distingue, ma per le sole accettazioni tacite di eredità nel caso dipendano da alienazioni aventi ad oggetto immobili urbani esistenti, F. Regine, *op. loc. cit.*, che ritiene sussistente un obbligo di legge. Cfr. *supra* nt. 57.

(61) Cfr. G. Petrelli, *Note*, cit., 312 ss., secondo cui, laddove - per ragioni di urgenza o simili - il richiedente la pubblicazione del testamento non ritenga di dover fornire al notaio i dati necessari, quest'ultimo non potrà esimersi dal pubblicare ugualmente il testamento, e sicuramente il compito di individuare i beni non sarà del notaio.

(62) Cfr. G. Santarcangelo, *op. cit.*, 404, il quale giustamente esclude che l'errata indicazione del codice della trascrizione, come nel caso di una nota che riporti il codice 302 (accettazione espressa) in caso di accettazione tacita o viceversa il codice 303 (accettazione tacita) in caso di accettazione espressa (ad esempio, per assunzione in atto del titolo di erede) possa avere una qualche influenza sulla validità della nota. Tali indicazioni non costituiscono certamente causa di incertezza della stessa (perché si tratta di codici che comunque pubblicizzano l'acquisto ereditario) e, pertanto, la pubblicità è assolutamente idonea a salvaguardare l'acquisto del terzo in buona fede. Frustranei, quindi, ci sembrano i distinguo - sia pure limitati ad alcune peculiari ipotesi - di F. Regine, *op. cit.*, 619.

(63) La rilevanza dell'errore di diritto, in analogia con quanto stabilito in tema di transazione, è esclusa dalla dottrina prevalente. Sul punto, cfr. per tutti, M. Giorgianni, *op. cit.*, 240. Più diffusamente, anche sull'errore di fatto, cfr. S. D'Andrea, *op. cit.*, 47 ss. ed in particolare in nt. 37, ove ampi riferimenti alla dottrina ed alla giurisprudenza che si sono occupate della questione.

(64) Fatta salva, in tal caso - per chi lo ritenga ammissibile - la possibilità che sia fatta valere l'efficacia di un eventuale contratto dissimulato.

TESTAMENTO, SOPRAVVENIENZA DI FIGLI ULTERIORI, SUCCESSIVO ACCERTAMENTO GIUDIZIALE DELLO STATUS

di Emanuele Bilotti

Cass. civ. Sez. II Ord., 28 luglio 2017, n. 18893

Cass. civ. Sez. II Sent., 05 gennaio 2018, n. 169

c.c. art. 687

Due recenti decisioni hanno offerto l'occasione ai giudici della Suprema Corte di ribadire il fondamento oggettivo della regola dell'art. 687 c.c. e di chiarire inoltre che, sulla base di quel presupposto, quella regola deve trovare applicazione anche in ogni caso di sopravvenuto accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale (Cass. n. 169 del 2018) e, in conformità al suo tenore letterale, soltanto laddove, al momento della redazione del testamento, il testatore non avesse affatto figli o discendenti o ignorasse di averne (Cass. n. 18893 del 2017). Quest'ultima soluzione non sembra però sostenibile né assumendo che la regola dell'art. 687 sia fondata sulla *ratio* oggettiva della tutela dei figli né riconoscendone la *ratio* soggettiva della tutela della volontà del testatore. In un caso e nell'altro sembra piuttosto doversi ritenere la possibilità dell'estensione analogica della norma in questione anche in caso di sopravvenienza o sopravvenuta conoscenza di ulteriori figli. La soluzione dell'equiparazione in ogni caso del sopravvenuto accertamento giudiziale al riconoscimento sembra invece sostenibile solo nel presupposto della *ratio* oggettiva della regola dell'art. 687. In effetti, ponendosi nella diversa prospettiva della tutela della volontà del testatore, l'equiparazione sembra sostenibile nei soli casi marginali in cui il ricorso all'accertamento giudiziale non si sia reso necessario per la contrarietà del genitore al riconoscimento. Le due decisioni della Suprema Corte sembrano infine condivisibili laddove riconoscono il fondamento oggettivo della "revoca" per sopravvenienza di figli. E ciò nonostante che tale soluzione possa apparire problematica in una prospettiva *de iure condendo*.

Sommario: [Le decisioni della Suprema Corte - La caducazione del testamento in caso di sopravvenienza di figli ulteriori o di sopravvenuta conoscenza della loro esistenza](#) - [La caducazione del testamento in caso di sopravvenuto accertamento giudiziale della filiazione](#) - [La ratio della caducazione del testamento per sopravvenienza di figli](#)

[Le decisioni della Suprema Corte](#)

Le due decisioni in esame⁽¹⁾, intervenute a distanza di pochi mesi l'una dall'altra e frutto di una manifesta continuità di riflessione, hanno offerto l'occasione ai giudici di legittimità di prendere posizione sulle due questioni maggiormente controverse in dottrina quanto alla delimitazione dell'ambito di applicazione del rimedio caducatorio del testamento di cui all'art. 687 c.c. In particolare: a) Cass. 28 luglio 2017, n. 18893, ord. ha affrontato la questione se la "revocazione" del testamento per sopravvenienza di figli o discendenti operi solo quando il testatore, al momento della redazione della scheda, non avesse affatto figli o discendenti o ignorasse di averne o anche quando, nel momento indicato, avesse già altri figli o discendenti e ne fosse a conoscenza; b) Cass. 5 gennaio 2018, n. 169, sent. ha affrontato invece la questione se quel rimedio trovi applicazione anche in ogni caso di accertamento giudiziale dello *status* successivo alla redazione delle disposizioni testamentarie o se l'accertamento giudiziale sopravvenuto della filiazione extramatrimoniale non determini in nessun caso l'inefficacia del testamento ex art. 687 o ancora se quel risultato si produca solo in taluni casi e in quali.

La prima problematica, in assenza, a quanto consta, di specifici precedenti di legittimità, è stata risolta dai giudici della S.C. nel senso più restrittivo, quello maggiormente aderente al dato testuale - la norma parla in effetti di un testatore che «al tempo del testamento non aveva o ignorava di avere figli o discendenti» - e già recepito da una parte della dottrina⁽²⁾, da talune decisioni di merito e dalla stessa sentenza impugnata⁽³⁾: il testamento diverrebbe dunque inefficace per sopravvenienza di figli o discendenti solo quando, al momento della redazione della scheda, il testatore non avesse affatto figli o discendenti o ignorasse di averne. La seconda problematica è stata invece risolta, diversamente dalla decisione impugnata⁽⁴⁾, ma in conformità con la dottrina maggioritaria e in continuità con taluni precedenti di legittimità, peraltro non

particolarmente numerosi né risalenti⁽⁵⁾, nel senso meno restrittivo: il testamento diverrebbe cioè inefficace anche in ogni caso di sopravvenuto accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale⁽⁶⁾. E ciò nonostante che tale soluzione non sembri trovare riscontro nella lettera dell'art. 687, che contempla espressamente il caso del sopravvenuto accertamento volontario della filiazione extramatrimoniale, mentre non menziona affatto l'accertamento giudiziale.

In entrambe le decisioni i giudici della S.C. hanno pure ritenuto di poter riaffermare la validità della tesi che riconosce il fondamento oggettivo del rimedio caducatorio in questione. A dire di quei giudici, infatti, la c.d. "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli o discendenti, a differenza del rimedio corrispondente previsto per le donazioni, non sarebbe uno «strumento di tutela della volontà presunta del testatore», dovendosi piuttosto dar credito a una «valutazione della norma in chiave oggettiva, ... nell'ottica della prevalente tutela dei figli»⁽⁷⁾. Almeno nella prima delle due decisioni in esame una simile premessa non sembra tuttavia essere considerata davvero decisiva al fine di argomentare la soluzione indicata. Nell'ordinanza n. 18893 del 2017 si afferma infatti chiaramente che la stessa soluzione alla quale si perviene nel presupposto del fondamento oggettivo della regola dell'art. 687 potrebbe giustificarsi anche assumendo l'opposta prospettiva volontaristica. Nella sent. n. 169 del 2018 ci si limita invece a osservare che neppure la lettura in chiave soggettiva della norma fatta propria dalla decisione impugnata varrebbe a giustificare la peculiare soluzione accolta dalla stessa decisione, e cioè la soluzione secondo cui, ai fini della "revoca", l'accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale sarebbe equiparabile all'accertamento volontario soltanto laddove sia sopravvenuto - o la relativa domanda sia stata introdotta - prima della morte del testatore, mentre quell'equiparazione sarebbe senz'altro da escludere in caso di accertamento *post mortem*.

Ora, sia con riferimento alla soluzione delle due questioni operative all'attenzione della S.C. sia con riferimento alla corretta individuazione del fondamento politico-legislativo della "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli o discendenti sia, infine, con riferimento all'incidenza che la soluzione di quest'ultimo problema avrebbe sulla soluzione delle prime due questioni il dibattito dottrinario - animato, anche in anni recenti, da voci particolarmente autorevoli e attente - esibisce in realtà una varietà di posizioni piuttosto ricca, sicché non appare inopportuno, proprio alla luce di quel dibattito, offrire qui un supplemento di riflessione sulla correttezza delle soluzioni accolte dalla giurisprudenza di legittimità e dei percorsi argomentativi che le hanno sostenute.

[La caducazione del testamento in caso di sopravvenienza di figliulteriori o di sopravvenuta conoscenza della loro esistenza](#)

Al fine di accreditare la soluzione secondo cui il testamento non sarebbe destinato a divenire inefficace per la sopravvenienza di ulteriori figli o discendenti o per la sopravvenuta conoscenza della loro esistenza da parte del testatore, i giudici della S.C., nell'ord. n. 18893 del 2017, ritengono anzitutto di poter trarre argomento dalla lettera dell'art. 687. Tale disposizione - affermano - «chiaramente contempla l'ipotesi in cui il figlio sopravvenga rispetto alla data di predisposizione del testamento, ove la situazione familiare sia connotata dalla assenza ovvero dalla ignoranza assoluta di avere figli». Un dato testuale così netto ostacolerebbe qualsiasi possibilità di interpretazione estensiva della norma, mentre l'applicazione analogica sarebbe preclusa dalla sua natura eccezionale.

Sempre a dire dei giudici della S.C., poi, certe conclusioni troverebbero conferma anche in «un'indagine che abbia riguardo a quella che è la *ratio* della revocazione, apparendo a tal fine indifferente aderire alla tesi c.d. volontaristica ovvero a quella che invece fa leva sull'esigenza oggettiva di tutela della situazione dei figli». Infatti, se ci si pone anzitutto nella prospettiva volontaristica, che - sostengono quei giudici - sarebbe la medesima che vale a dar conto anche del rimedio della revocazione della donazione per sopravvenienza di figli o discendenti di cui all'art. 803 c.c., l'esistenza, nota al testatore, di un figlio o di un discendente al momento della redazione del testamento varrebbe senz'altro a escluderne l'inefficacia, dato che il testatore avrebbe già «avuto modo di provare l'affetto filiale» e si sarebbe perciò determinato a disporre «pur nella consapevolezza degli oneri scaturenti dalla condizione genitoriale». Se si accede invece «alla tesi secondo cui la norma avrebbe un fondamento oggettivo individuabile nella modificazione della situazione familiare in relazione alla quale il testatore aveva disposto dei suoi

beni», tale modificazione - affermano i giudici della S.C. - dovrebbe essere comunque «tale da creare un quadro oggettivo radicalmente mutato rispetto a quello presentatosi al testatore alla data di redazione del testamento ...». Di conseguenza - argomentano ancora quei giudici - «non ogni mutamento della composizione del quadro familiare, quale la nascita di figli ulteriori[,] può portare alla revocazione, ma solo quello che denoti, con la necessità anche di un richiamo alla ipotetica volontà del *de cuius*, legata alle suesposte considerazioni in merito alla preponderanza dell'affetto nei confronti dei figli, non ancora provato alla data cui risale il testamento, una situazione affatto diversa, e che possa appunto giustificare la revocazione».

Certe argomentazioni non appaiono condivisibili. A lasciare perplessi sono specialmente le considerazioni svolte dai giudici della S.C. sia a partire dalla *ratio* oggettiva sia a partire dalla *ratio* soggettiva dell'art. 687. È assai significativo, del resto, che, nella motivazione della decisione in esame, quei due percorsi argomentativi finiscano sostanzialmente per sovrapporsi. In effetti, come si è appena visto, anche ponendosi nella prospettiva oggettiva della tutela dei figli, i giudici della S.C. affermano che, al fine di identificare un mutamento della composizione del quadro familiare tale da determinare la caducazione delle disposizioni testamentarie, è comunque necessario «un richiamo alla ipotetica volontà del *de cuius*» e che questa "ipotetica volontà" è pur sempre «legata alle [stesse] considerazioni in merito alla preponderanza dell'affetto nei confronti dei figli, non ancora provato alla data cui risale il testamento», che quei giudici hanno già addotto anche argomentando nella diversa prospettiva soggettiva della tutela della volontà del testatore. L'ampio dibattito dottrinario sulla questione attesta, d'altra parte, come interpreti autorevoli e avveduti abbiano potuto argomentare la soluzione opposta rispetto a quella accolta dalla S.C. - e cioè la soluzione della caducazione del testamento anche in presenza di figli noti al testatore al momento della redazione della scheda - sia ponendosi nella prospettiva oggettiva sia ponendosi nella prospettiva soggettiva.

In particolare, chi ha accolto la tesi oggettiva non ha avuto difficoltà nel far valere un'esigenza di eguale trattamento dei figli, attestata a livello di sistema anche dalla disciplina della collazione: «non è concepibile - si è detto - che il legislatore voglia la tutela del primo e non dei successivi [figli]»⁽⁸⁾. Con ciò è evidentemente destituita di fondamento l'idea dei giudici della S.C. secondo cui sarebbe possibile operare una distinzione tra sopravvenienza (o sopravvenuta conoscenza) di un primo figlio e sopravvenienza (o sopravvenuta conoscenza) di figli ulteriori allo scopo di individuare quel mutamento "radicale" della composizione del quadro familiare tale da determinare la caducazione delle disposizioni testamentarie.

In senso critico, di recente, è stato tuttavia osservato che un'esigenza di eguale trattamento dei figli si attua in sede di collazione «solo lì dove il donante non abbia espresso una diversa manifestazione di volontà» e comunque che quell'esigenza non è riconoscibile «in sede testamentaria, essendo insita nella stessa libertà di disporre del testatore ... la possibilità di un trattamento diverso»⁽⁹⁾. Ora, un simile dato è certamente fuori discussione: il sistema garantisce la parità di trattamento dei figli solo in maniera relativa⁽¹⁰⁾. Tuttavia, quando si fa valere un'esigenza di eguale trattamento dei figli al fine denunciare l'irragionevole discriminazione tra sopravvenienza (o sopravvenuta conoscenza) del primo figlio e sopravvenienza (o sopravvenuta conoscenza) dei figli ulteriori ai fini della caducazione del testamento, quel che si fa valere davvero è, più precisamente, un'esigenza di eguale tutela di tutti i figli, del primo e degli ulteriori: un'esigenza che non contraddice minimamente la possibilità del *de cuius* di trattare i figli anche in maniera differente, nei limiti - s'intende - del rispetto della riserva di ciascuno. Insomma, altro è dire che, entro il limite della tutela dei legittimari, il *de cuius* è libero di beneficiare uno o più figli in misura maggiore rispetto agli altri, altro è dire che tutti i figli devono godere delle medesime tutele successorie e che non è pertanto ragionevole che il rimedio caducatorio in questione operi solo a vantaggio del primo figlio e non anche degli altri. Il trattamento riservato dal genitore ai figli può ben essere differente, ma le tutele ad essi riservate dalla legge non possono che essere eguali.

Non meno agevole è poi il percorso argomentativo che, anche nella differente ottica soggettiva della tutela della volontà testamentaria, consente comunque di giustificare la soluzione dell'inefficacia del testamento pure in caso di sopravvenienza (o sopravvenuta conoscenza) di figli ulteriori. Se si ritiene infatti che la regola dell'art. 687 trovi fondamento nella presunzione

che il *de cuius*, laddove fosse stato a conoscenza di avere un figlio, non avrebbe testato o avrebbe testato diversamente, non si vede perché analoghe presunzioni non dovrebbero operare anche in caso di sopravvenienza (o di sopravvenuta conoscenza) di ulteriori figli⁽¹¹⁾. In effetti, se il defunto ha diseredato il primo figlio, disponendo dei suoi beni per testamento a favore di uno o più estranei, è normale ritenere che non intenda diseredare anche gli altri figli; se invece ha istituito il primo figlio, è normale ritenere che intenda istituire anche gli altri con inevitabile compressione del beneficio a favore del primo⁽¹²⁾. Non vale pertanto replicare che, se il defunto ha testato in un certo modo pur essendo a conoscenza dell'esistenza di figli, testerebbe comunque nello stesso modo anche laddove venisse a conoscenza dell'esistenza di figli ignorati o della sopravvenienza di altri figli. Una simile illazione sarebbe infatti ragionevolmente sostenibile solo nel presupposto, manifestamente anacronistico, che i figli non siano tutti uguali e che, com'è stato osservato in senso critico, «a determinare le decisioni del testatore, sarebbe, fondamentalmente, il suo rapporto con il primogenito, o, comunque, con chi appaia tale ai suoi occhi»⁽¹³⁾.

In senso contrario i giudici della S.C. fanno valere che, mentre nel caso di sopravvenienza del primo figlio il testatore dispone senza alcuna effettiva consapevolezza degli «oneri scaturenti dalla condizione genitoriale», una simile consapevolezza sussiste invece in caso di sopravvenienza di figli ulteriori. Non si riesce però a comprendere perché mai questa consapevolezza - o, meglio, l'esperienza concreta della genitorialità - dovrebbe far escludere la presunzione che il testatore non avrebbe testato affatto o avrebbe testato diversamente laddove fosse stato a conoscenza di avere figli ulteriori: forse che quell'esperienza consente di ritenere normale che un testatore che ha diseredato il primo figlio intenda diseredare anche gli altri o che un testatore che ha istituito il primo figlio non intenda istituire anche gli altri?

In realtà, i giudici della S.C. non hanno fatto altro che estendere alla "revoca" del testamento ex art. 687 un argomento largamente utilizzato per giustificare - e circoscrivere conseguentemente in maniera adeguata - il potere di revoca della donazione per sopravvenienza di figli o discendenti eccezionalmente riconosciuto al donante dall'art. 803 c.c.⁽¹⁴⁾. Ma questa è evidentemente una questione differente da quella che viene qui in considerazione: se cioè la circostanza che il defunto avesse già figli noti al momento della redazione del testamento - e avesse perciò già sperimentato cosa vuol dire essere genitore - sia o meno tale da rendere inoperante la presunzione per cui il *de cuius* non avrebbe testato affatto o avrebbe testato diversamente ove avesse saputo di avere anche altri figli. E la risposta a un simile quesito, come già si è detto, sembra dover essere senz'altro negativa.

Rimane però che, come già si è avuto modo di rilevare, la lettera dell'art. 687, nel far riferimento al testatore che «non aveva od ignorava di avere figli», esclude con chiarezza proprio quella soluzione che sembrerebbe invece imporsi, a quanto pare, in virtù del criterio dell'*eadem ratio*, e cioè la soluzione della caducazione del testamento anche per sopravvenienza (o sopravvenuta conoscenza) di figli ulteriori. E ciò, come si è cercato di chiarire, sia nel caso che questa *ratio* venga individuata nella tutela dei figli sia nel caso che venga individuata nella tutela della volontà testamentaria. Del resto, chi in dottrina ha autorevolmente sostenuto l'indicata soluzione meno restrittiva o ha ipotizzato un'interpretazione estensiva dell'art. 687⁽¹⁵⁾, nel presupposto che il dato testuale conservi un qualche margine di ambiguità e custodisca perciò un potenziale regolativo più ampio di quanto non appaia a prima vista, o ne ha proposto senz'altro l'applicazione analogica⁽¹⁶⁾, trattandosi piuttosto di dar vita a una *regula iuris* nuova e dovendosi allora fare i conti col divieto di analogia delle norme eccezionali (art. 14 disp. prel. c.c.).

A ben vedere, tuttavia, il dato testuale dell'art. 687 non sembra lasciare spazio ad ambiguità di alcun tipo né a un suo conseguente adeguamento estensivo all'intenzione del legislatore. In effetti, com'è stato osservato in maniera definitiva, «la figura del testatore che "non aveva o ignorava di avere figli" è esclusa dalla circostanza che il testatore avesse o conoscesse di avere un figlio»⁽¹⁷⁾. C'è poi da tener conto dell'opinione, accreditata anche a livello di teoria generale, secondo cui la distinzione tra interpretazione estensiva e analogia sarebbe fondamentalmente di comodo e teoricamente infondata⁽¹⁸⁾. Le due categorie - interpretazione estensiva e analogia - alluderebbero piuttosto a un medesimo dispositivo di autopoiesi materiale del diritto, che

opererebbe nel senso di determinare l'estensione dell'ambito applicativo di *rationes* già presenti nel sistema laddove il loro "confinamento" legislativo a una determinata fattispecie appaia inadeguato a fronteggiare la complessità originaria o sopravvenuta della realtà sociale e perciò bisognoso di un intervento "correttivo" dell'interprete⁽¹⁹⁾.

Quanto poi al limite che l'art. 14 disp. prel. opporrebbe al ricorso alle tecniche analogiche, e cioè al divieto di applicare analogicamente le norme «che fanno eccezione a regole generali», è bene tener conto del fatto che una parte degli interpreti, anche sulla scorta di autorevoli elaborazioni di teoria generale, ne ha rilevato da tempo l'insensatezza e la contraddittorietà su un piano di pura logica formale, dato che «il rapporto tra norma comune e norma eccezionale ... è ... essenzialmente relativo»⁽²⁰⁾. È piuttosto sul diverso piano della valutazione del fondamento politico-legislativo della *regula iuris* che la distinzione tra diritto comune e diritto eccezionale è destinata a recuperare un significato proprio, in particolare come indicazione di un «confine tra l'autonomia del sistema giuridico e l'autonomia della politica»⁽²¹⁾. In questa differente prospettiva l'unico limite all'impiego delle tecniche analogiche viene infatti ravvisato nella garanzia del «diritto del legislatore di essere diseguale», e dunque nella riconoscibilità di una chiara opzione "politica" nel senso del trattamento differenziato di un determinato conflitto sociale rispetto a conflitti sociali simili⁽²²⁾. In assenza di un'evidenza di questo tipo non sembra invece possibile impedire il ricorso al *surplus* regolativo contenuto in una norma attraverso un'opportuna ridefinizione dei termini della sua fattispecie al fine di renderla idonea a comprendere anche situazioni tralasciate dal legislatore per errore o semplicemente sopravvenute.

Ora, con particolare riferimento all'art. 687, il condizionamento legislativo della caducazione del testamento alla sola ipotesi di sopravvenienza (o sopravvenuta conoscenza) del primo figlio non trova evidentemente giustificazione in una determinazione "politica" compatibile con la legalità costituzionale. Non vi è perciò alcun motivo per impedire l'applicazione di una regola analoga anche in caso di sopravvenienza (o sopravvenuta conoscenza) di figli ulteriori. Anche in questo caso ricorre infatti l'*eadem ratio* - sia essa la tutela dei figli o la tutela della volontà del testatore - che ha indotto il legislatore a prevedere l'inefficacia del testamento in caso di sopravvenienza (o sopravvenuta conoscenza) del primo figlio. Non vi è motivo cioè per ostacolare quel processo di autopoiesi materiale del sistema normativo che si realizza attraverso il ricorso alle tecniche analogiche e che produce l'estensione dell'ambito di applicazione di *rationes* in esso già presenti oltre il confine originariamente previsto dal legislatore in virtù del riconoscimento di una "somiglianza rilevante" tra caso regolato e caso non regolato.

La caducazione del testamento in casodi sopravvenuto accertamento giudiziale della filiazione

Anche la questione decisa dalla S.C. con la sent. n. 169 del 2018 - se cioè la regola dell'art. 687 debba o meno trovare applicazione anche in ogni caso di sopravvenuto accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale - sembrerebbe destinata a una soluzione negativa ove si dovesse tener conto unicamente della lettera di quella disposizione⁽²³⁾. In effetti, innovando rispetto alla norma corrispondente del codice del 1865, tra le cause di inefficacia del testamento l'art. 687 contempla anche il riconoscimento sopravvenuto⁽²⁴⁾; quella disposizione continua nondimeno a non fare menzione dell'accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale.

Come anche la S.C. non manca di evidenziare, a differenza che nel caso deciso con l'ord. n. 18893 del 2017, nel caso ora in esame non si tratta però di chiarire se l'ambito di applicazione della regola dell'art. 687 possa o meno estendersi anche a un caso non contemplato attraverso il ricorso a tecniche analogiche⁽²⁵⁾. Già nel testo originario del codice del 1942, [all'art. 277, comma 1, c.c.](#) è stata infatti inequivocabilmente sancita la piena equiparazione degli effetti del riconoscimento e della sentenza che accerti la filiazione extramatrimoniale. E tale equiparazione ha assunto un significato ancor più pregnante dopo che la riforma del 1975 ha riconosciuto al figlio extramatrimoniale un vero e proprio diritto all'accertamento dello *status*⁽²⁶⁾. In base al "combinato disposto" dell'art. 687 e dell'art. 277 l'effetto caducatorio delle disposizioni testamentarie redatte da chi non aveva o ignorava di avere figli o discendenti dovrebbe allora potersi riconnettere anche alla sentenza che accerti la filiazione extramatrimoniale. Nel sistema normativo, dunque, una regola sulla "revoca" del testamento per sopravvenuto accertamento

giudiziale della filiazione non sarebbe affatto inesistente. L'interprete in questo caso non sarebbe perciò chiamato a interrogarsi sulla operatività o meno di un meccanismo di autointegrazione del sistema in base al criterio dell'*eadem ratio*⁽²⁷⁾.

Ciò non vuol dire tuttavia che, anche ai fini della soluzione della problematica ora in esame, la questione dell'identificazione della *ratio* della "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli e discendenti sia destinata a rimanere indifferente. Tutt'altro. La possibilità di desumere correttamente dal "combinato disposto" dell'art. 687 e dell'art. 277 una regola caducatoria anche per ogni caso di sopravvenuto accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale postula infatti che ai fini della caducazione del testamento rilevi l'effetto in sé di accertamento e non la circostanza che quell'effetto consegua a una fattispecie volontaria. Diversamente l'accertamento giudiziale dovrebbe considerarsi come un autentico *casus omissus* e la menzione del riconoscimento nell'art. 687 non potrebbe intendersi altrimenti che in base al criterio *ubi lex voluit* ecc., e dunque in senso rigorosamente restrittivo. Se infatti il legislatore può indubitabilmente equiparare *quoad effectum* il riconoscimento e la sentenza che dichiara la filiazione extramatrimoniale, nessuna norma potrebbe mai cancellare la diversità di queste due fattispecie.

Ma per sciogliere questo dilemma - se cioè il riconoscimento sopravvenuto determini l'inefficacia del testamento in virtù dell'effetto che produce o in virtù del suo carattere volontario - non sembra eludibile un chiarimento preliminare in ordine alla *ratio* della regola caducatoria. È del tutto evidente infatti che, se si segue la tesi oggettiva secondo cui la "revoca" del testamento è posta a tutela dei figli, il riconoscimento sopravvenuto rileva per l'effetto che produce e che non si può allora discriminare a seconda che quell'effetto consegua a una fattispecie volontaria o non volontaria⁽²⁸⁾.

Nella sentenza n. 169 del 2018 i giudici della S.C. mostrano di essere ben consapevoli che il riconoscimento della *ratio* oggettiva dell'art. 687 consente di attivare il "combinato disposto" di questa disposizione con l'art. 277 e di rendere così operativo il rimedio caducatorio anche in ogni caso di accertamento giudiziale della filiazione. È per questo che quei giudici si impegnano dapprima ad argomentare nel senso del fondamento oggettivo dell'art. 687 e concludono quindi, con chiarezza, nel senso che «la combinazione della individuazione della *ratio* della norma nella esigenza di tutela oggettiva della situazione dei figli in presenza di una modificazione della condizione familiare, con il principio della equiparazione dello stato di figlio dichiarato giudizialmente a quello riconosciuto, consente ... di affermare la erroneità della soluzione alla quale è pervenuta la Corte distrettuale», e cioè della soluzione secondo cui l'equiparazione della dichiarazione giudiziale di paternità al riconoscimento sarebbe possibile solo nell'ipotesi in cui detta dichiarazione intervenga - ovvero la relativa domanda sia introdotta - prima della morte del *de cuius*⁽²⁹⁾. Posto invece un certo presupposto, e cioè il riconoscimento della *ratio* oggettiva della regola dell'art. 687, l'equiparazione deve ritenersi in ogni caso.

Non altrettanto chiara è invece la successiva affermazione dei giudici della S.C. secondo cui «anche a voler propendere per una lettura in chiave soggettiva della norma, stante la sostanziale adesione dei giudici di appello al principio della equiparazione dello *status* di figlio, a prescindere dalle modalità con le quali sia stato acquisito, non appare idoneo a fondare il convincimento al quale è pervenuto il giudice di appello l'argomento secondo cui la revocazione sarebbe esclusa solo nel caso in cui la dichiarazione giudiziale di paternità intervenga o la relativa domanda sia stata introdotta prima della morte del *de cuius*, poiché solo in tale ipotesi sarebbe preservata la facoltà del testatore di poter disporre per testamento secondo la propria volontà». La comprensione di una simile affermazione sembra essere innanzitutto pregiudicata da quello che ha tutta l'apparenza di essere soltanto un refuso. Come già si è detto, infatti, secondo il giudice dell'appello la "revoca" non sarebbe affatto esclusa, come affermano i giudici della S.C., in caso di accertamento giudiziale sopravvenuto - o semplicemente introdotto - prima della morte del *de cuius*. Al contrario, quel caso sarebbe il solo in cui la "revoca" è considerata possibile. E ciò appunto perché, come riferiscono peraltro gli stessi giudici della S.C., solo in questo caso il testatore potrebbe ancora confermare le proprie precedenti disposizioni o anche disporre diversamente.

Tenuto conto dell'indicata rettifica, la surriferita affermazione dei giudici della S.C. sembra allora doversi intendere nel senso che, anche nel presupposto della *ratio* soggettiva dell'art. 687, l'interprete non potrebbe comunque ritenere la fondatezza della soluzione proposta dal giudice dell'appello. In tal senso i giudici della S.C. osservano infatti che l'idea secondo cui l'operatività della "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli dovrebbe ritenersi condizionata alla possibilità per il testatore di confermare o di modificare le proprie disposizioni sarebbe in realtà smentita dallo stesso art. 687, il quale «contempla l'ipotesi di revocazione del testamento anche nel caso di sopravvenienza di figli postumi», e dunque anche in un caso in cui il *de cuius*, nel momento della sopravvenienza, non è certamente più in grado di confermare né di modificare le proprie disposizioni testamentarie, impedendo così la caducazione del testamento. Si tratta di un rilievo sicuramente pertinente e, forse, anche adeguato allo scopo di mettere in discussione la soluzione proposta dal giudice d'appello⁽³⁰⁾. Non si tratta però di un rilievo che, di per sé, può valere a chiarire come dovrebbe risolversi la questione ora in esame nel presupposto soggettivo della tutela della volontà del testatore.

È vero che, avendo preventivamente riconosciuto la *ratio* oggettiva della "revoca", i giudici della S.C. potevano evitare di intrattenersi anche su questo punto ulteriore. In questa sede non sembra tuttavia inopportuno dar conto rapidamente anche del percorso argomentativo che, a partire dall'assunto della *ratio* soggettiva dell'art. 687, conduce a risolvere la questione dell'applicabilità o meno dell'art. 687 in caso di accertamento giudiziale della filiazione.

È ben noto anzitutto che della tesi volontaristica esistono in dottrina due varianti⁽³¹⁾. Anche i giudici della S.C., del resto, mostrano di esserne ben consapevoli. Osservano infatti che «accanto a chi ha sostenuto che il legislatore avrebbe inteso tutelare la volontà di chi, ignaro dell'esistenza, o non avendo previsto la sopravvenienza di figli, si sia determinato a testare in favore di soggetti che non sono né figli né discendenti, vi è invece chi ha affermato che il legislatore (più genericamente) avrebbe inteso tutelare la volontà di chi, ignaro dell'esistenza, o non avendo previsto la sopravvenienza di figli, si sia determinato a testare in modo diverso da quanto avrebbe altrimenti fatto»⁽³²⁾. In realtà, più propriamente, la prima variante della tesi volontaristica - oggi del tutto recessiva - è quella secondo cui la caducazione del testamento per sopravvenienza di figli sarebbe disposta dalla legge in conformità a una presunta volontà di revoca del *de cuius*⁽³³⁾. La seconda variante è invece quella secondo cui il fondamento della caducazione del testamento risiederebbe nella presunzione di un "vizio" della volontà testamentaria, o meglio nella valutazione legale tipica, fondata sull'*id quod plerumque accidit*, della difformità del testamento redatto dal *de cuius* rispetto alle disposizioni che avrebbe invece dettato ove avesse saputo dell'esistenza di figli o discendenti o ne avesse previsto la sopravvenienza⁽³⁴⁾.

Ebbene, è piuttosto agevole rendersi conto che né la prima né la seconda variante della tesi volontaristica consentono all'interprete di concludere nel senso di una piena equiparazione tra accertamento volontario e accertamento giudiziale della filiazione ai fini della "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli. Infatti, almeno laddove risulti che il *de cuius* non aveva alcuna intenzione di riconoscere il figlio poi giudizialmente dichiarato, e cioè laddove risulti che il ricorso all'accertamento giudiziale si è reso necessario a causa di una volontà del genitore contraria al riconoscimento, non sembra corretto presumere né una sua volontà di revoca del testamento in conseguenza di quell'accertamento né una qualche interferenza della sua mancata previsione sulla formazione della volontà testamentaria, e dunque un "vizio" della stessa. E ciò semplicemente perché chi si rifiuta di riconoscere un figlio neppure vuole che ad esso possano spettare diritti sulla propria eredità, sicché per il testatore - e cioè a prescindere dall'accertamento giudiziale - il figlio dichiarato permanerebbe senz'altro in una condizione priva di rilievo ai fini dell'operatività della vocazione legittima all'eredità⁽³⁵⁾. L'accertamento giudiziale non potrebbe dunque essere equiparato all'accertamento volontario ai fini della "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli, ove si acceda a una delle due varianti indicate della tesi volontaristica, sempre che risulti che il *de cuius*, anche solo dopo la redazione del testamento, sapesse dell'esistenza di un figlio extramatrimoniale e non avesse però voluto riconoscerlo, neppure per testamento.

L'idea del giudice d'appello secondo cui bisognerebbe distinguere a seconda che l'accertamento giudiziale sia sopravvenuto - o quanto meno la relativa domanda sia proposta - nel corso della vita del testatore o solo *post mortem*, ammettendo la "revoca" del testamento nel primo caso e negandola nel secondo, oltre a essere smentita, come si è già visto, dall'operatività del rimedio in caso di sopravvenienza di un figlio postumo, non sembra neppure coerente con la tesi soggettiva del "vizio" presunto della volontà testamentaria. E ciò perché, come si è visto, un simile presupposto esige piuttosto che la "revoca" non operi affatto in ogni caso di accertamento giudiziale che si sia reso necessario per una volontà del genitore contraria al riconoscimento. Né è rilevante, di per sé, la circostanza che l'accertamento sia sopravvenuto durante la vita del testatore o *post mortem*. In questi casi per impedire la caducazione del testamento non è dunque necessario che il testatore abbia previsto che le proprie disposizioni debbano comunque rimanere ferme. La valutazione legale tipica sottesa all'operatività della "revoca" non necessita di essere smentita mediante una previsione testamentaria *ad hoc*. È già inequivocabilmente contraddetta dalle particolari circostanze del caso⁽³⁶⁾.

Nella prospettiva del "vizio" presunto della volontà testamentaria il sopravvenuto accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale, quando risulti la contrarietà del genitore al riconoscimento, non sembra dunque potersi considerare come ogni altra ipotesi di sopravvenienza di figli e discendenti. In quel caso il relativo difetto di previsione non sembra insomma poter rilevare come un "vizio" della volontà testamentaria. Anche il momento in cui un simile accertamento sia sopraggiunto o la relativa domanda sia stata introdotta - se cioè prima o dopo l'apertura della successione - non sembra allora poter rilevare ai fini dell'operatività della "revoca", che deve essere comunque esclusa.

Se però il testatore non ha mai saputo con certezza di avere generato il figlio che ha poi agito vittoriosamente per l'accertamento dello stato dopo l'apertura della successione, non si può dire che egli non avrebbe disposto per testamento in maniera differente ove avesse previsto quella sopravvenienza. In questo caso non si può dire infatti se il testatore avrebbe o meno riconosciuto il figlio, e dunque se l'accertamento giudiziale sopravvenuto *post mortem* sia o meno contrario alla sua volontà. Almeno in questo caso, allora, la "revoca" del testamento dovrebbe senz'altro operare, dato che non sembra smentita la valutazione legale tipica che si assume a fondamento di quel rimedio, e cioè quella valutazione secondo cui il testatore avrebbe disposto diversamente *si nascituros filios cogitasset*.

In definitiva, nella prospettiva soggettiva del "vizio" presunto della volontà testamentaria, in caso di sopravvenuto accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale, la regola dell'art. 687 trova o meno applicazione non a seconda che la domanda introduttiva del giudizio di accertamento sia stata o meno già notificata al momento della morte del testatore né a seconda che, in quel momento, l'accertamento sia o meno già sopravvenuto né ancora a seconda che quell'accertamento abbia o meno già assunto la forza del giudicato, bensì a seconda che il riconoscimento del figlio dichiarato sia stato semplicemente impossibile ovvero, pur possibile, non sia stato voluto dal testatore. Infatti, mentre nel primo caso non si può dire con certezza che il testatore non avrebbe disposto diversamente dei suoi beni ove avesse previsto la sopravvenienza e deve valere perciò la valutazione legale tipica considerata sottesa alla regola dell'art. 687, nel secondo caso, invece, l'operatività di quella valutazione deve essere senz'altro esclusa, giacché chi non vuole riconoscere il proprio figlio neppure vuole che ad esso possano spettare diritti sulla propria successione.

Insomma, mentre la questione decisa dalla S.C. con l'ord. n. 18893 del 2017 sembra destinata a risolversi comunque allo stesso modo sia nel presupposto della tutela dei figli sia nel presupposto della tutela della volontà del testatore, con riferimento alla soluzione della diversa questione decisa con la sentenza n. 169 del 2018 la corretta individuazione della *ratio* dell'art. 687 sembra essere invece decisiva. A quanto pare, infatti, a seconda che si acceda alla prospettiva oggettiva o a quella soggettiva la soluzione di quest'ultima questione è destinata ad essere molto diversa: nella prima prospettiva ai fini della "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli l'accertamento giudiziale della filiazione è equiparabile in ogni caso all'accertamento volontario; nella seconda prospettiva quell'equiparazione sembra invece consentita solo nel caso - invero "marginale"⁽³⁷⁾ - dell'accertamento giudiziale che non si sia reso

necessario a causa di una volontà del genitore contraria al riconoscimento, e cioè solo nel caso dell'accertamento giudiziale *post mortem* quando il genitore, in vita, abbia ignorato l'esistenza del figlio.

La *ratio* della caducazione del testamento per sopravvenienza di figli

A questo punto, dopo aver valutato criticamente le soluzioni offerte dalla S.C. alle due questioni operative venute alla sua attenzione e dopo aver cercato di chiarire l'incidenza che la diversa identificazione della *ratio* dell'art. 687 - nella tutela dei figli o nella tutela della volontà del testatore - è destinata ad avere (o a non avere) sulla soluzione dell'una e dell'altra questione, non rimane ormai che considerare le argomentazioni che la stessa Corte ha impiegato nelle due decisioni in esame per accreditare la tesi del fondamento oggettivo e per contrastare invece l'opposta prospettiva volutaristica.

Quel giudice fa valere in particolare i seguenti argomenti: *a)* la problematicità della connessione dell'inefficacia del testamento alla presunzione di un vizio della volontà testamentaria laddove tra la sopravvenienza di un figlio e la morte del testatore sia trascorso un lasso di tempo considerevole; *b)* l'inattendibilità della presunzione di una diversa volontà del testatore nel caso di "revoca" del testamento per sopravvenienza di un figlio postumo; *c)* la compatibilità tra il riconoscimento della *ratio* oggettiva della "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli e il diverso approccio volutaristico posto invece alla base della revoca della donazione ex art. 803; *d)* la differente rilevanza della conoscenza dell'esistenza di un figlio extramatrimoniale ai fini della revoca della donazione e ai fini della "revoca" del testamento in considerazione del diverso fondamento - soggettivo e, rispettivamente, oggettivo - dell'uno e dell'altro rimedio; *e)* la permanente efficacia del testamento nel caso in cui, come prevede l'art. 687, comma 4, figli o discendenti sopravvenuti non vengano alla successione o non si faccia luogo a rappresentazione; *f)* la compatibilità della tesi del fondamento oggettivo dell'art. 687 con la disciplina della tutela dei legittimari e col principio della prevalenza della volontà testamentaria.

Non tutte queste argomentazioni sembrano invero ugualmente utili o davvero adeguate al fine di affermare il fondamento oggettivo della regola dell'art. 687. E così, quanto anzitutto all'affermazione *sub c)*, è certamente fuori discussione che, stante la profonda diversità esistente tra revoca della donazione e "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli, questi due rimedi possano rispondere a *rationes* differenti, e segnatamente a una *ratio* soggettiva nel primo caso e oggettiva nel secondo. È evidente però che con ciò non si è ancora offerto alcun argomento positivo nel senso del fondamento oggettivo della "revoca" del testamento. Si è semplicemente escluso che l'identificazione di una *ratio* soggettiva nel caso della revoca della donazione per sopravvenienza di figli imponga un'analoga soluzione anche per la "revoca" ex art. 687.

Le argomentazioni *sub a)* e *b)* sono state invece solitamente impiegate allo scopo di confutare l'idea tradizionale che il rimedio di cui all'art. 687 potesse fondarsi su una presunta volontà di revoca del testamento. In effetti, non sembra opinabile che una presunzione di questo tipo appaia quanto meno arbitraria le volte in cui tra la sopravvenienza del figlio e la morte del testatore intercorra un notevole lasso di tempo, che lascerebbe piuttosto presumere un opposto intento di confermare le proprie disposizioni⁽³⁸⁾. È certo poi che il testamento sia caducato anche in ipotesi in cui è sicuramente impossibile formulare qualsiasi congettura in ordine alla volontà del testatore al tempo della sopravvenienza, com'è appunto nel caso, espressamente previsto da un inciso dell'art. 687, comma 1, della sopravvenienza di un figlio o discendente postumo⁽³⁹⁾. Invero, sulla scorta di un precedente del 1996⁽⁴⁰⁾, anche nelle due decisioni in esame certi argomenti sono utilizzati dai giudici della S.C. non solo e non tanto nei confronti della tesi della revoca presunta del testamento, ma anche e soprattutto nei confronti dell'altra variante della prospettazione soggettiva, e cioè nei confronti della tesi secondo cui il fondamento del rimedio caducatorio ex art. 687 risiederebbe in un "vizio" presunto della volontà testamentaria, dovendosi ritenere, in base all'*id quod plerumque accidit*, che il testatore avrebbe disposto diversamente *si nascituros filios cogitasset*.

La concludenza di certi argomenti a questo fine ulteriore è stata tuttavia autorevolmente - ed efficacemente - messa in discussione. E ciò perché - si è detto - la valutazione legale tipica secondo cui il testatore avrebbe disposto diversamente se avesse saputo di avere figli o se ne

avesse previsto la sopravvenienza deve essere correttamente riferita al momento della redazione delle disposizioni e non a quello della sopravvenienza. Sarebbe di conseguenza irrilevante qualsiasi congettura *a posteriori* al fine di contestare la fondatezza della variante in questione della tesi soggettiva⁽⁴¹⁾. Con ciò si circoscrive convenientemente la portata di un argomento critico della tesi soggettiva. Si riconosce cioè che quell'argomento vale solo per mettere in discussione la variante della revoca presunta. Non si offre però ancora alcuno spunto né a sostegno della tesi del vizio presunto della volontà testamentaria né a sostegno della tesi oggettiva. Di per sé, infatti, l'operatività della "revoca" del testamento in caso di sopravvenienza di un figlio postumo e a prescindere dal tempo intercorso tra la sopravvenienza e la morte del testatore - e sempre che quest'ultimo non abbia frattanto confermato né modificato le proprie disposizioni - sembrano essere circostanze senz'altro compatibili sia con la tesi oggettiva sia con la variante in questione della tesi soggettiva.

Un'analogia considerazione di sostanziale inconcludenza non sembra invece riproponibile per l'argomento indicato *sub d)*. La circostanza che la "revoca" del testamento per il successivo riconoscimento di un figlio si produca anche laddove, al momento della redazione del testamento, il testatore fosse già a conoscenza dell'esistenza di quel figlio⁽⁴²⁾ sembra infatti compatibile solo con la tesi oggettiva e non anche con la tesi del vizio presunto della volontà testamentaria. In effetti, se il testatore dispone a favore di altri pur sapendo di avere un figlio, che riconosce solo in seguito, senza peraltro modificare le proprie disposizioni di ultima volontà, ciò vuol dire evidentemente che, già al momento della redazione del testamento, il suo intento era quello di pretermettere quel figlio⁽⁴³⁾. Non si vede allora come si potrebbe sostenere che il testamento sia caducato anche in questo caso per un vizio presunto della volontà testamentaria, e cioè in virtù della valutazione legale tipica secondo cui il testatore avrebbe disposto diversamente ove avesse previsto il successivo riconoscimento⁽⁴⁴⁾. In realtà, in una simile evenienza solo la *ratio* oggettiva della tutela dei figli sembra idonea a giustificare un esito caducatorio automatico.

Quanto poi all'affermazione *sub e)*, sembra in effetti condivisibile il rilievo dei giudici della S.C. secondo cui l'ultimo capoverso dell'art. 687, in base al quale «se i figli o discendenti [sopravvenuti o dei quali sia sopravvenuta la conoscenza] non vengono alla successione e non si fa luogo a rappresentazione, la disposizione [testamentaria] ha il suo effetto», «nell'ottica della presunzione di volontà... non si spiegherebbe, in quanto anche in tal caso la revocazione, se veramente fondata sulla volontà presunta del testatore, dovrebbe avere luogo». La presunzione di un "vizio" della volontà testamentaria che giustificerebbe la "revoca" è infatti connessa al semplice fatto della sopravvenienza (o della sopravvenuta conoscenza) di figli o discendenti. Quella presunzione dovrebbe perciò operare a prescindere dalla circostanza che figli o discendenti vengano alla successione⁽⁴⁵⁾.

In senso contrario, di recente, si è invero osservato che la presunzione di una volontà testamentaria "viziata", e cioè «la presunzione secondo cui il testatore avrebbe mutato idea qualora fosse stato a conoscenza dell'esistenza di figli o a causa della sopravvenienza di figli[,] non ha... ragione di operare qualora i figli, esistenti o sopravvenuti, non vengano alla successione» e «lascia il passo a una presunzione contraria», quella secondo cui «il testatore avrebbe lasciato inalterate le proprie determinazioni»⁽⁴⁶⁾. Sembra nondimeno piuttosto problematico presumere che la volontà del testatore sia nel senso della conferma delle disposizioni testamentarie a partire da una situazione - il mancato acquisto dell'eredità da parte di figli e discendenti sopravvenuti - che può a sua volta prodursi solo se si assume che quelle stesse disposizioni siano caducate. Questa incongruenza appare particolarmente chiara nel caso della rinuncia. La sicura operatività della regola dell'ultimo capoverso dell'art. 687 anche in questo caso attesta in effetti che il mancato acquisto dell'eredità da parte dei figli o discendenti sopravvenuti (o dei quali sia sopravvenuta la conoscenza) opera nel senso di impedire o eliminare un'inefficacia connessa al fatto stesso della sopravvenienza (o della sopravvenuta conoscenza) di figli o discendenti e non all'acquisto dell'eredità da parte degli stessi⁽⁴⁷⁾.

Rimane ancora da verificare l'attendibilità dell'argomento indicato *sub f)*. Come si è detto, allo scopo di accreditare la tesi oggettiva della tutela dei figli e di contrastare al contempo l'opposta tesi del vizio presunto della volontà testamentaria, i giudici della S.C. si sono pure adoperati nel

chiarire la piena "compatibilità" della regola sulla "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli o discendenti - o, più precisamente, di un suo intendimento in chiave oggettiva - con la disciplina della tutela dei legittimari. In effetti, secondo i critici della tesi oggettiva⁽⁴⁸⁾ e secondo la stessa decisione della Corte di appello di Roma ora riformata dalla sentenza n. 169 del 2018⁽⁴⁹⁾, in caso di preterizione il sistema garantisce adeguatamente figli e discendenti già attraverso la disciplina della tutela dei legittimari, che opera a prescindere dalla loro sopravvenienza (o dalla sopravvenuta conoscenza della loro esistenza) e che, a differenza del rimedio della "revoca" del testamento, non può certo essere disattivata dal testatore. Si afferma di conseguenza che «la *ratio* della disciplina di cui [all'art. 687 c.c.](#) va rinvenuta avendo riguardo ad un aspetto della fattispecie in esso regolata estraneo alle fattispecie di lesione dei diritti dei legittimari»⁽⁵⁰⁾. E che, come sarebbe evidenziato anche dall'art. 687, comma 3, quella *ratio* va rinvenuta avendo piuttosto riguardo alla circostanza per cui la preterizione assume rilevanza ai fini della "revoca" solo nella misura in cui sarebbe stata determinata dalla mancata conoscenza da parte del testatore dell'esistenza di figli o discendenti o dalla mancata previsione della loro sopravvenienza, e dunque da un "vizio" presunto della volontà testamentaria. È in quest'ordine di idee che si erano mossi anche i giudici della Corte d'Appello nel contestare il fondamento oggettivo della regola dell'art. 687 nella decisione riformata dalla sent. n. 169 del 2018.

A fronte di certi rilievi critici sembra tuttavia eccessiva l'osservazione dei giudici della S.C. secondo cui certe «considerazioni del giudice di appello appaiono volte... piuttosto a porre in dubbio la stessa ragion d'essere dell'istituto, sollecitando nella realtà una disapplicazione della norma in ragione dell'irrazionalità del rimedio accordato, in presenza di un meccanismo di tutela del tutto diverso rispetto a quello offerto dal codice civile ai legittimari ...». L'argomentazione svolta dai sostenitori della tesi soggettiva non sembra infatti avere una portata così ampia. Non sollecita cioè una disapplicazione del rimedio caducatorio in questione in considerazione dell'esistenza della disciplina dei legittimari. A partire dalla riflessione su questo dato si cerca piuttosto di accreditare l'idea secondo cui quel rimedio sarebbe funzionale non alla tutela dei figli, ma alla tutela della volontà del testatore.

Le considerazioni svolte dai giudici della S.C. sembrano invece pienamente condivisibili laddove, con le parole di uno dei più autorevoli Studiosi che hanno riflettuto sulla problematica in esame⁽⁵¹⁾, fanno rilevare che «l'[art. 687 cod. civ.](#), pur sovrapponendosi in parte alla disciplina della successione necessaria, realizza "per i legittimari un risultato ulteriore rispetto a quello che questi potrebbero conseguire con la semplice azione di riduzione", rientrando nella discrezionalità del legislatore individuare quali siano gli strumenti giuridici ritenuti più idonei ad accordare tutela a coloro che rivestono la qualità di legittimari». Sempre rifacendosi testualmente alla medesima dottrina, quei giudici osservano infatti che «da un lato... la norma in esame [...] rappresenta una specifica e puntuale applicazione al caso del più generale principio posto [dall'art. 457, comma 2, cod. civ.](#)», ma [...] dall'altro si traduce in una più intensa ed efficace tutela dei figli e discendenti del *de cuius* [...]». Sicché, come ha chiarito sempre il medesimo Studioso, il carattere derogabile della disciplina della "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli o discendenti «non è in contrasto con la interpretazione oggettiva... della norma, ...ma anzi la conforta», dato che «la legge ha inteso far salva con questa disposizione una devoluzione del patrimonio anche a persone diverse dai figli e discendenti del *de cuius*, ma solo in quanto sussista una effettiva volontà in questo senso del testatore», di modo che - e sarebbe questo il vero significato dell'art. 687 - figli e discendenti del *de cuius* «non possono venire esclusi dalla successione del loro congiunto neppure per la parte disponibile del patrimonio ereditario ove non risulti una diversa volontà di quest'ultimo consacrata in un testamento»⁽⁵²⁾.

Sempre nel senso della *ratio* oggettiva dell'art. 687 bisognerebbe poi tener conto di un ulteriore argomento, che non sembra però sia stato affatto considerato dai giudici della S.C. E ciò nonostante che si tratti del rilievo forse maggiormente significativo nel senso della tutela dei figli: la radicale incompatibilità tra il modo in cui il rimedio in questione è stato configurato dal legislatore - e segnatamente la sua operatività di diritto - e l'idea di un suo fondamento soggettivo. In effetti, laddove il legislatore avesse davvero inteso tutelare la volontà testamentaria a fronte di un suo "vizio" presunto, idoneo a incidere significativamente sulla sua formazione, allora la "revoca" avrebbe dovuto essere realmente tale, e cioè avrebbe

dovuto essere configurata come un'impugnativa negoziale finalizzata all'annullamento del testamento⁽⁵³⁾.

Essendo stato invece previsto un effetto caducatorio che si produce di diritto semplicemente in virtù del fatto obiettivo della sopravvenienza (o della sopravvenuta conoscenza) di figli o discendenti, «la considerazione di un presunto vizio della volontà per errore è rimasta - come osservò uno dei primissimi interpreti della nuova disciplina delle successioni - come motivo politico accessorio accanto a quello della tutela dei figli; non... come fondamento tecnico»⁽⁵⁴⁾. Tanto più che il legislatore rinunciò consapevolmente alla soluzione dell'azione di annullamento, pur inizialmente accolta in sede di redazione del progetto preliminare di riforma del libro delle successioni sul modello dell'analoga soluzione fatta propria dai redattori del *BGB* (v. § 2079 s.) e impostasi anche tra gli interpreti del *Code civil*, in assenza di disciplina specifica, soprattutto per l'autorità di Pothier⁽⁵⁵⁾. La soluzione poi refluita nell'art. 687 fu infatti adottata in quanto - così si legge nella Relazione al progetto definitivo al n. 172 - la diversa soluzione dell'azione di annullamento del testamento «indeboliva la difesa dei figli, che deve essere invece una delle finalità essenziali del nuovo diritto successorio».

Invero, secondo i sostenitori della teoria soggettiva, in questa prospettiva i due meccanismi - la caducazione di diritto e l'annullabilità del testamento per vizio della volontà - sarebbero senz'altro fungibili: entrambi sarebbero cioè compatibili con quella prospettiva. La scelta del legislatore nel senso della caducazione di diritto sarebbe stata determinata unicamente dall'«intento di evitare le difficoltà normalmente connesse alla ricostruzione puntuale della volontà del defunto che la previsione di un'azione di annullamento avrebbe fatto nascere»⁽⁵⁶⁾. Bisognerebbe insomma «distinguere - come è stato detto autorevolmente - quello che è il congegno tecnico della norma, per il quale la volontà del testatore non viene in considerazione neppure come volontà presunta, e quello che è il suo fondamento politico-legislativo, dove essa ha indubbiamente il suo ruolo»⁽⁵⁷⁾. Tra l'uno e l'altro non esisterebbe un nesso di implicazione necessaria: anche la scelta per il "congegno tecnico" della "revoca" di diritto sarebbe allora compatibile col fondamento della tutela della volontà del testatore.

Tale compatibilità sembra essere però più affermata che dimostrata. Una simile forzatura interpretativa trova certo giustificazione nell'insoddisfazione per una regola che, per quanto ispirata dalla giusta esigenza della tutela degli interessi successori dei figli, appare ormai ai più poco equilibrata. In effetti, come è stato detto con chiarezza, quella regola «finisce... per attribuire "di fatto" al figlio "sopravvenuto" una posizione successoria più favorevole di quella che egli avrebbe avuto se il testamento fosse stato fatto dopo la sua venuta ad esistenza» e «realizza tutto ciò con un meccanismo che mortifica (o, comunque, può, in molti casi mortificare) l'effettiva volontà del *de cuius*»⁽⁵⁸⁾. Non sembra tuttavia corretto sotto il profilo metodologico confondere il piano interpretativo con l'indicazione di quella che è soltanto una critica che si pone in una prospettiva *de iure condendo*. E ciò nonostante che si tratti di una critica che pure può apparire condivisibile e auspicabile. Anche per questo la soluzione oggettiva nuovamente fatta propria anche dai giudici della S.C. appare, allo stato, quella più corretta.

(1) Si tratta di Cass. 28 luglio 2017, n. 18893, ord. e Cass. 5 gennaio 2018, n. 169, entrambe in *Corr. giur.*, 2018, 15 ss., con nota di C. Cicero - G. Cara, *Autonomia privata e sopravvenienza di figli. Il problema della revocazione dell'atto giuridico*.

(2) La soluzione restrittiva, ora fatta propria anche dalla S.C. con l'ord. n. 18893 del 2017, è tuttora accolta in dottrina da A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio e successivo accertamento giudiziale dell'esistenza di un secondo figlio*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 177 s.; G. D'Amico, *sub art. 687*, nel *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni* a cura di V. Cuffaro - F. Delfini, *artt. 565-712*, Milano, 2010, 900; Id., voce "Revoca del testamento", in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 280; C. M. Bianca, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, III ed., Milano, 2001, 732, testo e nt. 31, il quale ritiene tuttavia che il legislatore avrebbe fatto meglio a estendere l'effetto caducatorio a tutti i casi di sopravvenienza di figli e discendenti; nello stesso senso, nella dottrina più



risalente, è sufficiente il rinvio a C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, II ed., Milano, 1964, 399 ss.; in senso contrario v. tuttavia, già all'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina delle successioni, A. Cicu, *Le successioni. Parte generale. Successione legittima e dei legittimari. Testamento*, Milano, 1947, 404, in virtù della interpretazione estensiva dell'art. 687; successivamente, nello stesso senso, ma in forza di interpretazione analogica della norma in questione, M. Talamanca, *sub art. 687*, in *Successioni testamentarie. Della revocazione delle disposizioni testamentarie. Delle sostituzioni. Degli esecutori testamentari. Art. 679-712*, nel *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja - G. Branca, *Libro secondo. Delle successioni*, Bologna-Roma, 217 ss.; di recente, in considerazione della "iniquità sostanziale" della soluzione più restrittiva, v. M. C. Tatarano, *Il testamento*, in *Tratt. Dir. civ. del Cons. Naz. Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 532 s. Da ultimo la soluzione permissiva è fatta propria anche da C. M. Bianca, *Diritto civile, II.2, Le successioni*, V ed., Milano, 2015, 380, il quale reputa ora che s'imponga l'interpretazione analogica della norma nel caso in cui altri figli del testatore sopravvengano dopo la redazione del testamento; a dire dell'A. cit., infatti, «in mancanza, l'art. 687 risulterebbe gravemente sospetto di incostituzionalità per violazione del principio di eguaglianza, in quanto i figli sopravvenuti subirebbero un deteriore trattamento rispetto al primo figlio senza che il deteriore trattamento abbia una qualche rilevante ragione».

(3) Si tratta di App. Roma 26 settembre 2013, ined.; nello stesso senso, nella giurisprudenza di merito più risalente, v. App. Napoli 20 agosto 1951, in *Foro it.*, 1952, I, 541 ss. e App. Trento 27 agosto 1968, in *Giur. mer.*, 1970, I, 316 ss.; più di recente v. Trib. Cosenza 3 febbraio 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 312 ss., con nota adesiva di C. Severi, [L'art. 687 c.c. e gli "altri" figli sopravvenuti alla redazione del testamento](#).

(4) Si tratta di App. Roma 18 settembre 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 250 ss., con ns. nota critica *Accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale e inefficacia del testamento per sopravvenienza di figli e discendenti*.

(5) Nella giurisprudenza di legittimità, per la tesi secondo cui, ai fini della "revoca" delle disposizioni testamentarie, la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità deve in ogni caso essere equiparata al riconoscimento v. Cass. 1° marzo 2011, n. 5037, in *Foro it.*, 2011, I, 2776 ss.; Cass. 16 aprile 2008, n. 10007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, I, 1820 ss., con nota critica di F. Gazzoni, *Una sentenza con "motivazione suicida" da inumare (figlio naturale dichiarato, cadavere esumato e testamentorevocato)*; Cass. 9 marzo 1996, n. 1935, in *Foro it.*, 1996 ss., I, 1229. Nella giurisprudenza di merito, sempre nello stesso senso, v. Trib. Reggio Emilia 13 ottobre 2006, ord.; Trib. Cosenza 3 febbraio 2006, cit.; Trib. Belluno 4 maggio 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2580 ss.; Trib. Catania 12 febbraio 2001, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1069 ss., App. Cagliari 28 giugno 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1995, 11 ss., con nota di G. Zuddas, *Sopravenienza di figli e revocazione di disposizioni testamentarie*; Trib. Chiavari 22 novembre 1966, in *Riv. dir. matr. e fam.*, 1967, 338 ss. In diverso senso, sempre nella giurisprudenza di merito, v. invece il lontano precedente di Trib. Mantova 3 dicembre 1956, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1957, 541 ss., che è però rimasto isolato.

(6) La soluzione secondo cui l'art. 687 dovrebbe applicarsi anche in ogni caso di accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale è quella di gran lunga prevalente anche in dottrina: cfr. A. Cicu, *Le successioni*, cit., 405; L. Rossi Carleo, *La revocazione per sopravvenienza di figli*, in *Le successioni testamentarie (Artt. 626-712)*, a cura di C. M. Bianca, nella *Giurisprudenza Bigiavi*, Torino, 1983, 376; Id., voce "Revoca del testamento" in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1991, 15; A. Guarnieri, *La revoca del testamento e della donazione per dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 485 ss.; G. D'Amico, voce cit., 281, nt. 296; Id., *sub art. 687*, cit., 902 s.; C. Perlingieri, *Dichiarazione giudiziale di paternità e prescrizione del diritto di accettare l'eredità*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 309 ss.; A. Palazzo, *Le successioni*, II, *Successione testamentaria. Comunione. Divisione*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2000, 832; F. Giardini, *Testamento e sopravvenienza*, Padova, 2003, 203; M. C. Tatarano, *Il testamento*, cit., 533; C. M. Bianca, *op. ult. cit.*, 379; E. Calice, *La sopravvenienza di figli e discendenti*, nel *Tratt. dir. succ. don.* diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 1738; R. Calvo, *La revocazione delle*



disposizioni testamentarie, in R. Calvo - G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni*, II, Napoli, 2009, 1137, nt. 100; volendo, sempre nello stesso senso, v. anche la ns nota cit. La soluzione indicata viene per lo più argomentata a partire dall'idea che la *ratio* dell'art. 687 andrebbe correttamente identificata nella tutela degli interessi successori dei figli e dei discendenti. Nel senso invece che la "revoca" del testamento non può operare in caso di accertamento giudiziale della filiazione v. soprattutto M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., 216 s.; nello stesso senso anche F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, 221. Di recente, sempre nello stesso senso v. A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio e successivo accertamento giudiziale dell'esistenza di un secondo figlio*, cit., 178 ss., il quale si preoccupa però di precisare che, ai fini della "revoca" del testamento, il successivo accertamento giudiziale dovrebbe essere equiparato al sopravvenuto riconoscimento almeno laddove non sia possibile affermare se l'accertamento sia contrario alla volontà del genitore, essendo intervenuto solo dopo la sua morte quando non era a conoscenza dell'esistenza del figlio. In ogni caso la soluzione più restrittiva viene argomentata a partire dal convincimento che la *ratio* del rimedio caducatorio di cui all'art. 687 non risiederebbe nella tutela dei figli, ma nella tutela della volontà testamentaria, e cioè nella "presupposizione" che, se il testatore, al tempo del testamento, avesse saputo di avere o di poter avere figli o discendenti, non avrebbe disposto nel modo in cui ha disposto. Sempre nel presupposto della tutela della volontà del testatore, F. Gazzoni, *Una sentenza con "motivazione suicida" da inumare*, cit., 1856 ss., ritiene invece che, in caso di successivo accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale, l'art. 687 c.c. dovrebbe trovare applicazione soltanto laddove la relativa sentenza sia già passata in giudicato al momento della morte del testatore.

(7) In dottrina, in aggiunta agli Autori favorevoli all'equiparazione in ogni caso dell'accertamento giudiziale e dell'accertamento volontario della filiazione extramatrimoniale ai fini della "revoca" del testamento, già citt. a nt. 6, nel senso che la regola dell'art. 687 avrebbe un fondamento oggettivo riconoscibile in «una esigenza di tutela della filiazione (legittima, legittimata, naturale, riconosciuta, adottiva)» v. pure i penetranti rilievi di V. Scalisi, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 105 ss. La tesi in questione è senz'altro maggioritaria sotto il codice del 1942. Nello stesso senso nella dottrina più risalente cfr. S. Pugliatti, *Dell'istituzione d'erede e dei legati*, nel *Comm. cod. civ.* diretto da M. D'Amelio - E. Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, II, Firenze, 1941, 588; A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 47 ss.; Alfr. Fedele, *Le invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 201 ss., nt. 1; L. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 457 s. Da ultimo, sempre nello stesso senso v. anche G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2013, 376. Invero, tra gli Autori favorevoli all'applicazione dell'art. 687 anche in ogni caso di sopravvenuto accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale, di recente, sia F. Giardini, *Testamento e sopravvenienza*, cit., 200 ss. sia R. Calvo, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, cit., 1137, hanno riconosciuto in quella norma un'applicazione anche nel diritto successorio della dottrina della presupposizione, sia pure - si dice - oggettivamente intesa. In tal modo, a ben vedere, si finisce però per attribuire alla regola in questione non una finalità di tutela dei figli, ma una finalità di tutela della volontà del defunto. Ma allora, a rigore, come si cercherà di chiarire anche *infra* nel testo, dovrebbe esserne esclusa l'applicazione anche in ogni caso di accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale. La tesi soggettiva della tutela della volontà del testatore - in particolare nella variante secondo cui la regola dell'art. 687 si fonderebbe sull'assunto che il testatore avrebbe disposto diversamente *si nascituros filios cogitasset* - oltre che dagli Autori contrari all'equiparazione indiscriminata di accertamento giudiziale e accertamento volontario della filiazione extramatrimoniale ai fini della "revoca" del testamento, già citt. a nt. 6, è stata sostenuta anche da C. Gangi, *La successione testamentaria*, cit., 395 ss. e da P. Rescigno, *L'interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 176 s. Infine, per la variante della tesi soggettiva, diffusa soprattutto tra gli interpreti del codice del 1865, secondo cui la "revoca" del testamento per sopravvenienza di figli o discendenti troverebbe fondamento in una

presunta volontà di revoca del testatore v. almeno N. Coviello, *Corso completo del diritto delle successioni*, II, *Successioni legittime e testamentarie*, a cura di L. Coviello, Napoli, 1915, 948.

(8) Così A. Cicu, *Le successioni*, cit., 404.

(9) Così A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 178.

(10) Al riguardo v. la chiara presa di posizione di G. Gabrielli, *Il regime successorio nella famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1293 s.: «È lecito dubitare che l'ordinamento abbia tra i propri compiti quello di garantire la parità di trattamento dei figli, quanto meno al di sopra di una certa soglia quantitativa. La discriminazione, se disposta da persona naturalmente capace di agire, può fondarsi su buone ragioni - per esempio, la meritevolezza o il bisogno - insuscettibili di apprezzamento in termini generali ed astratti».

(11) In tal senso cfr. A. Cicu, *Le successioni*, cit., 404. Nello stesso senso anche M. Talamanca, *sub art.* 687, cit., 218, il quale al rilievo tradizionale secondo cui, se il defunto aveva testato pur essendo a conoscenza dell'esistenza di figli, ciò dimostrerebbe che avrebbe egualmente testato, pur se avesse tenuto presente l'esistenza dei figli ignorati o la sopravvenienza di altri figli, oppone che «la *ratio* dell'art. in esame non va cercata nel senso che, a conoscenza dell'esistenza dei figli, in previsione del loro sopraggiungere, il testatore non avrebbe testato, ma avrebbe testato *altrimenti*. E ciò è vero, in base ad una valutazione tipica ed astratta, com'è quella fatta in questo caso dal legislatore, sia che il testatore abbia notizia dell'esistenza di figli, sia che non ne abbia».

(12) Così A. Cicu, *Le successioni*, cit., 404.

(13) Per questo rilievo cfr. A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 176. Invero l'impressione che i giudici della S.C. siano in qualche modo condizionati proprio dall'anacronistica prospettiva denunciata da quest'A. sembra trovare conferma in taluni passaggi dell'altra sentenza in esame, e cioè della sent. n. 169 del 2018, in particolare laddove si afferma che rientra «nella discrezionalità del legislatore individuare quali siano gli strumenti giuridici ritenuti più idonei ad accordare tutela a coloro che rivestono la qualità di legittimari (sebbene facendo ricorso ad una soluzione che distingue tra le varie categorie di legittimari... *privilegiando la situazione del primo figlio...*)» (corsivo aggiunto).

(14) Al riguardo cfr. A. Torrente, *La donazione*, II ed. a cura di U. Carnevali e A. Mora, nel *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, cont. da P. Schlesinger, Milano, 2006, 692 ss.

(15) È la soluzione proposta da A. Cicu, *Le successioni*, cit., 404. A suo dire, infatti, «la lettera della legge non risolve il problema. Il fatto che la legge parla di figli al plurale non implica necessariamente che il testatore non avesse alcun figlio. Supponiamo di fatti che il legislatore avesse voluto ricomprendere ogni caso di figlio sopravvenuto: avrebbe potuto egualmente usare il plurale dicendo "che non aveva figli che sono poi sopravvenuti". Invece, volendo chiaramente restringere la norma al caso di chi non ha ancora avuto figli o non ne ha, sarebbe stato facile dire: "che non aveva nessun figlio". Né argomento può trarsi dal fatto che poi si parla di sopravvenienza di un figlio, perché basta uno per far cadere il testamento».

(16) È la soluzione proposta da M. Talamanca, *sub art.* 687, cit., 217 ss. Nello stesso senso v. ora anche Bianca, *Diritto civile*, II.2, *Le successioni*, cit., 380, testo e nt. 534.

(17) Così M. Talamanca, *sub art.* 687, cit., 217, nt. 2.

(18) Al riguardo, per una trattazione critica di ampio respiro teorico, è tuttora utile il rinvio alle chiare pagine di L. Caiani, voce "Analogia. Teoria gen.", in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 352 ss., per il quale non sarebbe appunto possibile ravvisare un sicuro criterio di distinzione qualitativa tra interpretazione estensiva e analogia, dovendosi piuttosto riconoscere la profonda unità del momento interpretativo e di quello integrativo nel processo di applicazione del diritto. Anche M. Talamanca, *sub art.* 687, 219, nt. 5, del resto, parla dell'«espediente di chiamare interpretazione estensiva, una categoria a mio avviso inesistente, ciò che è invece vera e propria interpretazione analogica».

(19) Cfr. M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 312 ss.

(20) Così M. Talamanca, *sub art.* 687, cit., 219 s. Anche rispetto alla complessa questione del significato autentico e dell'ampiezza del divieto di analogia è utile il riferimento alla chiara trattazione di L. Caiani, voce cit., 367 ss. Secondo quest'A., il concetto di norma eccezionale è non solo estremamente vago e generico, ma anche - e soprattutto - relativo e storicamente condizionato. Anche le norme eccezionali, d'altra parte, in quanto aventi una propria razionalità, sono senz'altro suscettibili di applicazione analogica mediante il ricorso ai principi del sistema particolare in cui rientrano. L'A. cit. non manca invero di riconoscere che esistono norme, come quelle che attribuiscono dei privilegi o quelle cd. a fattispecie esclusiva, per le quali l'estensione analogica è esclusa *a priori* per una loro intrinseca limitazione di natura logica. Rispetto a certe norme un divieto di analogia non ha evidente alcun senso, giacché l'analogia è semplicemente impossibile. Ciò non vuol dire però che il divieto di analogia delle norme eccezionali sia privo di qualsiasi significato. Si ritiene infatti che quel divieto abbia un fondamento "politico" e conservi un ambito di applicazione specifico rispetto alle norme «caratterizzate da una collisione o contrasto o deroga rispetto ai principi fondamentali di carattere politico-valutativo dell'ordinamento giuridico in cui esse sono inserite e di cui, sia pure in collisione, esse fanno parte». Per considerazioni sostanzialmente analoghe v. anche M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso*, cit., 339 ss.

(21) Così M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso*, cit., 349. Del resto, anche M. Talamanca, *sub art.* 687, cit., 220, osserva conclusivamente che «il c.d. diritto eccezionale, pur derogando ai c.d. principi generali, non lo fa arbitrariamente, ma in base ad un fondamento politico-legislativo, che potrà esser discusso su questo piano, ma di cui non si può negare l'estensibilità in via analogica, presentandosi delle fattispecie in cui ricorrano presupposti similari», sicché «il carattere eccezionale della norma, che si rifletta sul suo fondamento politico-legislativo, potrà far sì che non si riscontrino altre fattispecie, dove individuare l'*eadem ratio*, ma non esclude, dal punto di vista logico, l'applicabilità del procedimento analogico».

(22) Ancora M. Barcellona, *Diritto sistema e senso*, cit., 349. Anche Bianca, *Diritto civile*, II.2, *Le successioni*, cit., 380, nt. 354, osserva ora che «la norma eccezionale dev'essere applicata ai casi in cui l'applicazione di una diversa norma non è razionalmente giustificata».

(23) Cfr. A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 166: «certamente, secondo quello che è il suo tenore letterale, l'art. 687 c.c. non risulta applicabile nell'ipotesi... in cui la filiazione naturale sia stata accertata giudizialmente».

(24) Questo dato è opportunamente valorizzato da A. Cicu, *Le successioni*, cit., 405, anche al fine di una corretta individuazione della *ratio* della norma in questione.

(25) Nello stesso senso v. già Cass. 9 marzo 1996, n. 1935, cit., nella quale peraltro la possibilità dell'applicazione analogica dell'art. 687, comma 1, era senz'altro esclusa in considerazione del carattere eccezionale della norma, sicché l'unica soluzione praticabile al fine di estendere la "revoca" del testamento anche in caso di accertamento giudiziale era riconosciuta nel riferimento alla previsione dell'art. 277, comma 1.

(26) Cfr. A. Guarnieri, *La revoca del testamento*, cit., 487 s.

(27) Al riguardo, volendo, v. anche il ns. commento *Accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale*, cit., 255 s.

(28) Cfr. Cass. 9 marzo 1996, n. 1935, cit., nella cui motivazione si afferma con chiarezza che, in considerazione dell'ampia formulazione dell'art. 277, comma 1, a una conclusione contraria alla piena equiparazione tra accertamento volontario e accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale anche ai fini della "revoca" del testamento «si potrebbe pervenire solo ove si accertasse che l'art. 687, comma 1, c.c. ubbidisce ad una *ratio* la quale è inconciliabile con l'equiparazione tra riconoscimento di figlio naturale e accertamento giudiziale della filiazione naturale». Al riguardo v. anche A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 179, per il quale «se si parte ... dall'idea secondo cui a base dell'art. 687 c.c. si troverebbe l'intento di dettare una disciplina particolare nell'interesse

della famiglia, la sua applicabilità anche nel caso di accertamento giudiziale della filiazione dovrebbe essere ammessa, e questo senza che sia necessario ricorrere a una interpretazione analogica, bensì già sulla base della parificazione tra filiazione naturale per riconoscimento e filiazione naturale accertata disposta dall'art. 277, 1° co., c.c.: in questa prospettiva, infatti, ... si dovrebbe riconoscere che anche il "diritto alla revocazione" è connesso allo *status* di figlio naturale, e siccome l'art. 277 c.c. attribuisce lo stesso *status* tanto ai figli riconosciuti quanto a quelli giudizialmente accertati, dovrebbe intendersi che la revocazione si verifichi appunto già in forza di quanto previsto dall'art. 277 c.c.».

(29) Cfr. App. Roma 18 settembre 2013, cit., che aveva appunto tentato di risolvere la questione di diritto ora in esame in un modo del tutto innovativo, almeno nel panorama giurisprudenziale. Lo svolgimento argomentativo proposto da quel giudice era in realtà largamente ispirato a una dottrina autorevole, la quale, in un contributo di qualche anno precedente alla decisione della Corte romana, aveva escluso sia la soluzione restrittiva secondo cui la "revoca" del testamento ex art. 687 non opererebbe affatto in caso di accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale sia l'opposta soluzione incondizionatamente favorevole. Si allude a F. Gazzoni, *Una sentenza con "motivazione suicida" da inumare*, cit., 1853 ss. A ben vedere, tuttavia, la soluzione proposta dalla Corte di appello di Roma non si identificava neppure con le conclusioni di questa dottrina, secondo la quale, infatti, la "revoca" del testamento dovrebbe o meno ammettersi non - come ritenne il giudice romano - a seconda che la domanda introduttiva del giudizio di accertamento sia stata già notificata al momento dell'apertura della successione, ma a seconda che, in quello stesso momento, la relativa sentenza abbia o meno già conseguito la forza del giudicato.

(30) Per questo argomento, volendo, v. già il ns. commento *Accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale*, cit., 259.

(31) Per gli opportuni riferimenti bibliografici v. *supra*, nt. 7.

(32) Questa enunciazione delle due varianti della prospettazione soggettiva del fondamento della regola dell'art. 687 è ripresa testualmente da A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 172.

(33) Al riguardo anche per gli opportuni riferimenti bibliografici v. G. D'Amico, *sub art. 687*, cit., 904, testo e nt. 21; Id., voce cit., 282 ss., testo e nt. 311.

(34) In questo senso v. soprattutto M. Talamanca, *sub art. 687*, cit., 206 ss.

(35) Per questo argomento v. M. Talamanca, *sub art. 687*, cit., 216 s., il quale non sembra però preoccuparsi di distinguere tra l'ipotesi in cui l'accertamento giudiziale si sia reso necessario perché il genitore non ha voluto riconoscere il figlio e l'ipotesi in cui non l'ha potuto fare, e dunque a seconda che il genitore, che non ha riconosciuto il figlio, fosse o non fosse a conoscenza della sua esistenza. Questa distinzione è invece valorizzata da A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 178 s.; nello stesso senso, volendo, v. anche il ns. *Accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale*, cit., 257.

(36) Per questo argomento v. già il ns. *Accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale*, cit., 257.

(37) Il dato è opportunamente evidenziato anche da A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 179.

(38) Nella dottrina più recente un simile rilievo critico è stato convenientemente riproposto da G. D'Amico, *sub art. 687*, cit., 905; Id., voce cit., 283, nei riguardi della sola tesi soggettiva della revoca presunta.

(39) Anche per questo argomento, proposto sempre nei confronti della sola tesi soggettiva della revoca presunta, v. G. D'Amico, *sub art. 687*, cit., 905; Id., voce cit., 283.

(40) Il riferimento è a Cass. 9 marzo 1996, n. 1935, cit., i cui svolgimenti argomentativi sono ora riproposti da Cass. 5 gennaio 2018, n. 169.

(41) Per certe considerazioni critiche v. F. Gazzoni, *Una sentenza con "motivazione suicida" da inumare*, cit., 1859: «La verità è che non si possono confondere i motivi dell'agire o non agire

dopo la sopravvenienza, con la valutazione legale tipica riferita al momento della confezione del testamento, perché in tal modo si confonde la volontà effettiva del singolo *de cuius*, sia pure desunta da presunzioni, con il fondamento della norma dispositiva, che non ha alcun bisogno di un "supporto psicologico", quasi che la revoca in questione fosse una revoca testamentaria indiretta o presunta». Con specifico riferimento al rilievo dell'impossibilità di presumere una diversa volontà del testatore nel caso della sopravvenienza di un figlio o discendente postumo l'A. cit. osserva poi che «la valutazione legale tipica va riferita al momento della confezione del testamento, quando, ove il testatore avesse saputo che sarebbero sopravvenuti figli o discendenti, avrebbe disposto altrimenti, postumi o non postumi che fossero». Meno persuasivo appare invece il rilievo di A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 174, secondo cui «non interessava, al legislatore, la possibile reale volontà del testatore ..., bensì la riconduzione della fattispecie agli esiti che avrebbe avuto di mira un testatore "ideale", salva la possibilità, per il disponente, di discostarsi da tale modello, manifestando specifiche previsioni per il caso di scoperta o sopravvenienza di figli». Poco convincenti appaiono invero anche i rilievi del medesimo A., secondo cui la precisazione che il testamento è revocato anche in caso di sopravvenienza di un figlio o discendente postumo «ha un senso... solo nell'ottica della tutela della volontà del testatore, perché, appunto, solo in quest'ottica, sarebbe stato possibile obiettare, in sua mancanza, che, se il figlio è postumo, manca un testatore alla cui sia pure presunta volontà si possa fare riferimento», mentre "qualora, diversamente, la *ratio* della norma fosse da individuare nell'intento di tutelare i figli, la circostanza che il figlio sia postumo dovrebbe risultare del tutto irrilevante, e dunque la precisazione in parola dovrebbe ritenersi inutile».

(42) Si tratta di un punto su cui Cass. 5 gennaio 2018, n. 169, insiste in maniera particolare, dato che, secondo quanto si evince dalla lettura della sentenza, nel corso del giudizio la parte soccombente aveva cercato di accreditare la tesi contraria, secondo cui anche l'art. 687, non diversamente da quanto espressamente previsto dall'art. 803, non dovrebbe trovare applicazione nel caso in cui il *de cuius*, al momento della redazione del testamento, fosse consapevole di aver generato il figlio successivamente riconosciuto o giudizialmente dichiarato. Non sembra in realtà equivocabile che, nel caso del successivo riconoscimento, la "revoca" del testamento non può dipendere dalla sopravvenuta conoscenza dell'esistenza di un figlio o discendente, ma dall'equiparazione, ad opera della norma, della sopravvenienza intesa "in senso naturalistico" alla sopravvenienza intesa "in senso giuridico", e cioè al successivo acquisto dello *status* di figlio da parte di soggetti che non possedevano tale *status* al momento della redazione del testamento: al riguardo cfr. G. D'Amico, *sub* art. 687, cit., 900 s.

(43) L'argomento è utilizzato da A. Cicu, *Le successioni*, cit. 403 ss.

(44) Invero, secondo A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 173, «potrebbe darsi che il testatore non abbia revocato il testamento soltanto 'perché... non ne ha avuto il tempo, o la possibilità o l'agio', 'o per semplice trascuranza'». C'è da chiedersi tuttavia se queste circostanze siano tali da fondare una valutazione legale tipica di segno contrario rispetto a quella assunta a fondamento della "revoca" per sopravvenienza di figli o discendenti.

(45) Per questa argomentazione v. A. Cicu, *Le successioni*, cit., 405.

(46) Così A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 174.

(47) Al riguardo v. M. Talamanca, *sub* art. 687, cit., 225.

(48) Cfr. F. Gazzoni, *Una sentenza con "motivazione suicida" da inumare*, cit., 1856 s.; A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 172 ss.

(49) Cfr. App. Roma 18 settembre 2013, cit., che ripropone quasi testualmente le argomentazioni svolte da F. Gazzoni, *Una sentenza con "motivazione suicida" da inumare*, cit., 1856 s.

(50) Così A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 172.

(51) Il riferimento è a V. Scalisi, *La revoca non formale del testamento*, cit., 105 ss.

(52) Così V. Scalisi, *La revoca non formale del testamento*, cit., 106 s.

(53) In tal senso cfr. A. Cicu, *Le successioni*, cit. 403 ss. Nello stesso senso v. anche M. Segni, *Per un'estensione delle ipotesi di caducità delle disposizioni testamentarie e del mandato*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, IV, Napoli, 1972, 471: se l'inefficacia del testamento disposta dall'art. 687 dipendesse veramente da un "vizio" presunto della volontà testamentaria, «non si capirebbe per quale ragione il testamento divenga inefficace *ope iuris*, invece di essere, secondo le regole normali dei vizi del volere, semplicemente annullabile». Per considerazioni sostanzialmente analoghe v. pure G. D'Amico, *sub art.* 687, cit., 907; Id., voce cit., 284.

(54) Così A. Cicu, *Le successioni*, cit., 403.

(55) Si tratta di dati storici e comparatistici in genere ben presenti agli interpreti dell'art. 687: anche per riferimenti più puntuali cfr. A. Cicu, *Le successioni*, cit., 403; G. D'Amico, *sub art.* 687, cit., 907, nt. 30; Id., voce cit., 284, nt. 320; A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 167 ss., 173 e 175.

(56) Così A. Zaccaria, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio*, cit., 175.

(57) Così M. Talamanca, *sub art.* 687, cit., 207.

(58) Così G. D'Amico, *sub art.* 687, cit., 909; Id., voce cit., 285.

GLI EFFETTI DEL TRUST OLTRE LA MORTE DEL DISPONENTE: DAL TRUST IN FUNZIONE SUCCESSORIA AL TRUST TESTAMENTARIO

di Carmine Romano

c.c. art. 549

c.c. art. 550

c.c. art. 734

c.c. art. 1412

Lo studio si propone di analizzare, attraverso i canoni del diritto successorio, i casi in cui il trust proietti la propria vicenda effettuale oltre la vita del disponente, ipotesi questa che può ricorrere sia quando l'atto istitutivo di trust abbia struttura inter vivos, ma venga consegnato in modo tale da produrre, in tutto o in parte, i propri effetti dopo la morte del disponente, sia quando l'atto costitutivo del trust venga consegnato ad una scheda testamentaria. Le sollecitazioni offerte dai due meccanismi applicativi appena illustrati sono, invero, differenti. Se, infatti, nella prima esplicazione (trust a struttura inter vivos ma in funzione successoria) l'istituto de quo impone di considerare il delicato rapporto con il divieto dei patti successori, il trust calato nella scheda testamentaria solleva temi diversi, quali la corretta qualificazione del ruolo dei protagonisti del programma negoziale (trustee, beneficiario di reddito, beneficiario finale), il confronto tra detto programma e principi inderogabili con i quali esso sembra entrare in tensione (divieto di sostituzione fedecommissaria), fino a giungere al delicato tema della tutela dei legittimari. Come ogni manifestazione di autonomia testamentaria, anche il trust può trovare spazio solo ove non vengano pregiudicate "posizioni riservate" dall'ordinamento.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. I tratti fisionomici costanti dei trusts; l'ipotesi in cui la vicenda effettuale si attui, in tutto o in parte, in epoca successiva alla morte del disponente - 2. Il Trust "in funzione successoria" quale alternativa al testamento. Analisi di diverse fattispecie operative - 2.1. La specificità ed il "valore aggiunto" del trust in funzione successoria nel raffronto con soluzioni offerte dal nostro ordinamento - 2.2 La "cruna dell'ago" del rispetto dei principi inderogabili del nostro sistema successorio - 2.3 (segue): analisi di fattispecie particolari: a) il living trust ed i negozi trans morte; b) la designazione testamentaria del beneficiario di un trust istituito con atto tra vivi - 3.

Il trust testamentario: i soggetti protagonisti della vicenda trust messi a confronto con i soggetti della vicenda successoria. Il problema qualificatorio - 4. Trust testamentario e divieto di sostituzione fedecommissaria - 5. Trust e tutela dei legittimari - 5.1.

La costituzione in trust della quota di legittima - 5.2 Il trust a beneficio di terzi "quantitativamente lesivo" dei diritti del legittimario

1. Considerazioni introduttive. I tratti fisionomici costanti dei trusts; l'ipotesi in cui la vicenda effettuale si attui, in tutto o in parte, in epoca successiva alla morte del disponente

Il diritto delle successioni costituisce angolo prospettico di profondo interesse attraverso il quale condurre uno studio sul trust: in detto ambito, infatti, quanto mai avvertita è l'esigenza di verificare i limiti di compatibilità dell'istituto in oggetto con i principi del nostro ordinamento, verificando quella che, con felice espressione, è stata definita la *"tolleranza di questo istituto di matrice anglosassone da parte del nostro ordinamento di civil law"*⁽¹⁾.

La delicatezza delle questioni applicative ingenerate dalle possibili interferenze tra la vicenda trust e la materia successoria è testimoniata dai numerosi riferimenti contenuti nella Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata con **legge 16 ottobre 1989, n. 364**⁽²⁾. L'art. 2 prevede la possibilità di istituire il trust con atto *mortis causa*; l'art. 4 dispone l'inapplicabilità della Convenzione a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti; l'art. 11 lettera "c" prevede che i beni costituiti in trust non vengono attratti nella successione del trustee; l'art. 15 pone il tema del rispetto delle disposizioni sulla successione necessaria, prevedendo che la Convenzione non possa costituire ostacolo all'applicazione delle relative disposizioni; infine, l'art. 18, con norma riferibile anche alla materia *mortis causa*, prevede che le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora la loro applicazione sia incompatibile con le norme di ordine pubblico.

Nel percorso di approfondimento delle possibili implicazioni della vicenda effettuale ingenerata da un trust con la materia successoria, costituisce passaggio obbligato la ricostruzione dell'istituto, pur consapevoli dell'estrema varietà di configurazioni che lo stesso può assumere⁽³⁾, tale da rendere estremamente difficile una *reductio ad unum* dei trusts⁽⁴⁾. Con la predetta precisazione, appare possibile, oltre che opportuno, procedere ad una descrizione del fenomeno partendo da quella che sia consentito definire la sua "configurazione minimale", al fine di coglierne i tratti fisionomici costanti, pur nelle sue molteplici ed eterogenee manifestazioni.

Ebbene, guardando al modello anglosassone, la "vicenda trust" implica il trasferimento, in forza di un atto *inter vivos* o *mortis causa*, da un soggetto (detto "disponente" o "settlor") ad uno o più altri soggetti (*trustee*), avente ad oggetto una qualunque situazione giuridica soggettiva, con l'obbligo di esercitarla nel rispetto delle istruzioni impartite dal costituente ed a beneficio di uno o più soggetti (*beneficiary*), o per il perseguimento di un determinato scopo (cosiddetto trust di scopo). La titolarità del trustee è, dunque, finalisticamente destinata al raggiungimento degli scopi del trust quali indicati dal disponente. In ragione di ciò, il *trust fund*, una volta entrato nella sfera giuridica del trustee, costituisce una massa separata, "segregata" in vista del raggiungimento dello scopo destinatorio, di talché: a) detti beni non sono aggredibili né dai creditori, né dal curatore del fallimento del disponente (a meno che non ricorrano, in presenza di atti fraudolenti, gli estremi per esperire una azione revocatoria, ordinaria o fallimentare)⁽⁵⁾; b) in caso di decesso del trustee, i beni non cadono nella sua successione; c) laddove il trustee sia coniugato in comunione legale dei beni, i beni costituiti in trust ne sono esclusi.

Alla scadenza prevista, i beni costituiti in trust, quali risultanti dalla gestione dinamica del trustee, dovranno da quest'ultimo essere trasferiti al beneficiario finale; è sovente previsto che, a determinate scadenze, venga corrisposto un reddito ai "beneficiari di reddito".

Tra le possibili varianti a tale schema elementare, si può far cenno al caso in cui il trust assuma struttura "quadrilatera" mediante la previsione della figura del guardiano (*protector*, detto anche *guardian* o *advisor*) con funzioni di controllo sull'operato del trustee, che possono giungere sino ad integrare il numero di trustees o al sostituirli⁽⁶⁾. Ancora, è possibile che le figure di disponente e trustee coincidano nella stessa persona (trust statico o autodichiarato)⁽⁷⁾.

Esposta la struttura del trust nella sua "minima unità effettuale", appare interessante compiere talune considerazioni sul profilo genetico e funzionale dell'istituto in oggetto. Quanto al primo.

il trust ha origine da un negozio istitutivo, di carattere programmatico, avente natura *inter vivos* o di ultima volontà, con il quale vengono segregati rapporti giuridici di natura patrimoniale, nell'interesse di uno o più beneficiari ovvero per uno specifico scopo. In particolare, la struttura costitutiva del trust si articola in una duplice dichiarazione di natura negoziale⁽⁸⁾: a) un atto unilaterale nel quale viene programmata e disciplinata l'intera vicenda destinataria (cosiddetto *trust instrument*, contenente le regole cui il trustee dovrà uniformarsi nella gestione del trust fund)⁽⁹⁾; b) un atto di disposizione, attraverso cui si investe il trustee della titolarità dei beni istituiti in trust. Per opinione prevalente⁽¹⁰⁾ si tratta di due negozi strutturalmente distinti, pur se contenuti in un unico documento, tra loro funzionalmente collegati nel perseguimento degli scopi del trust⁽¹¹⁾. Il titolo costitutivo del trust, come espressamente previsto dalla Convenzione dell'Aja, può essere costituito da un atto di ultima volontà, il che rappresenta un primo indice di compatibilità, sul piano funzionale, tra il trust e la vicenda successoria del disponente.

Passando all'analisi della trama effettuale, nel modello anglossassone la segregazione patrimoniale viene realizzata attraverso il trasferimento al trustee della titolarità dei beni costituiti in trust. Il disponente si spoglia dunque della titolarità dei diritti oggetto di trust, ma tali diritti risultano affetti da un vincolo di destinazione allo scopo, impresso dal costituente stesso, in ragione del quale le situazioni giuridiche soggettive trasferite al trustee costituiscono un patrimonio separato (rispetto a quello di titolarità dello stesso trustee) destinato esclusivamente al soddisfacimento delle obbligazioni contratte nella gestione del trustee, e come tale non aggredibile dai creditori personali né del costituente, né del trustee, né dei beneficiari finali.

Si determina, in capo al trustee, un trasferimento strumentale al perseguimento delle finalità del trust, e perciò temporaneo, giacché, alla scadenza, le posizioni soggettive detenute in trust verranno trasferite al beneficiario finale, o impiegate per il raggiungimento degli scopi previsti dal disponente. Leggendo la "vicenda trust" attraverso la lente delle categorie tradizionali del diritto, può dirsi che l'attribuzione della titolarità dei beni al beneficiario finale è "negozio fine"; "negozio mezzo" è, invece, il passaggio dei beni stessi sotto il controllo fiduciario del trustee, sì da formare una massa separata, insensibile alle pretese creditorie estranee al fine destinatario.

Sia consentito soffermare ancora l'attenzione sul trasferimento dei beni al trustee: esso, invero, appare a) strumentale al perseguimento delle finalità del trust, b) temporaneo, giacché alla scadenza prevista le posizioni soggettive detenute in trust verranno trasferite dal trustee al beneficiario finale (o comunque impiegate per il raggiungimento dello scopo del trust). La specificità dello strumento utilizzato consiste nel combinare il detto effetto reale con un effetto obbligatorio reso opponibile ai terzi, secondo presupposti e con effetti diversi da quelli cui farebbe ricorso la nostra cultura civilistica⁽¹²⁾: nella fiducia, infatti, l'affidamento consiste nella restituzione della proprietà dei beni trasferiti ed è oggetto di una obbligazione naturale; nel trust detto affidamento riguarda il perseguimento del fine in vista del quale la segregazione è realizzata, dando luogo al sorgere di obbligazioni coercibili derivanti dalle disposizioni del trust e dalle norme di legge ad esso applicabili.

Il trustee consegue, infatti, la proprietà del trust fund, ma ha l'obbligo di amministrare quanto trasferitogli nel perseguimento delle finalità del trust, destinando le rendite medio tempore prodotte a beneficiari individuati dal disponente. Si crea, in capo al trustee, una peculiare situazione proprietaria, vincolata nel fine: trattasi di una proprietà "conformata", funzionale, finalizzata al perseguimento di specifici scopi.

Tra disponente e trustee si instaura un rapporto di affidamento fiduciario, in forza del quale il trustee è gestore di beni propri destinati a terzi: egli ha un potere di gestione dinamica, può disporre dei beni, ma non ne ha il godimento né può sottrarli al perseguimento degli scopi cui sono destinati. Ove il trustee disponga dei beni in trust violando le prescrizioni dell'atto istitutivo, il relativo negozio dispositivo deve ritenersi viziato⁽¹³⁾.

Nelle pagine che seguono l'attenzione sarà rivolta ai casi in cui la vicenda effettuale del trust si proietti oltre la vita del settlor/disponente, ipotesi questa che può ricorrere sia quando l'atto istitutivo di trust abbia struttura *inter vivos*, ma venga consegnato in modo tale da produrre, in

tutto o in parte, i propri effetti dopo la morte del disponente, sia quando l'atto costitutivo del trust venga consegnato ad una scheda testamentaria.

Le sollecitazioni dei due meccanismi applicativi appena illustrati sono, invero, differenti. Se, infatti, nella prima esplicazione (trust a struttura *inter vivos* ma in funzione successoria) l'istituto *de quo* pone prepotentemente all'attenzione di interpreti ed operatori pratici il tema dei rapporti con il divieto dei patti successori, il trust calato nella scheda testamentaria impone di affrontare temi diversi, quali la corretta qualificazione del ruolo dei protagonisti del programma negoziale (trustee, beneficiario di reddito, beneficiario finale), il confronto tra detto programma e principi inderogabili con i quali essa sembra entrare in tensione (divieto di sostituzione fedecommissaria), fino a giungere al delicato tema della tutela dei legittimari. Come ogni manifestazione di autonomia testamentaria, anche il trust può trovare spazio solo ove non vengano pregiudicate "posizioni riservate" dall'ordinamento.

Prima di dare spazio all'analisi di tali fattispecie, sia consentita una ulteriore considerazione di carattere preliminare: nelle pagine che seguono, il trust sarà analizzato attraverso la "lente" del diritto successorio, rinviando a contributi specialistici ai fini dell'approfondimento della morfologia dell'istituto in esame. Una particolare attenzione sarà, inoltre, dedicata al passaggio generazionale di beni produttivi, ambito questo in cui maggiormente avvertita è stata l'esigenza di modelli devolutivi in grado di attenuare le rigidità e le problematiche dei tradizionali istituti di diritto successorio.

2. Il Trust "in funzione successoria" quale alternativa al testamento. Analisi di diverse fattispecie operative

2.1. La specificità ed il "valore aggiunto" del trust in funzione successoria nel raffronto con soluzioni offerte dal nostro ordinamento

L'istituto del trust registra un'ampia diffusione in primo luogo quale alternativa al testamento, consentendo esso di pianificare il passaggio generazionale della ricchezza in maniera sensibile a particolari esigenze, quali la protezione di soggetti deboli destinatari dell'attribuzione patrimoniale o la tutela di solidità e redditività dell'impresa. Le ragioni dello scarso utilizzo degli istituti tradizionali risiedono, invero, nell'eccessivo rigore del principio di "unità della successione": nella predisposizione del regolamento successorio, di fonte testamentaria o legale, l'ordinamento impone il rispetto di canoni e principi che non ammettono alcuna differenziazione relativa all'origine, alla natura dei beni, alle qualità personali e ai bisogni dei soggetti cui tali beni sono destinati⁽¹⁴⁾. In stridente contrasto con una tale unicità di regole, come perspicuamente notato in dottrina⁽¹⁵⁾, la dinamica dei rapporti sociali ed economici crea una molteplicità di interessi che vengono implicati dalla vicenda successoria, interessi che non sempre il tradizionale strumento testamentario appare in grado di "intercettare" e comporre. Il pensiero va, in primo luogo, al passaggio generazionale dei beni produttivi: in ragione dell'attualità di tale tema, non del tutto risolto dall'introduzione nell'impianto normativo codicistico dell'istituto del patto di famiglia, la trasmissione dell'azienda costituirà, nelle considerazioni che seguono, il prisma attraverso il quale valutare e verificare le potenzialità operative del trust.

Sia consentito ricordare, in questa sede, le possibili ricadute problematiche che il decesso dell'imprenditore può avere sulla sorte dell'azienda. Nelle more dell'individuazione dei delati, e della conseguente accettazione del lascito da parte degli stessi, si può verificare una *impasse* nella gestione imprenditoriale, interrompendo quella "linea di continuità" gestionale che, ai fini dello sviluppo aziendale, rappresenta il massimo valore da difendere⁽¹⁶⁾. A ciò si aggiunga che la presenza di una pluralità di eredi, e la conseguente attribuzione agli stessi del complesso aziendale, può condurre allo smembramento dello stesso, con conseguente calo di efficienza produttiva e redditività. Ancora, il confluire delle pretese di creditori aziendali, creditori ereditari, creditori dell'eredità, può facilmente condurre all'indiscriminata proposizione di azioni esecutive sui beni produttivi. Analoghi problemi si pongono nel caso in cui in successione cadano partecipazioni sociali di maggioranza.

Le principali criticità sollevate dalla morte dell'imprenditore investono, pertanto, temi quanto mai delicati, quali quelli della titolarità, della gestione del complesso aziendale, della responsabilità per debiti. Intorno a tali aree tematiche si svilupperà la nostra analisi, nel tentativo di individuare il "valore aggiunto" del trust in funzione successoria.

Si ritorni alla trama negoziale esposta al principio dell'analisi: il proprietario del bene (nel nostro caso, l'azienda o partecipazioni sociali) ne trasferisce la titolarità al trustee al quale viene affidata la gestione dinamica del trust fund, prevedendo che lo stesso trustee, a determinate scadenze, corrisponda un reddito ai beneficiari di reddito, nonché, alla scadenza del trust (fissato in un momento successivo alla morte del costituente/settlor), trasferisca i beni al beneficiario finale. Il congegno negoziale così esposto, pur trovando titolo in un atto a struttura *inter vivos*, è in grado di proiettare i propri effetti in un tempo successivo alla morte del settlor. Ebbene, siffatto strumento appare idoneo a scongiurare i diversi rischi, innanzi tratteggiati, sottesi al passaggio generazionale della ricchezza produttiva.

Si consideri, in primo luogo, la fase intermedia e strumentale di attribuzione dell'azienda al trustee. A seguito della costituzione in trust, il complesso produttivo è affidato alla gestione di un soggetto terzo, sovente dotato di elevata competenza e professionalità⁽¹⁷⁾, al quale l'azienda, in una progressione triangolare, viene medio tempore affidata per poi essere trasmessa al beneficiario finale. Come sottolineato nelle considerazioni iniziali, è altresì possibile arricchire il contenuto del trust prevedendo, nell'atto istitutivo, forme di controllo su tale gestione ad opera di un protector, i cui compiti possono spingersi fino al punto di impartire direttive al trustee circa il compimento di specifici atti o prestare il consenso alle scelte di gestione più delicate adottate dal trustee.

Il congegno negoziale posto in essere appare, dunque, in grado di scongiurare il rischio, quanto mai avvertito, che la morte dell'imprenditore determini una *vacatio* nella gestione aziendale. Detto scopo viene compiutamente realizzato anche allorquando il trust abbia ad oggetto partecipazioni societarie, nel quale caso l'istituto permette di mantenere in carica gli amministratori della società, avendo così continuità nella *governance* e dunque evitando alterazioni nella politica aziendale.

L'attribuzione della titolarità dei beni al trustee costituisce, tuttavia, solo il primo elemento del complesso impianto funzionale ascrivibile alla vicenda trust. L'azienda, infatti, quale risultante dalla gestione dinamica del trustee, è destinata al beneficiario finale. In questo modo, il trust evita la frammentazione proprietaria tra gli eredi dell'imprenditore, realizzando un canale privilegiato di trasmissione del complesso produttivo. Non essendoci uno stato intermedio di contitolarità, il bene è affrancato dalle conflittualità sottese alla divisione ereditaria che possano vulnerare l'unità economica e funzionale dell'*universitas* produttiva.

Dalle considerazioni sin qui svolte emerge, pertanto, l'idoneità dell'istituto ad assicurare una gestione unitaria e qualificata del complesso aziendale, mettendolo al riparo dalle problematiche sottese a quella che sovente viene definita la fase della "crisi ereditaria", conseguente ad apertura della successione, individuazione dei delati, accettazione dell'eredità, instaurarsi della comunione ereditaria, conseguente scioglimento della stessa. Il trust rende immuni i beni che ne formano oggetto da tali problematiche, consentendo di creare un canale alternativo e diretto di devoluzione dei beni.

Non infrequente è, poi, il caso in cui l'imprenditore non sia nelle condizioni di anticipare le scelte in ordine all'attribuzione dell'azienda, ad esempio perché, non avendo figli in età matura, non gli siano chiare le inclinazioni imprenditoriali degli stessi. Anche in tale ipotesi, il trust si rivela strumento dotato di ampia elasticità strutturale, consentendo diverse varianti rispetto allo schema di base, con una possibile, ampia graduazione dei benefici da esso derivanti.

In base a criteri prestabiliti nell'atto istitutivo di trust (così rispettando il principio di personalità della volizione liberale), si può attribuire al trustee il compito di individuare, in considerazione di circostanze soggettive ed oggettive anche postume rispetto all'apertura della successione, chi debba essere il beneficiario finale dell'attribuzione, in quello, tra i discendenti dell'imprenditore, maggiormente incline all'attività di impresa⁽¹⁸⁾, attribuendo soltanto reddito a quanti non rispondano ai "profili" consegnati dall'imprenditore all'atto istitutivo di trust. E' altresì possibile anticipare le attribuzioni degli utili ricavati in caso di particolare bisogno dei discendenti, o in base alla valutazione di circostanze familiari o di elementi morali. In ultima analisi, laddove il trustee ritenga che nessuno dei familiari dell'imprenditore sia in grado di assurgere alla *governance* dell'impresa, il costituente ha la possibilità di programmare una progressiva

conversione del patrimonio, o di parte di esso, in denaro o beni di altra natura, diversificando le attribuzioni.

Resta da considerare la terza area problematica sottesa al passaggio generazionale dei beni produttivi, la tutela del patrimonio aziendale dalle indiscriminate pretese del ceto creditorio. Sotto questo profilo, viene in considerazione quella vicenda segregativa che è elemento qualificante, sul piano causale, dell'istituto in oggetto. Per segregazione patrimoniale si intende il fenomeno in forza del quale posizioni giuridiche attive, pur appartenendo ad un soggetto (trustee), rimangono distinte dal residuo patrimonio e non sono esposte a vicende obbligatorie generali: i diritti, una volta entrati nel patrimonio del trustee, sono sottratti alle pretese dei suoi creditori, non risentono del regime patrimoniale del suo titolare, né alla morte del trustee sono attratti dalla sua successione. La segregazione, invero, appare intimamente connessa al fine destinatorio: le posizioni giuridiche oggetto di trust costituiscono massa separata dal restante patrimonio del trustee perché finalisticamente destinate.

E' interessante verificare, a questo punto dell'analisi, se il nostro ordinamento offra strumenti equivalenti nel realizzare il passaggio generazionale del bene produttivo. Invero, l'imprenditore potrebbe evitare l'instaurarsi di una comunione ereditaria sul bene aziendale (o su quote di partecipazioni sociali) a mezzo di strumenti "tipici", quali la divisione testamentaria ex [art. 734 c.c.](#) o il legato di azienda. In entrambi i casi, il programma attributivo di fonte testamentaria potrebbe essere arricchito da una disposizione, qualificabile in termini di legato, che faccia obbligo all'assegnatario o legatario di azienda di devolvere parte di utili e rendite ad altri familiari del testatore.

Un simile disegno del testatore, affidato unicamente ad istituti tradizionali, appare tuttavia in grado di realizzare solo alcune tessere del complesso mosaico funzionale riconducibile al trust. Invero, negli esempi appena esposti, l'attribuzione dell'azienda, che si realizza al momento dell'apertura della successione, è diretta, e non mediata dalla gestione fiduciaria del trustee; inoltre, manca del tutto quell'effetto segregativo che del trust costituisce elemento essenziale. Si ritorni alla considerazione delle tre aree tematiche in precedenza individuate quali "temi sensibili" nella devoluzione dei beni produttivi: attribuzione diretta, gestione aziendale, segregazione. Ebbene, l'istituzione di erede con assegnazione di azienda ex [art. 734 c.c.](#) ed il legato costituiscono strumenti in grado di realizzare la sola attribuzione finale del complesso produttivo (sottratto alla delicata fase della comunione ereditaria); a detta attribuzione, tuttavia, rimangono estranei tanto il profilo della gestione qualificata quanto quello della segregazione patrimoniale. Nei frequenti casi in cui il titolare dell'azienda non abbia familiari in grado di reggere il vertice della stessa, manca, nelle soluzioni proposte, una figura di riferimento (quale è il trustee) sotto il cui controllo "collocare" il bene azienda fino a quando siano maturi i tempi per realizzare l'anzidetto passaggio generazionale. Gli strumenti tradizionali non appaiono, inoltre, in grado di affrancare i beni produttivi da pretese di creditori estranei alle dinamiche aziendali.

Dall'analisi della vicenda effettuale del trust è emerso, peraltro, un ulteriore dato particolarmente interessante. Si è detto che l'estrema versatilità strutturale e funzionale dell'istituto in oggetto consente di affidare al trustee scelte, in ordine alla devoluzione del reddito e dello stesso trust fund, operate in ragione di valutazioni sopravvenute, svolte in base a criteri fissati nell'atto istitutivo dal settlor. Sia consentito notare come, sotto questo profilo, il trust consenta di operare un "controllo delle sopravvenienze" registratesi in epoca successiva alla morte dell'imprenditore, orientando la devoluzione in ragione di eterogenei criteri di valutazione, sia soggettivi (qualità e bisogni dei soggetti beneficiari), sia oggettivi (esigenze imprenditoriali, opportunità offerte dal mercato nel quadro di una gestione dinamica del bene azienda). Il testamento, invero, non offre una tale versatilità in ordine alle scelte da effettuare. Per quanto revocabile e modificabile sino al momento dell'apertura della successione, esso non è in grado di operare un controllo ed una disciplina di circostanze verificatesi dopo la morte del testatore⁽¹⁹⁾.

A conclusioni non dissimili, sul piano della parzialità dei risultati conseguiti, si addiuvano per l'ipotesi in cui l'imprenditore intenda avvalersi dell'istituto del patto di famiglia. Secondo la definizione offerta dagli articoli 768 bis ss. c.c., trattasi di negozio a struttura *inter vivos* con il

quale è consentito all'imprenditore trasferire l'azienda al discendente ritenuto più idoneo a garantire la necessaria continuità gestionale, con contestuale tacitazione delle ragioni degli altri legittimari, il tutto permeato da un "effetto di stabilità" per le attribuzioni così operate, non soggette a riduzione e collazione. L'imprenditore siede ad un tavolo lato sensu divisionale con i suoi familiari e "contratta" l'anticipata attribuzione dell'azienda o di partecipazioni sociali. Sul piano attributivo, alla conclusione del patto il complesso produttivo passa in titolarità del discendente assegnatario, cristallizzandosi in tal modo una scelta che non ammette ripensamenti. Il patto di famiglia è, allora, strumento fruibile nelle sole ipotesi in cui siano chiari e maturi gli scenari del passaggio generazionale della ricchezza produttiva. Nelle altre ipotesi, e principalmente quando non siano ancora definite le inclinazioni imprenditoriali dei discendenti, l'istituto non appare in grado di realizzare adeguatamente gli interessi dell'imprenditore.

Sotto il profilo della stabilità degli assetti attributivi, il patto solleva poi il problema della sopravvenienza di nuovi legittimari, ai quali occorre liquidare la quota pena l'impugnazione del negozio posto in essere, laddove il trust consente di prevedere e disciplinare una tale eventualità evitando che essa influisca o mini alla radice l'assetto programmato.

Sul piano gestionale, manca, anche in tal caso, una figura di riferimento quale quella del trustee, dotato di specifiche capacità e professionalità, nonché in posizione di terzietà: il complesso aziendale passa immediatamente in titolarità e sotto la gestione del discendente assegnatario. Unica variante operativa è quella in forza della quale il titolare dell'azienda, attraverso la riserva di usufrutto, ne conservi la gestione finché è in vita.

Quanto, infine, al tema dei rapporti con il ceto creditorio, manca un effetto segregativo dei beni aziendali, esposti alle pretese dei creditori personali, del disponente prima, dell'assegnatario poi.

2.2 La "cruna dell'ago" del rispetto dei principi inderogabili del nostro sistema successorio

Esposte le specificità, sul piano della realizzazione di molteplici interessi, dal "trust successorio", è giunto il momento di affrontare il delicato tema dei rapporti con canoni e principi del nostro ordinamento. Sia consentito ricordare come l'apertura della Convenzione dell'Aja verso il trust non sia incondizionata, ma subordinata al rispetto: a) dei principi di ordine pubblico (art. 18 [legge n. 364/1989](#)); b) delle norme interne di applicazione necessaria (art. 16 [legge n. 364/1989](#)); c) delle norme imperative appartenenti alla legge competente, secondo i principi del diritto internazionale privato, a regolare le materie con la quali il trust è chiamato ad interferire (tra le quali, le disposizioni in materia di successione a causa di morte). Il riconoscimento di un trust deve, pertanto, passare attraverso la "cruna dell'ago" del rispetto dei principi inderogabili del nostro sistema successorio.

Non sfugge al lettore che un negozio a struttura *inter vivos*, il quale proietti la propria vicenda effettuale dopo la morte del disponente, possa entrare in tensione con il divieto dei patti successori. In particolare, le funzioni assolve dal trustee, di gestione fiduciaria finalizzata alla successiva attribuzione di redditi e capitale, sembrerebbero evocare l'istituto del mandato *mortis causa*, fattispecie, questa, che ricorre allorché il contratto successorio sia stipulato dal *de cuius* ed un soggetto terzo (il mandatario) al quale venga affidato il compito di realizzare un'attribuzione *mortis causa*.

Il tema delle possibili interferenze tra trust in funzione successoria ed il divieto di cui [all'art. 458 c.c.](#) impone, in via preliminare, la considerazione di quelli che la comune dottrina riconosce quali "tratti fisionomici costanti" dell'atto *mortis causa*, la presenza dei quali, in atto a struttura *inter vivos*, costituisce "indicatore di anomalia" rispetto ad un sistema successorio che riconosce al solo negozio testamentario, salvo rare eccezioni⁽²⁰⁾, il compito di dettare un regolamento di interessi per il tempo successivo alla morte. Si ritiene, in particolare, che ricorra negozio *mortis causa* in presenza di un atto destinato a regolare rapporti, patrimoniali e non, per il tempo e in dipendenza della morte del titolare, in modo che, prima di tale evento, nessun effetto, neppure prodromico o preliminare, comunque derivante dall'atto, sia destinato a prodursi⁽²¹⁾. L'evento morte costituisce, allora, il "punto di origine" della situazione regolata, nel senso che la funzione stessa dell'atto consiste nel disciplinare rapporti e situazioni giuridiche che si formano, in via originaria, al momento della morte del disponente⁽²²⁾. In particolare, scopo tipico del negozio è

l'individuazione di nuovi titolari per situazioni giuridiche rimaste prive di un centro di imputazione a causa del decesso del soggetto cui facevano precedentemente capo⁽²³⁾.

In ragione dei dati funzionali appena esposti, la vicenda effettuale risulta riferita, nei suoi elementi oggettivi e soggettivi, al momento dell'apertura della successione. In particolare, a) l'oggetto dell'attribuzione, l'entità di essa, la consistenza, sono determinati al tempo della morte del disponente ("*quod superest*", indice della residualità della attribuzione); b) il risultato attributivo è subordinato alla sopravvivenza del beneficiario al disponente (cosiddetta condizione di sopravvivenza)⁽²⁴⁾. Al contrario, non si ha atto *mortis causa*, ma atto *post mortem* quando la morte non penetri nella giustificazione causale dell'attribuzione, ma costituisca soltanto termine o condizione, e dunque modalità della stessa: in tal caso, l'atto è finalizzato a comporre interessi funzionalmente diversi da quelli successori, per quanto la trama effettuale si proietti, in tutto o in parte, ad un tempo successivo alla morte dell'autore del negozio.

Ricostruiti i tratti fisionomici dell'atto a causa di morte, è possibile verificare se il trust, nella particolare fattispecie oggetto di analisi, ne riproduca la vicenda effettuale, scontrandosi con il divieto di pianificazione contrattuale degli assetti successori.

Anticipando le conclusioni della nostra analisi, può dirsi che detto sforzo ricostruttivo conduce ad escludere che il trust realizzi una devoluzione *mortis causa* di sostanze del disponente⁽²⁵⁾. Militano, invero, in tal senso diverse considerazioni. In primo luogo, la costituzione in trust determina un immediato passaggio dei beni nella sfera giuridica del trustee, realizzando così il dato dell'attualità dello spoglio da parte del settlor, che perde la titolarità dei beni e la disponibilità di essi quando è ancora in vita⁽²⁶⁾. A fronte dell'ingresso dei beni nella sfera giuridica del trustee, sorge un diritto soggettivo (di natura obbligatoria) dei beneficiari, di reddito o di capitale, ben diverso dalla "aspettativa di fatto" che, prima dell'apertura della successione, può essere vantata da chi ritiene di poter maturare diritti successori. La posizione giuridica dei beneficiari, per opinione comune, può essere azionata nei confronti del trustee ed essere trasferita a terzi, con atto *inter vivos* o *mortis causa*. Il trust determina, pertanto, l'immediato sorgere di posizioni giuridiche attuali e definite: ne consegue che il momento, cui riferire la determinazione dell'oggetto della attribuzione, sia quello dell'atto istitutivo, e non dell'apertura della successione del disponente. Quand'anche stipulato "in funzione successoria", il trust non ha ad oggetto "*quod superest*", ma diritti specificamente indicati all'atto della conclusione del negozio⁽²⁷⁾.

Riconosciuta natura *inter vivos* al rapporto "settlor - trustee", parimenti va esclusa la natura *mortis causa* del trasferimento dal trustee al beneficiario finale, che costituisce il secondo segmento dell'operazione. L'atto traslativo che chiude la vicenda trustinveste ormai sfere giuridiche diverse da quella dell'originario disponente; rispetto a tale trasferimento, la morte del settlor non ha alcuna rilevanza causale, potendo al più individuare il momento di esecuzione dell'attribuzione finale⁽²⁸⁾.

L'immediatezza di effetti del trust appare, invero, indice della complessità funzionale di tale istituto, in grado di coniugare, in via del tutto peculiare, una causa attributiva con una causa destinataria e segregativa. Per realizzare detto programma, il trust dà luogo ad un duplice trasferimento in senso progressivo, avvinto causalmente dal dato dell'affidamento fiduciario. Il disponente non mira ad una semplice attribuzione delle proprie sostanze; sul piano teleologico, detta attribuzione è finalizzata ad uno scopo destinatorio ed in vista di questo i beni, che ne formano oggetto, risultano segregati in una sfera giuridica diversa da quella del disponente.

2.3 (segue): analisi di fattispecie particolari: a) il living trust ed i negozi trans morte; b) la designazione testamentaria del beneficiario di un trust istituito con atto tra vivi

Giunti a tali conclusioni, occorre verificare se le stesse risultino ancora valide allorché il disponente si riserva la facoltà di revoca o modifica del beneficiario finale. Rispetto alla fattispecie precedentemente analizzata, nel "living trust" l'attribuzione del beneficio si consolida solo con la morte del settlor, giacché solo in tale momento può dirsi consumato il suo potere di revoca⁽²⁹⁾; ciò nonostante, il programma destinatorio produce i suoi effetti sin dalla costituzione del trust, con conseguente passaggio dei beni nella sfera giuridica del trustee.

Invero, il legislatore offre una "traccia" di simili vicende effettuali con la disposizione dell'art. 1412 c.c., norma che, nell'ammettere la contrattazione a favore di terzi con prestazione da

eseguire dopo la morte dello stipulante, attribuisce a quest'ultimo il potere di revocare il beneficio anche a mezzo di disposizione testamentaria, così riconoscendogli una verifica costante in ordine alle qualità ed al comportamento del beneficiario⁽³⁰⁾. Il "marcatore funzionale" comune a living trust ed alla fattispecie delineata dall'art. 1412 c.c. è il seguente: per effetto di un atto a struttura *inter vivos*, viene attribuito ad un terzo un diritto soggettivo alla prestazione, diritto da esercitare dopo la morte dello stipulante; quest'ultimo, tuttavia, si riserva uno *jus poenitendi*, in forza del quale può revocare la attribuzione patrimoniale così operata. Gli elementi comuni tra le due figure portano, dunque, le traiettorie di ricerca in ordine al living trust a sovrapporsi all'elaborazione dottrinale registratasi con riguardo al tema della contrattazione a favore di terzi, pur consapevoli delle profonde differenze strutturali tra i due istituti⁽³¹⁾.

Appare allora congruo riepilogare i principali assunti cui addivene la dottrina⁽³²⁾ con riferimento all'ipotesi disciplinata dal legislatore all'art. 1412 c.c.:

- a) nell'ipotesi in oggetto, non ricorre una forma di pianificazione contrattuale della successione dello stipulante, e dunque un patto successorio vietato, giacché il diritto del terzo alla prestazione sorge sin dal momento della stipulazione del contratto, per quanto l'attribuzione vada effettuata post mortem e rimanga revocabile da parte dello stipulante;
- b) un decisivo riscontro normativo si rinviene nel disposto del secondo comma dell'art. 1412 c.c., a norma del quale, in caso di premorienza del terzo beneficiario allo stipulante, la prestazione deve essere eseguita a vantaggio degli eredi del terzo: solo chi abbia già acquistato un diritto può, difatti, trasmetterlo ai propri eredi;
- c) l'immediata operatività della pattuizione depone, pertanto, per la natura *inter vivos* della stessa;
- d) ciò che distingue la fattispecie disciplinata dall'articolo 1412 da quella, "generale", di cui all'articolo 1411 c.c. è soltanto il differimento della prestazione in favore del terzo: la morte è mero termine di adempimento;
- e) non si verifica alcuna attribuzione *de residuo*, giacché essa ha, sin dall'origine, un oggetto determinato.

Sia consentito sottolineare come, sul piano sistematico, il riferimento alla disposizione dell'art. 1412 c.c. appare fecondo di implicazioni: proprio intorno a tale istituto, ed alle sue possibili applicazioni⁽³³⁾, la dottrina ha elaborato la categoria dei negozi *trans morte*⁽³⁴⁾, individuandone i tratti fisionomici nei seguenti elementi: 1) il bene che ne forma oggetto esce immediatamente dal patrimonio del disponente, ed è dunque sottratto alla sua disponibilità prima dell'evento morte; 2) l'attribuzione al beneficiario diventa definitiva solo al momento della morte del disponente; 3) quest'ultimo conserva l'esercizio, *ad libitum suum* e fino alla morte, di uno *jus poenitendi*, così da poter rendere inoperante il congegno negoziale posto in essere, modificando in tal modo l'assetto patrimoniale predisposto⁽³⁵⁾. L'immediatezza di effetti segna il *discrimen* tra la fattispecie appena esposta ed i negozi *mortis causa*: il disponente vede uscire immediatamente i beni dalla sua sfera giuridica, pur mantenendo la facoltà di incidere sugli esiti finali dell'attribuzione modificandone il beneficiario.

Al profilo funzionale, pienamente lecito, testé esposto può essere ricondotto il *living trust*⁽³⁶⁾. Tenendo sempre quale riferimento della nostra analisi la sequenza progressiva dei trasferimenti (il primo, strumentale, al trustee; il secondo, finale, al beneficiario), si assiste anche in tale fattispecie all'immediato ingresso dei beni, quale "massa separata", nel patrimonio del trustee, riservandosi unicamente il settlor la facoltà di revocare o modificare il beneficiario finale della sequenza attributiva. L'immediatezza degli effetti giuridici è tangibile, giacché il primo segmento dell'operazione (attribuzione del trust fund al trustee) si realizza quando il disponente è ancora in vita; benché revocabile, anche il diritto (di credito) del beneficiario finale sorge sin dalla costituzione del trust. Anche in simile ipotesi ricostruttiva, pertanto, il trust dà luogo ad una vicenda effettuale caratterizzata dall'attualità delle posizioni soggettive, sia del trustee sia dei beneficiari. Avendo il settlor già perso la titolarità dei beni in vita, all'atto istitutivo di trust non si chiede di risolvere un problema di individuazione dei titolari dei beni per il tempo successivo alla morte del disponente.

La fattispecie non entra, pertanto, in tensione con i principi del diritto successorio, dovendosi concludere per la sua piena validità.

Al fine di dare compiuta sistemazione alla tematica in oggetto, resta però da analizzare un'ultima ipotesi: quella in cui il settlor all'atto della costituzione del trust si riserva la nomina successiva del beneficiario, per poi effettuarla a mezzo di una disposizione testamentaria. In siffatta ipotesi, in maniera singolare, una vicenda effettuale - che ha origine in un atto a struttura *inter vivos* - trova compimento in un atto di ultima volontà. E' ancora all'elaborazione dottrinale formatasi con riguardo alla disposizione [dell'art. 1412 c.c.](#) che è possibile rivolgere la nostra attenzione. Invero, l'ipotesi di lavoro in oggetto presenta una rilevante differenza rispetto a quella esposta in precedenza: essendo la designazione del beneficiario operata per testamento, essa può avere effetto solo con la morte dello stipulante, con la conseguenza che solo in tal momento il diritto sorge in capo al terzo designato. In particolare, l'inefficacia prima della morte dello stipulante va riferita esclusivamente all'attribuzione in favore del terzo, mentre il contratto produce immediati effetti giuridici nei rapporti tra promittente e stipulante. La morte dello stipulante, in tal caso, non soltanto segna il momento della attribuzione, ma individua altresì il beneficiario della stessa. Nonostante parte della dottrina ne affermi la validità⁽³⁷⁾, l'opinione prevalente ritiene invalida la fattispecie negoziale appena esposta, che integrerebbe un patto successorio, benché indiretto in quanto il terzo consegue l'attribuzione per il tramite del promittente⁽³⁸⁾. Invero, come perspicuamente sottolineato in dottrina⁽³⁹⁾, il tema va affrontato su un piano assiologico e funzionale, e non meramente strutturale, in particolare valutando quali siano i motivi ispiratori del divieto dei patti successori. Laddove, infatti, si individui la *ratio* di tale divieto nell'esigenza di salvaguardare la libertà testamentaria in relazione all'individuazione del beneficiario della disposizione di ultima volontà, si dovrà coerentemente concludere che l'atto in oggetto non violi il divieto dei patti successori, in quanto lo stipulante conserva il potere di designare liberamente il terzo beneficiario *usque ad mortem*, atteso che la disposizione di designazione soggiace ai principi generali in materia testamentaria, primi tra i quali la normale revocabilità della disposizione stessa⁽⁴⁰⁾.

Il divieto dei patti successori istitutivi, tuttavia, a parere di chi scrive, ha una giustificazione di più ampio respiro, essendo teso a salvaguardare la "centralità" del volere del disponente, che si vuole scevro da ogni condizionamento e limitazione. Orbene, nel caso di stipulazione a favore di terzo da nominare con testamento, se lo stipulante rimane libero di individuare il beneficiario della attribuzione con una disposizione testamentaria per sua natura sempre revocabile e modificabile, nondimeno il congegno negoziale posto in essere lo vincola nell'attribuzione, per quanto mediata dal patrimonio del promittente. Difatti, una volta concluso il contratto, lo stipulante si impegna per patto ad effettuare una attribuzione (in favore del terzo) avente ad oggetto quanto convenuto con il promittente: può dirsi che il vincolo attiene all'*an*, restando libero lo stipulante di scegliere il terzo, e quindi il *quomodo*. Quand'anche, infatti, lo stipulante revocasse la stipulazione, avvalendosi della facoltà riconosciutagli [dall'articolo 1412 c.c.](#), la prestazione rimarrebbe a proprio favore e quindi, trattandosi di prestazione da eseguirsi dopo la morte, essa andrebbe a beneficio dei suoi eredi⁽⁴¹⁾. Lo *jus poenitendi* in tal caso appare limitato alla sola scelta del beneficiario; di contro, a far tempo dalla stipulazione del contratto, lo stipulante rimane vincolato ad effettuare l'attribuzione patrimoniale⁽⁴²⁾.

Il bagaglio concettuale acquisito con riguardo alla fattispecie del contratto a favore di terzo con prestazioni da eseguire dopo la morte dello stipulante consente di affrontare, in maniera consapevole, il tema dei limiti di "tollerabilità" del living trust da parte del nostro sistema successorio. Orbene, laddove la riserva di nomina venga dal disponente esercitata a mezzo di un atto *inter vivos*, dal trust sorgono situazioni giuridiche attuali, sia in capo al trustee (che diviene titolare di una proprietà "conformata"), sia in capo ai terzi beneficiari (i quali, a far tempo dalla nomina, conseguono un diritto di credito ad ottenere le rendite o il trust fund): la morte, lungi dal costituire la giustificazione causale del meccanismo negoziale, individua solo il momento in cui l'attribuzione debba essere eseguita. A diverse conclusioni si deve pervenire per il caso in cui il disponente eserciti la riserva di nomina attraverso una disposizione testamentaria. In tale ultima ipotesi, il meccanismo indiretto (attraverso cui si realizza il risultato liberale) appare frutto della combinazione tra un negozio *inter vivos* (l'atto istitutivo) ed una

disposizione testamentaria (attraverso cui si attua la designazione del beneficiario della disposizione); per effetto del meccanismo indiretto utilizzato, fino alla morte dell'autore della liberalità (momento in cui la disposizione testamentaria, recante la designazione del beneficiario, potrà dirsi efficace), nessuno potrà vantare diritti all'acquisto della liberalità, il che impone di ritenere che l'attribuzione patrimoniale abbia natura *mortis causa*⁽⁴³⁾.

3. Il trust testamentario: i soggetti protagonisti della vicenda trust messi a confronto con i soggetti della vicenda successoria. Il problema qualificatorio

Nelle pagine precedenti è stata analizzata la fattispecie di trust istituito per atto *inter vivos*, destinato a spiegare (parte) dei suoi effetti finali in un momento successivo alla morte del disponente. L'analisi è ora chiamata ad approfondire una diversa ipotesi di lavoro: la costituzione del trust a mezzo di testamento, espressamente prevista dall'articolo 2 della Convenzione dell'Aja. La vicenda segregativa e destinataria diviene, in tal caso, parte integrante del programma testamentario; il rinvio alla legge straniera (*professo juris*), fa sì che convivano due sistemi disciplinari: l'uno, quello della legge straniera, relativo a validità ed interpretazione dell'atto istitutivo di trust, poteri del trustee, valutazione dell'amministrazione fiduciaria; l'altro, quello di diritto interno, teso a regolare validità della scheda testamentaria, capacità del testatore, vizi del volere, tutela di diritti inderogabili quali quelli dei legittimari. La coesistenza delle due discipline presenta elementi di criticità sovente molto accentuati.

Sul piano effettuale, il trust testamentario può assumere una duplice fisionomia: il testatore può costituire il trust nello stesso testamento (costituzione diretta, alla quale saranno dedicate le successive considerazioni), ovvero fare obbligo ad eredi o legatari onerati di costituire in trust i beni loro devoluti (costituzione indiretta). In quest'ultima ipotesi, il trust nasce in forza di atto *inter vivos* che trova titolo in una obbligazione testamentaria. Laddove il trust "imposto" dal testatore non abbia beneficiari determinati (si pensi al trust di scopo), il relativo obbligo avrà natura di onere; ove, invece, si tratti di trust con beneficiari determinati, appare corretto ricondurre la disposizione ad un legato di comportamento negoziale: il beneficiario consegue, infatti, all'apertura della successione il diritto a pretendere che l'erede (o legatario) onerato stipuli un trust con atto *inter vivos*, prevedendo il soggetto indicato dal testatore quale beneficiario (di reddito o di capitale).

La fattispecie che presenta maggiori spunti di interesse è quella della costituzione diretta di trust: il testatore, nella scheda testamentaria, programma l'intera vicenda destinataria, disciplinando l'attribuzione di beni al trustee, i poteri di amministrazione fiduciaria di questo, la devoluzione di reddito o del trust fund ai beneficiari⁽⁴⁴⁾. Sia consentito, ancora, sottolineare come la possibilità, riconosciuta in dottrina, che il testamento faccia rinvio a documenti ulteriori (*relatio formale*), rende legittimo il cosiddetto trust semisegreto, che ricorre quando in un documento *a latere* vengano fissati i principi cui il trustee dovrà attenersi nella gestione fiduciaria, così "secretando" i principi gestionali.

L'apertura della legge di ratifica della Convenzione dell'Aja verso la genesi testamentaria di un trust non deve sorprendere, giacché, nel microsistema del diritto successorio, la causa destinataria diventa più volte parte integrante del regolamento negoziale *mortis causa*: è testualmente previsto che il testatore possa imprimere ai beni relitti una destinazione tipica in termini di costituzione (diretta o indiretta) di fondazione, o ancora in termini di costituzione di fondo patrimoniale. In tali fattispecie, viene imposto un vincolo di destinazione tale da incidere sul regime giuridico dei beni. Nessuno contesta, inoltre, che il testatore, una volta attribuite sostanze del suo patrimonio, possa fare obbligo all'erede o al legatario di destinarle per l'attuazione di determinate finalità, attraverso una disposizione che di regola avrà natura di *modus*, ma che potrà altresì integrare legato allorché il fine destinatorio sia dal testatore preordinato all'attribuzione di un diritto ad un soggetto determinato.

Il riconoscimento della legittimità di un trust testamentario costituisce, tuttavia, punto di partenza, e non di arrivo della nostra analisi. Invero, i problemi di coordinamento dell'istituto *de quo* con i principi di diritto successorio cominciano proprio una volta riconosciuta al testatore la possibilità di "innestare" detta vicenda nel proprio programma testamentario. La prima questione che si pone è di carattere prettamente qualificatorio. Appare intuitivo, infatti, come un simile programma presenti elementi di criticità nel confronto con le categorie tradizionali, facendo

irrompere, in un assetto successorio imperniato su figure tipiche quali erede e legatario, nuovi protagonisti, quali il trustee ed i *beneficiary*. Si può allora affermare come il primo tema sollevato dal trust testamentario sia quello dell'analisi dei diversi segmenti della vicenda destinataria attraverso gli strumenti del diritto successorio, chiedendosi in primo luogo se l'attribuzione triangolare, allorquando abbia ad oggetto una quota del patrimonio del *de cuius* o l'intero asse, consenta di ravvisare un'istituzione di erede.

Si consideri, in primo luogo, la posizione del trustee: questi, per effetto della morte del settlor, acquista la titolarità del trustfund, potendo anche conseguire ampia parte dei beni relitti dal *de cuius*. Ciò vale a renderlo erede?

Parte della dottrina, facendo ricorso alle categorie tradizionali, parla di erede istituito *cum onere*⁽⁴⁵⁾. Si ritiene, infatti, che, in ossequio ai principi generali, colui il quale consegua, per effetto del decesso di una persona, quota parte o l'intero suo patrimonio, debba definirsi erede; l'obbligo di gestire il patrimonio, di devolvere le rendite, di trasferire gli stessi beni alla scadenza del trust può essere ascritto al novero delle obbligazioni modali. Non spaventa il dato per il quale l'adempimento di tale obbligo possa estendersi all'intera consistenza economica ricevuta: nessuno dubita, infatti, che la disposizione modale possa essere tale anche da assorbire l'intero attivo conseguito dall'erede, neutralizzando così il dato economico del suo acquisto.

Ebbene, la qualificazione dell'attribuzione al trustee in termini di istituzione di erede gravata da onere non sembra in grado di cogliere le specificità funzionali della sequenza attributiva riconducibile al trust. Difatti, sia che si accolga la tesi per cui l'onere integri elemento accidentale, sia che si acquisiscano le conclusioni di altra dottrina secondo cui essa è disposizione autonoma collegata alla attribuzione patrimoniale, è innegabile la natura accessoria della disposizione stessa⁽⁴⁶⁾. Ricostruire la posizione del trustee in termini di erede *cum onere* significherebbe ritenere che l'attribuzione in suo favore sia negozio principale; l'impiego dei beni come imposto dal settlor sia disposizione accessoria. Il profilo funzionale della fattispecie che si realizza con il trust è, invece, esattamente opposto: nel programma consegnato dal testatore alla scheda testamentaria, principale è l'attribuzione al beneficiario finale; rispetto ad essa, strumentale, transitoria, ancillare è l'attribuzione al trustee. Il trust esprime, allora, un disegno funzionale che va oltre la figura del trustee, nei cui confronti il testatore non esprime alcun intento liberale e non realizza alcuna delazione.

Come detto in precedenza, nella tesi che riconosce qualità ereditaria al trustee rilevanza decisiva assume il dato per il quale l'attribuzione di quota parte del patrimonio del *de cuius* integri necessariamente un'istituzione di erede. Le conclusioni cui addiuvino siffatta impostazione si rivelano, tuttavia, poco persuasive, come testimoniato da talune, possibili ricadute applicative:

a) si faccia il caso in cui Tizio, testatore, costituisca un trust nominando trustee il fratello Caio, uomo di comprovata esperienza e professionalità; aderendo alla tesi appena esposta, Caio dovrebbe essere qualificato erede del testatore; all'apertura della successione di Tizio, tuttavia, Caio è premorto, lasciando a sé superstite il figlio minore Caietto. Applicando i principi del diritto successorio, Caietto viene alla successione di Tizio per diritto di rappresentazione: sarà lui il trustee? Se il testatore non ha previsto una sostituzione nell'incarico, si giunge al paradosso di affidare il ruolo di trustee ad un soggetto incapace; né, invero, la soluzione al problema può essere quella di far subentrare nell'incarico i rappresentanti legali del minore, e ciò, da un lato, perché trattasi di soggetti sconosciuti al testatore (che invece dovrebbero svolgere mansioni ad elevata connotazione fiduciaria), dall'altro perché non rientra certo nelle competenze e nel profilo del rappresentante legale dei soggetti incapaci lo svolgimento dei compiti del trustee;

b) si faccia ora il caso in cui il testatore Tizio istituisca un trust nominando trustee Caio cui vengono attribuiti beni di valore pari ad un mezzo del patrimonio relitto; nella restante quota viene istituito erede Mevio, estraneo alla "vicenda trust". Aderendo alla tesi che vede nel trustee un erede del testatore, si avrebbe un'istituzione ereditaria di Caio e Mevio nella quota di un mezzo ciascuno. A norma dell'art. 752 c.c., entrambi dovrebbero rispondere delle passività ereditarie in proporzione della quota rispettivamente ricevuta. Ciò implica che il trustee Caio debba rispondere di debiti ereditari quand'anche questi non abbiano alcuna attinenza con il suo incarico. Si arriverebbe, in questo modo, al risultato per il quale il trustee, da un lato, non può godere dei beni che gli vengono attribuiti (giacché questi devono essere gestiti secondo le logiche

del programma istitutivo), dall'altro dovrebbe rispondere di debiti del *de cuius* anche estranei al programma destinatorio: si tratterebbe, allora, di un erede che dalla successione riceve solo oneri, ma nessun beneficio. Ove prudenzialmente il trustee abbia accettato con beneficio di inventario, egli risponderà di detti debiti *intra vires*, e dunque con i beni costituiti in trust, esposti alle pretese di ogni creditore del *de cuius*: l'effetto segregativo del trust verrebbe, in tal modo, vanificato.

Re melius perpensa, l'attribuzione testamentaria nei confronti del trustee non ha ad oggetto un'offerta di sostanze ereditarie, ma di un incarico gestorio, per l'espletamento del quale i beni passano in titolarità (finalisticamente vincolata) del trustee. L'attribuzione patrimoniale è mezzo a fine per la realizzazione di un più ampio disegno. Si è detto nei precedenti paragrafi che quella del trustee è una proprietà conformata, ossia programmaticamente destinata ai beneficiari finali, temporaneamente esercitata nel loro interesse: proprio siffatto interesse, invero, da un lato giustifica, dall'altro limita la proprietà del trustee, costituendo "spina dorsale" della vicenda segregativa⁽⁴⁷⁾. La qualificazione del trustee in termini di erede *cum onere* rischia di travisare la stessa causa del programma negoziale divisato dal testatore. Nella volontà del *de cuius*, è il beneficiario finale ad essere destinatario di una attribuzione patrimoniale. In dottrina, si è parlato di una delazione sospesa⁽⁴⁸⁾ nei suoi confronti: sospesa, e non semplicemente differita, in quanto essa risentirà necessariamente, nella sua entità, dei risultati della gestione fiduciaria del trustee. Né, invero, alcun pregio argomentativo può essere riconosciuto al richiamo all'erede fiduciario di cui [all'art. 627 c.c.](#), nel qual caso l'obbligazione di trasferimento gravante sul fiduciario degrada a mera obbligazione naturale, giuridicamente incoercibile⁽⁴⁹⁾.

Un ulteriore tentativo di leggere l'attribuzione al trustee attraverso i canoni tradizionali conduce parte della dottrina a spiegare il dato dell'affidamento gestorio ricorrendo all'istituto dell'esecutore testamentario⁽⁵⁰⁾. Gli elementi comuni tra le due figure vengono individuati nell'instaurarsi, per volontà del testatore, di un ufficio di diritto privato con connotazioni fiduciarie.

Facendo nostre le conclusioni cui è addivenuta la dottrina che si è occupata *ex professo* del tema⁽⁵¹⁾, può dirsi che l'assimilazione tra le figure del trustee e dell'esecutore testamentario possa valere, al più, sul piano descrittivo, rimanendo numerose le distanze tra i due incarichi.

Basti pensare che la funzione gestoria, "causa" dell'attribuzione al trustee, non è elemento essenziale all'attività dell'esecutore, tant'è che, a norma [dell'art. 703 c.c.](#), comma II, il testatore la può escludere. Inoltre, quand'anche all'esecutore siano riconosciute funzioni gestorie, queste rispondono a principi profondamente diversi: l'esecutore, infatti, diversamente dal trustee, da un lato, subisce il concorrente potere dispositivo degli eredi, dall'altro, sconta un preventivo controllo da parte dell'autorità giudiziaria in sede di volontaria giurisdizione per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, a meno che l'atto non sia stato preventivamente autorizzato dal testatore.

Diversa è, altresì, la vicenda effettuale dell'agire gestorio. Invero, il dato per il quale il trustee consegua la proprietà (benché "conformata") del trust fund ha importanti ripercussioni sul profilo effettuale del suo agire, giacché detta attività produce conseguenze immediate sulla sua sfera giuridica, per quanto le stesse siano riferibili ad una "massa patrimoniale separata". L'attività di gestione dell'esecutore, al contrario, produce effetti in un diverso patrimonio, salva l'eventualità che l'esecutore sia egli stesso erede o legatario. Come conseguenza dell'assenza di un diritto di proprietà sui beni ereditari, il possesso dell'esecutore non può durare più di un anno dalla accettazione della nomina, salvo che l'autorità giudiziaria ne prolunghi la durata per un altro anno a norma [dell'art. 703, comma 3, c.c.](#)

Volendo trarre un primo bilancio delle considerazioni sin qui svolte, emerge in maniera chiara l'estrema problematicità di una ricostruzione che rimanga fedele ai principi del diritto successorio. Invero, riflettendo sulla vicenda effettuale ingenerata dal trust, appare evidente che la attribuzione al trustee trovi causa unicamente nel trust e con esso vada giustificata. Scomporre la vicenda trust nei suoi diversi elementi significa offrirne una lettura atomistica che vede irrimediabilmente sbiadito, sul piano funzionale, il significato dell'intera operazione. Se, in altri termini, l'attribuzione al trustee è il primo segmento di una più ampia operazione negoziale,

non è consentito all'interprete dare a questa attribuzione una giustificazione causale avulsa dal più ampio disegno in cui essa si colloca. Detta attribuzione presenta profili di originalità che la rendono irriducibile sia al paradigma della delazione a titolo di erede o legato, sia all'istituto dell'esecutore testamentario. Trattasi, allora, di un nuovo *genus* di disposizione testamentaria: nella vicenda successoria si assiste alla formazione di un patrimonio affetto da vincolo di destinazione costituente la risultante di due negozi unilaterali, tra loro funzionalmente collegati: a) il negozio istitutivo, b) il negozio dispositivo di dotazione patrimoniale⁽⁵²⁾.

L'aver escluso che l'acquisto del trustee segua logiche successorie impone di ritenere che l'eventualità della mancata assunzione dell'incarico debba trovare disciplina non già nel "microsistema" di cui al Libro II del codice civile, bensì nelle regole proprie del trust. Se, invero, il trustee non è erede, non essendoci alcuna delazione in suo favore, il rifiuto dell'incarico non può essere letto in termini di rinuncia all'eredità, e pertanto non è possibile applicare la disciplina di cui agli articoli 519 e ss. c.c. Ma, profilo quanto mai stimolante, l'allocatione del trust fund non potrà neppure trovare disciplina nei meccanismi, tipicamente successorii, di sostituzione, rappresentazione, accrescimento, giacché tali istituti presuppongono una vocazione o una delazione ereditaria che, nel caso di specie, non c'è. Ecco allora come, avendo titolo il trasferimento strumentale al trustee nel trust stesso, sarà in tale istituto che dovranno essere trovate le risposte in ordine alla sorte del trust fund in caso di mancata assunzione dell'incarico da parte del trustee. Non a caso, l'articolo 8 della Convenzione prevede che la legge scelta dal costituente dovrà, tra l'altro, regolamentare "*la nomina, le dimissioni, la revoca del trustee ... la trasmissione delle funzioni*". Il mancato conseguimento dell'incarico da parte di costui è, allora, tema che attiene al diritto dei trusts, e non al diritto successorio.

Rimane da chiarire la posizione del beneficiario finale. Indubbiamente, l'attribuzione in suo favore è vivificata da un intento liberale da parte del disponente. In caso di trust *inter vivos*, detta attribuzione può essere qualificata in termini di donazione indiretta⁽⁵³⁾: trattasi, infatti, di una attribuzione liberale che si realizza attraverso congegni negoziali diversi dall'atto di donazione ma che mira a "premiare" il beneficiario finale dell'attribuzione. Nel caso di trust testamentario, la difficoltà ricostruttiva nasce dal dato per il quale, per volontà del testatore, un soggetto riceve sostanze da un patrimonio che non è del *de cuius*, ma di un terzo soggetto, il trustee, la cui gestione avrà, peraltro, reso quelle sostanze di regola diverse (sul piano quantitativo o qualitativo) da quelle "uscite" dal patrimonio del testatore. L'attribuzione del trust fund viene, pertanto, "deviata" dalla connotazione triangolare del trust, di talché, sul piano tecnico giuridico, il beneficiario finale è avente causa dal trustee. Le considerazioni innanzi espresse escludono, invero, che il beneficiario finale possa essere qualificato erede, quand'anche egli consegua, per effetto della disposizione testamentaria, una quota del patrimonio del testatore. A testimonianza di ciò, egli non risponde delle passività ereditarie, né il suo acquisto ha alcuna capacità espansiva. L'estrema elasticità dell'area dei legati può indurre a ritenere che il beneficiario sia legatario. Trattasi, invero, di disposizione che non realizza *recta via* una attribuzione dal disponente al beneficiario finale; è un legato il cui profilo effettuale necessita della cooperazione del trustee. Per i beneficiari di reddito, il pensiero va legato di credito. Quanto al beneficiario finale, va ricordato che, quanto meno nella configurazione esposta nelle considerazioni iniziali, alla scadenza del trust egli non consegue automaticamente la titolarità del trust fund, necessitando a tal fine un atto traslativo *solutionis causa* da parte del trustee. Evocando categorie più vicine alla nostra cultura giuridica, può dirsi che il trust non instaura, per il beneficiario, una vicenda ad effetti reali differiti, bensì una fattispecie obbligatoria. Appare congruo, allora, qualificare la delazione sospesa al beneficiario finale in termini di legato di comportamento negoziale. Per effetto della disposizione testamentaria, il beneficiario consegue il diritto a che il trustee ponga in essere l'atto di adempimento traslativo alla scadenza del trust.

4. Trust testamentario e divieto di sostituzione fedecommissaria

Le conclusioni raggiunte in ordine alla ricostruzione della vicenda effettuale del trust testamentario consentono di affrontare una delle più risalenti questioni in materia: i rapporti con la sostituzione fedecommissaria. Giova ricordare come, per effetto della riforma del diritto di famiglia del 1975, l'unica forma di fedecommissato oggi consentita sia rappresentata dal cosiddetto "fedecommissato assistenziale", nella quale ipotesi viene istituito un soggetto

interdetto o interdicendo, figlio, discendente o coniuge del *de cuius*, ed il sostituto è la persona fisica o giuridica che gli abbia prestato assistenza; ai sensi della disposizione dell'art. 692 c.c., in ogni altro caso la disposizione è nulla⁽⁵⁴⁾.

Invero, l'aver escluso che la costituzione in trust implichi delazione in favore del trustee preclude in radice la possibilità di ravvisare, nella fattispecie *de qua*, quella duplice delazione in ordine successivo in cui si sostanzia la sostituzione fedecommissaria. Il tema merita, tuttavia, ulteriore approfondimento, se non altro perché il disposto dell'articolo 692 c.c. è stato a lungo interpretato quale norma di sbarramento al trust testamentario nel nostro ordinamento.

Sia consentito, allora, richiamare in questa sede i tratti fisionomici della sostituzione fedecommissaria, tradizionalmente ravvisati nella doppia delazione di ordine successivo, con obbligo per l'istituito ("primo delato") di conservare quanto ricevuto per "restituirlo" alla sua morte al soggetto sostituito⁽⁵⁵⁾.

Invero, nella disposizione testamentaria è possibile ravvisare una duplice attribuzione, in forza della quale la titolarità dei medesimi beni viene trasmessa a due distinti soggetti, l'istituito ed il sostituto. Questi ultimi assumono entrambi la qualità di eredi o legatari del testatore, ma non contemporaneamente, e ciò in quanto il sostituto succede alla morte dell'istituito. Si suole affermare, al riguardo, come nel fedecommissario, diversamente da quanto accade nella sostituzione ordinaria, la seconda delazione, per potersi attivare, presuppone la piena operatività della prima, alla quale succede in ordine di tempo. Per comune opinione, la seconda delazione è sottoposta alla *condicio juris* della sopravvivenza del sostituto all'istituito nonché, nel fedecommissario assistenziale, della cura dell'incapace. Alla morte dell'istituito la vicenda successoria dell'originario *de cuius* non può dirsi conclusa, giacché, all'esaurimento della prima delazione, acquista efficacia la seconda.

Profondamente diversa è, invero, la vicenda effettuale che trae origine dal trust testamentario. In siffatta ipotesi, la disposizione testamentaria dà origine ad un'unica delazione, diretta a vantaggio del beneficiario finale, per la realizzazione della quale, in una progressione triangolare, il settlor si avvale dell'intermediazione del trustee: questi, si è detto, riceve dal testatore non un'attribuzione liberale, ma un incarico fiduciario, per l'espletamento del quale consegue una proprietà finalisticamente destinata; alla scadenza del trust, il trustee dovrà trasferire al beneficiario i beni quali risultano dalla sua gestione dinamica. Il beneficiario, pertanto, benché delato del settlor, è avente causa (per atto *inter vivos*) dal trustee stesso⁽⁵⁶⁾.

Dalle differenze appena esposte è dato desumere numerosi corollari:

a) diversa posizione giuridica dell'istituito nel fedecommissario rispetto al trustee: l'aver configurato la delazione a beneficio del "secondo chiamato" come sottoposta alla *condicio juris* della sopravvivenza del sostituto all'istituito nonché, nel fedecommissario assistenziale, della cura dell'incapace, ha nella ricostruzione della dottrina prevalente, quale immediata conseguenza, la configurazione dell'istituto quale titolare di una proprietà risolubile⁽⁵⁷⁾. Benché, in omaggio a lunga tradizione, si parli di "obbligo di conservare e restituire", l'espressione non appare corretta in alcuno dei suoi due termini: non c'è autentico obbligo di conservazione, giacché un eventuale atto posto in essere dall'istituito in mancanza delle necessarie autorizzazioni sarà invalido; non c'è obbligo di restituzione, in quanto alla morte dell'istituito, verificatasi la *condicio juris*, il bene passa *ipso jure* in titolarità del chiamato in sostituzione⁽⁵⁸⁾. Durante la vigenza della delazione in suo favore, la figura dell'istituito è caratterizzata da due posizioni giuridiche diverse: egli, da un lato, è titolare di una proprietà risolubile, da cui discendono poteri di godimento dei beni oggetto di delazione, dall'altro è amministratore della proprietà piena destinata al sostituto, e come tale è titolare di un ufficio di diritto privato. In questa seconda posizione giuridica, e cioè quale amministratore di beni altrui (*rectius*, destinati a terzi), egli, munendosi delle necessarie autorizzazioni, può porre in essere atti dispositivi aventi ad oggetto i beni ereditari.

Il trustee è titolare non già di una proprietà risolubile, ma di una proprietà "conformata" in quanto funzionalmente avvinta da un vincolo di destinazione che rende i beni che ne sono oggetto "massa separata" nella sfera patrimoniale del trustee. Alla scadenza del trust, non essendoci proprietà risolubile, e dunque non verificandosi alcuna condizione, i beni non passano automaticamente nella sfera del beneficiario finale: a tal fine, occorre un atto traslativo *solutionis*

causa da parte del trustee. Dunque, mentre nel fedecommesso il sostituto acquista *mortis causa* dal testatore, e non dall'istituito, nel trust il beneficiario acquista dal trustee per effetto di un atto *inter vivos*;

b) diversa posizione giuridica del chiamato in sostituzione rispetto al beneficiario finale: il primo, durante la vigenza del fedecommesso (*id est*, durante la vita dell'istituito), è titolare di una aspettativa giuridicamente tutelata; il secondo, sin dalla costituzione del trust, è titolare di un diritto di credito attuale nei confronti del trustee, immediatamente azionabile e trasferibile a terzi;

c) parametro dell'"obbligo di conservare per restituire": detta formula (che, pur definendo icasticamente il fedecommesso, non è corretta per le considerazioni innanzi espresse) è del tutto fuori luogo in caso di trust: il trustee non ha obbligo di conservare perché la sua gestione fiduciaria gli consente anche atti di disposizione funzionalmente orientati ai fini del trust: trattasi, infatti, di gestione dinamica, e non meramente conservativa. Per la dinamicità che connota la vicenda trust, il beneficiario finale non ha, di regola, diritto a ricevere gli stessi beni costituiti in trust dal settlor, ma il corrispondente valore economico (*exchange products*) derivante dal reimpiego di quelli iniziali⁽⁵⁹⁾. Di contro, diversamente dall'istituito nella sostituzione fedecommissaria, il trustee non ha alcuna facoltà di godimento dei beni costituiti in trust, godimento di cui dovrà pertanto rispondere quale violazione del mandato fiduciario;

d) differenza di ordine funzionale: le differenze fisionomiche tra i due istituti costituiscono, invero, espressione di una marcata differenza di ordine funzionale. Nel trust, infatti, non ricorre alcuna delle ragioni tradizionalmente poste a fondamento del divieto di sostituzione fedecommissaria: non l'esigenza di evitare che venga compressa la libertà di testare del soggetto istituito, giacché per definizione i beni costituiti in trust sono estranei alla successione del trustee. Non c'è, inoltre, l'esigenza di evitare limiti intollerabili alla circolazione dei beni, proprio in ragione del fatto che il trustee ha il potere di disporre dei beni, con spostamento del vincolo di destinazione sui valori conseguiti (surrogazione)⁽⁶⁰⁾;

e) segregazione patrimoniale: in dottrina⁽⁶¹⁾ è stata ravvisata una ulteriore differenza tra i due istituti, sul piano della segregazione patrimoniale. Invero, in caso di fedecommesso, l'art. 695 c.c. prevede che "*i creditori personali dell'istituito possono agire soltanto sui frutti dei beni che formano oggetto della sostituzione*". A tutela delle aspettative del sostituto, si verifica l'insensibilità del patrimonio ereditario alle pretese dei creditori personali dell'istituito: detto patrimonio sarà esposto esclusivamente alle pretese dei creditori ereditari, i quali, peraltro, non potranno agire sui beni personali dell'istituito giacché, trattandosi di soggetto incapace nel fedecommesso assistenziale, questi avrà accettato con beneficio di inventario. Dunque, nel caso di specie: a) i beni ereditari sono aggredibili dai soli creditori ereditari, non dai creditori dell'istituito; b) attesa l'accettazione con beneficio di inventario, i creditori ereditari non potranno rivolgere le proprie pretese sui beni personali dell'istituito. Nel trust la segregazione appare di più ampia portata, giacché i beni costituiti in trust diventano insensibili alle pretese non solo dei creditori del trustee, ma altresì a quelle dei creditori del disponente testatore.

5. Trust e tutela dei legittimari

5.1. La costituzione in trust della quota di legittima

Ricostruiti i principali effetti prodotti dal trust testamentario, occorre ora analizzare il delicato tema della tutela dei legittimari: nel nostro sistema successorio, l'autonomia del testatore si deve costantemente confrontare con posizioni riservate; ove detta autonomia acquisisce caratteri di originalità rispetto alle categorie concettuali del nostro ordinamento, appare estremamente interessante verificare se i rimedi tradizionalmente offerti a tutela dei diritti dei legittimari mantengano attualità ed efficacia. Sullo sfondo, emergono le disposizioni della Convenzione dell'Aja, richiamate al principio di questo lavoro, in forza delle quali la Convenzione stessa non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge che, secondo i principi di diritto internazionale privato, è competente a regolare le materie su cui il trust è destinato ad interferire (art. 15, con esplicito riferimento alle norme sulla successione necessaria), potendo le sue disposizioni essere disattese qualora l'applicazione si riveli in contrasto con i principi di ordine pubblico (art. 18).

Le possibili interferenze tra il trust testamentario e la materia dei legittimari inducono a trattare distintamente due ipotesi: il trust, infatti, può essere orientato a beneficio del legittimario stesso,

oppure a vantaggio di terzi, con possibile lesione "quantitativa" dei diritti riservati ai più stretti congiunti, che rimangono in tal caso estranei al disegno destinatorio.

Si faccia, in primo luogo, il frequente caso in cui il testatore intenda istituire in trust beni costituenti la quota di legittima del beneficiario finale. Il pensiero va all'ipotesi in cui il disponente abbia un figlio minore, o incapace, ed intenda utilizzare lo strumento del trust a tutela di soggetti deboli.

Il programma consegnato alla scheda testamentaria prevede che, all'apertura della successione, il legittimario consegua un diritto di credito (a che il trustee, alla scadenza del trust, gli trasferisca il trust fund), tradendo così le aspettative ad una *pars bonorum* e realizzando quella conversione del diritto reale alla legittima in diritto di credito che il nostro ordinamento non consente. La disposizione che vincoli in trust la quota di legittima deve, a parere di chi scrive, ritenersi nulla a norma dell'art. 549 c.c.⁽⁶²⁾, quanto meno in mancanza di clausole che riconoscano al beneficiario finale il diritto di pretendere immediatamente dal trustee la *trust property*, ponendo fine anticipatamente al trust⁽⁶³⁾.

Giova rilevare, in questa sede, come il divieto di pesi e condizioni previsto dalla richiamata disposizione, per comune opinione, debba intendersi non già limitato all'onere e a disposizioni condizionali in senso tecnico, ma esteso ad ogni disposizione che diminuisca, *vel in quantitate vel in tempore*, i diritti riservati ai legittimari, "o comunque modifichi la loro posizione giuridica rispetto ai beni assegnati alla riserva oppure li assoggetti a vincoli in ragione dell'attribuzione di tali beni"⁽⁶⁴⁾. La norma in oggetto appare, dunque, finalizzata a colpire qualsiasi disposizione che, pur non incidendo sul valore quantitativo della legittima, limiti il pieno godimento e la libera disponibilità dei beni attribuiti al legittimario (disposizione *intenzionalmente lesiva* dei diritti riservati). Si parla, al riguardo, di una lesione qualificata della legittima, che viene pregiudicata nella consistenza giuridica ed economica⁽⁶⁵⁾.

Siffatti caratteri, invero, ricorrono nel caso in cui il testatore vincoli in trust la quota di legittima: al legittimario sarebbe sottratta la disponibilità attuale e lo stesso godimento dei beni, affidati alla gestione fiduciaria del trustee, con evidente lesione del diritto alla legittima in piena proprietà. Secondo la ricostruzione proposta in precedenza, all'apertura della successione, una disposizione di tal genere assegnerebbe al legittimario un diritto di credito ad ottenere il trasferimento del trust fund alla scadenza prevista (si è parlato, in precedenza, di legato di comportamento negoziale, in una accezione del tutto peculiare). Si verifica, pertanto, la degradazione del diritto reale alla legittima in diritto obbligatorio, non consentita dal nostro sistema successorio.

Ciò chiarito, l'analisi è chiamata ora a verificare se vi siano ipotesi ricostruttive in cui la costituzione in trust di beni costituenti la legittima possa dirsi lecita.

Viene in considerazione, in primo luogo, il caso di trust con funzione divisionale: l'ipotesi è quella in cui il testatore abbia figli minori, costituisca beni in trust, attribuendo al trustee (accanto alle mansioni gestorie che connotano il suo "ufficio") il compito di procedere a divisione al raggiungimento della maggiore età del più giovane dei figli. Nella fattispecie così delineata, la disposizione ha un profilo funzionale più complesso ed articolato di quello finora analizzato. In tal caso, infatti, la costituzione in trust è finalizzata: a) alla gestione fiduciaria dell'asse nel periodo di tempo che precederà le operazioni divisionali; b) alla segregazione delle posizioni soggettive in tale periodo; c) all'attribuzione al trustee del compito di realizzare il disegno distributivo. La costituzione in trust appare, in tale ipotesi, funzionalmente preordinata al fine divisionale.

Invero, alla liceità dell'operazione conduce il comma II dell'art. 549 c.c.: in detta norma, infatti, il legislatore, una volta sancito il divieto di porre pesi e condizioni sulla legittima, fa salve le disposizioni divisionali, creando così un "ombrello protettivo" per tutte quelle disposizioni finalizzate all'apporzionamento, anche quando esse investano legittimari. Il trust, quale espressione di una disegno distributivo, ben può essere ricondotto all'assegno divisionale semplice ex art. 733 c.c. (pur in una accezione ampia dello stesso), potendosi pertanto estendere allo stesso la clausola di salvezza di cui all'art. 549 c.c. ultima parte.

Ulteriore possibilità operativa è quella in cui il testatore costituisca in trust taluni beni e li attribuisca al legittimario a titolo di legato in sostituzione di legittima ex [art. 551 c.c.](#) I rapporti tra tale istituto ed il divieto di pesi e condizioni risentono, infatti, di nuove posizioni assunte in dottrina, tese a valorizzare l'originalità funzionale della disposizione a tacitazione dei diritti riservati.

Esponendo in estrema sintesi il dibattito dottrinale, può dirsi che secondo l'opinione tradizionale, trattandosi di legittima in forma di legato, nel "disegnare" la disposizione tacitativa il testatore dovrà rispettare i limiti imposti in generale alla formazione della quota di riserva, ivi incluso il divieto di pesi e condizioni⁽⁶⁶⁾, non potendo condurre a diverse conclusioni il dato per il quale il legittimario consegua la legittima a titolo di "legatario in sostituzione" e non di erede. Portata determinante viene riconosciuta alla lettera [dell'art. 551 c.c.](#), nella parte in cui dispone che il legato sostitutivo gravi sulla quota indisponibile, il che conferma la natura di legittima, benché in una veste peculiare (a titolo di legato) dell'attribuzione così operata. A fronte di tale tesi, si registra in dottrina il formarsi di un ampio orientamento di segno contrario⁽⁶⁷⁾, il quale, appellandosi al carattere tacitativo della attribuzione, ne sottolinea l'autonomia ontologica: trattasi di disposizione che sostituisce, e non integra la legittima. Essendo la tacitazione operata a mezzo di legato, in mancanza di limitazioni desumibili dalla lettera della norma, detto legato potrà avere effetti reali o obbligatori, e potrà altresì essere gravato da modalità di vario genere: la disposizione tacitativa non soggiace, pertanto, al divieto di cui [all'art. 549 c.c.](#) Accogliendo detta impostazione, sarebbe ammissibile la costituzione in trust di beni destinati al legittimario, ove detta costituzione sia preordinata ad una attribuzione sostitutiva a norma [dell'art. 551 c.c.](#)-

Una terza ipotesi ricostruttiva è quella di una disposizione che riproduca, sul piano effettuale, il meccanismo operativo della cautela sociniana quale "disegnato" [dall'art. 550 c.c.](#); il testatore attribuisce al legittimario beni di valore più ampio della legittima (in ipotesi, legittima e disponibile), a condizione che accetti la costituzione in trust della quota di riserva, libero essendo il legittimario di optare per una disposizione quantitativamente più limitata (alla sola legittima) ma senza alcun vincolo. Giova rilevare, in questa sede, come l'utilizzo del meccanismo condizionale "in funzione sociniana", quale strumento riconosciuto al testatore per diversificare il trattamento successorio del legittimario, sia stato affermato da autorevole dottrina⁽⁶⁸⁾.

[5.2 Il trust a beneficio di terzi "quantitativamente lesivo" dei diritti del legittimario](#)

La costituzione di beni in trust può, altresì, rivelarsi, all'apertura della successione, lesiva dei diritti dei legittimari: in tale ipotesi operativa, il legittimario è "terzo" rispetto alla vicenda trust, e l'attribuzione patrimoniale che nel trust trova titolo lede quantitativamente i suoi diritti. Sia consentito sottolineare la differenza di questa seconda ipotesi di lavoro rispetto alla prima: nel caso analizzato in precedenza, la costituzione in trust premia il legittimario (beneficiario finale), ma gli assegna beni finalisticamente vincolati ad uno scopo (di talché, secondo le conclusioni della dottrina prevalente, il congegno negoziale posto in essere assegna al legittimario, all'apertura della successione, un diritto di credito); in questa seconda ipotesi ricostruttiva il legittimario è fuori dal disegno del trust, non essendo né beneficiario di reddito, né beneficiario finale. Si pone, allora, il problema di stabilire come reagire alla lesione quantitativa cagionata dal trust.

In argomento, pur consapevoli dell'estrema eterogeneità dei percorsi argomentativi sviluppati in sede dottrinale, appare possibile isolare, e rendere oggetto di analisi, due differenti posizioni: secondo una prima tesi, il trust lesivo dei diritti del legittimario è nullo; altro orientamento, "attraendo" simile fattispecie entro gli ambiti dei principi generali in materia di tutela della legittima, affida all'azione di riduzione la reazione del legittimario leso, onde far dichiarare l'inefficacia del trust. Di estremo interesse sono le argomentazioni poste a sostegno delle due differenti teorie.

Autorevole dottrina⁽⁶⁹⁾ sottolinea l'estrema problematicità, sul piano tecnico - giuridico, cui darebbe luogo l'azione di riduzione, ed appellandosi ad una tale difficoltà conclude nel senso che non questa azione, bensì quella di nullità appare congrua alla tutela della legittima. Si faccia il caso in cui la successione del disponente si apra quando il trust è ancora "in esecuzione", e dunque i beni che ne formano oggetto si trovano nella sfera giuridica del trustee. Ebbene, nota

questa dottrina, i legittimari potrebbero astrattamente agire in riduzione contro il trustee o contro il beneficiario: *"il primo obietta di non essere il giusto convenuto, perché egli non ha ricevuto nulla a titolo di liberalità, mentre il secondo obietta di non aver ancora ricevuto nulla ad alcun titolo: tra l'altro, egli fa osservare, i beni in trust potrebbero perire o ridursi radicalmente di valore ed egli potrebbe nulla o ben poco ricevere"*⁽⁷⁰⁾. Le difficoltà cui condurrebbe l'esperimento dell'azione di riduzione inducono tale dottrina a fare applicazione dell'art. 13 della Convenzione, negando il riconoscimento al trust lesivo. Difatti, se è vero che l'art. 15 della Convenzione dispone che il riconoscimento del trust non preclude l'applicazione delle norme inderogabili, tra le quali quelle a protezione dei legittimari, è pur vero che tali norme, una volta applicate, non raggiungono il risultato voluto: benché astrattamente proponibile, l'azione in oggetto si rivela inefficace, producendo pertanto il trust effetti che i rimedi tradizionalmente offerti dal nostro ordinamento non riescono a rimuovere. La soluzione proposta è, come detto, quella del mancato riconoscimento del trust, cui consegue il difetto di una giustificazione causale dell'attribuzione dal disponente al trustee e, dunque, la declaratoria di nullità: *"il non riconoscimento significa non applicazione della legge straniera: il negozio istitutivo del trust si trova allora sottoposto alla legge italiana e in base ad essa il trust è nullo"*⁽⁷¹⁾.

La tutela del legittimario, dinanzi ad un trust "quantitativamente lesivo", sarebbe affidata ad una sanzione, quella di nullità, estremamente più forte rispetto all'azione di riduzione. Trattasi, infatti, di azione che può essere proposta da chiunque vi abbia interesse, imprescrittibile, le cui conseguenze sono quelle di far rientrare nel patrimonio del *de cuius* tutte le attribuzioni operate, e dunque anche quelle gravanti sulla disponibile, e come tali non lesive di legittima.

Le posizioni appena esposte inducono ad adeguata riflessione, che a parere di chi scrive non può prescindere da una attenta considerazione di alcune conseguenze cui le tesi stesse danno luogo. In primo luogo, si consideri il caso di trust liberale *inter vivos* che, all'apertura della successione, si riveli lesivo della quota di legittima. Ebbene, necessariamente in tal caso il giudizio di nullità andrebbe formulato non al momento della conclusione del trust, ma all'apertura della successione, giacché solo in tal momento può affermarsi il carattere lesivo della disposizione. In simili ipotesi, la validità del trust, riconosciuta al momento della sua conclusione, dovrebbe essere disconosciuta al decesso del settlor, realizzandosi una ipotesi di nullità sopravvenuta (verrebbe da dire, postuma) difficilmente riconducibile entro l'alveo dei principi tradizionali. Esprimendo in altri termini lo stesso concetto, può affermarsi che in simile ipotesi, le maglie dei principi inderogabili del nostro ordinamento prima si aprono, riconoscendo effetti ad un trust "non ancora" lesivo, poi dovrebbero chiudersi, alla morte del disponente, "espungendo" dal nostro ordinamento un trust che ormai già vi è entrato. L'effetto perverso darebbe luogo a problemi difficilmente risolvibili, se solo si pensi ai temi della caducità degli effetti medio tempore prodotti e dell'affidamento dei terzi.

A ciò si aggiunga un'ulteriore considerazione, valida sia per il trust liberale *inter vivos* sia per quello testamentario: nel nostro sistema successorio, la disposizione quantitativamente lesiva dei diritti del legittimario non è, di per sé, invalida, ma diventa inefficace all'esito dell'azione di riduzione da parte del legittimario leso o pretermesso. In un delicato equilibrio tra rispetto della volontà del testatore (o comunque dell'autore della liberalità) e tutela dei diritti riservati, l'ordinamento non dà un giudizio immediato di disvalore rispetto alla disposizione lesiva, ma attende la libera scelta del legittimario in ordine alla tutela in sede giudiziaria. Anche sotto questo profilo, la sanzione della nullità, anticipando la reazione dell'ordinamento, sembra non in linea con il sistema successorio. Proprio quei principi di ordine pubblico e quelle norme imperative, richiamate a sostegno della nullità, disegnano un sistema di tutela dei diritti del legittimario che trova nell'azione di riduzione la reazione dell'ordinamento a disposizioni lesive di diritti riservati⁽⁷²⁾. Non appare congruo, pertanto, che il legittimario - il quale sia stato leso da un trust - abbia tutela diversa e maggiore del legittimario leso da qualsivoglia altra disposizione. Sembra potersi affermare, pur consapevoli dell'estrema complessità della materia e dell'autorevolezza delle opinioni contrarie, che la lesione di legittima non operi a monte, impedendo il riconoscimento della disposizione da parte del nostro ordinamento, ma importi una reazione alla disposizione lesiva in linea con i principi generali, e dunque affidata all'azione di riduzione⁽⁷³⁾.

Raggiunta questa conclusione, si rende tuttavia necessario assumere posizione sulle problematiche, di ordine tecnico giuridico, evidenziate dalla tesi esposta in precedenza e relative ai meccanismi operativi dell'azione di riduzione: contro quale soggetto la stessa andrà esperita? E quali beni saranno "recuperati" all'asse ereditario?

Le scelte ricostruttive operate nelle precedenti pagine si rivelano determinanti nel dare risposta a simili interrogativi. Si è detto che il trustee è fuori da qualsivoglia delazione, che si dirige invece in direzione del beneficiario finale. Ciò induce chi scrive a ritenere che legittimato passivo dell'azione di riduzione sia quest'ultimo, e ciò non solo quando il trust abbia già esaurito i propri effetti, ma altresì nell'ipotesi, invero più problematica, in cui il programma destinatorio sia ancora *in itinere* ed i beni, che ne formano oggetto, siano ancora in titolarità del trustee. Se, invero, il trust esprime un disegno liberale unicamente rivolto al beneficiario, l'azione di riduzione non può avere quale legittimato passivo un soggetto diverso, temporaneamente titolare dei beni usciti dal patrimonio del disponente, quale è il trustee⁽⁷⁴⁾. Detta azione andrà comunque rivolta nei confronti del beneficiario finale, rendendo inefficace l'attribuzione in suo favore del diritto ad ottenere la *trust property* alla scadenza del trust: venuto meno il diritto di credito del beneficiario, l'attribuzione patrimoniale a favore del trustee viene privata di causa, e dunque il legittimario istante potrà recuperare i beni costituiti in trust⁽⁷⁵⁾.

Altro rilevante problema da approfondire è quale sia l'oggetto della riduzione nei frequenti casi in cui non vi sia coincidenza tra beni costituiti in trust e beni attribuiti al beneficiario finale (e dunque tra ciò che esce dal patrimonio del testatore e ciò che entra nel patrimonio del beneficiario), in ragione dei possibili effetti surrogatori conseguenti alla gestione fiduciaria del trustee.

La qualificazione in termini di donazione indiretta del trust liberale *inter vivos* consente di richiamare, in questa sede, le conclusioni raggiunte dalla dottrina in ordine agli esiti dell'azione di riduzione se proposta nei confronti di liberalità non donative⁽⁷⁶⁾. L'argomento, quanto mai interessante, può essere in questa sede soltanto accennato, rinviando a contributi specialistici per un approfondimento dello stesso.

La richiamata dottrina parte dalla considerazione del normale effetto dell'azione di riduzione con riferimento alle donazioni dirette: tale azione produce una sopravvenuta inefficacia ex tunc della donazione, il che giustifica la successiva azione di restituzione nei confronti del donatario, in ragione del venir meno della causa giustificativa dello spostamento patrimoniale. All'esito dell'impugnativa negoziale, rispetto al legittimario istante l'oggetto della liberalità si considera come mai uscito dal patrimonio del disponente. La tutela del legittimario viene affidata ad azioni con finalità "recuperatorie".

Un tale modello entra, tuttavia, in crisi allorquando la liberalità sia il risultato di una donazione indiretta, come nelle ipotesi di intestazione di beni a nome altrui o di contrattazione in favore del terzo. In tali ipotesi, infatti, non vi è coincidenza tra depauperamento del donante ed arricchimento del donatario. L'azione di riduzione, se congegnata secondo i suoi ordinari caratteri, rendendo inefficace l'acquisto del terzo, farebbe entrare nel patrimonio del donante un bene che non vi ha mai fatto parte, andando quindi oltre i suoi scopi tipici⁽⁷⁷⁾. Difatti, posto che a seguito del vittorioso esperimento dell'azione *de qua* il legittimario consegue il titolo di erede, tale titolo non può giustificare causalmente il passaggio dei beni dal donatario indiretto al legittimario, non potendosi riconoscere natura ereditaria ai beni oggetto di liberalità. L'azione di riduzione non può produrre, dunque, alcun effetto recuperatorio. Alla stregua di simili argomentazioni, si è affermato che, se si vuole preservare a detta azione il carattere di azione di ricomposizione del patrimonio del disponente, essa dovrà recuperare il valore dell'investimento operato dal donante, *id est* l'equivalente economico dell'attribuzione oggetto di liberalità indiretta. L'esito positivo dell'azione di riduzione fa, allora, sorgere un diritto di credito pecuniario che il legittimario istante potrà far valere nei confronti del beneficiario della liberalità non donativa⁽⁷⁸⁾. Simili conclusioni, a parere di chi scrive, possono essere proposte anche nel caso di trust liberale con attribuzione al beneficiario di beni diversi rispetto a quelli costituiti in trust: esperita vittoriosamente l'azione di riduzione, il legittimario avrà diritto ad ottenere l'equivalente in denaro dell'investimento operato dal disponente in sede di costituzione del trust.



-
- (1) A. Pischetola, *Il trust quale strumento per la successione generazionale dell'impresa, in comparazione anche con i patti successori*, in *Vita not.*, 2010, 3, 961.
- (2) Con la ratifica della Convenzione dell'Aja, non si è introdotto nel nostro ordinamento un nuovo istituto, ma si è reso possibile il riconoscimento degli effetti di un trust regolato da legge straniera, imponendo al giudice di applicare tale legge.
- (3) In considerazione del "polimorfismo" dell'istituto nella prassi negoziale, in dottrina si sottolinea l'opportunità dell'uso del vocabolo al plurale "trusts". Cfr. Lupoi, *Trusts*, Milano, II ed., 2005, 855 ss.
- (4) Sul punto, G. Porcelli, *Successioni e trust*, Napoli, 2005, 78, nota 4, ove si passano in rassegna le diverse fattispecie applicative del trust, attraverso il quale è possibile perseguire funzioni previdenziali, (*corporate pension plan and trust*), imprenditoriali (*business purposes*), di garanzia (*security purposes*), di beneficenza (*charitable trusts*), di tutela dei creditori nell'ambito di una procedura concorsuale (*illusory trusts*) o per sottrarre il patrimonio da possibili aggressioni (*asset protection trusts*).
- (5) Cfr. Trib. Siena 16 gennaio 2007 in *Trusts*, 2007, 266; Trib. Brescia 12 ottobre 2004, in *Trusts*, 2005, 83.
- (6) La designazione del guardiano, facoltativa nei trusts con beneficiari, è obbligatoria nel trust di scopo, poiché, in difetto, non vi sarebbe alcun soggetto in grado di pretendere dal trustee l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal trust.
- (7) La definizione appena offerta coincide solo in parte con la fattispecie prevista dall'art. 2 della Convenzione dell'Aja. Tale norma offre ad interpreti ed operatori pratici il cosiddetto modello di "trust convenzionale", così disponendo: "Ai fini della presente Convenzione, per Trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente, con atto tra vivi o mortis causa, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo del trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato, il trust è caratterizzato dai seguenti elementi: I beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee; I beni in trust sono intestati al trustee o ad altro soggetto per conto del trustee; Il trustee è investito del potere ed onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee. Il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà, o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust".
- (8) Siclari, *Il trust nella Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985: un nuovo modello negoziale*, in *Rass. Dir. civ.*, 2000, 93; S. Butta, *Introduzione ai trusts e profili applicativi tra dottrina, prassi e giurisprudenza*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002; Piccoli - Raiti, *Atto di costituzione in trust*, in questa *Rivista*, 2000, 267 - 270.
- (9) Oltre che nel trust instrument, il disponente può impartire regole vincolanti per la gestione del trust fund nella cosiddetta "lettera dei desideri" (letter of wishes) o nelle istruzioni date al protector.
- (10) Lupoi, *Trusts*, II ed., cit., 615 ss.; Bartoli, *Il Trust*, Milano 2001, 125; De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trusts*, 2000, 162 ss.
- (11) Secondo altra impostazione (Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, 294), l'atto istitutivo di trust integra un negozio strutturalmente unitario, all'interno del quale si fondono una dichiarazione istitutiva ed una traslativa.
- (12) Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, 2010, 8 ss.
- (13) Per opinione diffusa (Lupoi, *Trusts*, II ed., cit., 291 ss.; Bartoli, *Il trust*, cit., 564 ss.; Palazzo, *Successione, trust e fiducia*, in *Vita not.*, 1998, 772 e 772) si ritiene che i rimedi utilizzabili in caso di indebita alienazione dei beni in trust ad opera del trustee siano, alternativamente, l'annullamento del negozio per conflitto di interessi secondo i principi desumibili dall'articolo 1394 c.c., o l'impugnazione del negozio mediante azione revocatoria,

integrando tale atto inadempimento di una obbligazione del trustee nei confronti dei beneficiari, come tale lesivo di un diritto di credito che, come si vedrà, viene riconosciuto in capo ai beneficiari sin dalla stipulazione del trust. A ciò, si aggiunga il possibile esperimento di un'azione aquiliana di risarcimento in forma specifica ex [art. 2058 c.c.](#) nei confronti di chi, con dolo o anche solo con colpa, abbia acquistato dal trustee. Per un'ampia analisi del tema, Bartoli, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, 277 ss.

(14) Un tale principio si traduce, sul piano della vocazione ereditaria, nell'applicazione del criterio di chiamata in quote uguali e poi, in sede di divisione ereditaria, nella statuizione di regole di eguaglianza quantitativa e qualitativa dei lotti. Cfr. sul punto, Scalisi, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 387 ss.; De Nova, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. Dir. agr.*, 1979, 509 ss.; Cattaneo, *Le vocazioni anomale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Rescigno.

(15) Ieva, *Altre forme di trasmissione della ricchezza*, I, *I fenomeni parasuccessori*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* diretto da P. Rescigno e coordinato a M. Ieva, Padova, 2010, 59.

(16) Palazzo, *Istituti alternativi al testamento*, in *Trattato di diritto civile* del Consiglio Nazionale del Notariato, 2003, 240 ss.

(17) Non è raro il caso di trustee persona giuridica (*trust company*) che agisca sotto il controllo di gruppi bancari.

(18) A. Pischetola, *Il trust quale strumento per la successione generazionale dell'impresa*, cit., 960, parla di "valutazione postuma e ragionata da parte del trustee dei bisogni, delle attitudini professionali, delle reali capacità imprenditoriali del o dei beneficiari, al fine di attuare il piano di intenti del disponente".

(19) Cfr. sul punto, R. Montinaro, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, 251 ss.

(20) Dispensa da imputazione ex se e dispensa da imputazione costituiscono, secondo le acquisizioni della dottrina più recente, le uniche ipotesi in cui il legislatore ammette che un negozio mortis causa possa avere struttura inter vivos.

(21) Cfr. Gianpiccolo, voce *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 232, per il quale l'atto mortis causa è "quell'atto che regola (o, rispettivamente, rileva in funzione di) rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione".

(22) Gianpiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 37 ss., per il quale affinché l'attribuzione sia mortis causa occorre che vi sia "a) la considerazione del bene oggetto dell'attribuzione quale entità commisurata al tempo della morte dell'attribuente; b) la considerazione del beneficiario come soggetto esistente a quello stesso momento".

(23) Cfr. Porcelli, *Successioni e trusts*, Napoli, 2005, 62.

(24) I caratteri del patto successorio emergono da ampia giurisprudenza formatasi sul punto. Con formula tralaticia, nelle diverse pronunzie si ravvisa la presenza di un patto successorio allorché ricorrano contemporaneamente i seguenti requisiti: 1) se il *vinculum juris*, con esso creato, abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se il bene o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti quale entità della futura successione; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte alla propria successione, così privandosi dello *jus poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato quale avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo mortis causa, ossia a titolo di eredità o di legato. Cfr. Cass. 16 febbraio 1995, n. 1683, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1501; Cass. 24 aprile 1987, n. 4053, in *Riv. not.*, 1987, 582 ss.; Cass. 29 luglio 1971, n. 2404, in *Foro it.*, 1972, I, 70.

(25) Il confronto tra trust e divieto dei patti successori viene condotto in una prospettiva di ordine prettamente funzionale. In dottrina il tema è stato anche affrontato in un'ottica strutturale, sottolineandosi come la unilateralità dell'atto istitutivo di trust sarebbe, di per sé sola, argomento tale da escludere la presenza di qualsivoglia accordo in funzione successoria.

(26) R. Montinaro, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, in *Fam., pers., succ.*, 2010, 16 ss., ove si nota come la perdita del controllo sui beni costituiti in trust da parte del settlor costituisce, sul piano funzionale, elemento caratterizzante del trust a norma dell'art. 2 della [legge n. 364/1989](#).

(27) Sia consentito rinviare, sul punto, a C. Romano, in S. Bartoli - D. Muritano - C. Romano, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, 203 ss.

(28) In argomento, cfr. Lupoi, *Trusts*, cit., 536, per il quale la sovrapposizione concettuale tra trust e patti successori sarebbe da escludere in quanto a) mancherebbe un patto tra disponente e beneficiari, b) l'atto dispositivo, che dà origine al programma attributivo del disponente, si attua già con l'attribuzione dei beni al trustee, e non con l'attribuzione ai beneficiari finali, ai quali detti beni perverranno in adempimento degli obblighi assunti dal trustee.

(29) Cfr. R. Montinaro, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, 266.

(30) Palazzo, *Istituti alternativi al testamento*, cit., 48.

(31) Sotto il profilo genetico, il trust trae origine da un negozio unilaterale, e non da un contratto; sul piano funzionale, mentre il trustee acquista beni o diritti, con l'obbligo di amministrarli e trasferirli poi al terzo beneficiario, nel contratto a favore di terzo quest'ultimo acquista subito nei confronti del promittente, per effetto della stipulazione, il diritto attribuitogli. Cfr. Porcelli, *Successioni e trust*, cit., 175, nt. 47, il quale sottolinea ancora come, se è vero che tanto nel trust quanto nel contratto a favore di terzi l'accettazione del beneficiario consolida (e dunque rende definitivo) un acquisto già verificatosi, nondimeno nel trust da siffatta accettazione non scaturiscono i medesimi effetti previsti dal nostro diritto interno; in particolare, ove il disponente si sia riservato il potere di revocare il trust, l'eventuale accettazione dell'attribuzione da parte del beneficiario non è di ostacolo all'esercizio di tale facoltà.

(32) Per tutti, Santoro Passarelli, *Dottrine Generali del diritto civile*, Napoli, 1981, 222 ss.; Messineo, voce *Contratti nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1062, 205; Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, 56; De Giorgi, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 122 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2, *La famiglia, la successione*, Milano, 2001, 496; Magliulo, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, 1430 ss.

(33) La vicenda effettuale del negozio trans morte trova applicazione nel contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo stipulato per il caso di morte (art. 1920 c.c.), nel contratto di rendita vitalizia a favore di terzo che preveda quale termine iniziale della prestazione periodica di rendita la morte del beneficiante - stipulante. Cfr. Zoppini, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in forma indiretta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 4, 1077.

(34) Palazzo, *Istituti alternativi al testamento*, cit., 1 ss.; cfr. anche Ieva, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno, 1994, I, 53 ss.

(35) Di contro, il patto successorio, dando luogo ad un vincolo giuridico immodificabile tra disponente e beneficiario, implica che l'assetto successorio viene irrevocabilmente deciso dal de cuius in vita, il che confligge con il diritto, personalissimo e inviolabile, di ciascun individuo a regolamentare le conseguenze giuridiche della propria morte secondo il proprio libero e spontaneo volere.

(36) Cfr. Zoppini, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in forma indiretta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 4, 1077.

- (37) Moscarini, *I negozi a favore del terzo*, Milano, 1970, 159 ss.; Porcelli, *Successioni e trust*, cit., 179, afferma che "in una prospettiva aliena da preconetti, non sembra che il problema della validità della disposizione in esame possa porsi neppure astrattamente in contrasto con il divieto dei patti successori previsto dall'art. 458 c.c., posto che in tal caso la designazione del terzo beneficiario è fatta con testamento ed il testamento è proprio il tipico atto di ultima volontà attraverso il quale l'attribuzione mortis causa può realizzarsi". Secondo altra dottrina (Vignale, *Il patto successorio, la <<donatio mortis causa>> e la conversione dei negozi illeciti*, in *Dir. e giur.*, 1962, 317), il contratto a favore del terzo non può farsi mai rientrare nella categoria dei patti successori in quanto il terzo è avente causa dal promittente, e non dallo stipulante, per cui l'attribuzione proviene necessariamente dal patrimonio del primo, e non del secondo.
- (38) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 46.
- (39) Magliulo, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, cit., 1430 ss.
- (40) Moscarini, *I negozi a favore del terzo*, cit., 159.
- (41) Magliulo, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, cit., 1433.
- (42) Ancora Magliulo, *Il divieto del patto successorio*, cit. 1434.
- (43) Cfr. Bartoli - Muritano, *Le clausole dei trusts interni*, cit. 23.
- (44) Per un'analisi della fattispecie, R. Calvo, in *Diritto delle successioni* a cura di Calvo - Perlingieri, Napoli, 2008, 64 ss.
- (45) Per questa tesi, il trustee destinatario della totalità dell'asse o di una sua quota indivisa deve essere qualificato come erede, mentre il trustee destinatario di uno o più beni determinati deve essere qualificato come legatario. In argomento, cfr. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2004, 630 ss.; Corso, *Il caso di un trust testamentario e le implicazioni di diritto tavolare*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, 277 ss.
- (46) In argomento, sia consentito rinviare a C. Romano, *Il modus*, in G. Tatarano - C. Romano, *Condizione e modus*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2013, 343 ss.
- (47) Cfr. Calvo, in *Diritto delle successioni* a cura di Calvo - Perlingieri, cit., 64 ss.
- (48) Con estrema chiarezza, A. De Donato, *Il trust nel sistema successorio*, in *Il Trust nell'ordinamento giuridico Italiano, Quaderni del Notariato*, Milano, 2002, 103; S. Bartoli, *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario*, II, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 2, 178 ss.
- (49) Sul rapporto tra fiducia e trust, S. Bartoli, *Il trust*, Milano, 2011, 369 ss.
- (50) R. Calvo, in *Diritto delle successioni* a cura di Calvo - Perlingieri, cit., 65, per il quale "la costellazione di regole previste nel secondo libro del codice civile dà credito alla tesi a mente della quale gli istituti successori maggiormente vicini alla funzione gestoria incombente sul fiduciario ... sono rappresentati dallo statuto concernente gli esecutori testamentari (art. 700 ss c.c.) e dalla normativa in tema di eredità giacente (art. 528 ss. c.c.). Sul punto, cfr. Lupoi, *Trusts*, cit., 440; Manes, *Il Trust esecutore testamentario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 4, 540 ss.
- (51) S. Bartoli, *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario* II, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 178 ss.
- (52) S. Bartoli, *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario*, II, in *Trusts e attività fiduciarie*, cit., 178 ss.
- (53) De Nova, *Trust; negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, 162; Bartoli, *Il trust*, Milano, 2001, 647; Parisi, *Trust e comunione ereditaria*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, 208 ss.
- (54) In argomento, Durante, voce *Fedecompresso*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; A. De Cupis, *Il fedecompresso assistenziale*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 129; Benedetti, *Commento sub art. 692*, in *Comm. dir. it. della famiglia* a cura di Cian - Oppo - Trabucchi, V, Padova, 1992, 227; Moretti, *La sostituzione fedecommissaria*, in *Trattato di diritto delle successioni e*

donazione diretto da G. Bonilini, cit., II, *La successione testamentaria*, 1785 ss.

In argomento, G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., II, 1029 ss.; Amato - Marinaro, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Napoli, 1979, 25 ss.

(55) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., II, 1029 ss.; Amato - Marinaro, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Napoli, 1979, 25 ss.

(56) Le conclusioni nel senso della mancanza, in caso di trust testamentario, di una doppia delazione di ordine successivo sono affermate anche in sede giurisprudenziale: cfr. Trib. Venezia 4 gennaio 2005, in *Trust e attività fiduciarie*, 2005, 245 ss.; App. Firenze 9 agosto 2001, in *Trust e attività fiduciarie*, 2002, 244; Trib. Lucca 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2007 ss.

(57) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., II, 1938; Caramazza, *Delle successioni testamentarie*, in *Commentario teorico - pratico al codice civile* diretto da De Martino, Novara, 1982, 543 ss.; Talamanca, *Successioni testamentarie*, Artt. 679-712, in *Commentario al cod. civ.* diretto da Scialoja Branca, Bologna - Roma, 1976, 274.

(58) Sul punto, Durante, *Fedecompresso*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 5; Moretti, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., 1811.

(59) Così, Porcelli, *Successioni e Trust*, cit., 189; cfr. anche Piccoli, *Trust, patti successori, fedecompresso*, cit., 1596. R. Montinaro, *Successione a causa di morte, factum fiduciae e trust*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, cit., I, *La successione ereditaria*, 251 ss., nel fedecompresso l'istituto ha l'amministrazione (ordinaria) ed il godimento dei beni, ma non il potere di disposizione, dovendo "conservare per restituire", nel trust, viceversa, il trustee non può godere dei beni, ma ha di regola il potere di disposizione, dal momento che il diritto del beneficiario finale a vedersi attribuito il trust fund non riguarda i singoli beni facenti parte d'esso, bensì l'entità patrimoniale corrispondente.

(60) Sul punto, ampiamente, S. Bartoli - D. Muritano, *Le clausole dei trusts interni*, cit., 185.

(61) Porcelli, *Successioni e trust*, cit., 191.

(62) Cfr. G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 816.

(63) Il riferimento va alla cosiddetta clausola *Saunders V. Vautier*, che prende il nome da un caso giurisprudenziale inglese del 1841. In forza di essa, il beneficiario finale legittimario, che sia pienamente capace d'agire, nei casi in cui il diritto allo stesso derivante dal trust sia sottoposto al solo termine iniziale, non essendoci alcuna incertezza né nell'an, né nel quantum, può porre fine anticipatamente al trust chiedendo al trustee di distribuire immediatamente i beni. Cfr. sul punto S. Bartoli, in S. Bartoli - D. Muritano - C. Romano, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, cit., 261, il quale sottolinea come una simile clausola escluda che il trust integri un peso sulla legittima, potendo il beneficiario finale legittimario chiedere in ogni tempo l'attribuzione della *trust property*.

(64) Mengoni, *Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1992, 99 ss.

(65) Mentre la lesione meramente quantitativa è esposta all'azione di riduzione, sempre che, all'apertura della successione, risulti che il testatore si è spinto, nelle sue attribuzioni, oltre il limite consentito dall'ordinamento (lesione meramente eventuale, da verificare all'apertura della successione), quella sanzionata dall'art. 549 c.c. è una lesione aggravata, giacché, ponendo un peso o una condizione sulla legittima, il testatore manifesta una volontà chiara nel senso di gravare e pregiudicare i diritti del legittimario.

(66) Ferri, *Successioni in generale*, Artt. 456-511, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja - Branca, II, *Delle Successioni*, II ed., Bologna, 1980, 123; Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, V ed., Torino, 2010, 150, nonché, in giurisprudenza, Cass. 2 settembre 1953, in *Foro it.*, 1954, I, 456.

(67) Tamburrino, voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1348 ss., spec. 1364; Cantelmo, *I legittimari*, Padova, 1991, 85; Ieva, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, 24; Hercolani, *Il legato in sostituzione di legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, cit., III, 337.

(68) Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, Milano, 1967, 367 ss.

(69) Lupoi, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1159 ss.

(70) Lupoi, *Lettera*, cit., 1161.

(71) Lupoi, *Lettera*, cit., 1163,

(72) Cfr., sul punto, S. Bartoli, in S. Bartoli - D. Muritano - C. Romano, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, cit., 246.

(73) Cf., Moscati, *Trust e tutela dei legittimari*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 13 ss.; in giurisprudenza, App. Firenze 9 agosto 2001, in *Trust e attività fiduciarie*, 2002, 244; Trib. Lucca 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2007 ss. La pronunzia del Tribunale di Lucca viene definita da Moscati, *op. cit.*, 14, quale "punto di arrivo di una lenta evoluzione che ha portato ad un radicale mutamento di prospettiva della giurisprudenza nei confronti dei trusts costituiti nei paesi di common law". E' interessante analizzare il caso affrontato dai giudici toscani: un cittadino italiano naturalizzato americano redige testamento secondo la legge dello Stato del Kentucky e dispone dell'intero patrimonio a beneficio di un "fiduciario", il quale avrebbe dovuto amministrarlo a sua assoluta ed insindacabile discrezione per tutta la durata della vita dell'unica figlia del de cuius e fino al raggiungimento del venticinquesimo anno di età dell'ultimo dei figli di questa, dovendo medio tempore corrispondere, alla figlia ed ai nipoti del testatore, una rendita; alla scadenza, il patrimonio residuo avrebbe dovuto essere diviso tra i nipoti del de cuius ancora in vita. Ebbene, pur dovendosi salutare con favore il riconoscimento, operato dai giudici, dell'azione di riduzione quale rimedio tipico rispetto a lesioni quantitative dei diritti dei legittimari, la fattispecie in oggetto sembra presentare diversi punti di contatto con la prima ipotesi ricostruttiva innanzi formulata, quella della nullità ex art. 549 c.c.: all'apertura della successione, il programma testamentario beneficia, infatti il legittimario, ma lo premia con un credito alla percezione dei redditi, così determinando una conversione del diritto reale alla legittima in diritto di credito, non consentita dal nostro ordinamento.

(74) Sulla base di differenti premesse ricostruttive, ritengono in questo caso legittimato passivo il trustee Moscati, *op. cit.*, 22; De Nova, *I trust, la collazione e la tutela dei legittimari*, Relazione al Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia" tenutosi a Milano nel 2002, § 2.

(75) Cfr. sul punto l'ampia analisi di S. Bartoli, in S. Bartoli - D. Muritano - C. Romano, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, cit., 307 ss.

(76) Cfr., sul punto, Carnevali *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, 1995, 139; Amadio, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 683 ss.; G. Romano, *La riducibilità delle liberalità non donative tra esigenze dommatiche e coerenza sistematica*, in AA.VV., 2008, 38 ss.

(77) Si faccia il caso dell'intestazione di beni a nome altrui, operata con scopi liberali: ebbene, il donatario non è avente causa dal donante, ma dal venditore, e la lesione dei diritti del legittimario non discende dalla compravendita, ma dall'utilizzo a scopi liberali della stessa. L'eventuale azione di riduzione non potrebbe colpire il titolo di acquisto del donatario indiretto: la sopravvenuta inefficacia dell'atto di compravendita, a rigore, farebbe rientrare il bene nel patrimonio del dante causa, che è il venditore (e non l'autore della liberalità), e dunque a nulla gioverebbe ai fini della tutela dei legittimari (il cui diverso scopo è quello di preservare la integrità del patrimonio del donante, diverso da quello del venditore). Inoltre, un'eventuale azione di restituzione contro il terzo avente causa dal donatario indiretto andrebbe a minare il fondamentale principio di certezza dei traffici: il terzo si comporta in maniera diligente se verifica la continuità delle trascrizioni, l'assenza di titoli donativi e di domande di impugnativa negoziale. Un'eventuale caducazione dell'acquisto operato a titolo di compravendita andrebbe allora a colpire la sua buona fede.

(78) Una volta escluso che il risultato dell'azione di riduzione possa essere il recupero del bene oggetto di donazione indiretta, cade l'opponibilità di tale pretesa al terzo sub acquirente, nei cui confronti restano esperibili solo i rimedi generali riconosciuti al creditore nei confronti degli aventi causa dal proprio debitore, quale, in primo luogo, l'azione revocatoria.

Corriere Giur., 2017, 10, 1216 (nota a sentenza)

LE SEZIONI UNITE E LE LIBERALITÀ NON DONATIVE: DALLA DONAZIONE INDIRETTA ALLA DONAZIONE TIPICA AD ESECUZIONE INDIRETTA

di Marco Martino^(*)

Cass. civ. Sez. II Ordinanza, 04 gennaio 2017, n. 106

Cass. civ. Sez. Unite, 27 luglio 2017, n. 18725

c.c. art. 809

c.c. art. 769

D.Lgs. 01-09-1993, n. 385, epigrafe

Nell'affrontare l'interrogativo circa la necessità che la donazione indiretta consti del compimento di un negozio - caratterizzato da scopo tipico autonomo e rispetto al quale la liberalità si ponga come conseguenza secondaria ed ulteriore - e non di un mero atto giuridico o, addirittura, di un fatto giuridico, l'ordinanza interlocutoria ha sollecitato le Sezioni unite a tentare il difficile compito di fornire un quadro tipologico coerente della frammentaria congerie di ipotesi che possono ricondursi al concetto di liberalità non donativa e di donazione indiretta.

Sommario: [Posizione della questione - Le ipotesi e il panorama giurisprudenziale](#) - [La donazione indiretta tra ricostruzione dogmatica e codice civile](#) - [Donazione indiretta e donazione tipica ad esecuzione indiretta: la soluzione delle Sezioni Unite](#)

[Posizione della questione](#)

La storia della donazione - conclusa *recta via*, in ossequio ai requisiti formali previsti⁽¹⁾ - ben potrebbe essere narrata anche come storia della fuga dalla donazione medesima.

È per certi versi ineluttabile osservare come detto negozio - e ancor prima il fenomeno che in esso si veste di forme giuridiche, una volta che sia varcato il sottile confine dei rapporti di cortesia⁽²⁾ - sia sostanzialmente onnipresente nella storia delle relazioni civili, e come, in determinati momenti storici, esso abbia assunto importanza soverchia, tanto da assurgere al ruolo di vero e proprio demarcatore sistemico⁽³⁾. Del pari, la constatazione per cui "buona parte dell'opera dei giuristi romani in tema di donazioni fu rivolta (...) a risolvere le questioni se le limitazioni stabilite dalla *lex Cincia* e il divieto delle donazioni tra coniugi si applicassero ai vari casi concreti di attribuzioni patrimoniali gratuite che si realizzavano mediante uno strumento giuridico diverso dal contratto tipico di donazione" ben potrebbe riproporsi ancor oggi, con le dovute differenze: la donazione tipica rappresenta ancora, nella prassi negoziale, una sorta di poco desiderabile necessità, gravida di formalismi e costi (nonché di dubbi in merito alla certezza *post mortem* degli assetti conseguiti), allorché si voglia dar concretezza all'intento liberale⁽⁴⁾ di beneficiare gratuitamente qualcuno, disponendo del proprio patrimonio.

Il tema delle donazioni indirette, ovvero delle liberalità non donative, lungi dal poter essere relegato alla periferia dello studio della donazione, è dunque per certi versi una chiave di lettura privilegiata per la retta comprensione dell'istituto nel suo complesso⁽⁵⁾. Esso pone infatti, in maniera recisa, il seguente interrogativo: "perché mai questa curiosa anomalia prevista e voluta, di una forma rigorosa...che si potrebbe eludere?"⁽⁶⁾.

Di modo che, nell'ordinanza interlocutoria⁽⁷⁾, la II sezione civile ha investito le Sezioni unite di un compito quanto mai gravoso, vale a dire non soltanto di delineare i contorni della donazione indiretta, con particolare riferimento alla struttura in cui detta figura si sostanzia (e ciò al fine, in particolare, di decidere se un atto non negoziale⁽⁸⁾, o se addirittura "qualunque mezzo utile allo scopo" possa ricondursi al perimetro applicativo dell'art. 809 c.c., sol che colui che lo realizzi persegua uno scopo di liberalità) ma, a ben vedere, di fornire *per speculum* una

definizione di ciò che è donazione e, dunque, di adoperarsi in un'attività in tutto e per tutto esegetica e ricostruttiva: in altri termini, sostanzialmente dogmatica. A detto compito, come si dirà, le Sezioni Unite si sono in parte dichiaratamente sottratte (a riprova della difficoltà estrema di compiere una definitiva e sclerotizzante *actio finium regundorum* e con apprezzabile *self restraint*), formulando un principio di diritto specificamente rivolto a decidere della qualificazione giuridica del caso controverso; caso, invero, gravido di implicazioni sistematiche, che hanno indotto la Corte a propugnare la distinzione (sicuramente destinata ad alimentare il dibattito teorico) tra "donazione attuata indirettamente, in ragione della realizzazione indiretta della *causa donandi*" e "donazione tipica ad esecuzione indiretta".

La vicenda dalla quale trae spunto l'ordinanza in commento consiste più precisamente nell'ordine impartito da un soggetto alla propria banca⁽⁹⁾ di disporre un trasferimento di titoli in favore della donna, a lui legata affettivamente, che, prima del decesso dell'ordinante e nel corso di una malattia fatale, si era presa cura della sua persona e aveva infine affrontato le necessarie spese funerarie.

L'alternativa, in punto di qualificazione ed efficacia, era stata risolta in prime cure nel senso della nullità dell'atto per difetto di forma solenne, in quanto integrante donazione diretta.

Giusta quanto compendiato dalle Sezioni unite, l'argomento del Tribunale, in particolare, faceva leva sulla qualificazione dell'ordine alla banca in termini di negozio astratto, autonomo rispetto ai rapporti *inter partes*; di modo che il negozio tra le parti sarebbe quello che rileva e che deve essere qualificato come donazione vera e propria: donazione (remuneratoria, in particolare) nulla per difetto di forma. In appello, era invece prevalsa la qualificazione come donazione indiretta, attuata con un solo negozio (l'ordine impartito alla banca). La Corte d'Appello di Trieste, in particolare, si era curata di precisare che la donazione indiretta di cui [all'art. 809 c.c.](#) non necessiterebbe "di due negozi, uno fra donante e donatario, e l'altro fra donante e terzo che realizza lo scopo-donazione, ma basta anche un solo negozio"; ed è di detto negozio, per l'appunto, che occorrerebbe rispettare i requisiti di forma (in questo caso, non necessariamente solenne).

Nelle deduzioni di parte erano state inoltre svolte considerazioni inerenti l'idoneità - al di là del profilo formale - di un atto "astratto ed autonomo rispetto ai rapporti *inter partes*", quale la emissione o la girata di titoli di credito, a costituire il sostrato della donazione indiretta, introducendo il tema - invero non perspicuo - della imprescindibile immanenza di una giustificazione causale nel c.d. negozio mezzo, che ne consenta la rilevanza ex [art. 809 c.c.](#), in presenza di un intento donativo e "distorsivo" della originale connotazione causale. Il che sta a dire che la questione che si è posta, e che la seconda Sezione ha sviluppato nell'ordinanza interlocutoria, concerne la necessità o meno, come sopra anticipato, che la donazione indiretta consti del compimento di un negozio - e non di un mero atto giuridico o, addirittura, di un fatto - il quale sia caratterizzato da "scopo tipico diverso dalla liberalità" e, dunque, sia dotato di un'autonoma causa, rispetto alla quale la liberalità si ponga come "conseguenza secondaria ed ulteriore".

Le Sezioni unite hanno invero valorizzato oltremodo il profilo concernente la causa dell'operazione, finendo per accogliere la tesi della nullità per difetto di forma in ragione di una considerazione per così dire "globale" dell'operazione realizzata: lungi dall'arrestarsi all'astrattezza ("neutralità", secondo l'espressione prediletta dalle SS.UU.) del trasferimento dei titoli sul conto del beneficiario (con cui la banca ha dato esecuzione all'ordine ricevuto), hanno ritenuto decisiva, ai fini della qualificazione, la *iusta causa* sottesa al negozio (la cui esistenza è stata di fatto così postulata *ab ovo*) tra beneficiante e beneficiario: *iusta causa donandi* e, dunque, qualificazione del negozio come donazione tipica, nulla per difetto di forma solenne, solo destinata ad essere *indirettamente* eseguita (tramite l'adempimento della banca all'ordine del correntista).

[Le ipotesi e il panorama giurisprudenziale](#)

L'ordinanza e la sentenza qui commentate offrono, sinteticamente, uno spaccato di lungo periodo della giurisprudenza di legittimità che, in relazione alla figura della donazione indiretta, si è preoccupata di coniare formule dogmatiche atte a risolvere la qualificazione di fattispecie affatto disparate e di indubbio interesse.

Dette pronunce⁽¹⁰⁾ possono essere ripercorse avuto riguardo ad almeno tre interrogativi di fondo: se sia sufficiente, perché si abbia donazione indiretta, porre in essere un solo negozio ovvero la combinazione di due negozi; se, una volta accolta la prima soluzione (un solo negozio, per il quale occorre per così dire misurare la divergenza dallo scopo tipico), negozi causalmente astratti possano o meno integrare una donazione indiretta, stante l'impossibilità di parlare di una divergenza sul piano della causa là dove la causa si ritiene (accogliendo una certa concezione dell'astrazione) assente; se, infine, gli atti non negoziali possano essere riguardati come donazione indiretta, allorquando quest'ultima sia presa in considerazione non più come categoria giuridica, ma - con formula invero infelice - economica.

L'esame delle ipotesi restituisce una sostanziale eterogeneità definitoria, che mette in discussione, prima ancora che l'univocità della struttura della categoria "donazione indiretta", la stessa capacità dell'espressione di denotare sempre la medesima realtà (la qual cosa, come si dirà nel par. 3, trova conferma nella stessa lettera del codice civile)⁽¹¹⁾.

Non può inoltre sfuggire come la maggioranza delle fattispecie si collochi sul terreno della sistemazione degli assetti patrimoniali della famiglia, a dimostrazione di come il dono sia, rispetto allo scambio, fenomeno che si appella in maniera inequivocabile a logiche personalistiche e irriducibili alla composizione pattizia di interessi egoistici, quantunque tutt'altro che alieno da quest'ultimi.

La scelta di realizzare liberalità per il tramite di atti non donativi - quando, come si dirà, l'arricchimento derivi da una decisione di autonomia fondata sull'*animus donandi*, e non sia il mero frutto di un automatismo connesso alla fattispecie - si spiega, da un lato, per la speranza (vana) di sottrarre il beneficio alle norme che l'art. 809 c.c. fa comunque salve (revocazione, riduzione, collazione), ovvero alla bieca volontà di purgare il risultato dei costi dell'intervento notarile e, in maniera ancor più sottile, a parere di chi scrive, per il desiderio a volte idiosincratico di eludere quel formalismo e quella solennità che cristallizza in maniera quasi rituale la carica etica e morale intrinseca nell'atto di donare, e il legame - tanto forte da avere ripercussioni giuridiche più intense di quanto lasci supporre la stessa parentela: si pensi all'obbligo alimentare che ne deriva e alla sua assoluta preminenza - che da ciò deriva tra donante e donatario.

Tenuto conto di quanto appena detto, mette luogo muovere proprio dalla fattispecie del dono manuale; orbene, la dazione di una somma di denaro è stata ritenuta in alcuni casi donazione diretta della somma di denaro (nulla, in mancanza del requisito formale, e salvo il caso dell'art. 783 c.c.)⁽¹²⁾ e, in altri, donazione indiretta del bene che, con il medesimo, l'*accipiens* abbia acquistato⁽¹³⁾. Quantunque l'ipotesi predetta faccia appello alla qualificazione, in un senso o nell'altro, di un solo negozio⁽¹⁴⁾, a ben vedere, ad essere deviato in questo caso non è lo scopo tipico della dazione di denaro, atteso che la *traditio* del numerario è, per definizione, atto "muto", non in grado di esprimere una connotazione causale intrinseca e costante: si è di fronte ad una donazione, attuata mediante la predetta *traditio*, che ha pur sempre di mira la realizzazione di un arricchimento dell'*accipiens* a fronte del mero impoverimento del *tradens*, di modo che l'unico scopo che sottende all'operazione è quello di realizzare una liberalità. Ciò che si vuole invece dire, per il tramite del binomio diretto/indiretto, è piuttosto che l'*oggetto* della donazione deve considerarsi, al fine di applicare determinate norme concernenti l'efficacia (segnatamente, quelle sul valore da considerare in sede di riduzione), un bene diverso da quello effettivamente attribuito dal donante⁽¹⁵⁾.

Diverso schema, ma analogo modo di considerare il carattere indiretto della donazione, è quello che va sotto l'etichetta della intestazione di beni in nome altrui⁽¹⁶⁾, in cui il denaro non viene donato al beneficiario con la finalità di preconstituire la provvista per l'acquisto del bene, ma senz'altro corrisposto al terzo, in adempimento dell'obbligazione di pagamento derivante dal contratto con il quale si realizza l'attribuzione al beneficiario, e con la possibile variabile costituita dalla strutturazione dell'operazione nelle forme di un contratto a favore del terzo (beneficiario) ovvero di un contratto di vendita con successivo adempimento ex art. 1180 c.c. (su cui v. *infra*). Non sfugge come, in entrambe le ipotesi, il donatario acquisti il bene dal patrimonio del terzo; la dazione del denaro da parte del donante "indiretto" (avvenga essa in adempimento dell'obbligazione propria, sorta con la vendita, ovvero ex art. 1180 c.c.) impone una considerazione più articolata del risultato effettuale complessivo della combinazione delle

fattispecie. Di contro, sono state efficacemente sottolineate le aporie sottese al tentativo di rinvenire una liberalità nell'operazione negoziale risultante dal collegamento volontario di più negozi, giusta la ricognizione di un interesse - ulteriore e per così dire superiore rispetto a quello sotteso ai singoli negozi collegati - che ne diverrebbe il fulcro, in luogo del dato oggettivo della diminuzione patrimoniale priva di contropartita, ad esclusivo vantaggio dell'altro⁽¹⁷⁾.

Ancora, l'assenso del coniuge che prenda parte all'atto di acquisto di un bene compiuto dall'altro coniuge, giusta [l'art. 179, comma 2, c.c.](#), in difetto dei requisiti affinché il bene sia oggettivamente in grado di rientrare nel novero dei beni personali (il c.d. rifiuto del coacquisto), è stato considerato alla stregua di una liberalità indiretta⁽¹⁸⁾. E ciò a fronte della realizzazione di un effetto non rientrante nel contenuto tipico della donazione (atteso che la rinuncia ad un diritto non vale automaticamente disposizione del medesimo con l'intento di arricchire altri, come emerge in maniera inequivocabile dalla disciplina dell'accettazione tacita dell'eredità mediante rinuncia: [art. 478 c.c.](#)⁽¹⁹⁾), ma piuttosto consistente nella *omissio acquirendi* - la cui qualificazione giuridica più pertinente è, secondo la giurisprudenza più recente della S.C., quella di dichiarazione di scienza, assimilabile a confessione, apprezzabile in via definitiva unicamente sul piano della ripartizione dell'onere probatorio - cui consegue l'acquisto per intero in favore del coniuge che aspira a far proprio il bene quale personale ex [art. 179 c.c.](#); effetto, questo, di una fattispecie legale perfezionata in maniera incompleta e rispetto alla quale l'accertamento circa l'improduttività dell'effetto suo proprio sarebbe comunque possibile. Qui appare evidente come di donazione indiretta si parli in senso ancora diverso, quale risultato giuridico (l'arricchimento) determinato da un'inattività del soggetto legittimato (seppur con le rigidità probatorie conseguenti all'aver posto in essere un atto di natura confessoria) a contestarne il perfezionamento. L'attribuzione, infatti, resta pur sempre un effetto della fattispecie legale e non della falsa dichiarazione di scienza.

Situazione che presenta solo apparenti analogie con la precedente - in quanto opera pur sempre una forma di *omissio acquirendi* in capo al "beneficiante" - è quella in cui viene a trovarsi la persona nominata ai sensi degli artt. 1401 ss. c.c., in forza di riserva di nomina che sia stata apposta al preliminare di compravendita (in favore del promissario acquirente), allorché il soggetto nominato non sia tenuto ad alcuna esecuzione dell'obbligazione di pagare il corrispettivo pattuito per essere stata quest'ultima interamente adempiuta dall'originario contraente del preliminare⁽²⁰⁾. In questo caso, infatti, il contraente originario vanterebbe sicuramente un diritto di regresso nei confronti del contraente nominato, di modo che si finisce per impingere nel tema - invero complesso - della natura di donazione indiretta da attribuire, ancora una volta, a un atto abdicativo, quale la rinuncia al regresso medesimo, e non già al pagamento delle somme (che può essere avvenuto interamente prima ancora della nomina). La fattispecie, peraltro, impone di interrogarsi - se pur fugacemente - sulla natura dei pagamenti in acconto effettuati in costanza dell'efficacia del preliminare e, dunque, prima che sia sorta l'obbligazione di pagare il prezzo (avente fonte nel definitivo, non ancora perfezionato). Se, come ritiene chi scrive, gli acconti dati alla conclusione del preliminare sono sostanzialmente indebiti oggettivi (il cui dovere restitutorio è paralizzato da un *pactum de non petendo* tacito) destinati, in forza di compensazione volontaria (con l'obbligazione di pagare il prezzo della vendita, una volta sorta col definitivo) a diminuire l'importo dovuto quale corrispettivo, è evidente che la loro corresponsione non può valere a produrre un arricchimento del futuro compratore, nominato ai sensi [dell'art. 1402 c.c.](#); piuttosto, dovrà concludersi nel senso che è il patto di compensazione volontaria e non la mera dazione degli acconti, a produrre un effetto estintivo dell'obbligazione di pagare il prezzo della vendita di cui beneficia il compratore, stante la retroattività di cui [all'art. 1404 c.c.](#) Ma allora, deve concludersi, non si è in presenza di una donazione indiretta effettuata mediante dazione di somme, o per il tramite della nomina ex [art. 1402 c.c.](#), bensì di un contratto con effetti anche a favore del terzo (terzo che è tale, al momento della conclusione del preliminare), e che diviene parte del contratto, in conseguenza della nomina.

In tal senso, la figura del contratto a favore di terzo è stata più volte presa in considerazione interrogandosi sulla sua idoneità a realizzare una donazione indiretta⁽²¹⁾, dal momento che la combinazione degli effetti giuridici del negozio (non donativo) realizzato tra promittente e stipulante con la deviazione della prestazione, dovuta dal promittente allo stipulante, in favore

del terzo, per effetto della stipulazione medesima, si presta ad essere riguardata come paradigmatica rappresentazione di una pluralità di operazioni trilateri in cui la giustificazione dell'attribuzione al terzo e dell'impoverimento dello stipulante non è evincibile dal negozio produttivo dell'effetto attributivo, bensì nel rapporto di provvista che lega colui che dispone, ovvero che si obbliga, ovvero che assume su di sé l'obbligazione altrui, e il terzo, e in cui emerge quell'"interesse" cui fa riferimento lo stesso [art. 1411 c.c.](#)

Da questo punto di vista, ben si prestano a essere riguardate, nel prisma [dell'art. 809 c.c.](#), la delegazione, l'espromissione e l'accollo, come anche la fideiussione, la cambiale di favore e l'avallo.

Così, nel caso della delegazione, la liberalità può essere letta in favore del delegatario-beneficiario, nel cui patrimonio sorge un diritto di credito nei confronti del delegato, una volta che questi si obblighi in esecuzione dell'ordine rivoltagli; ma può ben darsi che sia il delegato a realizzare una liberalità (la quale connoterà in senso indirettamente donativo il rapporto di provvista) nei confronti del delegante, allorquando, assunta l'obbligazione nei confronti del delegatario, in forza del *iussu*, quest'ultimo liberi il delegante e il delegato rinunci al regresso, dopo aver adempiuto. Nel caso dell'espromissione, analogamente, una donazione indiretta in favore dell'espromesso andrebbe ravvisata - non diversamente da quanto si ritiene per il caso dell'adempimento del terzo⁽²²⁾ - nella rinuncia al regresso che segua l'adempimento⁽²³⁾, mentre l'atto stesso di obbligarsi nei confronti dell'espromissario potrebbe assumere un connotato liberale sia in sé e per sé, verso l'espromissaria, sia nei confronti del debitore principale, qualora la liberazione dell'espromesso sia *ex ante* considerata come condizione della promessa, con ciò prefigurandosi quel complesso risultato⁽²⁴⁾ (di traslazione dell'obbligazione su un diverso soggetto) già tratteggiato per la delegazione. Infine, nell'accollo, l'iniziativa dell'accollante può rivelare una connotazione liberale allorquando, come nei casi precedenti, l'effetto privativo a beneficio dell'accollato sia posto quale condizione della stipulazione in favore dell'accollatario; se l'accollo sia cumulativo, l'unico beneficiario appare essere invece quest'ultimo (e non vi sarà dunque connotazione liberale del rapporto di provvista tra accollato, non arricchito di alcunché, e accollante). In tale filone di indagine si colloca peraltro la posizione della S.C. che ha ravvisato una donazione indiretta nel caso di accollo interno per il sol fatto che l'accollante assumerebbe un'obbligazione di pagare, seppur soltanto nei confronti del debitore accollato⁽²⁵⁾, spingendosi fino a considerare la fattispecie un caso di donazione diretta obbligatoria, pretendendone la relativa forma⁽²⁶⁾; di segno opposto, invece, l'indirizzo più recente per cui, nel caso di accollo interno, non si sarebbe in presenza di donazione indiretta allorquando l'effetto della gratuità sia un effetto non già autonomo, bensì connaturato alla fattispecie nel suo ordinario esplicarsi⁽²⁷⁾.

Sempre alla stipulazione in favore di terzo - con conseguente riproponibilità delle considerazioni finora svolte - va infine ricondotto il mandato ad amministrare con obbligo di versare la rendita al beneficiario (quest'ultimo terzo, mentre al mandante e al mandatario sarebbe pertinente la qualificazione di stipulante e di promittente): anche esso, nella giurisprudenza più risalente, è stato considerato donazione indiretta⁽²⁸⁾. Di contro, sempre in tema di mandato, l'irrevocabilità combinata con l'esistenza di un interesse del mandatario o del terzo allo svolgimento dell'attività gestoria⁽²⁹⁾.

Particolare importanza pratica assumono inoltre il fenomeno della cointestazione di beni⁽³⁰⁾ e quello ancor più specifico, della c.d. cointestazione del conto corrente⁽³¹⁾, che altro non è se non la indiretta attribuzione, per il tramite della conclusione di un contratto con parte plurisoggettiva, del credito avente ad oggetto il saldo del conto, alimentato mediante provvista riconducibile a uno solo dei cointestatari.

Nel caso della cointestazione di beni, le ipotesi sono plurime. Devono essere esclusi, a parere di chi scrive, i casi nei quali due soggetti si rendano congiuntamente acquirenti di un diritto a fronte del pagamento interamente effettuato da uno solo, in quanto si impingerebbe: a) in un'ordinaria forma di adempimento del terzo, se siano state cedute quote distinte con negozi autonomi e coordinati, e per prezzi autonomamente evidenziati; ovvero: b) in un'ipotesi di pagamento dell'intero da parte del debitore in solido, nel caso in cui il diritto sia stato ceduto per intero e *pro indiviso*, con conseguente profilo concernente la natura indirettamente liberale della rinuncia al regresso [ex art. 1299 c.c.](#) Restano allora da considerare piuttosto le ipotesi di cointestazione

conseguenti alla scelta di attribuire quote di diritti nel contesto di negozi familiari e segnatamente, nel caso della costituzione del fondo patrimoniale⁽³²⁾ con beni in proprietà esclusiva di uno dei due coniugi, ovvero di un terzo, senza riserva alcuna: in questi casi, invero, è arduo ipotizzare che il negozio di attribuzione sfugga alla qualificazione di donazione diretta, peraltro assistita dalla solennità formale già richiesta dall'art. 162 c.c.⁽³³⁾; mentre non può assumere alcuna valenza donativa, nemmeno indiretta, il mutamento di regime conseguente al fatto che in pendenza di una pregressa contitolarità nelle forme della comunione legale i coniugi dispongano, con atto di straordinaria amministrazione ex art. 184 c.c., della propria quota, costituendo con i beni già in comunione legale un fondo patrimoniale.

Nel caso della cointestazione del conto corrente, inoltre, si è di fronte ad un uso del concetto di donazione indiretta che chiama in causa effettivamente la combinazione di due negozi, le cui caratteristiche sono, per la dottrina che attribuisce al conto corrente autonoma dignità di fattispecie negoziale a causa mista, compresenti nella medesima operazione: il contratto di conto corrente di corrispondenza, che attribuisce la legittimazione ai cointestatari a pretendere il saldo, eventualmente per l'intero (giusta l'art. 1854 c.c.), e il contratto di deposito delle somme in conto corrente⁽³⁴⁾, che costituisce la provvista. L'effetto liberale, in questa ipotesi, consegue all'effetto tipico del secondo negozio, per quel che riguarda l'impoverimento di colui che fornisce la provvista, e del primo, per quel che riguarda l'arricchimento dell'altro contitolare, il quale diviene anche egli (disgiuntamente ovvero congiuntamente, a seconda della disciplina prescelta per la "firma") creditore legittimato a pretendere l'intero saldo.

Nel caso del negozio *mixtum cum donatione* si assiste infine alla qualificazione in termini di donazione indiretta⁽³⁵⁾ avuto riguardo alla circostanza per cui il contratto di vendita produce un arricchimento, nel patrimonio del compratore che si obblighi a corrispondere un prezzo vile, pari al valore del bene acquistato, senza alcun correlativo arricchimento del venditore⁽³⁶⁾. Si tratta, qui, della considerazione dell'effetto finale liberale (arricchimento e impoverimento del donante), di modo che non può a rigore dirsi che ad essere indiretta sia la donazione (che, in quanto negozio, non è stato perfezionato, atteso che non si è di fronte a simulazione relativa e che appare artificioso supporre la coesistenza di due autonomi negozi⁽³⁷⁾), ma più precisamente che lo schema effettuale essenziale e tipico della donazione (la liberalità, come si esprime il codice: v. *infra*) viene conseguito mediante una diversa fattispecie, non donativa.

La donazione indiretta tra ricostruzione dogmatica e codice civile

Pur a fronte di una molteplicità quanto mai significativa di indici normativi, variamente disseminati⁽³⁸⁾, una coerente e analitica concettualizzazione della donazione indiretta o, per meglio dire, della liberalità diversa dalla donazione⁽³⁹⁾, manca nella dottrina italiana che si è rivolta ad analizzare la disciplina del codice civile del 1865⁽⁴⁰⁾. La mancanza di una norma analoga all'attuale art. 809 c.c. e la scarsa previsione dell'art. 1091 c.c. abr., che assoggettava all'azione di riduzione "le donazioni di qualunque natura, fatte per qualsiasi causa ed in favore di qualsiasi persona" (nel che un'evidente emersione di una connotazione soggettiva della causa, ben lontano dall'autoreferenzialità della identificazione della causa con il tipo), contribuirono certamente all'emersione di una contrapposizione che, con le debite differenze, sta alla base della questione dogmatica e classificatoria - altro non è - che l'ordinanza qui in commento pone, a riprova di come, sul punto, poche certezze siano state conseguite.

Da un lato, infatti, si deve constatare come la possibilità di elaborare un concetto unitario di liberalità (quale categoria in grado di comprendere, quali *species*, liberalità donative e non donative, senza qui porsi l'ulteriore interrogativo circa la corretta collocazione delle c.d. liberalità d'uso, ora disciplinate all'art. 770, comma 2, c.c.⁽⁴¹⁾) riposi su un'estrema generalizzazione dei profili oggettivi (l'arricchimento del beneficiario, inteso in senso prossimo alla considerazione di un mero risultato economico⁽⁴²⁾) e soggettivi (l'*animus* del disponente, non "inquinato" da interessi patrimoniali).

Dall'altro lato, emerge come l'idea di una "donazione indiretta" porti con sé l'interrogativo circa la possibilità, una volta ammesso che essa consti di atti diversi dalla donazione, di eludere il formalismo proprio della donazione (la forma solenne ovvero la *traditio*) sol che ricorrano le costanti sopra menzionate della "liberalità"; di modo che ne uscirebbe legittimata, per il tramite di norme concernenti gli effetti riflessi dell'atto (collazione, riduzione ecc.), la validità di atti privi

del *vestmentum* dello scambio e, al contempo, della forma solenne ovvero dell'esecuzione (*res o causa data*)⁽⁴³⁾, in aperta contraddizione con assunti sistematici da sempre considerati irrinunciabili⁽⁴⁴⁾.

Non sorprende allora che la formulazione cui si pervenne, faticosamente⁽⁴⁵⁾, nella stesura dell'art. 809 c.c., in uno con la ambivalente collocazione della liberalità, negli artt. 769 e 770 c.c. - atteso che, nel primo, si parla di "spirito di liberalità" come coelemento della donazione mentre, nel secondo, la liberalità è precisamente volta ad individuare un *genus* entro il quale sono ricomprese le donazioni "fatte per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione", ma altresì atti espressamente considerati non donativi in quanto consistenti in "liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi" - abbia consentito e per certi versi giustificato sia la riproposizione della predetta contrapposizione⁽⁴⁶⁾, sia la formulazione di soluzioni tassonomiche non omogenee e, sovente, antitetiche⁽⁴⁷⁾, contribuendo non poco ad un giudizio, rivolto all'istituto della donazione, di vero e proprio sconforto teorico⁽⁴⁸⁾.

Limitandosi ai dati positivi contenuti nel titolo V del Libro secondo, in conclusione, parrebbe potersi affermare che il concetto di liberalità come fattispecie sia stato preso in considerazione dal legislatore (pur accanto alla menzione della liberalità come connotazione particolare dell'*animus*, nell'art. 769 c.c.) al fine di ricomprendervi sia liberalità donative (la fattispecie di cui all'art. 769 c.c., nonché la donazione di cui all'art. 770, comma 1, c.c.), sia liberalità non donative (le liberalità d'uso di cui agli artt. 770, comma 2, e 809, comma 2, c.c., che non sono donazioni, e le c.d. donazioni indirette, di cui all'art. 809, comma 1, c.c.).

Lasciando dunque da parte la questione circa la reciproca collocazione e coerenza dei concetti di donazione (diretta o indiretta) e liberalità (donativa o non donativa), consegnata come visto in queste poche righe ad un'opera sicuramente gravosa - qui impossibile - di analisi storiografica della sedimentazione delle soluzioni legislative e profondamente influenzata da assiomi di indubbia portata generale⁽⁴⁹⁾, la questione dogmatica sottostante al profilo sollevato dall'ordinanza che qui si commenta è stata a più riprese toccata dalla dottrina.

Non sono mancate voci sicuramente orientate a considerare sullo stesso piano atti (e, più specificamente, negozi) giuridici e, del pari, fatti giuridici, in quanto ritenuti, gli uni e gli altri, in grado di integrare donazioni indirette, potendo entrambi determinare liberalità "nel loro effetto remoto e anche se, ad essi, non partecipi colui che se ne avvantaggia"⁽⁵⁰⁾. Anzi, a ben vedere, la constatazione della peculiarità della donazione indiretta - non soltanto attuabile mediante negozi, ma altresì rinvenibile là ove, pur disconoscendo ogni rilevanza alla volontà della parte impoverita, l'arricchimento fosse conseguito a un mero fatto materiale - consentiva di superare in maniera netta le perplessità che sarebbero potute derivare dall'accostamento del concetto a quello di negozio indiretto, presto condotto di fronte ad aporie e difficoltà superate solo con espedienti non riproponibili nel caso della donazione. Ci si riferisce in particolare all'obiezione, gravissima, in forza della quale il negozio indiretto, se ritenuto un negozio tipico, orientato tuttavia alla realizzazione di scopi ulteriori rispetto a quelli suoi propri⁽⁵¹⁾, finirebbe per attribuire ai motivi - ché tali sarebbero questi ultimi - una indebita rilevanza giuridica⁽⁵²⁾. La ricostruzione di Salvatore Pugliatti⁽⁵³⁾, volta a far colmare la discrasia tra scopo tipico e scopo ulteriore per il tramite di un distinto accordo tra le parti, produttivo di obbligazioni finalizzate a coprire quella distanza, parrebbe difficilmente riproducibile in materia di donazione, mentre si attaglia con maggiore agilità a fenomeni in cui il collegamento tra i due negozi restituisce effettivamente un programma negoziale complesso e completo. È il caso, in particolare, dell'intestazione fiduciaria realizzata mediante vendita e correlativo *pactum fiduciae*, quantunque proprio detta fattispecie risulti per certi versi snaturata da consimile ricostruzione, che soccorre a ben vedere all'esigenza di eludere la ricostruzione classica del fenomeno per il tramite del concetto di trasferimento *fiduciae causa*. Invero, si potrebbe ricercare nelle singole ipotesi di donazione indiretta una consimile duplicità di negozi: si pensi al caso dell'adempimento del terzo seguito dalla remissione del debito di regresso, nel qual caso potrebbe ben dirsi che l'arricchimento dovrebbe correttamente ricondursi a quest'ultima, e non all'attività solutoria precedente. Occorre allora verificare se il dato fenomenico che si è ricostruito *supra*, nel par. 2, si possa semplificare sempre e comunque costringendolo in un simile schema e, dunque,

risolvendo la pluralità delle fonti dell'arricchimento (negozi, atti o fatti) semplicemente individuando quale produttivo della liberalità sempre e solo il negozio che definitivamente determina l'assetto patrimoniale vantaggioso per l'uno e svantaggioso per l'altro: vale a dire la rinuncia⁽⁵⁴⁾. Questa assumerebbe carattere decisivo, nell'ottica della qualificazione in termini di "indiretta liberalità", sia se considerata come ultimo momento negoziale di una più ampia operazione (coinvolgente negozi, atti e/o fatti: paradigmatici i casi della rinuncia all'indennità di cui all'art. 936 c.c., per i casi di *satio*, *plantatio* o *inaedificatio* effettuati su suolo altrui), sia che essa costituisca un unico negozio, orientato a quello scopo: è il caso della rinuncia al diritto reale su cosa altrui, ovvero della rinuncia al diritto di credito, quando si presentino del tutto isolati e appaiano non economicamente interessati⁽⁵⁵⁾; ancora, il caso del riconoscimento del diritto altrui, contro di sé, effettuato con la convinzione della falsità di ciò che riconosce⁽⁵⁶⁾.

Peraltro, occorrerebbe comunque trarre dalle secche di un eccessivo psicologismo la ricostruzione della donazione indiretta, atteso che a voler ricercare un *animus donandi* nelle predette ipotesi complesse, in cui il momento attributivo liberale consta della rinuncia ad un'indennità maturata in conseguenza di un mero fatto (la fattispecie di cui all'art. 936 c.c.), rappresenta un'obiezione insuperabile il constatare come il donante ponga in essere determinate condotte (la piantagione, per esempio) non certo per rinunciare al rimborso totale o parziale dell'indennità a lui spettante, bensì al preciso scopo di avvantaggiare il donatario con il solo fatto giuridico posto in essere. Fatto rispetto al quale la volontà non solo non dovrebbe ricercarsi (per non eccedere nello psicologismo di cui sopra) ma neppure potrebbe ricercarsi (posto che, come detto, si tratta di meri fatti giuridici, in cui la rilevanza della volontà è per definizione esclusa⁽⁵⁷⁾). Conviene allora superare ogni tentativo di costruire donazione diretta e indiretta sul comune sostrato della volontà. Sicuramente determinante nella prima, ove in effetti la forma tien luogo della causa quale *vestmentum* della mera volontà liberale; decisamente svalutata nella seconda. E infatti, sol che si consideri l'effetto tipico della donazione⁽⁵⁸⁾ e lo si isoli dalla fattispecie preposta a realizzarlo, sarebbe così possibile affermare, con indubbia perspicuità e senza necessità di fare della donazione indiretta una *species* del *genus* negozio indiretto, che la prima "può essere costituita da un atto unilaterale e anche da un semplice fatto volontario (...) perché la liberalità non deriva dalla natura dell'atto astrattamente considerato, ma dalle circostanze che accompagnano l'atto, quale in concreto si è compiuto"⁽⁵⁹⁾ e che detto atto è, immancabilmente, una rinuncia, il cui oggetto cambia di volta in volta (un'indennità; un diritto di credito maturato di regresso; un diritto di credito o un diritto reale già presenti nel patrimonio del donante). Da questo punto di vista, la rinuncia a far valere un diritto consistente nella mera omissione del suo esercizio o del suo godimento, protratto nel tempo (cui consegua la prescrizione del credito, o l'acquisto per usucapione da parte di altri), può assumere una qualificazione liberale soltanto ove assistita da un accordo (negoziale) che obblighi la parte, giusta *animus donandi*, in tal senso.

In conclusione, pare di poter dire che il panorama delle fattispecie analizzate dalla giurisprudenza e prese in considerazione dalla dottrina vada certamente nel senso di fare emergere un concetto di liberalità indiretta in cui convivono atti ablativi (rinunce) singolarmente considerati e fenomeni più complessi, in cui l'atto ablativo si pone all'esito di una sequenza che origina dal compimento anche di un mero fatto giuridico.

A questo punto, occorre chiedersi cosa legittimi la sottrazione dei predetti negozi alla prescrizione formale; come si spieghi, dunque, che sia esplicitamente ammessa dal legislatore "una liberalità sostanziale il cui contenuto negoziale sfugge alla sacralità della forma pubblica"⁽⁶⁰⁾, tenuto conto di come non vi possa essere dubbio circa il fatto che rinunciare a un diritto significhi, in forza di una volontà abdicativa, disporne, di modo che non si ravvisano ragioni, *prima facie*, per parlare di donazioni, mancando un effetto attributivo che, in senso proprio, dovrebbe avere ad oggetto un diritto reale, ovvero un diritto di credito e che, invece, assume al più i connotati di un vantaggio economico indiretto e mediato, pur desiderato con animo liberale.

Per chi predilige una ricostruzione che fa leva sul concetto di causa, commista all'idea di "funzione" del negozio, non dovrebbe emergere infatti differenza alcuna⁽⁶¹⁾. E, tuttavia, la peculiarità della donazione indiretta - sufficiente ad escludere la prescrizione formale a pena di nullità - viene individuata nella circostanza per cui, se come detto sopra è innegabile che il

negozio da cui deriva l'attribuzione patrimoniale o comunque la disposizione del diritto sia sempre e solo uno, l'arricchimento che quella attribuzione o quella disposizione realizza nel patrimonio del beneficiario rappresenta un *quid pluris*, derivante da circostanze concrete e non tipiche. Così, nel caso della rinuncia all'usufrutto, nella circostanza per cui il beneficiario della liberalità (indiretta) sia proprio il titolare della nuda proprietà candidata a riespandersi; ovvero il terzo beneficiario della stipulazione in suo favore, un soggetto non legittimato a ritenerla in quanto non titolare di un credito nei confronti dello stipulante (di modo che la stipulazione non avviene *solvendi causa*). In quest'ottica, l'identificazione della donazione indiretta con il negozio indiretto riemerge - consapevolmente - nella misura in cui si parla comunque di una "disfunzione tra l'intento e la causa"⁽⁶²⁾.

Tirando le fila del discorso, può dirsi che un atto ovvero un fatto è, in un certo contesto, perfezionato: e quale conseguenza di quell'evento storicamente determinato risulta - ma come conseguenza non diretta, ulteriore e mediata pur sempre da un negozio (il più delle volte ad effetto ablativo, come la rinuncia) - un vantaggio in favore di una certa persona, motivato unicamente dall'intento di determinare un risultato finale consistente nell'arricchimento, a fronte di un depauperamento. Risultato, dunque, avente per ciò solo i caratteri propri della liberalità.

Si attribuisce così la denominazione "donazione" ad un qualcosa che non è donazione e, potenzialmente, non è nemmeno atto giuridico (ma mero fatto giuridico), in considerazione dell'effetto che indirettamente - vale a dire per il tramite di un diverso medio - si produce. Di modo che, più correttamente dovrebbe forse dirsi che ad essere indiretto è l'effetto realizzato, così che sarebbe più chiaro ed efficace parlarsi unicamente di liberalità (intesa come effetto) indiretta, quale costante finalistica potenzialmente riconducibile a più antecedenti (negozio, atto, fatto), secondo l'ottica propria delle c.d. norme materiali, prescindendo dall'analisi della natura "indiretta" della fattispecie (il che appare, a ben vedere, una confusione di piani: un fatto storico è o non è, e non se ne può logicamente predicare la natura "diretta" o "indiretta").

Di fronte a siffatta situazione, l'ordinamento reagisce tutelando i limiti fondamentali che, nell'interesse generale, sono posti all'attribuzione patrimoniale a titolo gratuito; e che la reazione non giunga a colpire il negozio per mancanza di forma solenne si spiega considerando che la complessità della fattispecie che determina la liberalità è tale da dover far ritenere ampiamente meditata la deliberazione di arricchire *animus donandi* e, dunque, superfluo il surrogato del *vestmentum* che, in luogo della controprestazione ovvero della *traditio* del bene, la forma incarna.

Donazione indiretta e donazione tipica ad esecuzione indiretta: la soluzione delle Sezioni Unite

Vista la delicatezza e la complessità del tema di fondo, il rinvio alle Sezioni Unite era gravido di aspettative; tuttavia, la sentenza si è dichiaratamente (e, a parere di chi scrive, opportunamente) guardata dal tentare una sistemazione dogmatica complessiva della materia della "liberalità", optando per un *decisum* finalizzato a prendere specifica posizione in merito alla qualificazione della specifica fattispecie controversa, seppur con un'argomentazione consapevolmente in grado di spiegare conseguenze tassonomiche rilevanti.

Ad avviso delle Sezioni Unite, infatti, occorre distinguere due ipotesi.

Da un lato v'è la donazione indiretta, o liberalità non donativa che dir si voglia, caratterizzata dalla circostanza per cui "l'arricchimento del beneficiario non si realizza con l'attribuzione di un diritto o con l'assunzione di un obbligo da parte del disponente, ma in modo diverso", dal fatto che si attuano "in via mediata effetti economici equivalenti a quelli prodotti dal contratto di donazione" e dal fatto che essa si realizza: "(a) con atti diversi dal contratto (ad esempio, con negozi unilaterali come l'adempimento del terzo o le rinunce abdicative); (b) con contratti (non tra donante e donatario) rispetto ai quali il beneficiario è terzo; (c) con contratti caratterizzati dalla presenza di un nesso di corrispettivi tra attribuzioni patrimoniali; (d) con la combinazione di più negozi (come nel caso dell'intestazione di beni a nome altrui)". Siffatto tentativo di definire cosa sia "donazione indiretta" appare subito minato dalle stesse difficoltà segnalate nei precedenti paragrafi, cui si rinvia. All'esito, la pronuncia formula una definizione (per vero classicamente in nulla rispondente a ciò che "definizione" deve essere) di tal guisa, tutto

sommato inutile e innocua: "donazione attuata indirettamente in ragione della realizzazione indiretta della *causa donandi*".

Dall'altro lato - ed è questa, per quanto detto, la parte più interessante della motivazione delle Sezioni Unite - v'è l'enucleazione di una diversa categoria, cui ricondurre l'ipotesi della liberalità attuata a mezzo banca e avente ad oggetto valori mobiliari, definita "donazione tipica ad esecuzione indiretta". Qui la donazione, per come ricostruita, è dunque tipica, si discosta dalla (ben più semplice, a ben vedere) donazione del credito avente ad oggetto la restituzione delle somme o dei valori depositati - atteso che il beneficiario non acquista alcuna pretesa nei confronti della banca - e consta del negozio tacitamente concluso tra beneficiante e beneficiario, rispetto al quale avrebbe funzione meramente esecutiva (*solvendi*) il bancogiro (e, dunque, l'intermediazione gestoria dell'ente creditizio, a sua volta tenuto verso il disponente ad eseguire l'ordine ricevuto⁽⁶³⁾): il trasferimento di ricchezza dal donante al donatario è dunque effetto mediato del negozio sottostante, quantunque direttamente conseguito mediante il bancogiro. Così facendo, in sostanza, la S.C. ha ricostruito l'operazione in termini bifasici, con le forme di quella che finisce per divenire una donazione obbligatoria ad effetto mediato da un atto del terzo: la prima *titulus*, il secondo *modus acquirendi*.

La neutralità dell'accredito - sotto il profilo dell'*emersione* della giustificazione ultima della disposizione che esso realizza rispetto al patrimonio del disponente, vale a dire dell'*expressio causae*⁽⁶⁴⁾ - ha dunque indotto le Sezioni unite a indagare quale fosse la causa, rinvenendola nel rapporto tra ordinante-disponente e beneficiario, ricostruito senz'altro come rapporto contrattuale, a questo punto a forma vincolata.

A dire il vero, così facendo, sembra che si sia postulata quasi *ex nihilo* l'esistenza di un negozio donativo sottostante (il *titulus*), muovendo non già da esso, ma verso di esso; e il sospetto che simile approccio sia minato da una forma larvale di adesione al *post hoc, propter hoc*, esce rafforzato allorquando, contemplando le possibili ricadute sistematiche di simile approccio, ci si domandi se un simile arresto non finisca per comportare, a cascata, un irrigidimento formale inaccettabile per tutte le forme di disposizione realizzata nell'ambito di rapporti trilateri in cui il rapporto di provvista sia caratterizzato da intento liberale; ovvero ancora se, con più robusta dose di pragmatismo, ci si chieda quale debba essere la corretta ricostruzione dei rapporti tra il negozio sottostante e l'atto esecutivo (soprattutto nella delicata prospettiva patologica e rimediabile che i fenomeni bifasici, a maggior ragione se intervengano tra tre soggetti, portano con sé).

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Questa denominazione, che distingue le donazioni fatte *recta via* da quelle fatte *non recta via*, è richiamata da Torrente, *La donazione*, in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXII, Milano, 1956, 18.

(2) Cfr. sul punto Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi*, in Palazzo - Mazzaresse (a cura di), *I contratti gratuiti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2008, 9 ss.; Id., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2000, 4 ss.

(3) Si pensi al ruolo che il dono ha avuto nelle società arcaiche o, per giungere a fasi storiche più prossime alla nostra, al ruolo assunto dal dono nella società feudale, in cui l'investitura (che è attribuzione di prerogative proprietarie e al contempo amministrative e giurisdizionali) ripudiava ogni schema riconducibile allo scambio, seppur di fatto mirante ad esso, in un'ottica però di riconoscenza e legame personale (privilegi contro servizi). Si v. anche Conte, *Gratuità, liberalità, donazione*, in Bonilini (a cura di), *La donazione*, Torino, 2001, 2 ss.

(4) Sullo spirito di liberalità v., senza pretesa di completezza, Checchini, voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, *ad vocem*, 1 ss.; Carnevali, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 6, II, 2008, 485 ss.; Caredda, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 13 ss. e 195 ss.; Carnevali, voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 214 ss.; Jemolo, *Lo "spirito di liberalità" (Riflessioni su una nozione istituzionale)*,

in *Studi in onore di Vassalli*, II, Torino, 1960, 973 ss.; Balbi, *Liberalità e donazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, 157 ss.; Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 76 ss.

(5) Nota Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., 347 s., che la norma da un lato pone alcune regole finali sulle donazioni che tendono a porsi come "di chiusura" della materia; dall'altro, dette regole riaprono "un versante pressoché inesauribile di "altri atti di liberalità" che siano "diversi" da quelli previsti dallo stesso art. 769 c.c.: i due contesti completano a tutto tondo la disciplina codicistica delle donazioni e sono gravidi di implicazioni sistematiche per una teoria generale del negozio e del contratto.

(6) Torrente, *op. cit.*, 34.

(7) La si v. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 636 ss., con nota di Tomat.

(8) Ampia ricostruzione del problema in Gatt, *La liberalità*, II, Torino, 2005, 239 ss.; sul punto già, *ex multis*, Biondi, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XII, Torino, 1961, 1010 ss. Un riferimento al mero fatto materiale come fonte di liberalità è in Cass., 3 maggio 1969, n. 1465; si v. anche Cass. 27 luglio 2000, n. 9872, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 1642 (ma, per esteso, in *Pluris*), giusta la quale è stata qualificata come donazione obnuziale indiretta (presupponendo dunque l'*animus donandi* in favore di entrambi i coniugi) la conclusione di contratti di appalto finalizzati a realizzare, nell'immobile intestato al genero, un terrazzo che andasse a beneficio anche della figlia, con esclusione dell'operare dell'art. 936 c.c. - invocato in seguito alla separazione dei coniugi - per mancanza di terzietà del genero medesimo.

(9) Sulle operazioni a mezzo banca come ipotesi di liberalità indiretta v., ampiamente, Gatt, *La liberalità*, II, cit., 132 ss.

(10) Per una ricognizione quanto mai approfondita - e consapevole dell'approccio necessariamente utilitaristico della giurisprudenza, in siffatta materia - v. Caredda, *Donazioni indirette*, in Palazzo - Mazzaresse (a cura di), *I contratti gratuiti*, cit., 202 ss., che ritiene possibile ricondurre la congerie di fattispecie a due ipotesi di fondo: l'intestazione di beni a nome altrui e i *negotia mixta cum donatione*. Sullo sfondo, invece, i casi più sporadici e, sicuramente, meno facili a decifrarsi, giusta quanto si dirà, della rinuncia abdicativa, dell'accollo di debito, dell'adempimento del debito altrui, del contratto a favore di terzo, del mandato ad amministrare.

(11) Ben sottolinea l'impossibilità di registrare un concetto unitario di donazione indiretta Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., 349; donazione indiretta sarebbe in buona sostanza "la liberalità attuata non con il contratto tipico di donazione ma mediante altro strumento "negoziale" avente scopo tipico diverso dalla *causa donandi* e tuttavia in grado di produrre, unitamente all'effetto diretto che gli è proprio, l'effetto indiretto di un arricchimento senza corrispettivo, voluto per spirito liberale (...)" e, tuttavia, "possono costituire donazioni indirette anche alcune attività non proprio negoziali" (ivi).

(12) Cass. 19 ottobre 1978, n. 4711, in *Mass. Giur. it.*, 1978, 1124.

(13) Sul punto v. Torrente, *La donazione*, cit., nella seconda edizione, del 2006, curata da Carnevali e Mora, 67 ss.

(14) Cass. 15 novembre 1997, n. 11327, in *Foro it.*, 1999, I, 994 e in *Contratti*, 1998, 242, con nota di Basini; Cass. 7 dicembre 1989, n. 5410, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1590 ss., con nota di Perfetti.

(15) Lo nota Torrente, *La donazione*, cit., 23, sulla scorta di Cesaroni, *Le cosiddette donazioni indirette*, in *Temì*, 1948, 1 ss.; v. di recente, Caredda, *Donazioni indirette*, cit., 283 s.

(16) Un arresto fondamentale in materia è la nota Cass., SS.UU., 5 agosto 1992, n. 9282, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 372 ss., con nota di Regine, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2991, con nota di Azzariti, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 612, con nota di Cesaro e in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1548 ss. (seguita subito da Cass. 8 febbraio 1994, n. 1257, in *Foro it.*, 1995, I, 614, con nota di De Lorenzo); Cass., 31 gennaio 1989, n. 596, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1726; Cass. 23 dicembre 1992, n. 13630, in *Riv. dir. fam. e pers.*, 1994, 112. E si v. già il problema in

Carnelutti, *Donazione di immobili o donazione di denaro?*, in *Foro it.*, 1956, IV, 185 ss.; di recente v. Cass. 2 settembre 2014, n. 18541, in *Notariato*, 2014, 637; Cass. 6 novembre 2008, n. 26746, in *Fam., pers. e succ.*, 2009, 410, con nota di Massella Ducci Teri.

(17) Gatt, *La liberalità*, II, cit., 105 ss.

(18) Cass. 9 novembre 2012, n. 19513, in *Mass. Giust. civ.* 2012, 11, 1287 e, per esteso, in *Pluris banca dati*; Cass. 8 maggio 1998, n. 4680 in *Riv. not.*, 1999, 1218, e in *Giust. civ.* 1999, I, 3120.

(19) È peraltro dubbio che possa qualificarsi come avente efficacia traslativa e qualificazione donativa la rinuncia ai diritti ereditari fatta gratuitamente a favore di tutti coloro ai quali si sarebbe devoluta la quota del rinunziante, di cui [all'art. 519, comma 2, c.c.](#): cfr. Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., 352, che propende per la qualificazione in termini di mero atto di rifiuto con il quale il chiamato respinge la possibilità di acquistare l'eredità, senza dismettere la titolarità di alcun diritto ma abdicando alla qualità di chiamato. Ma a diversa conclusione potrebbe giungersi ritenendo che dalla sfera del chiamato "rinunziante" a quella dei beneficiari della rinuncia, sia traslato il diritto potestativo di accettare l'eredità, quale oggetto di una vera e propria rinuncia.

(20) Cass. 15 dicembre 1984, n. 6581, in *Riv. not.*, 1985, 724 ss.

(21) In dottrina v. l'ampia e rigorosa ricostruzione di Gatt, *La liberalità*, II, cit., 3 ss.; Caredda, *Donazioni indirette*, cit., 268 ss.; Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., 360 ss.; Cass., 29 luglio 1968, n. 2727, in *Foro pad.*, 1970, I, 46.

(22) A ben vedere, la duplicità che caratterizza la delegazione - di pagamento o di debito - non può riproporsi nel caso dell'espromissione: una espromissione di pagamento - quale atto in cui l'iniziativa sarebbe unicamente dell'espromittente, nei confronti del creditore espromissario - altro non è che l'adempimento del terzo.

(23) Gatt, *La liberalità*, II, cit., 163; Gianola, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002, in part. 271 ss.

(24) Su questi profili si v. Gatt, *La liberalità*, II, cit., 159 ss.; Biondi, *Le donazioni*, cit., 964 ss.; Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, 353 ss., La Porta, *L'assunzione del debito altrui*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2009, 270 ss. e 374 ss.

(25) Cass. 8 luglio 1978, n. 4550, in *Riv. not.*, 1978, 1341.

(26) Cass. 8 luglio 1983, n. 4618, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1792. Cfr. Gatt, *La liberalità*, II, cit., 165, [nota 165](#) e, per una argomentata critica, 169 ss.

(27) Cass. 30 marzo 2006, n. 7507, in *Vita not.*, 2007, 188.

(28) Cass. 6 giugno 1969, n. 1987, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1232, con nota di Checchini.

(29) Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., 363 s., cui si rimanda per la disamina degli aspetti più rilevanti della questione, tra i quali la necessità o meno di una cristallizzazione dell'interesse del mandatario o del terzo in un patto antecedente al mandato, in grado di obbligare il mandante a conferire l'incarico, ovvero in un patto di irrevocabilità tra mandante e mandatario ovvero tra mandante e terzo. Sol che sia consentito - indipendentemente dallo strumento tecnico - conferire rilevanza ad una causa di attribuzione liberale facendo penetrare il relativo interesse nel contenuto del mandato, la qualificazione in termini di donazione indiretta dovrà ammettersi.

(30) Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., 365 ss.

(31) Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., 386 ss.

(32) Sul fondo patrimoniale come ipotesi di liberalità non donativa: Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, cit. 369 ss.

(33) La vicenda delle donazioni dell'incapace nelle convenzioni.

(34) Specificamente sulla cointestazione del deposito bancario si v. Cass. 12 novembre 2008, n. 26983; Cass. 14 gennaio 2010, n. 468; Cass. 10 aprile 1999, n. 2499. La cointestazione di buoni fruttiferi postali è invece esaminata da Cass. 9 maggio 2013, n. 10991.

(35) Cass. 30 gennaio 2007, n. 1955; Cass. 7 giugno 2006, n. 589816; Cass. 10 febbraio 1997, n. 1214.

(36) Torrente, *op. cit.*, 43 ss.

(37) La tesi, pur estremamente rigorosa, della duplicità dei negozi la si v. in Deiana, *La natura giuridica del negotium mixtum cum donatione*, in *Dir. prat. comm.*, 1938, I, 102 ss.; pressoché coevo - e propenso a far valere l'unicità del negozio - il contributo di Ascarelli, *Contratto misto, negozio indiretto e negotium mixtum cum donatione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, 462 ss. Una volta che quest'ultima si è imposta, la questione dogmatica attiene alla necessità di ricondurre siffatto contratto alla figura del contratto misto ovvero al negozio indiretto, nel qual ultimo caso la difficoltà sta - come si illustrerà anche *infra*, nel paragrafo successivo - nel trarre lo scopo liberale dalle secche dei motivi, per definizione irrilevanti. Quel che non sembra si possa in alcun modo confutare è che la sola inadeguatezza del corrispettivo sia sufficiente a dar luogo alla figura: occorre, invece, che all'elemento oggettivo della sproporzione si accompagni l'intento liberale. Certamente, il rischio "che si si affidi, o ci si abbandoni, a pericolose, incerte indagini psicologiche" (Torrente, *op. cit.*, 47); e, tuttavia, non v'è dubbio che la sproporzione - dunque: l'elemento oggettivo - unitamente al tenore letterale delle pattuizioni possa fondare, anche presuntivamente, "il convincimento che le liberalità aveva un valore preminente, assorbente" (Torrente, *op. loc. cit.*). Né si deve paventare il rischio di introdurre una prova per presunzioni di un patto (tenuto conto che in un patto si concreterebbe la connotazione liberale della vendita a prezzo vile), in violazione degli [artt. 2721, 2722 e 2729, comma 2, c.c.](#): qui, infatti, non si mirerebbe a provare per presunzioni un autonomo patto, per quanto detto sopra, bensì a dar prova della connotazione liberale dell'unico contratto già debitamente allegato e provato in giudizio. Il che non pare precluso dalle disposizioni in parola (senza contare, comunque, la possibilità di invocare [l'art. 2724 c.c.](#); e senza la limitazione di cui [all'art. 2725, comma 2, c.c.](#) trattandosi per l'appunto di donazione indiretta, non soggetta alla prescrizione della forma solenne).

(38) Li compendia Gatt, *La liberalità*, I, Torino, 2002, 3 ss.; cfr. inoltre, per utili riferimenti alla disciplina contenuta nel codice abrogato e al suo precipitato dogmatico Biondi, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XII, Torino, 1961, 926 ss.; Torrente, *La donazione*, cit., 16 s.

(39) Il concetto di donazione indiretta, di derivazione francese (la *donation indirecte*) evoca l'idea di una donazione nascosta sotto le sembianze di un diverso atto, che produce indirettamente gli effetti propri della donazione: nel codice abrogato era espressamente menzionata in varie norme (per esempio [l'art. 1001 del c.c.](#) 1865, dedicato alla collazione). La liberalità - anch'essa letteralmente presente nel tessuto normativo del vecchio codice e, nel codice vigente, utilizzata quale connotato caratterizzante della fattispecie nella rubrica [dell'art. 809 c.c.](#) (*Norme sulle donazioni applicabili ad altri atti di liberalità*) - è, invece, concetto che evoca segnatamente la connotazione dell'interesse (per l'appunto "liberale") di un determinato assetto effettuale: parrebbe prestarsi ad un più ampio ventaglio di fattispecie, quantunque, come detto, la rubrica [dell'art. 809 c.c.](#) faccia riferimento specificamente ad "atti" e, dunque, all'insieme di atti e negozi, esclusi apparentemente i "fatti".

(40) V. Caredda, *Donazioni indirette*, cit., 184 ss.

(41) Si v., in luogo di molti, P. Gallo, *La donazione remuneratoria*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, 405 ss.

(42) Cfr. Torrente, *La donazione*, cit., 20, ove il riferimento al concetto di "norma materiale". V. anche Piccinini, *Gli atti di liberalità*, in *Trattato breve delle successioni donazioni*, diretto da Rescigno e coordinato da Ieva, Padova, 2010, 359 ss.; aso paradigmatico di norma materiale è quello dell'art. 2744: v. in luogo di molte, Cass. 3 febbraio 2012, n. 1675, in *Giur. comm.*, 2013, II, 663 ss., con nota di Martino.

(43) Cfr. la nota posizione di Ascoli, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935, 426 ss., il quale ammette la possibilità che una donazione indiretta sia sottratta al requisito formale suo proprio (atto pubblico ovvero tradizione) solo allorquando essa consti di un atto formale ed astratto, ovvero di un contratto a favore di terzo. Sul punto v., diffusamente, Gatt, *op. cit.*, 4, s, in part.

la nota 2. Un cenno anche in Barassi, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1921, 400, nt. 1. Per l'ipotesi del contratto a favore di terzo v. Moscarini, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, 258 ss.

(44) Il riferimento d'obbligo per quanto attiene ai profili teorici (ma anche storico-comparatistici) qui solo fugacemente richiamati è all'indagine di Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, 2 ss., 65 ss. Nota Gatt, *op. cit.*, 5 s., nt. 5, come, nel corso dei lavori preparatori del vigente codice, le voci dissenzienti più veementi fossero protese a porre in luce come il riconoscimento, nell'art. 809 c.c., della legittimità di donazioni indirette (mercé la loro disciplina sul piano delle norme ivi richiamate) finisse per consentire un'elusione dell'osservanza dell'onere formale previsto per il negozio donativo; non mancarono pertanto opinioni protese ad avallare la qualificazione di consimili negozi in termini di radicale nullità ovvero a parificare completamente le fattispecie donative (dirette o indirette) sotto il profilo della disciplina (segnatamente della forma).

(45) E non senza numerosi scostamenti lessicali: nel progetto del terzo libro, l'art. 442 era dedicato alla donazione non risultante da contratto; la relazione Maroi al progetto medesimo menzionava le donazioni indirette; l'art. 345 del progetto definitivo adottava la diversa dizione "atti di liberalità diversi dalla donazione"; la relazione del Guardasigilli Solmi al progetto definitivo, sceglieva di menzionare "la liberalità" quale categoria ordinante, "termine generico il quale comprende tanto la donazione, come ogni altro atto, il quale produca l'arricchimento di un soggetto con il conseguente impoverimento di un altro". Infine, la relazione al Re (n. 385) compendia tutte le denominazioni lasciando chiaramente intendere che, parlando di donazioni indirette, si intendeva "far riferimento alle liberalità compiute senza porre in essere un contratto di donazione": Torrente, *La donazione*, cit., 17. E senz'altro discorre di "effetto", per esempio, Barassi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 399, che ritiene la donazione un "atto economicamente dannoso, quindi giuridicamente poco favorito".

(46) Si v., per esempio, quanto scrive Moscarini, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, 260, lasciando trasparire l'evidente difficoltà di identificare profili definitivi soddisfacenti: "La categoria della donazione indiretta deve dunque ritenersi priva di portata individuativa di una certa realtà fenomenica, ricomprendendo, al contrario, figure morfologicamente disperate, alcune delle quali sono oggetto di una propria problematica, e risultano accomunate in vista di un comune profilo effettuale il quale costituisce il fondamento per l'applicazione di un certo bagaglio di norme".

(47) Si v., per l'ammissibilità della figura della donazione indiretta, Caredda, *Donazioni indirette*, cit., 186 ss. e, soprattutto, 193 ss., ove esauriente ricognizione della dottrina; e cfr. almeno le pagine - classiche - di Biondi, *Le donazioni*, 893 e Torrente, *La donazione*, cit., 20; contra Balbi, *Liberalità e donazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, 178, Id., *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, 130, anche muovendo dalla supposta portata eccezionale dell'art. 1875 c.c. (giusta il quale la rendita vitalizia a favore di un terzo "quantunque importi per questo una liberalità, non richiede le forme stabilite per la donazione"; ma v. Torrente, *op. cit.*, 55; Moscarini, *op. cit.*, 262 s., il quale deduce la non necessità della forma solenne nel contratto a favore di terzi *donandi causa* muovendo dalla netta distinzione del profilo strutturale - normato negli artt. 1411 ss. c.c. - e di quello materiale, che giustificerebbe unicamente le norme pertinenti al profilo economico dell'arricchimento e non, invece, a quello formale). Sulla questione Gatt, *La liberalità*, cit., 6, nt. 7; Caredda, *Le liberalità diverse dalla donazione tipica*, Torino, 1996, 12.

(48) Definisce la donazione un istituto astruso Biondi, *op. cit.*, 9; cfr. anche, più di recente, le considerazioni iniziali di Piccinini, *Gli atti di liberalità*, cit., 351.

(49) Parla di un vero e proprio "travaglio" della dottrina Torrente, *La donazione*, cit., 18.

(50) Messineo *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1952, VIII ed., 428: "la donazione indiretta nasce o da un *fatto materiale*, ovvero dall'adempimento di un contratto, *diverso* dalla donazione, o da un negozio giuridico *non-contrattuale*: tali sono, - *fra altri* - la piantagione o la costruzione su fondo altrui; la rimessione di un debito, la vendita

fatta a un terzo, il cui prezzo sia riscosso dal beneficiario; secondo taluno, il negozio misto con donazione (...) e, secondo un'opinione manifestata di recente, anche la rinuncia all'eredità e al legato" (corsivi nel testo). L'illustre Maestro proseguiva nell'accostare alle suddette ipotesi, siccome liberalità sempre indirette, le ipotesi desunte *a contrario* dall'art. 742, commi 1 e 2, c.c., nonché le donazioni attuate "(...) mediante l'impiego del contratto di alienazione a titolo oneroso (*donazione dissimulata*, o *mascherata*, ossia simulazione relativa di negozio), o mediante l'interposizione di persona" (corsivi nel testo).

(51) *Ex multis*, Cariota - Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (ma 1948), 256 s.: "Si ha negozio indiretto tutte le volte in cui per il raggiungimento di uno scopo si fa uso di una via obliqua, trasversa; ossia non si prende la via normale (...)". In particolare, è necessario: "(...) a) un negozio causale, tipico realmente voluto; b) il perseguimento (attraverso il medesimo) di un fine ulteriore e diverso (motivo), che si rifletta in patti o clausole particolari" (ivi).

(52) A tale obiezione non si è mancato di replicare (v. Cariota-Ferrara, *op. ult. cit.*, 256, [nota 81](#)) notando che il motivo, nel negozio indiretto, deve necessariamente tradursi in patti e clausole e, dunque, in manifestazione di volontà giuridicamente vincolante per le parti. Diversamente, non potrebbe nemmeno parlarsi di negozio indiretto, il quale è dunque un negozio "adattato e modificato", rispetto al quale dovrà dunque in primo luogo verificarsi se il risultato pratico ulteriore non sia vietato e se non sia venuta meno la qualificazione originaria, avendo quell'adattamento e quella modificazione determinato una "deformazione" del negozio.

(53) Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 299 s.; l'obiezione la si v., per tutti, in Santoro Passarelli, *Interposizione di persona, negozio indiretto*, in *Foro it.*, 1931, I, 176 (e Id., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, IX ed., rist., 182 s., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici ormai classici, in materia).

(54) Spunti in tal senso in Torrente, *op. cit.*, 22 s.; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit. 267; Casulli, *Donazioni indirette e rinunzie ad eredità o legati*, Roma, 1950, 86 ss.

(55) Circa la distinzione tra liberalità e gratuità, chi scrive ritiene di aderire alla tesi per cui la gratuità si caratterizza per un elemento negativo (assenza di corrispettivo) e per la pur compresente esistenza di un effetto attributivo (di un diritto, quale che sia) e di un interesse economico in grado di sorreggere, causalmente, il medesimo. Di contro, nel novero delle liberalità, la donazione è, come detto, negozio dotato di caratteristiche peculiari (in primo luogo formali) rese necessarie dalla mancanza del corrispettivo e finanche di un interesse patrimoniale che si contrappone ad altri (liberalità non donative) caratterizzati da peculiarità sufficienti a giustificarne la tipizzazione autonoma (le liberalità d'uso). Non pare convincente, dunque, la tesi sostenuta da Balbi (Id., *Liberalità e donazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, 157 ss.) circa la possibilità di distinguere atto gratuito e liberalità in ragione dell'oggetto, vale a dire del diritto attribuito: diritto reale o di credito, nel caso della liberalità; ogni altri diritto, nel caso degli atti gratuiti.

(56) Cariota - Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 261.

(57) In questi termini mi pare anche Torrente, *op. cit.*, 26 s., il quale conclude nel senso che il fatto materiale non è causativo dell'arricchimento: esso è concausa, e non è ad esso che può guardarsi nel ricercare una volontà diretta all'arricchimento.

(58) È verosimilmente in ossequio alla tradizionale distinzione tra volontà orientata all'effetto giuridico e volontà orientata a un mero effetto empirico (che, come è noto, riposa sulla svalutazione della idoneità della volontà negoziale a porsi quale fonte diretta del precetto e che, tuttavia, trascura di considerare come non si diano propriamente effetti empirici non riconducibili ad una dimensione giuridica, per quanto essenziale: per una sintetica quanto efficace confutazione v. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014, IV ed., 3 s.; e si v., per le contrapposte posizioni, Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 82 ss., e nota 1; G.B. Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995, V ed., 71; Grassetti, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, Milano, 1936, 137 ss.) che Torrente

(Id., *La donazione*, cit., 15), identifica "l'arricchimento di altri senza corrispettivo" e, più in generale, "il risultato di far conseguire ad altri un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo" quale "scopo economico, che è proprio del contratto tipico di donazione". Nel che, tuttavia, l'attenzione soverchia riposta sull'economicità del risultato (comune a tutti gli atti gratuiti, anche non riconducibili alla donazione) mal si concilia con la centralità dell'intento liberale - da leggersi, in negativo, quale assenza di un interesse patrimoniale del donante - nella ricostruzione della specificità della fattispecie di cui [all'art. 769 c.c.](#)

(59) Torrente, *La donazione*, cit., 18.

(60) Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., 349.

(61) Torrente, *La donazione*, cit., 29, nota che "(...) dal punto di vista sistematico l'identità di causa non può dar luogo che allo stesso negozio: è escluso, pertanto, che vi possano essere negozi atipici che siano rivolti allo stesso risultato di un negozio tipico".

(62) Torrente, *La donazione*, cit., 30.

(63) Nel caso di "donazione ad esecuzione indiretta" di somme di denaro depositate, peraltro, potrebbe profilarsi, soprattutto nell'ottica della formalizzazione di un atto pubblico, lo scoglio della nullità comminata [dall'art. 771 c.c.](#), atteso che la ricostruzione del fenomeno secondo lo schema del deposito irregolare farebbe sì che con detto negozio tipico si finisca per donare cose altrui: ciò significa che occorrerebbe accedere a un'interpretazione restrittiva della nullità ivi prevista come limitata al solo caso in cui la cosa donata non sia ancora venuta ad esistenza, e non in cui essa sia esistente, ma nel patrimonio altrui. Diversamente, occorrerebbe far fronte a una ricostruzione - invero ardua - del rapporto tra correntista e valori - anche destinati teoricamente alla *commixtio*, se fungibili - depositati in conto corrente di tipo sostanzialmente dominicale, facendo valere ragioni connesse alla ormai mutata (e invertita, rispetto al passato) rilevanza del numerario rispetto alla disponibilità del denaro per il tramite dei servizi di pagamento offerti dagli intermediari.

(64) Sia consentito il rinvio a Martino, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, anche per ogni necessario riferimento bibliografico alla figura in questione.

DONAZIONE OBBLIGATORIA (*)

Raffaele Lenzi

Sommario: 1. Contenuto dell'obbligo: l'obbligazione di fare; 2. - Donazione obbligatoria di modico valore; 3. - Promesse premiali e liberalità; 4. - Preliminare di donazione; 5. - Donazione obbligatoria e beni futuri.

1. - Il dibattito relativo al problema della donazione obbligatoria continua ad essere ispirato, pur se non sempre esplicitamente, all'evoluzione storica che ha subito la disciplina dell'istituto.

Il fecondo dibattito sorto sotto il vigore del codice previgente e le conclusioni, non sempre univoche, cui era giunta la dottrina dell'epoca, anche in considerazione dell'alta qualità degli interpreti ⁽¹⁾, hanno fortemente influenzato la riflessione dei primi commentatori del testo vigente [dell'art. 769 c.c.](#) ⁽²⁾, tendendo a svalutare il chiaro dettato emergente dal dato positivo. Da ciò probabilmente il tentativo della risalente dottrina di ridurre l'ambito applicativo della donazione obbligatoria, nonostante l'ampia portata [dell'art. 769 c.c.](#) non sembri consentire interpretazioni restrittive ⁽³⁾.

Tale disposizione costituisce in realtà, con riferimento alla donazione obbligatoria, il punto di arrivo di un lungo processo evolutivo teso a definire l'ambito operativo della donazione ed a superare le perplessità interpretative suscitate dal previgente art. 1050 del codice del 1865 ⁽⁴⁾. Ciononostante parte della dottrina continua, anche sotto il codice vigente, a ritenere che la donazione obbligatoria possa avere per contenuto soltanto un'obbligazione di dare, con esclusione quindi di obbligazioni di fare e di non fare ⁽⁵⁾.

Inoltre, anche la dottrina che riconduce alle sole obbligazioni di dare l'oggetto della donazione obbligatoria opera, all'interno di essa, un'ulteriore limitazione ⁽⁶⁾, esaurendola nell'obbligazione funzionale alla costituzione o all'acquisto di un diritto reale di godimento ⁽⁷⁾.

Di fronte all'ampia formulazione legislativa appare tuttavia arbitrario ridurre la sfera operativa. In realtà, il dibattito sull'ammissibilità della donazione obbligatoria di fare è influenzato anche da evidenti ragioni pratiche che tentano di sottrarre l'assunzione gratuita di un obbligo di fare per spirito di liberalità ai rigorosi vincoli formali previsti per la donazione.

L'obbligo gratuitamente assunto di compiere un'opera o un servizio, il professionista che si obbliga a prestare gratuitamente la propria opera, l'artista che si obbliga a partecipare gratuitamente ad una manifestazione, sono soltanto alcuni dei casi in cui l'adozione della forma rigorosa prevista dall'art. 782 c.c. o ancor più le conseguenze di una sua mancata adozione, possono costituire un grave ostacolo alla certezza delle situazioni giuridiche ed alla speditezza dei rapporti.

È singolare infatti come, in un periodo di neo-formalismo come l'attuale ⁽⁸⁾, si tenda invece, per quanto riguarda la donazione, a svalutare il dato normativo, per facilitare le attribuzioni liberali, svincolandole dai rigori della forma solenne ⁽⁹⁾.

A ben vedere tuttavia tale tendenza non deve sorprendere se si riflette sul fatto che la forma solenne è solitamente funzionale a frenare la contrattazione o quantomeno a consentire una maggiore consapevolezza circa le conseguenze dell'atto che si intende porre in essere.

La relativa disciplina, quindi, è ispirata da esigenze di politica del diritto che, in quanto tali, possono mutare nel tempo; di conseguenza, è comprensibile che oggi, in un sistema che tende ad accrescere il ruolo della solidarietà ed in particolare, a fronte dell'arretramento dello Stato sociale, della solidarietà tra privati, vi sia un minor sfavore verso le istanze liberali che, anziché essere disincentivate, debbono essere favorite ⁽¹⁰⁾.

Da ciò il recente sviluppo della riflessione teorica sull'inquadramento sistematico dell'obbligazione gratuita di fare ⁽¹¹⁾.

La giustificazione teorica dell'inammissibilità della donazione obbligatoria di fare è generalmente fondata sull'argomentazione che la stessa non comporti arricchimento, individuato dall'art. 769 c.c. come elemento qualificante la causa donativa; inoltre, ad ulteriore giustificazione di tale interpretazione restrittiva, è evidenziata la mancanza nella fattispecie considerata del depauperamento del donante, che tuttavia non è testualmente richiesto ⁽¹²⁾.

Deve viceversa osservarsi che, mentre sul piano materiale l'arricchimento consegue all'esecuzione dell'obbligo e non alla sua assunzione, con la conseguenza che sotto tale profilo l'arricchimento mancherebbe in ogni donazione obbligatoria, anche in quella avente per oggetto un dare, per quanto attiene al profilo giuridico, a cui la norma deve essere riferita, l'acquisto di un diritto di credito costituisce comunque un arricchimento ⁽¹³⁾.

L'arricchimento va rilevato sotto il profilo programmatico, indipendentemente dalle vicende successive all'attribuzione ⁽¹⁴⁾, trattandosi di un'attribuzione patrimoniale da valutarsi in senso giuridico e non economico ⁽¹⁵⁾.

È stato giustamente rilevato inoltre che il giudizio circa l'avvenuto arricchimento è lasciato all'esperienza commerciale, che dipende dal contesto storico ed è quindi mutevole nel tempo ⁽¹⁶⁾. Tale riflessione trova oggi evidente conferma nello straordinario mutamento della struttura economica della società ove l'arricchimento è sempre meno fondato sullo scambio dei beni e quindi sull'acquisto e sempre più sulla possibilità di assicurarsi l'accesso a servizi o a esperienze culturali ⁽¹⁷⁾.

Vi è chi, pur ammettendo la sussistenza di un arricchimento, esclude l'ammissibilità di una donazione obbligatoria di fare, perché essa non determina il correlativo depauperamento del donante ⁽¹⁸⁾. Il requisito del depauperamento tuttavia non trova, a differenza dell'arricchimento, letterale riscontro nella definizione normativa ed è frutto di un'elaborazione teorica risalente al codice previgente ⁽¹⁹⁾. Indipendentemente da questa assorbente considerazione, l'insorgenza dell'obbligo e quindi di una situazione giuridica soggettiva di svantaggio, costituisce comunque, sotto il profilo giuridico e programmatico, un depauperamento del complesso di situazioni giuridiche che costituiscono il patrimonio del donante.

La forte resistenza all'ammissibilità della donazione obbligatoria di fare non nasce quindi da incontrovertibili rilievi ricostruttivi, anzi facilmente confutabili, bensì dal disagio avvertito dagli interpreti per quella che sembra la conseguenza operativa necessaria, per coerenza sistematica, alla soluzione favorevole all'ammissibilità e cioè la necessità del requisito formale

previsto dall'art. 782 c.c. per tutte le fattispecie configurabili come donazione obbligatoria di fare.

Su questo problema infatti si sono concentrati i più recenti studi ⁽²⁰⁾ in tema di obbligo di fare gratuitamente assunto, con l'evidente sforzo di espungere dalla configurazione donativa molte ipotesi di obbligo gratuito di fare.

In primo luogo è evidente che quando la natura dell'obbligazione dedotta in contratto consente la qualificazione della fattispecie in termini di contratto gratuito tipico la disciplina del tipo è assorbente e risolve quindi il problema dei requisiti formali ⁽²¹⁾.

L'obbligo di fare assunto in forza di un contratto gratuito tipico non è mai donazione ⁽²²⁾; così quindi per il comodato ⁽²³⁾, il mandato ed il deposito gratuiti.

Più complessi problemi di inquadramento si pongono per le varianti gratuite di contratti tipicamente onerosi quali l'appalto, la prestazione di lavoro, il trasporto gratuito, la cui previsione all'art. 1681 c.c. non sembra sufficiente a tipizzare la figura ⁽²⁴⁾.

L'accertata compresenza di arricchimento e spirito di liberalità giustifica la possibile qualificazione in termini di donazione obbligatoria.

Restano comunque escluse dall'ambito della donazione obbligatoria le prestazioni di cortesia e le prestazioni di fatto o prestazioni isolate ⁽²⁵⁾.

Salvo una possibile diversa configurazione del rapporto in termini non donativi ovvero, come vedremo appresso, caratterizzato dalla modicità del valore della prestazione, chi ammette la donazione obbligatoria di fare sembra ritenere che non possa escludersi la necessità della forma solenne per le altre fattispecie di donazione obbligatoria di fare e sembra escludere che vi siano ragioni per una semplificazione della disciplina formale, stante l'identità di funzioni cui la forma solenne assolve nella donazione ad effetti reali o obbligatori di dare e nella donazione obbligatoria di fare. Il formalismo risponde tradizionalmente alla funzione di rendere più meditato l'atto e di formare un più sicuro mezzo di prova ⁽²⁶⁾; per altri ha, nella donazione, la funzione di tutelare la riservatezza della causa dell'attribuzione ⁽²⁷⁾.

In ogni caso si afferma che non avrebbe giustificazione imporre la forma solenne all'obbligo assunto a titolo di donazione di corrispondere una rendita vitalizia ed escluderla se l'obbligo assunto al medesimo titolo e per la stessa durata ha per oggetto l'assistenza e quindi si colora dei contenuti tipici di un obbligo di fare.

Né queste conclusioni possono essere influenzate dall'osservazione che le attribuzioni obbligatorie, in quanto si svolgono in un arco di tempo più articolato, sono più utilmente realizzate attraverso donazioni indirette, perché ciò, se dà atto e ragione di un rilievo statistico, non esclude l'adozione della struttura diretta e come tale assoggettata ai vincoli formali.

Il vero problema quindi non è quello di far fuoriuscire le obbligazioni di fare dalla fattispecie donativa bensì quello di riconsiderare l'applicabilità delle norme strutturali e formali previste per la donazione a quegli atti di assunzione, gratuita e liberale, di obblighi di fare.

Va tuttavia considerato che la ricostruzione che ne è seguita ha condotto a conseguenze che eccedono le finalità perseguite.

È stato affermato che la disciplina positiva della donazione è modellata sulla fattispecie ad effetti reali, sola ad essere tenuta in considerazione dal legislatore, tant'è che si ritiene che molte disposizioni dettate in tema di donazione, quali quelle relative alla revocazione, alla riduzione ed alla collazione ⁽²⁸⁾, sono da riferire alle sole attribuzioni reali o obbligatorie di dare, mentre sono incompatibili con l'assunzione di obbligazioni di fare ⁽²⁹⁾.

Una applicazione selettiva della disciplina speciale della donazione non incide tuttavia sul processo di qualificazione, a cui anzi deve posporre.

Il ragionamento cioè appare viziato da un'imprecisione metodologica che deduce la qualificazione della fattispecie dall'applicabilità della relativa disciplina ⁽³⁰⁾.

La sacralità, discendente dalla tradizione, delle disposizioni formali in tema di donazione, influenza invece il processo di qualificazione al punto che mentre vi può essere donazione senza che si applichino le disposizioni in tema di revocazione, riduzione e collazione, non può esservi donazione senza applicazione delle disposizioni che impongono la forma solenne.

La compresenza dello spirito di liberalità e dell'arricchimento del donatario sono sufficienti alla qualificazione della fattispecie in termini donativi, a meno di una ingiustificata svalutazione del dato letterale [dell'art. 769 c.c.](#) La ricostruzione della disciplina e la valutazione circa l'automatica ed integrale applicazione di quella specificamente prevista costituiscono invece un momento successivo, in relazione al quale non sono mancati autorevoli richiami alla inadeguatezza di una rigida applicazione del metodo della sussunzione ⁽³¹⁾.

Ed è in questa fase della riflessione che acquistano valore gli argomenti di chi rileva che le alienazioni e le obbligazioni di dare sono state tradizionalmente considerate più importanti e gravi per il disponente rispetto a quelle di fare, per cui per quest'ultime sono necessarie minori cautele a favore dell'obbligato ⁽³²⁾.

Il fatto che la donazione obbligatoria di fare non determini il depauperamento del donante o comunque determini a carico dello stesso un sacrificio economico di minore rilevanza rispetto alla correlativa fattispecie ad efficacia reale o obbligatoria di dare, costituisce un primo, forte, argomento di differenziazione che, se non è sufficiente ad una discriminazione circa la qualificazione, in quanto il disposto attuale [dell'art. 769 c.c.](#) non contempla il depauperamento tra gli elementi caratterizzanti la donazione, è tuttavia qualificante la diversa rilevanza degli interessi in gioco e la minore necessità dei rigidi requisiti formali a tutela della fondatezza e della stabilità della volontà del donante.

Tale diversità di valutazione è segnalata anche dall'esclusione di alcuni schemi contrattuali gratuiti dall'area della donazione, attraverso la loro tipizzazione ⁽³³⁾.

Il legislatore riconosce quindi che il contenuto che caratterizza il comodato, il mandato, il trasporto ed anche il mutuo ed il deposito, tende alla realizzazione di interessi diversamente valutati e per i quali non si è reso necessario ricorrere a rigorosi schemi formali.

Tale soluzione è confortata da un'interpretazione assiologica della disciplina, che tenga conto dell'accresciuto ruolo assunto dal valore costituzionale della solidarietà ⁽³⁴⁾.

Sono noti i risultati cui è giunta, seppur con finalità diverse, una certa dottrina, nel senso cioè che l'interprete è tenuto, anche in tema di forma, ad individuare gli interessi che giustificano la disciplina formale ed a valutare la loro meritevolezza sulla base dei valori dell'ordinamento, dando luogo ad un'interpretazione ispirata a criteri assiologico-costituzionali ⁽³⁵⁾.

L'abbandono di rigidi metodi di sussunzione concettualistica deve condurre a determinare la disciplina formale della fattispecie sulla base di un giudizio di congruenza ed adeguatezza delle prescrizioni astratte con il caso da regolare ⁽³⁶⁾. In questo senso è stato rilevato che le prescrizioni di forma non riguardano ogni convenzione riconducibile al tipo legale ⁽³⁷⁾.

Tale ricerca invero mirava ad indagare un problema affatto diverso e cioè l'individuazione della disciplina formale applicabile a contratti atipici ed a contestare i risultati cui avrebbe condotto una rigida applicazione del principio della libertà della forma negoziale; pur tuttavia i risultati di tale indagine forniscono utili argomenti per cercare di ordinare la complessa vicenda della donazione obbligatoria di fare.

Assunto che la questione del trattamento giuridico, anche formale, di un certo contratto, non può più essere risolta semplicemente con l'individuazione del tipo legale cui appartiene, per poi applicare "in blocco" ⁽³⁸⁾ la disciplina del tipo prescelto, tale disciplina deve trovare un'applicazione graduale, coerente e funzionale agli interessi ed ai valori sottesi al regolamento pattuito dai contraenti.

Non può condividersi l'opinione di chi ritiene che le suddette argomentazioni non siano riferibili alla donazione in quanto la stessa costituisce un modello "definitorio" e non "tipologico", più precisamente uno schema aperto a contenuto variabile ⁽³⁹⁾.

La donazione costituisce invece un tipo negoziale ⁽⁴⁰⁾, sulla cui qualificazione non influisce l'ampia portata delle prestazioni concretamente deducibili; le suddette contrarie considerazioni sono più correttamente riconducibili alla più ampia categoria delle liberalità e d'altronde è riconosciuto che la disciplina dettata in tema di donazione non è automaticamente ed integralmente applicabile a tutte le fattispecie donative.

Ulteriore argomento aggiunge l'evoluzione del ruolo della solidarietà nel novero dei valori costituzionali ⁽⁴¹⁾.

Rilevanza confermata con la [l. n. 266 dell'11 agosto 1991](#) sul volontariato ⁽⁴²⁾, che definisce tale l'attività prestata per fini esclusivi di solidarietà, ricomprendendo in essa, secondo l'interpretazione prevalente, anche quella svolta a livello individuale e non soltanto attraverso organizzazioni collettive.

Pur escludendosi che lo scopo di solidarietà che caratterizza l'attività di volontariato possa assurgere a causa negoziale e tipizzare così una nuova fattispecie ⁽⁴³⁾, la suddetta legge contribuisce ad evidenziare il ruolo fondamentale che nella nostra civiltà giuridica si intende attribuire alla solidarietà prevista [dall'art. 2 Cost.](#), come modo per concorrere a realizzare quella uguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità ⁽⁴⁴⁾ e come espressione della socialità che caratterizza la persona ⁽⁴⁵⁾.

Un favore quindi verso la realizzazione di scopi di solidarietà che, come tutti i valori costituzionali, debbono avere attuazione anche in assenza di specifiche disposizioni di legge, secondo l'orientamento della prevalente dottrina e giurisprudenza ⁽⁴⁶⁾.

È stato rilevato, infatti, che le prestazioni di fare rese per fini solidaristici vanno ricondotte, se non diversamente configurabili, alla donazione obbligatoria ⁽⁴⁷⁾.

La disciplina della forma della donazione quindi deve essere ricostruita tenendo conto del favore dell'ordinamento verso lo scopo di solidarietà che, pur senza assurgere a causa negoziale autonoma, può costituire uno dei motivi che colorano la causa di liberalità ⁽⁴⁸⁾.

Dalle suddette considerazioni e da quelle che seguiranno sulla donazione obbligatoria di modico valore emerge quindi la necessità di una valutazione della fattispecie concreta, anche sotto il profilo della disciplina formale applicabile, che tenga conto della pluralità degli interessi in gioco e, pur senza svalutare il dato normativo, ne determini un'applicazione funzionale e non rigida ⁽⁴⁹⁾.

2. - Si pone poi il problema dei requisiti formali della donazione obbligatoria di modico valore; se cioè il superamento della forma solenne è determinato semplicemente dalla scarsa rilevanza economica dell'attribuzione ovvero è necessario aver riguardo alla natura del diritto oggetto dell'attribuzione stessa.

Nel primo caso deve ritenersi ammissibile la donazione obbligatoria di modico valore; nel secondo caso deve invece concludersi per la inammissibilità o più precisamente per l'inapplicabilità a tale fattispecie della specifica disciplina dettata [dall'art. 783 c.c.](#)

Se accogliamo la tesi della qualificazione dell'arricchimento in termini giuridici e non economici, la scarsa rilevanza economica dell'attribuzione non è elemento sufficiente per escludere la rilevanza donativa. Tuttavia non è mancato chi ha fatto rilevare che l'atto gratuito avente ad oggetto un fare spontaneo ma che non impegna il disponente in modo gravoso, non merita la qualifica di liberalità, anche considerando che l'attuale evoluzione del sistema economico non dà ragione di uno sfavore verso la realizzazione di interessi particolari mediante l'imposizione di un rigoroso formalismo ⁽⁵⁰⁾.

Vero è che la scarsa rilevanza economica della prestazione può essere indice di interessi riconducibili alla sfera della convenienza sociale e della cortesia e in quanto tali realizzabili senza la necessaria osservanza di una certa forma.

Tuttavia, molteplici sono gli indici del fatto che la normativa in tema di donazione è modulata sulla fattispecie ad efficacia reale o obbligatoria di dare, per cui si impone uno sforzo interpretativo di adattamento alla fattispecie obbligatoria di fare; ciò determina l'applicabilità del modello formale semplificato previsto [dall'art. 783 c.c.](#) alle donazioni caratterizzate da un obbligo di fare di modico valore, con esclusione quindi della necessità dell'atto pubblico. Problemi di adattamento pone la previsione del requisito della tradizione, non potendosi ipotizzare una consegna in senso tecnico con riferimento alla prestazione di fare. Tale difficoltà conferma semplicemente che anche [l'art. 783 c.c.](#) è costruito sulla fattispecie di riferimento sopracitata, ma non esclude affatto l'applicabilità del principio di cui è espressione alla donazione obbligatoria di fare di modico valore, che quindi si sottrae ai rigori della forma solenne.

Se si aderisce alla tesi ⁽⁵¹⁾ secondo la quale la *traditio* ha solo la funzione di conferire certezza e quindi sostanzialmente si sostituisce alla funzione documentaria dell'atto pubblico, può ritenersi che nel caso della donazione obbligatoria di fare la certezza può essere acquisita con qualsiasi

altro mezzo idoneo ad assicurare la sussistenza della volontà donativa, senza che sia necessaria la presenza di uno specifico requisito ulteriore sostitutivo della tradizione.

È nota, con riferimento alla donazione ad effetti reali o obbligatori di dare, la discussione circa l'ammissibilità di una consegna simbolica, sia mediante *traditio instrumentorum*⁽⁵²⁾ che attraverso *traditio brevi manu*⁽⁵³⁾ e costituito possessorio, con ciò riconoscendosi che la consegna manuale non assolve ad alcuna funzione essenziale.

Né può ritenersi che la consegna abbia la funzione di assicurare quella remora ad atti d'impulso cui in altri casi assolve l'atto pubblico, con la conseguenza della necessaria sussistenza di uno strumento funzionale alla ponderazione dell'intento donativo; è evidente infatti che anche la consegna manuale può essere affrettata, per cui la tradizione non sembra assolvere a tale funzione che proprio la modicità del valore rende meno rilevante ⁽⁵⁴⁾.

In considerazione di quanto sopra sembra coerente ritenere che la natura della prestazione, di fare anziché di dare, determina la trasformazione della donazione di modico valore da contratto reale a contratto consensuale, ferma rimanendo la non necessità della forma solenne prevista dall'art. 769 c.c.

Lo scopo di liberare le donazioni obbligatorie di fare dai vincoli della forma solenne e quindi meglio conciliare le esigenze di tutela del donante con la necessità di non imporre un eccessivo freno agli impulsi di generosità, è evidente nella tesi di un autore il quale ritiene che l'assunzione di prestazioni periodiche di fare, comporta distinte obbligazioni da cui derivano una serie di atti di esecuzione distribuiti nel tempo, per cui la modicità del valore deve essere valutata sul parametro delle singole prestazioni e non del complessivo rapporto ⁽⁵⁵⁾.

3. - Una recente indagine ⁽⁵⁶⁾ ha posto in luce la diversa rilevanza funzionale della donazione ad effetti reali e della donazione obbligatoria, rilevando come quest'ultima venga utilizzata ogniqualvolta "le parti aspirano a mantenere nel tempo l'interesse sottostante all'attribuzione a titolo gratuito".

L'adozione del modello obbligatorio, se talvolta dipende dalla natura della prestazione, come nel caso dell'obbligo di fare, molto spesso dipende dalla finalità di mantenere nel tempo il controllo sull'operazione, in quanto la donazione costituisce lo strumento mediante il quale si intendono perseguire finalità ulteriori.

Da qui la conseguenza che raramente si tratta di donazioni pure bensì integrate da clausole condizionali o modali che consentono di oggettivare gli interessi in gioco e di consentire al donante di verificare l'effettiva realizzazione degli stessi da parte del donatario.

La donazione obbligatoria, condizionata o modale, diventa quindi strumento giunzionale tra donazione e contratto oneroso ed anzi, sotto il profilo funzionale, concorre con la struttura onerosa nel costituire lo strumento più idoneo alla realizzazione di interessi ulteriori.

L'adozione della struttura donativa, seppur condizionata o modale, in luogo di una struttura sinallagmatica, è spesso influenzata dall'intenzione di prescindere dal principio di proporzionalità ed in particolare evitare gli istituti che ne costituiscono lo strumento applicativo.

Il tema della donazione modale ⁽⁵⁷⁾ e della sua vestizione formale ⁽⁵⁸⁾ travalicano tuttavia il più circoscritto argomento della donazione obbligatoria e non debbono quindi essere affrontati in questa sede.

Merita tuttavia un breve cenno, per i collegamenti che può determinare con la donazione obbligatoria, e per la correlativa attinenza al problema della congruità dello scambio, il tema delle cosiddette promesse premiali ⁽⁵⁹⁾.

Tali figure, che sono state recentemente oggetto di un rinnovato interesse della dottrina ⁽⁶⁰⁾, possono talvolta configurarsi in termini di liberalità, seppur condizionata ad un comportamento non doveroso del promissario, ed in tal caso assumono profili donativi che impongono la relativa struttura ⁽⁶¹⁾ e forma.

La dottrina e la giurisprudenza più sensibili hanno ormai colto come tra i contratti di scambio e la donazione possono collocarsi figure che, se pure mirano alla soddisfazione di un interesse economico del disponente, non possono qualificarsi in termini di scambio.

Ciò che vivifica e caratterizza in termini di donazione un'attribuzione patrimoniale gratuita è lo spirito di liberalità, che tuttavia non va inteso come pura "generosità" ma va esteso a tutte le ipotesi in cui il disponente persegua un interesse non patrimoniale ⁽⁶²⁾.

In questo senso le promesse mediante le quali il promittente mira a realizzare un proprio interesse tipicamente economico non costituiscono donazioni e sono quindi valide senza che sia necessaria la forma solenne ed anche mediante l'adozione della struttura semplificata prevista dall'art. 1333 c.c. ⁽⁶³⁾.

Non può tuttavia omettersi di riflettere sulle conclusioni a cui tale ragionamento può in concreto condurre.

La "promessa premiale" è caratterizzata dal fatto che il promittente si obbliga ad una determinata prestazione qualora l'oblato tenga un determinato comportamento a cui lo stesso non è obbligato ma che la promessa mira ad indurre ed incentivare.

Il comportamento spontaneo del promissario opera quindi come condizione dell'obbligo del promittente.

La volontà di quest'ultimo va appunto nella direzione di una struttura negoziale semplificata che prescinda da una manifestazione di volontà positiva del destinatario della promessa, di cui vuole semplicemente sollecitare, incentivandolo, un comportamento.

Tant'è che gli autori che si sono occupati della figura l'hanno ricondotta, sotto il profilo strutturale, nell'ambito delle figure contrattuali a procedimento semplificato previste all'art. 1333 c.c. e, per altri, all'art. 1327 c.c. ⁽⁶⁴⁾.

Se è vero che l'accertata presenza dello spirito di liberalità e la natura non economicamente valutabile del comportamento incentivato ⁽⁶⁵⁾ debbono far qualificare la fattispecie in termini di donazione, si potrebbero determinare delle conseguenze sicuramente singolari.

Una volta che il promissario, incentivato dalla promessa, abbia tenuto il comportamento richiesto, l'accertamento della natura donativa potrebbe consentire al promittente di sottrarsi all'obbligo assunto in virtù della mancata accettazione formale da parte dell'oblato.

Né può pensarsi che, al fine di evitare una tale possibile conseguenza, il destinatario della promessa debba sempre preoccuparsi della forma della promessa e rendere anch'egli una formale accettazione, perché con ciò verrebbe meno quel meccanismo semplificato di incentivazione che il promittente intende porre in essere.

Emerge quindi nuovamente la necessità di un ripensamento del rapporto tra donazione, struttura e forma alla luce dei risultati raggiunti sul tema del formalismo negoziale e della struttura contrattuale che certo non può essere compiutamente affrontato in questa sede.

4. - È discussa, in dottrina come in giurisprudenza, l'ammissibilità del contratto preliminare di donazione ⁽⁶⁶⁾.

Si sostiene che, poiché genera nel promittente donante l'obbligo di donare, esso fa venir meno al contratto definitivo (di donazione) il requisito della spontaneità, che caratterizza lo spirito di liberalità e quindi rende impossibile qualificare donazione il contratto definitivo.

Si è quindi concluso che il preliminare di donazione è nullo per l'incompatibilità, logica e giuridica ⁽⁶⁷⁾, tra obbligo di donare e spirito di liberalità ⁽⁶⁸⁾.

Vi è poi chi fonda l'invalidità del preliminare di donazione sul fatto che esso fa sorgere un'obbligazione di fare da taluni ritenuta, come abbiamo visto, incompatibile con la donazione ⁽⁶⁹⁾. Non è mancato tuttavia chi ha fatto rilevare che il requisito della spontaneità è presente nel preliminare e conseguentemente la scansione preliminare-definitivo contiene tutti gli elementi essenziali per l'ammissibilità dell'operazione e per la sua qualificazione in termini di donazione ⁽⁷⁰⁾.

Il problema deve essere affrontato con riferimento agli aspetti sostanziali più che ai profili nominalistici.

Nel senso cioè che il problema non è tanto se sia ammissibile un contratto definitivo di donazione, esecutivo di un contratto preliminare di donazione, bensì se sia consentito all'autonomia privata realizzare gli interessi presupposti non attraverso il procedimento contratto - effetti - esecuzione, bensì attraverso un più articolato meccanismo costituito da contratto - successiva manifestazione di volontà - effetti - esecuzione.

Più precisamente, se volessimo limitare l'analisi alla donazione ad effetti reali, il problema, già indagato in via più generale sul piano del rapporto tra autonomia privata e principio consensualistico ⁽⁷¹⁾, riguarda l'ammissibilità di una donazione che, pur volendo costituire il vincolo, rinvia la produzione degli effetti reali ad una successiva manifestazione di volontà, non libera ma esecutiva di un obbligo assunto con il primo contratto.

Il procedimento quindi non è più riconducibile al binomio contratto preliminare di donazione - contratto definitivo di donazione bensì alla diversa scansione di donazione obbligatoria - contratto esecutivo, determinativo dell'effetto reale ⁽⁷²⁾.

La diversa conclusione è influenzata dal tradizionale ancoraggio degli interpreti italiani alla convinzione secondo cui un soggetto che si obbliga a trasferire un diritto con un successivo atto pone in essere un contratto preliminare, che altra funzione non può avere se non quella di determinare l'obbligo "di contrarre ulteriormente secondo il tipo contrattuale che il preliminare medesimo ha individuato" ⁽⁷³⁾.

La dottrina più recente, confortata dalla giurisprudenza, tende a scindere il contratto ad effetti obbligatori ed il successivo atto traslativo solutorio, determinativo, il primo, di un obbligo di dare consistente nel far acquistare al creditore la proprietà della cosa, mediante il successivo atto traslativo ⁽⁷⁴⁾.

La qualificazione della fattispecie secondo un tale schema consente alcune ulteriori conclusioni.

Gli elementi della donazione sono tutti presenti nel primo contratto, mentre il secondo, non costituendo donazione ma essendo caratterizzato dalla "causa solvendi" non è assoggettato ai requisiti formali e strutturali propri della donazione, per cui non necessita della forma dell'atto pubblico e può essere concluso secondo il meccanismo semplificato previsto [dall'art. 1333 c.c.](#)

Tale conclusione consente tuttavia di riconoscere l'ammissibilità del solo procedimento donazione obbligatoria - atto esecutivo ad effetti reali, mentre solleva perplessità sull'ammissibilità di una donazione obbligatoria il cui adempimento sia costituito da un atto anch'esso ad effetti obbligatori. È il problema già affrontato del cosiddetto preliminare di preliminare che è generalmente risolto in senso negativo per la ritenuta assenza o irrilevanza della causa ⁽⁷⁵⁾.

Questa soluzione era già stata affacciata da quella dottrina che, ritenuta la inammissibilità del preliminare di donazione, rilevava come ciò rendesse più delicata l'indagine circa l'effettiva volontà del donante nel senso cioè se essa fosse diretta ad impegnarsi a prestare, in un successivo momento, il consenso al trasferimento o piuttosto ad attuare da subito il trasferimento, senza ulteriori manifestazioni di volontà.

Solo attraverso una ricostruzione della fattispecie nel senso della definitiva donazione obbligatoria e del successivo negozio a causa solutoria acquista significato l'obiezione prospettata da talune decisioni giurisprudenziali circa la nullità del primo atto per contrarietà al disposto [dell'art. 771 c.c.](#) e quindi al divieto di donare beni futuri ⁽⁷⁶⁾.

Infatti, salvo quanto si dirà di seguito circa il rapporto tra detto divieto e la donazione obbligatoria, mentre è stato correttamente osservato che il problema della futurità del bene non può porsi in relazione ad "un preliminare che in realtà si concreta non in una donazione di beni futuri bensì in un obbligo ad una donazione futura di beni" ⁽⁷⁷⁾ e che quindi è inconferente il richiamo al divieto, la qualificazione in termini di donazione obbligatoria pone il problema di una valutazione della fattispecie anche alla stregua [dell'art. 771 c.c.](#)

Qualora cioè si ritenga che la disposizione divietante debba riferirsi non soltanto alla donazione ad effetti reali ma anche alla donazione obbligatoria, la futurità del bene, oggetto mediato della previsione negoziale, colora inevitabilmente di invalidità il contratto stesso.

L'obbligo, assunto a titolo di donazione, di trasferire un bene, attualmente futuro, seppur attraverso una successiva manifestazione di volontà, riconduce la fattispecie al divieto posto [dall'art. 771 c.c.](#)

Il problema si sposta in questo caso sull'analisi dell'effettiva portata del divieto stesso.

Una tesi che è stata prospettata suggerisce tuttavia una diversa configurazione della problematica in oggetto ⁽⁷⁸⁾.

Tale teoria muove dalla considerazione che il contratto preliminare "è esso stesso un definitivo" ⁽⁷⁹⁾, con effetti suoi propri, che lo contraddistinguono da altri tipi contrattuali, consistenti nella funzione preparatoria e strumentale ad altro contratto definitivo.

Secondo l'autore in questione "la strumentalità (del contratto preliminare) è del tutto analoga a quella di un qualunque altro contratto ad effetti obbligatori in cui la previsione della prestazione a carico del debitore costituisce il mezzo di attuazione... del rapporto obbligatorio".

Si tratta quindi di una strumentalità teleologica che non incide sulla qualificazione del contratto, che è quindi caratterizzato da una sua tipicità che prescinde dal contratto definitivo di riferimento.

La causa del definitivo non influenza la causa del preliminare che è comunque sempre quella di impegnare alla conclusione di un futuro contratto.

Si giunge quindi ad affermare che ogniqualvolta un contratto determina l'impegno a concludere un futuro contratto siamo in presenza di un contratto preliminare ⁽⁸⁰⁾.

Una tale conclusione determina la conseguenza che la promessa di donazione, per la funzione che la caratterizza nel senso della preordinazione alla conclusione di un futuro contratto, è attratta dal tipo contratto preliminare e ne è quindi esclusa la qualificazione in termini di donazione obbligatoria, in quanto, coerentemente con le suddette premesse, essa non potrebbe mai determinare l'obbligo a concludere un futuro contratto, che caratterizza appunto il contratto preliminare.

La donazione, si sostiene, è ipotesi residuale, per cui, così come non si possono qualificare donazione il comodato, il mutuo senza interessi, il deposito ed il mandato, così non è donazione la promessa di donazione in quanto riconducibile ad altro contratto tipico.

Le suddette considerazioni lasciano tuttavia impregiudicato il problema della qualificazione del contratto definitivo e le difficoltà di ricondurre al tipo donazione un contratto privo di spontaneità e quindi dell'*animus* che deve caratterizzarlo.

Chi tende ad oggettivare la causa della donazione e quindi esclude la necessità del requisito dello spirito di liberalità, può sostenere che il contratto esecutivo del preliminare è comunque donazione ⁽⁸¹⁾.

Altrimenti si dovrebbe, per coerenza con le citate premesse, giungere alla conclusione che nessuno dei due contratti del procedimento in questione è, al di là dei richiami nominalistici, donazione: non il primo che è un contratto preliminare tipico; non il secondo che è atto *solvendi causa* ⁽⁸²⁾.

Indipendentemente dal problema della qualificazione, la presenza di un obbligo a contrarre convenzionalmente assunto pone l'ulteriore problema della sua eseguibilità ed in particolare se sia possibile ricorrere alla specifica tutela apprestata [dall'art. 2932 c.c.](#)

È stato convincentemente ritenuto che, sia che il primo contratto configuri un tipico contratto preliminare, secondo la tesi precedentemente illustrata, sia che consista in una donazione obbligatoria, come invero sembra preferibile, [l'art. 2932 c.c.](#) trova piena applicazione quale strumento di esecuzione coattiva dell'obbligo di concludere un contratto ⁽⁸³⁾.

La pacifica ammissione di altre azioni conferma come una sentenza di esecuzione in forma specifica di una donazione non appare ripugnante ⁽⁸⁴⁾.

La coercibilità dell'obbligo prescinde dalla natura dell'atto che di tale obbligo è fonte.

Al massimo tale conclusione non corrobora la qualificazione del definitivo in termini di donazione poiché sembra frutto di una contraddizione logica la possibilità di una sentenza che produca gli effetti di una donazione non conclusa.

La mancata qualificazione del definitivo in termini di donazione apre la strada alla riconsiderazione dei profili strutturali e formali dell'atto stesso, cui non è applicabile la disciplina speciale prevista per il contratto di donazione.

È stato esplicitamente affermato ⁽⁸⁵⁾ che l'adempimento traslativo *solvendi causa* dovrà essere vestito delle forme ordinarie.

Qualche ulteriore riflessione sul preliminare di donazione impone la recente introduzione dell'art. 2645 *bis* c.c. relativo alla trascrizione dei contratti preliminari.

Non sembra infatti possa escludersi il contratto in esame dal novero dei contratti soggetti a trascrizione in virtù della citata disposizione, qualora il negozio esecutivo determini gli effetti previsti dai nn. 1), 2) e 4) [dell'art. 2643 c.c.](#) ⁽⁸⁶⁾.

Tuttalpiù deve valutarsi, alla luce del disposto dei commi 4 e 5 del citato articolo, la rilevanza del divieto di donazione di beni futuri ex [art. 771 c.c.](#) nell'ipotesi di promessa di donare edifici da costruire o loro porzioni.

Il problema dovrà essere affrontato in sede di esame della portata attuale del divieto di donare di beni futuri.

5. - Nonostante l'ampia portata [dell'art. 769 c.c.](#), in virtù del quale qualunque diritto avente natura patrimoniale può formare oggetto di donazione ⁽⁸⁷⁾, [l'art. 771 c.c.](#) sancisce il divieto della donazione di beni futuri.

Non vi è concordia in dottrina sull'individuazione della *ratio* del divieto ⁽⁸⁸⁾.

Si ritiene generalmente che con tale disposizione si è inteso frenare la prodigalità del donante ⁽⁸⁹⁾, il quale potrebbe altrimenti disporre di un bene prima ancora di esserne titolare, senza così aver avuto modo di valutare l'effettiva incidenza della disposizione sul suo patrimonio ⁽⁹⁰⁾.

La dottrina anteriore al codice del 1942 individuava una motivazione concorrente nella mancanza dell'attualità dello spoglio, ma tale requisito non è più richiesto nella nuova formulazione della norma.

Una tesi suggestiva, che prende l'avvio da un'accurata esegesi della norma, filologicamente interpretata alla luce della tradizione romanistica e del *Code Napoleon*, ricollega il divieto esclusivamente alla c.d. donazione universale, cioè alla donazione che ricomprende tutti i beni, presenti e futuri, del donante ⁽⁹¹⁾.

Tale interpretazione conduce alla logica conseguenza di ammettere la donazione di singoli e determinati beni futuri ⁽⁹²⁾.

Tuttavia tale tesi non ha avuto seguito, per l'affermarsi, sia in dottrina che in giurisprudenza, del convincimento circa l'ampia ed indifferenziata portata del divieto, che ricomprende quindi sia la donazione universale (limitatamente ai beni futuri) che la donazione di singoli beni futuri ⁽⁹³⁾.

Nonostante l'inequivocabilità del dato positivo vi è tuttavia chi ha affermato che il divieto non vale ad escludere la vicenda obbligatoria di cosa futura ⁽⁹⁴⁾. È pur vero che una diversa conclusione parrebbe determinare un effetto implicitamente abrogante dell'ampia formula [dell'art. 769 c.c.](#) poiché nella donazione obbligatoria la prestazione è sempre futura ⁽⁹⁵⁾. È stato in contrario osservato ⁽⁹⁶⁾ che la *ratio* del divieto, individuata nel freno alla prodigalità, sussiste anche per la donazione obbligatoria di bene futuro ⁽⁹⁷⁾.

Entrambe le suddette argomentazioni non sembrano pienamente convincenti.

La tesi che fonda l'ammissibilità sulla portata abrogante del divieto si scontra con la distinzione tra una prestazione futura di un bene attuale e la prestazione futura di un bene attualmente futuro.

Altrettanto non convincenti sono le argomentazioni della dottrina che nega l'ammissibilità della donazione di beni futuri.

Se l'ampia operatività del divieto, esteso anche alla donazione obbligatoria, dovesse essere fondata sull'identità di *ratio*, dovrebbe incorrere nella sanzione prevista anche la donazione obbligatoria di una somma di denaro non ancora presente nel patrimonio del donante, figura che costituisce il paradigma della donazione obbligatoria prevista [dall'art. 769 c.c.](#) e di cui non è mai stata contestata la validità. Non sembra, infatti, che la genericità del bene oggetto della prestazione giustifichi una discriminazione nella disciplina.

La donazione obbligatoria di dare una cosa determinata solo nel genere (mi obbligo a dare cento a titolo di donazione) pone gli stessi rischi di prodigalità di una donazione di cosa futura determinata, ma non per questo è stato ritenuto che la stessa possa incorrere nei rigori del divieto.

Si pone quindi il problema di conciliare l'ampia portata [dell'art. 769 c.c.](#), e quindi la generale ammissibilità della donazione obbligatoria, con il divieto previsto [dall'art. 771 c.c.](#)

In primo luogo deve rilevarsi che la regola sancita [all'art. 771 c.c.](#) costituisce eccezione rispetto al principio generale espresso [all'art. 1348 c.c.](#), secondo il quale i beni futuri possono formare oggetto del contratto, salvo le eccezioni previste dalla legge.

Se il divieto quindi costituisce disposizione eccezionale, esso non può trovare applicazione oltre i casi considerati.

In questa chiave di lettura restrittiva deve essere quindi esaminata la questione della donazione di beni futuri e della donazione di beni altrui.

Tradizionalmente si parla di beni futuri in entrambi i sensi: nell'un caso di beni oggettivamente futuri, in quanto non presenti in *rerum natura*, nell'altro di beni soggettivamente futuri in quanto esistenti in *rerum natura* ma non nel patrimonio del disponente ⁽⁹⁸⁾.

Le sorti delle due figure sono state tradizionalmente legate ⁽⁹⁹⁾, accomunandole in un quadro unitario di riflessione ⁽¹⁰⁰⁾.

Non è mancato tuttavia chi ha contestato la sovrapposizione concettuale tra cosa altrui e cosa futura ⁽¹⁰¹⁾, anche in considerazione della diversa disciplina dettata in tema di vendita ([artt. 1472 e 1478-1480 c.c.](#)) e di ipoteca ([artt. 2822 e 2823 c.c.](#)) che sono indici significativi di una valutazione differenziata delle problematiche connesse alle due figure da parte del legislatore.

Non convincente appare l'osservazione di chi, sulla base dell'evidenziata *ratio* del divieto, ritiene che esigenze di coerenza sistematica impongano la ricomprensione nel regime sanzionatorio della donazione di beni altrui, in quanto anch'essa può pregiudicare l'interesse sostanziale di evitare "liberalità anticipate" ⁽¹⁰²⁾.

A parte il fatto che l'individuazione della *ratio* non prescinde dal dato positivo, bensì anch'esso contribuisce, in un rapporto dialettico bidirezionale, alla ricostruzione della *ratio* stessa, non sfugge tuttavia la diversa intensità dell'interesse tutelato tra l'ipotesi in cui il bene donato non esista, e quindi la prestazione liberale prevista non possa essere eseguita, e quella in cui il bene esiste e può essere reperito anche se il donante non è ancora legittimato a disporre.

Si giustificerebbe così il diverso trattamento della donazione obbligatoria di cosa solo genericamente determinata, anche se non ancora presente nel patrimonio del donante, come della promessa donativa del fatto del terzo ([art. 1381 c.c.](#)) ⁽¹⁰³⁾.

Accanto al contestato argomento dell'*eadeam ratio* i sostenitori della tesi dell'invalidità della donazione di cosa altrui pongono un argomento letterale, desunto dalla lettura combinata degli [artt. 769 c.c.](#) (il donante dispone "di un suo diritto") e 771, comma 1°, c.c. (la donazione deve comprendere "beni presenti del donante"), che manifesterebbe la persistente necessità dell'attualità dello spoglio ⁽¹⁰⁴⁾.

Non sembra tuttavia che l'argomento testuale abbia solide fondamenta, stante l'espressa previsione della donazione obbligatoria, che nega in radice qualsiasi argomento all'attualità dello spoglio. Alcune incontestabili ambiguità del testo normativo trovano una più ragionevole spiegazione in incrostazioni storiche che, da sempre, in questa materia, hanno fortemente influenzato la ricostruzione sistematica della disciplina ⁽¹⁰⁵⁾.

Un altro significativo elemento a favore dell'ammissibilità della donazione di beni altrui è costituito invece dalla espressa previsione normativa della garanzia per evizione da parte del donante, secondo quanto fissato [all'art. 797 c.c.](#)

Qui il dato positivo presuppone la validità della fattispecie in esame poiché è evidente che la responsabilità per evizione del donante non potrebbe fondarsi su un contratto invalido.

Ecco quindi che una ricostruzione sistematica coerente dell'incerto dato normativo impone di separare le sorti della donazione di beni futuri da quella della donazione di beni altrui e di coniugare quest'ultima con la donazione obbligatoria prevista dalla seconda parte [dell'art. 769 c.c.](#) e non con la donazione ad effetti reali immediati prevista dalla prima parte del medesimo articolo ⁽¹⁰⁶⁾.

La donazione di cosa altrui costituisce quindi un valido caso di donazione obbligatoria che determina a carico del donante l'obbligo di procurare al donatario l'acquisto della cosa ⁽¹⁰⁷⁾.

Bisogna tuttavia distinguere il caso in cui il donante, consapevolmente, si obbliga a procurare al donatario l'acquisto di una cosa altrui dal caso in cui il donante intende trasferire una cosa propria, in realtà altrui.

In quest'ultimo caso, laddove manchi la consapevolezza del donante circa l'altruità della cosa, la donazione sarà invalida. Più precisamente vi è chi ha ritenuto doversi applicare per analogia l'[art. 651 c.c.](#), relativo al legato di cosa del terzo, che sanziona con la nullità della disposizione la mancata consapevolezza dell'altruità della cosa.

Sembra più conforme ai principi generali ritenere che in tal caso la donazione sia annullabile per errore.

Diversamente, laddove il donante è consapevole dell'altruità della cosa, la donazione è valida ma inefficace in ordine agli effetti reali immediati, producendo esclusivamente effetti obbligatori e, precisamente, l'obbligo di procurare l'acquisto al donatario oltre la garanzia per evizione, nei casi previsti dall'[art. 797 c.c.](#)

Sull'esito della donazione di beni altrui non è tuttavia irrilevante, secondo la più recente riflessione teorica ⁽¹⁰⁸⁾, l'affidamento del promissario che, seppur non sufficiente a salvare l'efficacia della promessa ⁽¹⁰⁹⁾, che è di per sé salvaguardata solo se la stabilità dell'impegno è l'unico mezzo per impedire l'insorgenza di squilibri contrattuali, tuttavia può determinare la responsabilità del promittente ⁽¹¹⁰⁾.

(*) Il presente saggio è destinato al *Trattato delle successioni e donazioni*, diretto da Bianca, di prossima pubblicazione.

(1) Ascoli, *Trattato delle donazioni*, 2° ed., Milano, 1935, p. 134 ss.; Bensa, *Le donazioni*, Genova, 1925-1926; Coviello, *Donazione*, Torino, 1927; Perozzi, *Intorno al concetto di donazione*, in *Arch. giur.*, 1897, p. 543 ss.; Cottino, *Le donazioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1913, p. 40 ss.; Bonfante, *Addizioni al Trattato di diritto civile (Donazione tra vivi e testamento)*, di Baudry-Lacantinerie et Colin, Paris, 1905, Milano, 1932; Maroi, *Delle donazioni: art. 316-356*, Firenze (s.n.), 1941; Piola, voce "*Donazione*", in *Digesto It.*, Torino, 1899-1902, IX, p. 793 ss.; Vitali, *Delle donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Fiore, Torino, 1929; Butera, *Commento al codice civile italiano*, Torino, 1940, p. 492 ss.; Scuto, *Le donazioni*, Catania, 1928.

(2) F.S. Azzariti, Martinez, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, VII ed., Padova, 1979; Biondi, *Le donazioni*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1961, p. 383 ss.; Balbi, *La donazione*, in *Trattato Grosso-Santoro-Passarelli*, Milano, 1964, p. 37 ss.; Torrente, *La donazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1956, p. 239 ss.; Funaioli, *La donazione - Lezioni di diritto civile*, anno acc. 1943-1944, Pisa, s.d.; Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 85 ss.; coglie invece pienamente l'ampia portata del nuovo dettato normativo Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 7 ss.

(3) In merito v. Cass., 08.07.1983 n. 4618, in *Giur. it.*, 1983, I, c. 1792, anche in *Mass. Giust. civ.*, 1983, fasc. 7, e in *Rep. Foro it.*, 1983, Obbligazioni in genere [4500], n. 50, ove si legge che "il contratto di donazione può essere, a norma dell'[art. 769 c.c.](#), non solo ad effetti traslativi ma anche ad effetti obbligatori, limitandosi a far sorgere un semplice rapporto d'obbligazione in cui il donante assume la posizione di debitore nei confronti del donatario, il quale viene arricchito dall'acquisto di un diritto di credito senza alcun sacrificio". In merito anche Iacovino, Tavassi, Cassandro, *La donazione*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Milano, 1996, p. 209, ove è evidenziato come con la donazione obbligatoria si costituisca immediatamente, in favore del donatario, un diritto di credito il quale, una volta sorto, può circolare normalmente, tanto che il relativo obbligo a carico del donante può essere adempiuto dai suoi eredi o aventi causa e a favore di eredi o aventi causa del donatario.

La donazione obbligatoria può avere ad oggetto anche una prestazione di *non facere*, quale, ad esempio, quella del donante-usufruttuario che si obblighi ad astenersi temporaneamente dall'esercitare il suo diritto, con ciò procurando al nudo proprietario una concreta utilità economica; in merito si veda anche Bonilini, *Donazione obbligatoria di non fare*, in *Contratti*, n. 2, 1998, p. 195 ss.

(4) Lenzi, *La donazione obbligatoria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, p. 212, [nota n. 6](#), anche in *Riv. notar.*, 1990, p. 927 ss.

(5) Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2000, p. 369.

(6) Secondo Balbi, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, p. 122 ss., la previsione del comodato come contratto tipico manifesta l'intenzione del legislatore di escludere dalla donazione tutte quelle figure non caratterizzate dalla definitività degli effetti; Torrente, op. cit., p. 240, contesta tali argomentazioni ritenendo che il criterio della temporaneità degli effetti attribuitivi non costituisce una giustificazione rigorosa della limitazione dell'oggetto della donazione, citando al riguardo la naturale temporaneità dei diritti di usufrutto o abitazione, di cui nessuno contesta la deducibilità in donazione; tuttavia tale autore condivide la limitazione e la fonda sulla tradizione storica, sugli interessi sottesi a determinate prestazioni gratuite ed alla presenza di figure tipiche, quali il comodato, che assorbono le prestazioni in questione e le escludono quindi dall'ambito donativo. Per Ascoli, op. cit., p. 130, il comodato immobiliare di lunga durata costituisce donazione tipica.

(7) Bonilini, *La donazione costitutiva di obbligazione*, in *La donazione*, a cura di Bonilini, I, Torino, 2001, p. 665, il quale richiama Biondi, op. cit., p. 388 ss.; F.S. Azzariti, Martinez, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, p. 771 e ss., VI ed., Padova, 1973 e G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 854 ss., puntualizzano come "nel concetto della legge, l'obbligazione mediante la quale si produce l'arricchimento del donatario è unicamente quella contenente la promessa di una somma di denaro o di altre cose valutabili in quantità" dato che ogni altro diritto personale nascente da contratto pur se privo di una sua propria denominazione è regolato dal titolo II del libro IV del c.c., intitolato ai contratti in generale, perché l'effetto di quei contratti non rientrerebbe nel campo applicativo delle donazioni.

(8) Il neo-formalismo, inteso come ritorno al formalismo arcaico ed integrante una rottura rispetto alla disciplina generale del contratto, emerge in modo particolare dalla legislazione speciale, protesa a fronteggiare l'asimmetria informativa scaturente dai rapporti a relazione imperfetta. In materia di contratti di viaggio, di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, di contratti dei consumatori, di vendita di prodotti finanziari o di beni di consumo, di contratti bancari e di contratti a distanza, la legislazione, sia nazionale, sia soprattutto comunitaria, ha voluto approntare una tutela adeguata a classi o categorie di soggetti particolarmente meritevoli di tutela. Nei casi in cui le parti siano contrattualmente impari, le leggi di protezione predispongono strumenti e garanzie per superare la relativa asimmetria al fine di una corretta valutazione degli assetti contrattuali; la forma scritta rappresenta uno di tali strumenti, essendo idonea a far emergere chiaramente l'eventuale squilibrio economico ed a tutelare in modo adeguato il c.d. contraente debole. Quest'ultimo sarà sollecitato ad una profonda riflessione in merito alla portata economica degli obblighi assunti, potendo contare su una maggiore chiarezza, trasparenza e comprensibilità della proposta. Il neo-formalismo della legislazione speciale, sottolineato da Irti, *Idola libertatis, tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 28 ss., quindi, assolve ad una duplice finalità: garantisce il controllo del rapporto economico sottostante e fissa delle regole puntuali e dettagliate per soddisfare l'esigenza informativa dell'operatore non professionale, consentendo di eliminare la "debolezza conoscitiva" del contraente meno forte già in sede di formazione del contratto. Per una risalente riflessione sul tema, si rimanda a Lener, *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 777 ss., mentre per una più recente indagine sull'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale si vedano Greco, *Dal contratto in generale alla pluralità degli statuti disciplinari*, Milano, 2001, p. 97 ss., e Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss. In materia di contratti bancari e di contratti con i consumatori, Minervini, *La trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 94 ss., richiama la necessità della forma scritta ricollegandola all'istituto della trasparenza. Specificamente, l'autore differenzia la *ratio* di tale requisito a seconda che si abbia riguardo alla disciplina interna ovvero a quella comunitaria; infatti, mentre per il legislatore nazionale la forma scritta

è preposta ad esigenze di chiarezza e certezza del rapporto, integrando uno strumento di tutela del contraente debole, per il legislatore sovranazionale tale requisito rappresenta solo uno strumento utile ai fini dell'applicazione della normativa sulla trasparenza. È interessante il collegamento che Minervini ritiene sussistere tra la trasparenza ed il riequilibrio delle posizioni contrattuali; la chiarezza delle condizioni del contratto, infatti, è sì protesa alla salvaguardia degli interessi del contraente meno forte, ma è altresì volta a vincolare l'operatore professionista alle informazioni fornite. Importanti risultano anche i contributi di Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *questa rivista*, 1999, p. 1332 ss. e, in particolare, p. 1355 ss., di Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *questa rivista*, 1997, p. 417 ss., e di Marcatajo, *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta normativa sulle clausole abusive*, in *Europa e diritto privato*, 2000, p. 762. Quest'ultimo, in particolare, parla del neoformalismo negoziale come di un *tertium genus* di forma, definita di protezione e collocata tra la forma *ad substantiam* e quella *ad probationem*, la cui mancata adozione implicherebbe una mera nullità relativa. L'importanza assunta dal tema in questione, infine, è evidenziata dal Convegno svoltosi a San Marino il 17 e 18 novembre 2000; per l'esame degli atti del Convegno si rimanda a *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di Ferroni, Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze politiche, Università di Urbino, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

(9) Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 372, Azzariti, op. ult. cit., p. 888, Iacovino, Tavassi, Cassandro, *La donazione*, cit., p. 27 ss. e Capozzi, *Successioni e donazioni*, II, II ed., Milano, 2002, p. 774 ss., si sono interrogati sulla *ratio* del requisito formale imposto dalla legge e tutti concordano nell'individuare sia nella necessità di una maggiore ponderazione del donante in merito ad un atto dispositivo che integra un depauperamento del suo patrimonio, che nella volontà di porre un freno alla facilità di disporre delle proprie sostanze; per altri ancora, soprattutto in caso di donazione mobiliare di non modico valore, tale *ratio* va individuata nell'esigenza di salvaguardare le ragioni di eventuali creditori ed eredi del donante i quali in tal modo possono disporre di un sicuro mezzo di prova. Nel senso che "il moderno formalismo giuridico è imposto esclusivamente nell'interesse dei terzi" è Giorgianni, *Forma degli atti* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 1006. Parla di "rinascita del formalismo" Irti, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 75 ss. e, in particolare, p. 78; l'autore evidenzia come la legislazione speciale abbia invero inasprito in modo particolare il regime formale degli atti unilaterali, considerati più "gravi non solo per la loro natura ma anche per la loro entità economica" e per il fatto di influire, "per questa loro natura, sullo sviluppo del rapporto obbligatorio".

(10) Conte, *Gratuità, liberalità, donazione*, in *La donazione*, a cura di Bonilini cit., p. 23, per il quale il valore costituzionale della solidarietà dovrebbe ispirare l'attività di interpretazione delle fonti normative secondo una tendenza "promozionale" degli atti di solidarietà.

(11) D'Ettore, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, Padova, 1996; Angeloni, *Liberalità e solidarietà-Contributo allo studio del volontariato*, Padova, 1994; Gianola, *Atto gratuito, atto liberale-Ai limiti della donazione*, Milano, 2002, e più specificamente dello stesso autore, *La donazione di fare*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 385 ss.

(12) V. *supra* nota n. 5; in senso contrario Capozzi, op. ult. cit., p. 815, che evidenzia, invece, come l'arricchimento del patrimonio del donatario si attui attraverso "l'acquisto di un diritto di credito nei confronti del donante".

(13) Capozzi, op. ult. cit., p. 817, che afferma come un depauperamento in senso economico sarebbe invero ravvisabile nell'assunzione gratuita di una obbligazione, avente ad oggetto un obbligo di *facere*.

(14) Bonilini, op. cit., p. 666; Cataudella, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 167 ss.; Panuccio, *Gli atti di cortesia*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. I, tomo II, Milano, 1978, p. 1623; Casulli, voce *Donazione* (diritto civile), in *Enc. dir.*, cit.; Biondi, op. cit., p. 391, per il quale sussiste non solo arricchimento del donatario ma anche depauperamento del

donante, che pure anche tale autore non ritiene requisito essenziale alla configurabilità di una donazione.

(15) Balbi, op. cit., p. 15.

(16) Per Perozzi, op. cit., p. 531, gli effetti di una operazione economica vanno giudicati nell'ottica dinamica dell'uomo di affari sulla base delle "condizioni di fatto e di pensiero di una data società in un dato tempo"; per Panuccio, op. cit., p. 1623 il concetto di bene oggetto di liberalità è soggetto anch'esso ad una evoluzione storica.

(17) Rifkin, *L'era dell'accesso*, ed. it., 2000, p. 7 ss.

(18) Già Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, IV, Torino, 1889, p. 23, affermava la necessità del requisito della diminuzione del patrimonio del donante quale effetto della donazione; più recentemente Balbi, *La donazione* cit., p. 13; Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 815; Torrente, op. cit., p. 7; Giannattasio, *Delle successioni, divisione-donazione*, in *Comm. c.c.*, II, 3, Torino, 1964, p. 198.

(19) L'art. 1050 c.c. 1865, infatti, definiva donazione l'atto "col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata", laddove il riferimento letterale allo spoglio sembrava escludere ogni possibilità di ricondurre l'assunzione di una obbligazione di fare nel concetto di donazione.

(20) D'Ettore, op. cit., p. 176 ss.; Gianola, *Atto gratuito*, cit., p. 45 ss.; Caredda, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, p. 48 ss.

(21) Capozzi, op. cit., p. 817; infatti, se l'assunzione gratuita di una obbligazione di fare rientra nello schema tipico di altro negozio gratuito l'atto non può essere donativo, "non potendo il negozio configurarsi contemporaneamente come donazione e altro negozio gratuito tipico".

(22) Già Biondi, op. cit., p. 93; Cataudella, op. cit., p. 129 e più recentemente, *Donazioni e liberalità*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, I, p. 173; Caredda, op. cit., p. 55; Bonilini, op. cit., p. 666; F. S. Azzariti, Martinez, G. Azzariti, op. ult. cit., p. 772, e G. Azzariti, op. ult. cit., p. 855.

(23) Non è mancato tuttavia chi, anche recentemente, ha ritenuto che la riconduzione allo schema di un contratto gratuito tipico non esclude la donazione quando la fattispecie è vivificata dallo spirito di liberalità e dall'oggettivo arricchimento nel senso sopra precisato; così D'Ettore, op. cit., p. 25; in particolare, è stato ritenuto in dottrina che la concessione gratuita in godimento di un immobile per un lunghissimo periodo o per tutta la vita del comodatario può configurare una donazione diretta; in questo senso Ascoli, op. cit., p. 131 ss.; anche Palazzo, *Le donazioni*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, p. 10, ritiene che il comodato possa configurare una donazione, seppure indiretta.

(24) Manzini, *Il contratto gratuito atipico*, in *questa rivista*, 1986, p. 909 ss.; Iannuzzi, *Del trasporto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 22 ss.; Rubino, *L'appalto*, Torino, 1954, p. 111 ss.

(25) Le prestazioni di cortesia sono definite come quegli atti o quei rapporti che, anche se non vengono assunti ai fini di una puntuale regolamentazione giuridica, in quanto ricondotti al piano dell'amicizia, della benevolenza, dell'onore, della correttezza sociale, tuttavia danno luogo a doveri che hanno qualche rilevanza per il diritto; in tal senso Conte, *Gratuità, liberalità, donazione*, cit., p. 39. Tali prestazioni che, dunque, si caratterizzano per la loro incoercibilità con i consueti strumenti che l'ordinamento giuridico predispone, si distinguono dalla donazione; in particolare, ai fini della loro qualificazione e della loro distinzione rispetto alla fattispecie donativa si deve aver riguardo alla comune intenzione delle parti le quali, in particolare, hanno pieno potere di "escludere o limitare la nascita di un vincolo giuridico e, quindi, la sanzione di un diritto". Per quanto attiene, invece, ai negozi a causa esterna, o prestazioni isolate, si fa riferimento a quei negozi che hanno un fondamento giuridico ma che rinvergono la loro causa non all'interno del rapporto stesso, bensì in un distinto ed esterno negozio del quale rappresentano adempimento. In merito si veda Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, la quale individua tre emblematici casi di prestazioni isolate:

la *delegatio promittendi*, l'atto di adempimento del terzo e l'esecuzione di obbligazione naturale; anche V. Mariconda, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*, nota a Cass., 20 novembre 1992 n. 12401, in *Corr. giur.*, n. 2, 1993, p. 176 ss; l'autore, in particolare, non esclude che "la causa esterna di una attribuzione patrimoniale possa individuarsi nel contenuto di un contratto collegato".

(26) Biondi, op. cit., p. 435 ss.; Torrente, op. cit., p. 421. V., inoltre, *supra* la [nota n. 8](#). Nel senso della risibilità delle considerazioni per cui il requisito legale della forma pubblica sarebbe idoneo a far riflettere il donante è Palazzo, *Forma e causa dell'attribuzione delle donazioni*, in *La forma degli atti nel diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 552.

(27) Palazzo, op. cit., p. 198, e *Forma e causa dell'attribuzione delle donazioni*, cit., p. 543 ss. e, in particolare, p. 557-558, laddove è puntualizzato come il motivo dell'attribuzione vada nettamente distinto, come elemento costitutivo del contratto a norma [dell'art. 1325 c.c.](#), dalla forma; tuttavia, l'indicazione esplicita nell'atto di donazione di un motivo del donante, come suo impulso personale e concreto, rappresenterebbe un "criterio oggettivo idoneo nel contempo alla valorizzazione dell'interesse del donante" stesso, criterio indubbiamente da preferirsi a quello meramente soggettivo "dell'intento delle parti e della causa principale e secondaria che dà luogo a infinite incertezze e arbitri". In merito anche Gorla, *Il Contratto*, I, cit., p. 99, e Corsi, *Causa dell'attribuzione patrimoniale, negozio a titolo gratuito e rilevanza dei motivi*, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, p. 1189.

(28) Carnevali, voce "Donazione", in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 214 ss.; Balbi, *Saggio*, cit., p. 118, per il quale le disposizioni in tema di responsabilità per vizi ed evizione e di revocazione presuppongono una prestazione di dare.

(29) In senso contrario, Capozzi, op. ult. cit., p. 818, il quale evidenzia che laddove la prestazione di *facere* oggetto della donazione sia suscettibile di valutazione pecuniaria, ex [art. 1174 c.c.](#), venga compiuta *animo donandi*, ex [art. 769 c.c.](#), e non rientri in altro negozio gratuito tipico, non vi sarebbe alcun motivo per escludere la configurabilità di una donazione tipica.

(30) Angeloni, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, Padova, 1994, p. 203 ss.

(31) Per tutti Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000, p. 99 e 370.

(32) Gorla, *Il contratto - Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954, p. 81 ss.

(33) Biscontin, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 162.

(34) Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 128 ss.; per Angeloni, op. cit., p. 267, la solidarietà costituisce altresì una clausola generale.

(35) Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 117 ss., per il quale la classificazione in termini di derogabilità o meno delle norme in materia di forma deve essere il risultato di una "complessa interpretazione volta a individuare della norma in questione il significato attuale ed il ruolo assunto nel sistema giuridico in relazione alle scelte di fondo che lo caratterizzano" essendo insufficiente il mero riferimento letterale.

(36) Di Giovanni, *Il tipo e la forma*, Padova, 1992, p. 110 ss.

(37) Di Giovanni, op. cit., p. 111.

(38) Costanza, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 7 ss.; De Nova, *Il tipo contrattuale*, Cedam, 1974, p. 131 ss.

(39) Di Giovanni, op. cit., p. 53, che rimanda a Carnevali, *Le donazioni*, in *Trattato Rescigno*, VI, Torino, 1982, p. 433 ss., De Nova, op. cit., p. 121 ss.; per tali autori la donazione non è indagabile col metodo tipologico, in quanto per esso rileva esclusivamente la sussistenza degli elementi caratterizzanti, ed in particolare la causa di liberalità; sul punto anche Busnelli, *Contratti "di serie" atipici e loro qualificazione: osservazioni sparse*, in *Aa.Vv., Tipicità e atipicità nei contratti*, a cura di Busnelli, Milano, 1983, p. 108 ss.

(40) In senso contrario Di Giovanni, op. ult. cit, p. 53.

(41) Morozzo Della Rocca, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, p. 121 ss.; Irti, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 187 ss.; con riferimento all'art. 2, comma 2°, Cost., che tuttavia non esaurisce i riferimenti costituzionali all'esercizio della solidarietà.

(42) Sul tema si veda Italia, *Il volontariato. Organizzazioni, statuti e convenzioni*, Milano, 1992; Venditti, *L'attività di volontariato*, Napoli, 1997; Panico-Picciotto, *La legge quadro sul volontariato*, Napoli, 1992; Costanza, *Profili privatistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato (commento alla l. 11 agosto 1991, n. 266: legge-quadro sul volontariato)*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 1071 ss.; Morabito, *La legge-quadro sul volontariato n. 266, 11-8-1991: luci ed ombre*, in *Riv. amm.*, 1992, p. 33 ss.

(43) Angeloni, op. cit., p. 281 ss.; ma parla di "causa di solidarietà" Cass., 23.11.1985, n. 5848, in *Mass. Giust. civ.*, 1985 e, con maggiore incertezza, Cass., 30 marzo 1990, n. 2604, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2496.

(44) Corte cost., 31 dicembre 1993, n. 500, in *Dir. giur.*, 1993, p. 501, che fa riferimento alla solidarietà come strumento che concorre alla realizzazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. e Corte cost., 25.2.1992, n. 75, in *Giur. cost.*, 1992, I, p. 404 ss., che ritiene la prestazione spontanea e gratuita a favore degli altri un mezzo per manifestare la responsabilità sociale di un individuo e quindi la compiutezza della sua personalità.

(45) Costanza, *Profili privatistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 1072 ss.; Cei, in *Comm. alla legge-quadro sul volontariato* a cura di Bruscutta, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1993, p. 802 ss.

(46) Galgano, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990, p. 324 ss.; Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 152 ss. ed in giurisprudenza per tutte Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2081.

(47) Messinetti, *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 506 ss.; Morozzo Della Rocca, op. cit., p. 213 ss.; Venditti, op. cit., p. 179 ss.

(48) Angeloni, op. cit., p. 361; in senso contrario Morozzo Della Rocca, op. cit., p. 214, per il quale la solidarietà costituisce autonoma causa negoziale.

(49) Questa esigenza è fortemente avvertita e resa esplicita in Oppo, *La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico[cinquant'anni dopo]*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 524 ss., il quale afferma che "è forse tempo che sia data propria rilevanza giuridica all'adempimento (...) del dovere di "solidarietà economica e sociale" alleggerendolo (...) dei più pesanti oneri formali e sostanziali delle liberalità donative" e in Conte, *Gratuità, liberalità, donazione*, in *La donazione*, Torino, 2001, p. 51, il quale ritiene che sottrarre le prestazioni di fare svolte nell'ambito della attività di volontariato alle prescrizioni in tema di forma solenne costituisce la soluzione "più coerente con i principi costituzionali e con i sottesi valori che il volontariato è chiamato a realizzare". Quest'ultimo autore tuttavia, secondo la consueta impostazione che qui si ritiene di dover riconsiderare, sembra risolvere il problema attraverso l'esclusione delle prestazioni gratuite di fare dall'ambito donativo.

(50) D'Ettore, op. cit., p. 31.

(51) Biondi, op. cit., p. 876.

(52) Giannattasio, op. cit., p. 259; Biondi, op. cit., p. 878; Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2000, p. 202 ss.

(53) In questo senso v. Cass., 24.1.1979, n. 529, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2686.

(54) Nel senso che la consegna assolve la stessa funzione dell'atto pubblico, consentendo al disponente di ponderare l'attribuzione donativa è Torrente, op. cit., p. 146; analogamente Carnevali, *La donazione*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1982, pp. 6, 487-488 e Trib. Vigevano, 24 gennaio 1970, in *Giur. it.*, 1971, I, c. 2, 58.

(55) In senso contrario Iacovino, Tavassi, Cassandro, *La donazione*, cit., p. 212.

(56) Palazzo, *Atti*, cit., p. 157 ss.

(57) Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969; Grasseti, *La donazione modale e fiduciaria*, Milano, 1941; De Michel, *La donazione modale*, in *Nuova giur.civ comm.*, 2000, II, p. 142 ss.

(58) Palazzo, op. cit., p. 163 ss.; Avanzini, *La forma delle donazioni*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova, 1994.

(59) Basini, *Le promesse premiali*, Milano, 2000, p. 236 ss.

(60) Basini, op. cit.; Amadio, *La condizione di inadempimento-Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 246 ss; Lenzi, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, Milano, 1996, p. 73 ss., ma già Gorla, *Promesse condizionate ad una prestazione*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, II, p. 655 ss.

(61) Le promesse premiali possono caratterizzarsi per il loro contenuto donativo ma anche per una struttura contrattuale diversa da quella prevista dall'art. 782 c.c. per la donazione; infatti, per tali promesse la struttura è quella regolata dall'art. 1333 c.c., per cui il contratto si perfeziona con il binomio proposta-mancato rifiuto. Il caso della donazione è ovviamente diverso, essendo essa un contratto formale che non è perfetto se non è accettato dal donatario; in tal senso Casulli, voce "Donazione" (dir. civ.), in *Enc. dir.*, cit., p. 973. Carnevali, *Le donazioni*, in *Tratato Rescigno*, puntualizza come la donazione, pur essendo astrattamente riconducibile alla previsione di cui all'art. 1333 c.c., rappresenti tuttavia una deroga al principio di cui al 2° comma di quella disposizione, dovendo l'accettazione del donatario essere espressa, "non essendo sufficiente né il silenzio dell'oblato, né un comportamento concludente di questi". Anche Cass., 3 aprile 2001, n. 4888, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 680, precisa che ai fini del perfezionamento del contratto ex 1333 c.c. non è necessaria l'accettazione espressa del destinatario; se ne desume l'inapplicabilità alla donazione di tale previsione. Sulla mancata qualificazione in termini di donazione di un impegno a trasferire in futuro la proprietà di un immobile, v. Cass., 21.12.1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, n. 2, p. 144 ss., con nota di V. Mariconda, che, con una pronuncia assolutamente innovativa, ha esteso l'ambito applicativo del 1333 c.c. ai contratti ad effetti reali. Su tale punto le esemplari pagine di Sacco, *Il contratto*, cit., p. 75 ss., sul rapporto intercorrente tra la proposta ex art. 1333 c.c. e gli effetti extraobbligatori. In un primo passaggio l'autore si è soffermato sulla lettera della disposizione, rilevando come, in base ad una interpretazione strettamente letterale, l'ambito applicativo dell'art. 1333 c.c. sarebbe limitato ai soli contratti ad efficacia obbligatoria; ma tale ragionamento collide con la giurisprudenza in senso contrario (v. Cass., 16 gennaio 1973, n. 161 e Cass., 25.2.1980, n. 1317, in *Giur. it.*, 1981, I, c. 1, 1347, con nota di Guarneri), e con l'esistenza dell'art. 649 c.c. che, stabilendo che il legato si acquista senza l'assenso dell'oblato, dimostra come il nostro ordinamento ammetta almeno un caso in cui un diritto reale si possa trasferire anche senza la volontà dell'acquirente. Da qui Sacco, ha elaborato il suo ragionamento riconoscendo che la lettera della legge possa essere reinterpreta fino ad ammettere che, laddove sussista il consenso dell'acquirente all'appropriazione o, comunque "un interesse preconstituito e tipico dell'oblato", sarebbe ammissibile l'efficacia traslativa reale della procedura ex art. 1333 c.c. Da queste considerazioni pare più verosimile considerare come fattispecie eccezionale la donazione, che ai fini del perfezionamento richiede l'accettazione del donatario, e non anche quella di cui all'art. 1333 c.c. che rappresenterebbe invece la regola. Amadio, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 260 ss., nell'analisi condotta sul tema delle promesse condizionate ad una prestazione ed in riferimento al loro procedimento formativo, pone l'accento anche sulla disposizione dell'art. 1327 c.c. Quest'ultima, infatti, prevede un'ulteriore procedura semplificata per la formazione del contratto, rispetto a quella di cui all'art. 1333 c.c., ammettendo che il contratto, in luogo dell'accettazione, si possa considerare concluso con il semplice inizio dell'esecuzione. L'autore, in particolare, evidenzia come parte della dottrina abbia erroneamente ricondotto a tale fattispecie normativa quella delle promesse condizionate, per le quali invece non sarebbe sufficiente ai fini del perfezionamento del contratto il solo inizio dell'esecuzione, dovendo questa essere integralmente compiuta affinché il contratto stesso sia perfetto; viene altresì prospettata l'eventualità che non esista una soluzione univoca e predeterminata per identificare la struttura delle promesse condizionate ad una prestazione,

ben potendo l'autonomia privata articolare variamente l'operazione economica in funzione dei peculiari interessi che si vogliono tutelare. Cfr., infine, Di Majo, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989.

(62) Laddove sussista un interesse non patrimoniale del donante, si potrebbe legittimamente escludere il mero spirito di beneficenza o di generosità, ma non anche lo spirito di liberalità; in tal senso è Basini, op. cit., p. 264, mentre manifesta qualche perplessità al riguardo Cataudella, *Donazione e liberalità*, in Cataudella, *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, p. 275. Inoltre, Gorla, *Il contratto-Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, cit., p. 98-99, afferma addirittura che nella realtà non è riscontrabile alcuna donazione "che non sia determinata da un interesse diverso da quello del puro spirito di liberalità".

(63) Gorla, op. ult. cit., p. 188 ss.

(64) In tal senso Amadio, op. cit., p. 260 ss.

(65) La questione si ricollega alla *vexata questio* della patrimonialità della prestazione ed alla concezione soggettiva ed oggettiva sulla quale dottrina e giurisprudenza si dividono. Infatti, intorno alla *ratio* della previsione di cui all'art. 1174 c.c., per la quale la prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica, si è aperto un acceso dibattito dottrinario; in particolare, per la dottrina maggioritaria esisterebbe una correlazione tra prestazione, oggetto dell'obbligazione, e risarcimento del danno, derivante dall'eventuale inadempimento, per cui dalla natura pecuniaria del danno si risalirebbe alla natura patrimoniale della prestazione. In tal senso si vedano Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, III, p. 148 ss., e Scuto, *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1950, p. 51 ss. Tuttavia, la possibilità di ricorrere all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo inadempito smentirebbe la correlazione biunivoca tra inadempimento e risarcimento del danno. In particolare, per Gorla, *Il contratto*, Milano, 1955, I, p. 230 ss., Giorgianni, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 34 e 38, Breccia, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 46 ss. e Nobili, *Le obbligazioni*, Milano, 2001, p. 15 ss., la *ratio* dell'art. 1174 c.c. è da ricercarsi altrove e, specificamente, nel fatto che le vicende inerenti a beni non economici sono considerate interessanti dall'ordinamento giuridico solo eccezionalmente, mentre quelle relative a beni e valori oggettivamente suscettibili di valutazione economica sono considerate rilevanti sempre. A sostegno di tale tesi vi sarebbe la generica indisponibilità delle situazioni esistenziali che sarebbero sottratte all'applicabilità delle disposizioni sull'obbligazione in generale. In merito alla qualificazione della patrimonialità della prestazione, la dottrina maggioritaria, sostiene la concezione soggettiva, per cui tale qualificazione dipenderebbe da un apprezzamento puramente soggettivo delle parti le quali, al momento della costituzione del vincolo, avrebbero addirittura il potere di qualificare come patrimoniale una prestazione che intrinsecamente non lo sarebbe. È il caso della previsione di una controprestazione in denaro o di una penale a fronte dell'inadempimento di una prestazione che, per sua natura, sarebbe non patrimoniale. La concezione soggettiva, in particolare, si ricollega a quella posizione per cui a fronte della patrimonialità del danno risarcibile starebbe una prestazione necessariamente patrimoniale e troverebbe conferma nella Relazione al codice (n. 557). Per altri, tuttavia, una qualificazione soggettiva della natura economica della prestazione vanificherebbe completamente la *ratio* dell'art. 1174 c.c., essendo preferibile la concezione oggettiva. In base a quest'ultima, la patrimonialità o meno della prestazione deve essere determinata nell'ambito del contesto giuridico-sociale nel quale la obbligazione è sorta, essendo necessario ma anche sufficiente che il comportamento dedotto in prestazione sia, all'interno della società, diffusamente apprezzato in termini economici, non rilevando l'eventuale previsione pattizia di un corrispettivo. Quest'ultima tesi, che per Giorgianni, op. cit., p. 37, trova anche il sostegno del dato letterale dell'art. 1174 c.c., pare preferibile in quanto, privando l'autonomia contrattuale del potere di qualificare in modo assolutamente soggettivo ed in base a criteri non generalizzati una prestazione, evita che questa possa assumere un contenuto patrimoniale o, all'opposto, non patrimoniale a seconda della realtà obbligatoria nella quale viene calata. In particolare, Giorgianni, *Corso di diritto civile*, III ed., Milano, 1975, p. 14, sostiene che la patrimonialità della prestazione costituisce un carattere obbiettivo della stessa. Interessante è la posizione di Di Majo, *Delle obbligazioni in*

generale, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 250 ss.; l'autore distingue la patrimonialità della prestazione dalla giuridicità della stessa: mentre la prima sarebbe assolutamente oggettiva, non rilevando per essa la volontà delle parti, la giuridicità, invece, potrebbe anche essere soggettiva. Di conseguenza, la fissazione di un corrispettivo o di una clausola penale non trasformerebbero la prestazione non patrimoniale in patrimoniale ma l'obbligo patrimoniale non giuridico in giuridico. Sulla distinzione tra giuridicità dell'obbligo assunto e patrimonialità dell'oggetto si veda Cass., 10 aprile 1964, n. 835, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, p. 333, con nota di Ferri, per la quale il carattere giuridico dell'obbligo assunto è correlato al fatto che tale obbligo "fu stipulato mediante un negozio giuridico", pur trattandosi di un'ipotesi di promessa di adozione. Per quanto riguarda la posizione della giurisprudenza in merito alla valutazione della patrimonialità della prestazione, si rileva come i giudici intervengano più per valutare la liceità o meno della causa che non per verificare la patrimonialità della prestazione, essendo lasciata quest'ultima valutazione in massima parte alla volontà dei soggetti. Le pronunce sul punto, scarse e datate, attestano il poco interesse per l'argomento della giurisprudenza, la quale, tuttavia, pare più favorevole alla concezione soggettiva. In particolare, Cass., 8 febbraio 1961, n. 265, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 585, con nota di Brignola, sostiene che la patrimonialità della prestazione si stabilisce in funzione della sua valutazione in denaro; Cass., 1 giugno 1968, n. 1995, in *Foro it.*, 1968, I, p. 2795, sostiene che per attestare se la prestazione sia economicamente valutabile è sufficiente che essa sia posta in relazione ad una prestazione pecuniaria o che l'interesse del creditore sia patrimoniale; solo Pret. Roma, febbraio 1977, si era pronunciata nel senso della concezione oggettiva ma Cass., 20 ottobre 1984, n. 5324, in *Quadrim.*, 1986, p. 176, ha cassato tale decisione esprimendosi in senso nettamente contrario.

(66) È interessante individuare l'utilità che possa giustificare il ricorso ad un preliminare di donazione; tale utilità è stata variamente riscontrata "nell'interesse delle parti di impegnarsi provvisoriamente in attesa che sia regolarizzato qualche punto o integrato qualche presupposto" del contratto definitivo; nella necessità di far fronte all'ipotesi in cui sussista ancora incertezza su momenti essenziali del contratto o, infine, nella necessità di attendere che il diritto oggetto della liberalità entri a far parte del patrimonio del donante. Tale caso, peraltro, va valutato alla luce dell'art. 771 c.c. in tema di divieto di donazione di beni futuri.

(67) Bonilini, *Prelazione di donazione da parte di enti pubblici*, nota a Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311, in *Contratti*, I, 1997, p. 460; Casulli, voce "Donazione", in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 976-977, parla specificamente di "impossibilità del ricorso in tema di donazione alla figura del contratto preliminare. La donazione è o non è; non può essere semplicemente promessa". Anche Giusti e Paladini, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, p. 67 ss., sposano la tesi della inammissibilità, qualificando lo spirito di liberalità come "coscienza di compiere l'attribuzione patrimoniale *nullo iure cogente*".

(68) Così Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, p. 1702, con osservazioni di Di Lalla, anche in *Mass. Giust. Civ.*, 1979, fasc. 6, e in *Riv. notar.*, 1981, p. 440, la quale, partendo dal presupposto che la convenzione che contenga una promessa di attribuzione dei propri beni a titolo gratuito configura un contratto preliminare di donazione, ne evidenzia la nullità a causa dell'imposizione in capo al donante di un "vincolo giuridico a donare", perdefinizione in contrasto con lo spirito di liberalità caratterizzante la donazione; v. anche Cass., sez. un., 18 dicembre 1975 n. 4153, in *Giur. it.*, 1976, I, c. 1, 1913 ss., anche in *Giust. civ.* 1976, I, p. 726, anche in *Riv. notar.*, 1976, II, p. 918, secondo la quale l'inammissibilità discende dalla incoercibilità dell'obbligo che si vuole imporre al promittente donante; Cass., 24 gennaio 1979 n. 526, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, p. 235, ne afferma invece nella concreta fattispecie la nullità per difetto di forma. Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, n. 2, p. 144, con nota di V. Mariconda, in particolare, esamina il caso dell'adempimento di un obbligo assunto in funzione di un accordo di separazione negando che tale obbligo possa essere considerato "promessa di donazione", qualificandolo invece come "contratto preliminare a favore di terzo", figura precedentemente ammessa dalla stessa Corte; v. Cass., 5 aprile 1974, n. 967. Nel senso della nullità del c.d. preliminare di donazione è anche App. Torino, 9 maggio 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, c. 2, 19. Più recentemente Cass., 18 dicembre 1996, n.

11311, in *Contratti*, I, 1997, p. 460, con nota di Bonilini, ha negato l'ammissibilità del preliminare di donazione, fondandolo, nella concreta fattispecie, sul divieto di donare di beni futuri previsto dall'art. 771 c.c.; parimenti Cass., 14 luglio 1989, n. 3322, in *Foro it.*, 1991, I, p. 604, anche in *Rass. giur. Enel*, 1991, p. 535, fa riferimento all'invalidità della promessa di donazione di bene futuro. Anche la giurisprudenza di merito si è pronunciata nel senso della nullità del preliminare di donazione, sia per la sua inammissibilità, sia perché esso dovrebbe comunque essere redatto per atto pubblico, forma imposta per il contratto definitivo; in tal senso Trib. Pistoia, 8 maggio 1981, in *Giust. civ.* 1982, I, p. 307, con nota di Collura, *In tema di contratti a favore di terzi e di promessa di donazione*; deve evidenziarsi, tuttavia, che tale decisione ha formato oggetto di critica da parte della dottrina in relazione alla qualificazione come preliminare di donazione del caso di specie.

(69) Su questo punto una prima obiezione nasce dalla recente evoluzione dottrinale che contesta che il preliminare di compravendita ad effetti reali abbia come contenuto un fare anziché un dare e che trova nella recente normativa che consente la trascrizione del preliminare un argomento che rafforza tali conclusioni; in merito si vedano Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998, p. 30 ss, e Gazzoni, *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, vol. IX - Tomo II, p. 23, Napoli, 1987.

(70) Per Biondi, *Le donazioni*, cit., 1007, il preliminare costituirebbe "la vera e propria donazione", mentre il definitivo solo una particolarità di esecuzione della donazione stessa; Messineo, *Manuale di diritto civile*, cit., vol. III - parte prima, p. 569; anche Tamponi, *La nullità del contratto di donazione*, in Bonilini, *La donazione*, cit., p. 1064; *contra* Torrente, *La donazione*, cit., p. 343, per il quale gli elementi del preliminare non possono essere automaticamente trasferiti nel definitivo per colmarne eventuali lacune.

(71) Il problema che la dottrina si è posta è se il principio consensualistico, di cui all'art. 1376 c.c., sia tale da non ammettere deroghe, neppure in funzione del principio dell'autonomia privata che governa la materia dei contratti. Per Lenzi, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 124 ss., il principio consensualistico presenterebbe un carattere dispositivo; il fatto che la disposizione di cui all'art. 1376 c.c. sia inserita in un sistema giuridico retto dal principio dell'autonomia privata contrattuale e la constatazione che non esiste un espresso divieto di deroga a tale previsione normativa, fanno concludere per l'ammissibilità di negozi che prevedano un differimento dell'effetto traslativo. Infatti, "l'art. 1376 c.c. agevola le parti non le vincola contro la loro volontà". I privati devono poter essere liberi di tutelare i loro interessi, ancorché non sussunti in una fattispecie legale, ricorrendo a rapporti giuridici che, pur non tipizzati, non necessariamente debbono considerarsi inammissibili. Sul punto si veda anche Betti, voce "Autotutela" (dir. priv.), in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 537. Camardi, *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, in *Diritto privato*, collana diretta da Bessone, Milano, 1999, parla di "selezione della disciplina più appropriata alle caratteristiche del caso" per evidenziare come, talvolta, le parti debbano ricorrere al principio del differimento dell'effetto traslativo per soddisfare l'interesse, non tipizzato, sotteso all'operazione economica da esse condotta. Infatti, "non si vede la ragione di negare ai privati la facoltà di concordare il differimento dell'effetto traslativo ad un secondo futuro consenso". E se la *ratio* del principio consensualistico è da ricercarsi nella necessità che l'effetto traslativo si produca subito, per soddisfare le esigenze di efficienza e rapidità del mercato, è altrettanto vero che talvolta, nel caso concreto, tale principio può non essere idoneo a soddisfare l'interesse delle parti, essendo invece necessario differire e amministrare diversamente la produzione dell'effetto traslativo. L'autrice, in particolare, evidenzia come le sequenze di trasferimento non riconducibili al 1376 c.c. non integrino una eccezione a tale previsione ma anzi rappresentino "modalità di una sua necessaria articolazione in ordine alla immediatezza o meno dell'effetto traslativo". Se ne deve concludere che le parti, ogni volta che esista una valida giustificazione riconducibile alla struttura del caso concreto, abbiano facoltà di discostarsi dal principio consensualistico. A conferma di tale orientamento v. Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, p. 144, la quale ammette che, oltre alla logica mercantile, sottesa all'art. 1376 c.c., esistano anche altre logiche quale, nel caso specifico,

quella familiare; quest'ultima, in particolare, sarebbe perseguita attraverso una struttura complessa che consta di una prima fase preparatoria, con manifestazione del consenso, e di una seconda fase prettamente esecutiva. Sull'ammissibilità di negozi traslativi atipici esecutivi di un rapporto precedente, quale ad esempio il pagamento traslativo, si veda anche V. Mariconda, [Articolo 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari](#), in *Corr. giur.* 1988, p. 144 ss., il quale sottolinea come non debba crearsi confusione tra la atipicità di un negozio e la carenza in esso della causa. Infine, è interessante evidenziare la posizione perentoria di Sacco, *Il contratto*, cit., p. 55, per il quale "il consensualismo come punta avanzata dell'autonomia privata non può passare da regola libertaria a regola liberticida".

(72) Così Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 827.

(73) Castronuovo, *La contrattazione immobiliare abitativa*, 1986, p. 29 ss.

(74) In tal senso Bonilini, *Prelazione di donazione da parte di enti pubblici*, cit., p. 460 ss., che richiama Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, II, Torino, 1993, p. 268 e Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 827.

(75) Nel senso della nullità del c.d. preliminare di preliminare sono sia la dottrina che la giurisprudenza; esse ravvisano il difetto di causa nella mancanza di una giustificazione obiettiva, di una qualche funzione pratica, che renda meritevole di tutela quel contratto dal quale sorga un obbligo di contrarre consistente "non nella creazione di una obbligazione finale, ma in un rapporto strumentale eguale al precedente". Si vedano Giusti e Paladini, *Il contratto preliminare*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Milano, 1992, p. 62-63 e Gazzoni, *Il contratto preliminare*, cit., p. 47 ss.; per la giurisprudenza di merito si veda Trib. Napoli, 23 novembre 1982, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 283 e Trib. Napoli, 21.02.1985, in *Dir. giur.*, 1986, p. 725; Pret. Firenze, 19 dicembre 1989, in *Giur. merito*, 1990, p. 468, invece ha qualificato il c.d. preliminare di preliminare come vero e proprio preliminare. Chianale, voce "*Contratto preliminare*", in *Digesto*, Disc. priv., sez. civ., IV, Torino, 1994, IV ed., e App. Napoli, 11 ottobre 1967, in *Dir. giur.*, 1968, p. 550 qualificano tale figura come contratto atipico a contenuto ed effetti obbligatori ma, anche in tal caso, sarebbe ravvisabile un difetto di meritevolezza dell'interesse a norma [dell'art. 1322 c.c.](#); in tal senso è Gazzoni, op. cit., p. 47, il quale afferma che in presenza di un c.d. preliminare di preliminare, a meno di differenziare i due contratti, saremmo in verità di fronte ad un *bis in idem*. G. Gabrielli, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi*, in *Riv. notar.*, 1994, p. 30, risolve il problema ammettendo la conversione del contratto nullo, o qualificando il secondo contratto come preliminare improprio, corrispondente ad un definitivo redatto per scrittura privata da riprodursi poi per atto notarile.

(76) In tal senso v. Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311, cit.

(77) Messineo, op. ult. cit., p. 21; Torrente, *La donazione*, cit., p. 243-244.

(78) Biscontinì, *Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2, 1997, p. 577 ss.

(79) Biscontinì, cit., p. 577.

(80) Così Biscontinì, cit., p. 580.

(81) Così Biscontinì, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti: il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 138 ss., il quale esclude che lo spirito di liberalità previsto [dell'articolo 769 c.c.](#) rientri nell'elemento causale. In Biscontinì, *Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione*, cit., p. 592 ss., richiamato in Capozzi, *Successioni e donazioni*, II, II ed., Milano, 2002, p. 834-835, nota n. 1674, è evidenziato che *l'animus donandi* non integrerebbe la causa della donazione, "essendo riconducibile alla sfera meramente psicologica, ossia ai motivi".

(82) Biscontinì, op. cit., p. 584, nega che la promessa di donazione possa convertirsi in donazione; così Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 1007, perchè ciò che si asserisce essere una promessa è già un contratto definitivo, autonomo, capace di produrre gli effetti che gli sono propri.

(83) Biscontin, op. cit., p. 590 ss. In tal senso anche Bonilini, *Preliminare di donazione da parte di enti pubblici*, nota a Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311, cit., p. 460, per il quale il promissario potrebbe ottenere una sentenza producente gli effetti della donazione non conclusa.

(84) Lenzi, *La donazione obbligatoria*, cit., p. 26.

(85) Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 827; Bonilini, *Preliminare di donazione di beni futuri da parte di enti pubblici*, cit., p. 466; Tassone, *Qualche apertura sul preliminare di donazione?*, in *Foro it.*, I, 2001, c. 3424 ss., nota a Trib. Verona, ordinanza 27 giugno 2000.

(86) In questo senso Gazzoni, op. ult. cit., p. 827; Chianale, op. cit., p. 56.

(87) Biondi, op. cit., p. 335.

(88) È stato osservato che lo stato delle fonti storiche è tale da non consentire la ricostruzione di un principio "generale e sicuro"; così Biondi, op. cit., p. 336.

(89) In tal senso Iacovino, Tavassi, Cassandro, *La donazione*, cit., p. 213; Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 782. F. S. Azzariti, Martinez, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 777, in particolare, giustificano il divieto con "ragioni di previdenza e avvedutezza"; Carnevali, voce "Donazione", in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 3, afferma che la *ratio* della nullità è da collegarsi allo sfavore della legge per le attribuzioni a titolo gratuito nonché alla necessità di "porre un limite a prodigalità avventate". Condividono tale posizione anche Maroi, *Delle donazioni*, cit., p. 726, Torrente, *La donazione*, cit., p. 406, e Messineo, *Manuale*, cit., p. 17.

(90) Per la dottrina più risalente il divieto si fonda sul principio del *donner et retenir ne vaut*; così Stolfi, *Negoziio giuridico*, Padova, 1947, p. 33; Ascoli, op. cit., p. 203 ss.; Scuto, *Le donazioni*, cit., p. 202 ss.; ma sul punto vedi la critica di Biondi, op. cit., p. 338.

(91) Biondi, op. cit., p. 337 ss., perspicuamente osserva che la donazione contemplata dalla disposizione in questione, letteralmente considerata, riguarda un complesso di beni di cui i beni futuri fanno parte; nello stesso senso sembra la Relazione al codice.

(92) Così Cass., 24 aprile 1957, n. 1398, in *Mass. Foro it.*, 1957; per Biondi, op. cit., p. 339, il divieto della donazione universale si fonda sugli stessi principi che ispirano il divieto di patti successori ex [art. 458 c.c.](#)

(93) Si veda per tutti Capozzi, op. cit., p. 784.

(94) In questo senso non solo Biondi, op. cit., p. 339 ss., che, per le ragioni sopra addotte, tende a limitare la portata del divieto, ma anche Ascoli, *Trattato delle donazioni*, cit., p. 218, Balbi, *Saggio sulla donazione*, cit., p. 155, Iacovino, Tavassi, Cassandro, op. cit., p. 214, Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2000, p. 344 ss., e Gentile, *Il possesso*, in *Giurisprudenza sistematica civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1965, p. 242 ss.

(95) Lenzi, *La donazione*, cit., p. 221.

(96) Torrente, op. cit., p. 407.

(97) Per Torrente, op. cit., p. 408, la inammissibilità della donazione obbligatoria di beni futuri discende dal fatto che tale obbligazione ha per oggetto un fare, che lo stesso ritiene indeducibile in donazione; ma l'argomento appare superato alla luce di quanto sopra affermato sub. a).

(98) In senso contrario recentemente Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 943, con nota di Santarsiere, anche in *Contratti*, 2001, p. 763 ss., con nota di Ferrario; in *Corr. giur.*, 2001, p. 757 ss., con nota di V. Mariconda; in *Riv. notar.*, 2001, p. 867 ss., con nota di Gazzoni; in *Studium Iuris*, 2001, p. 986 ss., con nota di Omodei-Salè; in *Riv. notar.*, 2002, p. 404 ss., con nota di Visalli. Tale decisione, innovando rispetto a precedenti posizioni, qualifica come meramente inefficace la donazione di beni altrui, che per la Suprema Corte non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla ex [art. 771 c.c.](#); al riguardo Visalli ha evidenziato come tale interpretazione contrasta con il "chiaro dettato legislativo", che pone esplicitamente la sanzione della nullità, in caso di donazione avente ad oggetto beni non appartenenti al patrimonio del donante al momento dell'atto; per lo stesso

autore tale lettura non sarebbe rispettosa della *ratio* dell'art. 771 c.c., ossia della volontà di frenare la prodigalità del donante, *ratio* che pare doversi rispettare sia in caso di futuità oggettiva che di futuità soggettiva del bene. Tale posizione appare suffragata, in primo luogo, dal fatto che il legislatore non ha posto alcuna distinzione tra l'inesistenza del bene *in rerum natura* e l'altruità dello stesso; inoltre, il combinato disposto degli artt. 769 c.c. e 771 c.c. lascia chiaramente intendere la volontà legislativa di pretendere che i beni donati appartengano al donante all'atto della donazione. Anche Trib. Vallo Lucania, 13 aprile 1992, in *Dir. giur.*, 1992, p. 525, con nota di Ruggiero, ritiene che la donazione di beni altrui sia nulla a norma dell'art. 771 c.c., dovendosi intendere il concetto di bene futuro sia in senso oggettivo che soggettivo.

(99) Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2000, p. 370, estende la nullità di cui all'art. 771 c.c. anche alla donazione dei beni altrui; l'autore, in particolare, equipara tali beni a quelli futuri, dato che essi "non si trovano attualmente nel patrimonio del donante" il quale, quindi, sarebbe obbligato a procurarne l'acquisto. Anche Mengoni, *Gli acquisti "a non domino"*, III ed., Milano, 1975, p. 27 ss., sostiene la tesi della nullità, non avendo il donante l'obbligo di procurare l'acquisto della proprietà al donatario. F. S. Azzariti, Martinez, G. Azzariti, cit., p. 777, nota n. 1, parlano di invalidità della donazione avente ad oggetto una cosa altrui che è da considerarsi "per ciò stesso un bene futuro".

(100) Si veda da ultimo Ferrante, *Donazione di cosa altrui: una sentenza eccentrica della Cassazione*, in *Riv. trim.*, 2002, p. 281 ss.; per la dottrina che accomunava le due figure antecedentemente al c.c. del 1942 si rimanda ad Ascoli, *Trattato delle donazioni*, cit., p. 207, Butera, *Commento al codice civile italiano, libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, cit., p. 503, e Scuto, *Le donazioni*, cit., p. 151. Nel periodo successivo all'entrata in vigore del codice del 1942 anche Torrente, op. cit., p. 409, Biondi, op. cit., p. 346, Balbi, op. cit., p. 43, e Contursi-Lisi, *Delle donazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 109-110, hanno aderito a tale impostazione concettuale.

(101) Perlingieri, *I negozi su beni futuri*, Napoli, 1962, p. 17 ss.

(102) Visalli, *Sull'asserita inefficacia della donazione di beni altrui, con spunti in tema di "titolo idoneo" ai fini della usucapione abbreviata e di donazione obbligatoria*, commento a Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, in *Riv. notar.*, 2002, p. 405.

(103) Ad esempio di procurare l'acquisto da parte del titolare attuale del bene.

(104) Perchinunno, *Il contratto di donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, p. 195 ss.

(105) Torrente, op. cit., p. 406; Mengoni, op. cit., p. 27; questo problema è palese in Ferrante, *Donazione di cosa altrui*, cit., p. 284 e 289.

(106) In questo senso ampia parte della dottrina, anche risalente; cfr Ascoli, op. cit., p. 207; Biondi, op. cit., p. 346 ss.; Balbi, *La donazione*, cit., p. 43; Oppo, *Recensione a Biondi*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 488 ss.; Mengoni, op. cit., p. 27 ss.; Contursi-Lisi, *Delle donazioni*, cit., p. 109 ss.; Lenzi, *La donazione*, cit., p. 220.

(107) Non si pone qui il problema della ammissibilità della donazione di fare trattandosi di un obbligo di dare; conforme Biondi, op. cit., p. 348; contro Torrente, op. cit., p. 412.

(108) Palazzo, *Promesse gratuite e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 181 ss.

(109) Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 285 ss.; Marini, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, p. 276 ss.

(110) Sul rapporto tra causa dell'attribuzione e affidamento cfr. Castronovo, *I principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II. Breve introduzione e versione italiana degli articoli*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 249 ss., ove si fa riferimento all'art. 2:107 che afferma il principio della vincolatività della promessa unilaterale da combinarsi con l'art. 2:102 che sancisce la rilevanza della "ragionevole comprensione" della promessa da parte del promissar

AZIONE DI RIDUZIONE E COLLAZIONE. LA DISCIPLINA DELLA DONAZIONE IN CONTO DI LEGITTIMA - IL COMMENTO

di Roberta Ummarino

Cass. civ. Sez. II Sent., 30 maggio 2017, n. 13660

c.c. art. 555

c.c. art. 558

c.c. art. 559

La donazione in conto di legittima rappresenta lo strumento maggiormente utilizzato al fine di anticipare il futuro assetto successorio di un soggetto nel rispetto sia dei principi posti a tutela della legittima, sia nell'assecondare, fin da subito, le esigenze e le necessità del beneficiario. In tale ottica si è analizzato lo strumento della donazione in conto con specifica attenzione ai profili dell'azione di riduzione e dell'imputazione *ex se* nonché sotto il profilo degli obblighi di collazione. La figura contrattuale in esame, inoltre, non essendo suscettibile della c.d. disposizione di preferenza, quandanche sia accompagnata da dispensa da collazione, soggiace alla superiore ed inderogabile disciplina posta a tutela della legittima, così come ribadito, nuovamente, dalla pronuncia dei giudici li legittimità che si commenta.

Sommario: [Introduzione](#) - [La donazione in conto di legittima](#) - [Azione di riduzione e imputazione *ex se*](#) - [segue: L'ordine di riduzione e la disposizione di preferenza](#) - [La collazione](#) - [segue: La dispensa da collazione e la disposizione di preferenza](#) - [La collazione in assenza di relictum e la collazione volontaria](#) - [Conclusioni](#)

[Introduzione](#)

Il presente approfondimento trae spunto da una recente pronuncia della Cass. 30 maggio 2017, n. 13660, con la quale i giudici di legittimità hanno ribadito i corretti ambiti di applicazione dell'azione di riduzione, da un lato, e dell'obbligo collatizio, dall'altro⁽¹⁾.

La Corte di cassazione, con la sentenza in commento, ha dichiarato, in primo luogo, che la donazione in conto di legittima, così come formulata dal defunto, non era caratterizzata da alcuna preferenza, in quanto la cd. "disposizione di preferenza" è possibile solo con riferimento ad attribuzioni effettuate mediante testamento; in secondo luogo, la stessa necessita di una espressa e chiara volontà del testatore di procedere in tal senso, non riscontrabile in modo inequivoco nell'atto donativo in esame. Inoltre, la S.C. ha stabilito, nuovamente ed in ossequio al consolidato orientamento giurisprudenziale, che la donazione in conto di legittima non è esonerata dall'applicazione della consueta disciplina posta a tutela dell'intangibile quota di eredità riservata *ex lege* ai legittimari, anche se la stessa è effettuata con dispensa da collazione. Ciò, in quanto, le norme a tutela della quota di legittima sono sempre applicabili a prescindere ed indipendentemente dall'applicazione della disciplina della collazione⁽²⁾.

Nell'attuale realtà socio-economica è molto diffusa la prassi di regolare, totalmente o parzialmente, in vita la devoluzione dei propri beni per il tempo in cui un soggetto avrà cessato di vivere. Tale esigenza trova giustificazione, in primo luogo, nel cercare il più possibile di evitare il sorgere di liti e controversie tra gli eredi le quali, il più delle volte, sfociano in lunghissimi ed estenuanti giudizi; in secondo luogo, nel predisporre la devoluzione successoria alla luce sia della preminente volontà del defunto sia nell'attribuire i beni in base ad uno specifico criterio che tenga conto delle esigenze o delle necessità di ogni singolo erede⁽³⁾.

L'ampia libertà contrattuale riconosciuta dall'ordinamento giuridico ad ogni soggetto deve essere, tuttavia, coordinata con le norme che regolano la successione del proprio patrimonio quando egli avrà cessato di vivere. Difatti, la disciplina successoria se da un lato, anche qui, riconosce ampia libertà al *de cuius* consacrando nell'intangibile principio della volontà del testatore un elemento cardine della devoluzione successoria; dall'altro si scontra con la disciplina dell'istituto della legittima che il sistema giuridico riconosce e garantisce a determinati soggetti. Quest'ultimo, difatti, rappresenta il più grande limite alla libertà del testatore in quanto consente ai soggetti legittimari una tutela forte caratterizzata da un'efficacia reale opponibile *erga omnes*⁽⁴⁾.

Inoltre, proseguendo nell'*iter* della vicenda successoria, la pianificazione predisposta in vita potrebbe essere messa in discussione nella fase di scioglimento della comunione ereditaria venutasi a creare a seguito dell'applicazione delle norme che disciplinano la divisione del *relictum*. Si pensi, in proposito, all'istituto della collazione in natura, il quale fa sorgere in capo a determinati soggetti l'obbligazione di ritrasferire nella massa ereditaria tutto ciò che hanno ricevuto per donazione dal defunto.

La donazione in conto di legittima

Il contratto di donazione rappresenta, sicuramente, lo strumento tecnico più immediato per compiere un'attribuzione patrimoniale in favore di un legittimario.

La donazione riceve una approfondita e dettagliata disciplina da parte del nostro ordinamento in quanto ha, da sempre, rappresentato il negozio a titolo gratuito più adatto ad attuare una liberalità. Dal punto di vista strettamente tecnico-giuridico esso è un contratto, per la cui conclusione è richiesto il consenso sia del donante che del donatario; si perfeziona mediante forma scritta e con la necessaria presenza di due testimoni; è un negozio tipico in quanto ha una propria disciplina nonché è retto da uno specifico profilo causale ossia il procurare un arricchimento ad un soggetto, cui corrisponde il contestuale impoverimento di chi lo pone in essere, senza esserne costretti. Il contratto di donazione disciplinato dagli artt. 769 ss. c.c. viene, comunemente, identificato con il termine donazione diretta. Ciò in quanto l'attribuzione liberale avviene mediante l'utilizzo dello schema tipico.

Tuttavia, il contratto di donazione non rappresenta l'unico strumento per realizzare una liberalità in favore di un soggetto. La prassi, la dottrina e la giurisprudenza hanno rinvenuto molteplici altre ipotesi in cui si realizza lo stesso scopo mediante l'utilizzo di figure contrattuali differenti. Queste ultime, proprio perché raggiungono il medesimo fine della donazione ma non sono, tecnicamente, vere e proprie donazioni, vengono definite con il termine donazioni indirette. Tale fenomeno è da considerare come un'applicazione dell'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti ex [art. 1322 c.c.](#) le quali sono libere di predisporre schemi contrattuali alternativi a quelli tipici disciplinati dal Legislatore. Le donazioni indirette, infatti, rientrano nella categoria del cd. negozio indiretto⁽⁵⁾. Esso si configura ogniqualvolta le parti contraenti utilizzano uno schema negoziale tipico per raggiungere un fine o uno scopo ulteriore e trascendente rispetto a quello cui il negozio adoperato è preposto⁽⁶⁾.

Le principali ipotesi, più diffuse nella prassi contrattuale, di negozio idoneo a realizzare liberalità non donative sono la rinuncia⁽⁷⁾, il *negotium mixtum cum donatione*⁽⁸⁾, la delegazione e l'accollo⁽⁹⁾, la cessione del credito a titolo gratuito⁽¹⁰⁾, il contratto a favore del terzo⁽¹¹⁾, l'intestazione di beni sotto nome altrui⁽¹²⁾.

La donazione, diretta o indiretta, effettuata in favore di un soggetto a cui l'ordinamento riconosce la qualità di legittimario, di norma, è da considerare in conto di legittima; di essa se ne dovrà tener conto, almeno in termini di valore, nella quantificazione del patrimonio ereditario, al momento della morte del donante, al fine di correttamente quantificare le singole quote di riserva nonché la quota di disponibile. Sotto tale aspetto il Legislatore ha equiparato le donazioni dirette e quelle indirette in quanto, a prescindere dal mezzo tecnico adoperato, il risultato è identico. Infatti, il soggetto donante ha, in entrambi i casi, procurato un arricchimento o un mancato impoverimento del soggetto donatario.

In tema di tutela dei legittimari è la stessa disciplina positiva che impone al legittimario, leso o pretermesso che intenda agire in riduzione, l'obbligo di imputare alla sua quota di riserva le donazioni dirette ricevute dal donante defunto nonché tutte le liberalità indirette. Ciò si desume sia [dall'art. 564, comma 2, c.c.](#) sia [dall'art. 809 c.c.](#), norma quest'ultima che disciplina tutti gli atti di liberalità diversi dalle donazioni. La scelta del Legislatore è stata, sicuramente, orientata nel rendere più certa la tutela dei soggetti riservatari ed evitare facili elusioni della normativa disciplinante l'istituto della legittima da parte dello stesso donante il quale, attraverso l'uso di figure contrattuali diverse dalla donazione, avrebbe, di fatto, vanificato i diritti dei legittimari.

Anche in tema di collazione le donazioni e le liberalità non donative rientrano nell'ambito di applicazione dell'obbligazione collazionaria. Difatti, [l'art. 737 c.c.](#) nel delimitare il perimetro

soggettivo ed oggettivo dell'istituto dispone che i soggetti elencati nella norma devono conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione, direttamente o indirettamente. In tale ipotesi il Legislatore è stato esplicito nella previsione normativa e, quindi, non è necessario ricorrere alla norma di chiusura disciplinante gli atti diversi dalle donazioni.

Ulteriore questione da analizzare, in tema di donazioni in conto di legittima, ha ad oggetto la corretta identificazione del bene e/o del valore da imputare o da collazionare. La soluzione al quesito, che verrà più ampiamente trattato nel prosieguo, si differenzia a seconda che si tratti di donazioni dirette o di atti di liberalità non donativa. Per quanto concerne le donazioni dirette il legittimario dovrà, certamente, imputare alla propria quota di legittima il valore del bene ricevuto al momento dell'apertura della successione del donante, poiché la disciplina in tema di imputazione *ex se* rinvia, per quanto riguarda le regole da seguire, alla disciplina della collazione⁽¹³⁾; viceversa per quanto concerne la collazione il legittimario potrà o adempiere all'obbligazione collazionaria conferendo il bene, immobile, ricevuto in donazione alla massa ereditaria o imputarne il suo valore alla propria quota di eredità. Come vedremo nel prosieguo, la scelta circa la modalità di adempimento è rimessa al soggetto obbligato⁽¹⁴⁾. Per quanto concerne, invece, le donazioni indirette la questione è più complessa in quanto, il più delle volte, non vi è perfetta coincidenza tra il bene che è fuoriuscito dalla sfera patrimoniale del donante ed il bene che il donatario ha conseguito. Come criterio generale da seguire, salvo, poi, analizzare le ipotesi più particolari, si ritiene che ai fini dell'imputazione *ex se* e ai fini della collazione per imputazione si debba tener conto del valore del bene che è entrato nella sfera patrimoniale del beneficiario, valore, questo, da definire al momento dell'apertura della successione. Difatti, al fine di determinare l'oggetto della liberalità bisogna sempre aver riguardo a ciò di cui si è arricchito il donatario indiretto e non a quanto si è spogliato il donante⁽¹⁵⁾.

Azione di riduzione e imputazione *ex se*

Nell'attuale sistema positivo la legittima non corrisponde, necessariamente, ad una quota di eredità ma rappresenta un utile netto, corrispondente al valore della quota di riserva stabilita dal Legislatore, che il legittimario ha diritto di conseguire. La dottrina più moderna⁽¹⁶⁾ ha, infatti, sostenuto su tale assunto che la qualificazione causale della legittima non è *a priori* individuata nella quota ereditaria bensì è caratterizzata dal profilo causale che ogni singola attribuzione patrimoniale, disposta in favore del legittimario, è chiamata *in concreto* a comporla. Quindi, il diritto alla legittima può essere soddisfatto con attribuzioni liberali recanti una diversa struttura causale tutte, comunque, ascrivibili a comporre la legittima medesima. Si pensi, ad esempio, alle donazioni in conto di legittima, al legato in sostituzione di legittima, al legato in conto di legittima. Tale dottrina ha coniato la definizione di "poliformismo causale della quota di legittima" sottolineando come, nel complesso del nostro sistema normativo, il testatore può soddisfare le pretese dei riservatari a vario titolo purché il valore delle attribuzioni, nel complesso, sia non inferiore a quello che la legge riconosce al legittimario.

Partendo, quindi, da tale assunto si può comprendere meglio la disciplina dell'imputazione *ex se* e dell'effettiva lesione e/o pretermissione di un legittimario.

Al momento dell'apertura della successione, è necessario *in primis* procedere alla determinazione delle quote di legittimaspettanti a ciascun riservatario⁽¹⁷⁾. A tal fine il codice civile prevede il compimento di tre operazioni e più precisamente: la formazione della massa dei beni relitti; la detrazione dei debiti ereditari; la riunione fittizia⁽¹⁸⁾ delle donazioni compiute in vita dal defunto.

Solo all'esito delle suddette operazioni si potrà determinare il valore del patrimonio ereditario su cui si procederà alla quantificazione della quota riservata a ciascun legittimario⁽¹⁹⁾.

Il legittimario che ritenga di essere stato leso o che è stato pretermesso potrà far valere il proprio diritto alla quota di riserva attraverso l'esperimento dell'azione di riduzione. Quest'ultima rappresenta il rimedio specifico che l'ordinamento predispone a tutela del legittimario al fine di far dichiarare l'inefficacia, nei suoi confronti, delle disposizioni testamentarie e delle donazioni che hanno leso i suoi diritti di riserva. L'azione, difatti, mira a far accertare la lesione della legittima e, per tale ragione, è un'azione personale⁽²⁰⁾ nel senso che essa non è diretta *erga omnes* o contro qualsiasi possessore o proprietario del bene, ma solo contro i destinatari delle disposizioni lesive, siano essi eredi, legatari o donatari; è un'azione di

accertamento costitutivo in quanto accerta l'esistenza della lesione e da tale accertamento consegue automaticamente la modificazione del contenuto del diritto del legittimario⁽²¹⁾.

Secondo la dottrina⁽²²⁾ che più ha approfondito l'istituto, l'azione di riduzione rappresenta un fenomeno di inefficacia successiva, totale o parziale, dell'atto di disposizione colpito da riduzione⁽²³⁾. È, infine, un'azione con effetti retroattivi reali in quanto i suoi effetti retroagiscono al momento dell'apertura della successione non solo fra le parti ma anche nei confronti dei terzi, salvo le recenti modifiche intervenute con la [L. n. 80/2005](#). Il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione comporta il diritto alla restituzione degli immobili e dei beni mobili registrati liberi da ogni peso od ipoteca, in tal senso si attribuisce all'azione in esame retroattività reale.

L'art. 564 c.c. disciplina le due condizioni per poter agire in riduzione. La prima condizione consiste nell'accettare l'eredità con beneficio d'inventario; tale onere, ovviamente, è posto solo a carico del legittimario leso e non, anche, del legittimario pretermesso. Ciò in quanto, quest'ultimo non è ancora in condizioni di accettare l'eredità non essendosi ancora configurata, in suo favore, una delazione ereditaria⁽²⁴⁾. Il legittimario preterito, infatti, potrà agire in riduzione quale terzo rispetto all'eredità, ed un suo, eventuale, atto di accettazione, semplice o beneficiata, sarebbe, secondo la Corte di cassazione⁽²⁵⁾, nullo in quanto contrario alla legge.

La *ratio* sottesa a tale condizione è rinvenuta, dalla dottrina⁽²⁶⁾, nella tutela dei legatari e donatari estranei per i quali è necessaria una preventiva constatazione dell'ufficiale consistenza patrimoniale dell'eredità e, quindi, dell'accertamento della lesione. Secondo l'orientamento prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza il requisito in esame rappresenta una condizione di ammissibilità dell'azione stessa e non un elemento costitutivo⁽²⁷⁾.

La seconda condizione prevista dalla norma in commento è rappresentata dalla preventiva imputazione, da parte del legittimario istante, delle donazioni e dei legati in suo favore predisposti alla quota di riserva al medesimo spettante⁽²⁸⁾. Si tratta in altri termini di operare una *reductio ad successionem* di un atto tra vivi e dunque di recuperare, in parte e per quanto possibile, quegli aspetti funzionali alla *causa mortis*, che la donazione, in quanto atto tra vivi, di per sé non possiede.

In merito all'oggetto dell'imputazione la dottrina interpreta il precetto normativo estensivamente e cioè il legittimario non deve imputare solo i legati e le donazioni ricevute⁽²⁹⁾ ma tutto ciò che egli abbia conseguito per successione e, quindi, anche i beni che ha acquistato a titolo di erede. Il legittimario che succede per rappresentazione deve imputare anche le donazioni ed i legati conseguiti dal suo ascendente ciò in quanto, secondo la *ratio* sottesa alla norma, il Legislatore ha inteso evitare una disuguaglianza di trattamento nei rapporti tra i coeredi causata dalla circostanza che in luogo dell'ascendente subentri il discendente per rappresentazione⁽³⁰⁾.

Il Legislatore, tuttavia, consente al testatore di esonerare il legittimario-donatario dal procedere ad imputazione di quanto ricevuto mediante la c.d. dispensa da imputazione. Quest'ultima, secondo la dottrina preferibile, rappresenta un negozio autonomo e non una clausola accessoria all'atto di donazione o al legato. In particolare, si tratta di un negozio *mortis causa*, eccezionalmente contenuto in un atto *inter vivos* in caso di donazione, in quanto è pur sempre un atto destinato ad esplicare i suoi effetti solo alla morte del donante. L'autonomia negoziale della dispensa da imputazione comporta che essa può essere contestuale alla donazione o successiva. Nello specifico essa potrà essere contenuta nel corpo dell'atto di donazione, potrà essere oggetto di successivo, ma collegato, atto negoziale, irrevocabile stante la necessaria bilateralità, o potrà essere contenuta nel testamento del donante, revocabile stante il principio di revocabilità del negozio di ultima volontà.

La dispensa da imputazione necessita di una manifestazione espressa e diretta di volontà; non è ammessa una dispensa tacita o per fatti concludenti e qualora essa faccia riferimento ad una donazione deve rivestire la medesima forma del negozio principale essendo negozio secondario collegato al primo, in applicazione del cd. "principio di simmetria".

Il principale effetto della dispensa da imputazione *ex se* comporta che il lascito effettuato in favore del legittimario grava sulla disponibile invece che sulla sua quota di riserva. In tale modo si verifica un indiscusso vantaggio per il legittimario il quale potrà trattenere il bene donato o conseguire il lascito e chiedere, per intero, la quota di legittima senza dover imputare quanto già conseguito. La dispensa da imputazione, ovviamente, ha effetto solo nei limiti della quota di

disponibile. Tale principio è considerato un corollario del principio generale dell'irrevocabilità delle donazioni; difatti, in tal modo il defunto non potrà incidere negativamente sulle donazioni effettuate in precedenza, con successivi atti di liberalità, esponendoli, così, al rischio dell'azione di riduzione.

Da ultimo, è opportuno precisare che l'esercizio dell'azione di riduzione non solo presuppone la sussistenza delle condizioni indicate dalla disciplina dettata dal codice civile, ma anche che il diritto ad agire del legittimario non sia estinto. In particolare, l'azione di riduzione può estinguersi per due cause principali: la prescrizione e la rinuncia del legittimario.

In merito alla prima, la dottrina⁽³¹⁾ e la giurisprudenza⁽³²⁾ ritengono che l'azione in commento si prescriva nel termine ordinario di dieci anni. Tuttavia, vi sono opinioni discordanti in merito all'identificazione del *dies a quo* da cui far decorrere il termine decennale di prescrizione⁽³³⁾. La giurisprudenza di legittimità, è intervenuta con una sentenza a Sezioni Unite della Corte di cassazione⁽³⁴⁾ che, discostandosi da entrambi i precedenti filoni interpretativi, ha stabilito che il *dies a quo* a partire dal quale decorre il termine di prescrizione è individuato nella data di apertura della successione e, invero, l'unico problema di tutela sorge esclusivamente per i legittimari lesi da disposizioni testamentarie. Difatti, per quest'ultimi la lesione della propria quota di legittima diventa da potenziale ad attuale solo in conseguenza dell'accettazione dell'eredità o del legato da parte del beneficiario. Di conseguenza, fin quando manca la situazione di effettivo danno, alla quale l'azione di riduzione consente di porre rimedio, non può iniziare a decorrere il termine di prescrizione. Esso, viceversa, potrà decorre solo a partire dalla data in cui la lesione della quota di legittima, divenuta effettiva e concreta, si concretizza nell'accettazione dell'eredità o nel conseguimento del legato da parte del beneficiario non legittimario. Appare evidente, allora, che se manca la situazione di danno, determinata dal conseguimento del lascito, nessun termine di prescrizione inizierà a decorrere.

La seconda causa di estinzione del diritto di agire in riduzione è la rinuncia.

Essa può essere validamente effettuata solo dopo la morte del *de cuius* poiché se posta in essere prima si configura una violazione del divieto dei patti successori, in questo caso rinunziativo, e come tale affetta da nullità⁽³⁵⁾.

È un atto irrevocabile in quanto per essa non è applicabile la revoca alla rinuncia disciplinata in tema di rinuncia all'eredità *ex art. 525 c.c.*⁽³⁶⁾.

segue: L'ordine di riduzione e la disposizione di preferenza

Il Legislatore stabilisce, agli artt. 553 ss. c.c., un preciso ordine da seguire nel caso in cui si debba procedere alla riduzione delle fattispecie lesive della legittima.

La prima norma disciplina l'ipotesi in cui la successione sia, in tutto o in parte, regolata *ab intestato* e vi sia concorso tra legittimari e altri successibili. In questo caso, si deve procedere alla riduzione proporzionale delle quote spettanti agli eredi non legittimari nella misura necessaria ad integrare la quota riservata ai legittimari. Tale disposizione è, secondo la dottrina prevalente⁽³⁷⁾, considerata indispensabile nei casi in cui vi è concorso tra soggetti legittimari, ad esempio ascendenti o coniuge, con soggetti eredi legittimi, ad esempio fratelli e sorelle. Tale norma, infatti, consacra la prevalenza della disciplina che tutela la legittima e, quindi i legittimari, rispetto alla disciplina che regola la successione *ab intestato*. Di conseguenza, ogniquale volta si configurerà una lesione di un soggetto riservatario si procederà alla riduzione delle quote devolute ai soggetti che non rivestono tale qualifica. Ciò in quanto, in primo luogo, le quote riservate ai legittimari sono determinate su una base di calcolo differente rispetto alla base di calcolo utilizzata per quantificare le quote di eredità; per i primi le porzioni spettanti si individuano sul *relictum* meno *debitum* più *donatum*; per i secondi le quote si individuano sul solo *relictum*. In secondo luogo, solo gli eredi legittimari, e non gli eredi legittimi, debbono procedere all'imputazione *ex se* di tutto quanto ricevuto per donazione o per legato⁽³⁸⁾.

Qualora non sia possibile procedere alla riduzione delle quote *ab intestato*, poiché la successione è interamente regolata per testamento, o la lesione del legittimario, nonostante la predetta riduzione, permanga, in caso di concorso di successione legittima e successione testamentaria, si dovrà procedere alla riduzione delle disposizioni contenute nella scheda testamentaria. In tale ipotesi, sarà necessario ridurre le attribuzioni testamentarie nella misura occorrente ad integrare la quota di legittima oggetto di lesione al fine di permettere al legittimario istante il

conseguimento di un attivo netto patrimoniale corrispondente. La riduzione può avere ad oggetto sia le disposizioni a titolo universale che le disposizioni a titolo particolare. Qualora la disposizione testamentaria sia sotto condizione essa potrà essere ridotta purché la medesima abbia efficacia; si dovrà, quindi, attendere il verificarsi dell'evento dedotto in condizione per poter ritenere la stessa riducibile⁽³⁹⁾.

La riduzione delle disposizioni testamentarie lesive è attuata secondo un criterio proporzionale, il che comporta che esse siano ridotte in modo da conservare tra le disposizioni oggetto di riduzione il medesimo rapporto di valore patrimoniale voluto dal testatore.

Il suddetto criterio proporzionale, tuttavia, ha carattere derogabile in quanto il secondo comma dell'art. 558 c.c. consente al testatore di attribuire un cd. titolo di preferenza ad una o più disposizioni rispetto alle altre. Dunque, è espressamente riconosciuta al testatore la facoltà di disporre che una o più attribuzioni, a titolo universale o a titolo particolare, debba avere effetto a preferenza rispetto alle altre. In tal caso, le disposizioni preferite vengono ridotte solo quando il valore delle altre attribuzioni testamentarie risulti essere insufficiente a reintegrare la quota di riserva del legittimario leso o pretermesso. La dichiarazione del testatore non necessita di alcuna forma sacramentale, difatti il Legislatore non richiede nemmeno che essa sia dichiarata espressamente. In proposito, si ritiene che la volontà del *de cuius* possa essere anche implicita e possa essere anche desunta dal complesso delle espressioni usate nel testamento; tuttavia, deve, però, essere esplicitata in modo inequivocabile nell'ambito della scheda testamentaria⁽⁴⁰⁾.

La cd. disposizione di preferenza, mentre può essere apposta ad una disposizione testamentaria, non può accompagnare un atto di donazione in quanto, come vedremo nel prosieguo, per tali contratti vige una disciplina differente ispirata alla circostanza che tali negozi, essendo perfezionati in vita dal testatore, non possono essere messi in discussione in un momento successivo al loro perfezionamento, quale è il momento dell'apertura della successione che può avvenire anche a distanza di molti anni⁽⁴¹⁾.

Proseguendo, qualora la lesione della quota di legittima permanga, nonostante la riduzione delle disposizioni testamentarie, si dovrà procedere a rendere inefficaci le donazioni effettuate in vita dal *de cuius*. La norma di riferimento è l'art. 555 c.c. che così dispone "le donazioni, il cui valore eccede la quota della quale il defunto poteva disporre, sono soggette a riduzione fino alla quota medesima".

Da una lettura combinata dell'articolo in esame e del precedente art. 554 c.c. si può desumere che la riduzione delle donazioni avviene, direttamente, anche se le disposizioni testamentarie effettuate dal defunto non eccedono la quota di disponibile; in tale affermazione è ricompresa, anche, l'ipotesi in cui il testatore abbia già attribuito la legittima al legittimario mediante testamento, ad esempio con legati. Ciò, in quanto, stante il c.d. poliformismo causale della quota di legittima, di cui si è accennato in precedenza, la quota di riserva ben può essere attribuita mediante disposizioni testamentarie a titolo a particolare da imputare alla rispettiva quota di legittima.

Le donazioni, tuttavia, non si riducono in base al medesimo criterio proporzionale delle disposizioni testamentarie, bensì sono rese inefficaci secondo un criterio cronologico ascendente e, più precisamente, si riduce partendo dall'ultima donazione in ordine di tempo e si risale, via via, alle anteriori finché non si riesce ad integrare la quota di legittima lesa. Tale *modus operandi* trova la sua giustificazione nel superiore principio dell'irrevocabilità del consenso delle donazioni, derivante dalla loro natura tecnicamente contrattuale⁽⁴²⁾.

La collazione

La collazione è l'atto con il quale determinati soggetti, che hanno accettato l'eredità, conferiscono alla massa ereditaria le liberalità ricevute in vita dal defunto. L'obbligazione di conferire le liberalità rientra fra le cd. obbligazioni restitutorie e sia attua attraverso il conferimento che costituisce, per tale motivo, un atto di adempimento.

L'individuazione del fondamento posto alla base dell'istituto della collazione ha rappresentato una questione molto dibattuta in dottrina. Molte sono, infatti, le tesi sostenute, nel corso degli anni⁽⁴³⁾. Ad oggi, pare essere più condivisa la dottrina⁽⁴⁴⁾ che ritrova la *ratio* dell'istituto in esame nell'anticipazione di eredità. Con questa espressione si suole far riferimento alla circostanza che

il defunto abbia posto in essere, in vita, delle attribuzioni patrimoniali gratuite come anticipo e/o acconto sulla futura successione e l'obbligo collatizio sorge al fine di rimuovere le eventuali disuguaglianze che tali attribuzioni creerebbero ed a ristabilire un equilibrio patrimoniale ed economico tra i coeredi. Alla base di tale anticipazione successoria riveste notevole importanza la presunta volontà del *de cuius* di voler regolare il suo successivo assetto successorio in tal modo. Difatti, anche secondo la giurisprudenza, l'istituto della collazione e la relativa disciplina vanno analizzati in una prospettiva di carattere soggettivo e nel presupposto che il *de cuius* con gli atti di liberalità non ha inteso alterare, in nessun modo, la parità di trattamento tra i coeredi⁽⁴⁵⁾. In merito alla natura giuridica della collazione si sono contrapposte, in dottrina, due filoni interpretativi. Il primo, sostiene la natura automatica del trasferimento patrimoniale dovuto in forza dell'istituto in esame; ed in particolare, all'apertura della successione l'atto di donazione si risolve e il bene che ne ha costituito l'oggetto rientra immediatamente nel patrimonio ereditario, in natura o per imputazione⁽⁴⁶⁾. Il secondo, invece, sostiene la natura obbligatoria e non automatica della collazione rappresentando, quest'ultima, una vera e propria obbligazione che sorge *ex lege*, al momento dell'apertura della successione, a carico del coerede/donatario ed in favore degli altri coeredi⁽⁴⁷⁾.

La fonte dell'obbligo ha natura di prelegato obbligatorio *ex lege* anomalo in quanto, a differenza del prelegato *ex art. 661 c.c.*, è posto a favore di tutti gli altri coeredi e a carico di uno solo di essi. Più precisamente, esso si configura come legato obbligatorio se, in base all'oggetto della liberalità, la collazione può adempiersi solo per imputazione, o legato con facoltà alternativa se l'oggetto della liberalità è un bene immobile. In quest'ultimo caso, infatti, la collazione può essere adempiuta, a scelta dell'obbligato, in natura o per imputazione e la stessa rientra nel più ampio *genus* delle obbligazioni con facoltà alternativa dove la prestazione, originariamente unica, può essere adempiuta mediante una prestazione diversa.

L'obbligazione collatizia può essere adempiuta, come si è detto, in due modi: in natura e per imputazione⁽⁴⁸⁾.

Affinché sorga l'obbligazione collatizia, la legge richiede la sussistenza di una serie di presupposti ed in particolare: la qualità di donatario del soggetto tenuto a collazione; la qualità di discendente o di coniuge del *de cuius* del soggetto tenuto a collazione; la qualità di coerede legittimo o testamentario del soggetto medesimo; l'esistenza di un *relictum* da dividere; l'assenza di una dispensa da collazione.

I suindicati presupposti delimitano il perimetro soggettivo ed oggettivo di applicazione dell'istituto. Dal punto di vista soggettivo la normativa elenca tassativamente i soggetti su cui sorge l'obbligazione in esame ed in particolare essi sono individuati nei figli ed i loro discendenti e nel coniuge. Da notare che la categoria di soggetti tenuti a collazione è più ristretta della categoria dei legittimari; non sono infatti ricompresi gli ascendenti.

L'istituto in esame è, comunemente, definito come un meccanismo essenzialmente reciproco nel senso che chi è obbligato a collazionare può, ragionevolmente, pretendere l'adempimento collatizio dagli altri soggetti che, in base alla qualifica soggettiva, sono tenuti anch'essi.

La norma, inoltre, richiede che i suindicati soggetti, oltre ad essere donatari, acquisiscano anche lo *status* di coerede. In pratica, è espressamente richiesta la preventiva accettazione dell'eredità, sia essa espressa o tacita. Di conseguenza, non sono tenuti a collazione i chiamati all'eredità che abbiano rinunciato ad essa o che non siano più partecipi della comunione ereditaria.

Rientra nel perimetro soggettivo anche il discendente che succede per rappresentazione e, costui, è tenuto a collazionare tutto ciò che ha ricevuto il suo ascendente dal *de cuius*, quandanche il rappresentante abbia rinunciato all'eredità del rappresentato⁽⁴⁹⁾.

In merito al perimetro oggettivo sono oggetto di collazione le donazioni, sia dirette che indirette, e non qualsiasi atto gratuito non donativo dove manca il profilo dell'impoverimento del donante ed il contestuale arricchimento del donatario. Sono ricomprese, quindi, le donazioni di modico valore, le donazioni remuneratorie, e donazioni modali, la donazione di usufrutto, e le donazioni annullabili fintanto che non ne sia dichiarata l'invalidità.

Particolare interesse suscita la disciplina della collazione in caso di liberalità effettuata mediante intestazione di bene a nome altrui e mediante il *negotio mixtum cum donatione*. Nel primo caso

bisogna distinguere due ipotesi: qualora il genitore doni al figlio la somma di denaro al fine di consentirgli di acquistare, successivamente, un bene immobile oggetto di collazione è il denaro, in quanto si è in presenza di due negozi - la donazione della somma e l'atto di acquisto- collegati tra loro solo economicamente⁽⁵⁰⁾; viceversa, qualora il genitore intervenga ex [art. 1180 c.c.](#) nell'atto di acquisto del bene al solo scopo di adempiere l'obbligazione da prezzo oggetto di collazione è il bene immobile acquistato⁽⁵¹⁾.

In caso di *negotium mixtum cum donatione*, invece, essendo, esso, in parte oneroso ed in parte gratuito, oggetto di collazione è solo la differenza tra il maggior valore economico del bene ed il prezzo pattuito. Ciò, poiché, solo la sproporzione tra il valore del bene e il corrispettivo rappresenta l'oggetto della donazione indiretta e, quindi, della collazione⁽⁵²⁾.

Riguardo alle donazioni modali, sia in sede di imputazione ex se sia in sede di collazione, il valore del *modus* va detratto dal valore del bene oggetto di donazione. Viceversa, in tema di riunione fittizia qualora il *modus* sia apposto alla donazione ma il beneficiario sia un terzo, ai fini della riunione meramente contabile si deve tener conto dell'intero valore del bene e l'onere non va detratto. Difatti, in questo caso il *modus*, mentre limita l'arricchimento del donatario, non limita il depauperamento del patrimonio del donante⁽⁵³⁾.

segue: La dispensa da collazione e la disposizione di preferenza

La disciplina dell'istituto della collazione può essere disapplicata dal medesimo donante mediante il cd. atto di dispensa. Esso è il negozio giuridico con il quale il donante esonera il donatario dall'obbligo di conferire ai coeredi ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione.

Essa è un negozio a causa di morte, in quanto è destinato a produrre ogni suo effetto dopo la morte del donante e l'evento morte, in tale negozio, diviene causa e non solo termine di efficacia del medesimo. Riassumendo, la dispensa da collazione è un negozio *mortis causa* a struttura *inter vivos*.

In merito al suo profilo strutturale la giurisprudenza⁽⁵⁴⁾ e parte della dottrina⁽⁵⁵⁾ ritengono che essa non sia un atto autonomo e distinto dalla donazione alla quale si riferisce, bensì una clausola accessoria della stessa. Aderendo a tale tesi se ne deduce l'irrevocabilità unilaterale della dispensa da collazione come corollario ed applicazione del principio generale di irrevocabilità delle donazioni. Viceversa, altra parte della dottrina⁽⁵⁶⁾, più recente, ritiene che la dispensa in esame configuri un vero e proprio negozio giuridico, autonomo seppur collegato al negozio principale di donazione. Difatti, essa può essere contenuta anche in un testamento o in un negozio successivo; inoltre, la sua funzione esula dal profilo tecnico-causale tipico della donazione, quale negozio tra vivi, per esser ricompresa nell'ambito dei negozi a causa di morte.

Seguendo quest'ultima tesi, si è posto, in dottrina, il dubbio se sia ammissibile una dispensa da collazione tacita e, se sì, se la donazione effettuata in conto di legittima e per l'eventuale eccedenza gravi sulla disponibile implichi un'ipotesi di implicita di dispensa. Secondo l'orientamento, pressoché costante, della giurisprudenza di Cassazione⁽⁵⁷⁾ una siffatta clausola non racchiude in sé anche un esonero dalla disciplina collazionaria. Per i giudici di legittimità rientrano nel generale ambito di applicazione della collazione tutte le donazioni effettuate in favore delle categorie di soggetti indicati dall'[art. 737 c.c.](#) in quanto il Legislatore non effettua alcuna distinzione tra donazioni che gravano sulla legittima e donazioni che gravano sulla quota di disponibile.

Si ritiene utile, a questo punto, analizzare il rapporto intercorrente tra la dispensa da imputazione ex se e la dispensa da collazione in quanto si tratta di istituti che operano su piani differenti e producono effetti diversi.

La dispensa da collazione, come si è detto, fa sì che il bene donato sia compreso nella massa ereditaria da dividere; la dispensa da imputazione ex se comporta che il legittimario/donatario che voglia agire in riduzione non debba, previamente, imputare alla sua quota di riserva il valore di quanto già conseguito con la donazione. In tal caso, il lascito, inevitabilmente, graverà sulla quota di disponibile. Proseguendo, dal punto di vista soggettivo la dispensa da collazione è un meccanismo reciproco tra tutti i soggetti tenuti all'obbligo di collazionare; l'imputazione ex se, invece, è un onere per tutti i soggetti legittimari che, come si è già precisato, rappresentano una

categoria più ampia. Inoltre, essendo gli istituti così differenti tra loro, la dispensa da collazione non implica, necessariamente, una dispensa da imputazione *ex se*, e viceversa.

L'imputazione *ex se* rappresenta uno strumento posto a tutela della quota di legittima sia nei confronti del beneficiario della liberalità, che è soggetto tenuto all'imputazione, sia nei confronti degli altri legittimari per la concreta quantificazione, in termini di valore, delle proprie quote di riserva. Ciò, alla luce del principio secondo cui l'intangibilità della legittima è solo quantitativa e non, anche, qualitativa⁽⁵⁸⁾. La collazione, invece, rappresenta uno strumento tecnicamente divisionale volto alla corretta composizione delle quote di eredità di ogni coerede⁽⁵⁹⁾.

La fase divisionale, invero, è preordinata allo scioglimento della comunione ereditaria venutasi a creare a causa della successione; in tale momento lo scopo primario dei coeredi è il corretto apporcionamiento dei medesimi nel rispetto delle quote di eredità a ciascuno spettante. Il testatore, in questa fase, non può derogare alla disciplina disposta dal Legislatore per la corretta formazione delle porzioni di patrimonio ereditario né attribuire titoli preferenziali ad alcuni dei coeredi. Sicuramente, il defunto può predisporre un progetto di divisione ereditaria ai sensi dell'art. 733 c.c. o procedere egli stesso alla divisione del proprio *relictum*, ai sensi dell'art. 734 c.c., ma non può disattendere i principi posti a tutela della corretta formazione delle quote ereditarie nella successiva fase contrattuale tra gli eredi.

La collazione in assenza di *relictum* e la collazione volontaria

Ulteriore profilo che emerge dalla pronuncia in commento è quello relativo ai presupposti operativi affinché possa sorgere l'obbligo collatizio. È, infatti, discusso se possa aver luogo la collazione qualora manchi il *relictum*, ossia quando, all'apertura della successione, non vi sia un patrimonio ereditario da dividere tra i coeredi, ad esempio, perché il defunto ha esaurito l'attribuzione di tutti i suoi beni mediante donazioni o legati. La questione è, quindi, volta a definire se l'esistenza di una massa patrimoniale costituisce o meno un presupposto indispensabile al sorgere dell'obbligo collatizio e, di conseguenza, all'applicabilità della relativa disciplina. Una parte della dottrina⁽⁶⁰⁾ e la giurisprudenza⁽⁶¹⁾ ritengono che in assenza di un patrimonio ereditario da dividere la collazione non può operare in quanto l'istituto in esame, essendo tecnicamente concepito in funzione divisoria, non trova operatività in assenza di operazioni divisionali. Da ultimo, la sentenza in commento ha affermato "... è poi costante l'interpretazione di questa Corte, secondo cui la collazione postula l'esistenza di una comunione ereditaria e, quindi, di un asse da dividere, mentre, se l'asse è stato esaurito con donazioni o con legati (come accertato nel caso di specie), e viene perciò a mancare un "*relictum*" da dividere, non vi è luogo a divisione e, quindi, neppure a collazione, la quale presuppone l'esistenza di una massa sulla quale possono operarsi i prelevamenti, mentre l'unico rimedio è dato proprio dall'azione di riduzione, che è appunto ordinata al ristabilimento di una *communio incidens* fra i legittimari, mediante il distacco parziale dei beni assegnati per testamento o per atto di liberalità *inter vivos*, in eccedenza alla quota della quale il defunto poteva disporre"⁽⁶²⁾.

Proseguendo, la prevalente dottrina⁽⁶³⁾ e la giurisprudenza di legittimità⁽⁶⁴⁾ ritengono, tendenzialmente, derogabile il regime della collazione, nel senso che il donante/*de cuius* può imporre l'obbligazione collatizia a soggetti e/o in relazione a beni non compresi nel perimetro di applicazione soggettivo ed oggettivo definito dalla norma. In tale ipotesi si è in presenza della cd. collazione volontaria; la sua ammissibilità, in linea generale, si basa sul carattere dispositivo delle disposizioni che regolano l'istituto nonché sul fondamento del medesimo identificato, come già precisato, sulla presunta volontà del testatore. Questa particolare forma di collazione ha natura di onere se apposta in una donazione; ha natura di legato se è contenuta in un testamento⁽⁶⁵⁾.

Conclusioni

La Corte di Cassazione con la sentenza in commento ha, nuovamente, ribadito i confini ed i corretti ambiti di applicazione dei differenti istituti dell'imputazione *ex se* e della collazione. Difatti, nella prassi contrattuale odierna ancora si tende ad assimilare e a confondere il profilo della tutela della legittima con il profilo della fase divisionale che, come si è avuto modo di precisare, rappresenta un momento autonomo, eventuale e conclusivo della vicenda successoria.

Alla luce di quanto esposto, seppur brevemente, la donazione in conto di legittima con dispensa da collazione non incorpora, in sé, alcuna deroga alla suprema ed indefettibile applicazione della disciplina quota di legittima. Inoltre, come ribadito dalla Cassazione, la dispensa da collazione non implica una preferenza all'attribuzione nella fase di tutela del legittimario in quanto le cc.dd. disposizioni di preferenza possono trovare applicazione solo ed esclusivamente in relazione ad una disposizione testamentaria e hanno un ambito di operatività limitato al momento della riduzione delle attribuzioni lesive. Nelle donazioni, invece, l'ordine di aggressione cronologico non può essere disatteso nemmeno con una manifestazione di volontà del donante in tal senso. Sicuramente, la disciplina giuridica, successoria in particolare, delle donazioni effettuate in favore di un legittimario rappresenta, per i non addetti alla materia, un campo insidioso e complesso. Tuttavia, è pur vero che ormai sia la dottrina che la giurisprudenza hanno definito, concordemente, il *modus operandi* da seguire in tali circostanze e la risoluzione di controversie in merito è circoscritta esclusivamente a casi limite. Certamente, un ruolo importante in tali ipotesi è rappresentato dal Notaio chiamato a ricevere l'atto di donazione che, nella sua funzione antiprocessualistica, è tenuto a fornire una chiara e corretta informazione circa la sorte, *post mortem*, dell'attribuzione patrimoniale effettuata in favore di un legittimario.

-
- (1) La controversia ha ad oggetto la riducibilità di una donazione in conto di legittima, effettuata dal *de cuius* in favore di una delle figlie con dispensa da collazione, e il corretto ordine da seguire nel pro a rendere inefficaci le liberalità poste in essere in vita dal defunto al fine di reintegrare la quota di riserva spettante al legittimario leso o pretermesso. Nel caso di specie, la Corte di Appello ha ritenuto che l'ultima donazione, se effettuata in conto di legittima e con dispensa da collazione con previsione che per l'eventuale esubero di valore questo dovesse gravare sulla quota di disponibile, è connotata da una conclamata preferenza ex [art. 558, 2 comma c.c.](#) rispetto alle altre attribuzioni. Di conseguenza, la riduzione delle liberalità non doveva avvenire secondo l'ordine cronologico definito [dall'art. 559 c.c.](#); bensì si doveva procedere direttamente sulle donazioni antecedenti.
- (2) L'imputazione *ex se* e l'azione di riduzione sono rimedi posti a tutela dei soggetti a cui l'ordinamento riserva una quota di eredità; mentre la collazione è, tecnicamente, un istituto che regola la fase divisionale della comunione ereditaria al fine di regolare e comporre correttamente le rispettive quote ereditarie una volta che le stesse siano state già definite mediante testamento o successione ab intestato. È necessario, quindi, non confondere i due istituti né considerarli alternativi o complementari, in quanto ciascuno disciplina momenti e patologie differenti della vicenda successoria.
- (3) Si pensi, ad esempio, all'istituto del patto di famiglia e alle donazioni, dirette o indirette, in favore dei legittimari. Entrambi gli istituti, infatti, consentono ad un soggetto di devolvere in vita determinati beni in favore dei propri discendenti al fine di consentirgli, immediatamente, di beneficiare delle attribuzioni e soddisfacendo, fin da subito, una particolare esigenza del beneficiario.
- (4) La supremazia del voluto testamentario e l'inderogabile disciplina della legittima possono trovare un giusto compromesso nel cd. poliformismo causale della legittima in base al quale la quota di riserva può essere attribuita non solo mediante successione ma anche con molteplici atti di liberalità del cui valore se ne dovrà tener conto nella quantificazione *post mortem* della legittima a ciascuno spettante. F. Magliulo, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Riv. not.*, 2010, maggio/giugno, 533 ss.
- (5) F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, 193 ss.; A. Torrente, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu - Messineo, Milano, 1956, 22 ss.; M.C. Diener, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 91 ss.
- (6) A. Torrente, *La donazione*, cit., 22 ss.; M.C. Diener, *op. cit.*, 93.

(7) Con tale figura negoziale, nella maggior parte dei casi, si vuole anche avvantaggiare il debitore; tale ultima ipotesi è configurabile una donazione indiretta. Cfr. Cass. 25 febbraio 2015, n. 3819; Cass. 30 dicembre 1997, n. 13117.

(8) Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione, I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, Milano, 1990, 567 ss.; Cfr. Cass. 23 maggio 2016, n. 10614; Cass. 9 maggio 2013, n. 10991; Cass. 3 novembre 2009, n. 23297; Cass. 12 novembre 2008, n. 26983; Cass. 30 gennaio 2007, n. 1955.

(9) Entrambi i negozi possono essere utilizzati come negozi-mezzo per realizzare una liberalità. Bianca, *Diritto civile*, cit., 629 ss.; Cfr. Cass. 14 dicembre 2000, n. 15778; Cass. 25 agosto 1998, n. 8442.

(10) Se la cessione è retta da un profilo liberale si è in presenza di una donazione indiretta in favore del cessionario. Cfr. Cass. 29 luglio 2015, n. 16049; Cass. 3 gennaio 2014, n. 56; Cass. 18 dicembre 2007, n. 26664.

(11) Torrente, *La donazione*, cit., 55 ss.; Moscarini, *I negozi a favore del terzo*, Milano, 1970, 270 ss.; Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 567 ss.; Scozzafava, *ad vocem Contratto a favore di terzi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, IX, 1 ss.; Cfr. Cass. 1 settembre 1994, n. 7622; Cass. 25 febbraio 1980, n. 1317; Cass. 5 giugno 1974, n. 967.

(12) Si pensi al caso del genitore che acquista con denaro proprio un bene intestandolo al figlio. L'acquisto del bene nella sfera patrimoniale del figlio rappresenta la liberalità indiretta. Torrente, *La donazione*, cit., 68 ss.; Carnevali, *ad vocem Intestazione di beni sotto nome altrui*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996, 4 ss.; Cfr. Cass. 30 maggio 2017, n. 13619; Cass. 2 febbraio 2016, n. 1986; Cass. 4 settembre 2015, n. 17604; Cass. 2 settembre 2014, n. 18541; Cass., SS.UU., 5 agosto 1992, n. 9282.

(13) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, III ed., I, Milano, 522.

(14) G. Capozzi, *op. cit.*, 1379; N. Coviello, *Delle successioni. Parte generale*, 1935, Napoli, 492.

(15) Cfr. Cass. 30 maggio 2017, n. 13619; Cass. 2 febbraio 2016, n. 1986; Cass. 4 settembre 2015, n. 17604; Cass. 2 settembre 2014, n. 18541; Cass. 23 maggio 2014, n. 11491; Cass., SS.UU., 5 agosto 1992, n. 9282.

(16) F. Magliulo, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Riv. not.*, 2010, maggio/giugno, 533 ss.

(17) Secondo il recente orientamento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la rinuncia o la prescrizione del diritto di un legittimario non comportano il ricalcolo delle quote spettanti agli altri legittimari, dal momento che queste devono essere individuate avendo esclusivo riguardo alla situazione esistente al momento dell'apertura della successione. Una volta determinate, le quote, sarebbero immodificabili ed invariabili: cd. principio della cristallizzazione delle quote di legittima. Cfr. Cass., SS.UU., 9 giugno 2006, 13429; Cass., SS.UU., 12 giugno 2006, n. 13524. Stefini, *Determinazione della quota di riserva in presenza di legittimari rinunzianti all'azione di riduzione*, in *Corr. giur.*, 2006, 1713 ss.; Loffredo, *La determinazione della quota di riserva spettante ai legittimari nel caso in cui uno di essi rinunci all'eredità ovvero perda, per rinuncia o prescrizione il diritto di esperire l'azione di riduzione*, in questa *Rivista*, 2006, 671 ss.; Pugliese, *Criteri per il calcolo della quota di legittima*, in *Giur. it.*, 2007, 1118 ss.; Bianca, *Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso della Cassazione e suoi riflessi in tema di donazioni e legati in conto di legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 211 ss.

(18) È definita riunione fittizia poiché essa ha un carattere meramente contabile, nel senso che non influisce sulla situazione giuridica dei beni donati almeno fino al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario leso o pretermesso.

(19) Al fine di determinare la quota di legittima spettante a ciascun legittimario occorre tenere conto non della situazione teorica esistente al momento dell'apertura della successione, ma di quella che concretamente si realizza a seguito anche di eventuali rinunzie o prescrizioni

di diritti. Mengoni, *Successione per causa di morte*, Parte Speciale, cit., 159 ss.; cfr. Cass. 9 marzo 1987, n. 2434; Cass. 11 febbraio 1995, n. 1529.

(20) L'azione di riduzione non è un'azione c.d. reale poiché non è rivolta a far valere un diritto sui beni di cui il defunto abbia disposto in violazione della legittima. Difatti, la domanda deve essere proposta contro il titolare della posizione giuridica contestata e non contro l'attuale titolare del bene. A. Mondini, *In merito all'azione di riduzione*, in *Fam. e dir.*, 2015, 12, 1158 ss.

(21) Moncalvo, *Sulla natura giuridica dell'azione di riduzione*, in *Famiglia*, 2004, 177 ss., Capozzi, *op. cit.*, 531; Cfr. Cass. 26 novembre 1987, n. 8780.

(22) Mengoni, *Successione per causa di morte*, Parte Speciale, cit., 232 ss.; Santoro-Passarelli, *Dei legittimari*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 331 ss.

(23) La sentenza di riduzione non attua alcun trasferimento di beni, né nel patrimonio dell'istante né nel patrimonio del defunto; essa opera in modo che il trasferimento posto in essere dal *de cuius* si consideri non avvenuto nei confronti del legittimario.

(24) Il fenomeno della preterizione può realizzarsi non solo nella successione testamentaria ma anche nella successione legittima, qualora, ad esempio, il *de cuius* abbia esaurito il suo patrimonio con donazioni o liberalità indirette ad estranei. In tale ipotesi, pur operando la delazione in favore del legittimario, non sussiste l'onere della preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario poiché, non essendovi *relictum*, non ricorre la *ratio* sottesa alla norma. Miceli, *L'azione di riduzione nella successione legittima*, nota a Cass. 11 gennaio 2010, n. 240; in *Notariato*, 2011, 2, 153 ss., Milano.

(25) Cfr. Cass. 11 gennaio 2010, n. 240.

(26) Mengoni, *Successione per causa di morte*, Parte Speciale, cit., 243 ss.; Santoro-Passarelli, *Dei legittimari*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 326 ss.

(27) Il legittimario che ha proposto l'azione di riduzione senza aver, preventivamente, accettato col beneficio d'inventario l'eredità non potrà, successivamente, sanare tale situazione in quanto egli è, ormai, da considerare erede puro e semplice avendo tacitamente accettato l'eredità con la proposizione dell'azione stessa. Ferri, *Dei legittimari*, Art. 536-564, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 252 ss.; cfr. Cass. 9 dicembre 1995, n. 12632; Cass. 1° dicembre 1993, n. 11873; Cass. 6 agosto 1990, n. 7899.

(28) La *ratio* è individuata nella presunzione che le donazioni e i legati disposti in favore di un legittimario siano delle anticipazioni sulla quota di legittima; per cui non si configurerà alcuna lesione se il valore complessivo dei beni oggetto di donazioni e legati eguagli il valore della quota di riserva. Le norme che regolano "l'istituto della riunione fittizia e dell'imputazione ex se tendono, entrambe, a neutralizzare il disallineamento delle regole proprie del fenomeno successorio rispetto a quelle proprie degli atti tra vivi ed a riconoscere le attribuzioni liberali tra vivi in funzione del complessivo fenomeno successorio".

Magliulo, *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, in *Quaderni della formazione Italiana per il Notariato*.

(29) Il Legislatore considera le donazioni in conto di legittima un anticipo della futura successione e dunque, con tale istituto, egli pone rimedi per ricondurre al fenomeno successorio le attribuzioni liberali tra vivi. Tale disciplina tutela anche i terzi che fanno affidamento su un determinato assetto patrimoniale antecedente all'operare del fenomeno della rappresentazione. Magliulo, *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, cit.

(30) La norma in esame rinvia alla disciplina sulla collazione per la determinazione dell'oggetto dell'imputazione. Ai fini della determinazione del valore dei beni oggetto delle liberalità si deve tener conto del valore degli stessi al momento dell'apertura della successione.

Mengoni, *Successione per causa di morte*, Parte Speciale, *Successione necessaria*, cit., 223 ss.

(31) Mengoni, *Successione per causa di morte*, Parte Speciale, *Successione necessaria*, cit., 332 ss.

(32) Cfr. Cass. 22 ottobre 1988, n. 5731; Cass. 11 luglio 1969, n. 2546.

(33) Secondo la giurisprudenza risalente, non essendo possibile distinguere fra donazioni e disposizioni testamentarie lesive dei diritti dei legittimari, il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione di riduzione decorre dalla data di apertura della successione. Altra dottrina, invece, sottolinea come l'accomunare, ai fini della decorrenza del termine di prescrizione, le lesioni derivanti da donazioni effettuate in vita dal *de cuius* e lesioni derivanti da disposizioni testamentarie determini un'evidente ed ingiustificata disparità di trattamento tra il legittimario leso da una donazione rispetto ad un legittimario leso da un'attribuzione contenuta in un atto di ultima volontà. Difatti, mentre il primo è in grado di conoscere, fin da subito, l'entità e il grado della sua lesione e quindi è in condizione di proporre tempestivamente l'azione di riduzione; il secondo ha conoscenza della lesione solo con la pubblicazione del testamento e/o con l'accettazione del lascito da parte dei chiamati, nonostante fin dall'apertura della successione decorre il termine di prescrizione per proporre l'azione di riduzione. Tale incongruenza ha indotto la S.C. a mutare più volte il proprio indirizzo interpretativo. In un primo momento la Cassazione ha stabilito che il termine di prescrizione decorre, per entrambe le fattispecie, dalla data di pubblicazione del testamento. Solo da tale momento i legittimari sarebbero in condizione di far valere il proprio diritto alla legittima e chiedere, se necessario, la riduzione delle disposizioni lesive.

(34) Cfr. Cass., SS.UU., 25 ottobre 2004, n. 20644, secondo la quale "il termine di prescrizione dell'azione di riduzione decorre dalla data di accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base a disposizioni testamentarie lesive della legittima. Il punto focale della questione dunque è la trasformazione del semplice chiamato in vero e proprio erede, che si realizza quando accetta l'eredità. In queste ipotesi, per individuare il termine di decorrenza della prescrizione per l'azione di riduzione bisogna controllare il comportamento del chiamato, il quale si considera aver accettato se, in alternativa, 1) compie un atto di accettazione espresso dell'eredità; 2) esegue azioni che presuppongono la sua volontà di accettare l'eredità e che non potrebbe compiere se non nella qualità di erede; 3) rimane nel possesso dei beni dell'eredità per oltre tre mesi.

(35) Si concretizzerebbe una rinuncia che non può qualificarsi attuale poiché il legittimario, prima dell'evento morte del donante, ha solo un'aspettativa di delazione, di fatto, non tutelata. Tuttavia, se effettuata dopo l'apertura della successione, la rinuncia all'azione di riduzione ha per oggetto il diritto potestativo del legittimario al conseguimento di quanto gli spetta ed è, per tale ragione, distinta dalla rinuncia all'eredità, avendo, quest'ultima, ad oggetto il diritto di accettare l'eredità. Non è un atto formale e può manifestarsi anche mediante comportamenti concludenti. Cfr. Cass. 3 dicembre 1996, n. 10775; Cass. 7 maggio 1987, n. 4230.

(36) Colui che ha rinunciato all'azione di riduzione non ha, implicitamente, rinunciato all'eredità; viceversa colui che ha rinunciato all'eredità ha, implicitamente, rinunciato anche all'azione di riduzione, in quanto ha manifestato la volontà di dismettere ogni suo diritto ereditario, sia come legittimario che come erede. L'effetto della rinuncia all'azione di riduzione è quello di rendere definitive ed intangibili le situazioni giuridiche già determinate dal defunto. Cfr. Cass. 28 marzo 1997, n. 2773.

(37) Mengoni, *Successione per causa di morte*, Parte Speciale, *Successione necessaria*, cit., 268 ss.; Pino, *La tutela del legittimario*, 1954, Padova, 37 ss.; L. Ferri, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.*, Art. 536-564, a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma.

(38) La riduzione delle quote *ab intestato* non è automatica ma presuppone, necessariamente, il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione in quanto qualsiasi attribuzione *mortis causa*, avvenga essa per legge o per testamento, soggiace alla medesima disciplina e quindi la piena efficacia fino a quando non ne sia dichiarata l'inefficacia con la sentenza emessa a conclusione del giudizio di riduzione. L'unica differenza è rinvenibile nella circostanza che oggetto di riduzione non è una disposizione testamentaria o una donazione bensì un'attribuzione conseguita *ex lege*.



(39) Sono considerate pienamente riducibili le attribuzioni effettuate in remunerazione di servizi resi o secondo gli usi dal momento che i motivi che hanno indotto il testatore a disporle non sono, in questa fase, giuridicamente rilevanti. È controversa, invece, la riducibilità delle disposizioni o dei legati gravati da onere o dei sublegati. Secondo una parte degli autori, ciò è ammissibile in quanto il *modus* è qualificabile come una liberalità indiretta e per tale ragione soggetto a riduzione; altri autori, invece, ritengono che il *modus*, non costituendo tecnicamente un peso dell'eredità, ma semmai dell'onorato, non può mai comportare una lesione e, pertanto, non è soggetto a riduzione.

(40) Non è possibile desumere la volontà di preferenza di una disposizione dalla sua natura, dal suo oggetto o dai motivi che hanno indotto il testatore a porla in essere. Non hanno, perciò, connaturata in sé alcuna preferenza i legati remunerativi dei servizi resi, il legato di alimenti, il prelegato, il legato cd. di restituzione o il cd. legato *animo solvendi*. Cfr. Cass. 8 dicembre 1978, n. 5775; Cass. 29 dicembre 1970, n. 2776; Cass. 24 maggio 1962, n. 1206.

(41) Le donazioni, essendo dei veri e propri contratti, soggiacciono alla disciplina degli atti *inter vivos* e, in particolare, al cd. principio dell'irrevocabilità del consenso. Né un'eventuale preferenza potrà essere rinvenuta nella dispensa da collazione o l'imputazione in quanto la dichiarazione di preferenza deve essere inequivocabilmente esplicitata dal testatore; la disposizione in oggetto, quindi, può riguardare solo le disposizioni contenute in un testamento.

(42) Se si seguisse il criterio proporzionale si dovrebbero aggredire, in tutto o in parte, tutte le donazioni effettuate dal defunto in vita e, con ciò, si attribuirebbe a quest'ultimo la facoltà di revocare, in tutto o in parte, le liberalità poste in essere attraverso la stipulazione di donazioni successive. Una particolare ipotesi non disciplinata riguarda la riduzione delle donazioni coeve. Si ritiene che tale circostanza sia da gestire applicando, analogicamente, la regola della riduzione delle disposizioni testamentarie. In particolare, non essendo risolutivo della questione il criterio cronologico ascendente, si potrà applicare il criterio proporzionale. Tuttavia, la dottrina riconosce al testatore la facoltà di attribuire un titolo di preferenza ad una delle donazioni coeve nel medesimo atto di donazione. In mancanza, l'obbligo di riduzione incombe *pro quota* sui donatari e quindi ciascuno di essi risponde soltanto nei limiti, ed in proporzione, del valore necessario ad assicurare la reintegrazione della quota di legittima lesa non essendo possibile configurare un obbligo solidale tra i medesimi soggetti donatari. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 5, I, Torino, 464 ss.; Se i donatari sono anche legittimari, nel determinare la frazione su cui operare la riduzione, bisognerà escludere da essa la legittima di coloro che subiscono la riduzione. Cfr. Trib. Roma 28 febbraio 2003, in *Giur. mer.*, 2003, 1974, con nota di Tedesco.

(43) Una prima tesi ravvisa il fondamento della collazione nell'uguaglianza tra i coeredi, ossia nella più equa ripartizione dell'eredità, ottenuta con la restituzione alla massa ereditaria delle liberalità ricevute dal defunto ovvero con l'imputazione alla propria quota del loro valore. Uguaglianza intesa come dato teleologico e come presupposto cui tende l'intera disciplina della collazione. Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 183 ss.; Casulli, *Collazione delle donazioni*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 453 ss.; altra dottrina sostiene la teoria della comproprietà familiare: ciascun membro della famiglia avrebbe, durante la vita del *de cuius*, un'eguale aspettativa sul patrimonio di questi; aspettativa che, dopo la morte, si concreterebbe in ugual diritto di compartecipazione sull'asse ereditario. N. Coviello, *Delle successioni. Parte generale*, 1935, Napoli, 427 ss.; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1952, 419 ss.; una dottrina molto diffusa ritrova il fondamento della collazione nel superiore interesse della famiglia nel senso che la disciplina dell'istituto ha lo scopo di evitare che l'atto di donazione pregiudichi i diritti ereditari degli altri coeredi non donatari, pur sempre membri della famiglia e chiamati alla successione. Santoro - Passarelli, *Vocazione legale e testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 197 ss.; Cicu, *Successioni per causa di morte, Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, 513 ss., Milano.

(44) Forchielli - Angeloni, *Della divisione*, Art. 713 - 768, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna - Roma, 368 ss.; Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 975 ss.; Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 272 ss.; Cannizzo, *Divisione*, in Cendon (a cura di), *Le successioni*, Torino, 162 ss.

(45) Scotti, *Volontà testamentaria e obbligo di collazione*, nota a Cass. 10 febbraio 2006, n. 3013, in questa *Rivista*, 2007, 3, 253 ss.

(46) Cicu, *Successioni per causa di morte, Parte generale*, cit., 573 ss.

(47) Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 191 ss.; Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 315 ss.; N. Coviello, *Delle successioni. Parte generale*, 1935, Napoli, 489 ss.; Polacco, *Delle successioni, I, Successioni legittime e testamentarie*, 1937, Milano - Roma, 347 ss.; Pacifici - Mazzone, *Trattato delle successioni*, in *Cod. civ. commentato*, Firenze, 1910, 68 ss.

(48) La prima modalità rappresenta la forma tipica di collazione e può essere utilizzata solo se ha ad oggetto beni immobili tutt'ora appartenenti al donatario/coerede e se non sono stati, da quest'ultimo, alienati o ipotecati. Essa si attua con un apposito atto di conferimento alla massa ereditaria che riveste la struttura di negozio unilaterale, traslativo e recettizio. È, inoltre, un negozio irrevocabile in quanto esso è posto in adempimento di un legato *ex lege* con facoltà alternativa per i quali, lo stesso Legislatore, impone l'irretrattabilità della scelta effettuata.

(49) I coeredi non possono subire un pregiudizio dalla circostanza che in luogo dell'ascendente partecipi il suo discendente. Viceversa, il rappresentante non dovrà procedere a collazione di quando da lui stesso ricevuto dal *de cuius* poiché la norma tende a preservare il più possibile l'identica posizione dell'ascendente in capo al discendente.

(50) Cfr. Cass. 24 febbraio 2004, n. 3642; Cass. 15 novembre 1997, n. 11327; Cass. 19 ottobre 1978, n. 4711.

(51) Cfr. Cass. 30 maggio 2017, n. 13619; Cass. 2 febbraio 2016, n. 1986; Cass. 4 settembre 2015, n. 17604; Cass. 2 settembre 2014, n. 18541; Cass. 23 maggio 2014, n. 11491; Cass., SS.UU., 3 agosto 1992, n. 9282.

(52) Cfr. Cass. 23 maggio 2016, n. 10614; Cass. 9 maggio 2013, n. 10991; Cass. 3 novembre 2009, n. 23297; Cass. 12 novembre 2008, n. 26983; Cass. 30 gennaio 2007, n. 1955; Cass. 29 settembre 2004, n. 19601.

(53) Basini, *La riduzione della donazione modale*, in *Contratti*, 1999, 959 ss.; Mengoni, *Successione per causa di morte, Parte Speciale, Successione necessaria*, cit., 255 ss.

(54) Cfr. Cass. 27 gennaio 1995, n. 989; Cass. 7 maggio 1984, n. 2752; Cass. 29 luglio 1961, n. 1845.

(55) Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, 1990, Napoli, 764 ss.; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1952, 423 ss.

(56) Forchielli - Angeloni, *Della divisione*, Art. 713 - 768, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna - Roma, 516-519 ss.; Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, 1977, Napoli, 709 ss.; Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 311 ss.

(57) Cfr. Cass. 10 febbraio 2006, n. 3013; Cass. 18 marzo 2000, n. 3235; Cass. 13 gennaio 1984, n. 942.

(58) Riva, *Sulla possibile coesistenza tra collazione e azione di riduzione*, in *Giur. it.*, 2016, 5, 1092 ss.

(59) In tema di collazione nessuno spazio può trovare la cd. disposizione di preferenza. Difatti, se è vero che con tale disposizione il testatore può derogare all'ordine di aggressione delle attribuzioni patrimoniali effettuate *mortis causa*, è vero, anche, che nella successiva ed eventuale fase divisionale nessuna questione sorge in ordine alla legittima e, di conseguenza, la dispensa da collazione non ha alcuna interferenza né con la dispensa da imputazione *ex se* né con l'ordine di riduzione delle liberalità effettuate in vita dal *de cuius*.

(60) Figlioli, *La collazione nel caso di mancanza di "relictum"*, in *Foro pad.*, 1957, III, 17 ss.; Azzariti, *Le successioni e donazioni*, cit., 738 ss.; Casulli, *Collazione delle donazioni*, cit., 461 e 469.

(61) Cfr. Cass. 30 maggio 2017, n. 13660; Cass. 14 giugno 2013, n. 15026; Cass. 17 novembre 1979, n. 5982; Cass. 9 luglio 1975, n. 2704.

(62) Altra parte della dottrina afferma che la collazione può aversi anche in assenza di *relictum*. L'obbligo alla collazione sorge automaticamente a seguito dell'apertura della successione e diviene operante in conseguenza dell'accettazione dell'eredità; quindi i beni donati concorrono alla formazione della massa ereditaria, la quale sarà oggetto di divisione fra i soggetti, reciprocamente, tenuti a collazione. La collazione può rappresentare lo strumento per la formazione del *relictum*, essendo possibile che questo si componga anche solo con i beni collazionati.

(63) Forchielli - Angeloni, *Della divisione*, Art. 713 - 768, cit., 442 ss.; Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 274 ss.; Ieva, *Manuale di tecnica testamentaria*, 1996, Padova, 150 ss.; Cannizzo, *Le donazioni*, in *Le successioni*, cit., 180 ss.; Azzariti, *Le successioni per causa di morte e le donazioni*, cit., 706 ss.; Gerbo, *Contenuto atipico dell'evoluzione del contenuto testamentario*, in *Il notaio*, 1993, 33 ss.; Di Mauro, *Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento*, in *Giust. civ.*, 1997, 1322 ss.

(64) Cfr. Cass. 10 febbraio 2006, n. 3013; Cass. 3 gennaio 1997, n. 1.

(65) Un'ipotesi è rappresentata dalla collazione imposta dal testatore alle disposizioni a titolo particolare. Essa rientra nel c.d. contenuto atipico del testamento e rappresenta una manifestazione dell'ampia libertà riconosciuta dall'ordinamento al *de cuius* e l'affermazione della supremazia del voluto testamentario.

L'AZIONE DI RIDUZIONE NELLE DONAZIONI INDIRETTE

Scuccimarra Riccardo

[Cass. civ. Sez. I, 12 maggio 2010, n. 11496](#)

[c.c. art. 809](#)

[c.c. art. 563](#)

[R.D. 16-03-1942, n. 267, Art. 93](#)

[c.c. art. 562](#)

[R.D. 16-03-1942, n. 267, Art. 52](#)

[c.c. art. 561](#)

Sommario: [La donazione indiretta](#) - [Le azioni giudiziali a tutela della legittima](#) - [Le donazioni indirette nel microsistema integrato riduzione-restituzione](#) - [La sentenza in commento](#) - [Profili applicativi. Alcune ipotesi](#) - [Conclusioni](#)

La sentenza della [Cassazione civile, sez. I, 12 maggio 2010, n. 11496](#) in commento è di grande interesse poiché chiarisce la sorte delle donazioni indirette a seguito dell'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione intentata dai legittimari del donante, facendole salve dall'azione di restituzione. La questione al vaglio dei giudici di legittimità non è nuova alla dottrina ⁽¹⁾, la quale già aveva avuto modo di porre a confronto le donazioni dirette ed indirette, in relazione ai rimedi posti a tutela del legittimario.

I giudici di legittimità basano il loro *iter* argomentativo su uno dei principi cardine del nostro sistema successorio, rappresentato dalla legittima in natura ⁽²⁾. Infatti: a) dato per assunto che al legittimario deve assicurarsi la pretesa (restitutoria) del bene in natura in quanto (ritornato) ereditario a seguito dell'azione di riduzione, b) che tale natura ereditaria discende dal recupero del medesimo bene al patrimonio del *de cuius* come se non fosse mai stato donato, c) considerato inoltre che nell'ipotesi di donazione indiretta il bene acquistato dal beneficiario proviene dal patrimonio di un terzo diverso dal donante il quale si limita a pagare il prezzo, d) si conclude che la tutela restitutoria, nell'ipotesi di donazione indiretta, non potrà essere assicurata poiché il *de cuius* non ha mai avuto il suddetto bene nel proprio patrimonio.

Stante quanto sopra, appare di tutta evidenza che l'impossibilità per il legittimario di agire in restituzione dell'immobile indirettamente donato agevola la fluidità della circolazione immobiliare, restando da un lato salvi gli acquisti dei successivi aventi causa dal donatario indiretto, e dall'altro irrilevante l'opposizione alla donazione o la sua rinuncia ai sensi dell' [art. 563 cod. civ.](#); torna quindi alla ribalta, semmai questa possa dirsi essere stata abbandonata, l'annosa questione relativa alla tutela degli aventi causa del donatario, la quale potrebbe ora essere drasticamente ridimensionata mediante un utilizzo appropriato del negozio indiretto piuttosto che della donazione diretta.

Ciò premesso circa la tutela (non necessaria) degli aventi causa del donatario indiretto, pare invece che la nuova frontiera della ricerca sia data piuttosto dall'interrogativo sulla tutela che potrebbe spettare al legittimario in tali casi, tutela che i giudici di legittimità ritrovano nel diritto di credito, basandosi sul concetto di imputazione ⁽³⁾. Rinviando nel prosieguo del presente lavoro l'inquadramento del concetto di imputazione nel caso al vaglio, preme in questa sede anticipare che la decisione in commento ricorre a concetti più vicini alla tradizione germanica, laddove la legittima è assicurata dall'attribuzione di un valore soddisfatto con beni non ereditari; tuttavia a parere di chi scrive, la tutela del legittimario leso da donazioni indirette è già assicurata dal nostro sistema, basato sulla tradizione francese della riserva in natura ⁽⁴⁾ come meglio si leggerà nel prosieguo del presente lavoro ⁽⁵⁾.

La donazione indiretta

La norma di riferimento è l' [art. 809 cod. civ.](#) ⁽⁶⁾ il quale prende in considerazione una categoria di atti diversi dalla donazione contrattuale, che possono essere utilizzati per attuare in via mediata effetti economici equivalenti a quelli prodotti dal contratto di donazione ⁽⁷⁾. Lo scopo perseguito dal legislatore è di ordine meramente pratico e consiste nell'applicazione a questi atti, vista l'identità dell'effetto economico prodotto, di una parte delle norme dettate per la donazione contrattuale ⁽⁸⁾. Si tende quindi ad inquadrare tali atti, quando effettivamente utilizzati per realizzare l'altrui arricchimento, come liberalità atipiche laddove l'atipicità risiede nel modo in cui l'intento liberale si realizza, mentre tipico resta l'atto utilizzato ⁽⁹⁾, o più semplicemente come liberalità diverse dalla donazione ⁽¹⁰⁾. In assenza di una definizione legislativa, la dottrina si è fatta carico del suo inquadramento dogmatico, attribuendo a tali atti una propria autonomia concettuale. Tale risultato è stato raggiunto da alcuni, attraendo la donazione indiretta nel più ampio *genus* del negozio indiretto, figura assai discussa, studiata soprattutto dalla dottrina tedesca, che per prima ha teorizzato l'esistenza di possibili divergenze tra il risultato economico di certi negozi e la loro configurazione giuridica ⁽¹¹⁾. Altri autori negano che il negozio indiretto costituisca una categoria giuridica, poiché il raggiungimento dello scopo ulteriore non costituisce che un motivo, estraneo al contratto e alla sua causa e, come tale, giuridicamente irrilevante ⁽¹²⁾. Altri ancora vi ravvisano non una figura negoziale autonoma, bensì un procedimento nel quale si utilizza l'effetto negoziale di un determinato contratto per conseguire risultati ulteriori, mediante l'apposizione di clausole speciali che fanno corpo con la dichiarazione principale di volontà ⁽¹³⁾.

Una volta ricostruita la donazione indiretta come negozio indiretto, si è individuata la sua struttura in concreto non come unico negozio, sia pure con clausola speciale, ma come due distinti negozi tra loro collegati, dei quali il primo è qualificato negozio-mezzo, produttivo degli effetti normali ed il secondo - negozio-fine - accessorio e integrativo, intimamente connesso al primo, con il quale le parti, d'accordo fra di loro, colmano la differenza tra il negozio-mezzo e lo scopo ulteriore da loro perseguito ⁽¹⁴⁾. In quest'ottica, si tende ad enucleare il rapporto interno, che lega l'autore della liberalità al beneficiario finale di essa, e dal quale risulta la *causa donandi*: rapporto che potrebbe farsi discendere da uno specifico accordo negoziale, volto a qualificare in termini di liberalità l'operazione negoziale realizzata ⁽¹⁵⁾.

La donazione indiretta si distingue dalla donazione simulata, che è una vera e propria donazione diretta, compiuta con l'intenzione di donare, intenzione che resta peraltro dissimulata sotto la forma di un negozio oneroso ⁽¹⁶⁾. Si distingue inoltre dalle fattispecie di gratuità diverse dalla donazione, in cui il beneficiario riceve un'attribuzione diretta o si arricchisce in seguito ad un atto rinunziativo di un diritto sorretti da un interesse economico e non già liberale ⁽¹⁷⁾. Il fine perseguito dalla donazione, quale negozio indiretto, deve peraltro essere

lecito, configurandosi questa, altrimenti, come negozio in frode alla legge ex [art. 1344 cod. civ.](#) ⁽¹⁸⁾.

Un discorso a parte merita l'ipotesi del *negotium mixtum cum donatione*. L'esempio paradigmatico è dato dalla vendita ad un prezzo notevolmente più basso di quello di mercato, con l'intento di beneficiare l'acquirente della differenza di valore tra quanto pagato ed il valore effettivo dell'intero immobile. Secondo alcuni, la donazione mista rientra nel più ampio *genus* del negozio indiretto ⁽¹⁹⁾; altri ricorrono alla categoria del contratto misto con la conseguente applicazione della disciplina del negozio prevalente e, segnatamente, della donazione nel caso in cui l'*animus donandi* risultasse prevalente ⁽²⁰⁾; altri ancora individuano nella donazione mista un contratto con causa onerosa e *causa donationis*, affermando la diretta applicazione delle norme sulla donazione, oltre a quelle del negozio oneroso, nella misura in cui siano ravvisabili la causa giustificatrice dello scambio e della liberalità ⁽²¹⁾; per altri ancora, la donazione mista rientrerebbe nel più ampio *genus* della liberalità atipica diversa dalla donazione indiretta ⁽²²⁾.

La disciplina delle donazioni indirette discende in primo luogo dall'applicazione dell'[art. 809 cod. civ.](#) relativo alle norme sulla revocazione della donazione per causa d'ingratitude o per sopravvenienza di figli, dall'azione di riduzione per integrare la quota dovuta ai legittimari - nei limiti di quanto verrà di seguito illustrato - nonché dall'applicazione delle norme sulla collazione ex art. 737 che assoggetta a collazione tutto ciò che il figlio o altro discendente abbia ricevuto direttamente o indirettamente ⁽²³⁾; in secondo luogo, considerando la particolare struttura binegoziale della donazione indiretta, si distingue tra norme relative alla forma, relative al negozio-mezzo, e norme relative alla sostanza, c.d. norme materiali, relative al negozio fine. Pertanto, non è necessaria la forma solenne prescritta per la donazione diretta, ma è sufficiente la forma propria del negozio oneroso effettivamente utilizzato ⁽²⁴⁾; saranno viceversa applicabili alle donazioni indirette, tutte le altre norme materiali in materia di donazione, quali, ad esempio, gli artt. 437, 771, 776, 777, 779, 787 e 788 ⁽²⁵⁾. È inoltre applicabile alle donazioni indirette l'art. 2901 in tema di revoca degli atti in frode ai creditori e l'[art. 64 legge fall.](#) ⁽²⁶⁾ che dispone l'inefficacia degli atti compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, comprendendovi espressamente gli atti di liberalità con qualunque mezzo attuati ⁽²⁷⁾.

Le azioni giudiziali a tutela della legittima

Le norme contenute nella II sezione del capo X relativo ai legittimari, sono volte ad accertare se il defunto, mediante disposizioni testamentarie o donazioni effettuate in vita, abbia cagionato una lesione dei diritti di quest'ultimi, disciplinando, conseguentemente, gli strumenti giuridici a tutela della quota agli stessi riservata dalla legge ⁽²⁸⁾. Ciò riflette l'intenzione del legislatore di inquadrare le norme sulla successione, cosiddetta necessaria, come limite alla delazione legittima (art. 553), oltre che come limite alla volontà del *de cuius* (art. 457, comma 3): l'azione di reintegrazione della quota di legittima tutela, infatti, sia il legittimario del tutto pretermesso dal testamento, sia il legittimario che abbia ricevuto per testamento o che succeda per successione legittima, ma in una quota inferiore a quella allo stesso spettante. Il legittimario può essere leso nella quota allo stesso spettante:

- quando si apre esclusivamente la successione testamentaria, a causa sia delle disposizioni testamentarie che delle donazioni effettuate in vita dal *de cuius* a terzi;
- quando si apre esclusivamente la successione legittima, a causa delle sole donazioni effettuate in vita dal *de cuius* a terzi;
- quando le due successioni (testamentaria e legittima) concorrono, a causa delle disposizioni testamentarie e delle donazioni effettuate in vita a terzi.

Infatti le quote riservate ai legittimari vanno calcolate non solo sui beni esistenti al momento dell'apertura della successione (come avviene nella successione *ab intestato*), ma anche su quanto dal *de cuius* trasferito in vita a titolo di donazione. La lesione può quindi verificarsi a causa di un atto *mortis causa* (disposizioni testamentarie a titolo di eredità o di legato) o di un atto *inter vivos* (donazioni o liberalità indirette) del *de cuius*.

L'azione di reintegrazione della quota di legittima si compone in primo luogo dell'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni lesive, in secondo luogo dell'azione

di restituzione nei confronti dei beneficiari delle disposizioni ridotte e nei confronti dei loro terzi acquirenti, ai sensi degli artt. 561 e 563 ⁽²⁹⁾.

L'azione di riduzione vera e propria costituisce, quindi, il primo stadio della reintegrazione ed ha la finalità di verificare, attraverso la previa determinazione della quota di legittima e della quota disponibile, se vi è stata una lesione e, conseguentemente, di stabilire la misura della riduzione delle disposizioni lesive. Essa è pertanto un'azione di accertamento della lesione, che determina l'inefficacia relativa dell'atto lesivo unicamente nei confronti del legittimario che abbia esperito vittoriosamente l'azione di riduzione ⁽³⁰⁾. L'inefficacia è, inoltre, sopravvenuta ⁽³¹⁾ poiché le disposizioni lesive o le donazioni non sono affette da vizi originari o sopravvenuti, essendo invece pienamente valide ed efficaci e solo a seguito dell'esperimento dell'azione di riduzione, vengono rese inoperanti nei confronti del legittimario vittorioso in riduzione ⁽³²⁾. Infatti non si verifica una caducazione *in toto* del negozio, ma le disposizioni lesive sono soggette a riduzione soltanto nei limiti necessari per reintegrare la riserva spettante al legittimario che agisce. L'azione di riduzione si configura quindi come un'azione di "impugnazione negoziale successiva, tipica del piano funzionale" ⁽³³⁾. La sentenza di riduzione, inoltre e soprattutto ai fini dell'argomento di cui trattasi, non realizza un nuovo trasferimento dei beni in forza del quale il legittimario diviene avente causa immediato dal legatario, dall'erede o dal donatario, poiché, rispetto al legittimario, quei beni si considerano come mai usciti dal patrimonio del defunto ⁽³⁴⁾. In tale ottica, l'inefficacia opera con retroattività reale, nel senso che il legittimario acquista la quota di legittima sin dal momento dell'apertura della successione, non solo *inter partes*, ma anche verso i terzi, salvi i limiti di cui agli artt. 561, commi 1 e 2, e 563, comma 3 ⁽³⁵⁾.

L'azione di restituzione invece può essere promossa in giudizio dal legittimario per recuperare i beni che siano stati donati e poi ceduti dal donatario. Il presupposto di questa azione è che il legittimario abbia vittoriosamente esperito l'azione di riduzione (e quindi abbia avuto riconosciuta la legittimità delle sue ragioni) e che poi, aggredito il patrimonio del legittimario, non abbia trovato sufficienti sostanze per soddisfare le sue pretese. In questo caso la legge gli consente di dirigere le proprie pretese verso l'attuale proprietario del bene donato per pretendere appunto la "restituzione". Questi peraltro si può liberare con un versamento in denaro. Tale azione non è necessaria quando il legittimario è già in possesso dei beni e quando le disposizioni lesive non sono legati o donazioni, bensì disposizioni a titolo universale. Così il legittimario preterito otterrà, con la riduzione, solo una quota astratta di eredità, ma non beni concreti che gli saranno assegnati solo con la divisione.

L'azione di restituzione ha carattere personale in quanto esperibile contro soggetti determinati e, precisamente, contro gli onorati delle disposizioni lesive; contro i terzi acquirenti è invece esperibile l'azione espressamente prevista dall' art. 563 cod. civ. Tale norma ha ad oggetto l'ipotesi in cui il donatario, contro il quale sia stata vittoriosamente esperita l'azione di riduzione da parte del legittimario preterito o leso, abbia alienato a terzi i beni oggetto della donazione ridotta. In tale caso, la sentenza di riduzione non ha effetto immediato nei confronti degli aventi causa dal donatario, poiché al fine di ottenere la restituzione dei beni, oggetto della donazione ridotta e del successivo atto di trasferimento, il legittimario deve proporre questa ulteriore domanda nei confronti di tali soggetti ⁽³⁶⁾. Differentemente dall'azione di restituzione contro i destinatari delle disposizioni ridotte che ha carattere personale, l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti ha, secondo la dottrina prevalente carattere reale, perché non è proponibile contro soggetti predeterminati, ma persegue il bene nei confronti di ogni subacquirente. Infatti la necessaria e preventiva escussione infruttuosa del donatario ex art. 563, comma 1 è condizione di esperibilità dell'azione e la facoltà che ha il terzo di liberarsi, pagando l'equivalente in danaro ex art. 563 comma 3 opera in funzione del riscatto del bene, ponendo in essere un fatto estintivo dell'azione, non un fatto modificativo del suo contenuto, incompatibile col concetto di azione reale. Tale pagamento dell'equivalente viene comunemente indicato come una *facultas solutionis* del terzo acquirente, ma esso è più precisamente il corrispettivo del riscatto esercitato come diritto potestativo, in virtù del quale il terzo riacqu

Nuova Giur. Civ., 2017, 3, 340 (nota a sentenza)

DONAZIONE - «L'ESORDIO DEL TERMINE DI DECADENZA AI FINI DELL'AZIONE DI REVOCAZIONE DELLA DONAZIONE PER INGRATITUDINE»

di Luca Bardaro^(*)

Cass. civ. Sez. II Sentenza, 18 ottobre 2016, n. 21010

c.c. art. 802

Dalle considerazioni della Corte affiora, come circostanza preliminare, il tentativo di individuare la linea di confine fra le condotte del donatario che devono reputarsi ragionevolmente tollerabili dal donante e quelle che tali non sono o non lo sono più, perché attingono la soglia dell'intollerabilità, per la progressione di atti ingiuriosi. Solo a seguito di questo apprezzamento l'interprete è in grado, in buona sostanza, di individuare l'esordio del termine per agire (art. 802 cod. civ.) onde stabilire se la domanda di revocazione della donazione è stata tempestiva.

Sommario: I. Il caso - II. Le questioni - 1. Fondamento dell'istituto. - 2. L'ingiuria grave sullo sfondo della revocazione per ingratitudine. - 3. Il giudizio sull'ingiuria grave nel vaglio della tollerabilità della condotta del donatario. - 4. Una ricostruzione alternativa. - III. I precedenti - 1. Fondamento dell'istituto. - 2. L'ingiuria grave sullo sfondo della revocazione per ingratitudine. - 3. Il giudizio sull'ingiuria grave nel vaglio della tollerabilità della condotta del donatario. - 4. Una ricostruzione alternativa. - IV. La dottrina - 1. Fondamento dell'istituto. - 2. L'ingiuria grave sullo sfondo della revocazione per ingratitudine. - 3. Il giudizio sull'ingiuria grave nel vaglio della tollerabilità della condotta del donatario. - 4. Una ricostruzione alternativa.

I. Il caso

Tizia dona a Caio, riservando a sé l'usufrutto, la nuda proprietà di un immobile, consentendogli di viverci insieme alla sua famiglia.

Dopo continue incomprensioni e litigi che rendono intollerabile la coabitazione, ella è costretta ad allontanarsi dall'abitazione e non riesce più a farvi rientro, poiché Caio nel frattempo ha sostituito il lucchetto del cancello di accesso.

Tale progressione di atti ingiuriosi raggiunge il culmine nell'anno della domanda di revocazione della donazione, che quindi è considerata ammissibile, pur con divergenti valutazioni da parte delle Corti territoriali sulla decorrenza del termine ad agire ex art. 802 cod. civ.

In questo perimetro argomentativo a nulla erano valsi, infatti, i tentativi del convenuto di far retroagire il momento dell'acquisizione, da parte della donante, della piena consapevolezza circa il fatto rilevante ai fini della revocazione, onde ottenere il rigetto della domanda per essere stata proposta tardivamente ex art. 801 cod. civ.

Difatti, in tutti i gradi del giudizio le doglianze dell'attrice erano state accolte quanto alla sussistenza dell'ingratitudine e quanto alla tempestiva proposizione della domanda.

Anche la Corte di Cassazione respinge le doglianze del donatario, ritenendo congruamente motivato il giudizio reso dalla Corte d'Appello che aveva ritenuto che il donatario avesse «*consapevolmente, pervicacemente e reiteratamente compromesso e/o negato il diritto di usufrutto che la donante si era riservata a vita, fino al punto da impedire di rientrare nell'abitazione (l'unica di cui la donante disponesse, peraltro) apponendovi un lucchetto e comunque comportandosi come reale padrone della stessa*».

II. Le questioni **1. Fondamento dell'istituto.**

La pronuncia della Corte rende opportuno svolgere alcune considerazioni preliminari in ordine al fondamento della revocazione della donazione (ALCARO, 1059; AZZARITI, 773; AMADIO, *passim*; PALAZZO, *Gratuità, liberalità, donazione*, 137; IACCARINO, 25; CARNEVALI, *Le donazioni*, 446 ss.; CARRABBA, 771 ss.; FUSARO, tutti *infra*, sez. IV) con cui il donante, in presenza della riconducibilità del fatto causativo ad una delle ipotesi tassativamente contemplate nell'art. 801 cod. civ., può ricostituire la sfera giuridico-patrimoniale *qua ante*, con conseguente inefficacia del contratto. Mediante il fruttuoso esercizio dell'azione di revocazione il

bene donato o, se mancante, il suo valore, avuto riguardo al tempo della domanda e i frutti relativi ([art. 807 cod. civ.](#)) dovranno essere restituiti, al fine di ripristinare il patrimonio del donante a tutela dei legittimari.

Secondo una prima ricostruzione si tratterebbe di una revoca vera e propria (CARNEVALI, 523), ma ad una disamina più attenta non sfuggono le differenze anche sul piano contenutistico (CORDIANO, 135, *infra*, sez. IV). La disciplina ricollega, infatti, l'effetto revocatorio non ad un atto del donante, ma ad una sentenza definitiva che elimina l'atto di liberalità (Sbordone, 91, *infra*, sez. IV).

Sicché, proprio il carattere giudiziale della revocazione preclude «*la sua qualificazione in termini di revoca unilaterale del donante*» (MARINI, *Revocazione delle donazioni e tutela del donante*, 27, *infra*, sez. IV). La revocazione sarebbe l'esito, cioè un processo e non frutto di una valutazione sostanziale (PALADINI, 148, *infra*, sez. IV).

Altre opzioni, fedeli ad una ricostruzione più attenta dei vizi genetici del contratto, riconducono l'istituto nell'orbita dell'invalidità.

Invero questa soluzione non persuade pienamente: anzitutto perché la sanzione invalidante è tipicamente volta a colpire vizi che sono coevi - e non successivi - alla nascita del contratto (D'Antonio, 720, *infra*, sez. IV). La revocazione della donazione non è peraltro assimilabile alla nullità, dato che l'atto donativo può essere revocato pur se valido ed efficace e, dunque, anche se privo di vizi genetici (TORRENTE, 672; PALAZZO, *Le donazioni*, entrambi *infra*, sez. IV).

Né più persuasiva risulta la tesi della risolubilità ex [art. 1453 cod. civ.](#) per difetto funzionale della causa liberale (in questo senso depongono le osservazioni di SANTORO PASSARELLI, 226, *infra*, sez. IV). Le obiezioni più importanti, che si muovono a tale impostazione, sono rappresentate dal fatto che può aversi revocazione anche se la donazione è stata eseguita «*e non è concepibile un'altra attività della causa al di là dell'esaurimento del rapporto*» (CAPOZZI, 1637, *infra*, sez. IV e TORRENTE, 673). Non convince, del pari, l'assimilazione della revocazione alla presupposizione legale (MARINI, *infra*, sez. IV), dato che la prima prescinde da una valutazione relativa all'incidenza dell'evento presupposto sull'assetto di interessi (CASS., 24.1.1980, n. 588, *infra*, sez. III), per ricollegarsi, invece, all'accertamento dei fatti tipizzati dalla legge come causa di revocazione.

Ferma, dunque, la diversità dell'istituto rispetto alle categorie evocate, il contratto donativo resta valido ed efficace, fino a quando il donante, pur ricorrendone i presupposti, non intenda promuovere l'azione votata a ripristinare, sul piano patrimoniale, la situazione originaria.

L'errore metodologico delle citate elaborazioni è consistito nel desumere la natura della revocazione non già dalla disciplina positiva ma da un astratto accostamento ad istituti affini. Deve trarsi, allora, che la revocazione è una ipotesi che si aggiunge alle altre cause di inefficacia successiva del negozio previste ex lege (BIONDI, 1040, *infra*, sez. IV).

In questo ordine di idee può cogliersi il senso della disposizione [dell'art. 801 cod. civ.](#) che, evidentemente, vuole consentire al donatario incapace di presagire che dal suo atto di liberalità sarebbero scaturite l'ostilità e persino l'ingratitude del donatario, di agire al fine di recuperare il bene fuoriuscito dal proprio patrimonio.

Ciò non implica che il donatario sia tenuto, in vista della liberalità, ad assumere una posizione di soggezione rispetto al donante tale da menomare il proprio *modus agendi* (CASS., 25.2.1987, n. 2003, *infra*, sez. III); è pur vero però che chi riceve una donazione è tenuto, alla luce dell'*idem sentire* etico che permea il nostro ordinamento giuridico, ad assumere un comportamento di gratitudine verso il dante causa.

2. L'ingiuria grave sullo sfondo della revocazione per ingratitude.

Per verificare la ricorrenza dell'ingratitude del donatario, è necessario che la fattispecie concreta sia riconducibile ad uno o più fatti giuridici tra quelli tassativamente previsti [dall'art. 801 cod. civ.](#): indegnità di cui all'art. 463, nn. 1, 2, 3, cod. civ. (omicidio, consumato o tentato, del donante o del coniuge o di un ascendente o discendente, calunnia e falsa testimonianza in giudizio penale), essere colpevole di ingiuria grave verso il donante, aver arrecato grave

pregiudizio al patrimonio del donante e, infine, aver rifiutato gli alimenti dovuti ai sensi degli [artt. 433 e 436 cod. civ.](#)

La Corte di Cassazione ha ritenuto ricorrente l'ingiuria grave ex [art. 801 cod. civ.](#), ad esempio quando il donatario abbia apostrofato con gli epiteti di ladro e di truffatore il donante; quando gli abbia lanciato la scarpa e gli abbia impedito l'ingresso ad un edificio (TRIB. SPOLETO, 3.3.1994, *infra*, sez. III); anche un ripetuto atteggiamento ingiurioso verso la donante, rivolgendole l'appellativo di «puttana», «delinquente» etc., minacciandola di morte e di prenderla a calci, anche come reazione al rifiuto della predetta di rendere disponibile l'oggetto della donazione alla scadenza prevista, ha integrato gli estremi dell'ingiuria grave (CASS., 28.8.1997, n. 8165, *infra*, sez. III); parimenti l'adulterio non in sé considerato ma per l'ostentazione pubblica della relazione consumata sul talamo nuziale, è bastato a tal fine (CASS., 28.5.2008, n. 14093, *infra*, sez. III).

È fin troppo ovvio che la determinazione della nozione di ingiuria grave è rimessa all'interprete proprio perché sfornita di definizione normativa a livello civilistico; essa ha costituito reato fino a che è stato depenalizzato con il d. legis. 15.1.2016, n. 7. L'ingiuria grave di cui [all'art. 801 cod. civ.](#) consiste, dunque, in un danno effettivo arrecato al patrimonio morale del donante attraverso un comportamento di avversione nei suoi riguardi, espressione di ingratitudine che ripugna alla coscienza sociale, in relazione all'ambiente e alle condizioni sociali dei protagonisti (CARNEVALI, 8, *infra*, sez. IV; CASS., 5.4.2005, n. 7033, *infra*, sez. III).

L'ingiuria grave è un concetto che merita di essere contestualizzato perché mutevole nel tempo: ciò che si considera tale in un determinato contesto storico o in riferimento a determinati soggetti, potrebbe non esserlo più successivamente o rispetto ad altre persone, alla luce del comportamento dell'offensore (APP. BARI, 2.5.1947, *infra*, sez. III).

I giudici non si soffermano su questo aspetto, ma è da ritenersi che la duttilità insita nel concetto di ingiuria sia indifferente nel caso che ci occupa. Il tempo, infatti, anche se incide sul mutamento dei costumi morali e sociali, non potrà mai condurre all'affievolimento ovvero alla neutralizzazione di quei valori fondamentali come l'onore e la dignità dell'uomo che, in quanto posti a livello ordinamentale in una posizione apicale, sono insuscettibili di qualsivoglia revisione politica e costituiscono una sorta di minimo comune denominatore etico universale.

La Corte ha ritenuto che non sono stati solo i litigi e le incomprensioni a provocare il ravvedimento della donante circa l'atto di liberalità - tenuto presente che per il configurarsi dell'ingiuria grave non è necessario un comportamento di ostilità ripetuta, bastando anche un solo fatto ingiurioso (CASS., 14.7.1958, n. 2559, *infra*, sez. III), purché chiaramente rilevante - ma l'aver ostacolato - condotta che si pone al culmine della tollerabilità, per usare le parole della Corte - l'esercizio del diritto di usufrutto che la donante si era riservato.

[3. Il giudizio sull'ingiuria grave nel vaglio della tollerabilità della condotta del donatario.](#)

Questo comportamento, sostiene il Collegio, segna l'inizio del decorso del termine decadenziale ex [art. 802 cod. civ.](#), per aver il donante maturato la piena consapevolezza circa la ricorrenza di uno dei fatti che consentono la revocazione (cfr. anche BIONDI, 1041) tali da non «potere essere più ragionevolmente tollerati secondo una valutazione di normalità».

La decisione sovrappone due profili diversi, quello della consapevolezza del donante e quello della sua eventuale tolleranza. La "piena consapevolezza" è richiesta per il decorso del termine ex [art. 802 cod. civ.](#); problema diverso è se alla stessa consapevolezza (cioè conoscenza) segua un atteggiamento di tolleranza che si caratterizza per i tratti peculiari «della sopportazione e della mancata reazione del titolare del diritto di fronte all'azione lesiva del terzo» (PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*; ID., voce "Tolleranza (atti di)", 714, entrambi *infra*, sez. IV). La donante ha invece esperito, proprio perché gli atti di ingerenza del nudo proprietario non derivavano da una *permissio domini*, l'azione di manutenzione del possesso. L'eventuale dissenso palesato dal titolare del diritto, esclude la tolleranza, che a sua volta costituisce ai sensi [dell'art. 1144 cod. civ.](#) un fattore impeditivo dell'acquisto del possesso (CASS., 20.2.2008, n. 4327; CASS., 9.10.2003, n. 15092; CASS., 21.6.2000, n. 8444; CASS., 27.10.1995, n. 11198; CASS., 18.10.2016, n. 21015, tutte *infra*, sez. III).

Difatti, l'ingerenza tollerata copre un'area che «*non forma oggetto di volizione del possessore, né un divieto dello stesso*» (SACCO, 1050, *infra*, sez. IV). La tolleranza non rileva, dunque, nella vicenda decisa dalla Corte, in quanto il comportamento del nudo proprietario, oltre a non essere oggetto di volizione del possessore, si sostanziava nella violazione dei diritti dell'usufruttuaria, per come determinati nell'atto di donazione. Il donatario ha persino accettato la liberalità (art. 782, comma 2°, cod. civ.), volendone quindi gli effetti (CAPOZZI, 1529, *infra*, sez. IV).

4. Una ricostruzione alternativa.

La Corte equivoca, dunque, sul concetto di tolleranza, assegnandogli una valenza che non gli appartiene.

Sarebbe stato sufficiente evidenziare che il comportamento del nudo proprietario, quale fatto sopravvenuto e nuovo rispetto alla situazione che la donante si era prefigurata, si era posto in aperto contrasto con l'interesse della donante, elevato al rango di diritto soggettivo, di conservare e, dunque, di godere dei poteri e delle facoltà proprie del diritto di usufrutto. Trattasi di una facoltà (*facultas agendi*) che costituisce il contenuto del diritto soggettivo di usufrutto - poteri e facoltà sostanzialmente assimilabili a quelle del proprietario - ed un limite, stavolta per il donatario nudo proprietario di impedire alla donante di mettersi in relazione immediata con il bene.

Appare opportuno evidenziare, infine, che la norma [dell'art. 801 cod. civ.](#) non pone sullo stesso piano tutti i fatti in essa enucleati, come si desume dall'utilizzo della locuzione disgiuntiva "o" nel corpo della disposizione. In questo ambito ancora maggiore è la perplessità che suscita la decisione nella parte in cui riconduce la fattispecie nel prisma del pregiudizio morale e non anche, o sarebbe meglio dire soprattutto, nel pregiudizio di ordine patrimoniale: nozione che, per la sua elasticità, ha favorito due divergenti ricostruzioni. Da una parte si colloca chi ritiene che grave pregiudizio patrimoniale implichi una valutazione proporzionale fra patrimonio del donante e danno arrecato e dalla parte opposta chi propende per una valutazione oggettiva e, quindi, prescindente dalle condizioni economiche del danneggiato (TORRENTE, 564). Una conclusione può essere formulata senza timore di smentita e cioè che sono presenti tutti i presupposti per l'operatività di tale porzione di norma: sia la gravità del pregiudizio al patrimonio, in quanto la condotta del donatario si è tradotta nell'aver negato l'esercizio del diritto di usufrutto sul patrimonio donato (CASS., 24.5.2010, n. 12613, *infra*, sez. III) che ha valore economico (v., in generale, [art. 932 cod. civ.](#) e art. 2 d. m. 22.12.2014, *infra*, sez. III), sia il dolo, per il deliberato proposito di danneggiare la donante nella consapevolezza che non erano disponibili altre soluzioni abitative.

III. I precedenti1. *Fondamento dell'istituto.*

Sul fondamento dell'istituto, la giurisprudenza è alquanto scarna. In una risalente decisione (CASS., 24.1.1980, n. 588, in *Riv. notar.*, 1980, 953) si è concluso che i fatti tipizzati dal legislatore ([art. 800 cod. civ.](#)) sono riconducibili a presupposti contrattuali, favorendo così l'idea che, attraverso una valutazione tipica, la legge consideri il negozio giuridico subordinato ad una determinata situazione di fatto, dal cui epilogo scaturisce l'inefficacia del contratto; evento che le parti hanno tenuto presente durante l'iter formativo del negozio, senza farvi esplicito riferimento.

La disposizione liberale non implica, tuttavia, una menomazione del modo di agire del donatario, tant'è vero che non costituiscono causa di revocazione la richiesta di separazione avanzata dalla donataria, né l'inizio di una relazione con un altro *partner* (CASS., 25.2.1987, n. 2003, in *Giur. it.*, 1989, I, 1771).

2. *L'ingiuria grave sullo sfondo della revocazione per ingratitudine.*

Nelle dispute giudiziali, la condotta del donatario è stata ritenuta gravemente ingiuriosa allorché si è tradotta nell'aggressione al patrimonio morale del donante, quale espressione di un radicato sentimento di avversione: APP. FIRENZE, 8.6.1954, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce "Donazione", n. 78; TRIB. SPOLETO, 3.3.1994, in *Rass. giur. umbra*, 1994, 689; CASS., 28.8.1997, n. 8165, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce "Donazione", n. 11; per CASS., 5.4.2005, n. 7033, in *Riv. notar.*, 2005, 1037, l'ingiuria grave consiste «*in un comportamento con il quale si rechi all'onore ed al decoro, del donante un'offesa suscettibile di ledere gravemente il patrimonio morale della*

*persona, sì da rilevare un sentimento di avversione che manifesti tale ingratitudine verso colui che ha beneficiato l'agente, che ripugna alla coscienza comune»; nello stesso senso ha disposto CASS., 28.5.2008, n. 14093, in Mass. Giust. civ., 2008, con nota di MARINI, *Adulterio della moglie e moralismo del giudice*.*

Non è necessario, tuttavia, che il donatario ponga in essere una serie di condotte pregiudizievoli, in quanto anche un solo fatto ingiurioso può determinare l'ingiuria grave ex [art. 801 cod. civ.](#) (CASS., 14.7.1958, n. 2559, in *Foro pad.*, 1959, I, 563).

La condotta del donatario non è rilevante, invece, come ingiuria grave allorché è rivolta in un momento di ira o sia determinata dal comportamento del donante: APP. FIRENZE, 8.6.1954, cit.; CASS., 5.4.2005, n. 7033, cit.

Acquistano rilievo nell'ambito della valutazione del giudice considerazioni di ordine sociale ed etico: CASS., 28.8.1997, n. 8165, cit.; sul rilievo da riconoscere alle circostanze generali in cui il fatto fu commesso nonché alle circostanze legate all'ambiente, cfr. APP. BARI, 2.5.1947, in *Rep. Foro it.*, 1948, voce "Donazione", n. 41; TRIB. MESSINA, 16.3.1948, *ivi*, 1949, voce cit., n. 57; CASS., 25.2.1987, n. 2003, in *Giur. it.*, 1989, 1776.

Sempre a proposito dell'apprezzamento giudiziale, APP. BARI, 2.5.1947, cit., sostiene che bisogna tener conto del profilo morale e sociale dell'autore della condotta, in quanto potrebbe non rilevare come ingiuria grave l'offesa mossa da persona zotica, qualora non sia in grado di misurare la portata delle parole.

3. Il giudizio sull'ingiuria grave nel vaglio della tollerabilità della condotta del donatario.

Nelle applicazioni giudiziali il vaglio della tollerabilità della condotta si registra, di consueto, in quelle decisioni che hanno riguardato la continuità del possesso necessaria per usucapire il diritto, là dove ciò che rileva è il comportamento del possessore e non anche la contraria volontà del proprietario (CASS., 9.10.2003, n. 15092, in *Mass. Giust. civ.*, 2003; CASS., 21.6.2000, n. 8444, *ivi*, 2000; CASS., 27.10.1995, n. 11198, in *Foro it.*, 1996, I, 1781; CASS., 18.10.2016, n. 21015, in *Dir. e giust.*, 2016, 20, con nota di ACHILLE, *Possesso ad usucapionem e tipicità degli atti interruttivi*).

In questo quadro, si è detto che anche la lunga durata di tale attività può integrare un elemento presuntivo in favore dell'esclusione di una semplice tolleranza, allorquando si verta in rapporti di mera amicizia o di buon vicinato e non di parentela, tenuto conto che in relazione ai primi, di per sé labili e mutevoli, è più improbabile il mantenimento della tolleranza per un lungo arco di tempo. Fermo restando che l'eventuale dissenso palesato dal titolare del diritto, esclude la tolleranza, che a sua volta costituisce ai sensi [dell'art. 1144 cod. civ.](#) un fattore impeditivo dell'acquisto del possesso (CASS., 20.2.2008, n. 4327, in *Mass. Giust. civ.*, 2008).

4. Una ricostruzione alternativa.

Orientando l'attenzione sul rapporto fra usufrutto e nuda proprietà, è utile precisare che il legislatore ha risolto con una norma specifica il concorso di diritti reali sul bene. A mente [dell'art. 982 cod. civ.](#), infatti, all'usufruttuario, in base alla natura reale del suo diritto - consistente nel godimento di poteri e facoltà sostanzialmente assimilabili a quelle del proprietario - è attribuito il possesso della cosa di cui ha l'usufrutto, in modo che possa mettersi in relazione immediata con essa.

L'usufrutto ha carattere patrimoniale poiché consente all'usufruttuario di godere della cosa e di percepirne i frutti. Il suo valore è determinato in apposite tabelle ministeriali approvate con decreto ministeriale (cfr., da ultimo, art. 2 d. m. 22.12.2014) là dove è definito in percentuale decrescente all'aumento dell'età dell'usufruttuario. In questo quadro, il valore della nuda proprietà va deprezzato, quale risultante della differenza tra il valore della proprietà esclusiva e quello dell'usufrutto così come ricavato dalle suddette tabelle. Per la natura patrimoniale del diritto sotteso, la giurisprudenza (CASS., 24.5.2010, n. 12613, in banca dati *DeJure*) ha riconosciuto all'usufruttuario il risarcimento dei danni patrimoniali ex [art. 2043 cod. civ.](#) sofferti a causa della lesione della situazione giuridica di cui è titolare (es. distruzione, danneggiamento o deterioramento della cosa su cui cade il diritto o ostacolo del godimento).

IV. La dottrina**1. Fondamento dell'istituto.**

Non è dato stabilire, in assenza dei necessari riferimenti fattuali se, nella specie, risulti fondata la qualificazione, alla quale perviene la Corte di Cassazione, di donazione diretta del bene immobile o se il trasferimento dello stesso sia l'effetto di una liberalità non donativa. La distinzione fra le donazioni indirette e quelle negoziali viene individuata nel diverso ruolo che assume l'intento di liberalità: nella prima corrisponde con il fine perseguito, mentre nella seconda con il mezzo. Per una rassegna delle diverse fattispecie che integrano gli estremi delle donazioni indirette, si vedano oltre ad ALCARO, *Le donazioni indirette*, in *Vita not.*, 1991, 1059, AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Cedam, 1982, 773, il quale precisa che i due negozi hanno una causa differente, mentre nella donazione diretta, è l'*animus donandi*, in quella indiretta è da ricercarsi nella finalità perseguita attraverso il negozio oneroso; AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, Atti del Convegno della Fondazione italiana per il Notariato, Anno XI, 1, 2008; PALAZZO, *Gratuità, liberalità, donazione*, in *Le donazioni*, IV, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da BONILINI, Giuffrè, 2009, 137. Dall'impossibilità di poterla considerare assiologicamente una categoria giuridica (così IACCARINO, *Donazioni indirette e "ars stipulato ria"*, Ipsoa, 2008, 25) con quest'ultima fattispecie si suole far riferimento a quella folta serie di negozi giuridici e atti materiali posti mediante i quali si utilizza il mezzo dell'atto che si persegue in maniera diretta, mentre si realizza indirettamente una liberalità, senza l'obbligo di rispettare la forma prevista per le donazioni. Per una rassegna delle diverse fattispecie che integrano gli estremi delle donazioni indirette, si vedano, oltre a CARNEVALI, *Le donazioni*, nel *Trattato Rescigno*, 2, Utet, 1982, 446 ss.; CARRABBA, *Donazioni*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da PERLINGIERI, E.S.I., 2009, 771 ss.; FUSARO, *In tema di liberalità non donative: ricognizione della casistica e analisi della prassi*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 12, per il quale la disposizione portante [dell'art. 771 cod. civ.](#) non è ricompresa nell'elenco delle disposizioni sostanziali applicabili alle liberalità non donative.

Le peculiarità dell'istituto la rendono inconciliabile con le categorie della revoca e dell'invalidità: CORDIANO, *L'ingiuria nella revocazione per ingratitudine: gravità della lesione e tutela del patrimonio morale del donante*, in *Fam. e dir.*, 2013, 135; MARINI, *Revocazione delle donazioni e tutela del donante*, Esi, 2010, 27; SBORDONE, *Riflessioni sulla revocazione della donazione a causa di ingratitudine*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 91; D'ANTONIO, *La revocazione della donazione per ingratitudine*, in questa Rivista, 2004, I, 720, con riferimento all'inconciliabilità fra rescissione e revocazione della donazione; TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Giuffrè, 2006, 672; ALPA, *Atto di liberalità e motivo dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, con riferimento all'inconciliabilità fra revocazione della donazione e rescissione.

La revocazione sarebbe, infatti, l'esito di un processo e non il frutto di una valutazione sostanziale. Sostiene tuttavia PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Giappichelli, 2013, 148 che, proprio in considerazione della centralità della figura del donante «al quale viene consentito di rivalutare, in ipotesi tassativamente elencate dal legislatore e che sostanziano la violazione del dovere di non commettere atti di ingratitudine, l'atto liberale compiuto», sembra possibile ricostruire la revocazione come atto sostanziale e la successiva (ed eventuale) sentenza del giudice come dichiarativa. Ciò in quanto «il giudicante dovrebbe limitarsi a verificarsi la sussistenza di una delle cause di revocazione previste dal legislatore».

Il tentativo di ricostruirne il fondamento in chiave di risoluzione ex [art. 1453 cod. civ.](#) per la presenza di un difetto funzionale della causa liberale si deve a SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1983, 226; GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1976, sub artt. 769-809, 468, descrive la revocazione «come il venir meno della scelta; una situazione - vale a dire - caratterizzata anch'essa unilateralmente, dal lato del donante, come momento estintivo della donazione, in posizione simmetrica al momento iniziale, e parimenti ad iniziativa del donante»; IACOVINO-TAVASSI-CASSANDRO, *La donazione*, coordinati da CAUTADELLA, in *Il diritto privato oggi*, Giuffrè 1996, 356, sostengono, invece, che «il legislatore ha utilizzato uno strumento assimilabile alla risoluzione, con cui avrebbe voluto rimediare ad un difetto funzionale della causa liberale». In

senso contrario, v. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, interamente rivisitata e aggiornata da Ferrucci e FERRENTINO, Giuffrè, 2009, 1637 ss.

Contrario alla configurazione in termini di presupposizione è MARINI, *Revocazioni delle donazioni e tutela del donante*, cit., 22 per il quale il richiamo alla presupposizione può valere solo ai fini descrittivi senza rilevanza ricostruttiva.

Sostiene, infine, BIONDI, *Le donazioni*, nel *Trattato Vassalli*, XII, 4, Utet, 1961, 1040, che la revocazione è una ipotesi che si aggiunge alle altre cause di inefficacia successiva del negozio previste *ex lege*.

2. *L'ingiuria grave sullo sfondo della revocazione per ingratitudine.*

In ordine alla nozione di ingiuria grave e alle sue implicazioni con il reato omonimo v. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., 516 ss., per il quale la revoca si tramanda come «*reazione morale al comportamento del donatario verso il donante che si concreta in fatti riprovevoli, anche delittuosi*» ed osserva che, non essendovi più conseguenze penali ricollegabili all'ingiuria grave, è venuta meno ogni idea di vendetta alla base del potere di revoca; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 850; CARNEVALI, voce "Donazione (dir. civ.)", in *Enc. del dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, 8.

3. *Il giudizio sull'ingiuria grave nel vaglio della tollerabilità della condotta del donatario.*

Sostiene BIONDI, *Le donazioni*, cit., 1041 ss. che l'ingiuria grave esige non un mero sospetto che il fatto sia avvenuto, ma una sua concreta conoscenza.

Di tutt'altra portata è l'espressione "tolleranza" che, nel linguaggio giuridico, esprime un significato «anfibologico» (così SICCHIERO, voce "Tolleranza", nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. civ., XIX, Utet, 1999, 371), indicando in un caso l'atteggiamento di condiscendenza del proprietario a fronte di limitati e saltuari atti di ingerenza altrui (v. in generale, PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978, 2-3, Id., voce "Tolleranza (atti di)", in *Enc. del dir.*, XLIV, Giuffrè, 1992, 701, laddove evidenzia che vanno eccepiti e provati dal *dominus* convenuto con azione di reintegra, al fine di contestare il possesso dedotto dall'attore; SACCO, voce "Tolleranza (in tema di possesso)", nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. civ., Agg. VII, Utet, 2012, 1050); nell'altro caso, invece, il termine tolleranza denota una valutazione oggettiva dell'ordinamento in relazione a taluni comportamenti che, sebbene concretizzino un ritardo, un inadempimento, un comportamento altrimenti antigiuridico, non consentono al soggetto passivo un'immediata reazione, né gli consentono di lamentare un danno meritevole di protezione. In questa prospettiva si pone RUFFOLO, *Tutela possessoria della servitù non apparenti ed atti di tolleranza nel quadro delle teorie (e ideologie) del possesso*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 374, quando afferma che la tolleranza non assume sempre lo stesso significato e gli effetti ad essa ricollegati sono tra loro assai diversi. Sostiene, invece, PATTI, *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 61; Id., voce "Tolleranza (atti di)", cit., 713, che la tolleranza riguarda i soli comportamenti altrui che possano produrre effetti sfavorevoli e non quelli invece che creino vantaggi per il *dominus*, sicché «*le varie ipotesi di tolleranza, pur presentando alcune caratteristiche peculiari nei diversi settori, sono riconducibili [...] ad uno schema unitario*».

4. *Una ricostruzione alternativa.*

Sul rischio che la duttilità insita nel concetto di ingiuria grave possa conferire al giudice ampio margine di discrezionalità v. MARINI, *Adulterio della moglie e moralismo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2008, 10, 2116.

Anche se è irrilevante ai fini del commento, nella decisione non viene individuato il momento di conclusione della donazione, se cioè l'accettazione sia stata effettuata contestualmente o in atto sempre pubblico successivo (ad esempio tra persone lontane c.d. donazione *ex intervallo*).

L'accettazione del donatario è da intendere in senso tecnico, ossia come vera e propria dichiarazione di volontà diretta conseguire gli effetti propri della donazione, senza la quale quest'ultima non si perfeziona. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1529, esclude infatti che il donatario dia una pura adesione di matrice sentimentale o di gradimento alla donazione. Vale la pena ricordare che anche il destinatario di una liberalità in via successoria non acquista senza accettazione ([art. 459 cod. civ.](#)) e può rifiutare quanto dovutogli per legato ([art. 649 cod. civ.](#)).

LA PRELAZIONE TESTAMENTARIA E IL LEGATO DI PRELAZIONE

Di Lorenzo Luca

c.c. art. 732

Il diritto di prelazione, per le sue caratteristiche, si presta ad essere oggetto di una disposizione testamentaria avente natura di legato obbligatorio a contenuto atipico, con cui il testatore può attribuire al beneficiario il diritto ad essere preferito in una eventuale e futura negoziazione di un determinato bene posta in essere dall'onerato.

Sommario: [Legato di prelazione e legato di contratto](#) - [Legato di prelazione e legato di contratto di prelazione](#) - [Legato di prelazione e prelazione ex art. 732 c.c.](#) - [Conclusioni](#)

È da ritenersi possibile che il diritto di prelazione trovi la sua fonte anche nel testamento, e ciò può realizzarsi attraverso il c.d. legato di prelazione. In tal caso, l'onerato del legato (sia esso erede o legatario), in una eventuale futura negoziazione inerente un determinato bene, sarà tenuto a preferire il legatario a qualsiasi altro soggetto, a parità di condizioni ⁽¹⁾. Pertanto, la figura in oggetto potrà albergare sia in un legato, ma anche in un sublegato o in un prelegato, con le caratteristiche e conseguenze del caso. Ovviamente, l'onerato è sempre libero di non negoziare; infatti, il diritto di prelazione diviene attuale solo se ed in quanto, l'onerato decida spontaneamente di addivenire alla conclusione del contratto ⁽²⁾. Tale tipologia di legato, è inquadrabile nella categoria dei legati obbligatori ⁽³⁾; cioè quei legati che hanno la caratteristica di far sorgere in capo all'onerato un obbligo, e di converso, in capo al legatario un diritto di credito. In realtà, in tali tipi di legati non si realizza un vero e proprio fenomeno successorio, in quanto ciò che viene trasferito nella sfera giuridica del legatario, non apparteneva precedentemente alla sfera del de cuius, ma per volontà di quest'ultimo si crea un nuovo rapporto obbligatorio. Relativamente ancora alla classificazione, si ritiene che il legato di prelazione sia un c.d. legato atipico, perché non espressamente disciplinato dal legislatore. Tuttavia, è opportuno sottolineare che, in realtà, ad essere atipico è il contenuto del legato e non il legato stesso, che per struttura ed effetti è sempre tipico.

Al fine di meglio cogliere le caratteristiche e l'utilità di tale figura, è bene distinguerla da altri istituti simili.

Legato di prelazione e legato di contratto

Nel legato di contratto, il legatario ha diritto alla conclusione del contratto oggetto di legato, in ordine al quale, esiste una obbligazione di cooperazione in capo all'onerato, con fonte nella volontà del testatore ⁽⁴⁾. Nel legato di prelazione, invece, sull'onerato non incombe alcun obbligo di concludere un determinato contratto, ma solo l'obbligo di preferire il legatario, ove mai si addingenga alla decisione di contrarre.

Legato di prelazione e legato di contratto di prelazione

Il de cuius, oltre che attribuire in modo diretto per testamento il diritto ad essere preferiti, può anche disporre a favore dell'onerato un legato di contratto di prelazione, da stipularsi tra l'onerato ed il legatario. Nel caso di costituzione diretta per testamento, il legato produrrà effetti direttamente nella sfera giuridica del beneficiario, in capo al quale si costituisce il diritto di essere preferiti all'apertura della successione, il tutto automaticamente. Nell'ipotesi, invece, del legato di contratto di prelazione, all'apertura della successione sorgerà in capo al legatario il diritto di credito ad ottenere dall'onerato la stipula del negozio prelatizio ⁽⁵⁾. Restano, comunque, entrambi dei legati obbligatori a contenuto atipico.

Legato di prelazione e prelazione ex art. 732 c.c.

Quest'ultima norma prevede una particolare tipo di prelazione legale, che opera in caso di alienazione della propria quota ereditaria ad un estraneo ed è assistita, in caso di violazione, dal diritto reale di riscatto (c.d. retratto successorio). La prelazione testamentaria, invece, trova fonte nella volontà del testatore, ed ha ad oggetto, non la quota ereditaria, ma singoli beni. Pertanto, consistendo in una prelazione volontaria, in caso di violazione, il prelazionario usufruisce di una tutela risarcitoria, non potendosi applicare in via analogica l'eccezionale tutela prevista [dall'art. 732 c.c.](#) ⁽⁶⁾. Sebbene le oggettive differenze, non è da escludere l'utilità di una coesistenza dei due istituti. La prelazione testamentaria potrebbe, in alcuni casi, rafforzare e coadiuvare la prelazione ex [art. 732 c.c.](#) Nel caso, ad esempio, di più coeredi e più beni ereditari, sappiamo che ove mai uno dei coeredi decida di vendere ad un terzo la piena proprietà di un cespite ereditario, si avrà, in realtà, una vendita dell'esito divisionale, ma tuttavia non scatterà il meccanismo della prelazione legale ⁽⁷⁾; in tale frangente, il testatore potrebbe prevedere ugualmente un diritto di prelazione, sebbene volontaria, a favore degli altri coeredi. Oppure, nel caso vi sia un unico erede, non avremo mai una prelazione legale, tuttavia, il testatore potrebbe avere interesse a preferire determinati soggetti nel caso in cui l'erede decida di alienare beni ereditari. In entrambi i casi, la prelazione testamentaria agevolerebbe il testatore al fine di dare un determinato indirizzo al proprio patrimonio.

Tornando alla disamina della figura del Legato di Prelazione, è opportuno dividere l'argomento in più sezioni.

Oggetto

Il bene (o i beni), a cui può essere attribuita l'obbligazione di preferenza, è possibile che appartenga alla massa ereditaria o anche all'onere. È possibile che il vincolo riguardi anche beni futuri, purché in qualche modo determinabili alla luce di eventuali indicazioni date dal testatore. Il tutto non dovrà mai sostanzarsi in un mero arbitrio. Nulla esclude la possibilità del testatore di prevedere una prelazione testamentaria in caso di vendita dell'eredità. Se è possibile che il vincolo riguardi uno o più beni, di sicuro è possibile prevederlo per la vendita dell'intero asse ereditario.

Soggetti

Prelazionario può essere erede, legatario o anche un terzo ⁽⁸⁾. È possibile che prelazionario sia anche un soggetto indeterminato al momento della confezione del testamento, purché determinabile in seguito, alla luce di una serie di indicazioni che il testatore può fornire. È necessario, infatti, che la scelta dell'onere non si sostanzi nell'esercizio di un mero arbitrio. Il testatore può anche prevedere più prelazionari. Il suo potere di elezione può spingersi perfino a prevedere più prelazionari congiunti, nel senso che, possono essere nominati contemporaneamente più soggetti da preferire congiuntamente. Nulla osta a che il testatore possa prevedere che i prelazionari debbano eventualmente accettare necessariamente tutti, altrimenti il diritto di preferenza verrà meno per gli stessi. Inoltre, il testatore può prevedere un'alternativa di scelta da parte dell'onere, tra più prelazionari; oppure, ancora, il testatore può dar vita ad una sorta di gradazione, o meglio di sostituzione, nel senso che è possibile individuare un prelazionario, e nel caso questi non intenda esercitare il diritto di prelazione, prevederne un altro in sostituzione, o anche più sostituzioni.

Limiti

È opportuno analizzare eventuali limiti all'utilizzabilità del legato di prelazione, nonché le modalità per inserirlo validamente in una scheda testamentaria. Primo punto da affrontare, è se la prelazione testamentaria incontri gli stessi limiti previsti dal legislatore per l'ipotesi disciplinata [dall'art. 1379 c.c.](#) (divieto di alienazione). Se, cioè, il testatore deve necessariamente avere un'apprezzabile interesse e se l'obbligo dell'erede o del legatario debba essere contenuto entro convenienti limiti di tempo. Chi afferma l'applicazione dei suindicati limiti anche alla prelazione testamentaria ⁽⁹⁾, parte dal presupposto secondo cui, ai negozi mortis causa si applicano le norme sui contratti, in virtù del richiamo [dell'art. 1324 c.c.](#) Tuttavia,

dottrina maggioritaria ⁽¹⁰⁾ e la Corte di Cassazione ⁽¹¹⁾, ritengono che la fattispecie di cui [all'art. 1379 c.c.](#) e la prelazione testamentaria, siano fattispecie differenti. Infatti, con il legato di prelazione non si incide sul potere di disposizione del bene, ma si fissano solo alcune modalità di esercizio. L'onere non ha l'obbligo di non alienare, ma solo quello di preferire un determinato soggetto qualora voglia vendere. E tutto ciò non si vede perché debba essere, necessariamente, contenuto entro convenienti limiti temporali ⁽¹²⁾. Di sicuro, però, il legato di prelazione incontra e si scontra con il divieto di pesi e condizioni di cui [all'art. 549 c.c.](#) ⁽¹³⁾. Come detto in precedenza, il legato di prelazione si sostanzia in un legato obbligatorio, e quindi, si risolve in un vincolo personale per l'onere, con conseguente ridimensionamento economico del valore dell'istituzione di erede. Il legato in questione, se posto a carico di un erede legittimario, istituito nella quota di riserva, lederebbe sicuramente tale quota, per antonomasia intangibile ⁽¹⁴⁾. Pertanto, nel caso in cui il testatore abbia istituito l'erede legittimario nella quota di riserva e voglia anche porre a suo carico un legato di prelazione, onde evitare di violare il divieto posto [dall'art. 549 c.c.](#), sarà necessario o che il legato sia posto a carico dell'eredità (e non dell'erede legittimario), in tale ipotesi, al più, la disposizione sarà riducibile ma non nulla, oppure, porre in essere non un vero e proprio legato, ma bensì, una semplice raccomandazione a carico del legittimario, con la mera efficacia del caso.

Rimedi

La violazione dell'obbligo di preferire non ha una tutela reale, ma farà sorgere solo un'obbligazione risarcitoria ⁽¹⁵⁾. Il diritto di credito ad essere preferiti muta in diritto al risarcimento, pertanto, la negoziazione che ha violato la disposizione prelatizia è valida ed efficace. L'acquirente diventa titolare del diritto, anche se si dimostra che lo stesso era a conoscenza del diritto del prelazionario leso ⁽¹⁶⁾. Non è, tuttavia, da escludersi, a parere di chi scrive, che si possa chiedere all'acquirente un eventuale risarcimento danni per cooperazione all'inadempimento. Parimenti, non è da escludersi che il testatore abbia una serie di istituti a cui ricorrere al fine di rendere più forte la prelazione in oggetto. Premesso che la clausola penale può certamente affiancare obbligazioni testamentarie ⁽¹⁷⁾, tale istituto può essere un ottimo stimolo all'adempimento. Altro mezzo utilizzabile è la condizione risolutiva. L'istituzione di erede o legatario viene condizionata risolutivamente all'evento della mancata ottemperanza da parte sua del dovere prelatizio. Parte della dottrina ⁽¹⁸⁾, sostiene che non potendo avere la prelazione testamentaria carattere reale, sebbene l'istituzione viene meno, tuttavia è fatto salvo l'acquisto del terzo, con conseguente devoluzione del corrispettivo della vendita al chiamato ulteriore. Altra parte della dottrina ⁽¹⁹⁾ sostiene, invece, che il verificarsi della condizione risolutiva, appunto, risolverà non solo l'istituzione, ma anche la vendita, ciò in applicazione [dell'articolo 1357 c.c.](#) In tal modo, il patto di prelazione acquista un'efficacia reale indiretta e riflessa, essendo opponibile ai terzi acquirenti, con fonte non nella volontà testamentaria, ma bensì come effetto naturale della condizione. Il terzo in questione non potrà invocare le norme sull'eredità apparente. Il terzo, infatti, non è in buona fede (come espressamente chiede [l'art. 534 c.c.](#)), poiché non poteva non sapere, sulla base del titolo di provenienza ereditaria, della condizione risolutiva apposta al lascito. L'ipotesi appena trattata è diversa da quella in cui si possa eventualmente riconoscere efficacia reale al legato di prelazione, che non farebbe mai venir meno l'istituzione di erede o di legato ⁽²⁰⁾. La portata reale ed indiretta della condizione risolutiva, in questo caso, è diversa anche da quella del recesso successorio (ex [art. 732 c.c.](#)), in quest'ultimo caso, infatti, l'esercizio del prelazionario leso fa sì che il bene venga ad esso attribuito, invece, una volta verificatosi l'evento dedotto in condizione, il bene torna all'eredità e non al prelazionario. Tuttavia, è da ritenersi possibile che il testatore condizioni risolutivamente non l'istituzione di erede o di legatario all'inadempimento prelatizio, ma bensì, la singola disposizione, che si risolverà facendo tornare il bene all'asse ereditario, ma senza pregiudicare, questa volta, l'istituzione.

Ipotesi particolari

Diversa dal legato di prelazione, è l'ipotesi in cui il diritto di prelazione non sia posto in essere attraverso il testamento, ma esista già nel patrimonio del testatore. Essendo la posizione del

prelazonario trasmissibile mortis causa, sia a titolo universale che particolare, si ritiene che tale diritto possa essere trasferito, purché il tutto non sia connaturato da un carattere strettamente personale ⁽²¹⁾. Altra ipotesi, è quella in cui lo stesso testatore è gravato dall'obbligo di rispettare l'altrui diritto di prelazione. Relativamente a tale caso, si deve sottolineare che nulla impedisce l'ipotesi che le parti prevedano nel patto di prelazione una clausola che disponga l'estinzione del diritto di prelazione con la morte dell'obbligato testatore.

Conclusioni

L'istituto in oggetto, in virtù della sua versatilità, si presta ad essere l'istituto ideale per realizzare un eventuale preciso progetto che il testatore ha per il suo patrimonio. Oltre i classici istituti, con carattere divisionale o para-divisionale, il legato di prelazione può realizzare l'intento del testatore, che oltre ad aver disposto in un certo modo dei propri beni, voglia anche dare un particolare indirizzo al suo patrimonio, qualora i soggetti beneficiati vogliano trasferire i cespiti ricevuti.

⁽¹⁾ Sul punto, v. Bonilini, Il legato del diritto di prelazione, in Tratt. dir. successioni e donazioni, dir. da Bonilini, II, La successione testamentaria, Milano, 2009, 498; Id., Dei legati, Artt. 649-673, in Cod. civ. comm. fondato e già diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2006, 155; Id., Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, Torino, 2000, 240; Id., La prelazione testamentaria, in Riv. dir. civ., 1984, I, 223 ss.; Id., La prelazione testamentaria, in Il testamento. Lineamenti, Padova, 1995, 129 ss.; Tullio, La prelazione testamentaria, in Tratt. dir. successioni e donazioni, dir. da Bonilini, III, La successione legittima, Milano, 2009, 461; Capozzi, Successioni e Donazioni, II, Milano, 2009, 1255; D'Orazi, Della prelazione legale e volontaria, Milano, 1950, 139. In giurisprudenza, v. [Cass. 8 febbraio 1986, n. 802](#), in Riv. dir. civ., 1986, II, 479, con nota di Mirabelli-Scanzano, Testamento-Clausola limitativa delle nozze-Clausola attributiva di prelazione nella vendita di bene ereditario; App. Napoli 25 luglio 1963, in Dir. e giur., 1964, 538, con nota di Vignale, Su un particolare caso di risoluzione di disposizione testamentaria.

⁽²⁾ Bonilini, Il legato del diritto di prelazione, cit., 497; Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 1255.

⁽³⁾ Bonilini, Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, cit., 240; Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 1256.

⁽⁴⁾ Sul punto, v. Bonilini, Dei legati, cit., 142; Ieva, Manuale di tecnica testamentaria, Padova, 1996, 85; Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 1260; Palazzo, Le successioni, cit., 695.

⁽⁵⁾ Sul punto, v. Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 1257.

⁽⁶⁾ Tullio, La prelazione testamentaria, cit., 461.

⁽⁷⁾ Sul punto, v. Coppola, Atti di disposizione del coerede, ed atti di "alienazione", in Tratt. dir. successioni e donazioni, dir. da Bonilini, IV, Comunione e Divisione ereditaria, Milano, 2009, 83. In giurisprudenza, v. [Cass. 2.8.1990, n. 7749](#), in Giur. it., 1991, I, 1220; App. Cagliari 6.3.2002, in Riv. giur. sarda, 2003, 636, con nota di Vacca, L'acquisto mortis causa e l'acquisto inter vivos di quota ereditaria da parte di un terzo estraneo trasforma la comunione ereditaria in comunione ordinaria?; Trib. Modena 3.7.2007, in Fam. Pers. Succ., 2008, 133, con nota di Proto, Alienazione, da parte dei coeredi, di quote relative a beni determinati "comodamente divisibili".

⁽⁸⁾ Bonilini, La prelazione testamentaria, cit., 268.

⁽⁹⁾ Sacco-De Nova, Il contratto, in Tratt. dir. civ., dir. da Sacco, Torino, II, 1993, 330.

⁽¹⁰⁾ Capozzi, Successioni e donazioni, II, Milano, 2009, 1257; Perego, I vincoli preliminari e il contratto, Milano, 1974, 143.

⁽¹¹⁾ Cass. 13.5.1982, n. 3009, in Giust. civ., 1982, 3086, con nota di Perego, Effetti verso i terzi e durata del patto di prelazione, 3087 ss.

⁽¹²⁾ Rocca, Il divieto testamentario di alienazione, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1982, 2, 409; Perego, I vincoli preliminari e il contratto, cit., 143.

⁽¹³⁾ Sul punto, v. Tullio, La prelazione testamentaria, cit., 462.

⁽¹⁴⁾ Bonilini, La prelazione testamentaria, cit., 271.

⁽¹⁵⁾ Bonilini, La prelazione testamentaria, cit., 223; Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 1257. In giurisprudenza, v. Cass. 13.5.1982, n. 3009, cit., 3086.

⁽¹⁶⁾ Bonilini, La prelazione testamentaria, in Riv. dir. civ., 1984, I, 223; Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 1257.

⁽¹⁷⁾ Sul punto, v. Bonilini, Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici, Milano, 1990; Basini, L'oggetto del legato e alcune sue specie, in Bonilini-Basini, I legati, in Tratt. dir. civ. CNN, dir. da Perlingieri, Napoli, 2003. Contra: Marini, La clausola penale, Napoli, 1984; Visalli, Clausola penale testamentaria, in Giust. civ., 2002, II, 537.

⁽¹⁸⁾ Bonilini, La prelazione testamentaria, cit., 265.

⁽¹⁹⁾ Coviello, L'obbligazione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni), I, Napoli, 1931, 124 ss.; Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 1259.

⁽²⁰⁾ In questo senso, v. anche Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 1259.

⁽²¹⁾ Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 1255.

Notariato, 2014, 2, 144 (commento alla normativa)

IL LEGATO DI PASSWORD

di Luca di Lorenzo^(*)

c.c. art. 655

La questione dell'accessibilità alle proprietà digitali, assume particolare rilevanza in caso di morte del titolare delle password, ove, in assenza di una disposizione del defunto circa la sorte delle credenziali, il contenuto dei server riservati è destinato a restare per sempre celato, o più probabilmente distrutto dal gestore del provider; infatti, quest'ultimo non avendo avuto disposizioni al riguardo e non potendo di certo utilizzare tali contenuti, ne disporrà l'eliminazione. La trasmissione dei diritti digitali per causa di morte, assume particolare complessità per l'ampiezza e la varietà delle fattispecie di proprietà digitali configurabili, nonché per la peculiarità della natura del lascito di password che a tali beni consente l'accesso. Dall'ampiezza della nozione di proprietà digitale, segue l'impossibilità di enucleare una disciplina generale della successione per causa di morte, valevole per tutti i beni digitali, ma bensì solo la possibilità di configurare alcuni principi generali, per macrocategorie, da integrarsi di volta in volta con la disciplina giuridica propria dei singoli oggetti, in relazione alle specifiche caratteristiche di quest'ultimi.

Sommario: 1. Premessa: la rilevanza della trasmissione delle credenziali nell'era digitale - 2.

La nozione di password e la rilevanza giuridica del bene - 3. La trasmissione delle password e il mandato post *mortem exequendum* - 4. Il lascitotestamentario di password - 5. Il legato di password e la *relatio* testamentaria - 6. Gli effetti del lascito testamentario di password

1. Premessa: la rilevanza della trasmissione delle credenziali nell'era digitale

Crescente è la diffusione di proprietà protette cui l'accesso è consentito unicamente mediante la digitazione di credenziali, variamente denominate, conosciute al solo titolare: dai tradizionali codici di accesso alle cassette di sicurezza, al pin che consente di prelevare danaro dal conto corrente, di usufruire del cellulare, di proteggere l'accesso a computers, tablets e posta elettronica.

La sempre maggiore fruibilità delle attività telematiche, idonea a consentire agli utenti dello spazio digitale di accedere pressoché ovunque ai contenuti del web, ha, inoltre, indotto ad un forte sviluppo della creazione di spazi web personalizzati aventi svariati contenuti ed utilità, sì da creare veri e propri nuovi diritti digitali, ad accesso riservato, e soggetti a discipline giuridiche a loro volta variabili a seconda del contenuto e della tipologia del servizio utilizzato.

Il carattere esclusivo dei suddetti diritti digitali è garantito dall'utilizzo di credenziali di autenticazione, c.d. password, conosciute al solo titolare, il quale, pertanto, sarà l'unico a poter accedere alle informazioni ed ai servizi contenuti nel server. La disponibilità dei diritti digitali, di conseguenza, può essere concessa dal titolare delle credenziali, solo attraverso la cessione a vario titolo, in proprietà o in godimento, delle password medesime.

La questione dell'accessibilità alle proprietà digitali, assume particolare rilevanza in caso di morte del titolare delle password, ove, in assenza di una disposizione del defunto circa la sorte delle credenziali, il contenuto dei server riservati è destinato a restare per sempre celato, o più probabilmente distrutto dal gestore del provider; infatti, quest'ultimo non avendo avuto disposizioni al riguardo e non potendo di certo utilizzare tali contenuti, ne disporrà l'eliminazione.

Il problema è noto negli Stati Uniti, ove già nel 2005, la Probate Court della Oakland County, Michigan⁽¹⁾, ordinò al provider statunitense Yahoo di consegnare ai genitori di un giovane Marine scomparso in Iraq, tutta la corrispondenza presente nella posta elettronica del defunto, nonostante le condizioni generali d'uso di Yahoo prevedessero la soppressione della casella di posta elettronica e dell'intero suo contenuto, in caso di morte del titolare.

Da allora, le società di servizi internet hanno sviluppato una particolare attenzione per la questione, prevedendo servizi di gestione professionale delle proprietà digitali volti a garantire, alla morte del titolare, la comunicazione delle password di accesso a persone preventivamente indicate dal medesimo⁽²⁾. Così, ad esempio, Google ha elaborato un servizio, denominato *Inactive account manager*⁽³⁾, che fornisce ai detentori dei dati archiviati sui server di Google, la facoltà di deciderne la sorte in caso di decesso, scegliendo tra due alternative: la cancellazione automatica di tutti i contenuti alla scadenza di un termine stabilito dallo stesso titolare ovvero l'indicazione fino a dieci persone di fiducia, a cui Google invierà via e-mail le credenziali di accesso all'account del defunto. Il sistema si attiva automaticamente decorso un determinato periodo di inattività dei servizi che fanno capo ad un account Google, previo invio di un sms al titolare per accertarsi che l'inattività non sia dovuta a cause diverse dal decesso.

Di pari passo con questa maturata sensibilità, sono altresì sorti alcuni siti web specializzati nella gestione dei patrimoni digitali, dopo la morte del titolare, i quali, verso corrispettivo, offrono all'utente un servizio di custodia delle credenziali, e successiva comunicazione ai destinatari indicati per il caso di morte del titolare⁽⁴⁾. Come sottolineato da più parti⁽⁵⁾, tuttavia, l'affidamento a società di gestione di servizi, in luogo di vicine persone di fiducia, non offre la garanzia del buon fine dell'operazione, posto che al momento del decesso dell'utente, detta società potrebbe già aver cessato le proprie funzioni e non provvedere all'espletamento dell'incarico ricevuto, che si sostanzia in un vero e proprio rapporto *intuitu personae*. *Le credenziali, in tal caso, andranno definitivamente perdute insieme con l'estinzione della società, essendo quest'ultima la sola ad averne avuto conoscenza oltre al titolare defunto.*

La trasmissione dei diritti digitali per causa di morte assume particolare complessità per l'ampiezza e la varietà delle fattispecie di proprietà digitali configurabili nonché per la peculiarità della natura del lascito di password che a tali beni consente l'accesso⁽⁶⁾. Dall'ampiezza della nozione di proprietà digitale, segue l'impossibilità di enucleare una disciplina generale della successione per causa di morte, valevole per tutti i beni digitali, ma bensì solo la possibilità di configurare alcuni principi generali, per macrocategorie, da integrarsi di volta in volta con la disciplina giuridica propria dei singoli oggetti, in relazione alle specifiche caratteristiche di quest'ultimi.

Nondimeno, merita attenzione l'indagine sui lasciti di pin o credenziali di accesso a proprietà offline, aventi ad oggetto ad esempio codici di cassette di sicurezza o casseforti di vario contenuto, pin di cellulari o computers.

2. La nozione di password e la rilevanza giuridica del bene

Le password, tecnicamente "parola di accesso", assolvono, nel sistema informatico e non solo, ad una duplice funzione: quali credenziali di autenticazione, volte ad identificare un soggetto, ai cui dati personali, forniti al momento della sottoscrizione delle condizioni generali di utilizzo del server, sono state associate le password medesime ovvero quali chiavi di accesso al contenuto specifico del server.

Quanto alla prima, le credenziali costituiscono da un lato, sotto il profilo per così dire statico, modalità per l'identificazione dell'avente diritto all'accesso al sistema protetto⁽⁷⁾; sotto un profilo dinamico, sono strumento idoneo, nel sistema telematico, a ricondurre al soggetto così identificato eventuali operazioni o attività dal medesimo compiute utilizzando il servizio web.

In relazione alla seconda funzione anzidetta, invece, le password costituiscono la chiave di accesso a quanto dalle medesime protetto e senza le quali quest'ultimo è destinato a rimanere

celato, almeno in linea di principio e salvo forzature. Ne segue che, la trasmissione di qualsivoglia diritto, reale o personale, sul materiale custodito, passa attraverso la consegna della password, modalità che, talvolta, può assumere connotati *lato sensu* simili alla *traditio symbolica* romana: la consegna delle chiavi è rappresentativa del trasferimento del bene⁽⁸⁾.

3. La trasmissione delle password e il mandato *post mortem exequendum*

L'ammissibilità di negozi dispositivi di credenziali personali di accesso a beni di proprietà personale, può dirsi in linea di principio, indiscussa. Infatti, salvo il caso di credenziali di accesso a firme qualificate, ovvero divieti contrattuali da verificarsi caso per caso, non può ritenersi sussistere alcun divieto generale di rivelare a terzi le password di accesso, né a proprietà "off-line", né a server on-line; solo in taluni casi potrà configurarsi una responsabilità in relazione alle attività che vengono rese possibili in considerazione dello specifico contenuto cui si concede l'accesso⁽⁹⁾.

Con riguardo alle proprietà digitali, tuttavia, occorre prestare particolare attenzione alle condizioni contrattuali sottoscritte dall'utente al momento della conclusione del contratto di utilizzazione del servizio con il provider, le quali talvolta prevedono espressamente l'intrasmissibilità agli eredi dell'account e del suo contenuto⁽¹⁰⁾.

Premessa, in linea di principio, la liceità degli atti dispositivi di credenziali, preme valutare quali siano gli strumenti giuridici idonei a realizzare l'interesse del titolare a garantire l'efficace trasmissione dei suoi diritti digitali. Tale interesse pare potersi configurare sotto tre distinti profili: I) l'interesse a far pervenire le password *post mortem* ad un beneficiario; II) legittimare un determinato soggetto ad ottenere le credenziali dal gestore del server; III) attribuire ad un determinato soggetto la proprietà del contenuto cui le password consentono l'accesso. I suddetti interessi possono essere in parte realizzati per atto tra vivi, ovvero realizzati per intero mediante testamento.

Quanto agli atti tra vivi, si è già visto come sia diffusa la prassi di demandare alla società di gestione del servizio internet indicazioni sulla sorte dell'account per il caso di morte, figura, questa, riconducibile sicuramente al mandato *post mortem exequendum*⁽¹¹⁾, ovvero quel contratto con cui, secondo la nozione di mandato ex [art. 1703 c.c.](#), una parte (mandatario) si obbliga a compiere per conto di un altro soggetto che gli ha conferito l'incarico (mandante) determinati atti giuridici ovvero mere operazioni materiali da eseguirsi in seguito alla morte del mandante⁽¹²⁾.

L'istituto, come noto, è ritenuto ammissibile dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, purché non tenda a realizzare un'attribuzione patrimoniale *post mortem*, ovvero quando, l'incarico conferito, consista in atti di esecuzione materiale di un'attribuzione patrimoniale già perfezionata in vita dal mandante⁽¹³⁾.

Così, il titolare può consegnare le credenziali personali a persona di fiducia affinché, dopo la propria morte, questa compia determinati atti o ne assicuri una determinata destinazione, secondo le indicazioni dal medesimo impartite, il che vale, naturalmente tanto per le proprietà on-line, quanto per quelle off-line.

Si pensi al caso in cui un soggetto affidi a persona di fiducia le proprie credenziali di accesso alla posta elettronica con l'incarico, alla sua morte, di distruggere parte della corrispondenza ivi contenuta e di dare notizia della restante ai propri eredi. Ovvero al soggetto che affidi ad un mandatario il codice di accesso ad una cassaforte, affinché alla sua morte questi ne dia comunicazione a colui che sarà il beneficiario testamentario di quanto custodito nella stessa.

Detto contratto, che può essere concluso con qualsiasi forma, anche verbalmente, è da ritenersi indubbiamente lecito e consentivo, in quanto avente ad oggetto l'incarico a compiere un'attività meramente fiduciaria, dopo la morte del mandante⁽¹⁴⁾.

Il mandato *post mortem exequendum*, può altresì avere ad oggetto l'incarico di ottenere dai gestori dei servizi, le password di accesso alle risorse on-line, ovvero, anche di richiedere ai medesimi la semplice rimozione dell'account e del suo contenuto⁽¹⁵⁾. Alcuni Stati americani, sede di numerosi provider, hanno di recente approvato discipline in materia, che sanciscono espressamente il diritto delle persone designate dall'utente ad ottenere dal gestore dei servizi copia del contenuto dell'account del defunto, e talvolta anche il diritto di prendere il possesso e dunque di continuare l'account medesimo⁽¹⁶⁾. Tale soluzione, tuttavia, dovrà essere perseguita

con prudenza, avuto riguardo alla disciplina del regolamento contrattuale sottoscritto tra il gestore e l'utente e alla legge ad esso applicabile. Il fatto che la maggior parte delle società di gestione dei servizi internet abbiano sede all'estero, e spesso sia contrattualmente prevista l'applicazione di normative straniere, impone infatti di tener conto, non solo del diritto interno, ma anche di eventuali convenzioni, oltre che delle norme di diritto internazionale privato (nonché, addirittura, in taluni casi, di normative sostanziali di paesi stranieri, che talvolta assumono in materia valore non solo privatistico ma altresì pubblicistico)⁽¹⁷⁾.

4. Il lascito testamentario di password

La trasmissione delle credenziali, può altresì avvenire a mezzo di disposizione testamentaria. Tale attribuzione, si configura quale disposizione a titolo particolare, e precisamente quale legato di specie, a contenuto atipico.

L'indagine sulla natura giuridica di tale lascito, tuttavia, stante la suesa posta polifunzionalità delle password, a parere di chi scrive, non può dirsi costante, assumendo connotati differenti a seconda di quale sia l'interesse e l'intima volontà del testatore. E' di fondamentale importanza, appurare soprattutto, se tale volontà si sostanzia in attribuzioni con carattere patrimoniale o meno. Alla luce di quanto posto, la qualificazione della disposizione è diretta conseguenza della concezione semantica che il testatore assume in ordine alle password, e varia a seconda che quest'ultime siano dal medesimo intese quale mera "chiave di accesso" in sé considerata, ovvero quale strumento di *relatio* al contenuto a cui le stesse consentono di accedere.

La trasmissione delle password per il caso di morte, infatti, può innanzitutto rispondere all'esigenza del testatore di non disperdere definitivamente, dopo la sua morte, il contenuto del server, volendo a tal fine consentirne l'accesso a persona di fiducia, affinché questa compia determinati atti, ovvero ne assicuri una determinata destinazione, secondo le volontà espresse dal testatore medesimo, senza tuttavia attribuire al fiduciario alcun diritto sul materiale dalle stesse custodito. Si pensi, ad esempio, al testatore che affidi le proprie password di accesso ad un server (contenente opere inedite) ad una persona di fiducia, (dando alla medesima mandato a pubblicarle), ferma restandone, tuttavia, la proprietà in capo agli eredi (o ad uno o più legatari), i quali ultimi riceveranno i benefici economici derivanti dallo sfruttamento dell'opera.

Una siffatta attribuzione, che presuppone l'attribuzione delle credenziali, quale mero strumento funzionale al compimento di attività gestoria, e a carattere fiduciario, imprime alla disposizione natura di mandato *post mortem*⁽¹⁸⁾. La disposizione in oggetto integra il c.d. contenuto atipico del testamento, nell'ambito del quale, secondo la migliore dottrina⁽¹⁹⁾, sono certamente da ritenersi lecite ed ammissibili disposizioni che pur non integrando un mandato in senso tecnico, sono volte ad attribuire a terzi incarichi, di carattere non patrimoniale, da eseguirsi dopo la morte del testatore⁽²⁰⁾. Il mandato in oggetto differisce notevolmente dal mandato *post mortem exequendum* di cui si è detto nel paragrafo che precede. Se, infatti, il mandato *post mortem exequendum* rispecchia la struttura tipica del contratto di mandato, quale atto tra vivi a struttura bilaterale, in cui la morte del mandante costituisce solo il momento in cui l'incarico dovrà essere eseguito dal mandatario, l'incarico fiduciario disposto per testamento, non è un mandato in senso proprio: il carattere unilaterale del negozio testamentario comporta che il terzo designato per testamento, all'apertura della successione, potrà decidere se accettare o meno l'incarico. Qualora, poi, il terzo designato non accetti l'incarico e non siano state previste sostituzioni, la disposizione testamentaria sarà destinata a rimanere inattuata.

In quest'ottica, particolare rilevanza assume l'attribuzione al terzo dell'incarico in qualità di esecutore testamentario, al quale le credenziali sono attribuite al fine di perseguire l'esatta attuazione delle volontà testamentarie⁽²¹⁾. Troverà così applicazione la disciplina propria dell'istituto, di cui all'art. 700 ss. c.c.

Si accetti o meno la tesi del mandato *post mortem exequendum*, che riguarda la natura dell'incarico conferito dal testatore, a parere di chi scrive, di certo nel caso in cui la disposizione testamentaria abbia ad oggetto password che si riferiscono a rapporti non patrimoniali, o detto altrimenti, i codici di accesso non realizzino alcun arricchimento patrimoniale del beneficiario, ma solo l'accesso a dati, ci troveremo di fronte ad un mero atto *post mortem* e non ad un legato a contenuto atipico.

L'attribuzione testamentaria delle password, infatti, nell'ipotesi sin qui prospettata, risponde alla sola esigenza del testatore di garantire una corretta gestione delle credenziali e di ciò che le medesime custodiscono dopo la sua morte, e non certo a quella di beneficiare il destinatario delle password di una attribuzione a valenza patrimoniale⁽²²⁾. L'interesse perseguito dal testatore, nel caso de quo, appare non dissimile rispetto a quello sotteso alla nomina di un esecutore testamentario, al quale il testatore affida lo strumento (le password) per eseguire l'incarico. Il testatore, in altri termini, - per rifarsi alla polisemanticità della nozione di password sopra proposta - ha in mente una rappresentazione delle credenziali quale mera "chiave di accesso" in sé considerata e funzionale, come tale, all'espletamento dell'incarico gestorio⁽²³⁾.

Ma il lascito di password può altresì configurarsi quale attribuzione patrimoniale complessa, qualora il testatore, intenda lasciare al beneficiario la proprietà del contenuto del server a cui le password consentono l'accesso. In tal caso il lascito testamentario, come meglio si vedrà nel paragrafo seguente, avrà natura di vero e proprio legato, il cui contenuto sarà determinabile per *relationem*⁽²⁴⁾.

La qualificazione del lascito come mandato *post mortem* ovvero come attribuzione patrimoniale complessa, dipenderà dalla volontà del testatore, la quale pertanto è opportuno che risulti espressa in modo chiaro nel testamento, onde evitare che la determinazione dell'effettiva portata della disposizione sia lasciata all'interpretazione dell'autorità giudiziaria.

5. Il legato di password e la *relatio* testamentaria

Il legato di password, si configura quale legato a contenuto atipico, - avendo ad oggetto un comportamento non espressamente previsto né disciplinato da alcuna norma giuridica, sebbene racchiuso in un istituto tipico qual è il legato-, con cui il testatore attribuisce al beneficiario della disposizione (legatario) la titolarità delle password personali.

Si ha legato di password, quando il testatore a mezzo dell'attribuzione diretta delle credenziali, intende attribuire al legatario, altresì, diritti su ciò che le password custodiscono. Il legato assume così un oggetto complesso, caratterizzandosi per un oggetto immediato (le password) ed un oggetto mediato (il contenuto cui le password danno accesso). In questa prospettiva, il legato di password, può essere altresì considerato come una fattispecie di *relatio*, costituendo le credenziali un mero criterio per individuare l'oggetto della disposizione a titolo particolare⁽²⁵⁾.

Il legato di password, non è che un legato, il cui oggetto si caratterizza per componenti determinabili solo in forza di elementi estranei al testamento, ovvero al bene custodito nel luogo, fisico o virtuale, cui le password danno accesso.

La differenza tra l'ipotesi di legato, qui trattata, e l'atto *post mortem* di cui in precedenza, si coglie con evidenza se si ha riguardo all'interesse perseguito dal testatore: nel caso *de quo*, la volontà del testatore si sostanzia in una attribuzione patrimoniale in favore del beneficiario delle password, assumendo il disponente una nozione di password quale strumento di *relatio* al bene che la stessa custodisce. In altri termini la preminente volontà del testatore di attribuire al beneficiario diritti sull'oggetto mediato del legato, quale bene suscettibile di valutazione economica, consente di qualificare la disposizione testamentaria quale legato ad oggetto complesso.

Per questa via, poi, è evidente che stante la varietà di beni e servizi cui le password possono astrattamente consentire l'accesso, a seconda di quale sia l'oggetto mediato del legato, quest'ultimo assumerà una diversa natura giuridica e diversa sarà la disciplina applicabile. Nel tentativo di analizzare alcune delle fattispecie configurabili, senza pretesa di esaustività, possono individuarsi alcune macrocategorie: password di accesso ad e-mail o profili privati on-line quali social - networks; credenziali di accesso a conto corrente; password di accesso a beni materiali (ad esempio le casseforti) ovvero a server on-line di vario contenuto (know-how; opere inedite; musica; fotografie ecc.).

Quanto alla prima delle categorie suindicate, il legato di password comporterà per *relationem*, il legato di diritti sul contenuto dell'account, dunque sulla corrispondenza e sulle fotografie ivi contenute⁽²⁶⁾. Ferme le considerazioni sopra esposte, è certamente indubbio che il testatore possa disporre della propria corrispondenza, posto che la stessa, al pari di ogni altro bene, è parte del

patrimonio del *de cuius* in forza del generale principio per cui le missive divengono di proprietà del destinatario al momento della consegna⁽²⁷⁾. Dal diritto di proprietà sulla corrispondenza, sicuramente oggetto del legato di password, deve tenersi distinto il diritto di pubblicazione⁽²⁸⁾. A riguardo dispone l'art. 93 della L. n. 633/1941 che attribuisce il diritto di pubblicare la corrispondenza epistolare agli stretti congiunti del *de cuius*, ovvero al coniuge, agli ascendenti ovvero ai discendenti fino al quarto grado, salvo diversa espressa volontà del *de cuius* risultante da atto scritto. Il legatario del diritto di password di casella di posta elettronica, pertanto, ancorché beneficiario della proprietà della corrispondenza, non potrà procedere alla sua pubblicazione, spettando tale diritto *ex lege* ai familiari superstiti del *de cuius*, salvo solo il caso in cui il testatore gli abbia espressamente attribuito altresì il diritto alla pubblicazione. In tale ultimo caso, tuttavia, il legatario, per la pubblicazione, dovrà preventivamente acquisire il consenso del destinatario (ovvero dell'autore quando il *de cuius* ne era destinatario), ovvero, qualora quest'ultimo sia premorto, dei suoi familiari (art. 93 L. n. 633/1941). Le ragioni che possono spingere il testatore ad un tale lascito, possono essere le più svariate: nella maggior parte dei casi si tratterà di ragioni affettive, volte a lasciare al legatario ricordi scritti e fotografici, talvolta però possono ricorrere interessi economici, potendo la corrispondenza, o i documenti ad essa allegati, contenere informazioni di rilevante importanza (ad esempio know-how od opere inedite).

Quanto alla seconda categoria, il legato di credenziali di accesso al conto corrente, sembra comportare, *in forza di relatio*, un legato di somma depositata in conto corrente⁽²⁹⁾.

Infine, il legato di password di accesso a beni materiali (ad esempio le casseforti) ovvero a server on-line di vario contenuto, comporterà altresì il trasferimento della proprietà di tutto quanto ivi contenuto.

Una ipotesi particolare di *relatio* è riscontrabile nel legato di cui all'art. 655 c.c. (legato di cosa da prendersi da certo luogo), nel caso in cui il testatore faccia riferimento ad una disposizione a titolo particolare, avente ad oggetto password conservate in un particolare luogo (es. cassaforte dello studio). In tal caso, l'oggetto del legato sarà caratterizzato da una doppia *relatio*, e precisamente due cerchi concentrici, di cui il cerchio più grande è rappresentato dal legato *ex art. 655 c.c.* (prima *relatio*) che contiene al suo interno quello più piccolo, rappresentato dal legato con oggetto le password (seconda *relatio*).

Particolare attenzione merita il legato di password di server on-line, ove con sempre maggiore frequenza si è soliti archiviare creazioni intellettuali (opere inedite), informazioni riservate di carattere rilevante (si pensi ai know-how), ovvero ancora materiale personale acquistato sul web (file musicali, film, manuali). La disciplina del legato di password, sarà integrata dalla disciplina propria di ciascun oggetto mediato.

Così, qualora il server contenga opere scritte dall'autore e rimaste inedite, ai sensi dell'art. 24 della L. n. 633/1941, il legatario di password, avrà altresì ad oggetto la proprietà delle opere stesse e per questa via, salvo diversa volontà del testatore, il diritto di pubblicarle. Dispone infatti l'art. 24 che il diritto di pubblicare le opere inedite, spetta agli eredi dell'autore o ai legatari delle opere stesse, salvo che l'autore ne abbia espressamente vietata la pubblicazione o l'abbia affidata ad altri. Resterà fermo, s'intende, in capo ai congiunti di cui all'art. 23 L. n. 633/1941, il diritto di rivendicare la paternità dell'opera ed ogni azione volta a tutelarla ai sensi dell'art. 20 della medesima legge (c.d. diritto morale d'autore)⁽³⁰⁾.

Particolare attenzione occorrerà prestare in caso di server personali, contenenti materiale musicale, filmografia o materiale analogo scaricato dal web, onde verificare quale sia l'effettivo diritto del *de cuius* sul medesimo. Alcuni providers, infatti, prevedono espressamente che i files musicali ovvero i film scaricati, a pagamento, dai propri negozi on-line, siano attribuiti non già a titolo di proprietà ma bensì solo a titolo di licenza, la quale si estinguerà con la morte del licenziatario⁽³¹⁾. Detti files, sebbene in alcuni casi abbiano anche ingente valore⁽³²⁾, non sono pertanto trasmissibili per causa di morte.

Qualora poi, il legato abbia ad oggetto password di accesso a files condivisi, trattandosi di materiale che il *de cuius* possiede non già in via esclusiva, ma bensì in contitolarità con terzi, troverà applicazione l'art. 652 c.c., in tema di legato di cosa solo in parte del testatore. Il legato pertanto avrà effetto solo per la parte ovvero per il diritto spettante al testatore⁽³³⁾, salva

l'applicazione dell'art. 651 c.c., qualora risulti la volontà del *de cuius* di legare l'intero contenuto⁽³⁴⁾.

6. Gli effetti del lascito testamentario di password

L'efficacia del lascito testamentario di password, al pari di ogni altra disposizione testamentaria, incontra il limite della liceità. Così ad esempio, sarà illecito il legato di password di accesso a server aziendali di cui il *de-cuius* dispone per attività di lavoro presso terzi.

Come sottolineato dalla dottrina⁽³⁵⁾ che si è occupata del tema, deve sicuramente escludersi altresì la liceità di lasciti di credenziali di accesso a firma digitale, ovvero a firma elettronica qualificata, essendo le stesse, sistemi che certificano non solo l'identità del sottoscrittore, ma anche la specifica funzione da lui ricoperta.

Questione rilevante che attiene agli effetti della disposizione testamentaria in oggetto, riguarda il rapporto tra l'elemento di segretezza che caratterizza le credenziali e le modalità con cui il testamento acquista efficacia.

Come noto, nel nostro ordinamento, il testamento diviene efficace in forza dell'attività promotrice di un soggetto che, credendo di essere interessato alla successione, richiede al notaio di redigere il verbale di passaggio del testamento pubblico dal fascicolo e repertorio speciale degli atti di ultima volontà a quello generale degli atti notarili (art. 61 L. not.), ovvero di ricevere il verbale di pubblicazione del testamento olografo o del testamento segreto (artt. 620 e 621 c.c.), alla presenza di due testimoni (art. 620 c.c.; art. 48 L. Not.).

Orbene la fase pubblicistica inerente l'efficacia del testamento, stridendo con la segretezza propria delle password, rende consigliabile al testatore di non inserire le credenziali nel corpo della scheda testamentaria. L'esplicitazione delle password nel testamento, infatti, potrebbe vanificare il lascito, posto che il soggetto promotore e i testimoni, verrebbero a conoscenza delle credenziali prima del legatario, potendole così utilizzare anticipatamente⁽³⁶⁾.

Alla luce di ciò, pare opportuno, ricorrere a modalità alternative al fine di fare pervenire le password al fiduciario ovvero al legatario.

Un utile espediente pare, a parere di chi scrive, quello di depositare preventivamente le password in un determinato luogo, avendo cura di aggiornarle in caso di modificazione, e ricorrendo, nel testamento, ad un legato di password da prendersi da certo luogo ai sensi dell'art. 655 c.c. Il legato, in altri termini, avrà ad oggetto le credenziali che si trovano custodite in un determinato luogo, al quale, presumibilmente, il legatario potrà avere agevole e privilegiato accesso.

Il testatore, potrebbe, altresì, riporre le password in un plico sigillato, e consegnarlo a sua volta in deposito a persona o professionista di fiducia, con l'incarico di restituirlo a colui che, presentando copia del proprio testamento, risulterà legittimato a riceverle.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Riportato da Chambers, Family Gets GI's E-Mail, reperibile in <http://www.justinellsworth.net/email/detnewsapr.htm>

(2) Come Google, altri gestori di servizi internet hanno previsto un sistema analogo. Altri gestori ancora, prevedono, invece, che alla morte dell'utente, l'account non sia trasmissibile agli eredi e l'intero suo contenuto sia definitivamente cancellato.

(3) Le condizioni sono leggibili su: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=en>.

(4) Ne sono esempi noti: Semno, Digital-nachlass.com, Deathswitch.com ed Entrusted.

(5) Si v. in proposito: le osservazioni di M. Cinque, *La successione nel patrimonio digitale: prime considerazioni*, in *Nuova Giur. civ.*, 2012, 10, 645; il decalogo elaborato dal Consiglio Nazionale del notariato in data 18 luglio 2012 *Eredità digitale: le 10 cose da sapere*, reperibile su <http://www.notariato.it/it/primo-pinao/notizie/archive/decalogo-eredita-digitale.html>.

- (6) Corapi, *Successione. La trasmissione ereditaria delle c.d. «nuove proprietà»*, in *Fam., pers. succ.*, 2011, 5, 379; Zoppini, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 185 e 189 s.; Martino, *Le «nuove proprietà»*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 355 ss., spec. 358 e 383; Benelli, Cianci, *Beni e situazioni giuridiche di appartenenza. Tra diritti reali e new properties*, Torino, 2008, *passim*; Inzitari, *Le New Properties nella società post-industriale*, in De Nova, Inzitari, Tremonti, Vicentini, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, 53 ss. Per ulteriori approfondimenti sul tema delle «nuove proprietà», si vedano: Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, II ed., Bologna, 1990, 20 ss., spec. 51; Pugliese, *Dominium ex iure quiritium - Proprietà - Property*, in *Studi in memoria di S. Satta*, II, Padova, 1982, 1225 ss., spec. 1238 ss.; Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 238 s. Cfr. Reich, *The New Property*, in *Yale law J.*, 73, 1964, 733 ss. Sull'intrasmissibilità delle vicende contrattuali e dei diritti caratterizzati dall'*intuitus personae*, v., in generale, Tullio, *I diritti di credito*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 407. Escludono la successione nel posto di lavoro: G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario*, IV ed., Torino, 2006, 14; Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*. Art. 456-511, in *Comm. Sciaoloja e Branca*, a cura di Galgano, III ed., Bologna-Roma, 1997, 29; Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto Civile*, IV, 2, *Le successioni a causa di morte*, Torino, 1996, 3; Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, 22. La riflessione in ordine alle possibilità di ereditare il posto di lavoro rappresenta una conseguenza del crescente ricorso ai modelli proprietari in relazione alla tutela della posizione del lavoratore. Si veda, al riguardo, Grandi, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. Dir. lav.*, 1999, 309 ss., spec. 326 s. Sul tema della «proprietà del posto di lavoro» e della «proprietà della qualifica professionale», v. anche P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 19, e Id., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in Aa. Vv., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettiva di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, 6, il quale rileva il privilegio, riconosciuto a taluni lavoratori subordinati, di vedere favoriti i propri figli nell'accesso alla medesima occupazione. Sulla c.d. property in job, cfr., nella letteratura straniera, Reich, *The New Property*, cit., 733 e 738; Glendon, *The New Family and the New Property*, Toronto, 1981, 192 ss.
- (7) Bechini, *Password, credenziali e successione mortis causa*, Studio n. 6-2007/IG approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato l'11 maggio 2007 reperibile su <http://ca.notariato.it/approfondimenti/6-07-IG.pdf>.
- (8) Di Renzo Lambertini, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010, 9 ss.
- (9) Bechini, *Password, credenziali e successione mortis causa*, cit.
- (10) Per una rassegna sull'evoluzione delle discipline di alcuni Stati degli Usa sulla sorte dei diritti digitali in caso di morte dell'utente, si v. M. Cinque, *La successione nel patrimonio digitale: prime considerazioni*, cit., 647.
- (11) Nello stesso senso anche: Bechini, *Password, credenziali e successioni mortis causa*, cit.; Di Staso, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam pers. succ.*, 2011, 10, 685 ss. Ritene invece che la fattispecie de qua abbia preminente natura di deposito: M. Cinque, *La successione nel patrimonio digitale: prime considerazioni*, cit., 647.
- (12) Sul punto v. ex multis: Di Staso, *Il mandato post mortem exequendum*, cit., 685 ss.; Moncalvo, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam pers. succ.*, 2010, 1, 56 ss.; Putortì, *Mandato post mortem e divieto dei patti successori*, in *Obbl. e Contr.*, 2012, 11, 737; Palazzo, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, 57 ss.; Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu e Messina*, Milano, 1984, 360 ss.; Gradassi, *Mandato post mortem*, in *Contratto e impresa*, 1990, 825 ss.
- (13) Cass. 4 ottobre 1962, n. 2804, in *Foro it.*, 1976, I, 4, 49, secondo cui: "è valido il mandato post mortem exequendum di carattere patrimoniale, conferito ed accettato durante la

vita del mandante, quando l'incarico consista in atti di esecuzione materiale di un'attribuzione patrimoniale già perfezionata in vita dal mandante"; Cass. 23 maggio 2006, n. 12143, in *Nuova Giur. civ.*, 2007, 4, 1, 496.

(14) E' da ritenersi nullo, viceversa, il mandato post mortem exequendum, avente ad oggetto incarichi a contenuto patrimoniale da eseguirsi dopo la morte del mandante, perché lesivo del divieto dei patti successori ex [art. 458 c.c.](#) V. Di Staso, *Il mandato post mortem exequendum*, cit., 685 ss. Moncalvo, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, cit., 56 ss.

(15) Bechini, *Password, credenziali e successione mortis causa*, cit.

(16) Si vedano: la Conn. Gen. Stat. §45a-334a, del Connecticut, reperibile sul sito: <http://www.cga.ct.gov/2011/pub/chap802b.htm#Sec45a-334a.htm>; nonché per l'Oklahoma la Okla.Stat. Ann. §269, reperibile sul sito: <http://www.oklegislature.gov/osstatuestitle.html>; per ulteriori riferimenti alla legislazione statunitense si v. M. Cinque, *La successione nel patrimonio digitale: prime considerazioni*, cit., 647.

(17) Prudente sul punto anche Bechini, *Password, credenziali e successione mortis causa*, cit.

(18) Nell'ambito dell'ampio e noto dibattito sul mandato post mortem, la dottrina prevalente propende per l'invalidità del mandato testamentario stante da un lato la necessaria bilateralità che caratterizza il rapporto di mandato, dall'altro l'invalidità della proposta del mandante contenuta nel testamento, la quale ex [art. 1329, comma 2, c.c.](#), decade al momento della morte del proponente. v. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 312. Nondimeno, nel nostro ordinamento svariate sono le fattispecie legislative che prevedono l'attribuzione di incarichi, di carattere non patrimoniale, a soggetti terzi mediante disposizioni testamentarie. Ne sono esempi significativi: la nomina del terzo di cui agli [artt. 631 e 632 c.c.](#); la designazione di un soggetto terzo incaricato di predisporre il progetto di divisione ex [art. 733 c.c.](#); la nomina dell'esecutore testamentario ex [art. 700 c.c.](#), sul punto v. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 127 ss.; Coviello, *Il «mandatum post mortem»*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, 1 ss. Parimenti la dottrina prevalente non dubita della validità di una disposizione testamentaria che incarichi un soggetto terzo di procedere alla pubblicazione di opere inedite, così come della disposizione testamentaria con cui si danno istruzioni sulla sepoltura. Le fattispecie de qua sono qualificate come mandato *post mortem*, nell'accezione accolta nel testo.

(19) v. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., 127 ss.; Coviello, *Il «mandatum post mortem»*, cit., 1 ss.; Bonilini, *Degli esecutori testamentari*. Artt. 700-712, in *Cod. civ. comm.*, fon. da Schlesinger e dir. da Busnelli, Milano, 2006, 267.

(20) V. di recente: Trib. Novara 26 marzo 2009, reperibile sul sito Novara Ius.it., 2009, secondo cui: "Secondo consolidato orientamento della Suprema Corte, la disposizione testamentaria a contenuto non patrimoniale con cui si dà incarico a taluno di procedere all'incinerazione della salma costituisce un mandato post mortem exequendum, ammissibile nel nostro ordinamento non intaccando il divieto posto alla volontà del defunto di operare post mortem, relativamente ai beni dell'eredità al di fuori del testamento (cfr. Cass. n. 1584/1969). Le obbligazioni gravanti sul mandante transitano, ovviamente, quali elementi passivi, nel patrimonio dell'erede."

(21) Bonilini, *Degli esecutori testamentari*. Artt. 700-712, cit., 267.

(22) Diversamente da ciò che avviene nella fattispecie del legato di password in cui, con l'attribuzione delle credenziali al beneficiario, il testatore intende, invece, riferirsi alle password quale strumento di relatio al contenuto a cui le stesse danno accesso, volendo trasferire, in realtà, diritti su quest'ultimo (c.d. oggetto mediato del legato), il che vale ad attribuire alla disposizione natura di disposizione testamentaria a contenuto patrimoniale.

(23) Né varrebbe, naturalmente, a snaturare la natura non patrimoniale della disposizione testamentaria con cui il de cuius assegni fiduciariamente le password, la circostanza che l'incaricato dell'attività gestoria, utilizzi fraudolentemente, e contrariamente alla volontà del testatore, le password per finalità di personale arricchimento patrimoniale. Si pensi al caso del

mandatario che, affidategli, per scopi gestori, le password di accesso alla posta elettronica di un personaggio famoso, pubblichi la corrispondenza ivi contenuta, al fine di trarne un arricchimento personale.

(24) E ciò avuto riguardo alla definizione di legato che ne dà la migliore dottrina nel senso di "qualsivoglia attribuzione patrimoniale a causa di morte priva del carattere di universalità". Bonilini, *Dei legati*. Artt. 649-673, in *Cod. civ. comm.*, fon. da Schlesinger e dir. da Busnelli, Milano, 2006, 34; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1964, 27.

(25) V. Giordano-Mondello, *Il testamento per relatione*. Contributo ad una teoria del negozio per relationem, Milano, 1966, 150; Pescatore, *Il testamento per relationem*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 61; Capozzi, *Successioni e Donazioni*, I, Milano, 2009, 722.

(26) In tema v. Bembo, *Carte, documenti ritratti, ricordi di famiglia*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 781.

(27) V. art. 28, *r.d. 27 febbraio 1936, n. 645*.

(28) Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007, 303.

(29) Per la disciplina del legato di somma depositata in cono corrente si v. Bonilini, *Legato di somma accreditata in un dato conto corrente*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 3, 192; Criscuolo, *Legato di somme o titoli depositati in conto corrente*, in *Notariato*, 2010, 4, 437.

(30) Marullo Di Condojanni, *Le disposizioni relative alla pubblicazione di opere. Il divieto di pubblicare opere inedite*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 791; Greco - Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da Vassalli, XI, 3, Torino, 1974, 342; Capozzi, *Successioni e Donazioni*, I, cit., 35.

(31) Ne è un esempio il noto negozio Google Play.

(32) Paletti ineludibili ed intoccabili. E' alla ribalta della cronaca il caso tra il noto attore Bruce Willis e l'altrettanto nota azienda Apple; l'attore avrebbe voluto lasciare in eredità alle figlie la sua copiosa collezione di canzoni di iTunes, ma Apple si è opposta fermamente, asserendo che le licenze d'uso non prevedono il passaggio generazionale. Secondo l'azienda di Cupertino, chi scarica un brano musicale o un video dal jukebox di Apple, utilizza una licenza d'uso esclusivamente personale. Sebbene gli individui acquistino beni digitali, non solo per sé stessi, ma anche per aumentare le conoscenze di prole e familiari, il contratto fra l'utente e il servizio di Apple termina quando il soggetto acquirente muore. Il contratto si basa su un account personale non trasferibile inter vivos né tantomeno mortis causa. Pertanto, vi è una ferrea distinzione fra il supporto fisico ed il digitale; infatti, il primo si tramanda di generazione in generazione, il secondo no. L'Electronic Frontier Foundation (EFF) chiarisce che CD e DVD possono essere prestati, venduti o regalati senza il permesso del detentore del copyright. Invece i download di musica digitale sono disciplinati diversamente. Colui che spende denaro per il download, ha diritto esclusivamente ad una licenza per ascoltare il brano musicale, il tutto quasi sempre con restrizioni quali, il divieto di prestare, condividere o masterizzare la canzone su CD. La sezione B dell'accordo sui termini di servizio di iTunes, su tale aspetto è molto esplicita. Tutti i music store, Apple compresa, sono solo intermediari fra l'artista e l'utente, e i termini di licenza rimangono paletti ineludibili ed immodificabili.

(33) Capozzi, *Successioni e Donazioni*, I, cit., 1161 ss.; Bonilini, *Dei legati*. Artt. 649-673, cit., 256 ss.; Masi, *Dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, 46 ss.; Perego, *I legati*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, 6, *Successioni*, II, Torino, 1997, 236 ss.

(34) Masi, *Dei legati*, cit., 39 ss.; Bonilini, *Dei legati*. Artt. 649-673, cit., 233 ss.; Capozzi, *Successioni e Donazioni*, I, cit., 1156 ss.; Torrente, *Legato di cosa altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 310 ss.; Prosperetti, *Legato di cosa altrui e impossibilità della prestazione*, in *Vita not.*, 2003, II, 1144 ss.

[Digitare qui]



**TUTOR
MAGISTRALIS**
MARIA ROSARIA SODANO

(35) Bechini, *Password, credenziali e successione mortis causa*, cit.

(36) Bechini, *Password, credenziali e successione mortis causa*, cit.; Di Staso, *Il mandato post mortem exequendum*, cit., 60.

Notariato, 2012, 3, 324 (commento alla normativa)

Divisione ATTRIBUZIONI DIVISIONALI E AUTONOMIA PRIVATA

Luongo Marco

[c.c. art. 718](#)

[c.c. art. 728](#)

[c.c. art. 757](#)

La norma che sancisce il diritto di ciascun condividente ai beni in natura (art. 718 c.c.) non ha natura cogente e l'art. 728 c.c., che dispone il conguaglio per colmare l'ineguaglianza di valore tra le quote di fatto assegnate, è sì norma vincolante, ma per il giudice e non per le parti. Di conseguenza si può delineare la divisione come tipo contrattuale aperto, avente la funzione di sciogliere la comunione mediante attribuzioni di valore proporzionale a quello delle rispettive quote di diritto. Nel quadro delle attribuzioni si impone una nozione allargata di conguaglio, essendo rilevante non tanto la natura dei beni o delle prestazioni oggetto di conguaglio quanto il loro essere finalizzate a correggere le ineguaglianze delle porzioni e quindi in definitiva ad attuare la funzione divisionale così delineata. Non solo quindi nell'ampiezza del concetto di conguaglio deve farsi rientrare ogni bene della vita che sia idoneo a formare oggetto di contrattazione privata, ma più in generale deve ritenersi che nessuna delle categorie di efficacia cui i privati hanno accesso possa dirsi preclusa in linea di principio, purché compatibile con il profilo funzionale della divisione.

Sommario: [La divisione nelle sue diverse accezioni](#) - [La divisione come scioglimento della comunione](#). [Notazioni introduttive](#) - [La comunione come presupposto della divisione](#) - [Lo scioglimento della comunione e l'attribuzione secondo un criterio proporzionale](#)- [La divisione come tipo legale](#). [Il dato normativo](#) - [La divisione come tipo legale](#). [Conclusioni](#)

La divisione nelle sue diverse accezioni

Si suole discorrere di *divisione* con riferimento al contratto, al procedimento divisionale e al risultato dello scioglimento della comunione.

Riguardo alla prima accezione, non esiste una definizione del contratto di divisione, per cui essa rappresenta oggi il risultato di un'interpretazione plurisecolare; ma su questo si ritornerà.

Con il termine divisione, però, il legislatore assai più spesso si riferisce all'*iter*, al (complesso) procedimento che conduce allo scioglimento della comunione, in specie quella ereditaria ⁽¹⁾.

Infine divisione è, in sintesi, il risultato: lo scioglimento della comunione ⁽²⁾.

A complicare la situazione ci sono poi gli *atti diversi dalla divisione*, che pure hanno l'effetto di far cessare la comunione, richiamati in tema di azione di rescissione ([art. 764 c.c.](#)).

La mancanza di una definizione legislativa del contratto costringe l'interprete a indagarne i diversi profili e trarre dalla poco organica disciplina legislativa gli elementi utili a colmare la lacuna normativa.

La divisione come scioglimento della comunione. Notazioni introduttive

Si può iniziare il discorso proprio partendo dalla fine, ossia dalla divisione come scioglimento della comunione. Si è già da tempo osservato che con l'accordo dei condividenti dalla comunione originaria possono derivare distinte comunioni più ristrette posto che lo scioglimento può riguardare solo una parte della massa (comunione soggettivamente od oggettivamente parziale)

e tuttavia si ha divisione poiché "alla comunione fra tutti i coeredi si sostituiscono due distinte comunioni" ⁽³⁾, stavolta ordinarie e non ereditarie ⁽⁴⁾.

Si può quindi trarre una prima conclusione nel senso che è propria della divisione la funzione di sciogliere la comunione. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'effetto finale (scioglimento della comunione) deve intendersi *in senso relativo e non assoluto*, poiché all'esito divisionale non necessariamente ciascun partecipante consegue beni in titolarità esclusiva.

La comunione come presupposto della divisione

Ugualmente utile è però risalire dalla fine al principio, ossia allo stato di comunione. Se si esclude il caso della divisione del testatore ([art. 734 c.c.](#)), nella quale l'attribuzione *mortis causa* non è preceduta, almeno in senso cronologico, dallo stato di comunione, l'atto tra vivi di divisione presuppone la comunione quale substrato necessario ⁽⁵⁾. Il riferimento alla comunione permette di intendere meglio la disciplina della divisione e la sua posizione peculiare nell'ambito del sistema. La comunione comporta una *deminutio* sia qualitativa che quantitativa del dominio non in quanto tale, ma nell'ottica del singolo partecipante. È difficile negare, infatti, che, rispetto alla piena ed esclusiva proprietà, le facoltà del (com)proprietario si caratterizzino per una minore ampiezza:

sotto il profilo *quantitativo* poiché il partecipante, per esempio, può servirsi della cosa comune purché non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto (1102, comma 1, c.c.). Ciò comporta necessariamente una limitazione spaziale o temporale delle facoltà di godimento;

sotto il profilo *qualitativo*, in misura non meno significativa, poiché il partecipante non può mutare la destinazione economica della cosa comune (1102, comma 1, c.c.) e non può compiere direttamente innovazioni; può viceversa subire innovazioni deliberate da altri ([art. 1108 c.c.](#)).

Inoltre la comunione, non solo ereditaria, rende necessaria la regolamentazione, nei rapporti tra i partecipanti e anche nei confronti dei terzi, della fase gestionale, insopprimibile anche nelle comunioni più semplificate, con il relativo sistema di ripartizione degli oneri della gestione.

A fronte di questa situazione per così dire critica della proprietà e proprio in risposta a essa sta il fondamentale diritto riconosciuto a ciascun partecipante di chiedere in ogni tempo lo scioglimento della comunione ([artt. 713 e 1111 c.c.](#)); diritto che può essere limitato da un patto, la cui durata non può eccedere i dieci anni ([art. 1111, comma 2, c.c.](#)), o dalla volontà del testatore per il termine massimo di cinque anni o fino a che l'ultimo istituito abbia compiuto la maggiore età (art. 713, commi 2 e 3, c.c.) ⁽⁶⁾. Questo diritto, tradizionalmente qualificato in dottrina come potestativo ⁽⁷⁾, è inoltre reciproco: spetta a ciascun partecipante nei confronti di tutti gli altri e non è propriamente un rimedio da azionare sul piano processuale in risposta a una negazione del diritto da parte degli altri. Difatti il giudizio divisorio non presuppone necessariamente contrasti ⁽⁸⁾, potendo proseguire anche se non sorgono contestazioni e anche per il semplice fatto che i partecipanti hanno maggior fiducia o convenienza nell' *iter* processuale ⁽⁹⁾. La reciprocità di tale diritto comporta che il suo esercizio nei confronti degli altri partecipanti può viceversa assumere la natura di atto necessitato, qualora anche questi ultimi intendano avvalersi del diritto ⁽¹⁰⁾.

Lo scioglimento della comunione e l'attribuzione secondo un criterio proporzionale

Il profilo causale della divisione non è peraltro sufficientemente delineato mercé il semplice richiamo allo scioglimento della comunione. Essa può infatti cessare in virtù di svariati negozi giuridici, come, per esempio, la vendita o la donazione all'altro dividendo della propria quota. Di fronte alla norma di cui all'art. 764, rubricato *Atti diversi dalla divisione*, che non offre altri supporti ermeneutici al riguardo, la dottrina si è adoperata a lungo nella individuazione di tali "atti" allo scopo non solo di rendere applicabile la rescissione per lesione *ultra quantum*, ma anche di riconoscervi le altre caratteristiche della divisione in senso stretto ⁽¹¹⁾. Un simile sforzo ha richiesto tuttavia una approfondita revisione critica che ha preso le mosse dal lavoro fondamentale in materia del Deiana ⁽¹²⁾, che per primo ha sgomberato il campo dalla ricorrente

confusione con la permuta. Nella definizione dell'A. la divisione non tende a realizzare, come la permuta, uno scambio di diritti, ma "mira a rendere concreta, come si suol dire, la quota astratta di ognuno" ⁽¹³⁾ mediante l'attribuzione, in luogo della sua quota astratta di comproprietà, della "proprietà esclusiva di una quantità di beni il cui valore stia a quello dei beni spettanti agli altri nello stesso rapporto delle quote indivise" ⁽¹⁴⁾. È la definizione del criterio di proporzionalità, che ha permesso di includere nell'area della divisione solo quei contratti che hanno come risultato tipico e programmatico lo scioglimento della comunione rispetto a quelli in cui tale risultato si produce in via occasionale.

La ricostruzione in parola, peraltro, sembrava circoscritta a negozi che contenessero attribuzioni in natura, lasciando fuori la cd. divisione civile, ossia "la distribuzione operata, anche solo parzialmente, mediante conguagli" ⁽¹⁵⁾. È stato merito di altra autorevole dottrina ⁽¹⁶⁾ chiarire che la natura divisoria non viene meno per la presenza dei conguagli, nemmeno quando ad alcuni condividenti restino assegnati solo crediti a titolo di conguaglio, poiché anche in tal caso si formerebbero porzioni di valore corrispondente alla quota di diritto, realizzando così il fine tipico della divisione. Infine si è giunti ad affermare, più in generale, che vanno ricondotti alla divisione tutti quegli atti che realizzano lo scioglimento della comunione mediante l'assegnazione a uno o più soggetti di un valore corrispondente alla quota ⁽¹⁷⁾, comprensivi della divisione cd. civile oltre che di quella cd. naturale e di tutti quegli altri atti che, "in un modo o nell'altro, assolvano non occasionalmente la funzione distributiva, propria della divisione; atti ai quali si addice quindi meglio la definizione di "atti equiparati alla divisione", proposta dalla dottrina ⁽¹⁸⁾, piuttosto che quella legislativa di "atti diversi dalla divisione" (art. 764)" ⁽¹⁹⁾. In effetti si registra tra gli autori la tendenza a considerare l'attribuzione di beni in natura come principio largamente derogabile, il cui sacrificio non muta la qualificazione del contratto divisionale ⁽²⁰⁾. Non mancano però opinioni discordi, che ravvisano nel conguaglio un criterio sussidiario correttivo dell'ineguaglianza delle quote e non un possibile criterio da seguire nella formazione delle porzioni ⁽²¹⁾. La regola, dunque, sarebbe quella dell'apporcionamiento in natura, con il solo limite della indivisibilità e salva la facoltà delle parti di realizzare un riparto non simmetrico rispetto alle quote. Con ciò peraltro non si risolve il problema, giacché la stessa dottrina, rappresentandosi le difficoltà di stabilire una linea di confine, suggerisce di ricorrere al criterio della "meritevolezza degli interessi": la presenza di conguagli, anche di valore elevato, resta compatibile con lo schema divisionale allorquando sia giustificabile in base a un interesse oggettivamente apprezzabile e meritevole di tutela ⁽²²⁾. In conclusione, il sistema divisione sarebbe improntato a un principio di assoluta proporzionalità quantitativa e di prevalente proporzionalità qualitativa, quest'ultima intesa come diritto all'attribuzione proporzionale dei beni in natura, derogabile solo per oggettiva impossibilità o altra "difficoltà razionalmente giustificabile [...]" e nei limiti in cui tali circostanze giustificative sussistono" ⁽²³⁾.

La ricostruzione in parola solo apparentemente riconosce ai privati un margine di autonomia, ma in realtà riflette e ripropone in tema di divisione amichevole gli stessi principi che presidiano la divisione giudiziale. In quest'ultima, infatti, la regola del diritto ai beni in natura - art. 718 - soffre delle deroghe, elencate negli articoli seguenti, che operano in via sussidiaria e sono comunque basate su criteri oggettivi e circostanze razionalmente giustificabili. Le norme in oggetto sono ritenute in massima parte derogabili (dalle parti e non dal giudice ⁽²⁴⁾), ma paradossalmente sono espresse in termini meno rigorosi della dottrina che qui si commenta. Basti pensare alla formulazione *dell'art. 720 c.c.*, in tema di immobili non comodamente divisibili, secondo un giudizio di opportunità (in chiave economica, si intende), in rapporto alla formulazione *dell'art. 1112 c.c.*, che invece parla di cose che, se divise, cesserebbero di servire all'uso a cui sono destinate, stabilendo un metro di maggiore severità ⁽²⁵⁾. Si aggiungano le altre ipotesi espressamente considerate dalla legge come varianti possibili della divisione: la licitazione dei beni in natura a un condividente a fronte di conguagli a favore degli altri (*artt. 719, 720 e 757 c.c.*), la vendita a un terzo con distribuzione del ricavato tra i condividenti (*art. 720 c.c.*) e l'attribuzione consensuale a un condividente a fronte del trasferimento agli altri di beni in natura estranei alla comunione (arg. ex *art. 719 e 720 c.c.*) ⁽²⁶⁾.

Infine il riferimento alla meritevolezza dell'interesse richiede dei chiarimenti. Volendosi collocare nella prospettiva tradizionale, infatti, la norma valeva a marcare il confine dell'autonomia

negoziale, prevedendo il controllo di meritevolezza solo per i contratti *non* appartenenti a un tipo legale esistente ⁽²⁷⁾. La situazione non è destinata a mutare, ai fini del presente lavoro, se si acceda a una qualunque delle teorie che si sono contese il campo nei decenni successivi all'entrata in vigore del codice del 1942. È noto infatti che, secondo un indirizzo largamente condiviso, i margini del giudizio di meritevolezza si sono ristretti fino ad appiattirsi sul giudizio di liceità ⁽²⁸⁾. La lettura sostanzialmente abrogatrice dell'art. 1322 cpv., che fa capo alla teoria della causa *in concreto* ⁽²⁹⁾, è stata oggetto di critica da parte di autorevoli studiosi. Da una parte, infatti, le è stato rimproverato di avere concentrato l'attenzione solo sull'assetto di interessi concretamente adottato dai contraenti, trascurando problemi parimenti importanti quali la causa sufficiente e la vincolatività del rapporto, la distinzione del fine dei contraenti dalla funzione del contratto ⁽³⁰⁾. In una prospettiva diversa si è ritenuto imprescindibile il ricorso al giudizio di meritevolezza per ogni contratto secondo una lettura costituzionalmente orientata della meritevolezza, accostandola ai valori della persona, in relazione alla quale l'utilità e la funzione sociale si caratterizzano come parametri per la ricostruzione del concetto ⁽³¹⁾.

Orbene non è questa la sede per condurre un approfondito *excursus* di tali importanti elaborazioni dottrinali ⁽³²⁾; d'altronde, ai fini che qui interessano, nessuna di tali dottrine appare determinante poiché il criterio della meritevolezza viene invocato non già per un sindacato di validità dell'atto, ma solo ai fini di una sua qualificazione come divisione o come *altro* contratto; ciò che costituisce un'applicazione a sua volta *atipica* del giudizio di meritevolezza ⁽³³⁾.

Nessuno infatti dubita della piena conformità ai principi dell'ordinamento di operazioni come quelle innanzi prospettate. Sembra piuttosto che il criterio in oggetto sia stato richiamato al più limitato scopo di saggiare l'elasticità del tipo divisione ⁽³⁴⁾ alla luce di un giudizio di valore da compiersi di volta in volta; ciò che appare problematico.

La questione evidentemente è tutt'altro che risolta.

Si può comunque arricchire ulteriormente la definizione del contratto di divisione affermando che esso realizza lo scioglimento di un preesistente stato di comunione mediante l'attribuzione ai partecipanti di quote di fatto di valore corrispondente a quello delle quote di diritto, svolge cioè una funzione distributiva/attributiva secondo un criterio di proporzionalità.

La divisione come tipo legale. Il dato normativo

Con la dottrina maggioritaria si può allora riaffermare una nozione meno restrittiva di conguaglio, considerando che è lo stesso legislatore a riconoscerne la conformità al modello divisionale e che la scelta è condivisibile anche sul piano concettuale, poiché ciò che conta è che il contratto miri a sciogliere la comunione mediante attribuzioni di porzioni il cui valore sia proporzionale alle quote di diritto, poco importa sul piano funzionale se concorrano anche prestazioni in danaro o attribuzioni di beni estranei alla massa. Ciò che conta in definitiva è il "nocciolo duro" del negozio divisorio, ossia l' *apporzionamento proporzionale* ⁽³⁵⁾.

Già questa conclusione consente di distinguere il negozio divisionale da quegli altri negozi i quali hanno sì il risultato e talvolta anche lo scopo di far cessare la comunione, ma tale risultato o scopo perseguono nel contesto di una funzione di scambio o transattiva.

Con tale precisazione non si è tuttavia ancora chiarito un punto, a mio avviso, importante, la cui disamina passa attraverso la individuazione del contratto di divisione come tipo legale.

Da un esame anche superficiale della dottrina a partire dalla metà del secolo scorso l'individuazione del *tipo* divisione non sembra essere stata realmente in discussione ⁽³⁶⁾. Certo è che la ricomprensione della divisione civile nell'alveo della divisione e il conseguente ripudio della distinzione tra divisione civile e divisione naturale hanno imposto una visione *allargata* del tipo. Difatti, data per scontata la finalità distributiva secondo un criterio di proporzionalità, non si può negare che, sotto il profilo della sintesi degli effetti giuridici essenziali realizzati, il contratto di divisione con conguagli in danaro o con attribuzione di altri beni estranei alla comunione è molto più complesso rispetto alla divisione in natura, poiché sull'effettodistributivo/attributivo si innestano altre tipologie di effetti, sia traslativi che obbligatori, con conseguente applicazione della relativa disciplina.

Se si parte dall'assunto condiviso che tipo è il modello legale, lo schema astratto del negozio, è possibile allora, attraverso una scansione delle varie norme in materia di divisione, individuarne i tratti.

Innanzitutto, con riferimento al **profilo soggettivo**, in vista del risultato distributivo proprio della divisione, si è sottolineata la necessità della partecipazione di tutti i contitolari ⁽³⁷⁾. La notazione che precede va letta anche nel senso che per potere dividere occorre essere contitolari ⁽³⁸⁾. Di conseguenza il contratto di divisione deve essere inteso come *contratto a soggetti qualificati* ⁽³⁹⁾. In quest'ottica non ha senso discorrere di bilateralità piuttosto che plurilateralità, dal momento che la distinzione o è fatta in chiave funzionale e allora le categorie vanno abbinate la prima alla causa di scambio ⁽⁴⁰⁾ e la seconda ai contratti associativi o con comunione di scopo, che qui non ricorrono, oppure si basa puramente e semplicemente sul numero dei contraenti ⁽⁴¹⁾, ciò che è parimenti insignificante ai fini della divisione, poiché non si può mutare la qualificazione del contratto se i partecipanti alla comunione siano due o più ⁽⁴²⁾, in specie se si pretenda di assegnare a tale distinzione conseguenze in tema di disciplina del contratto ⁽⁴³⁾. In sintesi si può affermare che *la divisione è contratto a soggetti qualificati e numero di parti predeterminato, avuto riguardo a un dato momento storico*.

Sotto il profilo del **risultato**, ovvero dell'effetto giuridico che tende a realizzare, si è affermato che la divisione realizza lo scioglimento della comunione, ha cioè natura estintiva della situazione pregressa di contitolarietà ⁽⁴⁴⁾. Lo scioglimento viene visto come un particolare modo di estinzione della comunione rispetto a tutte le possibili vicende estintive, l'unico cui si possono connettere gli effetti di cui *all'art. 757 c.c.* ⁽⁴⁵⁾. Tale impostazione è stata accolta con una significativa puntualizzazione circa l'ambito oggettivo di efficacia: di retroattività si può parlare solo con riferimento ai beni oggetto della comunione ⁽⁴⁶⁾. Diversamente per le prestazioni e attribuzioni a titolo di conguaglio, che pure trovano la loro giustificazione causale nel contratto divisionale, si avrà una ordinaria vicenda traslativa da un condividente all'altro ⁽⁴⁷⁾. Egualmente rilevante e in linea con i principi generali risulta l'ulteriore precisazione dei limiti della efficacia retroattiva, imposti dal principio di conservazione che impronta la comunione ⁽⁴⁸⁾.

Non è questa la sede per rievocare la nota questione della natura dichiarativa o costitutiva della divisione e la sua (pretesa) correlazione con l'effetto retroattivo di cui *all'art. 757 c.c.*. Chi scrive condivide appieno l'idea della natura costitutiva della divisione, così come si è venuta affermando grazie ai contributi di autori quali Mirabelli ⁽⁴⁹⁾ e Forchielli ⁽⁵⁰⁾. Quest'ultimo, in coerenza con l'idea della natura "sostanzialmente traslativa" della divisione, sostiene che l'acquisto da essa derivante dovrebbe soggiacere *quoad effectum* alle ordinarie regole sul contratto traslativo, se non fosse per lo speciale trattamento imposto *dall'art. 757 c.c.* La retroattività si giustificerebbe storicamente in base all'esigenza di evitare una doppia imposizione fiscale e di continuità del *dominium*, ma "appare oggi tutt'altro che indispensabile alla finalità essenzialmente distributiva della divisione" ⁽⁵¹⁾.

Oggi, ferma restando l'opzione per la natura costitutiva della divisione, basata sulla essenziale e innegabile constatazione della diversità della situazione giuridica dei condividenti prima e dopo il negozio divisorio ⁽⁵²⁾, prevale l'avviso che nega sostanzialmente l'effetto traslativo, ricollegando l'acquisto in proprietà solitaria del condividente direttamente alla successione o al diverso titolo costitutivo della comunione ⁽⁵³⁾. Una volta fissata la retroattività come qualità caratterizzante il tipo divisione, se ne è tratta da alcuni la ulteriore conclusione della inderogabilità ⁽⁵⁴⁾. Secondo altri, invece, la retroattività è elemento caratterizzante il tipo, ma è pur sempre derogabile, tanto che, in difetto, si avrà contratto atipico ma comunque valido ⁽⁵⁵⁾. Si può ribadire dunque che risultato della divisione è lo scioglimento della comunione, scioglimento *qualificato* dall'effetto di cui *all'art. 757 c.c.*

Sulla scorta delle osservazioni che precedono ci si può ora confrontare con il **profilo causale** del contratto, del quale esistono svariate rappresentazioni, in gran parte coincidenti. La causa della divisione consiste nell'attribuzione a ciascun condividente di beni in proprietà esclusiva di valore proporzionale alla sua quota di diritto; operazione che, all'esito delle attribuzioni, determina lo scioglimento della comunione ⁽⁵⁶⁾. Ponendo l'accento sulla portata estintiva della comunione, si osserva anche che il contratto di divisione scioglie la comunione mediante l'attribuzione a ciascun condividente di beni dal valore proporzionale alle rispettive quote ⁽⁵⁷⁾.

Mediando tra le due definizioni si sostiene, con un approccio di tipo pugliattiano che individua la causa del contratto nella sintesi degli effetti giuridici essenziali dello stesso ⁽⁵⁸⁾, la natura della divisione come sintesi di due effetti: uno estintivo (della comunione) e uno costitutivo (consistente nell'acquisto) ⁽⁵⁹⁾.

In conclusione, esistono elementi sufficienti nel tessuto normativo per ritenere l'esistenza di un tipo legale divisione pur riconoscendo che, in difetto di una puntuale previsione legislativa, molti di tali elementi sono costituiti da norme concernenti il profilo patologico o quello effettuale, piuttosto che il profilo dispositivo ⁽⁶⁰⁾. Tali elementi consistono nel profilo soggettivo dei condividenti (partecipanti alla comunione), nel risultato dello scioglimento della comunione mediante attribuzione di beni secondo il criterio dell'apporzionamento proporzionale e nell'efficacia tipicamente (e unicamente) prevista [dall'art. 757 c.c.](#). Questi ultimi due connotati valgono in particolare a distinguere la divisione da altri contratti di scambio, che pure hanno come effetto lo scioglimento della comunione, come la permuta, la transazione e la vendita di quota a rischio e pericolo ([art. 765 c.c.](#)), ai quali tutt'al più si potrà applicare il rimedio della rescissione ([art. 764 c.c.](#)), ma che non condividono con la divisione il profilo causale e di conseguenza neppure il profilo disciplinare/effettuale ⁽⁶¹⁾.

La divisione come tipo legale. Conclusioni

Resta un punto problematico, cui si è fatto cenno in precedenza, relativamente alla divisione con conguaglio. È prevalente in dottrina la nozione allargata di conguaglio, che non si limita all'obbligazione pecuniaria, ma ricomprende ogni bene fungibile e anche infungibile, nonostante la formulazione [dell'art. 728 c.c.](#), essendo rilevante non tanto la natura dei beni o delle prestazioni oggetto di conguaglio quanto il loro essere finalizzate a correggere le ineguaglianze delle porzioni e quindi in definitiva ad attuare la funzione divisionale, come in precedenza precisato ⁽⁶²⁾. Il ventaglio delle opinioni manifestate dagli autori, come si è accennato, include insieme con il danaro ogni altro bene o utilità. Non solo nell'ampiezza del concetto deve farsi rientrare ogni bene della vita che sia idoneo a formare oggetto di contrattazione privata ⁽⁶³⁾, ma più in generale deve ritenersi che nessuna delle categorie di efficacia cui i privati hanno accesso possa dirsi preclusa in linea di principio, purché compatibile con il profilo funzionale della divisione.

Lo scioglimento della comunione può rappresentare l'occasione per regolare una serie di rapporti più complessi. Si pensi, per esempio, alla fase della crisi coniugale, nella quale agli aspetti più strettamente patrimoniali si affiancano altri aspetti di diritto familiare a contenuto tanto patrimoniale quanto non patrimoniale, come il mantenimento e l'affidamento della prole. Ora sarebbe senza dubbio eccessivo considerare questi aspetti secondari rispetto allo scioglimento della comunione, la quale semmai segue la fine della crisi coniugale. Tuttavia non può escludersi che, anche in assenza di una crisi coniugale ovvero prima di essa, prima cioè di giungere al divorzio o addirittura prima della separazione personale dei coniugi, questi ultimi (in separazione dei beni o personalmente separati) intendano procedere alla divisione del patrimonio comune, utilizzando lo strumento del conguaglio per bilanciare il valore delle quote. In tale contesto a titolo di conguaglio si potrebbe ipotizzare a carico di un coniuge un vincolo di destinazione ⁽⁶⁴⁾ o anche la costituzione di determinati beni in fondo patrimoniale ⁽⁶⁵⁾.

Qualche precisazione va fatta con riferimento al vincolo di destinazione come atto complesso risultante dall'atto di autonomia negoziale con effetto obbligatorio e contenuto organizzativo della destinazione dei beni a uno scopo e dall'effetto della separazione patrimoniale ⁽⁶⁶⁾. Non muta i termini della questione l'opinione espressa di recente, che scinde la fattispecie di cui all'art. 2645-ter c.c. in una fattispecie primaria, produttiva del solo effetto obbligatorio, soggetta al solo controllo di liceità, e una fattispecie secondaria, produttiva dell'opponibilità *erga omnes*, subordinata all'esistenza di un interesse meritevole di tutela ⁽⁶⁷⁾. Tale severa ricostruzione non mina le conclusioni cui si è giunti in precedenza, salvo a richiedere evidentemente un più penetrante esame, dal punto di vista qualitativo, degli interessi che le parti intendono realizzare.

In conclusione resta da verificare la compatibilità del tipo divisione con una nozione ampia di divisione che si è fatta propria in questo lavoro. Il dubbio è cioè se gli elementi di maggiore

complessità e di diversità rispetto al tipico effetto della divisione ([art. 757 c.c.](#)) siano sussumibili nel tipo divisione. Potrebbe insomma essere messa seriamente in discussione la stessa bontà dell'inquadramento della divisione come tipo legale così complesso.

Il tipo contrattuale viene definito come un genere o un modello di operazione economica suscettibile di essere rivestita dalla forma del contratto e regolata dalla legge con norme specifiche ⁽⁶⁸⁾. La dottrina considera tipicità legale quella "che ha per base una schematizzazione, fissata mediante qualifiche tecnico-legislative e individuata ad opera della legislazione" ⁽⁶⁹⁾. La definizione è stata precisata ulteriormente, dal momento che essa apparentemente sembra riferirsi solo a quei contratti i cui tratti siano compiutamente delineati dal legislatore, mentre, come osservato in precedenza, si è ritenuto che gli elementi caratterizzanti il tipo possano rilevarsi anche in via di interpretazione, per esempio da una norma che sancisce la invalidità di un negozio ⁽⁷⁰⁾. È certamente il caso della divisione, la cui peculiarità consiste nel suo atteggiarsi come negozio che esaurisce i suoi effetti esclusivamente nell'ambito di un determinato compendio (la massa comune), definibile divisione *semplice* o *pura*, ovvero comprende anche prestazioni e attribuzioni che incidano non su beni della massa, ma su beni estranei a essa, che può definirsi divisione *mista* o *complessa* ⁽⁷¹⁾. In entrambi i casi si è evidenziata la rispondenza a una finalità distributiva-proporzionale unitaria e si è sottolineata la natura derogabile della norma che prevede il conguaglio in danaro ([art. 728 c.c.](#)). Tuttavia questa conclusione esprime un giudizio in positivo degli interessi in concreto perseguiti, appartiene cioè alla fase della *valutazione* del negozio. Nulla ci dice però circa la sussumibilità dell'operazione nel tipo che ci interessa ⁽⁷²⁾.

In proposito, la possibile alternativa sembra la divisione come tipo contrattuale aperto, nel senso che la norma di cui [all'art. 728 c.c.](#) è vincolante solo per il giudice, ha natura meramente dispositiva e non costituisce elemento caratterizzante il tipo divisione. Conseguentemente può rientrare nel concetto di conguaglio ogni tipo di prestazione e attribuzione patrimoniale, avente per scopo il riequilibrio del valore delle quote ⁽⁷³⁾. Il legislatore tipizza cioè uno schema astratto, disinteressandosi della natura dei beni attribuiti a titolo di conguaglio, preoccupandosi esclusivamente di disciplinare la fase dello scioglimento della comunione. Conseguenza di questa ricostruzione è che il contratto andrà senz'altro qualificato divisione, con tutte le conseguenze.

La legge ravvisa nel conguaglio un'obbligazione che ha per oggetto una somma di danaro, ferma restando la natura dispositiva [dell'art. 728 c.c.](#) A questo punto o si ritiene, come ricordato precedentemente, che detto carattere sia elemento essenziale della divisione e allora si è in presenza di un negozio atipico o soccorre il concetto di elasticità del tipo ⁽⁷⁴⁾, che "consente nel concreto atteggiarsi del negozio modificazioni di taluni suoi elementi o integrazioni che ne lasciano intatti i caratteri fondamentali" ⁽⁷⁵⁾. Conseguentemente all'interprete, pur tenendo in debito conto tali elementi particolari, sarà consentita comunque la sussunzione nel tipo e quindi l'applicazione della relativa disciplina. Naturalmente anche l'elasticità ha un suo limite, oltre il quale il giudizio di qualificazione dà esito negativo e la disciplina da applicare dipenderà dal contenuto del negozio in concreto compiuto (atipico). Per descrivere tale concezione si è fatto ricorso all'esempio della circonferenza nella quale il centro è costituito dal nucleo dei caratteri fondamentali del tipo. Allontanandosi dal centro tali caratteri tendono a sfumare, senza peraltro dissolversi: al di fuori della circonferenza i contorni sono talmente sfumati da non consentirne più la qualificazione. Più il tipo è elastico e più la circonferenza è lontana dal centro ⁽⁷⁶⁾. A me pare che le opinioni che considerano restrittivamente la nozione di conguaglio ovvero la costringano in complicati giudizi di valore non trovino adeguata giustificazione alla luce delle considerazioni innanzi esposte. Ritengo, infatti, che la previsione di conguagli, sia pure di importo rilevante, consistenti in diverse prestazioni o attribuzioni, ove sia finalizzata al risultato dello scioglimento della comunione mediante un apporzionamento proporzionale, non sia estranea rispetto al tipo divisione. Questo del criterio teleologico è un valido elemento per il giudizio sull'elasticità del tipo ⁽⁷⁷⁾.

La preferenza di chi scrive va alla prima ricostruzione; ma nell'una come nell'altra sembra di potere confermare la conclusione cui si è giunti in precedenza, che cioè il confine del tipo divisione è dato essenzialmente dal rispetto della finalità distributiva secondo un criterio

proporzionale, mentre è indifferente, ai fini della qualificazione, la tipologia degli effetti giuridici che si innestano sul tradizionale risultato distributivo/attributivo della divisione ⁽⁷⁸⁾.

Questo risultato riceve dal legislatore ([art. 757 c.c.](#)) uno speciale trattamento, quanto ai beni comuni: trattasi di una qualità legale dell'effetto (la retroattività), anch'essa *tipica*, perché connessa al tipo legale divisione, riconosciuta solo a quei negozi che realizzano lo scioglimento della comunione mediante attribuzioni secondo un criterio di proporzionalità e che i privati non potrebbero invocare per altre finalità, pur legittime.

⁽¹⁾ Il richiamo è ovviamente agli artt. da 713 a 768 del codice civile, una messe di disposizioni che comprendono norme sostanziali, norme processuali, oltre a istituti che nulla hanno a che vedere con la divisione in generale e che trovano la loro giustificazione nell'ambito del fenomeno successorio (basti pensare alla collazione, al pagamento dei debiti e al retratto successorio).

⁽²⁾ Questo è il significato che si ricava, per esempio, [dall'art. 713 c.c.](#), nel quale "domandare la divisione" si deve intendere come riferito al risultato della stessa, non importa se raggiunto attraverso un giudizio o un accordo stragiudiziale. Un eventuale dubbio al riguardo può essere fugato dalla norma, analoga, [dell'art. 1111 c.c.](#), nel quale con diversa formulazione (ma con identità di significato) il legislatore attribuisce a ciascuno dei partecipanti il diritto di "domandare lo scioglimento della comunione".

⁽³⁾ A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1958, 388, con riferimento alla divisione tra due gruppi di coeredi. Seguono tale indirizzo G. Bonilini, voce *Divisione*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. civ.)*, VI, Torino, 1990, rist. 2004, 484; V.R. Casulli, *Divisione ereditaria*, (*dir. civ.*), in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 43; C. Miraglia, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, 79; A. Burdese, *Comunione e divisione ereditaria*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, 1988, 6; F. Venosta, *Delle Successioni*, III, in *Comm. del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Milano, 2010, 7.

⁽⁴⁾ Conclusione parzialmente rettificata in tema di divisione oggettivamente parziale, nella quale si ritiene dai più che la comunione residua abbia comunque natura ereditaria (v. gli AA. richiamati in F. Venosta, *op. e loc. citt.*, nt. 7).

⁽⁵⁾ Questa affermazione impone di superare l'opinione, minoritaria in dottrina, che identifica una generica funzione divisionale, diversa dalle categorie tradizionali di corrispettività e liberalità, la quale si manifesterebbe anche in negozi che non si innestano in uno stato preesistente di comunione. Così G. Amadio, *Funzione distributiva e tecniche di apporcionamiento nel negozio divisorio*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, nei *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, IV, Roma, Milano, 2008, 28 ss., e *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. not.*, 2006, 867 ss. Per una considerazione critica si rimanda alle osservazioni di A. Luminoso, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, nei *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, cit., 21 ss.

⁽⁶⁾ Che il limite sia testamentario o convenuto tra gli stessi partecipanti, in ogni caso l'autorità giudiziaria può disporre la divisione anzitempo, qualora gravi circostanze lo richiedano ([artt. 713, comma 4, e 1111, comma 3, c.c.](#)).

⁽⁷⁾ Per tutti G. Pavanini, *Natura dei giudizi divisorii*, Padova, 1942, 41 ss., e, da ultimo, F. Venosta, *op. cit.*, 56. Si segnala l'opinione di L. Salis, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, IV, 2, Torino, 1939, 196, secondo il quale il diritto in oggetto è elemento caratterizzante la situazione di contitolarità.

⁽⁸⁾ E. Minoli, *Contributo alla teoria del giudizio divisorio*, Milano, 1950, 43.

⁽⁹⁾ P. Forchielli - F. Angeloni, *Divisione, Libro secondo: successioni artt. 713- 768*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2000, 3: "Perfino l'unanimità dei conviventi può preferire l' *iter* giudiziario e può quindi unanimemente promuoverlo!".

⁽¹⁰⁾ Così la volontà manifestata nei confronti degli altri di dividere, se completa, assume il carattere di proposta irrevocabile, nella misura in cui anche gli altri abbiano manifestato la volontà di dividere, alla stregua di quanto accade per le cosiddette proposte *dovute* (cfr. sul

punto R. Sacco, in Sacco - De Nova, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2004, 224).

⁽¹¹⁾ G. Branca, *Della proprietà*, in *Comm. del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1965, sub art. 1111.

⁽¹²⁾ G. Deiana, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 15 ss., e *Problemi e riforma in tema di divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, 420 ss.

⁽¹³⁾ Id., *Concetto*, cit., 29.

⁽¹⁴⁾ Id., *op. cit.*, 18 e 27. Da ultimo a dare il giusto riconoscimento a tali contributi A. Luminoso, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., 9.

⁽¹⁵⁾ G. Mirabelli, *Intorno al negozio divisorio*, in *Arch. giur.*, 1949, 13. Concordano P. Forchielli - F. Angeloni, *op. cit.*, 26.

⁽¹⁶⁾ A. Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961, 403 ss.

⁽¹⁷⁾ G. Mirabelli, *op. cit.*, 48, e voce *Divisione*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1975, 34.

⁽¹⁸⁾ A. Cicu, *op. e loc. citt.*

⁽¹⁹⁾ Così P. Forchielli - F. Angeloni, *op. cit.*, 31 s.

⁽²⁰⁾ In tal senso P. Forchielli - F. Angeloni, *op. e loc. citt.*; C. Giannattasio, *Delle successioni, divisione - donazione*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di magistrati e docenti, Torino, 1964, 31; C. Miraglia, *op. cit.*, 37, che ravvisa divisione anche nel caso in cui i coeredi si accordino per assegnare i beni a un solo dividendo a fronte del pagamento di conguagli in denaro.

⁽²¹⁾ F. Venosta, *op. cit.*, 11, secondo il quale la norma che consente l'attribuzione per intero a un solo dividendo ([art. 720 c.c.](#)) è prevista per il caso della indivisibilità e la natura derogabile della disposizione in oggetto, così come della maggior parte delle norme in tema di divisione ereditaria, non sarebbe argomento sufficiente per superare quello che l'A. considera un limite intrinseco del conguaglio, che non può essere considerato "prestazione interamente sostitutiva della porzione in natura". La questione non è secondaria, poiché, se si accede alla conclusione secondo cui l'attribuzione in natura è elemento costitutivo ed essenziale della divisione, si ricade nella problematica già segnalata a proposito della ricostruzione del Deiana.

⁽²²⁾ F. Venosta, *op. cit.* La conclusione viene invocata anche quale correttivo del noto principio secondo cui il criterio della validità o meno della divisione del testatore con conguaglio in danaro riposa (non tanto sulla entità quanto) sulla inevitabilità dell'ineguaglianza delle quote, enunciato da L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 148. Va peraltro osservato che l'opinione che qui si commenta non sembra tenere nella giusta considerazione la preoccupazione di Mengoni, tutta rivolta al profilo della successione *mortis causa* e all'esigenza di conciliare l'attribuzione diretta a opera del *de cuius* di beni determinati con la *vocatio in universum ius*, propria della delazione ereditaria.

⁽²³⁾ F. Venosta, *op. cit.*, 12. Opta per una visione più ristretta anche A. Lener, *La comunione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, 328, ma argomentando dalla formulazione [dell'art. 764 c.c.](#) , il quale, nel momento in cui estende il rimedio rescissorio agli atti diversi dalla divisione, sembra presupporre che essi siano *altro* rispetto alla divisione medesima. A. Luminoso, *op. cit.*, 12, spiega la scelta legislativa alla luce della scarsa consapevolezza del legislatore in merito alla definizione del contratto divisionale.

⁽²⁴⁾ P. Forchielli-F. Angeloni, *op. cit.*, 206 ss.; C. Miraglia, *op. cit.*, 222; A.

Cicu, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, 63, A. Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1980, 179.

⁽²⁵⁾ In giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, si segnala l'applicazione, nel senso del testo, del criterio di non comoda divisibilità alla stregua di valutazioni strettamente economiche e di opportunità piuttosto che di necessità: App. Palermo, sez. II, 12 gennaio 2009, n. 13, in *Guida al diritto*, 2009, 14, 64 (solo massima); [Cass., sez. II, 29 maggio 2007, n. 12498](#) , in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5, e in *Giur. it.*, 2007, 11, 2438; [Cass., sez. II, 16 febbraio 2007, n. 3635](#) , in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2. Tuttavia al principio dell'assegnazione del bene nella quota

maggiore si è talvolta derogato alla stregua di un giudizio basato sul temperamento dell'interesse del titolare della maggior quota con quello, non necessariamente patrimoniale, di altro convivente, cfr. [Cass., sez. II, 25 settembre 2008, n. 24053](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 9, che ha confermato la sentenza di secondo grado che aveva ritenuto l'interesse all'assegnazione dell'abitazione da parte del convivente, privo di altra abitazione, prevalente rispetto all'interesse di altro assegnatario, già proprietario di una casa di abitazione, sia pur titolare di quota maggiore.

⁽²⁶⁾ A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., 403 ss.; G. Mirabelli, *Divisione*, cit., 34. Opinione condivisa di recente da A. Luminoso, *op. cit.*, 11.

⁽²⁷⁾ È la nota teoria *oggettiva* della causa, il cui massimo esponente è, com'è noto, E. Betti, *La teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 399 ss., e *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, 329, e la cui influenza sul legislatore del 1942 è ampiamente documentata anche nella Relazione al Codice (n. 603). Se la causa è la funzione economico-sociale del contratto, il contratto atipico è ammesso "se il risultatopratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico".

⁽²⁸⁾ G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 406; Id., *A ncora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. Comm.*, 1979, I, 7 e 8; Id., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Saggi di diritto civile*, 1983, 314 ss.; Id., *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 94 ss.. In giurisprudenza il riferimento alla meritevolezza degli interessi non è mai venuto meno, anche se il suo richiamo è assai spesso privo di un concreto e reale rilievo, essendo accompagnato pressoché costantemente dal riferimento alla liceità dell'operazione. In tal senso Cass., sez. III, 11 marzo 1981, n. 1387, e [Cass., sez. II, 4 febbraio 2010, n. 2651](#), in tema di servitù ccdd. obbligatorie; [T.a.r. Lazio Roma 3 dicembre 2009, n. 12455](#), e [T.a.r. Veneto 6 novembre 2008, n. 3451](#), in tema di contratto di avalimento; [Cass., sez. trib., 20 novembre 2009, n. 24498](#), in tema di contratto costitutivo di un diritto *ad aedificandum* di natura personale e non reale; Trib. Brindisi 4 giugno 2009, e App. Salerno 30 settembre 2009, n. 836, in tema di contratto avente a oggetto il medesimo prodotto finanziario, concludono per la non meritevolezza di interessi e quindi nullità del contratto il quale si presenti come aleatorio sì, ma solo per una delle parti. Anche qui (in particolare nella prima sentenza) si afferma la necessità del "prescritto (art. 1322) vaglio di liceità" cui fa però seguito la conclusione nel senso della immeritevolezza sociale. Conclude diversamente Trib. Torino 8 maggio 2009, sempre con riferimento al medesimo prodotto finanziario (pronunzie tutte tratte dalla banca dati informatica *JURIS DATA*, Giuffrè, Milano, 2010). L'atteggiamento pragmatico della giurisprudenza è stato da tempo segnalato in dottrina da R. Sacco, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 788 ss., e C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo, Regolamento*, II, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 93 e 200 ss. Alla obiezione della natura sostanzialmente abrogatrice o, se si preferisce, minimalista dell'interpretazione ormai corrente dell'art. 1322 cpv. si è risposto che una norma inutile deve preferirsi a una norma pericolosa, quale sarebbe il citato articolo, se pretendesse di introdurre nel contratto elementi di funzionalizzazione al conseguimento di interessi sovraindividuali o collettivi (così V. Roppo, *Il contratto del duemila*, 2002, 425).

⁽²⁹⁾ Ovvero della causa come funzione *economico-individuale* o come *ragione concreta o pratica* del contratto, nella variante nominalistica offerta da C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 449.

⁽³⁰⁾ È l'opinione di F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 1 ss. e 55 ss., e Osservazioni [sull'art. 2645-ter c.c.](#), in *Giust. civ.*, 2006, 169 ss.

⁽³¹⁾ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 115 ss. In tal senso anche F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, E.S.I., 2008, 188 ss.

⁽³²⁾ Per un panorama delle posizioni della dottrina, in costante evoluzione, alla luce della nuova norma sul vincolo di destinazione, si veda S. Rossi, *Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'art. 1322 del codice civile*. L'art. 2645-ter, in *Riv. Not.*, 2010, 3, 629 ss.

⁽³³⁾ Difatti, secondo la stessa dottrina che qui si commenta (F. Venosta, *op. cit.*, 9), non vi è spazio per due distinte nozioni di divisione.

⁽³⁴⁾ Infatti F. Venosta, *op. cit.*, 141, in tema di conguagli diversi dal danaro, afferma coerentemente trattarsi di operazione estranea al tipo della divisione. Sul concetto di elasticità del tipo si tornerà nel paragrafo seguente.

⁽³⁵⁾ Così A. Luminoso, *op. e loc. cit.*.

⁽³⁶⁾ G. Deiana, *opp. cit.*

⁽³⁷⁾ La conclusione è corroborata dal richiamo *all'art. 784 c.p.c.*, che impone il litisconsorzio necessario, giustificato dalla funzione del negozio divisorio, che evidentemente non può realizzare l'effetto suo proprio senza la necessaria partecipazione di tutti gli aventi diritto. In dottrina il punto è pacifico.

⁽³⁸⁾ Valgano al riguardo le considerazioni svolte *supra* circa la necessità dello stato di comunione.

⁽³⁹⁾ Non mancano, infatti, nell'ordinamento ipotesi nelle quali determinanti al fine di individuare la ricorrenza di un tipo contrattuale sono qualità soggettive di tutti (*art. 2602 c.c.*, consorzio) o di alcuni dei partecipanti (*art. 1882 c.c.*, assicurazione).

⁽⁴⁰⁾ Se si eccettua il discusso caso delle cosiddette permuta a catena.

⁽⁴¹⁾ In dottrina in particolare F. Messineo, voce *Contratti plurilaterali e contratti associativi*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 148 ss.

⁽⁴²⁾ In dottrina tracce della disputa sulla natura bilaterale o plurilaterale della divisione in G. Mirabelli, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (artt. 1321-1469)*, in *Commentario del codice civile* redatto a cura di magistrati e docenti, Utet, Torino, 1980, 15, e P. Forchielli-F. Angeloni, *op. cit.*, 17 s.

⁽⁴³⁾ Non si applica *l'art. 1332 c.c.* (Adesione di altre parti al contratto) poiché non si tratta di contratto al quale *possono* aderire altre parti: il concorso di tutti i partecipanti è essenziale. Testualmente è esclusa la disciplina dettata per i contratti plurilaterali in tema di nullità (*art. 1420 c.c.*), annullabilità (*art. 1446 c.c.*) e risoluzione (*artt. 1459 e 1466 c.c.*), riferita ai contratti in cui le prestazioni di ciascuna parte "sono dirette al conseguimento di uno scopo comune".

⁽⁴⁴⁾ In particolare sulla funzione divisoria quale risultante di due effetti, uno estintivo e uno acquisitivo, si veda C. Miraglia, *La divisione ereditaria*, cit., 39 e 49.

⁽⁴⁵⁾ C. Miraglia, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, 1981, 108 ss.: non a caso, tra l'altro, il legislatore parla di "scioglimento della comunione" *nell'art. 1111 c.c.* e di "ogni altro atto che abbia per effetto di fare cessare la comunione" *nell'art. 764*

c.c. Cessazione e scioglimento allora designano entrambe nella visione dell'Autrice una vicenda estintiva della comunione, ma si pongono tra loro in un rapporto di genere a specie, poiché solo alla seconda (che è propria della divisione) si collega l'effetto caratteristico *dell'art. 757 c.c.*

⁽⁴⁶⁾ A. Luminoso, *op. cit.*, 16. L'opinione si ritrova anche in altri autori (si veda, per tutti, A. Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 207).

⁽⁴⁷⁾ A. Luminoso, *op. e loc. cit.*

⁽⁴⁸⁾ A. Mora, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, 348 ss., e *Comunione e divisione ereditaria*, in *Tratt. di diritto sulle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, IV, Milano, 2009, 167 ss., con puntuali richiami alla disciplina degli atti compiuti dal chiamato (*art. 460 c.c.*), alle vicende processuali che riguardano l'eredità (*art. 486 c.c.*), relativamente alla comunione ereditaria, e in generale agli atti compiuti in pendenza della condizione in generale (*art. 1361 c.c.*) e in materia di successione (*art. 641 c.c.*). Condivide e riassume tali conclusioni A. Luminoso, *op. e loc. cit.*

⁽⁴⁹⁾ G. Mirabelli, *Intorno al negozio divisorio*, cit., 48 ss.

⁽⁵⁰⁾ P. Forchielli-F. Angeloni, *op. cit.*, 58 ss.

⁽⁵¹⁾ P. Forchielli-F. Angeloni, *op. cit.*, 63, in sostanziale accordo con G. Mirabelli, *op. e loc. cit.*

⁽⁵²⁾ Sulla divergenza della situazione giuridica conseguente all'atto, come elemento tipizzante l'efficacia costitutiva rispetto all'efficacia dichiarativa e all'efficacia preclusiva, si veda il fondamentale contributo di A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 490 ss., e voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 209.

⁽⁵³⁾ C. Miraglia, *Divisione contrattuale*, cit., 114 ss.; A. Mora, *op. cit.*, 152 ss. e 166; A. Luminoso, *op. cit.*, 15. Tale conclusione si riassume felicemente osservando che ciascun condividente non è dante causa degli altri e succede direttamente al *de cuius*.

⁽⁵⁴⁾ L. V. Moscarini, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 548 ss.

⁽⁵⁵⁾ A. Burdese, *Nuove prospettive per la qualificazione del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 636, e *La divisione ereditaria*, cit., 10.

⁽⁵⁶⁾ La definizione è di A. Luminoso, *op. cit.*, 14, che espressamente considera lo scioglimento della comunione come effettoriflesso dell'atto, proprio anche di atti diversi dalla comunione.

⁽⁵⁷⁾ A. Mora, *Comunione e divisione ereditaria*, cit., 224, e autori ivi citati.

⁽⁵⁸⁾ Approccio fatto proprio dallo stesso A. Luminoso, *op. cit.*, 14, e *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 40 ss.

⁽⁵⁹⁾ C. Miraglia, *Divisione contrattuale*, cit., 112 s., e *La divisione ereditaria*, cit., 39 e 49.

⁽⁶⁰⁾ A. Mora, *Comunione e divisione ereditaria*, cit., 226. Ciò non costituisce un ostacolo per la dottrina, che ritiene che anche una norma che sancisce la invalidità di un negozio possa svolgere un ruolo primario nella ricostruzione di una fattispecie negoziale, fornendone una descrittiva implicita (in tal senso E. Minervini, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 43).

⁽⁶¹⁾ A. Mora, *op. cit.*, 231.

⁽⁶²⁾ G. Gazzara, voce *Divisione della cosa comune (dir. privato)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 423; A. Lener, *La comunione*, cit., 328; E. Minervini, *Divisione contrattuale*, cit., 179; G. Mirabelli, voce *Divisione*, cit., 35; A. Palazzo, voce *Comunione*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. civ.)*, III, Torino, 1990, 181; C. Miraglia, *La divisione ereditaria*, cit., 81, e gli autori da me citati alla nota 20 che precede.

⁽⁶³⁾ Il richiamo è agli [art. 1346 c.c.](#) (requisiti dell'oggetto) e 1174 (carattere patrimoniale della prestazione), vertendosi evidentemente in tema di negozi a contenuto patrimoniale.

⁽⁶⁴⁾ È appena il caso di osservare che, in coerenza con quanto sopra sostenuto, nulla osta a che oggetto del vincolo di destinazione siano beni che il condividente riceve nella sua porzione ovvero beni che non appartengono alla massa divisa. Tali beni potranno essere non solo beni immobili o beni mobili registrati, come testualmente prevede l'art. 2645-ter c.c., se si condivide la lettura cd. *sostanzialistica* proposta da una parte della dottrina (v., in particolare, A. Falzea, *Relazione introduttiva*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, 6; G. Palermo, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter*, cit., 75; G. Doria, *Il patrimonio "finalizzato"*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 508 ss.; M. Bianca, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter*, cit., 36, e *Destinazione patrimoniale e impresa: oggetto e contenuto dell'atto di destinazione*, nei *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, I, Milano, 2010, 107, ove si dà conto della contraria lettura cd. *formalistica*).

⁽⁶⁵⁾ L'utilità di questa opzione non può essere oscurata dalla considerazione che il fondo cessa in caso di divorzio ([art. 171 c.c.](#)), dal momento che esso invece può essere considerato dalle parti come strumento di protezione proprio in una fase tanto delicata come quella che accompagna i coniugi verso la cessazione degli effetti civili del matrimonio, che può seguire anche a distanza di anni.

⁽⁶⁶⁾ Profilo delineato in M. Bianca, *op. cit.*, 106.

⁽⁶⁷⁾ M. Nuzzo, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, nei *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, I, Roma, 2010, 28 ss.

⁽⁶⁸⁾ V. Roppo, voce *Contratto*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. civ.)*, IV, Torino, 2004 rist., 118.

⁽⁶⁹⁾ F. Messineo, voce *Contratto innominato (atipico)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 95, nt. 1.

⁽⁷⁰⁾ E. Minervini, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, cit., 43.

⁽⁷¹⁾ Questa classificazione, lungi dall'avere pretese definitorie, sembra meglio rispecchiare la sostanza della questione rispetto alla tradizionale (ma direi allo stato non più attuale) distinzione tra divisione naturale e divisione civile.

⁽⁷²⁾ Appartiene a G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., 348, la distinzione tra il momento conoscitivo e il momento valutativo del contratto. È nella prima fase di conoscenza del negozio giuridico, quella della sua qualificazione, che assume rilievo il fenomeno della tipicità.

⁽⁷³⁾ Non mi sembra di rinvenire precedenti nel sistema. Una qualche affinità potrebbe ravvisarsi nei contratti associativi: si pensi, in particolare, agli atti costitutivi di associazioni o di consorzi, nei quali non vi è alcun riferimento alla natura dei contributi degli associati o degli apporti dei consorziati. Diversa attenzione dedica il legislatore alle società commerciali, ove sono previsti specifici conferimenti, oltre al danaro, come il conferimento di beni in proprietà o in godimento ([art. 2254 c.c.](#)) ovvero di crediti ([art. 2255 c.c.](#)).

⁽⁷⁴⁾ Concetto enunciato da G.B. Ferri, *op. cit.*, 351 ss., che parte dal rilievo che assai di rado si ha perfetta coincidenza tra la struttura propria del tipo e quella risultante dal concreto negozio giuridico, nel quale i contraenti inseriscono elementi personali, clausole e condizioni per meglio realizzare gli interessi cui tendono.

⁽⁷⁵⁾ G.B. Ferri, *op. e loc. cit.*

⁽⁷⁶⁾ La metafora (suggestiva) è di F. Marinelli, *Ruolo della tipicità e disciplina delle fattispecie atipiche*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, I, *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendon, Torino, 2004, 701.

⁽⁷⁷⁾ Il punto è sottolineato da A. Mora, *op. cit.*, 231, che rinviene nella particolare efficacia disposta [dall'art. 757 c.c.](#) un elemento di rigidità caratterizzante il tipo divisione. La retroattività pone un limite significativo a quegli atti mediante i quali, pur attraverso una distribuzione/attribuzione secondo un criterio di proporzionalità, si vengano ad assegnare ai dividendi diritti *diversi* da quelli oggetto della comunione: è il caso dell'assegnazione a un dividendo dell'usufrutto e a un altro della nuda proprietà. Qui dalla retroattività deriva la necessaria omogeneità dei diritti assegnati.

⁽⁷⁸⁾ A conclusioni diverse giunge G. Amadio, *Funzione distributiva*, cit., 35, relativamente ai conguagli diversi dal danaro. Rilevante sarebbe, al riguardo, la considerazione non tanto della diversa provenienza dei beni o la configurazione traslativa della vicenda, quanto il fatto che una porzione di beni estranei alla massa imporrebbe una nuova operazione di stima e di conseguenza un raffronto, un *giudizio di equivalenza* (il corsivo è dell'autore), che orienterebbe l'interprete verso l'individuazione di una causa non tanto distributiva quanto di scambio. In contrario si può obiettare che, una volta chiarita la funzione del conguaglio come strumento di equilibrio patrimoniale delle attribuzioni secondo un criterio teleologico, sia oltremodo difficile attribuire al conguaglio una funzione diversa a seconda del suo contenuto.

Fam. Pers. Succ., 2011, 4 (nota a sentenza)

Divisione ereditaria

Contratto di divisione ereditaria, rilevanza dell'errore e diritto di ritenzione

Davide Achille

[App. Palermo Sez. II, 17 maggio 2010](#)

Sommario: [1. Il caso](#) - [2. Il contratto di divisione \(ereditaria\)](#) - [3. Invalidità e vizi della volontà nel contratto divisorio](#) - [4. Segue: l'errore nella divisione ereditaria](#) - [5. Divisione transattiva, transazione divisoria e accordi di reintegrazione della legittima](#) - [6. Il diritto di ritenzione tra pluralità e unità di fattispecie](#)

1. Il caso

La sentenza in epigrafe si occupa, invero in maniera abbastanza generica, della portata dell'errore quale causa di annullamento del contratto di divisione, *sub specie* ereditaria ma il discorso, come si vedrà nel prosieguo, vale per la divisione in generale. La pronuncia contiene

un ulteriore riferimento al diritto di ritenzione che il ricorrente opponeva alle controparti come conseguenza dell'annullamento del contratto di divisione e/o in compensazione per alcuni crediti che lo stesso riteneva di vantare nei confronti degli altri condividenti chiamati in causa.

Il caso in decisione origina dalla richiesta, in via monitoria, alla consegna di beni mobili oggetto di un contratto di divisione ereditaria. L'ingiunto, in sede di opposizione, eccepiva l'invalidità del contratto di divisione ereditaria in quanto affetto da errore essenziale per l'asserita sottrazione di beni dalla massa ereditaria. L'opponente, come anticipato, vantava inoltre un diritto di ritenzione sui beni reclamati, da un lato, ex [artt. 748, 2756 e 2761 c.c.](#) e, dall'altro, a parziale compensazione del suo credito.

La pronuncia consente quindi, omettendo un'esame delle questioni processuali su cui non sembra opportuno dilungarsi, di analizzare dal punto di vista della patologia del contratto di divisione la generica rilevanza dei vizi della volontà secondo quanto previsto dal legislatore e di offrire qualche considerazione sul diritto di ritenzione, inteso quale rimedio di autotutela che trova riscontro in specifiche disposizioni normative. A detta analisi sembra necessario premettere, per completezza, una ricostruzione sugli aspetti centrali della divisione ereditaria, fattispecie negoziale che acquista una indubbia rilevanza nella vicenda successoria a seguito del fisiologico formarsi di uno stato di comunione ⁽¹⁾.

2. Il contratto di divisione (ereditaria)

Il contratto di divisione in generale ⁽²⁾, quale tipico atto – ancorché non esclusivo ⁽³⁾ – con funzione distributiva a cui si riconduce la divisione ereditaria, ha subito, a partire dalla seconda metà del secolo appena trascorso, una nuova sistemazione concettuale ⁽⁴⁾ che ha posto le basi per il superamento della ricostruzione, prevalsa in epoca medioevale, che assimilava il contratto di divisione al contratto di permuta ⁽⁵⁾.

Secondo la concezione oggi unanimemente accolta, nel contratto di divisione, a differenza che nel contratto di permuta, dove oggetto del negozio è lo scambio dei diritti di proprietà, l'intento delle parti è quello di «rendere concreta [...] la quota astratta» ⁽⁶⁾. In altri termini la divisione ereditaria può essere attuata attraverso differenti strumenti, che presentano un effetto comune costituito, secondo la dottrina maggioritaria, dal risultato ottenuto ⁽⁷⁾, vale a dire quello di sciogliere lo stato di comunione tra i coeredi mediante un apporcionamiento proporzionale ⁽⁸⁾.

In riferimento al contratto di divisione la dottrina tradizionale concepiva la divisione unicamente in senso naturalistico, dove a ciascun partecipante veniva attribuita una porzione di beni comuni proporzionale alla sua quota indivisa (c.d. divisione naturale) ⁽⁹⁾. La dottrina più recente ha invece fatto riferimento ad un concetto più ampio di divisione, ricomprendendovi anche le ipotesi in cui oggetto del contratto di divisione sono, oltre ai beni comuni, anche denaro o beni non provenienti dall'asse ereditario (c.d. divisione civile) ⁽¹⁰⁾.

Tradizionale punto controverso in tema di contratto di divisione è dato dalla sua natura giuridica ⁽¹¹⁾ dove, sulla base dell'efficacia retroattiva prevista [dall'art. 757 c.c.](#), parte della dottrina ne afferma la natura dichiarativa ⁽¹²⁾, o di accertamento ⁽¹³⁾, mentre altra e contrapposta ricostruzione sostiene la natura costitutiva dello stesso ⁽¹⁴⁾. Non manca peraltro in dottrina chi ha sostenuto l'impossibilità di guardare l'atto divisorio all'interno di una unitaria qualificazione dogmatica proponendone, invece, la natura complessa in ragione di un suo oggetto modificativo – traslativo, di una sua efficacia retroattiva – dichiarativa e di una sua funzione distributiva ⁽¹⁵⁾.

Ulteriore questione dibattuta è quella relativa alla natura onerosa o gratuita della divisione. In merito è stato autorevolmente sostenuto che il contratto in parola può essere ricondotto all'interno di quegli atti c.d. misti o neutri ⁽¹⁶⁾, perché non suscettibile del tutto in nessuna delle menzionate categorie. Sembra tuttavia doversi propendere per la natura onerosa del contratto di divisione ⁽¹⁷⁾, dovendosi considerare che il soggetto acquista la proprietà della porzione a fronte dell'estinzione, e quindi della perdita, del diritto di quota sui beni comuni ⁽¹⁸⁾.

Per la medesima ragione crediamo possa ritenersi, anche a fronte della retroattività degli effetti di cui [all'art. 757 c.c.](#) – peraltro da considerare quale mero «modo di disciplinare i rapporti giuridici» ⁽¹⁹⁾ –, che il contratto in parola abbia natura costitutiva, essendo il suo carattere essenziale la «conversione della quota nella porzione» ⁽²⁰⁾.

3. Invalidità e vizi della volontà nel contratto divisorio

Anche la divisione ereditaria, quale contratto, è soggetto all'annullabilità ⁽²¹⁾ per vizi del consenso, ancorché, ai sensi *dell'art. 761 c.c.*, il legislatore non abbia menzionato espressamente, a differenza della disciplina generale del contratto, l'errore quale causa di annullamento del contratto *de quo*. La mancanza di ulteriori riferimenti consente di ritenere che la disciplina applicabile, in caso di divisione affetta da dolo ⁽²²⁾ e violenza, sia quella generale dettata per l'annullabilità del contratto ⁽²³⁾.

Per il mancato riferimento all'errore, dottrina e giurisprudenza pressoché unanimi ⁽²⁴⁾ sono concordi nell'escludere l'errore quale generico vizio del consenso per il contratto di divisione: *inclusio unius, exclusio alterius*.

È di tutta evidenza quindi come, anche in riferimento al momento patologico, il contratto di divisione presenti, rispetto alla disciplina generale del contratto, delle peculiarità di non secondaria importanza per l'interprete ⁽²⁵⁾.

In dottrina si è variamente giustificata l'irrilevanza dell'errore ritenendo, da un lato, che il legislatore abbia predisposto altri rimedi coincidenti dal punto di vista dell'ambito di applicazione, quali la divisione supplementare e la rescissione ⁽²⁶⁾, e, dall'altro, che tale scelta si spieghi nello sfavore verso lo stato di comunione ⁽²⁷⁾.

Autorevole dottrina ha argomentato tale ultimo assunto sulla base della considerazione secondo cui l'esclusione dell'errore, quale vizio da cui potrebbe originare l'annullamento del contratto di divisione, sarebbe giustificata dall'esigenza di mantenere il più fermo possibile la divisione effettuata ⁽²⁸⁾.

In altri termini, secondo la dottrina da ultimo citata, la scelta del legislatore di escludere la rilevanza dell'errore quale vizio in grado di condurre all'annullamento del contratto di divisione può ravvisarsi in un generico *favor divisionis* del legislatore, a svantaggio dello stato di comunione che sarebbe destinato a ricostituirsi in seguito alla declaratoria di invalidità del contratto di divisione.

Altra ricostruzione, partendo dalla natura dichiarativa del contratto di divisione, ha ritenuto che l'irrilevanza dell'errore costituisca applicazione di un principio generale per cui nei negozi di accertamento l'ammissibilità dell'impugnativa per errore è più limitata ⁽²⁹⁾.

Sembra peraltro, che la giustificazione della irrilevanza dell'errore nel contratto di divisione possa essere rinvenuta, in accordo con parte della dottrina, nella scarsa importanza che in tale contratto assume lo stato psicologico e soggettivo a fronte della centralità della corrispondenza tra porzione e quota ⁽³⁰⁾. Tale giustificazione troverebbe peraltro una implicita conferma in alcune particolarità che, sotto il punto di vista patologico, il contratto di divisione presenta ⁽³¹⁾.

Crediamo infatti che l'irrilevanza dell'errore possa essere letta e valutata in base ad una considerazione di sistema dove si tenga presente la disposizione *dell'art. 763 c.c.*, con la quale il legislatore ha ignorato, come avremo modo di vedere nel prosieguo, la componente soggettiva, ritenendo irrilevante sia lo stato di bisogno che l'appropriamento, a vantaggio di quella oggettiva, riducendo la soglia di rilevanza della lesione dalla metà ad un quarto. Si può quindi ritenere che il legislatore, conformemente a tale scelta, abbia deciso di limitare la rilevanza della falsa rappresentazione della realtà della parte, che consiste in elementi soggettivi la cui qualificazione come causa di annullabilità sarebbe meno compatibile con la disposizione che ammette la rescissione per lesione oltre il quarto.

4. Segue: l'errore nella divisione ereditaria

Così ricostruita la disciplina dei vizi della volontà per il contratto di divisione si deve tenere comunque presente che il legislatore, come anche la giurisprudenza e la dottrina, non hanno escluso in termini assoluti la rilevanza dell'errore quale elemento in grado di incidere sulla validità del contratto di divisione.

Si è peraltro avvertita l'esigenza di ricercare un rimedio per quei casi, più particolari, in cui l'errore cada sul titolo, sui soggetti o sull'entità della quota ⁽³²⁾.

Sotto la vigenza del codice del 1865 si affermava che i vizi sui presupposti, da ricondurre all'errore ostativo, comportassero la nullità del contratto di divisione ⁽³³⁾. Avendo il nuovo codice eliminato la distinzione tra errore vizio ed errore ostativo ⁽³⁴⁾ parte della dottrina ha ritenuto che l'errore sui presupposti conduca all'annullabilità del contratto di divisione ⁽³⁵⁾ mentre un'altra concezione affermava la generica inefficacia del contratto in caso di errore sui soggetti ⁽³⁶⁾.

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità più risalente, in una isolata pronuncia ha ritenuto rilevante l'errore riguardante i presupposti indispensabili della divisione, dove non si concreta un vizio della volontà ma una mancanza di causa idonea a giustificare il negozio, conseguendone la nullità assoluta ⁽³⁷⁾.

La giurisprudenza più recente è invece incline a ritenere che l'errore che «cade sui presupposti della divisione stessa, quali la qualità di erede, la natura della successione, l'esistenza della comunione» ⁽³⁸⁾, sia causa di annullamento del contratto di divisione. Secondo tale orientamento giurisprudenziale, quindi, l'errore sui presupposti di fatto della divisione legittimerebbe una pronuncia di annullamento, e non anche la nullità, del contratto di divisione anche in mancanza del requisito della riconoscibilità dell'errore in quanto difetterebbero esigenze di tutela dell'affidamento ⁽³⁹⁾.

La dottrina più recente, partendo dalla considerazione della causa del contratto di divisione, è giunta a sostenere, condivisibilmente, la nullità del contratto *de quo* stipulato con errore sui presupposti ⁽⁴⁰⁾, salvo che questi costituiscano errori sulla quota, nel qual caso troverebbe applicazione lo specifico rimedio di cui [all'art. 763 c.c.](#)

In tal senso, sulla base della considerazione della causa quale ragione pratica del contratto ⁽⁴¹⁾, l'elemento causale del contratto di divisione, da intendere quale apporzionamento proporzionale del bene tra i compartecipi, poggerebbe – difettando proprio l'elemento causale – su presupposti differenti rispetto a quelli reali in ragione di un errore sul titolo o sui soggetti che induce a ritenere il contratto nullo.

Al riguardo riteniamo applicabili alla divisione i principi generali propri dei contratti con comunione di scopo ⁽⁴²⁾ ed in particolare, per quanto qui interessa, la disposizione [dell'art. 1420 c.c.](#), «quanto meno nell'ipotesi in cui l'assegnazione sia stata fatta erroneamente ad un estraneo» ⁽⁴³⁾. In tal senso, infatti, il contratto di divisione presenta la caratteristica, propria dei contratti con comunione di scopo, per cui ogni parte riceve una convenienza dalla partecipazione delle altre parti ⁽⁴⁴⁾.

La giurisprudenza di legittimità ⁽⁴⁵⁾ ha peraltro applicato, nel caso di sopravvenuta inedificabilità dell'immobile assegnato con contratto di divisione, la presupposizione, ritenendola nel caso di specie quale causa di annullamento del contratto ⁽⁴⁶⁾.

Esclusa una irrilevanza in termini assoluti dell'errore in riferimento alla divisione si è visto come parte della dottrina abbia giustificato la scelta del legislatore di non menzionare [nell'art. 761 c.c.](#) l'errore sulla base della considerazione che sarebbero stati predisposti differenti rimedi in grado di ricoprire il medesimo ambito applicativo di tale vizio.

In effetti il legislatore ha previsto due differenti rimedi che assumo rilevanza in caso di contratto di divisione affetto da errore ⁽⁴⁷⁾, rappresentati rispettivamente dal diritto al supplemento alla divisione e dalla rescissione per lesione oltre il quarto ⁽⁴⁸⁾. Si deve peraltro tener presente come la previsione di siffatti specifici rimedi non sia stata considerata in dottrina quale idoneo surrogato dell'annullamento ⁽⁴⁹⁾.

In riferimento all'omissione di beni ereditari, [l'art. 762 c.c.](#) esclude l'invalidità della divisione e consente, a fronte di un errore accidentale ⁽⁵⁰⁾ ma anche di un occultamento malizioso ⁽⁵¹⁾ di beni comuni risultando irrilevante la causa dell'omissione ⁽⁵²⁾, una divisione supplementare.

La divisione supplementare non è qualificabile quale integrazione della precedente divisione ma come una nuova divisione ⁽⁵³⁾. Ne deriva, come affermato in giurisprudenza, che nei confronti della divisione parziale, costituendo questa un atto dotato di propria autonomia, è possibile esercitare legittimamente l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto anche senza attendere lo scioglimento della comunione sui residui beni ⁽⁵⁴⁾.

[L'art. 763 c.c.](#) attribuisce inoltre al coerede il diritto di esercitare l'azione di rescissione quando questo sia stato leso oltre il quarto. A fronte di una lesione oggettivamente superiore ad un quarto, tramite la rescissione, si produce l'effetto di ripristinare la comunione ereditaria. L'azione di rescissione della divisione si differenzia notevolmente, quanto a presupposti, dall'azione generale di rescissione di cui [all'art. 1448 c.c.](#) dove questa richiede la lesione superiore alla metà e che la sproporzione sia dipesa da uno stato di bisogno di una parte di cui l'altra abbia tratto profitto, oltre a prevedere differenti termini di prescrizione ⁽⁵⁵⁾.

La *ratio* della norma è stata individuata in dottrina nella valorizzazione della tendenziale proporzionalità delle quote propria della divisione ⁽⁵⁶⁾ avendo il legislatore deciso di prescindere da qualsiasi rilevanza dell'elemento soggettivo a totale vantaggio di quello oggettivo della lesione oltre il quarto ⁽⁵⁷⁾. L'assunto trova certamente conferma nell'ulteriore previsione legislativa che prevede la garanzia per evizione nella divisione dove si riconosce una responsabilità *pro quota* di tutti i soggetti che hanno preso parte alla divisione per la depauperazione subita da uno di loro ⁽⁵⁸⁾.

Sebbene il rimedio rescissorio nella divisione possa sovente venire in rilievo a fronte di un errore, a prescindere dalla natura di questo, non è escluso che lo stesso rimedio possa essere utilizzato in presenza anche di una mera debolezza contrattuale ⁽⁵⁹⁾, visto che il legislatore ha deciso di dare esclusiva rilevanza allo squilibrio economico e non anche alla genesi dello stesso ⁽⁶⁰⁾. Si consideri ulteriormente che lo squilibrio richiesto dalla norma può dipendere anche da un errore sull'entità delle quote ⁽⁶¹⁾.

5. Divisione transattiva, transazione divisoria e accordi di reintegrazione della legittima

Come noto, mentre agli atti diversi dalla divisione aventi comunque funzione divisoria si applicano analogicamente le norme sulla divisione e, per quanto qui interessa, sono soggetti all'azione di rescissione di cui *all'art. 764 c.c.*, non altrettanto può legittimamente farsi con riferimento a quegli atti che, pur facendo cessare la comunione, non hanno funzione divisoria.

La possibilità di esercitare la rescissione a seguito di una lesione *ultra quantum* originata dal contratto divisorio assume una portata centrale in relazione alle differenti fattispecie di divisione transattiva e transazione divisoria, contratti che devono rimanere distinti e la cui classificazione, terminologicamente coniata da autorevole dottrina sotto il codice previgente ⁽⁶²⁾, non risulta pacificamente ammessa in dottrina ⁽⁶³⁾.

In riferimento alla transazione ed alla transazione divisoria, *l'art. 1970 c.c.*, secondo autorevole dottrina per mere ragioni di politica legislativa ⁽⁶⁴⁾, sottrae il contratto in questione all'azione di rescissione «allo scopo di favorire la stabilità del contratto transattivo» ⁽⁶⁵⁾.

La differenza tra i due atti è data essenzialmente dal momento in cui si verificano le questioni risolte rispetto al contratto posto in essere, assumendo quindi rilevanza centrale l'elemento cronologico che è inevitabilmente destinato ad incidere, ancorché indirettamente, sull'elemento causale del contratto. Mentre con la transazione divisoria – che non possiede funzione divisoria – vengono risolte questioni insorte a causa della divisione (e quindi successivamente alla stessa); nella divisione transattiva – che ha funzione divisoria – le questioni sono sorte anteriormente o contestualmente al contratto di divisione posto in essere dalle parti e mediante questo vengono risolte ⁽⁶⁶⁾.

L'identificazione e la qualificazione del negozio di volta in volta posto all'attenzione dell'interprete, crediamo possa, o meglio debba, avvenire dando rilievo centrale all'elemento causale che può essere determinato in base ai dati cronologici sopra menzionati.

Il tal modo, qualora la ragione che ha indotto le parti a concludere il contratto sia principalmente, o meglio prevalentemente, rinvenibile in una funzione divisoria saremo di fronte ad una divisione transattiva, con conseguente applicabilità della relativa disciplina, tra cui *l'art. 764 c.c.* Contrariamente, qualora l'elemento causale sia maggiormente afferente al negozio transattivo il contratto sarà soggetto alle disposizioni di cui agli artt. 1965 ss. c.c., con esclusione, quindi, della possibilità di chiedere la rescissione del negozio.

Non crediamo che i criteri proposti, che attribuiscono un ruolo centrale all'elemento causale, possano indurre l'interprete in errore in quanto eccessivamente astratti ⁽⁶⁷⁾. Basti a tal fine considerare che l'elemento causale, secondo la concezione oggi accolta in giurisprudenza ⁽⁶⁸⁾, deve essere inteso come causa in concreto ossia quale ragione pratica del contratto.

Parte della dottrina ha recentemente affermato che anche l'accordo di reintegrazione della legittima può essere inquadrato in termini di paradivisorio con conseguente potenziale applicazione dell'azione di rescissione ex *art. 763 c.c.* qualora non presenti natura transattiva ⁽⁶⁹⁾. L'assunto, lungi dall'essere in questa sede compiutamente affrontabile ⁽⁷⁰⁾, consente di affermare come la contrapposizione divisione/transazione non sia fine a se stessa, ma debba essere risolta compiutamente in tutti quei casi in cui, come quello della reintegrazione

della legittima, il negozio di volta in volta usato possa essere potenzialmente ricondotto a differenti schemi causali.

Si può quindi ritenere che, a fronte di situazioni giuridiche confliggenti che si concretino nella successiva stipula di un contratto con il quale le parti tolgano di mezzo le contrapposte posizioni tramite l' *aliquid datum et retentum* si individuerà la causa transattiva ⁽⁷¹⁾ mentre, diversamente, si dovrà propendere per la qualificazione del contratto come divisione transattiva con conseguente applicabilità della disciplina dettata in tema di divisione.

6. Il diritto di ritenzione tra pluralità e unità di fattispecie

Ulteriore aspetto preso in considerazione dalla sentenza in rassegna è costituito dal diritto di ritenzione, figura che nel nostro ordinamento ha ricevuto una scarsa attenzione da parte della recente dottrina, che se ne è occupata unicamente in maniera settoriale. Nella pronuncia in epigrafe, invero, risultava invocato dall'appellante un diritto di ritenzione che non sembra trovare un diretto fondamento normativo nelle singole ipotesi in cui questo diritto è riconosciuto dal legislatore, in quanto si riteneva sussistere in conseguenza di una invalidità della divisione o, comunque, a titolo di compensazione.

Per quanto qui interessa, una prima ipotesi di diritto di ritenzione riconosciuta in ambito successorio è costituita dall'*art. 748 c.c.* dove si ammette che il coerede che abbia conferito in collazione, ovviamente in natura e non per imputazione, ha il diritto di ritenere il bene sino all'effettivo rimborso delle somme che gli sono dovute per le spese ed i miglioramenti. Si afferma comunemente che la disposizione in parola costituisce espressione del più generale principio che consente il diritto di ritenzione al possessore in buona fede ex *art. 1152 c.c.*

Inoltre, sempre in ambito successorio, l'*art. 535 c.c.* prevede che le disposizioni in tema di possesso, compreso quindi il diritto di ritenzione ivi riconosciuto, trovino applicazione anche al possessore di beni ereditari per ciò che concerne la restituzione di frutti, le spese, i miglioramenti e le addizioni ⁽⁷²⁾.

La controversia che ha condotto alla pronuncia in epigrafe, nella quale peraltro l'invocato diritto di ritenzione non era ricondotto al disposto dell'*art. 748 c.c.*, costituisce l'occasione per fornire qualche considerazione sulla figura del diritto di ritenzione, che presenta un indubbio fascino a livello dogmatico.

Il diritto di ritenzione, fattispecie riconducibile al concetto di autotutela ⁽⁷³⁾ – *sub specie* unilaterale passiva ⁽⁷⁴⁾ – nel diritto civile, è la facoltà attribuita al creditore di trattenere un bene, rifiutandone la restituzione al debitore, fino al soddisfacimento del proprio credito ⁽⁷⁵⁾.

Scopo proprio del diritto di ritenzione è, dunque, quello di rafforzare la *solutio*, o la tutela del credito in generale, da parte del proprietario del bene che tuttavia non cambia, dovendosi sottolineare come il bene oggetto della ritenzione non entri a far parte del patrimonio del creditore. Secondo parte della dottrina quindi, il diritto di ritenzione non opererebbe quale garanzia ma quale misura coercitiva, essendo qualificabile come «mezzo per indurre il debitore all'adempimento» ⁽⁷⁶⁾.

Il diritto di ritenzione, riscontrabile già nel diritto romano ⁽⁷⁷⁾, non costituisce nel nostro ordinamento un istituto autonomo, trovando invece riscontro in singole disposizioni normative, tra le quali – per la loro rilevanza – si ricordano in particolare, l'*art. 1152 c.c.* in tema di indennità al possessore in buona fede e l'*art. 2040 c.c.* per le spese e le miglioni nel pagamento dell'indebito ⁽⁷⁸⁾.

La riconducibilità del diritto di ritenzione agli istituti qualificati come di autotutela è genericamente ammessa in dottrina, dottrina in cui tuttavia non vi è uniformità di vedute circa il fondamento giuridico del diritto in parola.

Secondo alcuni autori, l'istituto costituisce applicazione dell'antico diritto di rappresaglia ⁽⁷⁹⁾, il quale peraltro aveva una funzione risarcitoria e non di tutela del credito, in quanto misura di coercizione indiretta, quale si riconosce oggi al diritto di ritenzione.

Secondo altra parte della dottrina il diritto di ritenzione sarebbe riconducibile ad una tacita costituzione di pegno ⁽⁸⁰⁾, pur difettando degli elementi costitutivi essenziali dati dalla volontà del debitore e dello *ius distrahendi* ⁽⁸¹⁾, ossia della facoltà di disporre del bene oggetto di pegno in caso di inadempimento. Non può infine nascondersi come, ad ulteriore differenza tra pegno e

diritto di ritenzione, si pongano gli elementi costitutivi di quest'ultimo. In tal senso infatti «il diritto di ritenzione sorge solo quando il soggetto sia già in possesso della cosa e vanti un credito nato a causa di esso, mentre invece questi precedenti non sono necessari per la nascita del pegno» ⁽⁸²⁾.

Altra parte della dottrina sostiene che il diritto di ritenzione sia da correlare all'equilibrio delle posizioni delle parti del rapporto obbligatorio che diversamente, ed in particolare a fronte della tempestiva restituzione del bene, verrebbe pregiudicato ⁽⁸³⁾. Su tale via si è posto un parallelismo tra diritto di ritenzione, compensazione ed eccezione di inadempimento in quanto tutte queste figure sarebbero riconducibili al fenomeno «per cui il debitore rifiuta di adempiere la propria prestazione in quanto è a sua volta creditore di colui al quale la prestazione spetta» ⁽⁸⁴⁾.

È tuttavia da tenere presente che la ritenzione, diversamente dalla compensazione, non estingue il rapporto obbligatorio ma consente unicamente di rifiutare la restituzione del bene ⁽⁸⁵⁾, e che a fronte della definitività degli effetti prodotti dalla compensazione la ritenzione costituisce una situazione provvisoria e temporanea ⁽⁸⁶⁾.

Per quanto riguarda la distinzione rispetto all'eccezione di inadempimento ⁽⁸⁷⁾ questa si basa sulla considerazione che mentre il rimedio di cui [all'art. 1460 c.c.](#) richiede l'esistenza di un contratto a prestazioni corrispettive da cui origini l'obbligazione inadempita, nel diritto di ritenzione non è necessariamente presente un contratto ⁽⁸⁸⁾.

Per quanto riguarda la natura giuridica del diritto di ritenzione ci sembra che questo presenti, nella fase stragiudiziale, indubbie caratteristiche proprie delle eccezioni in senso sostanziale; mentre una volta prospettato nel corso del giudizio teso alla restituzione assurga ad allegazione dell'inadempimento della controparte ⁽⁸⁹⁾.

Ulteriormente dibattuta è la natura giuridica del diritto di ritenzione e, conseguenzialmente, la sua opponibilità o meno ai terzi ⁽⁹⁰⁾.

Circa la natura giuridica del diritto di ritenzione, ai contrapposti orientamenti che affermano la natura reale ⁽⁹¹⁾ o personale ⁽⁹²⁾ del diritto in parola, se ne è affiancato un terzo volto a considerare la natura mista o *sui generis* dello stesso diritto ⁽⁹³⁾. La questione sembra riproporre la disputa avutasi in riferimento ad altri istituti ⁽⁹⁴⁾, disputa che risente indubbiamente del problema della tipicità dei diritti reali ⁽⁹⁵⁾.

Come anticipato, intimamente connesso alla problematica della natura giuridica del diritto di ritenzione, è quella della opponibilità o meno ai terzi del diritto di ritenzione. La questione, che sembra risenta a prima vista della contrapposizione tra «diritto reale-opponibilità ai terzi» e «diritto personale-inopponibilità ai terzi» ⁽⁹⁶⁾, è per lo più risolta nel considerare l'opponibilità ai terzi del diritto di ritenzione anche qualora lo si qualifichi quale diritto di natura personale ⁽⁹⁷⁾.

In riferimento al diritto di ritenzione non può non tenersi conto della recente innovazione apportata dal legislatore francese sull'argomento, dove, con l' *ordonnance* n. 2006-346 del 23.3.2006, si è generalizzato – analogamente a quanto previsto nell'ordinamento tedesco ⁽⁹⁸⁾ – il diritto di ritenzione attribuendovi, con l'art. 2286 code civil, una disciplina unitaria ⁽⁹⁹⁾. Proprio la giurisprudenza francese si è recentemente occupata della natura giuridica del diritto di ritenzione e della sua opponibilità ai terzi affermando che «le droit de rétention est un droit réel, opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette» ⁽¹⁰⁰⁾. Diversamente la dottrina tedesca risulta concorde nell'affermare la natura personale della ritenzione, che produce effetti obbligatori e non anche reali verso i terzi ⁽¹⁰¹⁾.

Emerge un quadro delle concezioni del diritto di ritenzione quanto mai frastagliato ed eterogeneo, tanto da legittimare, specie dopo un'analisi comparatistica del fenomeno, dubbi sulla riferibilità ad un unico istituto giuridico.

Per quanto riguarda l'esercizio del diritto di ritenzione si ritiene che presupposto principale sia dato dalla materiale disponibilità del bene da parte del creditore e che, secondariamente, il credito sulla base del quale si esercita il diritto di ritenzione sia certo ed esigibile, non essendo necessaria anche la sua liquidità, in base agli argomenti desumibili [dall'art. 1152 c.c.](#)

Ulteriore presupposto ritenuto necessario in dottrina per legittimare il diritto di ritenzione – non anche nella sua forma privilegiata ⁽¹⁰²⁾ – è dato dalla presenza di una connessione tra il bene su cui ricade il diritto di ritenzione ed il credito da soddisfare ⁽¹⁰³⁾. Su tale connessione tuttavia la dottrina non è pacifica dovendosi, secondo alcuni, qualificare la connessione in parola come

giuridica e/o materiale mentre, secondo altri, quale connessione occasionale o causale in quanto dal bene dovrebbe originare il credito cui il diritto di ritenzione è posto a presidio ⁽¹⁰⁴⁾.

Occorre al riguardo sottolineare preventivamente come che la connessione posta alla base del diritto di ritenzione in generale non sia una connessione di tipo soggettivo come quella presa in considerazione [dall'art. 2794 c.c.](#) in tema di pegno gordiano quanto, piuttosto, una connessione di tipo oggettivo, avente ad oggetto il bene ed il credito ⁽¹⁰⁵⁾.

La giurisprudenza di legittimità, in una recente pronuncia a quanto consta inedita, si è occupata della questione ancorché in relazione al diritto di ritenzione accordato in favore dell'affittuario del fondo rustico, affermando che il riconoscimento del diritto di ritenzione non è scindibile dall'esistenza del credito o dall'accertamento di questo, finendo, quindi, per considerare la necessità di un rapporto diretto tra il credito e la *res* oggetto del diritto di ritenzione ⁽¹⁰⁶⁾. Sembra quindi che la giurisprudenza di legittimità propenda, nelle ipotesi di diritto di ritenzione riconducibile alla disposizione di cui [all'art. 1152 c.c.](#), per la necessità di una connessione di fatto o materiale tra il bene ed il credito, mentre differente conclusione ci sembra debba essere raggiunta in altre ipotesi normative come ad esempio il 2° co. [dell'art. 2794 c.c.](#) dove la connessione è di diverso tipo e, segnatamente soggettiva. Crediamo quindi che il tipo di connessione richiesta dal legislatore non sia dello stesso tipo per tutti i casi di diritto di ritenzione ma debba essere diversamente qualificata a seconda delle differenti ipotesi normative.

Come anticipato in precedenza, il diritto di ritenzione non è considerato, dal nostro ordinamento, alla stregua di un istituto autonomo e di portata generale. Si pone quindi l'interrogativo, di non secondaria importanza, se sia possibile considerare le ipotesi in cui espressamente si prende in considerazione un diritto di ritenzione come tassative o, diversamente, possa parlarsi di un generico ed unitario diritto di ritenzione.

La giurisprudenza, a cui sembra prestare adesione la sentenza in rassegna, nega la possibilità di una applicazione analogica o estensiva del diritto di ritenzione, sulla base della asserita eccezionalità degli istituti di autotutela in generale ⁽¹⁰⁷⁾. Di contro la giurisprudenza non sembra escludere la possibilità che la volontà delle parti possa determinare una ritenzione convenzionale anche fuori dai casi previsti dal codice civile ⁽¹⁰⁸⁾. La dottrina, diversamente, presenta posizioni più variegiate rinvenendosi alcuni autori propensi all'applicazione estensiva ⁽¹⁰⁹⁾ ed altri contrari ⁽¹¹⁰⁾.

Sembrerebbe potersi affermare, in accordo con la ricostruzione tradizionale, che in assenza di una norma che esplicitamente generalizzi lo *ius retentionis* non possa sostenersi una sua applicazione analogica fuori dai casi previsti dal legislatore. Diversamente teorizzando si giungerebbe, come afferma la giurisprudenza di legittimità, ad applicare analogicamente un istituto di carattere eccezionale, quali sono quelli riconducibili all'autotutela ⁽¹¹¹⁾, in aperto contrasto con principi fondamentali del nostro ordinamento quali, principalmente, il divieto della ragion fattasi.

Si deve tuttavia tener presente una recente presa di posizione della giurisprudenza di legittimità che ha affermato un principio che può potenzialmente aprire la strada ad una applicazione più ampia dell'autotutela e, per quanto qui interessa, del diritto di ritenzione. Si è in tale sede considerato che «il principio dell'autotutela possessoria, o della legittima difesa privata del possesso [...] trova ingresso nel nostro diritto come principio di ragione naturale, prima ancora che giuridica» ⁽¹¹²⁾.

Prendendo le mosse dalla giurisprudenza da ultimo segnalato, crediamo che la soluzione al quesito dell'applicazione analogica del diritto di ritenzione e dell'autotutela in generale debba passare per una constatazione di base che induce a confrontare le singole «situazioni in cui l'ordinamento riconosce la prevalenza dell'interesse alla difesa del proprio diritto a fronte dell'interesse dell'autore dell'illecito o della minaccia» ⁽¹¹³⁾ per arrivare ad affermare che «la molteplicità di tali situazioni concorre a delineare un sistema aperto in cui le previsioni autorizzative dell'autotutela appaiono suscettibili di essere applicate anche ai casi non previsti quando il fondamento della norma ne imponga la medesima applicazione» ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁾ La comunione ereditaria si costituisce a fronte dell'accettazione di più eredi indipendentemente dal titolo, ossia indipendentemente dal fatto che concorrano eredi legittimi

e testamentari. Controversa era l'appartenenza dei crediti del defunto alla comunione ereditaria, sul tema è recentemente intervenuta la giurisprudenza di legittimità affermando che «i crediti del *de cuius* non si dividono automaticamente tra i coeredi in ragione delle rispettive quote, ma entrano a far parte della comunione ereditaria; ciascuno dei partecipanti ad essa può agire singolarmente per far valere l'intero credito ereditario comune o anche la sola parte di credito proporzionale alla quota ereditaria, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti gli altri coeredi, la cui partecipazione al giudizio può essere richiesta dal convenuto debitore in relazione ad un concreto interesse all'accreditamento nei confronti di tutti della sussistenza o meno del credito» (*Cass., S.U., 28.11.2007, n. 24657*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 4).

⁽²⁾ Per le varie figure di divisione v.: Sesta, *Comunione di diritti. Scioglimento Lesione*, Napoli, 1988, 53 ss.; Minervini, *Divisione contrattuale e atti equiparati*, Napoli, 1990.

⁽³⁾ Al riguardo v. Bianca, *Diritto civile, 6, La proprietà*, Milano 1999, 496; Minervini, *Divisione*, cit.; recentemente Luminoso, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, nei *Quaderni delle fondazione italiana per il notariato*, 2008, 8 ss.

⁽⁴⁾ L'innovativa ricostruzione intorno al contratto di divisione si deve al Deiana (G. Deiana, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 15; v. inoltre Id., *Problemi e riforma in tema di divisione*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1946, I, 420 ss.).

⁽⁵⁾ Secondo questa concezione, usando le parole del Pothier «la divisione tra coeredi, o tra qualsivogliano altri comproprietari va considerata come una specie di contratto di permuta, in forza del quale io ero considerato permutare la porzione indivisa che aveva nelle cose che cadevano nella vostra quota contro quella che voi avevate in quelle che cadevano nella mia» (Pothier, *Trattato del contratto di vendita*, 2ª ed. it., Napoli, 1832, II, par. 630, 153 s.; in termini analoghi Id., *Trattato della comunione dei beni*, Napoli, 1841, I, par. 134, 164). Sull'argomento v. Moscati, *Divisione: I) profili generali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 5 ss.

⁽⁶⁾ Deiana, *Concetto*, cit., 29.

⁽⁷⁾ Miraglia, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, 177.

⁽⁸⁾ Si parla in dottrina, in vari termini, di apportionamento proporzionale (ex *plurimis* v. Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria*, Tratt. Cicu e Messineo, Milano, 1961, 403 ss.; Mirabelli, *Divisione (dir. civ.)*, in *Nuovo dig.*, VI, Torino, 1964, 34; Burdese, *Comunione e divisione ereditaria*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 4; Moscarini, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 538).

⁽⁹⁾ Deiana, *Concetto*, cit., 15 ss., più di recente v. Lener, *La comunione*, in *Tratt. Rescigno*, VIII, Torino, 1982, 328.

⁽¹⁰⁾ Mirabelli, *Intorno al negozio divisorio*, in *Arch. giur.*, 1949, 7; Mirabelli, *Divisione*, cit., 35; Cicu, *Successioni*, cit., 36. V. inoltre Forchielli – Angeloni, *Della divisione (Artt. 713-768)*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2000, 31 ss.; Burdese, *Comunione*, cit., 4; Bonilini, *Divisione*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1990, 484.

⁽¹¹⁾ In termini generali sulla problematica della natura giuridica del contratto di divisione v. di recente Musolino, *Natura ed effetti della divisione*, in *Riv. notariato*, 2004, 788.

⁽¹²⁾ In tal senso affermava già il Pothier che «una divisione [...] non è altro cosa se non un atto che determina la parte indeterminata che aveva prima della divisione ciascun coerede nella massa che è stata divisa, alle sole cose che cadono nella mia porzione» (Pothier, *Trattato dei contratti di vendita*, cit., 154). Sostengono la natura dichiarativa del contratto di divisione: Cicu, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, 1; Deiana, *Per la futura soppressione dell'art. 757 c.c.*, in *Foro padano*, 1947, III, 67 e 113; Carusi, *Osservazioni in tema di comunione e efficacia dichiarativa della divisione*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1948, I, 373; A. Mora, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, 346; Branca – De Martino, *Della proprietà (Artt. 1100-1172)*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1962, 280.

⁽¹³⁾ La concezione che qualificava il contratto di divisione quale negozio di accertamento, pur autorevolmente sostenuta, non ha avuto particolari seguiti in dottrina (Carnelutti, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1940, I, 20; Corrado, *Il negozio di*

accertamento, Torino, 1942, 7; *contra* Bianca, *La proprietà*, cit., 486, il quale opportunamente rileva che il contratto di divisione, a differenza del negozio di accertamento che mira a rimuovere lo stato di incertezza, ha quale effetto quello di mutare l'oggetto del diritto di comunione).

⁽¹⁴⁾ In tal senso C.M. Bianca, *La proprietà*, cit., 486; Luminoso, *Contratto di divisione*, cit., 16; G. Mirabelli, *Divisione*, cit., 35; Forchielli – Angeloni, *Della divisione*, cit., 58; Minervini, *Divisione*, cit., 59.

⁽¹⁵⁾ Burdese, *Nuove prospettive per la qualificazione del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 634.

⁽¹⁶⁾ Per la categoria degli atti neutri v. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 291; Piras, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, 128. Per la possibilità di ricondurre il contratto di divisione agli atti neutri v. Casulli, *Divisione ereditaria (diritto civile)*, in *Nuovo dig.*, VI, Torino, 1960, 54. Recentemente, in tal senso, Luminoso, *Divisione*, cit., 17.

⁽¹⁷⁾ Deiana, *Concetto e natura*, cit., 67, Burdese, *Comunione*, cit., 6; Bianca, *La proprietà*, cit., 486.

⁽¹⁸⁾ Si tenga al riguardo presente che «il connotato del contratto a titolo oneroso è visto specificamente nel vantaggio che ciascuna parte riceve in corrispondenza della sua prestazione [...]. Ciò che importa [...] è che all'attribuzione a carico di una parte faccia riscontro un'attribuzione a carico dell'altra» (così Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 493).

⁽¹⁹⁾ Bianca, *La proprietà*, cit., 486, nt. 96.

⁽²⁰⁾ Bianca, *op. loc. ult. cit.*, nt. 97.

⁽²¹⁾ L'annullamento del negozio divisorio presenta la particolare conseguenza di dare reviviscenza alla comunione ereditaria (Mora, *Il contratto di divisione*, cit., 394).

⁽²²⁾ In riferimento al dolo la giurisprudenza ha affermato che determina invalidità della divisione soltanto il dolo causale e non quello incidente (Cass., 12.3.1960, n. 491, in *Foro it.*, 1960, I, 1743). In tal caso, concretandosi una omissione di beni si avrà un supplemento divisionale (v. anche C. App. Ancona 28.6.1956, in *Rep. Foro it.*, 1957, *Divisione*, n. 103-104).

⁽²³⁾ Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1980, 226.

⁽²⁴⁾ Unico precedente riscontrabile in senso contrario è rinvenibile in App. Torino, 20.7.1951, in *Giur. it.*, 1952, I, 2, 754 ss., secondo cui «la divisione consensuale, come contratto, è sottoposto alle regole generali di tutti i contratti, e pertanto vale anche per essa la regola dell'impugnabilità per errore».

⁽²⁵⁾ In tal senso Luminoso, *Contratto di divisione*, cit., 18.

⁽²⁶⁾ Cicu, *Successioni*, cit., 458.

⁽²⁷⁾ Forchielli – Angeloni, *Della divisione*, cit., 722.

⁽²⁸⁾ Burdese, *La divisione*, cit., 229.

⁽²⁹⁾ Branca – De Martino, *op. cit.*, 288; Trabucchi, *Nota a App. Torino, 20.7.1951*, in *Giur. it.*, 1952, I, 2, 754.

⁽³⁰⁾ In tal senso Mirabelli, *Divisione*, cit., 36; Moscarini, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 565 s.; Luminoso, *Divisione*, cit., 18 s.

⁽³¹⁾ Luminoso, *Divisione*, cit., 19.

⁽³²⁾ Di Transo, *Sull'irrelevanza dell'errore nella divisione*, in *Dir. e giur.*, 1971, 538.

⁽³³⁾ N. Coviello – L. Coviello, *Diritto delle successioni. Parte generale*, 4^a ed., Napoli, 1935, 566.

⁽³⁴⁾ V. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 647.

⁽³⁵⁾ Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, 599.

⁽³⁶⁾ Barberio, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1965, 986.

⁽³⁷⁾ Cass., 7.3.1957, n. 773, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1612. In dottrina sembra propendersi per la nullità assoluta quando la divisione sia stata effettuata solo tra alcuni eredi o in base alle norme sulla successione legittima a fronte di una devoluzione testamentaria (G. Azzariti, *La divisione*, in *Tratt. Rescigno*, VI, Torino, 1997, 475).

⁽³⁸⁾ Cass., 24.7.1995, n. 8077, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 1421.

⁽³⁹⁾ Cass., 5.4.1975, n. 1217, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 1796.



- ⁽⁴⁰⁾ Cicu, *Successioni*, cit., 485; Forchielli – Angeloni, *Della divisione*, cit., 725; Di Transo, *Sull'irrelevanza*, cit., 539 s.; Trabucchi, *Nota*, cit., 753; A. Venditti, *Dell'annullabilità per errore della divisione consensuale. Atto di divisione e donazione indiretta*, in *Giust. civ.*, 1952, 709; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 14^a ed., Napoli, 2009, 527.
- ⁽⁴¹⁾ In dottrina v. Bianca, *Il contratto*, cit., 447. In giurisprudenza per la nozione di causa in concreto v. [Cass., 8.5.2006, n. 10490](#), in *Contr.*, 207, 621 ss.
- ⁽⁴²⁾ Sui contratti con comunione di scopo v.: Auletta, *La comunanza di scopo e la causa del contratto di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, I, 150; Belvedere, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 660 ss.
- ⁽⁴³⁾ Bianca, *La proprietà*, cit., 487, nt. 99.
- ⁽⁴⁴⁾ In tal senso: Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, 871 e 441 ss. Cfr. in merito Bianca, *Il contratto*, cit., 55 ss.
- ⁽⁴⁵⁾ [Cass., 6.12.1988, n. 6617](#), in *Rep. Foro it.*, 1988, *Divisione*, n. 7. Analogamente Mora, *Contratto di divisione*, cit., 389-390.
- ⁽⁴⁶⁾ In tema di presupposizione la recente giurisprudenza di legittimità ha affermato che «la presupposizione [...] legittima l'esercizio del recesso» ([Cass., 27.5.2007, n. 12235](#), in *Nuova giur. comm.*, 2007, I, 1177); diversamente, altra parte della giurisprudenza di legittimità fa conseguire alla presupposizione la risoluzione del contratto ([Cass., 24.3.2006, n. 6631](#), in *Contr.*, 2006, 1085) o, più genericamente, la caducazione ([Cass., 5.5.2010, n. 10899](#), in *dejure.giuffre.it*). Sulla presupposizione in dottrina v. Belfiore, *La presupposizione*, Torino, 2004.
- ⁽⁴⁷⁾ Sul rapporto tra irrilevanza dell'errore nel contratto di divisione ed i rimedi di cui agli [artt. 762 e 763 c.c.](#), v. Casulli, *Divisione ereditaria*, cit., 56.
- ⁽⁴⁸⁾ Sul riferimento a tale duplicità di rimedi in giurisprudenza v. [Cass., 11.2.1995, n. 1529](#), in *Giust. civ.*, 1995, I, 2119, con nota di Di Mauro, ed in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1139, con nota di Scarlatelli.
- ⁽⁴⁹⁾ Forchielli – Angeloni, *Della divisione*, cit., 722.
- ⁽⁵⁰⁾ App. Ancona, 28.6.1956, cit.
- ⁽⁵¹⁾ [Cass., 12.3.1960, n. 491, cit.](#)
- ⁽⁵²⁾ Burdese, *La divisione*, cit., 129; Morelli, *La comunione e la divisione ereditari*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* fondata da W. Bigiavi, 1986, 188.
- ⁽⁵³⁾ Forchielli – Angeloni, *Della divisione*, cit., 727; Burdese, *op. loc. ult. cit.*
- ⁽⁵⁴⁾ [Cass., 3.9.1997, n. 8448, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 1198.](#)
- ⁽⁵⁵⁾ Gazzara, *Divisione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 426.
- ⁽⁵⁶⁾ Burdese, *La divisione*, cit., 233.
- ⁽⁵⁷⁾ Burdese, *Nuove prospettive*, cit., 626.
- ⁽⁵⁸⁾ Luminoso, *Divisione*, cit., 18.
- ⁽⁵⁹⁾ Forchielli – Angeloni, *Della divisione*, cit., 732 il quale testualmente afferma che «la "lesione" divisoria [...] può prescindere dalla presenza di un errore e può essere non di rado il frutto di una semplice debolezza del contraente».
- ⁽⁶⁰⁾ Forchielli – Angeloni, *op. loc. ult. cit.*
- ⁽⁶¹⁾ Forchielli – Angeloni, *op. loc. ult. cit.*; in giurisprudenza [Cass., 14.10.1969, n. 3307, in *Mass. Foro it.*, 1969, 964.](#)
- ⁽⁶²⁾ Bigiavi, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Temi emiliana*, 1930, I, 121 ss.
- ⁽⁶³⁾ Mirabelli, *Transazione e divisione*, in *Foro it.*, 1952, I, 43; M. Sesta, *Comunione*, cit., 143-153-167.
- ⁽⁶⁴⁾ Mirabelli, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, 332.
- ⁽⁶⁵⁾ Micheli, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, nei *Quaderni delle fondazione italiana per il notariato*, 2008, 157.
- ⁽⁶⁶⁾ Bianca, *La proprietà*, cit., 498; Capozzi, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2002, 710; Bonilini, *Divisione*, in *Digesto civ.*, VI, Torino, 1990, 495.
- ⁽⁶⁷⁾ Così Micheli, *op. cit.*, 159, il quale identifica, riprendendo peraltro quanto sostenuto già dalla risalente giurisprudenza di legittimità ([Cass., 6.8.1997, n. 7219, in *Rep. Foro it.*, 1997, *Divisione*, n. 14\), la divisione transattiva «quanto il negozio](#)

produce l'effetto dell'attribuzione di quantità materiali di beni comuni coerenti con le porzioni ideali delle stesse» mentre «laddove [...] l'originario contrasto venga sanato con attribuzione di valori non proporzionali alle quote, ovvero si proceda ad attribuzione di beni senza proprio procedere al preventivo calcolo del rapporto tra porzioni materiali e quote ideali, l'atto [...] mostra una significativa insensibilità alla causa divisoria» (160). Invero non sembra che si possa convenire con la ricostruzione in parola tutte le volte in cui il negozio posto in essere per porre fine ad una lite, ex [art. 1965 c.c.](#), in occasione della divisione dovrebbe essere qualificato come divisione transattiva in ragione della mera attribuzione proporzionale di beni alle quote.

⁽⁶⁸⁾ V. *retro* nt. 41.

⁽⁶⁹⁾ Genevese, *Annulabilità per errore e rescissione per lesione dell'atto di reintegrazione della legittima*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 812.

⁽⁷⁰⁾ V. in merito Palazzo, *Le successioni*, I, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2002, 569.

⁽⁷¹⁾ Sulla causa transattiva v. in particolare: Del Prato, *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 813 ss.; D'Onofrio, *Della transazione (Artt. 1965-2976)*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1974; Palazzo, *Transazione*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999, 389; Franzoni, *La transazione*, Padova, 2001; Pugliatti, *Della transazione (artt. 1965-1976)*, in *Comm. D'Amelio e Finzi*, Firenze, 1949, 448.

⁽⁷²⁾ V. in argomento Basso, *Il diritto di ritenzione*, Milano, 2010, 146 ss.

⁽⁷³⁾ Sull'autotutela cfr. Bianca, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano 2000, 130; Betti, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 529; Bigliuzzi Geri, *Autotutela (Diritto civile)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988.

⁽⁷⁴⁾ Così Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, 736.

⁽⁷⁵⁾ Per interessanti considerazioni circa le problematiche di diritto internazionale privato sottese all'esercizio del diritto di ritenzione v. Nuyts, *Le droit de rétention en droit international privé: quelques observations sur le rôle de la loi de l'obligation, de la loi réelle, et de la loi du lieu d'exécution*, in *Rev. gén. droit civil belge*, 1992, 30 ss.

⁽⁷⁶⁾ Rubino, *Il pegno*, in Rubino – Gaetano, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno. I privilegi*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1956, 244.

⁽⁷⁷⁾ Nardi, *Profilo evolutivo della ritenzione romana*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 746 ss.

⁽⁷⁸⁾ Altre ipotesi di diritto di ritenzione previste dal legislatore si hanno negli artt. 975 (per i miglioramenti apportati al fondo dall'enfiteuta); 1006 e 1011 (per i crediti relativi alle riparazioni e alle spese sostenute dall'enfiteuta); 1502 (per le spese necessarie e utili effettuate nella vendita con patto di riscatto); 2235 (per il prestatore opera intellettuale); 2794 (per il creditor pignoratizio per i crediti sorti dopo la costituzione del pegno e scaduti prima che sia pagato il debito anteriore); [art. 17, l. 3.5.1982, n. 203](#) (per l'affittuario coltivatore diretto); [art. 34, l. 27.7.1978, n. 392](#) (per il conduttore di immobile urbano ad uso abitativo). Su questa ultima ipotesi v. Barba, *Sul diritto di ritenzione riconosciuto al conduttore di immobile abitato ad uso non abitativo*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1907.

⁽⁷⁹⁾ Urangia – Tazzoli, *Il diritto di ritenzione legale considerato specialmente nella legislazione commerciale*, Milano, 1897; contra Arias, *Lo svolgimento storico del diritto di ritenzione specialmente in materia commerciale ed i suoi rapporti con il diritto di rappresentanza*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni e obbligazioni*, 1903, 161; Montessori, *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, Milano, 1908. Più di recente tale tesi è ripresa da E. Al Mureden, *Ritenzione legale e ritenzione convenzionale*, in *Contratto e impresa*, 1997, 199.

⁽⁸⁰⁾ Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Torino, 1917-1918, I, 420; De Martino, *Del possesso, della denuncia di nuova opera e di danno temuto (Artt. 1140-1172)*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1984, 41.

⁽⁸¹⁾ D'Avanzo, *Ritenzione (diritto di)*, in *Nuovo dig.*, XVI, Torino, 1969, 172.

⁽⁸²⁾ D. Rubino, *Il pegno*, cit., 244.

⁽⁸³⁾ Guarracino, *Il diritto di ritenzione nella legislazione italiana*, Napoli, 1884, 147.

⁽⁸⁴⁾ Barba, *Ritenzione*, cit., 1377.

⁽⁸⁵⁾ Di Gianniti, *La disciplina dell'autotutela*, Padova, 2010, 172.

⁽⁸⁶⁾ Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 81 s.

⁽⁸⁷⁾ Venezian, *Possesso. Corso di diritto civile dell'anno 1914-1915 tenuto nella R. Università di Bologna*, (dispense ciclostilate), 162, ritiene che il fondamento della ritenzione sia rinvenibile nel principio della eccezione d'inadempimento estese *ex lege* al di fuori del contratto sinallagmatico. Preme tuttavia rilevare come in realtà l'eccezione di inadempimento ed il diritto di ritenzione siano rimedi differenti, visto che la ritenzione costituisce «una garanzia che il creditore ha l'obbligo di restituire» (C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1999, 339, nt. 35). Sulla distinzione tra diritto di ritenzione e eccezione di inadempimento v. inoltre Persico, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, 22.

⁽⁸⁸⁾ Barba, *Ritenzione*, cit., 1379. Si afferma che «mentre il diritto di ritenzione suppone crediti reciproci e connessi ma fra loro indipendenti nel senso che l'uno non è la causa dell'altro, l'eccezione di inadempimento di cui [all'art. 1460 c.c.](#) presuppone un rapporto sinallagmatico e cioè crediti reciproci e connessi, di cui uno sia la causa dell'altro» (Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, 118).

⁽⁸⁹⁾ V. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, 170; Barba, *Ritenzione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1376. Sulle eccezioni in senso sostanziale si rimanda tra tutti a Bolaffi, *Le eccezioni in senso sostanziale*, Milano, 1936.

⁽⁹⁰⁾ Per alcuni rilievi circa la portata della questione attinente alla opponibilità ai terzi del diritto di ritenzione v. Saturno, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 45.

⁽⁹¹⁾ In tal senso: Montessori, *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, Milano, 1908, 39; G.P. Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Torino, 1922, II, 137; Marracino, *Il rimborso dei miglioramenti ed il diritto di ritenzione a favore del conduttore*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1929, II, 476; Caravelli, *Teoria della compensazione e diritto di ritenzione*, Milano, 1940, 311; Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 304, nt. 23.

⁽⁹²⁾ Per la natura personale v. Bigliazzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, 186 ss.; Semiani Bignardi, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960, 28 ss.; Mazzocchi, *Alcune questioni in materia di ritenzione*, in *Nuova Riv. dir. comm.*, 1957, 188; De Martini, *Diritto di ritenzione e fallimento*, in *Foro it.*, 1957, I, 40; Talassano, *Il diritto di ritenzione legale*, in *Dir. e prat. comm.*, 1937, I, n. 7, 17; Butera, *Del diritto di ritenzione*, Roma, 1937, n. 22, 40; Id., *La natura del diritto di ritenzione*, in *Studi di diritto commerciale in onore di C. Vivante*, I, Roma, 1913, 191; Stolfi, *Diritto civile*, Torino, 1923, II, 1, n. 282, 289.

⁽⁹³⁾ Cfr. in particolare: Bigliazzi Geri, *Profili*, cit., 186; Semiani Bignardi, *La ritenzione*, cit., 28; nonché Stolfi, *op. cit.*, il quale considera il diritto di ritenzione alla stregua di un diritto personale con effetti reali in quanto allo stesso corrisponderebbe un'obbligazione reale, *propter rem*.

⁽⁹⁴⁾ Si allude in particolare al contratto di locazione sul quale non può non ricordarsi il tentativo della dottrina di ricomprendere il diritto da esso nascente nel novero dei diritti reali (per tutti v. Lazzara, *Il contratto di locazione*, Milano, 1961).

⁽⁹⁵⁾ Tematica questa non affrontabile compiutamente in questa sede, v. al riguardo Bianca, *La proprietà*, cit., 121.

⁽⁹⁶⁾ E sulla quale v. i rilievi di Saturno, *Diritto di ritenzione*, cit., 60 ss.

⁽⁹⁷⁾ V. A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, 122; Guarracino, *Il diritto di ritenzione*, cit., 168; De Martino, *Del possesso*, cit., 45.

⁽⁹⁸⁾ Il diritto di ritenzione (Zurückbehaltungsrecht) è disciplinato nei parr. 273 e 274 del BGB, dove si riconosce il diritto in questione e si ammette (par. 273 BGB) la possibilità di impedire l'esercizio del diritto di ritenzione tramite la prestazione di garanzie, ancorché non fideiussorie (v. Saturno, *L'autotutela privata. I modelli di ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995, 11 s.).

⁽⁹⁹⁾ Sulla riforma francese del droit de rétention v. in particolare: Aynes, *La consécration légale des droit de rétention*, in *Dalloz*, 2006, 1301-1303; Legrand, *Droit de propriété et droit de rétention*, in *Rev. Lamy droit des aff.*, 2007, 103-105; Lala, *Le droit de rétention de l'expert compatible*, in *Pet. Affiches*, 2008, n. 63, 60. Per la dottrina francese antecedente alla riforma

del 2006 v. Catala Franjou, *De la nature juridique du droit de rétention*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1967, 40 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Cour de Cassation, I Chambre civile, 24 septembre 2009, in *Rev. de la recherche juridique de l'Usek*, 2009, 447.

⁽¹⁰¹⁾ V. Saturno, *L'autotutela*, cit., 35, ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽¹⁰²⁾ Al Mureden, *Ritenzione legale*, cit., 196.

⁽¹⁰³⁾ *Contra* circa la necessità di una connessione fra credito e cosa oggetto del diritto di ritenzione v. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, 541 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ V. Barba, *Ritenzione*, cit., 1381.

⁽¹⁰⁵⁾ In argomento Nardi, *Ritenzione e pegno gordiano*, Milano, 1939.

⁽¹⁰⁶⁾ *Cass.*, 19.4.2010, n. 9267, la quale specifica che «il giudice non può limitarsi ad accertare l'esistenza delle opere realizzare dall'affittuario, ma deve verificarne anche l'indennizzabilità».

⁽¹⁰⁷⁾ V. *Cass.*, 29.9.2005, n. 19162, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Locazione*, n. 100; *Cass.*, 22.10.1993, n. 10482, in *Giur. it.*, 1994, I, 1346; *Cass.*, 19.8.2002, n. 12232, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Possesso*, n. 26; *Cass.*, 16.11.1984, n. 5828, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Possesso*, n. 15; *Cass.*, 21.12.1993, n. 12627, in *Rep. Foro it.*, 1993, *Possesso*, n. 30. Per la giurisprudenza sotto il vigore del codice del 1865 v. *ex plurimis*: *Cass.*, 14.3.1941, n. 734, in *Rep. Foro it.*, 1958, *Ritenzione*, n. 2; *Cass.*, 29.4.1941, n. 1253, *ibidem*, n. 3; *Cass. Roma*, 27.8.1906, in *Foro it.*, 1906, I, 1115; *Cass. Roma*, 16.4.1928, *ivi*, 1928, I, 731; *Cass. Roma*, 13.1.1931, in *Giur. it.*, 1931, I, 1, 128; *Cass. Roma*, 24.7.1931, in *Foro it.*, 1931, I, 1, 260; *Cass. Roma*, 20.5.1932, in *Giur. it.*, 1932, I, 1, 928; *Cass. Roma*, 7.5.1934, *ivi*, 1934, II, 1179; tra le rare pronunce propense ad estendere l'applicazione del diritto di ritenzione sotto il codice previgente v. App. Roma, 26.3.1878, in *Giur. it.*, 1878, I, 757; App. Catania, 8.2.1884, in *Foro it.*, 1884, I, 1022; App. Venezia, 22.8.1911, in *Temi ven.*, 1911, 698; *Cass. Napoli*, 30.12.1899, in *Giur. it.*, 1900, I, 1, 108; App. Catania, 29.12.1893, in *Foro cat.*, 1894.

⁽¹⁰⁸⁾ *Cass.*, 16.3.1984, n. 1808, in *Mass. Giur. it.*, 1984, la quale afferma che nella vendita con effetti reali «l'obbligo del venditore di trasferire il possesso materiale può essere derogato allorché il venditore d'accordo con l'acquirente mantiene la relazione immediata con la cosa venduta, possedendola non *animo domini* bensì ad altro titolo, tale risultato è raggiungibile sia attraverso la costituzione di usufrutto per riserva del venditore, [...], sia attraverso qualsiasi negozio (tipico o atipico, a titolo oneroso o gratuito) che sia idoneo ad attribuire al venditore un diritto di ritenzione della cosa a scopo di godimento».

⁽¹⁰⁹⁾ V. in particolare Butera, *L'uso dell'analogia nell'applicazione del diritto di ritenzione*, in *Foro it.*, 1931, I, 431; Id., *Del diritto di ritenzione*, cit. Di recente, sulla base della considerazione che «rappresentando l'esercizio del diritto di ritenzione non un'eccezione ai principi di cui agli artt. 101 e 102 Cost. e 2907 c.c. e di cui agli artt. 392 e 393 c.p.c.», ma l'attuazione del generale principio del *neminem laeder*, non vi è nessun ostacolo all'applicazione analogica delle norme che la prevedono né alla praticabilità della ritenzione convenzionale», v. Al Mureden, *Ritenzione legale*, cit., 207.

⁽¹¹⁰⁾ In particolare, recentemente, Saturno, *Diritto di ritenzione*, cit., 84, il quale giunge a siffatta conclusione a seguito di una articolata analisi del fondamento del diritto di ritenzione, nonché quale generale deroga al divieto della ragion fattasi.

⁽¹¹¹⁾ Sull'eccezionalità dell'autotutela quale principio comune agli ordinamenti democratici moderni v. Bianca, *Autotutela*, cit., 130.

⁽¹¹²⁾ *Cass.*, 9.1.2007, n. 196, in *Nuova giur. comm.*, 2007, 1140 ss.

⁽¹¹³⁾ Bianca, *Autotutela*, cit., 134.

⁽¹¹⁴⁾ Bianca, *op. loc. ult. cit.*

LA COLLAZIONE PER IMPUTAZIONE DEI TERRENI TRA SOPRAVVENUTA EDIFICABILITÀ E ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA

di Antonio Albanese^(*)

Cass. civ. Sez. II, 06 ottobre 2016, n. 20041

c.c. art. 746

[Digitare qui]



[c.c. art. 747](#)

[c.c. art. 748](#)

[c.c. art. 749](#)

[c.c. art. 769](#)

La sopravvenuta attitudine edificatoria di un fondo ricevuto in donazione resta estranea o incide, sulla collazione per imputazione, a seconda del momento di verifica: ogni variazione di valore, compresa l'attitudine edificatoria, che sia intervenuta in epoca successiva alla morte del donante, non è presa in considerazione; rileva, per converso, ogni variazione di valore che sia intervenuta tra la donazione e l'apertura della successione, compresa l'attitudine edificatoria, la quale, quindi, comporta l'obbligo per il donatario di conferire per imputazione il maggior valore che quel bene, seppure ormai alienato, ha acquisito alla morte del donante.

Sommario: [Il caso - Collazione di immobile per imputazione e miglioramenti apportati dal donatario - Inapplicabilità degli artt. 748 e 749 c.c. ... e dell'art. 2041 c.c. - Legittimità costituzionale della soluzione adottata](#)

Il caso

Deceduto il padre, insorge una lite fra i tre figli, due dei quali pretendono dall'altra il conferimento in collazione del valore di un terreno, a suo tempo donato dal genitore.

Al momento della donazione, il fondo aveva destinazione agricola e come tale, successivamente, era stato dalla donataria venduto, al prezzo di lire 15.000.000. Dopo la vendita, ma prima della morte del donante, il terreno diveniva edificabile.

I due fratelli ne domandano quindi la collazione per il valore attuale, che in virtù dell'intervenuto conseguimento della edificabilità, alla data dell'apertura della successione aveva raggiunto un valore, stimato dal consulente tecnico nominato in corso di causa, di Euro 108.000.

La sorella eccepisce l'esclusivo rilievo del valore del fondo al tempo della donazione, mentre sostiene l'ininfluenza del maggior valore acquisito per effetto della posteriore destinazione urbanistica.

In primo grado, la stessa domanda di divisione è rigettata. Il giudice di secondo grado, però, dopo aver ammesso la divisione, dà ragione ai due fratelli anche sul *quantum* della collazione⁽¹⁾. Innanzi alla S.C., la donataria denuncia allora violazione e falsa applicazione degli [artt. 746, 747, 748, 749 e 769 c.c.](#) Secondo la tesi della ricorrente, il coerede donatario sarebbe tenuto a conferire alla massa ereditaria esclusivamente il valore corrispondente all'effettivo arricchimento di cui ha beneficiato. Diversamente, la collazione produrrebbe un'ingiusta locupletazione dei coeredi non donatari, a spese della donataria.

Inoltre, la ricorrente reclama l'applicazione della disciplina dei miglioramenti di cui agli [artt. 748 e 749 c.c.](#), con conseguente deduzione, a favore del donatario, del maggior valore derivante dall'attitudine edificatoria, la quale andrebbe valutata, appunto, alla stregua di una miglioria.

Infine, con ulteriore motivo del ricorso, l'istante deduce il contrasto con l'[art. 3 Cost.](#) dell'interpretazione dell'[art. 747 c.c.](#) secondo la quale il coerede donatario sarebbe sempre assoggettato al rischio di mutamenti, inerenti la natura materiale e giuridica del bene ricevuto, intervenuti in epoca precedente all'apertura della successione. Tale interpretazione della norma produrrebbe, infatti, il trattamento omogeneo di situazioni differenziate, a seconda che il donatario alieni l'immobile o decida di conservarlo fino all'apertura della successione.

La Cassazione respinge tutti i motivi di ricorso.

[Collazione di immobile per imputazione e miglioramenti apportati dal donatario](#)

La collazione ereditaria costituisce, in entrambe le forme previste dalla legge (conferimento del bene in natura ovvero per imputazione), uno strumento giuridico volto alla formazione della massa ereditaria da dividere, al fine di assicurare, nei reciproci rapporti tra i coeredi dividendi, equilibrio e parità di trattamento in guisa da non alterare il rapporto di valore tra le rispettive quote⁽²⁾.

L'obbligo della collazione sorge automaticamente a seguito dell'apertura della successione (salvo dispensa): i beni donati devono essere conferiti indipendentemente da una specifica domanda in tal senso da parte dei dividendi; sono sufficienti la domanda di divisione e la menzione in

essa di determinati beni, indicati come oggetto di pregressa donazione diretta o indiretta. Ciò basta a far sì che il preliminare accertamento ad opera del giudice della consistenza dell'asse abbia luogo con riferimento anche ai detti beni, con l'ulteriore conseguenza che la parte, la quale eccepisca un fatto ostativo alla collazione, abbia l'onere di fornirne la prova nei confronti di tutti gli altri condividenti⁽³⁾.

L'art. 746 c.c., rubricato "Collazione d'immobili", sancisce che la collazione di un bene immobile si fa o col rendere il bene in natura o con l'imputarne il valore alla propria porzione, a scelta di chi conferisce⁽⁴⁾. Si rende necessario un vero e proprio *atto di scelta*; in assenza di una specifica manifestazione di volontà del donatario per il conferimento in natura, la collazione della donazione immobiliare avverrà per imputazione⁽⁵⁾. La giurisprudenza accoglie l'idea della natura residuale della collazione in natura: quando, pur essendo dalla legge consentito il conferimento in natura, manchi una specifica manifestazione di volontà in tal senso da parte del donatario, la collazione deve avvenire per imputazione⁽⁶⁾.

Il caso concreto all'attenzione della S.C. si conforma a quello astratto normato dal cpv. dell'art. 746 c.c., che esclude la collazione in natura se l'immobile non appartiene più al donatario perché questi lo ha alienato (o se l'immobile è stato ipotecato). Nell'ipotesi in esame, pertanto, la collazione non poteva avvenire che per imputazione: alla donataria sarebbe stato impossibile restituire in natura il terreno che, in quanto alienato, non faceva più parte del suo patrimonio⁽⁷⁾. La disposizione⁽⁸⁾ "è diretta alla tutela di superiori interessi pubblici oltre che a tutela del terzo acquirente o creditore ipotecario, onde ogni eventuale accordo dei coeredi, tenuti alla collazione, inteso a derogare ad essa non può ritenersi che privo di efficacia giuridica, e quindi non suscettibile di esecuzione specifica"⁽⁹⁾.

Con riferimento all'ipotesi in cui il conferimento del bene immobile avvenga per imputazione, l'art. 747 c.c. stabilisce che la collazione si fa avuto riguardo al valore dell'immobile al tempo della aperta successione: non conta il valore del bene al momento della divisione⁽¹⁰⁾.

Nella collazione per imputazione concernente beni immobili, quindi, non rileva l'eventuale maggiore valore del bene al momento della divisione, che può essere dovuto ai mutamenti del valore intrinseco dell'immobile o alle modificazioni del potere di acquisto della moneta nel frattempo intervenute. Rileva, soltanto, il valore commerciale che la cosa aveva quando si è aperta la successione. Se il momento della morte (cfr. art. 456 c.c.) è lo spartiacque, vanno allora considerate in maniera opposta evenienze identiche che, però, si verificano in tempi diversi:

- 1) ogni variazione di valore, compresa l'attitudine edificatoria, che sia intervenuta in epoca successiva alla morte del donante, non è presa in considerazione in sede collatoria⁽¹¹⁾;
- 2) rileva, per converso, ogni variazione di valore che sia intervenuta tra la donazione e l'apertura della successione, compresa l'attitudine edificatoria, la quale, quindi, comporta l'obbligo per il donatario di conferire per imputazione il maggior valore che quel bene, seppure ormai alienato e quindi nell'altrui titolarità, ha acquisito alla morte del donante.

Tale seconda statuizione è confermata con decisione dalla sentenza annotata: il mutamento della destinazione del bene costituisce una variabile economica da tenere in conto ai fini della stima del bene al momento dell'apertura della successione⁽¹²⁾. D'altro canto, aggiunge la Corte, l'opposta soluzione (indicata da parte ricorrente) condurrebbe alla inaccettabile conseguenza per cui, a fronte di un medesimo fatto (il mutamento della destinazione urbanistica del fondo), la collazione avrebbe ad oggetto il valore di mercato del bene, nel caso in cui questo sia rimasto nella disponibilità del donatario, e il valore del bene al netto dell'incremento determinato dalla sopraggiunta vocazione edificatoria del fondo, nel caso in cui questo sia stato invece alienato.

Senonché, per confutare tale conclusione, la parte ricorrente sostiene che la sopravvenuta edificabilità del terreno e il conseguente suo incremento di valore rappresenterebbero una miglioria, la quale, sulla scorta dell'art. 748 c.c., dovrebbe essere scomputata dal valore dell'immobile donato anche se apportata da un terzo rispetto al donatario⁽¹³⁾.

Diviene quindi determinante il criterio in base al quale si riconosce la presenza di un miglioramento.

I diritti al rimborso riconosciuti al donatario sono generalmente ritenuti un'applicazione del divieto generale di arricchimento senza causa ex [art. 2041 c.c.](#)⁽¹⁴⁾. I miglioramenti che il donatario ha effettuato a proprie spese e con proprio sacrificio, "si collocano fuori della giustificazione della collazione e per ciò stesso non devono andare a beneficio degli altri soggetti del rapporto collativo"⁽¹⁵⁾.

La nostra letteratura giuridica è solita distinguere tra miglioramenti *intrinseci* e miglioramenti *estrinseci*: i primi sono quelli che importano una modificazione della cosa; i secondi un suo accrescimento. I miglioramenti estrinseci sono le addizioni, termine legislativo ([artt. 975, 986, 1150, 1593 c.c.](#)) con cui si descrive sia l'attività accrescitiva sia il suo risultato. Da una parte, dunque, v'è il miglioramento intrinseco, che costituisce il vero e proprio miglioramento in senso stretto, e che produce un risultato *qualitativo*; dall'altra è il miglioramento estrinseco, ossia l'addizione, caratterizzata da un risultato *quantitativo*. Sebbene miglioramento e addizione siano fenomeni distinti, e diversamente disciplinati, la disciplina codicistica è coincidente quando l'addizione importi nel contempo un miglioramento della cosa, di modo che è la disciplina dettata dal miglioramento a prevalere assorbendo quella dell'addizione. Va però escluso che le addizioni possano essere considerate delle sottospecie dei miglioramenti, trattandosi piuttosto di due diversi fenomeni coinvolgenti diverse problematiche: solo nei casi in cui l'addizione costituisca anche miglioramento della cosa, allora gli effetti giuridici coincideranno e saranno quelli previsti dalla legge per il miglioramento.

Diversa dai miglioramenti in senso lato è la "trasformazione", termine con cui in genere si identifica un'attività comportante modificazioni strutturali che rendono la cosa diversa da quella originaria.

Le miglirie apportate al fondo a norma [dell'art. 748 c.c.](#) devono essere calcolate non in base alle spese fatte, ma in relazione all'incremento di valore del fondo⁽¹⁶⁾.

È indifferente, come osserva anche la sentenza annotata, che le miglirie apportate al bene siano state apportate dallo stesso donatario o da altri che abbiano con lui collaborato⁽¹⁷⁾.

L'onere di provare le miglirie grava sul donatario che allegghi di averle apportate e ne chiedi la detrazione⁽¹⁸⁾.

[L'art. 749 c.c.](#) fa espresso riferimento al caso "in cui l'immobile è stato alienato dal donatario", chiarendo che i miglioramenti e i deterioramenti fatti dall'acquirente devono essere computati a norma del sopra esaminato [art. 748 c.c.](#)

[Inapplicabilità degli artt. 748 e 749 c.c. ... e dell'art. 2041 c.c.](#)

Parte ricorrente sostiene che siano applicabili alla fattispecie i summenzionati [artt. 748 e 749 c.c.](#), giacché l'attitudine edificatoria sarebbe equiparabile ai miglioramenti.

La sentenza annotata si sofferma, dunque, ad analizzare la *ratio* del regime dei miglioramenti, che essa riconduce al "rilievo che non sarebbe ragionevole imporre al donatario di conferire un valore che non è riferito all'originaria consistenza della *res* donata".

Senonché, mentre nel caso dei miglioramenti l'aumento di valore del bene dipende dall'iniziativa dello stesso donatario (o da interventi anche di terzi che abbiano inteso favorirlo)⁽¹⁹⁾, la sopravvenuta edificabilità non ha nulla a che vedere con tali evenienze: "Il mutamento della destinazione urbanistica del fondo non dipende da un'attività del donatario o del terzo che è diretta a incrementare il valore del bene: non è correlativo a un esborso del donatario o all'arricchimento, corrispondente al valore delle opere realizzate, che il terzo abbia voluto porre in essere in favore di quel soggetto".

Il ragionamento della Corte è corretto, seppure la questione sia meritevole di maggior approfondimento sul piano teleologico. Se si vuole indagare il rapporto tra gli [artt. 748 e 749 c.c.](#) in confronto alla fattispecie esaminata, occorre soffermarsi soprattutto sulle funzioni che quelle norme sono specificatamente deputate ad assolvere. L'osservazione da cui partire è che, nel codice vigente, ogniquale volta è stata prevista espressamente la spesa fatta da un soggetto al fine di apportare un beneficio (sotto forma di miglioramento, addizione, riparazione, ecc.) ad un bene di cui altro soggetto risulti infine essere proprietario (nella specie: la massa ereditaria da dividere, dunque tutti i coeredi), il legislatore non ha valutato la singola ipotesi normativa avendo esclusivo riguardo alla situazione dell'agente e a quella del beneficiario, ma ha

considerato preminentemente l'interesse superindividuale all'incoraggiamento e allo stimolo dell'iniziativa diretta a sfruttare al meglio le potenzialità di godimento e le caratteristiche economiche del bene. Nelle ipotesi tipiche che prescindono da (o, per molti, confermano) quella generale di cui [all'art. 2041 c.c.](#), il problema economico-giuridico è già predefinito e valutato dalla legge attraverso una considerazione della situazione che avviene *in astratto*, ossia prima che la situazione medesima si verifichi, sicché le singole azioni non sono predisposte alla sola tutela dei soggetti in un'ottica di riequilibrio economico delle loro posizioni e di riparazione dell'integrità della posizione attorea, ma hanno un loro specifico scopo di indirizzo funzionale: la tutela delle attività idonee all'accrescimento dell'efficienza dei beni produttivi. È il diverso atteggiarsi, nelle singole specie, di questo interesse generale che traccia la linea di confine e giustifica le differenti regolamentazioni normative⁽²⁰⁾.

Questo interesse è tale che gli altri due interessi conflittuali, quello del migliorante-impovertito (nella specie: parte donataria) e quello del proprietario-arricchito (nella specie: gli altri coeredi), ricevono considerazione, inevitabilmente, alla luce del primo, sicché, come dimostra la disciplina dei miglioramenti e delle addizioni, gli interessi privati e individuali puramente economici devono cedere il passo all'interesse alla collettività.

Il ristoro concesso al migliorante dagli [artt. 748 e 749 c.c.](#), dunque, non è fine a se stesso, ma è filtrato attraverso la valutazione legislativa della singola attività in relazione al singolo bene: la disciplina che ne consegue è strettamente legata a quegli elementi, sulla cui base si vaglia dapprima l'utilità sociale a che il soggetto che gode della cosa (che dovrà restituire alla massa) sia stimolato a compiere il miglioramento, e si gradua poi l'intensità della tutela del suo interesse individuale a non subirne integralmente il costo.

Appare dunque con più evidente vigore come la tutela che le due citate norme apprestano in favore di chi deve conferire il bene alla massa non possa che riguardare, soltanto, quel donatario che con la propria opera abbia provocato un aumento di valore del bene (salva l'ipotesi, equiparata in giurisprudenza, che il miglioramento derivi da interventi di terzi che abbiano voluto favorire il donatario). Qui, e qui soltanto, può valere la generale "considerazione del godimento della cosa da parte del detentore come attività di utilizzazione che può esprimersi anche in modo dinamico, operando direttamente sull'assetto del bene al fine di poterlo rendere maggiormente adatto ad una utilizzazione più completa"⁽²¹⁾.

Viceversa, nel caso, qui analizzato, della sopravvenuta attitudine edificatoria, non sussiste alcuna esigenza di protezione delle attività economiche di interesse generale; non si ravvisa alcun interesse alla incentivazione del donatario alla realizzazione di un risultato funzionale all'accrescimento dell'efficienza del bene ricevuto in donazione.

La deduzione in favore del donatario, obbligato al conferimento per imputazione, del valore connesso all'edificabilità, pertanto, non trova giustificazione nella *ratio* degli [artt. 748 e 749 c.c.](#) e va dunque negata.

La Corte, dopo aver riportato la diffusa opinione che gli [artt. 748 e 749 c.c.](#) siano espressione e specificazione del divieto di arricchimenti senza causa, non ritiene utile procedere oltre. Ciò non di meno, sarebbe forse valsa la pena domandarsi se la donataria, in casi come quello esaminato, non possa avere ulteriore ristoro proprio ex [art. 2041 c.c.](#), dal momento che pare indubbio che all'esito della disapplicazione delle due norme specifiche, permanga un vantaggio patrimoniale in favore della massa ereditaria e a discapito della donataria dell'immobile. Elemento, questo, che parte ricorrente aveva posto in risalto nei diversi gradi del giudizio.

Occorre dunque domandarsi se l'arricchimento dei due fratelli, nella specie, sia "ingiusto"⁽²²⁾.

L'abbandono delle antiche impostazioni teoriche che riconoscevano l'essenza del divieto di arricchimenti ingiustificati nel conflitto latente tra diritto ed equità, di modo che la seconda avrebbe potuto in alcuni casi sostituirsi al primo, ha portato alla consacrazione del principio secondo cui qualora un trasferimento patrimoniale sia la conseguenza dell'applicazione di una norma di legge, esso non può che essere giustificato: la legge è giusta causa dell'arricchimento.

La legge è giusta causa dell'arricchimento in tutti quei casi in cui è essa stessa a produrre l'incremento del patrimonio di un soggetto a carico del patrimonio dell'altro senza prevedere alcun meccanismo di redistribuzione della ricchezza al fine di riequilibrare le conseguenze

economiche dello spostamento patrimoniale: sono i casi, ad esempio, dell'alluvione, dell'usucapione, dell'occupazione, dell'invenzione, ove la legge (diversamente dalle ipotesi, esaminate *supra*, dei miglioramenti ex [art. 748 c.c.](#)), non prevede alcun compenso a favore di chi ha perduto il diritto sul bene; si limita a sancire il trasferimento in capo altrui. Permettere in questi casi, all'impovertito, di ottenere l'indennizzo, significherebbe sovrapporre il principio [dell'art. 2041 c.c.](#) alla disciplina di quegli istituti, tesa a premiare la solerzia di chi acquista il diritto ed a sanzionare l'inerzia dell'ex titolare⁽²³⁾.

Non diversamente dalla ipotesi ora menzionate, nel caso in esame, esiste una disciplina produttiva dello spostamento patrimoniale: la disciplina collatzia. Non si tratta di una petizione di principio, giacché, sulla scorta del criterio imposto [dall'art. 747 c.c.](#) per la determinazione del valore nella collazione per imputazione, la legge è giusta causa dell'arricchimento (che dovesse risultare in favore dei coeredi non donatari a spese dei donatari conferenti).

Deve quindi concludersi che alla donataria non è data possibilità di lamentare la persistente iniquità dell'eventuale vantaggio di cui beneficia la massa, neanche richiamando il generale divieto di arricchimento senza causa.

Dunque: 1) inapplicabilità degli [artt. 748 e 749 c.c.](#); 2) inapplicabilità [dell'art. 2041 c.c.](#); 3) allocazione a carico del coerede-donatario del rischio di dover conferire un valore diverso e ben maggiore di quello che il bene aveva quando egli lo ricevette in donazione.

[Legittimità costituzionale della soluzione adottata](#)

V'è da chiedersi se la correttezza delle pregresse conclusioni non possa trovare nello stesso sistema collatzio un conforto ulteriore.

Innanzitutto, il coerede donatario, come ha diritto al rimborso per le migliorie apportate al bene e per le spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa, così è tenuto, a sua volta, a rimborsare i deterioramenti a lui imputabili ([art. 748, comma 3, c.c.](#)). La norma parla espressamente di "deterioramenti che, *per sua colpa*, hanno diminuito il valore dell'immobile", in coerenza col principio ([art. 737 c.c.](#)) in base al quale il donatario deve restituire *tutto il valore* della donazione ricevuta, tenendosi all'uopo conto "del valore che verosimilmente il bene avrebbe avuto al tempo della successione se la negligenza (o addirittura il dolo) del donatario non ne avesse provocato un sensibile deprezzamento"⁽²⁴⁾.

Ebbene, la sorella donataria, se avesse ben considerato la futura possibile edificabilità del fondo (che peraltro, dagli atti di causa, risulta conosciuta al momento della vendita), avrebbe potuto attendere il mutamento da terreno agricolo in terreno edificabile per l'alienazione. Di contro, a suo rischio (o, potremmo dire attecnicamente: *per sua colpa*), optando per la vendita preventiva, ha procurato un "deterioramento" (o un "mancato apprezzamento") alla comunione, del quale deve farsi carico.

In secondo luogo, il depauperamento cui va incontro il donatario può essere evitato così come accade per chiunque abbia ricevuto una donazione di valore superiore a quello della quota ereditaria cui è chiamato: è possibile, valutarne la convenienza, non accettare l'eredità, potendo così essere esentati dall'obbligazione di collazione (che grava solo sui "coeredi"), in modo, da un lato, da trattenere l'intero prezzo ricavato dalla vendita del bene ricevuto e poi venduto (fatto salvo, ovviamente, l'eventuale esperimento vittorioso dell'azione di riduzione nei suoi confronti da parte degli altri legittimari), e, dall'altro, da non essere costretti a conferire il valore successivamente conseguito dal terreno per effetto dell'edificabilità.

Con queste precisazioni, meglio si comprende la correttezza della soluzione che la Corte fornisce anche in punto di costituzionalità: essa nega la sussistenza di qualsivoglia violazione del principio costituzionale di eguaglianza ([art. 3 Cost.](#)), dal momento che l'alienazione del fondo "è vicenda che dipende da una evenienza estrinseca e occasionata dalla libera scelta dell'interessato"⁽²⁵⁾. D'altra parte, il donatario, nel cedere l'immobile, accetta il rischio delle modificazioni del prezzo di mercato che possano determinarsi prima dell'apertura della successione.

Può aggiungersi: non soltanto egli accetta tale rischio, ma mantiene in certa misura il controllo della sopravvenienza, perché a fronte di uno spropositato accrescimento del valore dell'immobile da conferire, può rinunciare ad assumere la qualità ereditaria e può, dunque, liberarsi all'obbligo collatzio.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Precisamente, il Tribunale di Catania aveva rigettato la domanda di divisione, ritenendo applicabile l'art. 17, L. n. 47 del 1985, la quale sancisce la nullità di alcuni atti relativi a beni immobili privi della necessaria concessione edificatoria, inclusi gli atti di "scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti". Nella specie, il Tribunale, sul presupposto che l'immobile fosse da considerare abusivo e che gli attori non avessero prodotto la certificazione di cui all'art. 35 L. n. 47 del 1985, accoglieva la tesi della donataria, secondo cui la nullità prevista dall'art. 17 legge cit., concernerebbe anche lo scioglimento della comunione ereditaria, da ritenersi atto *inter vivos*.

La Corte d'Appello di Catania, al contrario, riteneva non applicabile le disposizioni in parola allo scioglimento della comunione ereditaria, in virtù del carattere di atto *mortis causa* della stessa, sicché, in riforma della sentenza impugnata, disponeva la divisione, con decisione infine ribadita dalla Suprema Corte con la pronuncia in commento, la quale, in relazione a tale motivo di impugnazione, ribadisce che la "la nullità (...) deve ritenersi limitata ai soli "atti tra vivi", rimanendo esclusa, quindi, tutta la categoria degli atti *mortis causa*, e di quelli non autonomi rispetto ad essi tra i quali si deve ritenere compresa anche la divisione ereditaria, quale atto conclusivo della vicenda successoria (Cass. 28 novembre 2001, n. 15133); lo stesso principio è poi da affermare con riferimento alla nullità comminata dall'articolo 40 della stessa Legge (Cass. 1° febbraio 2010, n. 2313). Ne discende che nemmeno la divisione giudiziale del compendio ereditario possa ritenersi subordinata al conseguimento, da parte di condividenti, del titolo di regolarizzazione urbanistica". (Per completezza, la Corte rileva altresì che all'immobile, in ragione dell'epoca della sua costruzione, sarebbe stato applicabile non l'art. 17, ma l'art. 40 della L. n. 47 del 1985, il cui capoverso reputa sufficiente l'allegazione, all'atto divisionale, di copia della domanda di concessione in sanatoria. Pertanto, la documentazione prodotta in fase di appello era conforme a quanto richiesto dalla legge).

(2) La letteratura in materia di divisione ereditaria o, più specificamente, di collazione, si è accresciuta negli ultimi anni ed è ormai ampia. Cfr., per una ricostruzione della *ratio* della collazione come variamente intesa, v. Albanese, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2009, 26 ss. (travisa totalmente la mia tesi Sartor, *I problematici rapporti tra collazione e tutela della legittima*, in *questa Rivista*, 2017, 39 ss., il quale accomuna la mia idea di collazione a quella di Visalli, che al contrario il summenzionato mio Volume, dopo aver riportato, a pagina 20, contrasta senza possibilità di equivoco: cfr. pagine 21-25); Ciatti, *La collazione*, in *Commentario al codice civile*, a cura di E. Gabrielli, *Le successioni*, a cura di V. Cuffaro - F. Delfini, t. III, Torino, 2010, artt. 737-751. Quanto ai contributi più recenti, si vedano: R. Romano, *Sulla collazione degli alloggi di cooperativa edilizia: la Cassazione estende il principio*, in *Giur. it.*, 2014, 6; Ciatti, *La collazione*, in G. Perlingieri - Calvo (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, II ed., Napoli, 2015, II, 863 ss.; Id., *Divisione testamentaria e collazione*, in *Giur. it.*, 2013, 2240; Riva, *Sulla possibile coesistenza tra collazione e azione di riduzione*, in *Giur. it.*, 2016, 1092; Zaccaria, *La collazione delle partecipazioni sociali diverse dalle azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, 10418; Id., *La collazione dei crediti inesigibili*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 11437; Deplano, *La disciplina della collazione tra interpretazione adeguatrice e rivalutazione dell'autonomia negoziale del disponente*, in *Dir. succ. e fam.*, 2016, 403; V. Barba, *La dispensa dalla collazione*, in *Dir. succ. e fam.*, 2016, 2.

(3) Cass. 19 novembre 2004, n. 21895, in *Guida dir.*, 2004, 49, 68.

(4) Il cpv. dell'art. 746 c.c. afferma che "Se l'immobile è stato alienato o ipotecato, la collazione si fa soltanto con l'imputazione". La collazione in natura è esclusa anche quando il bene immobile è perito per colpa del donatario, non trovando applicazione l'art. 744 c.c. Sono tre, quindi, i casi nei quali non è possibile il conferimento in natura dell'immobile: bene alienato, bene ipotecato, bene perito per colpa del donatario. Se il bene è stato alienato o ipotecato, si impone la collazione per imputazione; ugualmente accade se il bene è perito per

causa riconducibile al comportamento del donatario. Se, invece, il perimento è dovuto a caso fortuito, non è dovuta collazione.

È discussa la conferibilità in natura di un immobile gravato da diritti reali limitati diversi dall'ipoteca. A ben vedere, il preciso riferimento della norma all'ipoteca, che è diritto reale di garanzia, non consente un'estensione analogica ai diritti reali di godimento; anche perché molto diversi sono gli effetti: solo l'ipoteca espone il bene al rischio dell'espropriazione rendendone incerta la sorte. V'è chi sostiene, però, che la costituzione di diritti reali limitati sarebbe stata inclusa dalla legge con l'adozione, al cpv. dell'art. 746 cit., del termine "alienazione", "e ciò anche perché, se l'iscrizione d'ipoteca, ch'è un diritto reale *sui generis*, impedisce la scelta, non possono a maggior ragione non impedirla diritti che si considerano tali da produrre smembramento della proprietà" (Gius. Azzariti, *La divisione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, VI, *Successioni*, 2, Torino, 1997, II ed., 454).

Cass. 8 luglio 1971, n. 2178, in *Mass. Giust. civ.*, 1971, 1185, ha incluso nella nozione di peso "oltre a quelli aventi contenuto reale, come la servitù, l'usufrutto eccetera, anche quei vincoli di carattere obbligatorio posti in essere dal donatario strettamente inerenti al godimento dell'immobile ed incidenti negativamente non soltanto sul valore di questo ma anche sulla pienezza della applicazione delle facoltà dominicali". Di conseguenza, persino un immobile gravato da locazione, affitto o anticresi dovrebbe essere necessariamente conferito per imputazione. Va però adottata, partendo dalla valutazione degli interessi considerati, una soluzione in grado di temperare il diritto del donatario alla scelta per il conferimento in natura (diritto che la lettera della legge non esclude nei casi in esame), con l'interesse degli altri coeredi a non subire un pregiudizio dalla circostanza che il bene è restituito alla massa gravata di diritti reali parziali o di altri vincoli. Tale soluzione è resa possibile dall'applicabilità in via analogica, al caso di specie, [dell'art. 748, comma 3, c.c.](#), secondo cui il donatario è obbligato per i deterioramenti che, per sua colpa, hanno diminuito il valore dell'immobile: così, chi conferisce in natura un bene immobile sul quale ha in precedenza costituito una servitù, o un diritto di superficie, di enfiteusi o di usufrutto, sarà gravato del minor valore del bene, rimanendo assoggettato all'obbligo di conferire l'equivalente pecuniario del valore ricevuto. Anche in tal caso si tratta, non meno che nel caso di conferimento in natura del bene, di vera e propria obbligazione restitutoria: l'impossibilità di restituzione in natura non incide sul carattere restitutorio dell'obbligazione; tanto è vero che le obbligazioni restitutorie possono avere ad oggetto un'indennità commisurata all'arricchimento (come nel caso dell'arricchimento senza causa) o l'equivalente patrimoniale della prestazione non dovuta (come nel caso dell'indebito).

(5) Trib. Roma 19 maggio 2003, in *Giur. mer.*, 2003, 2175.

(6) Da ultimo: Trib. Napoli 2 febbraio 2000, in *Giur. nap.*, 2000, 301.

(7) Parimenti, un bene ipotecato potrebbe essere destinato ad uscire dalla massa ereditaria a causa dell'espropriazione da parte del creditore ipotecario.

(8) Applicabile anche nell'ipotesi che l'alienazione o l'iscrizione ipotecaria siano successive all'apertura della successione: cfr. Cass. 18 ottobre 1956, n. 3731, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 991.

(9) App. Palermo 28 aprile 1954, in *Foro it.*, 1955, I, 409.

(10) Sulla dibattuta questione della determinazione del valore dei beni oggetto di collazione: Albanese, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, 285 ss., 322 ss.; G.

Perlingieri, *la collazione per imputazione e il criterio di stima "al tempo dell'aperta successione"*. *La collazione d'azienda*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 1, 10085.

Basti qui ricordare che il punto di maggior sofferenza è dato dalla collazione del denaro, prevista [all'art. 751 c.c.](#): poiché, secondo la norma, la somma da conferire va calcolata secondo il suo valore nominale, senza tener conto della svalutazione monetaria intervenuta tra il giorno della donazione e quello della morte del donante, chi ha ricevuto in donazione denaro si avvantaggia dell'operare del principio nominalistico: dovendo egli, infatti, conferire moneta, ne guadagnerà quanto più la liberalità sia risalente nel tempo. Pertanto, il coerede donatario di somma di denaro che concorra con altri coeredi che vogliano conferire per imputazione i beni mobili o immobili ricevuti, si trova avvantaggiato: si libererà dall'obbligo collatorio conferendo

una somma uguale a quella a suo tempo ricevuta, mentre gli altri dovranno conferire il valore che il bene ha al tempo dell'aperta successione. Tuttavia, i giudici delle leggi, in più occasioni, hanno escluso che [l'art. 751 c.c.](#) sia incostituzionale in riferimento [all'art. 3 Cost.](#), perché hanno ritenuto "ragionevole" la diversificazione di trattamento tra l'ipotesi di collazione per imputazione dell'equivalente e l'ipotesi della collazione di denaro: questa seconda ipotesi, infatti, sarebbe assimilabile ad un conferimento in natura, nonostante "il particolare carattere di fungibilità della moneta che rimane sempre il medesimo bene, quale che sia la specie in cui viene corrisposta" (Corte cost. 25 giugno 1981, n. 107, in *Arch. civ.*, 1982, 9, e in *Foro pad.*, 1981, III, 102. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata da Trib. Sciacca 26 giugno 1975, ord., in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 592, e, successivamente, anche da Trib. Salerno 4 maggio 1976, ord., in *G.U.* n. 246/1976). Cfr. anche Corte cost. 17 ottobre 1985, n. 230, in *Giust. civ.*, 1986, I, 14; Corte cost. 27 luglio 1989, n. 463, ord., in [www.leggiditalia.it](#). Nel senso della manifesta infondatezza: Corte cost. 21 gennaio 1988, n. 64, ord., in *CED*, 1988.

(11) Cass. 23 novembre 1987, n. 8633, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, 2401. Cfr. anche, tra le tante, Cass. 9 marzo 1979, n. 1481, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, 677; Cass. 17 gennaio 2003, n. 645, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 129; Cass. 18 marzo 2000, n. 3235, cit.; Trib. Napoli, 2 febbraio 2000, in *Giur. nap.*, 2000, 301.

Di recente, Cass. 5 settembre 2016, n. 17576, in *Quotidiano Giuridico*, 2016, ha affermato: "I beni che i coeredi non donatari possono prelevare dalla massa ereditaria a seguito della collazione per imputazione effettuata dai coeredi donatari devono essere stimati per il valore che avevano all'epoca dell'apertura della successione e non già al momento della divisione, perché detti prelevamenti, pur costituendo una delle fasi in cui si attua la divisione, non si identificano con le operazioni divisionali vere e proprie, avendo, al pari della collazione, il prevalente scopo di assicurare la parità di trattamento fra coeredi donatari e coeredi non donatari".

(12) La Corte cita un suo precedente (Cass. 24 novembre 2009, n. 24711) in cui è stato ritenuto che anche l'inizio di un procedimento di trasformazione urbanistica è di per sé sufficiente ad incidere sul valore di mercato di un immobile compreso nell'area oggetto dello strumento urbanistico in formazione; infatti l'edificabilità di un'area è già desumibile dalla qualificazione ad essa attribuita nel piano regolatore generale (o nella variante di esso) adottato dal Comune indipendentemente dall'approvazione dello stesso da parte della Regione, posto che la potenzialità edificatoria acquisita per effetto dell'adozione del piano regolatore generale da parte del Comune determina una lievitazione del valore venale degli immobili compresi in quell'area, essendo quindi irrilevanti le vicende successive, quali la mancata approvazione o la modificazione dello strumento urbanistico adottato dal Comune.

(13) [L'art. 748 c.c.](#) sancisce, al comma 1, riguardo all'obbligo di collazione per imputazione, la deduzione a favore del donatario del valore delle migliorie apportate al bene immobile (nei limiti del loro valore al tempo dell'apertura della successione); e al comma 4, riferito invece alla collazione in natura, il diritto del coerede al rimborso delle somme erogate per spese e miglioramenti sul bene (con facoltà di ritenere il possesso sino all'effettivo rimborso).

(14) Cfr. sul punto Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 84 ss.

(15) De Cupis, *L'istituto giuridico dei miglioramenti*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1983, 893. Sulle opere eseguite dal donatario nudo proprietario a sue spese sul bene oggetto di usufrutto, e sull'inesistenza dell'obbligo collativo avente ad oggetto il valore corrispondente al bene donato, comprensivo delle opere realizzate dal donatario nudo proprietario a sue spese: Cass. 26 novembre 2015, n. 24150.

(16) Cass. 17 novembre 1979, n. 5982, in *Riv. not.*, 1980, 575. Cass. 23 gennaio 1991, n. 649, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, 111, ha stabilito che fra i miglioramenti apportati all'immobile del donatario, che, a norma [dell'art. 748 c.c.](#), debbono essere detratti dal valore dell'immobile, deve ritenersi compresa l'affrancazione del fondo enfiteutico, sempre che il donatario provi di avervi provveduto a propria cura e spese.

(17) Cass. 18 giugno 1981, n. 4009, in *Foro it.*, 1982, I, 179, ha cassato la sentenza di merito che non aveva dedotto, a favore del donatario, il valore delle migliorie dovute all'opera di collaborazione offerta dal *de cuius* dopo la donazione del bene a favore del figlio.

(18) Tuttavia, sono da ritenersi apportate dal donatario che abbia avuto la piena proprietà e la gestione dell'azienda nel periodo compreso tra la donazione e l'apertura della successione, le migliorie derivate all'azienda stessa durante tale periodo.

Si badi, inoltre, che "nell'ipotesi di donazione con dispensa dalla collazione di cui [all'art. 737 c.c.](#), l'esclusione dell'obbligo di conferimento alla massa ereditaria dei beni donati, non si estende al valore dei miglioramenti e delle addizioni che il *de cuius* abbia apportato con proprio denaro a detti beni dopo la donazione, in quanto tali miglioramenti e addizioni, essendo intervenuti quando i beni erano usciti dal patrimonio del *de cuius* ed erano entrati in quello del beneficiario dell'atto di liberalità, costituiscono delle vere e proprie donazioni indirette, in relazione alle quali l'obbligo della collazione viene meno solo in presenza di altra specifica dispensa" (Cass. 4 agosto 1982, n. 4381, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, 1594).

(19) Come riconosciuto da Cass. 18 giugno 1981, n. 4009, cit.

(20) Basti ricordare che esistono numerose ipotesi tipiche nelle quali la restituzione o non è concessa ([art. 1150, comma 4, c.c.](#); [art. 1592, comma 1, c.c.](#)) o è accordata in misura differente dalla previsione generale di cui [all'art. 2041 c.c.](#) (artt. 975; 1150, commi 1 e 2, 1479, comma 3; 1502, comma 1; 1781; 1808, comma 2, 1790, comma 2, c.c.).

(21) Inzitari, voce *Miglioramenti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 285.

(22) La relazione del Guardasigilli al codice civile (n. 792), attribuiva espressamente al diritto vivente il compito di definire nei casi concreti quando un arricchimento fosse giusto o meno attraverso indagini di fatto inerenti il caso concreto: nell'impossibilità di delineare un concetto generale di arricchimento senza causa, "... la pratica e la dottrina potrà soccorrervi ricercando se il singolo trasferimento di valori trovi a fronte la prestazione di un corrispettivo, abbia causa nella liberalità o sia legittimato da una precisa disposizione di legge. Il trasferimento sarà ingiusto se l'indagine suddetta risulterà negativa".

(23) Il caso più noto è quello della prescrizione: se l'arricchimento/impovertimento deriva dallo spirare di un termine di prescrizione, [l'art. 2041 c.c.](#) potrebbe fungere da "correttivo" della prescrizione stessa, sicché si dovrebbe concedere all'impovertito l'azione di arricchimento qualora si sia prescritta l'azione principale? La risposta, pacificamente negativa, può tuttavia essere diversamente giustificata a seconda che si ravvisi nella prescrizione una giusta causa di arricchimento o, come pare preferibile, soltanto "la ragione legale per la quale colui che ha conseguito l'acquisto non può essere perseguito con l'azione speciale prescritta"

(Massari, *Intorno all'azione di arricchimento senza causa*, in *Giust. civ.*, 1953, 706, nt. 14). V. anche le lucide osservazioni di Salciarini, *Esequie all'articolo 2041 del codice civile?*, in *Giur. it.*, 1956, I, 693; nonché Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 212: la prescrizione "non può rendere giusto un acquisto di per sé ingiusto".

Un diverso tentativo di sovrapporre l'azione di arricchimento al diritto positivo, negando che la legge possa rappresentare una "giusta causa" dell'arricchimento, è stato effettuato in tempi non recenti da una Corte di merito (Trib. Bergamo 29 dicembre 1948, in *Foro it.*, 1949, I, 408), la quale ha ritenuto di correggere l'applicazione del principio nominalistico dettato [dall'art. 1277 c.c.](#) per le obbligazioni pecuniarie attraverso lo strumento dell'azione restitutoria ex [art. 2041 c.c.](#), considerando "ingiusto" e quindi "senza giusta causa"

l'arricchimento ottenuto dal debitore a danno del creditore per effetto dell'inflazione. È facile obiettare che sebbene il principio nominalistico possa essere fonte di situazioni ingiuste, trattasi pur sempre di squilibri patrimoniali prodotti dalla legge, la quale prescrive, in maniera inequivoca, che "i debiti pecuniarî si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale" ([art. 1277 c.c.](#)). Permettere il ricorso al rimedio restitutorio significherebbe abrogare implicitamente il principio nominalistico, ossia uno dei capisaldi del nostro sistema giuridico. Significherebbe negare, inoltre, che la legge è giusta causa dell'arricchimento.

(24) Forchielli - F. Angeloni, *Della divisione*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2000, 659.

(25) La Cassazione rammenta, richiamando Corte cost. 13 giugno 1997, n. 175, che non danno luogo a un problema di costituzionalità le disparità derivanti da circostanze contingenti e accidentali, riferibili non alla norma considerata nel suo contenuto precettivo, ma semplicemente alla sua concreta applicazione.

Immobili e proprietà, 2013, 1 (commento alla normativa)

LA PUBBLICITÀ IMMOBILIARE ITALIANA FRA TRASCRIZIONE E REGIME TAVOLARE

Fedel Stefano

[R.D. 28-03-1929, n. 499, epigrafe](#)

[D.P.R. 31-07-1978, n. 569, epigrafe](#)

[c.c. art. 2657](#)

Sommario: [Le origini del sistema della trascrizione](#) - [La storia del regime pubblicitario tavolare](#) - [Confronto tra i due sistemi](#) - [Il caso: accessione nel possesso](#)

Prima di delineare le principali differenze tra il sistema tavolare e quello delle conservatorie è senz'altro opportuno compiere un breve *excursus* storico per meglio comprendere le differenze e le ragioni della persistenza a tutt'oggi nel nostro ordinamento di due distinti ed assai diversi sistemi di pubblicità immobiliare.

Le origini del sistema della trascrizione

L'istituto della trascrizione trae origine nei c.d. *coutumes de nantissement*, ovvero le consuetudini vigenti in periodo antecedente alla rivoluzione francese nel nord della Francia, in Belgio e in Lussemburgo, consuetudini sorte per la tutela dei traffici e consistenti in forme di iscrizione in registri pubblici.

In seguito, nel corso della rivoluzione francese, la *loi sur le régime hypothécaire* dell'11 brumaio, anno VII (1° novembre 1798), ha posto le basi del sistema di pubblicità immobiliare a tutt'oggi vigente in Francia, Belgio, Lussemburgo, e in gran parte d'Italia. Tale normativa vedeva nella trascrizione un'efficace strumento per risolvere i conflitti tra più acquirenti da un unico dante causa. La trascrizione non era obbligatoria e non era nemmeno previsto il principio della continuità delle trascrizioni. Detta impalcatura, con lievi aggiustamenti, venne recepita nel codice napoleonico del 1804.

Il codice italiano del 1865, nel disciplinare il sistema di pubblicità immobiliare, seguì l'esempio francese del *Code Civil* del 1804. Tale sistema presentava tuttavia numerose incongruenze; la trascrizione era inoltre prevista per un numero molto limitato di atti e di domande giudiziali, con conseguente impossibilità di ricostruire la storia giuridica di un bene. Non era infine prevista alcuna sanzione, di carattere né civile né penale, per la mancata esecuzione della formalità di trascrizione legalmente prevista.

Dopo la prima guerra mondiale, eminenti esigenze fiscali spinsero il Legislatore a disciplinare in modo più specifico e diffuso il sistema di pubblicità immobiliare ⁽¹⁾, ampliando il numero degli atti soggetti a trascrizione ed imponendo l'obbligo di eseguire le trascrizioni prescritte ai pubblici ufficiali che ricevevano o tenevano in deposito gli atti (notai, cancellieri, ricevitori del registro).

Il sistema della trascrizione fu poi ridisciplinato dal codice civile del 1942. Esso designò tale istituto come strumento di tutela dei traffici immobiliari, prevedendo la trascrizione di tutti gli atti di disposizione dei beni immobili, compresi gli acquisti *mortis causa*, al fine della loro opponibilità ai terzi e stabilendo il principio di continuità delle trascrizioni. Venne imposto ai pubblici ufficiali dinanzi a cui venivano formati detti atti l'obbligo di loro trascrizione.

Successivamente, fu prevista la trascrivibilità di altre tipologie di atti, come, a mero titolo esemplificativo: le convenzioni matrimoniali ed il fondo patrimoniale, per rendere conoscibile ai terzi il regime patrimoniale cui sono assoggettati i beni appartenenti ai coniugi; i contratti preliminari di compravendita, al fine di tutelare il promissario acquirente dalle vicende pregiudizievoli che possano interessare il promittente venditore.

[Digitare qui]



Nel 2009 il legislatore è nuovamente intervenuto in materia prevedendo la trascrivibilità dei sequestri preventivi penali, con funzione di contrasto alla criminalità organizzata; la limitazione a venti anni, salvo rinnovazione, dell'efficacia delle trascrizioni dei sequestri, dei pignoramenti e delle domande giudiziali, per ridurre il periodo temporale utile nell'ispezionare i registri immobiliari.

Il sistema è stato di recente informatizzato: ad oggi l'aggiornamento della banca dati ipotecaria è interamente effettuato attraverso strumenti informatici ed i notai possono trasmettere telematicamente le note e le domande relative agli atti da trascrivere, iscrivere o annotare e, a partire dal 2010, tale modalità di trasmissione è stata estesa ad altri pubblici ufficiali e agli agenti della riscossione. Dal settembre 2012 i notai possono trasmettere telematicamente anche il titolo giuridico da presentare ai conservatori operanti su tutto il territorio nazionale.

La storia del regime pubblicitario tavolare

In Italia coesistono, come anticipato, due sistemi di pubblicità immobiliare, quello della trascrizione, di cui si è detto, e quello tavolare, chiamato anche del Libro fondiario, in vigore nelle "nuove" province di Trento, Bolzano, Trieste, Gorizia nonché in alcuni comuni della provincia di Udine, nel comune vicentino di Pedemonte, nei comuni bresciani di Magasa e Valvestino nonché in alcuni comuni della Provincia di Belluno (es. Cortina d'Ampezzo).

Il sistema discende nei suoi principi fondanti dalle consuetudini germaniche che regolavano il sistema delle "Landtafeln", creato nel XIII secolo. Tale sistema si informava al principio secondo il quale nessun diritto riguardante beni immobili potesse avere riconoscimento giuridico nell'ordinamento se non previa iscrizione nelle tavole, il che obbligava da un lato, alla corretta tenuta delle iscrizioni, ma dall'altro, consentiva una più efficace azione fiscale.

Con la Patente sovrana del 22 aprile 1794 fu introdotto l' "*Hauptbuch*", il c.d. libro maestro, che spostava il perno delle registrazioni dal contribuente al diritto reale connesso all'immobile; il sistema veniva pertanto improntato su una base squisitamente reale ⁽²⁾.

All'esito della prima guerra mondiale, ed all'annessione di parte dei territori tirolesi allo Stato italiano, il Legislatore, promulgando il [R.D. 28 marzo 1929, n. 499](#), non mutò l'impianto del sistema austriaco, ma anzi esplicitamente lo richiamò.

Successivamente, l' [art. 1 del D.P.R. 31 luglio 1978, n. 569](#) ha trasferito le competenze statali in materia di impianto e di tenuta dei Libri Fondiari alle autorità locali, accrescendone la competenza primaria, in particolare attribuendo le funzioni prima di spettanza del Ministero della Giustizia con appositi organi decentrati a livello di Mandamento.

Attualmente anche l'impianto del libro fondiario è stato sottoposto a processo di informatizzazione che ne consente la consultazione digitalizzata.

L'attitudine del sistema tavolare a garantire in modo pieno ed efficace la circolazione degli immobili è stata apprezzata da molti ordinamenti europei i quali lo hanno adottato come strumento di pubblicità immobiliare. Il sistema tavolare è oggi in vigore in quasi tutti i paesi dell'area germanofona (Germania, Svizzera, Austria), nelle aree in cui era forte l'attrattiva dell'esempio tedesco (Polonia, Finlandia, Russia e Svezia), e in stati dell'area latina (Spagna e Portogallo). Recentemente anche Tunisia e Australia hanno adottato tale sistema.

Anche l'Italia fascista subì il fascino di tale sistema, tanto che iniziò a introdurlo nelle sue colonie (Eritrea, Libia, Rodi) ed è tutt'ora ivi in vigore.

Confronto tra i due sistemi

Esposte in sintesi la storia e le origini dei due sistemi è ora opportuno procedere ad un confronto fra gli stessi.

In questa sede si opererà mostrando le principali differenze, anche sulla scorta degli arresti giurisprudenziali in *subiecta materia*.

Il sistema della trascrizione vigente in Italia è basato sul principio consensualistico dettato dall' [art. 1376 cod. civ.](#), ai sensi del quale "Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato".

Il principio cardine del regime tavolare è invece quello dell'iscrizione, in virtù del quale il diritto di proprietà e gli altri diritti reali sui beni immobili non si acquistano per effetto del mero consenso, ma solamente in seguito all'iscrizione di tali diritti nel libro fondiario ⁽³⁾. Questa operazione, detta "intavolazione", è il vero atto traslativo, ed è quindi presupposto di efficacia, anche fra le parti, del trasferimento o della costituzione del diritto reale. La stessa Corte di Cassazione, infatti, afferma che nei territori in cui vige il sistema tavolare, la proprietà e gli altri diritti reali su beni immobili si acquistano esclusivamente con l'iscrizione di un titolo idoneo nel libro fondiario, in quanto il consenso legittimamente manifestato dalle parti contraenti è un requisito necessario ma non sufficiente ai fini dell'acquisto del diritto ⁽⁴⁾.

Il perfezionamento del contratto ad effetti reali attribuisce all'avente causa unicamente un diritto obbligatorio alla prestazione, in quanto il trasferimento del diritto reale si realizzerà solamente al momento della iscrizione tavolare, all'esito del procedimento regolato oggi dalla legge generale sui libri fondiari allegata al [R.D. n. 499 del 1929](#).

Tale deroga vale però solamente per gli atti *inter vivos* aventi a oggetto l'acquisto di diritti reali immobiliari. Al riguardo è chiara la giurisprudenza di legittimità, la quale ha ripetutamente avuto modo di affermare che l'efficacia costitutiva dell'iscrizione o intavolazione è limitata agli atti tra vivi, e non è estensibile ai trasferimenti per successione ereditaria, o agli acquisti a titolo originario, come l'usucapione ⁽⁵⁾.

Per gli acquisti *mortis causa*, infatti, si è mantenuto il sistema di devoluzione ereditaria proprio del diritto italiano, adeguandolo al regime tavolare con l'istituzione del certificato di eredità e di legato ⁽⁶⁾. L'acquisto opera quindi a favore dell'erede o del legatario indipendentemente dalla iscrizione tavolare che in questo caso viene ad avere un effetto meramente dichiarativo. Tuttavia, per potere successivamente alienare il bene ereditato, nel rispetto della continuità delle iscrizioni, l'erede o il legatario dovrà chiedere e ottenere il certificato di eredità e di legato, e intavolare il suo diritto contro il *de cuius*. Ciò per il principio del predecessore tavolare o di continuità nelle intavolazioni, per il quale un diritto può essere iscritto solamente nei confronti del proprietario tavolare.

Anche per gli altri acquisti non contrattuali, a titolo originario o derivativo, l'intavolazione non ha il tipico effetto costitutivo, bensì un valore meramente dichiarativo.

Nel regime del Libro Fondiario accanto alla cosiddetta funzione negativa della pubblicità tipica degli ordinamenti di ceppo latino, consistente nella fiducia dei terzi sull'inesistenza di quanto non sia pubblicato nei libri, sussiste una funzione positiva che si concreta nella tutela offerta dall'[art. 5 del R.D. n. 499/1929](#) a chi acquisti un diritto sulla fede del libro fondiario nei confronti di chi abbia maturato quello stesso o altro confliggente diritto a titolo originario, senza avere annotato la domanda giudiziale volta all'accertamento della sua situazione giuridica soggettiva.

Infatti, qualora l'immobile sia stato nei fatti usucapito, ma tale acquisto non sia stato iscritto nella partita tavolare cui appartiene l'immobile, l'ordinamento tutela chi acquista dal proprietario nei cui confronti è maturata l'usucapione, invece che colui che ha acquistato il bene a titolo originario. La giurisprudenza ha appunto stabilito che il valore costitutivo dell'iscrizione non si estende ai trasferimenti per causa di morte o agli acquisti per usucapione, e il conflitto tra l'acquirente per atto fra vivi dall'intestatario tavolare che abbia proceduto per primo a iscrivere il suo diritto e chi abbia acquistato il bene per usucapione si risolve in base all'[art. 5 del R.D. n. 499 del 1929](#), per cui l'acquisto effettuato in base a dette risultanze si presume avvenuto in buona fede, ed è onere del terzo che sostiene di aver acquistato il bene per usucapione provare che colui che ha acquistato dal titolare del bene in base al libro fondiario, era in malafede, essendo stato a conoscenza della sussistenza dell'usucapione maturata ma non giudizialmente dichiarata e iscritta, o essendo stato in grado di apprenderlo facendo uso della ordinaria diligenza ⁽⁷⁾.

Incidentalmente si rileva - come argutamente osservato ⁽⁸⁾ - che "... nel sistema tavolare l'usucapione abbreviata non opera per il semplice motivo che non può dirsi in buona fede un soggetto che acquisti *a non domino*, dal momento che il principio della buona fede che caratterizza il nostro sistema pubblicitario impedisce che possa dirsi in buona fede colui che non verifichi le risultanze tavolari".

Il sistema dei Libri Fondiari offre quindi piena tutela alla circolazione dei beni. La tutela del terzo acquirente dal proprietario iscritto risulta ulteriormente rafforzata dal sistema delle c.d. azioni in cancellazione di cui agli artt. 61 e seguenti della legge generale, laddove, a garanzia dei successivi acquirenti, vengono limitate negli effetti e nel tempo le conseguenze della invalidazione dell'intavolazione dalla quale erano originati i diritti dei terzi.

Nei territori delle c.d. "vecchie provincie", invece, la trascrizione ha sempre efficacia dichiarativa, in particolare la giurisprudenza di legittimità ha osservato come la trascrizione non sia un istituto di pubblicità costitutiva, bensì dichiarativa, e come tale abbia la funzione di rendere opponibile l'atto ai terzi onde dirimere il conflitto tra più acquirenti sullo stesso bene, senza incidere sulla validità ed efficacia dell'atto stesso. Essa è un onere, cioè un *quid pluris* rispetto all'atto trascrivendo ⁽⁹⁾.

L'efficacia meramente dichiarativa della trascrizione è stata ribadita dalla giurisprudenza di legittimità rilevando come la trascrizione attui una forma di pubblicità a tutela della circolazione dei beni, finalizzata alla soluzione di conflitti fra più acquirenti dello stesso diritto dal medesimo dante causa, ma non incida sulla validità e sull'efficacia dell'atto ⁽¹⁰⁾. Questa funzione, peraltro, è ben esplicitata dagli artt. 2644 ss. cod. civ., i quali regolano i metodi di risoluzione del conflitto tra più aventi causa dal medesimo dante causa. In particolare il cpv. dell' [art. 2644 cod. civ.](#) dispone: "Seguita la trascrizione, non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore".

Il sistema delle trascrizioni, normato dagli artt. 2657 ss. cod. civ., prevede che esse vengano disposte a seguito di istanza (c.d. nota di trascrizione), indicante, unitamente alla copia dell'atto da trascriversi (i contratti, le sentenze, ed in genere i titoli legittimanti l'acquisto), i dati di cui all' [art. 2659 cod. civ.](#) ⁽¹¹⁾.

Ogni pagina del registro delle conservatorie riporta quindi non tanto l'indicazione del bene con i conseguenti trasferimenti di proprietà o aggravii o comunque tutte le vicende conseguenti agli atti ed alle sentenze di cui all' [art. 2643 cod. civ.](#), bensì le trascrizioni o iscrizioni eseguite nei confronti dei vari soggetti. Se gli atti trascritti saranno stati di acquisto del diritto, la trascrizione sarà intervenuta in favore, in ipotesi di perdita del diritto, la trascrizione sarà avvenuta in danno.

Non pare superfluo rammentare che la trascrizione rappresenta per le parti un onere e non un obbligo ⁽¹²⁾. Secondo taluna giurisprudenza ⁽¹³⁾ è pure valida la rinuncia a far valere la mancata trascrizione.

Mentre il regime della trascrizione è quindi a base personale, ossia nei registri immobiliari vengono classificate le note e le domande in partite intestate alle singole persone; il sistema tavolare è improntato su base reale, ciò significa che ogni bene immobile ha una sua partita, chiamata partita tavolare, nella quale sono riportati gli elementi individuativi, le dimensioni, i suoi proprietari, e gli aggravii.

Nel sistema del Libro Fondiario l'iscrizione concerne quindi normalmente solo i diritti, principalmente quelli reali ⁽¹⁴⁾.

Col nome "Libro fondiario" viene infatti designato quel complesso di registri, atti e documenti, che raccoglie e riporta per tutti gli immobili di un determinato comune catastale il loro stato giuridico con espressa menzione delle variazioni di fatto e di diritto che si sono andate verificando con il passare del tempo, dall'impianto fino ai giorni nostri.

Gli immobili, individuati nelle particelle fondiarie ed edificiali della mappa catastale, costituiscono le "unità immobiliari base" per la costituzione del corpo tavolare, il quale può essere definito come il complesso immobiliare rappresentante un'unità fisica appartenente allo stesso proprietario, singolo o in comunione indivisa, ed è la base reale della partita tavolare (complesso di un certo numero di fogli destinati a recepire le iscrizioni riferite alle particelle che concorrono a costituirlo). La partita tavolare si articola in tre fogli contraddistinti da una lettera dell'alfabeto: A, B e C.

Il foglio A è detto "foglio di consistenza" ed è a sua volta diviso in due sezioni: il foglio A1 riporta l'intestazione della partita tavolare con indicazione del numero, della sezione, del comune

catastale, del distretto, del numero della o delle particelle costituenti il corpo tavolare, del numero del foglio di mappa contenente le singole particelle, della località, della designazione della coltura del fondo e della qualità dell'edificio; e il foglio A2, che riporta la cronistoria delle iscrizioni e modificazioni eseguite nel foglio A1 e l'evidenza dei diritti reali attivi a vantaggio delle particelle iscritte nel foglio A1. Il foglio B, detto "foglio della proprietà", riporta i diritti di proprietà sul corpo tavolare, nonché la menzione delle limitazioni al libero esercizio di tale diritto a cui il proprietario fosse eventualmente sottoposto (es. interdizione, inabilitazione, fallimento, ecc.). Infine, nel foglio C, detto "foglio degli aggravi", sono riportate le iscrizioni dei diritti reali che gravano il corpo tavolare (es. servitù, diritti di usufrutto, uso, abitazione, ecc., nonché le ipoteche).

Tutte le partite tavolari in un comune catastale concorrono a costituire il libro fondiario di quel comune.

In ogni comune catastale è pure tenuto un registro reale che riporta, in due distinti elenchi, le particelle edificiali e le particelle fondiarie con indicazione per ognuna della superficie e del numero della partita tavolare in cui è contenuta.

In considerazione della costitutività connessa a talune delle iscrizioni tavolari è previsto, all'art. 75 della legge generale sui libri fondiari, che all'ufficio tavolare sia preposto un Giudice (Giudice Tavolare) designato dal presidente del Tribunale. Da ciò consegue quello che il Pombeni ⁽¹⁵⁾ definisce "la forza probante emanante dal libro fondiario", ovvero la pubblica fede del medesimo.

In attuazione del principio di legalità su cui si regge il sistema tavolare, il giudice tavolare, a seguito di un rigoroso controllo sulla legittimità ed efficacia del titolo nonché sulla sussistenza della concordanza con lo stato tavolare, ordina con apposito decreto l'intavolazione (art. 94 legge tavolare) ⁽¹⁶⁾. Ciò è esplicitato dall'art. 75 comma 3 della legge generale sul sistema tavolare, ai sensi del quale la domanda volta all'ottenimento di una iscrizione tavolare deve essere diretta al giudice tavolare.

Tale norma costituisce logica conseguenza al principio per cui nessuna iscrizione può avvenire se non è ordinata con decreto del giudice tavolare, previo controllo, da parte dello stesso, del titolo in base al quale è richiesta l'iscrizione medesima.

Il procedimento dinanzi al giudice tavolare è quindi improntato al principio della domanda: l'istanza, redatta per iscritto deve indicare esattamente il contenuto della iscrizione richiesta ⁽¹⁷⁾.

Il caso: accessione nel possesso

Trattiamo ora un'ipotesi peculiare, quella dell'accessione nel possesso nel sistema tavolare, affrontata nella sentenza 23 luglio 2008, n. 20287 della Suprema Corte.

Nel 1998 un privato, proprietario di un fondo agricolo, conveniva in giudizio una società in nome collettivo, proprietaria di un fondo attiguo, per sentirla condannare all'arretramento, sino alla distanza prevista dal regolamento edilizio del comune, di un manufatto costituito da un terrapieno sorretto da un muro di contenimento su cui era stato realizzato un piazzale con una tettoia adibita al deposito di legname. La convenuta si opponeva alle richieste attoree eccependo, tra l'altro, l'avvenuto usucapione del diritto a mantenere il manufatto a quella distanza dal confine. V'è specificato che nel caso scrutinato dalla Suprema Corte il muro era stato realizzato in più fasi e parte convenuta aveva acquistato il terreno solo da alcuni anni.

Il Tribunale di Trento prima, e la Corte d'Appello poi, condannarono la convenuta all'arretramento, rilevando che, poiché in Trentino vige il sistema tavolare, parte convenuta non poteva invocare l'accessione del possesso ai sensi dell' [art. 1146 cod. civ.](#), comma 2 in quanto mancava "l'intavolazione a favore del suo dante causa".

Il *decisum* si rifaceva a una risalente sentenza della Suprema Corte la quale stabiliva che "in regime tavolare, l'acquirente da chi non è proprietario dell'immobile venduto non può unire il possesso dell'autore del trasferimento al proprio perché, mancando l'intavolazione a favore del dante causa ed avendo l'iscrizione nel libro fondiario valore costitutivo dell'acquisto della proprietà, viene a mancare anche in astratto il titolo idoneo a trasmettere la proprietà o altro diritto reale che importi come conseguenza la sostituzione nel possesso di un soggetto ad un altro" ⁽¹⁸⁾.

La Suprema Corte, nella sentenza in commento, ha ritenuto di rivedere tale orientamento. Innanzitutto ha rilevato come caratteristica della servitù sia la sua accessorietà alla titolarità del fondo dominante, anche a prescindere dalla espressa sua menzione nell'atto di trasferimento ⁽¹⁹⁾. Un titolo (ad es. contrattuale) di trasferimento della proprietà di un bene sarebbe quindi astrattamente idoneo ex [art. 1146 comma 2 cod. civ.](#) a trasferire il connesso diritto di servitù, afferente al medesimo bene, pur in mancanza di espressa menzione.

La Suprema Corte osservava poi che, se è vero che l'accessione del possesso opera con riferimento e nei limiti del titolo traslativo e non oltre tali limiti (Cass. 6382/1999), è altrettanto vero che il trasferimento della servitù non eccede i limiti dell'atto traslativo della proprietà del fondo dominante. Nel affermare tali principi la Corte richiama alcuni suoi precedenti ⁽²⁰⁾.

Gli ermellini proseguivano poi osservando che, posto come la disciplina tavolare interferisca con l'istituto di cui all' [art. 1146 cod. civ.](#), comma 2 per il carattere costitutivo dell'intavolazione dei diritti acquistati per atto tra vivi (e solo di essi) ex [R.D. n. 499/1929](#), l'omessa intavolazione del diritto trasferito per atto tra vivi dal dante causa al successore a titolo particolare impedisce il verificarsi dell'accessione del possesso, dato che in mancanza di essa il diritto non può dirsi trasferito, difettando il requisito dell'astratta idoneità dell'atto a trasferire il diritto. La Corte precisava poi che, ove si discuta di accessione del possesso di una servitù non ancora costituita, ostativa è la mancata intavolazione del diritto di proprietà oggetto del trasferimento per atto tra vivi, non del connesso diritto di servitù.

Concludeva pertanto come la mancata intavolazione del diritto di proprietà acquistato per atto tra vivi dal dante causa non impedisce l'accessione nel possesso. Quella mancanza, infatti, rilevarebbe solo nel senso che comporterebbe l'inefficacia del trasferimento successivo, sotto il profilo del difetto di titolarità del diritto in capo all'autore; ma tale inefficacia rientrerebbe nella fisiologia dell'istituto dell'accessione del possesso.

Così dicendo la Cassazione cassava la sentenza della Corte d'Appello nella parte in cui stabiliva che, "vigendo il sistema tavolare, l'odierno appellante non può far valere l'*accessio possessionis* ex [art. 1146 cod. civ.](#), comma 2 difettando appunto l'intavolazione a favore del suo dante causa".

⁽¹⁾ Raccolti e coordinati nel [R.D. 30 dicembre 1923, n. 3272](#).

⁽²⁾ Nel 1811 il legislatore intervenne estendendo tale regime pubblicitario a tutto il territorio dell'Impero asburgico. Successivamente, le leggi del 25 luglio 1871, Bli n. 95 e 17 marzo 1897, Bli n. 9, operarono l'armonizzazione catastale nel territorio dell'Impero e stabilirono l'impianto del Libro fondiario.

⁽³⁾ L'art. 2 della legge tavolare dispone: "a differenza di quanto disposto dal codice civile italiano, il diritto di proprietà e gli altri diritti reali sui beni immobili non si acquistano per atto tra vivi se non con l'iscrizione del diritto nel libro fondiario".

⁽⁴⁾ Ex multis, [Cass., sez. II, 20 ottobre 2008, n. 25491](#); [Cass., sez. II, 21 luglio 2009, n. 16961](#).

⁽⁵⁾ Cfr. [Cass., sez. II, 21 maggio 2012, n. 8001](#).

⁽⁶⁾ L'art. 3 della legge tavolare dispone infatti che chi acquista a titolo di successione ereditaria o di legato la proprietà o un altro diritto reale su beni immobili non possa farne iscrivere il trasferimento a suo nome nel libro fondiario, se non mediante presentazione al giudice tavolare del certificato di eredità o di legato rilasciato dalla competente autorità giudiziaria. Parimenti nessun diritto può essere iscritto nei libri fondiari a carico di chi abbia acquistato, a titolo di eredità o di legato, la proprietà o altro diritto reale su beni immobili, se il diritto di costui non sia stato a sua volta iscritto.

⁽⁷⁾ Cass., sez. II, 20 settembre 2012, n. 15843; conforme [Cass., sez. II, 21 luglio 2009, n. 16961](#).

⁽⁸⁾ M. Cuccaro, *Lineamenti di diritto tavolare*, Milano, 2010, 110.

⁽⁹⁾ [Cass., sez. III, 12 dicembre 2003, n. 19058](#).

⁽¹⁰⁾ [Cass. 5 luglio 1996, n. 6152](#); conforme [Cass., sez. II, 3 febbraio 2005, n. 2162](#).

⁽¹¹⁾ Nella nota di trascrizione è pure necessaria la menzione di eventuali condizioni o termini ([art. 2659 cod. civ.](#)), pena il risarcimento dei danni.



⁽¹²⁾ Un obbligo può invece sussistere in capo ai pubblici ufficiali (ex [artt. 2647; 2667 cod. civ.](#)).

⁽¹³⁾ Cass. n. 46/1978, in *ItalggiureWeb*.

⁽¹⁴⁾ In regime tavolare non mancano peraltro ipotesi in cui a essere pubblicizzati sono i diritti personali, come ad esempio, quello di godimento locativo ultranovennale, ovvero le domande giudiziarie, ovvero il provvedimento di assegnazione della casa coniugale.

⁽¹⁵⁾ A. Pombeni, *Il Libro Fondiario*, ed. Monauni, 1971.

⁽¹⁶⁾ In particolare il giudice tavolare ordinerà l'iscrizione qualora sussistano le seguenti condizioni:

1) se dal libro fondiario non risulta alcun ostacolo contro la richiesta iscrizione (c.d. concordanza);

2) se non sussiste alcun giustificato dubbio sulla capacità personale delle parti di disporre dell'oggetto a cui l'iscrizione si riferisce o sulla legittimazione dell'istante;

3) se la domanda risulta giustificata dal contenuto dei documenti prodotti;

4) se i documenti prodotti hanno tutti i requisiti di legge per l'iscrizione richiesta.

⁽¹⁷⁾ Abilitato alla proposizione della domanda è chiunque vi abbia legittimo interesse oppure chi sia obbligato per legge: appare evidente il restringimento rispetto alle previsioni in materia di trascrizione (richiedibile da chiunque).

⁽¹⁸⁾ Cass. n. 3840/1978.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass. nn. 17301/2006, 2168/2006, 6680/1995, 5686/1985.

⁽²⁰⁾ [Cass. n. 11131/2006](#), [Cass. n. 13695/2003](#).



Notariato, 2012, 2, 169 (commento alla normativa)

Trascrizione

TEMPESTIVITA' DELLE TRASCRIZIONI E TUTELA DELL'ACQUIRENTE: SISTEMI A CONFRONTO

Liotta Giovanni ; Aricò Giovanni ; Dominguez Mena Antonio

[c.c. art. 2645-bis](#)

[c.c. art. 2671](#)

Una sintetica ricognizione della normativa e dell'esperienza di due dei principali ordinamenti europei permette di offrire qualche interessante spunto di riflessione circa i profili critici del nostro sistema di pubblicità immobiliare tra prassi e valutazioni de jure condendo.

Sommario: [Il "sistema" spagnolo](#) - [Il "sistema" francese](#) - [Analogie e differenze tra i sistemi analizzati](#)

Nel corso dei periodici incontri di approfondimento della Commissione degli Affari dell'Unione europea (C.A.E.) in seno all'Uinl, capita spesso di confrontarsi con i colleghi stranieri su materie oggetto di studio comparato, ma anche sulla prassi adottata nei rispettivi Paesi, per poi valutarne l'eventuale opportunità di importazione nel nostro ordinamento, nella convinzione che l'evoluzione dei sistemi normativi dipende, in buona misura, dal continuo confronto con le esperienze legislative degli altri Paesi.

Ci è sembrato dunque di qualche utilità scrivere alcune brevi considerazioni partendo dalla comparazione del nostro sistema di pubblicità immobiliare con quelli spagnolo e francese, con l'obiettivo di stimolare un dibattito sul mai sopito tema della tutela dell'acquirente di un immobile o di un creditore ipotecario, a fronte del rischio derivante da una tardiva trascrizione od iscrizione.

L'esigenza è stata peraltro espressa più volte in sede di Congresso nazionale ⁽¹⁾, sottolineando la necessaria funzione preventiva del notaio e la sua centralità nel garantire le contrattazioni immobiliari, anche attraverso l'analisi della prassi degli altri ordinamenti.

Il "sistema" spagnolo

Per meglio comprendere la prassi spagnola relativa alla circolazione immobiliare, occorre dare un breve sguardo al sistema contrattuale spagnolo evidenziando come la trasmissione della proprietà sui beni immobili sia improntata al sistema del "titolo e modo" e, cioè, si richiede un accordo o contratto traslativo (titolo) e una consegna o trasferimento del possesso (modo); così è previsto dagli articoli 609, 1095 e 1462 del Codice Civile (c.c.). Quanto agli elementi formali, non si impone necessariamente una forma specifica, senza la quale non esisterebbe la trasmissione immobiliare (forma *ad solemnitatem*) essendo, solamente, necessaria la presenza di requisiti formali a fini probatori (c.d. forma *ad probationem*). E a ciò si riferisce l'art. 1280 del Codice Civile. Allo stesso modo, neppure è necessaria l'iscrizione nel *Registro de la Propiedad* per l'acquisizione della proprietà; l'iscrizione è, in generale, dichiarativa e volontaria (intendendosi per iscrizioni dichiarative quelle che si limitano a manifestare un cambiamento reale senza intervenire in esso e per iscrizioni costitutive quelle che pubblicano un cambiamento reale che le stesse hanno provocato).

In sintesi, nella contrattazione immobiliare vige un regime consensualistico nel senso che i contratti si perfezionano per mero consenso ([art. 1258 c.c.](#)); la vendita si perfezionerà e sarà vincolante per venditore e compratore, quando esista l'accordo sulla cosa e sul prezzo, anche se né l'una né l'altra si fossero ancora consegnati ([art. 1450 c.c.](#)).

Da quanto esposto risulta che non sono obbligatori né la forma notarile, né l'iscrizione *registral* per la trasmissione di beni immobili. Nonostante ciò, nella prassi attuale, sono pochi i compratori che pagano un prezzo per un immobile e non formalizzano l'acquisizione con atto notarile (*escritura pública*) per gli innegabili vantaggi che l'intervento notarile comporta e per gli effetti privilegiati generali che la *escritura pública* produce: effetti probatori, di trasmissione del possesso ed esecutivi e, inoltre, possibilità di accedere ai registri immobiliari della proprietà e degli altri diritti reali sui beni immobili. A questa pluralità di effetti rilevanti si contrappone la limitata efficacia probatoria dei documenti privati (stipulati senza intervento del notaio), che non posseggono in sé effetti per la *traditio*, né esecutivi e che neppure sono titoli idonei per l'iscrizione nel *Registro de la Propiedad*, fatte salve talune scarse e specifiche eccezioni che non hanno niente a che vedere con la contrattazione immobiliare.

Per valutare l'importanza dell'iscrizione nel *Registro de la Propiedad* bisogna partire da due premesse: a) l'iscrizione attraverso il Registro è esclusivamente un mezzo di pubblicità, conferisce un "plus di efficacia" ai diritti iscritti di fronte a quelli che non lo sono, una presunzione *iuris tantum*. Non si è proprietari, né si smette di esserlo, per il mero fatto di constare o no come tale nel *Registro de la Propiedad*; i diritti si acquisiscono, modificano, trasmettono o estinguono prescindendo assolutamente dal *Registro*. I diritti non esistono perché si pubblicano nel *Registro*, ma si pubblicano perché già esistono indipendentemente dello stesso; b) la legislazione ipotecaria in generale ha un marcato carattere qualificativo ovvero regola esclusivamente i requisiti che devono avere i documenti che si presentano affinché i fatti, atti e contratti in essi contenuti accedano al *Registro*. La validità o nullità del negozio può essere solo oggetto di un giudizio dinanzi ai Tribunali di Giustizia (artt. 33 Ley Hipotecaria e 101 Reglamento Hipotecario) indipendentemente dallo stretto margine della *calificación registral* (il controllo a cura del *Registrador*). E ciò perché la normativa sostanziale dei negozi giuridici è contenuta nel Codice Civile e non nella legislazione ipotecaria, la quale ha per oggetto, soltanto, la specificazione dei dati che si devono estrarre dai documenti che si presentano al *Registro* per poter pubblicizzare nel medesimo, il modo di realizzare l'ordine e la collocazione (*asientos*) delle formalità o gli effetti che questi producono. In definitiva, il controllo di legalità che suppone la *calificación registral* è, semplicemente, un controllo per l'inscrivibilità.

Il *Registro de Propiedad* spagnolo è impostato secondo il sistema del *folio real* (foglio reale) e cioè, aprendo una pagina (o foglio) particolare per ciascun immobile (*finca*), in modo che sia sufficiente fornire l'ubicazione del bene per conoscere, attraverso il registro competente, la situazione di titolarità e la consistenza dei gravami dello stesso. In questa "pagina" si evidenziano tutte le modifiche giuridiche reali che riguardano la *finca* nel tempo. È ciò che viene chiamata *historia registral*, permette di conoscere tutti gli intestatari e i pesi che, nel tempo, siano esistiti sulla *finca* stessa. Inoltre, esiste un indice generale di intestazione che permette di

conoscere le *fincas* che una persona abbia iscritte in tutti i *Registros de la Propiedad* spagnoli, anche se questo non altera in alcun modo il sistema del *folio real*.

A differenza di altri sistemi dove esiste un unico Registro per tutto il territorio nazionale, nel sistema spagnolo vige il principio di delocalizzazione, esistendo un *Registro de la Propiedad* per ogni distretto ipotecario. Gli immobili ubicati nella circoscrizione territoriale o territorio di un concreto registro possono essere oggetto di registrazione soltanto nello stesso; e cioè uno stesso immobile non può essere riportato in un *Registro* al quale non appartenga, né in due o più contemporaneamente, salvo che l'immobile non si estenda nel territorio di municipi ricadenti nella competenza di diversi *Registri*. A ciò si riferisce l'articolo 1 della Ley Hipotecaria nel prevedere che "le dette iscrizioni o annotazioni si faranno nel *Registro* nella cui circoscrizione territoriale si radichino gli immobili."

Quanto ai principi che deve osservare il *Registrador* nell'esercizio della sua funzione, si riportano qui di seguito quelli chiamati Principi ipotecari, orientamenti generali, direttive fondamentali che, operando come dei veri e propri principi, informano la disciplina in oggetto e fungono da guida per risolvere i problemi concreti. Inizialmente previsti per il *Registro de la Propiedad* ma (con importanti precisazioni) applicati anche al *Registro Mercantil*, sono i seguenti:

- *principio de rogación*: l'attività del Registrador è su istanza di parte (artt. 6 LH, 79 RH), fatti salvi certi casi che fungono da eccezione (artt. 171 e 213 LH, 161, 353, 422 e 481 RH);

- *principio de titulación pública*: la regola generale è che i documenti che accedono al *Registro* sono documenti pubblici;

- *principio de legalidad o calificación*: al fine di concedere, negare o sospendere l'*asiento* richiesto, il *Registrador* esamina preventivamente il titolo quanto al rispetto della legalità formale estrinseca, della capacità delle parti e della validità degli atti dispositivi (art. 18 LH). Questa attività di controllo dovrà essere globale e unitaria (art. 258.5 LH), cioè riferirsi alla totalità del documento e contenere l'indicazione di tutte le carenze riscontrate. Tale principio informa l'analoga attività nell'ambito del diritto commerciale (art. 18 Código de Comercio e 6 Reglamento Registro Mercantil);

- *principio de prioridad*: si fonda sul brocardo *prior in tempore potior in iure* e, in forza di esso, l'iscrizione o annotazione di un atto traslativo o dichiarativo della proprietà o di altro diritto reale su immobili impedisce di iscrivere sugli stessi ogni altro diritto di data uguale o anteriore che sia in contrasto o incompatibile con quello già iscritto. Esso risulta dall'art. 17 LH e 10 RRM;

- *principio de especialidad*: è conseguenza del sistema del *folio real* su cui è fondato il sistema dei diritti reali in Spagna (il Registro della proprietà è tenuto aprendo un (folio) particolare per ogni finca nel corrispondente Libro - art. 243 LH). Tale principio implica che solo i diritti relativi a un immobile, che sono pubblicati nel corrispondente folio dello stesso, sono opponibili ai terzi (art. 13 LH). Questo principio generale, in materia di obbligazioni che possono essere oggetto di garanzia e relativamente alle garanzie stesse, è denominato di "determinazione" (art. 12 LH) e richiede che tanto l'obbligazione garantita quanto la garanzia stessa, siano limitate a una cifra massima così che i terzi che consultano il Registro possano conoscere, con facilità, fino a che punto il bene sia vincolato dalla garanzia costituita. Tale principio è più chiaramente enunciato in relazione al Registro Mercantil e si può importarne l'applicazione nell'ambito immobiliare segnalando le numerose esigenze formalistiche in ordine agli atti iscrivibili; ad esso si riferisce l'art. 97 RRM nel prevedere che *las circunstancias y requisitos establecidos en este Reglamento respecto de las actas y sus libros y certificaciones lo serán a los exclusivos efectos de la inscripción en el Registro Mercantil*;

- *principio de tracto sucesivo*: implica che ci sia una concatenazione tra i titolari risultanti dal Registro in modo che ciascun titolare trovi la sua posizione fondata e legata nel precedente o, nelle parole di ROCA SASTRE, che l'acquirente di oggi sia il trasmittente di domani e, così, successivamente. Tale principio è contenuto nell'art. 20 LH. Esso è, altresì, precisato nell'ambito del Registro Mercantil (art. 11 RRM).

Altri due principi, infine, reggono il sistema: inopponibilità di atti o fatti non iscritti ai terzi (art. 32 LH), che in ambito commerciale è espresso come opponibilità (art. 21 CdC e 9 RRM)

e *inscripción no convalidatoria* (artt. 33 LH, 20.2 CdC y 7.2 RRM), secondo il quale la pubblicità non ha effetti sananti né convalida gli atti e contratti che siano nulli secondo il diritto civile.

In forza di quanto sopra scritto, nel sistema spagnolo, come integrato dalla prassi,, con la firma davanti al notaio della *escritura pública* termina il processo di acquisizione del dominio e la scrittura concentra in sé stessa il titolo e il modo; l'atto notarile contiene il contratto traslativo (per esempio, compravendita) e, inoltre, in virtù della *traditio* strumentale ([art. 1462 c.c.](#)), la consegna o spostamento possessorio. Per questa ragione, la stipulazione della scrittura pubblica notarile riunisce tutti gli elementi necessari al negozio giuridico e nella stessa si esauriscono le prestazioni delle parti (consegna della cosa e pagamento del prezzo), senza dover attendere nessun adempimento o requisito ulteriore. Di conseguenza, sono eccezionali i casi in cui i venditori firmano una scrittura di compravendita senza incassare il prezzo contestualmente; allo stesso modo, pochi compratori pagano il prezzo senza che il venditore firmi contestualmente la scrittura. Il che implica necessariamente la consegna della cosa e, pertanto, l'acquisizione del dominio.

In un tale contesto, è insolito, nel diritto spagnolo, che il prezzo della compravendita si depositi nelle mani del notaio che riceve l'atto fino a che si sia registrata la proprietà a favore del compratore e cancellate le formalità pregiudizievoli eventualmente esistenti. E ciò perché il sistema spagnolo, da molti anni, prevede un procedimento di tutela dell'acquirente basato nell'informazione sulla titolarità e stato delle formalità pregiudizievoli nella fase anteriore alla contrattazione, consistente nell'intercomunicazione fra il Notaio e il *Registro de la Propiedad*, in modo che nel momento della firma dell'atto pubblico si possa conoscere l'intestazione e la situazione giuridica dell'immobile oggetto dell'operazione in tempo reale. Vediamo come si estrinseca questa tutela.

Il sistema, nella sua concezione iniziale, è caratterizzato dal fatto che il notaio, una volta ottenuti i dati dell'immobile e il suo proprietario, invia tramite fax al *Registro* competente una richiesta c.d. di *información registral* sulle risultanze attuali dell'intestazione e dei pesi e/o oneri e/o diritti reali gravanti l'immobile. Abitualmente, l'informazione si richiede per una data determinata, generalmente, lo stesso giorno previsto per la firma dell'atto notarile o il giorno precedente. Il *Registro*, mediante fax, trasmette l'informazione per la data richiesta, indicando l'esistenza o meno di documenti presentati o se è stata o meno richiesta analoga *información registral* da parte di un diverso notaio; se esiste qualche variazione posteriore alla trasmissione sull'informazione che è già stata trasmessa (per esempio, documenti presentati in data successiva alla trasmissione delle informazioni), il *Registrador* è obbligato a comunicarlo al notaio. Allo stesso modo, se qualsiasi altro notaio richiede informazioni su questo immobile, ciò deve essere comunicato al primo che ne fece richiesta. Questa informazione ha una durata di dieci giorni naturali. Il sistema si completa quando il notaio, non appena ricevuto l'atto, invia per fax allo stesso *Registro* i dati relativi all'operazione realizzata, al fine di praticare l'ordine di presentazione (*asiento de presentación*), che gli darà la priorità sulle operazioni rispetto alle quali non si sia praticato questo meccanismo, sempre che l'atto notarile, fisicamente, si presenti nel *Registro* nel termine massimo di dieci giorni lavorativi dalla sua firma.

Nonostante ciò, nella prassi previgente si presentavano evidenti inconvenienti dato che, da un lato, l'informazione del *Registro* non garantiva lo stato di proprietà e pesi sull'immobile, né generava responsabilità in capo *Registrador* che le emetteva e cioè, quanto da questi attestato non possedeva (né possiede) valore di "certificazione" (che è l'unico mezzo di accreditare l'intestazione e la presenza o meno di pesi/diritti di terzi sul bene oggetto di pubblicità) e, dall'altro, non dava (né dà) nessuna priorità al documento che il notaio riceveva basandosi su detta informazione e, cioè, non produce la "chiusura" del registro (*cierre registral*) a qualsiasi altro documento; per cui poteva accadere che lo stesso giorno della firma della scrittura, o addirittura durante questa, fosse presentato un documento che la contraddicesse o alterasse ciò che nella scrittura si stava realizzando. Con la conseguente mancanza di protezione dell'acquirente che avrebbe subito conseguenze a sé sfavorevoli, nonostante la sua diligenza e buona fede. Questo tipo di situazioni generava profili di responsabilità civile del notaio e l'apparenza " *registral* " finiva con il prevalere rispetto a qualsiasi informazione ricevuta, anche se quest'ultima fosse stata

erronea. Ciò nella pratica faceva sì che la sicurezza giuridica nel traffico immobiliare finisse con il sembrare un "castello di carta", non essendo solide le sue fondamentazioni.

Per evitare alcuni degli inconvenienti suddetti, il legislatore spagnolo ha proceduto ad un aggiornamento del funzionamento del sistema, mediante la [L. n. 24/2005](#), c.d. di "Impulso alla Produttività". In particolare, da un lato, con l'articolo 28 di detta legge è stato modificato l'art. 222 della Legge Ipotecaria (LH) permettendo l'accesso diretto del notaio ai libri del Registro in via telematica e senza intermediazione del *Registrador*, per cui, in tempo reale, si può accedere al registro generale (*libro de entrada*) per verificare se è stato o meno presentato qualche documento relativo a un preciso immobile (*finca*); dall'altro lato, con l'art. 33 si è modificato anche l'art. 222 LH disponendo che, sebbene l'informazione fornita abbia un valore puramente informativo e non dia pubblica fede del contenuto delle richieste di presentazione inoltrate, genera responsabilità del *Registrador* per i danni occasionati, gli errori e le omissioni commessi nella sua emissione. In realtà e per ciò che si dirà anche in seguito, questa è l'unica vera novità della riforma, posto che continua a non stabilirsi un sistema di "*cierre provisional*" (chiusura provvisoria) del *Registro de la Propiedad*, cosa sempre più auspicata e che consisterebbe nel conferire priorità provvisoria in forma assoluta ai documenti stipulati e inviati al *Registro* utilizzando la citata richiesta di informazioni da parte del notaio.

Nonostante ciò, nella pratica, per problemi informatici estranei al Notariato spagnolo, i notai non possono accedere telematicamente ai libri e ai singoli "fogli" del *Registro de la Propiedad* senza intermediazione del *Registrador* e neppure al *Registro* generale, per cui il sistema continua a basarsi sulle comunicazioni via fax (con la sola detta novità che, in tal caso, gli errori generano responsabilità del *Registrador*) e pur se, adesso, esiste l'obbligo del notaio di presentare telematicamente la copia dell'atto al *Registro* e, solo ove ciò non fosse possibile, si darà l'informazione - non la copia - per fax.

Quanto alle formalità pregiudizievoli preesistenti, per esempio ipoteche a garanzia di prestiti o annotazioni preventive di sequestro o pignoramento giudizialmente ordinate e che gravano una *finca*, il problema si risolve nella pratica, abitualmente, in due forme:

a) in forma privata tra le parti, mediante la ritenzione da parte del compratore dell'importo totale garantito dall'annotazione di sequestro o pignoramento o del debito residuo del prestito garantito con l'ipoteca, in quest'ultimo caso con accredito al venditore una volta ottenuta la certificazione rilasciata dall'ente creditore e, in ogni caso, con l'assunzione del venditore di tutte le spese fino alla cancellazione dell'ipoteca; non appena concluso il procedimento di cancellazione dell'ipoteca o rimosso l'impedimento, il compratore reintegra il surplus al venditore. Questo succede nella quasi totalità dei casi e il notaio non ha nessun ruolo al riguardo;

b) con l'intervento del notaio, davanti al quale il compratore deposita la quantità trattenuta cui si è fatto riferimento sopra, in modo che una volta che il venditore - obbligato a fare tutto quanto necessario fino alla totale cancellazione delle formalità pregiudizievoli - dimostri al notaio l'avvenuta detta cancellazione dell'ipoteca o la rimozione delle formalità pregiudizievoli mediante l'esibizione dell'opportuna documentazione tratta dal *Registro de la Propiedad*, lo stesso notaio gli darà l'importo trattenuto. Di tutto questo procedimento si fa menzione nella stessa scrittura pubblica notarile. Questa forma di procedere richiede che il notaio sia d'accordo nell'accettare il deposito, non costituendo per il notaio un obbligo accettare il deposito, ma una scelta volontaria (art. 216 del Regolamento Notarile). Come si è anticipato, questa forma di procedere è eccezionale.

In sintesi, da tutto quanto esposto, si deve concludere che nel sistema spagnolo, come conseguenza del fatto che la protezione all'acquirente si sviluppa in tutta la sua estensione anteriormente alla pubblicazione della scrittura notarile -, basandosi su un sistema di informazione che adesso almeno genera responsabilità del *Registrador* per i suoi errori - - non esiste alcun sistema legificato di chiusura dei registri immobiliari né alcuna pratica diffusa relativa al deposito del prezzo davanti al notaio come formula di garanzia per il compratore.

Il "sistema" francese

Disciplina normativa - Sintesi

Qualche nozione preliminare di ordine generale sul sistema civilistico che disciplina i trasferimenti immobiliari può essere di conforto, per meglio comprendere le esigenze che l'ordinamento e la prassi francesi intendono perseguire.

Anche in diritto francese l'art. 1583 del Code civil ⁽²⁾ consacra il principio consensualistico che permette al solo accordo contrattuale di produrre il trasferimento del bene, senza soggiacere ad alcuna condizione di forma vincolata. Tuttavia tra gli inconvenienti del consensualismo puro vi è, naturalmente, il problema della prova dell'esistenza del contratto. L'art. 4 del decreto 4 gennaio 1955 prevede la forma notarile obbligatoria per tutti gli atti soggetti e pubblicità immobiliare.

La pubblicità immobiliare, in diritto positivo francese, viene definita "d'opposabilité". La sua funzione è quella di rendere opponibile ai terzi un trasferimento immobiliare, nonché quella di risolvere i conflitti tra più aventi causa da un medesimo autore, non giocando invece alcun ruolo relativamente agli effetti traslativi, né potendo sanare i vizi dell'atto. A tale effetti si aggiunge quello di arrestare il corso delle iscrizioni ipotecarie (art. 2147 Code civil ⁽³⁾).

Il Conservatore delle ipoteche, dipendente, come il direttore del Catasto, dalla Direzione generale delle Imposte, è delegato a tenere, per ogni Comune, un registro immobiliare nel quale sono annotati tutti i depositi su base personale e su base reale. Questi verifica la regolarità formale del deposito della copia dell'atto traslativo stipulato dal notaio e può, ove ne ricorrano i presupposti, rifiutare (nei casi più gravi) o rigettare (nei casi meno gravi) la domanda di deposito. All'esito positivo della verifica, iscrive nel Registro, il giorno stesso del deposito, i dati sensibili del trasferimento. È bene poi sottolineare che non vi è spazio per la prenotazione dei contratti nei registri immobiliari prevista dal il sistema spagnolo (nei limiti sopra indicati) o argentino.

Il principio del cosiddetto "effetto relativo" previsto dall'art 3 del decreto 4 gennaio 1955, prevede che, perché sia pubblicizzato un atto, sia stato pubblicizzato l'atto precedente, quale omologo del nostro principio di continuità delle trascrizioni. Di conseguenza ogni atto deve obbligatoriamente contenere i riferimenti del titolo di provenienza precedente, con eccezione degli acquisti per usucapione e quelli avvenuti in data antecedente al 1 gennaio 1956.

Il sistema di pubblicità immobiliare delineato, nei suoi profili generali, appare dunque in tutto simile, quanto al funzionamento ed agli effetti, a quello italiano.

Ruolo del notaio

Il notaio francese, al pari di quello italiano, viene retribuito dai suoi clienti e versa allo Stato l'imposta sulle plusvalenze, posta a carico del venditore, trattenuta sul prezzo di vendita depositato presso il notaio e da questi corrisposta all'Amministrazione finanziaria contestualmente alle altre imposte e diritti legati al trasferimento immobiliare.

La giurisprudenza costante ⁽⁴⁾ pone a carico dei notai l'obbligo di procurarsi un "état hypothécaire" prima della stipula di una compravendita immobiliare, rendendolo dunque responsabile degli eventuali pregiudizi subiti dall'acquirente dipendenti dalla negligenza negli accertamenti preventivi.

Prima di ogni atto traslativo immobiliare, dunque, il notaio interroga, a mezzo di lettera o per via elettronica, la Conservatoria delle ipoteche al fine di verificare la libertà del bene oggetto di contratto da gravami di qualunque natura e, ispezionando le provenienze, che l'usucapione trentennale si sia maturata. È l'ufficio stesso che produce al notaio il citato stato ipotecario (che può assumere diverse forme: "renseignement hypothécaire", "fiche d'immeuble", "fiche personnelle de propriétaire") sul quale sono annotati i crediti ipotecari e tutti gli altri gravami immobiliari.

Il pubblico ufficiale è tenuto peraltro, secondo la giurisprudenza, ad una obbligazione di risultato avente, quale contenuto, la garanzia di assicurare alle parti l'opponibilità dell'atto ai terzi nel più breve tempo possibile, attraverso l'invio telematico (procedura "Téléactes") della copia conforme dell'atto presso i Registri Immobiliari (il termine massimo è di due mesi).

[Digitare qui]



Al riguardo, le nuove norme in materia di trasmissione telematica hanno lo scopo di permettere la pubblicità dell'atto anche il medesimo giorno della sua sottoscrizione, senza alcuna possibilità di iscrizioni ipotecarie o trascrizioni pregiudizievoli tra l'atto notarile ed il deposito dello stesso nei Registri Immobiliari.

Deposito del prezzo

L'esigenza di garantire alle contrattazioni immobiliari il massimo livello possibile di sicurezza, ha spinto il notariato francese, a rafforzare la tutela dell'acquirente di immobile, attraverso l'elaborazione di una prassi che ruota attorno alla figura centrale del notaio, quale garante, sia della legalità della transazione, che dell'efficace dispiegamento degli effetti sostanziali voluti dai contraenti.

La prassi prevede che il prezzo di vendita non sia consegnato al venditore, contestualmente alla stipulazione dell'atto notarile, ma venga ricevuto in deposito fiduciario dal notaio il quale, lo registra formalmente nella sua contabilità, provvedendo alla trascrizione dell'atto nei registri immobiliari ed alla successiva consegna al venditore, previa verifica della mancanza di formalità pregiudizievoli. Le somme sono versate su un apposito conto corrente intestato al notaio, aperto presso la "Caisse des Depots et Consignations", nel rispetto, tra l'altro, delle disposizioni del "Code Monétaire et Financier".

Considerando la responsabilità legata alla detenzione di fondi per conto di terzi, il legislatore francese ha adottato delle disposizioni (decreto 19 dicembre 1945 e successive modifiche) relative all'uso delle somme depositate.

Ai termini del suddetto decreto, viene in particolare proibito ai notai di utilizzare - anche temporaneamente - le somme o valori di cui sono depositari, per un fine diverso da quello che ha motivato il versamento e di trattenere - anche in caso di opposizione - le somme che dovrebbero essere versate alla Caisse des Depots et Consignations nei casi previsti da leggi, decreti o regolamenti. È al riguardo da sottolineare che, per garantire il rimborso dei fondi depositati presso i notai, in particolare in caso d'insolubilità, è stata creata una specifica Cassa di Garanzia.

Nel caso in cui dovessero emergere ipoteche giudiziali, occorrerà procedere alla loro cancellazione. L'onere della purgazione spetta all'acquirente che ne sosterrà le spese, poi rivalendosi sul venditore.

Si tratta di un procedimento che, sebbene non imposto né regolato dalla legge e dunque derogabile e disciplinabile con il consenso delle parti, è qualificato dalla dottrina francese come obbligo posto a carico del notaio, funzionale al raggiungimento del risultato voluto dalle parti. Esso trae la sua origine storica nella norma che permette all'acquirente di sospendere il pagamento del prezzo in caso di rischi di azione da parte dei creditori ipotecari del venditore (art. 1653 code civil), e nella norma del codice di procedura civile, oggi abrogata, che consentiva ai creditori di iscrivere ipoteca entro i quindici giorni successivi alla trascrizione della compravendita.

La qualificazione giuridica del deposito fiduciario è discussa in dottrina e giurisprudenza. In mancanza di una disciplina specifica contenuta nell'atto notarile, la natura giuridica viene ricondotta prevalentemente al contratto di mandato con rappresentanza, nonostante il notaio sia a volte considerato mandatario del venditore, altre, dell'acquirente.

Tenuto conto che, al momento della sottoscrizione dell'atto, il venditore rilascia quietanza, si ritiene, ma la questione è ancora aperta, che il prezzo depositato non entri direttamente nel patrimonio del venditore, ma solo subordinatamente al pagamento di eventuali creditori ipotecari ⁽⁵⁾.

Come detto, i creditori del venditore possono utilmente iscrivere ipoteche giudiziali, a garanzia del loro credito, fino al giorno in cui la copia autentica dell'atto notarile di vendita viene presentato dal notaio presso i Registri Immobiliari. Successivamente solo i creditori dell'acquirente possono procedere ad eventuali iscrizioni ipotecarie.

[Digitare qui]



Il notaio ha due mesi di tempo per la trascrizione; tuttavia una presentazione non eseguita tempestivamente, benché nel detto termine bimestrale, è fonte di responsabilità professionale e non consente al notaio di ottenere la copertura assicurativa.

In genere gli accertamenti ipotecari preventivi, da eseguirsi obbligatoriamente due mesi prima della vendita, sono aggiornati, in media, fino ai quindici giorni precedenti l'atto. La dimostrazione del cosiddetto "état hypothécaire" consente al notaio di ottenere la copertura da parte della compagnia di assicurazione professionale. I costi di tale assicurazione non sono sopportati dai clienti, ma direttamente dal notaio.

Il venditore non può dunque esigere dal notaio il pagamento del prezzo di vendita prima della trascrizione dell'atto nei Registri Immobiliari. Ove il notaio abbia il minimo sospetto che vi siano gravami ipotecari in corso di iscrizione, può legittimamente rifiutarsi di consegnare il prezzo nelle mani del venditore fino a quando non abbia verificato lo stato ipotecario successivamente alla trascrizione dell'atto.

Il notaio assume dunque su di sé il rischio totale di una consegna del prezzo eseguita prima della citata verifica dello stato ipotecario.

Esistono altri sistemi di tutela alternativi al deposito del prezzo di vendita, quali ad esempio, la vendita sottoposta a condizione sospensiva della verifica di un "état hypothécaire" che non presenti iscrizioni ipotecarie per importi superiori al prezzo di vendita. In realtà la condizione viene inserita molto spesso nei contratti preliminari per permettere al promissario acquirente di "uscire dall'operazione" prima della vendita definitiva.

È opportuno infine dare atto della circostanza che da tempo, però, i notai francesi affrontano personalmente il rischio di consegna contestuale del prezzo al venditore, nella maggior parte dei casi, in quanto coperti dalla assicurazione professionale destinata a tale scopo. Senza questa assunzione di responsabilità, il sistema non sarebbe infatti economicamente e commercialmente valido e competitivo, in quanto non permetterebbe al venditore di disporre della somma ricavata dalla vendita se non dopo molti giorni dall'atto notarile di vendita.

Analogie e differenze tra i sistemi analizzati

I sistemi analizzati si fondano sostanzialmente sui medesimi principi pubblicitari adottati dal legislatore italiano.

Dalla trascrizione nei Registri immobiliari, eseguita sotto la responsabilità del notaio, dipende, in via diretta, l'opponibilità ai terzi degli effetti traslativi dell'atto. Tuttavia, mentre in Spagna il tentativo di riforma della pubblicità immobiliare mostra, con evidenza, la sensibilità del legislatore in materia, a fronte di un approccio notarile "statico", il notariato francese pare invece aver adottato, attraverso la generalizzazione della prassi, la via dell'assunzione personale di responsabilità (supportata, in verità, da una buona assicurazione professionale e da una efficiente Cassa di deposito delle somme incassate "Caisse des Depots et Consignations" ente centralizzato presso il quale tutte le somme detenute dai notai, per conto di terzi, devono essere versate).

In entrambi gli ordinamenti non pare esistano meccanismi legificati in grado di blindare definitivamente un acquisto immobiliare rispetto al rischio rappresentato, nello specifico, da formalità pregiudizievoli trascritte od iscritte con priorità rispetto a quella in oggetto.

È in ogni caso singolare, ponendosi nell'ottica dell'"acquirente italiano tipo", pensare che la certezza del proprio investimento immobiliare possa dipendere, in buona misura, dalla organizzazione dello studio notarile incaricato o dalla sensibilità del singolo notaio rispetto alla tipologia di venditore di volta in volta analizzato. E ciò, si badi, in una prassi che non ha elaborato, fino ad oggi, alcun contratto di prestazione d'opera professionale tra notaio e cliente, che disciplini e definisca i termini, i limiti ed il contenuto dell'incarico. La giurisprudenza, dunque, è intervenuta a colmare il vuoto contrattuale, enunciando principi non sempre condivisibili. Il disposto [dell'articolo 2671 del codice civile](#) prevede espressamente la responsabilità dell'ufficiale rogante per i danni, in caso di ritardo nella trascrizione dell'atto da lui ricevuto od autenticato. È poi pacifico che il termine di trenta giorni indicato dalla disposizione citata sia relativo ai profili

attinenti gli adempimenti tributari e la responsabilità disciplinare del notaio. La congruità del termine, al fine di valutare la responsabilità del professionista per i danni conseguenti ad una tardiva trascrizione, viene analizzata in concreto, caso per caso, partendo dal punto di riferimento normativo, estremamente generico ma fondamentale, che prevede che l'adempimento debba essere curato nel più breve tempo possibile ⁽⁶⁾.

Pensando all'adozione di un sistema di tipo spagnolo che si articola attraverso una richiesta di informazione su un dato nominativo, inviata dal notaio al conservatore dei registri, cui segue l'obbligo dell'ufficio di comunicare al notaio richiedente se altri operatori abbiano fatto richiesta di indagini sullo stesso nominativo, un tale meccanismo pare, in prima analisi, offrire all'operatore strumenti conoscitivi più intensi di quelli attualmente disponibili in Italia. Il notaio ispezionante sarebbe cioè in grado di meglio accertare il grado di "pericolosità" della transazione, basandosi sul numero di richieste di informazione comunicategli dal conservatore. Al contempo una qualche forma di "preferenza" se non proprio di breve e temporanea "prenotazione" tra la richiesta del notaio e l'invio al Registro dell'atto stipulato, il tutto opportunamente pubblicizzato, potrebbero rasserenare il compratore. In realtà, sviluppando, con adeguata ponderazione, le conseguenze di una tale sistema nell'ordinamento italiano, emergono non pochi punti critici. L'appesantimento burocratico rappresentato da un simile scambio di informazioni non gioverebbe ad una sistema pubblicitario che sembra ormai orientato verso l'alleggerimento dei costi e dei carichi della Pubblica amministrazione; senza poi considerare gli inevitabili allungamenti dei tempi di stipula. Il sistema spagnolo si presterebbe altresì, in Italia, ove la litigiosità aumenta in modo esponenziale, a facili abusi da parte di soggetti i quali, pur non interessati realmente a concludere operazioni aventi ad oggetto il medesimo immobile, abbiano interesse a rallentare ovvero disincentivare la stipula attraverso la richiesta pretestuosa di informazioni su determinati nominativi. La terza riflessione, non priva di risvolti politici, induce a verificare in quale modo le eventuali nuove competenze del conservatore dei registri immobiliari possano modificare il suo ruolo in termini di responsabilità, controlli e poteri. Conosciamo al riguardo i profondi dibattiti e dissidi, ancora non sopiti in Spagna, in merito alla coesistenza di un doppio controllo di legalità condiviso tra notaio e conservatore.

A ben vedere, de iure condito, il nostro ordinamento appresta già numerosi strumenti che, se opportunamente utilizzati, hanno, in potenza, le caratteristiche di "mezzi di chiusura" dei Registri. Ci riferiamo, in particolare, alla trascrizione del contratto preliminare.

La norma di cui all'art. 2645 *bis* c.c., introdotta dall'art. 3, I comma, D.L. 31 dicembre 1996, n. 30, attraverso l'anticipazione dell'opponibilità ai terzi del preliminare concluso tra le parti, per il tramite della trascrizione, permette che la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare, prevalga sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare. L'esecuzione della pubblicità relativa al contratto preliminare esplica un'efficacia prenotativa, molto simile a quella che scaturisce dalla trascrizione in genere delle domande giudiziali, circostanza che toglie in sostanza molto peso ed importanza all'elemento della tempestività della trascrizione del contratto definitivo. È necessario tuttavia, affinché, come avviene in Francia, il contratto preliminare notarile diventi una prassi, che l'istituto riceva una spinta legislativa importate che potrebbe consistere in una riduzione del carico fiscale legato alla stipula, tanto da rendere la sua adozione "indolore" se non addirittura "neutra" per l'acquirente. A ciò si aggiunga che l'attuale sistema italiano di ispezione immobiliare in via telematica, accompagnato dalla trascrizione, anch'essa tutta telematica e ben presto svincolata da qualsiasi consegna del titolo cartaceo, permette virtualmente di azzerare il margine di rischio, mediante una trascrizione che può essere eseguita sostanzialmente in tempo reale. A tale scopo sarebbe auspicabile la predisposizione di un contratto d'opera professionale tra notaio e cliente, semplice e comprensibile, che da una parte informi il cliente e dall'altra disciplini il tempo degli adempimenti pubblicitari.

Quanto all'adozione del sistema francese, esso appare più rispondente alla reale richiesta dell'utente di ottenere una tutela sostanziale assai visibile e comprensibile, in quanto non legata solo a tecnicismi giuridici, ma incentrata sul congelamento delle somme fino al buon esito della transazione. Anche in tal caso esistono già gli strumenti tecnici, quali la compravendita

sottoposta alla condizione sospensiva della mancanza di formalità pregiudizievoli, che intercettano questa esigenza di sicurezza; ma la loro complessità, i loro tempi e costi non sempre paiano adeguati alle necessità degli operatori economici. Ci pare infine che una tale assunzione di responsabilità rafforzi, con incisività, la posizione del notaio quale reale garante del buon esito delle operazioni di trasferimento immobiliare. Sembra però imprescindibile la creazione di una cassa di deposito gestita interamente dal notariato e la formulazione di un regolamento stringente di inquadramento degli obblighi e delle responsabilità del notaio depositario relativo alla somme da esso ricevute a tale scopo. Infine, per la citata italica tendenza alla forzatura degli schemi e alla litigiosità, appare quanto mai opportuno introdurre meccanismi che impediscano al notaio di ritrovarsi in posizione di "stallo", nell'impossibilità cioè, di fronte alle parti in lite, di valutare autonomamente a chi consegnare le somme ricevute in deposito.

⁽¹⁾ V. Voto n. 1 - L'Assemblea del Congresso Nazionale del Notariato Roma il 23 e 24 novembre 2007, in *CNN Notizie* Notiziario d'informazione del Consiglio Nazionale del Notariato del 18/12/2007; Voto n. 9 - L'Assemblea del Congresso Nazionale del Notariato. Venezia, 21-24 ottobre 2009, in *CNN Notizie* Notiziario d'informazione del Consiglio Nazionale del Notariato del 19/11/2009.

⁽²⁾ "La vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé".

⁽³⁾ "Les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire, à partir de la publication de la mutation opérée au profit d'un tiers. Nonobstant cette publication, le vendeur, le prêteur de deniers pour l'acquisition et le copartageant peuvent utilement inscrire, dans les délais prévus aux articles 2108 et 2109, les privilèges qui leur sont conférés par l'article 2103".

⁽⁴⁾ Per tutte vedasi Cass. 4 gennaio 1966 e Cass. 28 gennaio 1975.

⁽⁵⁾ *Capitant*, in *RTD civ.*, 1909; Cass. 27 febbraio 1979; Cass. 15 gennaio 1992.

⁽⁶⁾ Si veda ad esempio [Cass. 24 ottobre 1988, n. 5756](#).

IL SINDACATO DELL'UFFICIALE DELLO STATO CIVILE SULLA TRASCRIVIBILITÀ DEI MATRIMONI CONCLUSI ALL'ESTERO

di Renzo Calvigioni^(*)

D.P.R. 03-11-2000, n. 396, 12.

D.P.R. 03-11-2000, n. 396, 18.

I matrimoni celebrati all'estero debbono essere trasmessi, per la trascrizione nei registri dello stato civile, all'ufficiale dello stato civile competente, individuato ai sensi dell'art. 17 del [D.P.R. n. 396/2000](#), a cura della nostra autorità diplomatica o consolare o, anche, su istanza di chiunque vi abbia interesse (art. 12, comma 11 del [D.P.R. n. 396/2000](#)). Con questo breve elaborato, si intende analizzare il ruolo svolto dall'ufficiale dello stato civile nell'esaminare gli atti di matrimonio celebrati all'estero, nella verifica della sussistenza delle condizioni che consentono la trascrizione nei registri dello stato civile: si tratta di un compito che richiede particolare attenzione, in presenza di situazioni oggettivamente complesse.

Sommario: [Il rispetto dei requisiti sostanziali nei matrimoni celebrati all'estero e la trascrizione - I requisiti del matrimonio: lo scambio del consenso - La diversità di sesso degli sposi](#)

La trascrizione nei registri di stato civile non ha natura costitutiva⁽¹⁾, ma solamente dichiarativa e certificativa a scopo di pubblicità di un atto già di per sé valido che, tuttavia, solamente dopo la trascrizione, diviene opponibile ai terzi e consente l'aggiornamento della situazione giuridica degli interessati: fino a che il matrimonio celebrato all'estero non viene trascritto, non viene variato lo stato civile dei coniugi.

L'ufficiale di stato civile svolge, in tal senso, un ruolo fondamentale in quanto procede alla registrazione degli atti di stato civile previo controllo di legalità degli stessi e "Diverse disposizioni mostrano come questo controllo abbia natura anche sostanziale, vale a dire richieda il compimento di una serie di verifiche circa la situazione giuridica che si vuole rappresentata dai registri dello stato civile finalizzata ad evitare l'inserimento, in questi ultimi, di atti illegali ovvero che non corrispondano a situazioni vere ..." ⁽²⁾.

Sotto questo riguardo, va richiamata la questione, tuttora oggetto di dibattito, della rilevanza nell'ordinamento interno del matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: in fondo, il primo ad occuparsene, in Italia, è stato l'ufficiale dello stato civile del Comune di Latina che, nel 2005, oppose rifiuto alla richiesta di trascrizione di matrimonio, presentata da una coppia omosessuale: da tale rifiuto, impugnato dagli interessati, ebbe inizio il percorso giudiziario, attraverso i diversi gradi di giurisdizione "... avendo in proposito concluso dapprima il Tribunale di Latina ⁽³⁾ per l'incompatibilità di un tale matrimonio con l'ordine pubblico italiano, dopodiché la Corte d'appello di Roma ⁽⁴⁾ per l'inesistenza del matrimonio stesso per difetto di un requisito essenziale dell'istituto, dato dalla diversità di sesso tra i coniugi, ed infine la Corte di cassazione ⁽⁵⁾ per la sua inefficacia per l'ordinamento giuridico dello Stato italiano" ⁽⁶⁾.

Ancora, restando in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso, analogo iter giudiziario è scaturito dalla decisione dell'ufficiale dello stato civile di Finale Emilia di annotare a margine dell'atto di matrimonio lo scioglimento dello stesso, in conseguenza del cambiamento di sesso di uno dei coniugi; annotazione contestata dai coniugi ed annullata dal Tribunale di Modena 28/10/2010, confermata dalla Corte di Appello di Bologna (decreto 18/5/2011). A seguito dei dubbi di legittimità costituzionale sulle norme invocate a sostegno dello scioglimento del matrimonio da parte della Corte di Cassazione (ordinanza 6/6/2013, n. 14329 ⁽⁷⁾), la Corte Costituzionale, con sentenza 11/6/2014, n. 170, ha riaffermato il modello eterosessuale del matrimonio ma ha altresì dichiarata l'illegittimità costituzionale di quelle norme che prevedono lo scioglimento del matrimonio a seguito della rettificazione di sesso di uno degli sposi ⁽⁸⁾.

Ancora, dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile di Venezia di riconoscere efficace in Italia una sentenza di divorzio emessa all'estero, per difetto di giurisdizione (coniugi cittadini italiani, entrambi residenti in Italia, matrimonio celebrato in Italia), pure in contrasto con l'orientamento favorevole del Ministero dell'Interno, rifiuto confermato come legittimo dalla Corte di Appello alla quale erano rivolti i coniugi, si è avuta la sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civile, 12 novembre 2013 - 12 marzo 2014, n. 5710, che ha ribadito che le parti non possono scegliere il giudice più favorevole, laddove questo non sia la conseguenza dell'applicazione dei criteri sulla giurisdizione, in quanto le norme sulla giurisdizione non rientrano nella disponibilità delle parti e sono, dunque, inderogabili.

Riguardo alla trascrizione del matrimonio celebrato all'estero, l'ufficiale dello stato civile deve verificare che il documento che viene trasmesso dall' autorità diplomatica o consolare o direttamente dai coniugi, sia in regola con i requisiti formali richiesti dall' ordinamento italiano, e che il matrimonio non sia avvenuto in contrasto con i relativi principi fondamentali ed inderogabili, considerando che l'art. 18 del D.P.R. n. 396/2000 pone espressamente tale limite: "*Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico.*". In sostanza, si tratta di un doppio controllo, formale e sostanziale, sugli atti formati all'estero che vengono trasmessi o presentati per la trascrizione.

Mentre riguardo ai requisiti formali è sufficiente ricordare che tutti gli atti di stato civile, se formati all'estero da autorità straniera, debbono essere legalizzati e tradotti ⁽⁹⁾, precisando che la mancanza della legalizzazione sul documento originale non può essere sanata in alcun modo in Italia, mentre la traduzione non regolare può essere ripetuta e regolarizzata, maggiori problematiche derivano dalla verifica dei requisiti sostanziali.

Il rispetto dei requisiti sostanziali nei matrimoni celebrati all'estero e la trascrizione

Il venir meno dell'obbligo della pubblicazione, nel caso di matrimonio all'estero, come disposto con Circolare n. 5 del 22/5/2008 ⁽¹⁰⁾, ha eliminato la possibilità di verificare preventivamente la sussistenza delle condizioni richieste dal nostro ordinamento per la validità del matrimonio: pertanto, l'ufficiale dello stato civile dovrà svolgere le verifiche richieste, dopo che il matrimonio è stato celebrato e prima di procedere alla trascrizione, ricordando che, comunque, non possono

essere trascritti gli atti contrari all'ordine pubblico⁽¹¹⁾. In altre parole, "... la celebrazione all'estero non può costituire un espediente per eludere le norme interne che prescrivono le condizioni necessarie per contrarre matrimonio..."⁽¹²⁾. E' bene chiarire che si tratta di adempimenti a carico dell'ufficiale dello stato civile, anche quando l'atto venga trasmesso dalla nostra autorità diplomatica o consolare all'estero: "L'autorità diplomatica o consolare all'estero, prima di trasmettere un atto di matrimonio per la trascrizione, deve verificare che tale matrimonio, riguardo alla forma, sia valido anche secondo la legge dello Stato di celebrazione (art. 28 [legge 31 maggio 1995, n. 218](#)), oltre a provvedere agli adempimenti relativi alla traduzione e legalizzazione. Spetta, invece, all'ufficiale dello stato civile richiesto della trascrizione verificare la insussistenza di impedimenti al matrimonio e di rifiutarla nella ipotesi di cui all'art. 18 del [d.P.R. n. 396/2000](#)."⁽¹³⁾.

Altra verifica che deve essere fatta dall'ufficiale dello stato civile, nel caso di matrimonio proveniente dall'estero, riguarda il requisito dell'età degli sposi, come richiesto [dall'art. 84 c.c.](#): in proposito, è evidente che tale requisito sia necessario per entrambi gli sposi, anche per il non cittadino italiano, ma nel caso di minore, occorre fare una distinzione tra il matrimonio di chi non ha ancora compiuto i 16 anni di età e di chi si trova nella fascia di età compresa tra 16 e 18 anni, dove pure sussiste il divieto.

Il matrimonio contratto da un minore di anni 16 rappresenta, per il nostro ordinamento, un'ipotesi contraria all'ordine pubblico: non solo non potrà essere celebrato in Italia, ma non potrà nemmeno essere trascritto se celebrato all'estero. E' irrilevante che il minore di 16 anni che contrae matrimonio sia cittadino italiano o cittadino straniero: in ogni caso si tratta di un matrimonio che "secondo il nostro diritto è radicalmente nullo ... sia che sia stato celebrato in Italia o all'estero; quindi il relativo atto non può essere trascritto (art. 18 ord. st. civ.)"⁽¹⁴⁾. Certamente il matrimonio celebrato all'estero sarà valido per lo Stato di celebrazione che è quello che deve valutare le condizioni richieste, da quello stesso ordinamento, per contrarre matrimonio, ma questo non potrà consentire la trascrizione in Italia, ostandovi motivi di ordine pubblico.

Infatti, "l'art. 27 della [legge 31 maggio 1995, n. 218](#), va inteso nel senso che, dovendo le condizioni per contrarre matrimonio essere regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo, quella relativa allo sposo, italiano, gli vieta di unirsi ad una donna di minore età, con la conseguente nullità del coniugio e la impossibilità della trascrizione in Italia dell'atto di matrimonio formato in un Paese estero, anche se in questo il matrimonio abbia piena validità."⁽¹⁵⁾. Nel secondo caso, matrimonio tra i 16 e 18 anni, il limite ed il relativo divieto di trascrizione permangono per il cittadino italiano, ma per lo straniero si può ritenere che sia stato rimosso secondo la normativa del proprio ordinamento o secondo l'accertamento della capacità matrimoniale effettuato dalla competente autorità dello Stato di celebrazione: infatti, trattandosi di un limite che per il nostro ordinamento può essere derogato da un provvedimento del Tribunale per i Minorenni, l'eventuale venir meno di tale impedimento sarà valutato secondo la legge dello Stato di celebrazione.

In ogni caso, tale matrimonio celebrato all'estero, potrà essere trascritto e risulterà pienamente valido ed efficace, in forza del principio del *favor matrimoni*, come richiamato dal secondo comma [dell'art. 117 c.c.](#): questo potrà avvenire solamente dopo che il minore avrà raggiunto la maggiore età, se la richiesta di trascrizione dovesse provenire dal minore stesso. Al contrario, qualora tale richiesta di trascrizione dovesse venire da altro soggetto (nostra autorità diplomatica o consolare o altro soggetto interessato diverso), potrà essere accolta solamente dopo che il minore avrà raggiunto il diciannovesimo anno di età, cioè quando l'azione di annullamento da parte del medesimo sia oramai divenuta improponibile.

Ipotesi sicuramente più frequente, nel caso di matrimonio dall'estero, è quella in cui uno degli sposi, cittadino italiano, risulti ancora legato da un precedente matrimonio: in sostanza, un matrimonio contratto all'estero senza che sussista la libertà di stato, prevista [dall'art. 86 c.c.](#), in pratica, un matrimonio di chi risulta regolarmente coniugato con altra persona. Al contrario delle altre ipotesi esaminate, tale atto deve essere trascritto nei registri di stato civile e produce tutti gli effetti del matrimonio valido: "Il secondo matrimonio contratto all'estero da persone già coniugate, se trascritto, è valido ed efficace, almeno fino a quando non venga impugnato. Si

tratta del già citato principio del favor matrimoni, richiamato dall'art. 117 c.c., laddove prevede che il matrimonio contratto in violazione dell'art. 86 c.c., cioè della libertà di stato degli sposi, può essere impugnato da alcuni soggetti legittimati: questo significa che fino a che non venga annullato o invalidato dall'autorità giudiziaria è pienamente valido e produce tutti gli effetti. Pertanto, dovranno essere effettuate le annotazioni previste ed i relativi aggiornamenti. Ovviamente, si dovrà fare segnalazione al Procuratore della Repubblica per l'ipotesi del reato di bigamia.⁽¹⁶⁾ In altre parole, non compete all'ufficiale dello stato civile esprimere, nel caso, valutazioni in merito alla validità del matrimonio, trattandosi di adempimento di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria. Non solo, ma fino a che questo non avvenga, il matrimonio produce tutti gli effetti e dovrà, pertanto, essere regolarmente registrato anche negli atti anagrafici e, se richiesto, si dovranno rilasciare tutte le relative certificazioni.

"E' principio non controverso, peraltro chiaramente desumibile dal sistema di norme contenuto negli artt. 117 e segg. cod. civ., che il matrimonio, pur se celebrato in presenza di uno degli impedimenti o vizi previsti dalla legge, ha piena validità ed esplica tutti i suoi effetti nell'ordinamento sino a che non sia impugnato e la relativa azione non abbia avuto esito con la declaratoria, passata in giudicato, di nullità del matrimonio medesimo. Sino a tale momento deve essere data esecuzione a tutti gli adempimenti conseguenti alla celebrazione, ed il rapporto è soggetto in tutto e per tutto alla disciplina dei matrimoni validi, nei riguardi degli sposi, dei loro figli, e dei terzi, sia per gli aspetti personali che per quelli patrimoniali che per quelli amministrativi"⁽¹⁷⁾. L'ufficiale dello stato civile dovrà dunque procedere alla trascrizione ed ai relativi aggiornamenti e, di seguito, fare segnalazione a Procuratore della Repubblica per gli adempimenti di competenza: tuttavia, fino a che non intervenga sentenza passata in giudicato, il matrimonio sarà perfettamente valido ed efficace. "L'atto di matrimonio formato all'estero, dinanzi alla locale autorità, sin tanto che il matrimonio medesimo non sia stato dichiarato nullo, deve dunque essere trascritto negli archivi dello stato civile italiano, per espressa disposizione di legge, ed a tale adempimento l'ufficiale non può sottrarsi sul presupposto che il matrimonio sia invalido, non sussistendo, allo stato, la relativa pronuncia giudiziale"⁽¹⁸⁾.

In altre parole, "... il matrimonio diviene inefficace solo in seguito alla pronuncia del giudice, continuando a produrre i propri effetti qualora l'azione non venga esercitata"⁽¹⁹⁾, e la rimozione degli effetti tocca esclusivamente all'autorità giudiziaria, con la conseguenza che fino a che questo non avviene "... possono coesistere due status, anche se uno di essi ha fonte in un atto viziato."⁽²⁰⁾.

I requisiti del matrimonio: lo scambio del consenso

Quello che sembra un elemento ordinario in occasione della celebrazione, cioè la manifestazione di volontà con la quale i coniugi dichiarano la loro intenzione di prendersi come marito e moglie, in sostanza la prestazione del reciproco consenso, qualora dovesse mancare o risultare non espresso chiaramente nell'atto può rappresentare un ostacolo al riconoscimento della validità del matrimonio contratto all'estero.

E' quanto era capitato ad un cittadino marocchino che, dopo aver acquistato la cittadinanza italiana, aveva presentato, per la trascrizione nei registri dello stato civile, il proprio atto di matrimonio, al fine di far risultare il suo stato coniugale e consentire alla moglie di avviare, a sua volta, la procedura per l'acquisto della cittadinanza italiana. In realtà, l'atto che aveva presentato non era un vero e proprio atto di celebrazione, ma un documento legalizzato dalla nostra Ambasciata in Casablanca e tradotto da un traduttore giurato pure con firma legalizzata⁽²¹⁾, il cui testo, nei passi salienti, poteva essere riassunto come segue: "Regno del Marocco. Ministero Giustizia. Tribunale. Atto d'accertamento di sussistenza dei vincoli coniugali. Di fronte a 2 notai presso il Tribunale, in data 21/5/1990 sono comparsi 12 testimoni che hanno dichiarato di conoscere i coniugi XXXXX e YYYYY che sono sposati e vivono insieme da 2 anni e che questo sono in grado di affermare per averli frequentati e conosciuti". L'ufficiale dello stato civile interessato, si era trovato di fronte ad un documento, presentato come atto di matrimonio, nel quale gli sposi venivano solamente citati, non risultando espressa alcuna manifestazione di volontà da parte dei medesimi, tanto che non era indicata la data del matrimonio, né alcuna fase di celebrazione. Le disposizioni ministeriali contenute nel Massimario per l'Ufficiale dello stato civile del Ministero dell'Interno sembravano chiare: "Non sono trascrivibili atti di matrimonio che

non registrino l'espressa dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie manifestata di fronte all'autorità competente; pertanto, non possono essere trascritti atti come la cosiddetta "omologazione di matrimonio" prevista in taluni ordinamenti, che consiste nella dichiarazione resa (ed omologata da un'autorità giurisdizionale del paese straniero), anziché dagli sposi, da testimoni di una celebrazione avvenuta in forma "familiare" o "privata"⁽²²⁾ e, in base a tale orientamento, aveva opposto rifiuto alla trascrizione.

Il ricorso dei coniugi contro il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile veniva deciso dal Tribunale di Treviso in data 9 maggio 2011, il quale in primo luogo chiariva che l'elemento in discussione attiene alla forma della celebrazione del matrimonio e non alle condizioni e, pertanto, "... non può non trovare applicazione la disposizione di diritto internazionale privato di cui all'art. 28 [legge 31.5.1995, n. 218](#) ai sensi della quale il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento. Orbene, nel caso che ci occupa tutti e tre i criteri di collegamento enunciati nel citato art. 28 portano all'applicazione della legge marocchina, rispetto alla quale non ha questo Collegio alcun elemento per dubitare della validità dell'atto di matrimonio ...". Non solo, ma la mancata dichiarazione dei nubendi di volersi prendere come marito e moglie non può ritenersi elemento di contrarietà all'ordine pubblico, unico aspetto che giustificherebbe il rifiuto alla trascrizione. E' indubbio, precisava il Tribunale, che l'essenza stessa del matrimonio è nella volontà dei nubendi di contrarlo e che tale volontà debba risultare nell'atto di matrimonio, ma "... non si deve confondere la sussistenza della volontà di contrarre matrimonio con la forma mediante la quale detta volontà viene manifestata e, tanto meno, con il documento idoneo ad attestare che un matrimonio è stato celebrato: infatti, solo la sussistenza della volontà è l'essenza stessa dell'atto di matrimonio. Tale aspetto, però, non è in contestazione, atteso che il rifiuto dell'ufficiale di stato civile si fonda sulla considerazione che nel documento probante la celebrazione del matrimonio difetta l'indicazione circa le modalità con cui la volontà è stata palesata." In conclusione, il Tribunale sottolineava come non fosse stata in discussione la volontà degli sposi, ma solamente le modalità di espressione di tale volontà, la forma risultante nel documento e, nonostante mancasse nell'atto di matrimonio qualsiasi menzione in merito alla dichiarazione reciproca degli sposi di volersi prendere come marito e moglie, tale carenza non poteva essere considerata come contraria all'ordine pubblico e, pertanto, ordinava all'ufficiale dello stato civile di procedere alla trascrizione dell'atto di accertamento di sussistenza dei vincoli matrimoniali.

La sentenza del Tribunale di Treviso risulta ineccepibile nelle motivazioni, in particolare nell'individuazione della differenza tra manifestazione di volontà e diversità di forma con la quale si estrinseca e nel richiamo all'art. 28 della [legge n. 218/1995](#), e nella decisione finale, riconoscendo come valido ed efficace il matrimonio che, pertanto, deve essere trascritto nei registri di stato civile⁽²³⁾.

Occorre, inoltre, fare una riflessione sul caso concreto: i due coniugi, che secondo l'ordinamento dello Stato di origine erano sposati dal 1988, finché entrambi stranieri residenti in Italia, risultavano registrati come coniugati e come tali avevano avuto dei figli legittimi: resta oggettivamente difficile giustificare il fatto che, una volta che uno dei due acquisti la cittadinanza italiana, in quanto cittadino del nostro Stato non si veda più riconosciuto il proprio matrimonio, neanche in presenza dell'unico documento originario in grado di attestarlo. "Si deve considerare che altro è costituire rapporti giuridici ex novo in Italia, facendo applicazione di norme straniere che producono effetti contrari all'ordine pubblico (es.: celebrazione di un matrimonio che per il marito sarebbe poligamico), altro è limitarsi a riconoscere uno status costituito all'estero sulla base della legge regolatrice del rapporto, status che esiste indipendentemente dal suo riconoscimento nel nostro Paese"⁽²⁴⁾.

Il Ministero dell'Interno emanava quindi la [Circolare n. 25](#) in data 13/10/2011 con la quale disponeva che l'ufficiale dello stato civile avrebbe potuto procedere alla trascrizione dell'atto di matrimonio del neo cittadino, mancante dell'espressa menzione dello scambio del consenso tra i coniugi, solamente previa istanza dei medesimi contenente la dichiarazione di volontà "... con ciò implicitamente confermando sussistenza della volontà di entrambi in relazione al vincolo matrimoniale precedentemente contratto".

La diversità di sesso degli sposi

Negli ultimi tempi, il matrimonio tra persone dello stesso sesso ha avuto grande risalto di cronaca, con una serie di eventi che hanno catturato l'attenzione dei media: prima il Tribunale di Grosseto ha ordinato all'ufficiale dello stato civile la trascrizione di un matrimonio omosessuale celebrato all'estero, poi il sindaco di Fano ha accolto la richiesta di trascrizione di un analogo matrimonio, procedendo direttamente alla trascrizione nei registri di stato civile, nel frattempo la Corte Costituzionale si è pronunciata in merito alla vicenda dello sposo che, dopo il matrimonio, ha ottenuto un cambiamento di sesso, senza però voler far venire meno il matrimonio che, in conseguenza di tale fatto, è divenuto un matrimonio tra persone dello stesso sesso. Infine, il Sindaco di Napoli ha emanato una direttiva secondo la quale verranno trascritti i matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, seguito da altri sindaci che hanno adottato o adotteranno provvedimenti analoghi "forzando" l'ufficiale dello stato civile alla trascrizione. Se non altro, a Fano è stato lo stesso sindaco che, svolgendo direttamente la propria funzione di ufficiale di governo e di ufficiale dello stato civile, ai sensi dell'art. 1 del [d.p.r. n. 396/2000](#), ha effettuato la trascrizione del matrimonio, sottoscrivendo personalmente l'atto di stato civile.

La sentenza del Tribunale di Grosseto non è apparsa convincente agli ufficiali di stato civile, oltre che essere criticata dalla dottrina⁽²⁵⁾, ed è stata impugnata dalla Procura della Repubblica e, dunque, sarà oggetto di riesame.

La posizione degli ufficiali di stato civile è rimasta inalterata nel corso degli anni: il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è trascrivibile in quanto in contrasto con un requisito fondamentale richiesto dal nostro ordinamento, quale appunto la diversità di sesso degli sposi. Le uniche indicazioni avute dal Ministero dell'Interno che, ai sensi dell'art. 9 del [d.p.r. n. 396/2000](#), impartisce istruzioni e vigila sugli uffici di stato civile, derivano da una Circolare Miacel n. 2 del 26 marzo 2001 nella quale viene chiarito che "non è trascrivibile il matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali, di cui uno italiano, in quanto contrario alle norme di ordine pubblico" e da una [Circolare n. 55 del 18 ottobre 2007](#)⁽²⁶⁾ conseguente ad una richiesta di trascrizione di un matrimonio omosessuale, per il quale era stato presentato un estratto su modello plurilingue, previsto dalla Convenzione di Vienna dell'8.9.1976: in tale documento non è riportata l'indicazione del sesso degli sposi e tale mancanza potrebbe facilmente trarre in inganno l'ufficiale dello stato civile. In tale Circolare, dopo aver preso atto che "... il medesimo modello viene utilizzato nei paesi dove è ammesso il matrimonio omosessuale, per certificare tale matrimonio ai fini della trascrizione in un altro paese, senza che possa desumersi chiaramente che il matrimonio è stato celebrato tra persone dello stesso sesso", veniva precisato che "in mancanza di modifiche legislative in materia, il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno". In conclusione, si raccomandava agli ufficiali di stato civile di prestare la massima attenzione "affinché al momento di trascrivere un matrimonio contratto all'estero da un cittadino, pongano particolare cura alla verifica che i due sposi siano di sesso diverso, eventualmente richiedendo direttamente al cittadino o al consolato che ha trasmesso la pratica, in caso di dubbio, un documento di identità dal quale si evinca inequivocabilmente il sesso degli interessati" al fine di evitare, anche inconsapevolmente o per un semplice errore, la trascrizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso avvenuto all'estero.

Gli ufficiali dello stato civile hanno attentamente seguito le decisioni della giurisprudenza conseguenti al loro rifiuto di trascrizione: dalla sentenza del Tribunale di Latina, alla sentenza della Cassazione, a quella recentissima della Corte Costituzionale, tutte richiamate all'inizio del presente commento, senza dimenticare l'ordinanza n. 138/2010 della stessa Corte Costituzionale, investita della questione dal Tribunale di Venezia e dal Tribunale di Trento⁽²⁷⁾, con la quale venne dichiarata inammissibile e non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa al matrimonio omosessuale: "Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento (delle unioni di fatto - n.d.A.) - che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia - possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno

ricosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate. Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo [dell'art. 2 Cost.](#), spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni".

Il quadro giurisprudenziale che emerge, conferma la correttezza dell'operato degli ufficiali dello stato civile e la legittimità del loro rifiuto, non scalfito dalla sentenza del Tribunale di Grosseto per la quale si attende il riesame della Corte di Appello. Maggiori effetti potrebbero ottenere provvedimenti dei sindaci diretti ad "ordinare" la trascrizione o ad eseguirla direttamente.

Infatti, quando la trascrizione di un atto di stato civile riguardi uno o più cittadini italiani, una volta eseguita, rientrerà nel regime ordinario delle trascrizioni, cioè nell'ipotesi di cui all'art. [63, comma 2, lett. C\)](#) del [d.p.r. n. 396/2000](#), quindi produttiva di tutti gli effetti previsti dal nostro ordinamento nel caso di matrimonio celebrato all'estero. Con l'ulteriore conseguenza che tale trascrizione consentirà il rilascio di certificati ed estratti a chiunque ne faccia richiesta, secondo il regime previsto dagli artt. [106 e 107](#) del [d.p.r. n. 396/2000](#), e che tali effetti resteranno pienamente applicabili fino a che la trascrizione non venga impugnata ed annullata con decisione dell'autorità giudiziaria. Poiché, come detto, la trascrizione non ha effetto costitutivo, ma solamente dichiarativo e certificativo, l'eventuale nullità di un atto trascritto non impedirà la certificazione che resterà possibile fino a quando quell'atto non verrà rimosso dai registri dello stato civile e questo potrà avvenire solamente a seguito di provvedimento giudiziario: gli effetti certificativi saranno quelli ordinari, alla stregua di qualsiasi altro atto contenuto nei registri di stato civile.

In ogni caso, si tratta di eventi che sono legati dallo stesso filo conduttore, relativo alla possibilità di riconoscere nel nostro ordinamento, come valido e pienamente efficace, il matrimonio tra persone dello stesso sesso, fattispecie che è stata legittimata in numerosi Paesi, anche in Europa, ma che si scontra, in Italia, con una concezione del matrimonio basata esclusivamente sull'unione eterosessuale, senza che sia emersa, almeno fino ad ora, una volontà legislativa che preveda delle aperture o delle possibilità di dare tutela alle coppie omosessuali.

La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 170 dell'11 giugno scorso ha ricordato: "Sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti" invitando il legislatore ad intervenire prontamente. La soluzione auspicabile sarebbe proprio quella di un intervento del legislatore verso l'approvazione di una normativa che riconosca e tuteli i diritti delle coppie omosessuali.

Occorre però avere ben presente che, in mancanza di nuove disposizioni, la sentenza della Corte Costituzionale non produce effetti concreti sulla possibilità di riconoscere matrimoni tra persone dello stesso sesso. "Dal punto di vista, infatti, del riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso che siano stati contratti in paesi che ne consentano la conclusione, deve ritenersi che nulla muti rispetto al quadro già delineato chiaramente dalle precedenti pronunce tanto della stessa Corte costituzionale, quanto della Corte di Cassazione ... Infatti, come già rilevato, la Corte ha chiaramente ribadito che il requisito della differenza di sesso tra i coniugi costituisce un requisito essenziale del matrimonio per il nostro ordinamento ..."⁽²⁸⁾.

Quindi, diviene più che mai necessario l'intervento del legislatore: nel frattempo, gli ufficiali di stato civile non potranno che confermare la linea procedurale finora seguita.

(*) Il testo riproduce la relazione tenuta al Convegno Nazionale *La famiglia tra evoluzione e crisi*, Ancona, 2-3-4 ottobre 2014.

- (1) Tranne ipotesi eccezionali previste da determinate disposizioni, quale, ad esempio la trascrizione del matrimonio canonico, ai sensi dell'art. 8 della [legge 25.3.1985, n. 121](#), elemento indispensabile affinché acquisti effetti civili.
- (2) A. Zaccaria - M. Faccioli - R. Omodei Salè - M. Tescaro, *Commentario all'ordinamento dello stato civile*, 11, Maggioli Editore, 2013.
- (3) Decreto 10 giugno 2005, Pres. e Rel. Coniglio, X e Y c. Comune di Latina, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 1095 ss.
- (4) Decreto 13 luglio 2006, Pres. Pucci, Rel. Montaldi, G.A. e O.M. c. Sindaco del Comune di Latina e Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Latina, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 426 ss.
- (5) Sez. I civ., 15 marzo 2012, n. 4184, G.A. e O.M. c. Sindaco del Comune di Latina, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Latina e Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, 747 ss.
- (6) F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso secondo un provvedimento recente del Tribunale di Grosseto*, in *Osservatorio su diritto internazionale privato e diritti umani n. 2/2014*, Ordine internazionale e diritti umani, (2014), 403-410.
- (7) La pronuncia è pubblicata in *Corr. giur.*, 2013, 1519, con nota di Patti, *Un ben motivato rinvio alla Corte Costituzionale in materia di divorzio "automatico" della persona transessuale e in Nuova giur. civ.*, 2014, 21, con nota di Schuster, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzi*.
- (8) La pronuncia è pubblicata in questa *Rivista*, 2014, 861, con nota di Barba, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*.
- (9) Art. 21, comma 3 ed art. [22 del D.P.R. n. 396/2000](#).
- (10) "... In caso di matrimonio da celebrare all'estero da parte di un cittadino italiano, innanzi alle autorità di tale Paese, deve ritenersi che non vi sia alcun obbligo di procedere alle pubblicazioni di matrimonio in Italia, a meno che la legge straniera non richieda anch'essa tali pubblicazioni ...".
- (11) Art. [18 D.P.R. n. 396/2000](#).
- (12) G. Ferrando, A. Querci, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Ipsoa, 2007, 49.
- (13) Ministero dell'Interno, *Il regolamento dello stato civile: guida all'applicazione. Massimario per l'ufficiale di stato civile*, Maggioli, 2005, 99.
- (14) F. Vitali, *Lo Stato civile*, Il sole24ore, Milano, 2003, 358.
- (15) F. Vitali, *op. cit.*, 358.
- (16) Ministero dell'Interno, *Il regolamento ...*, cit., 100. Indirizzo confermato nel nuovo Massimario, paragrafo 16.1.2, capoverso 6.
- (17) F. Vitali, *Lo stato civile*, 344, Il sole 24ore, 2003.
- (18) F. Vitali, *Lo stato civile*, cit., 344.
- (19) G. Ferrando, A. Querci, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, cit., 105.
- (20) G. Ferrando, A. Querci, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, cit., 107.
- (21) Quindi nel rispetto dei requisiti formali previsti dal nostro ordinamento e, in dettaglio, dall'art. [33 del D.P.R. n. 445/2000](#).
- (22) Paragrafo 9.1.1, capoverso 7° del Massimario.
- (23) Al riguardo, Cass., sez. I, 19.10.1998, n. 10351, dove viene chiarito che le disposizioni di diritto internazionale privato "...attribuiscono ai matrimoni celebrati all'estero tra cittadini italiani ovvero tra italiani e stranieri immediata validità e rilevanza nel nostro ordinamento, sempre che essi risultino celebrati secondo le forme previste dalla legge straniera - e quindi spieghino effetti civili nell'ordinamento interno dello Stato straniero - e sempre che sussistano i requisiti sostanziali relativi allo stato ed alla capacità delle persone previsti dalla legge

italiana..." e ancora, "... la trascrizione non ha natura costitutiva, ma meramente certificativa e scopo di pubblicità di un atto già di per sé valido sulla base del principio "locus regit actum", in quanto diretta unicamente a rendere pubblico che il cittadino ha contratto all'estero un matrimonio ritenuto valido dall'ordinamento locale, e quindi anche da quello italiano".

(24) B. Barel - S. Armellini, *Manuale breve diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2008, 155.

(25) Di recente, F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso secondo un provvedimento recente del Tribunale di Grosseto*, in *Osservatorio su diritto internazionale privato e diritti umani*, 2014, 2, Ordine internazionale e diritti umani, (2014), 403-410.

(26) Con oggetto: Matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso. Estratti plurilingue di atti dello stato civile.

(27) Sia il Tribunale di Venezia che il Tribunale di Trento, nell'esame del ricorso presentato dagli interessati contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio, avevano espresso dubbi di legittimità costituzione delle norme che impedivano il matrimonio a persone dello stesso sesso e, pertanto, avevano sospeso il giudizio rimettendo gli atti alla Corte Costituzionale.

(28) F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento dei matrimoni e delle unioni tra persone dello stesso sesso alla luce dei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio su diritto internazionale privato e diritti umani*, 2014, 3, Ordine internazionale e diritti umani, (2014), 629-636.

Contratti, 2012, 2, 133 (nota a sentenza)

Effetti del contratto

LA TRASCRIZIONE DEGLI ACQUISTI MORTIS CAUSA E GLI EFFETTI DEL CONTRATTO RISPETTO AI TERZI

Orefice Giulia

Cass. civ. Sez. II Sentenza, 06 giugno 2011, n. 12242

c.c. art. 2644

c.c. art. 2648

c.c. art. 2650

c.c. art. 2704

Sommario: Il fatto e le questioni - Gli effetti della trascrizione degli acquisti mortis causa: il rapporto tra gli artt. 2644, 2648, 2650 e 2704 c.c. - Risoluzione di conflitti

Il fatto e le questioni

La decisione della Suprema Corte si inserisce in una fattispecie complessa relativa ad una successione ereditaria in cui gli acquirenti delle rispettive quote ereditarie dei coeredi avevano citato in giudizio la coerede che si era opposta allo scioglimento della comunione gravante sui beni ereditari, consistenti in due fondi rustici, di cui chiedevano, pertanto, la divisione o l'attribuzione, in caso di indivisibilità dei medesimi. D'altra parte la convenuta, eccependo l'esclusiva proprietà di tali beni, in forza dell'acquisto intervenuto antecedentemente al decesso del dante causa, rilevava come quest'ultimo l'avesse nominata erede universale, con testamento olografo, tuttavia annullato a seguito di impugnazione.

La vicenda processuale e sostanziale si articola ulteriormente con un'eccezione di simulazione assoluta dell'acquisto dei beni rilevata dagli attori che, in quanto acquirenti di buona fede, ottenevano la relativa autorizzazione, di chiamare in causa i rispettivi danti causa-coeredi al fine di garantirli nell'ipotesi di accoglimento delle richieste della convenuta. Il giudizio di primo grado,

riassunto a causa del decesso di una parte, con il quale si provvedeva alla chiamata in giudizio dei suoi eredi collettivamente ed impersonalmente, si concludeva con l'inammissibilità della domanda e con la relativa impugnazione della decisione.

La Corte di Appello accoglieva il gravame, dichiarando aperta la successione e rigettando la domanda di simulazione, affermando l'inopponibilità dell'atto di vendita agli appellanti ed accogliendo la domanda di divisione, nonché provvedendo alle conseguenti attribuzioni delle quote dei beni e dei relativi conguagli. Contro tale decisione proponeva, altresì, ricorso per Cassazione la coerede soccombente.

Nonostante le molteplici questioni affrontate dalla Suprema Corte nella decisione in esame, si evidenziano qui di seguito quelle che rivestono maggiore rilevanza giuridica ai fini dello studio delle problematiche ad esse sottese.

In primo luogo, la Cassazione si richiama al suo precedente a Sezioni Unite del 2010 ⁽¹⁾, intervenuto a composizione di un precedente contrasto giurisprudenziale, per ribadire come l'impugnazione della sentenza nell'ipotesi di morte della parte vittoriosa - o parzialmente vittoriosa - deve essere rivolta agli eredi, non rilevando il momento del decesso, né tantomeno l'eventuale ignoranza, anche incolpevole, dell'evento da parte del soccombente, stabilendo, inoltre, che la relativa notifica dell'atto può anche essere indirizzata agli eredi in forma collettiva ed impersonale entro l'anno dalla pubblicazione della sentenza nell'ultimo domicilio del defunto, incluso l'eventuale periodo di sospensione feriale. Tuttavia, nel caso in esame relativo ad un giudizio di divisione ereditaria, si precisa come, tenendo fermo il principio suindicato, litisconsorte necessario non sarà l'erede cedente, bensì il cessionario della quota ereditaria ⁽²⁾. In secondo luogo, ed è questa la questione di maggior rilievo che verrà approfondita nel prosieguo, si conferma il consolidato indirizzo giurisprudenziale ⁽³⁾ secondo cui l'erede, continuando la personalità del *de cuius*, è parte del contratto concluso dallo stesso anche se non trascritto, sicché sarà a lui opponibile l'atto di disposizione *inter vivos* del terzo avente causa dal defunto, in quanto la trascrizione dell'atto di acquisto *mortis causa*, ai sensi [dell'art. 2648 c.c.](#), anche se intervenuto prima della trascrizione di tale atto dispositivo, vale soltanto agli effetti della continuità delle trascrizioni, con la conseguente inapplicabilità delle disposizioni di cui agli [artt. 2644 e 2704 c.c.](#)

In terzo luogo, si sottolinea come la norma contenuta [nell'art. 2663 c.c.](#) abbia natura imperativa e quindi la trascrizione presso un ufficio dei registri immobiliari incompetente comporta la nullità dell'atto medesimo, visto lo stretto legame tra la localizzazione del bene e la relativa competenza dell'ufficio che consente di limitare per il terzo l'indagine circa le vicende giuridiche subite dal bene, rendendo lo strumento della trascrizione effettivamente utile e non eccessivamente oneroso ⁽⁴⁾. Ne consegue che tale disposizione rende la relativa competenza territoriale assoluta ed inderogabile, tanto che la giurisprudenza di legittimità ha previsto un vero e proprio obbligo per il conservatore dei registri immobiliari, appena ne sia consapevole, di informare gli interessati dell'invalidità della trascrizione effettuata presso la conservatoria incompetente ⁽⁵⁾.

Gli effetti della trascrizione degli acquisti *mortis causa*: il rapporto tra gli artt. 2644, 2648, 2650 e 2704 c.c.

Concettualmente la trascrizione, quale forma di pubblicità immobiliare, oltre ad essere regolata su base personale - contrariamente a quanto previsto per i beni mobili registrati - non produce per lo più effetti costitutivi, ma meramente dichiarativi della modifica soggettiva che subisce il bene, differenziandosi, come ben noto, dai sistemi di matrice germanica, caratterizzati dall'intavolazione costitutiva a base reale ⁽⁶⁾.

Se, quindi, la funzione primaria e tipica di questo istituto è stata da sempre ravvisata nella regolazione dei conflitti derivanti da atti tra vivi da più aventi causa dal medesimo dante causa, secondo gli effetti propri ricollegati [all'art. 2644 c.c.](#), in tema di priorità della trascrizione ed opponibilità degli atti verso terzi, non vi è chi non veda come nel caso della trascrizione di un acquisto *mortis causa* si pongano delle problematiche diverse, connesse alla particolarità del titolo e della fonte del trasferimento.

In via preliminare, al fine di delineare con maggior precisione le diverse conseguenze relative alla trascrizione per causa di morte, si impone un'essenziale disamina degli effetti generalmente ricollegati alla trascrizione immobiliare, secondo quanto già accennato esser previsto [dall'art. 2644 c.c.](#) La norma, infatti, disponendo che in caso di conflitto tra più aventi causa dallo stesso autore relativamente ad un medesimo diritto o a diritti tra loro incompatibili - nel senso che l'uno non può sussistere contemporaneamente e parallelamente all'altro - stabilisce la prevalenza di colui che trascrive per primo il proprio acquisto anche se il relativo atto sia stato posto in essere posteriormente a quello del primo acquirente, ma secondo trascrivente.

È ben noto come la regola della priorità della trascrizione, seppur posta a tutela della certezza della circolazione dei beni immobili, ponga dei problemi non indifferenti nel suo coordinamento con il principio consensualistico previsto [dall'art. 1376 c.c.](#), emersi nella pratica soprattutto con riguardo alla doppia vendita immobiliare ⁽⁷⁾. Se, infatti, l'effetto traslativo della proprietà, la costituzione, la modifica o l'estinzione del diritto reale o di altro diritto sul bene si produce con il semplice consenso legittimamente manifestato dalle parti, nella vendita il secondo acquirente, pur essendo legittimato a disporre del bene, in quanto primo trascrivente, non sarebbe titolare del diritto di proprietà sul bene che spetterebbe, invece, al primo acquirente, in forza [dell'art. 1376 c.c.](#) È evidente, pertanto, l'*impasse* giuridico a cui la dottrina ha cercato di porre rimedio tramite diverse ricostruzioni della vicenda sostanziale, volte a giustificare la titolarità del bene in capo al secondo acquirente, nonostante l'automatico operare del principio consensualistico, ad esempio considerando la trascrizione del secondo avente causa come condizione risolutiva *ex lege* del primo acquisto, come tale destinata a risolverlo retroattivamente, potendo così il trascrivente acquistare regolarmente *a domino* il bene e quindi il relativo diritto ⁽⁸⁾. D'altra parte, il principio della priorità della trascrizione opera comunque solo tra più acquisti a titolo derivativo dal medesimo dante causa e non interviene nel conflitto tra acquisto a titolo derivativo ed acquisto a titolo originario, ove, come costantemente confermato dalla giurisprudenza ⁽⁹⁾, prevarrebbe comunque l'acquisto a titolo originario, indipendentemente dalla trascrizione della sentenza che accerti l'intervenuto trasferimento.

Se, dunque, il principale effetto della trascrizione immobiliare è quello di risolvere i conflitti tra più aventi causa, la fondamentale conseguenza, una volta intervenuta la trascrizione, è quella ben nota di rendere opponibile ai terzi l'atto trascritto, in quanto reso pubblico e come tale da loro conoscibile, comportando la rilevanza esterna del negozio, in aggiunta ai meri effetti interni previsti [dall'art. 1372 comma 1 c.c.](#)

Si tratta allora di stabilire se le medesime regole così prospettate valgano anche nel caso della trascrizione degli acquisti *mortis causa*, e se l'erede possa considerarsi "terzo" agli effetti della relativa disciplina, quale soggetto che vanta o potrebbe vantare una situazione giuridica soggettiva confliggente ed incompatibile con quella di altro avente causa - trascrivente.

Orbene, la questione pregiudiziale da chiarire riguarda il concetto stesso di "acquisto *mortis causa*" rilevante ai fini della trascrizione richiesta [dall'art. 2648 c.c.](#), definizione che la dottrina non ha ricostruito in maniera univoca. Secondo un primo orientamento, infatti, si è considerato in maniera ampia l'ambito applicativo della disciplina in questione, ricomprendendo qualunque acquisto, da parte dell'erede o del legatario di un diritto reale immobiliare, indipendentemente se tale diritto sia già spettato in quanto tale al *de cuius* quando era ancora in vita o piuttosto trovi la sua fonte costitutiva proprio nel testamento o più in generale nella successione ⁽¹⁰⁾. Secondo altri autorevoli studiosi, invece, il concetto di acquisto *mortis causa* rilevante sarebbe più limitato, non essendovi ricompresi gli acquisti derivativo-costitutivi che sono da considerarsi pur sempre quali acquisti *inter vivos*, in quanto l'evento morte si pone nei loro confronti non quale causa necessaria del loro prodursi, ma quale semplice occasione del loro sorgere, sicché il beneficiario acquisterà un diritto nuovo non precedentemente presente nel patrimonio del *de cuius*, dovendo, pertanto, la relativa trascrizione valere ai fini generali di cui [all'art. 2644 c.c.](#) e non piuttosto a quelli [dell'art. 2648 c.c.](#) ⁽¹¹⁾

Un'ulteriore questione classificatoria ha riguardato la portata del termine "liberazione" dai diritti enunciati nei numeri 1, 2 e 4 [dell'art. 2643 c.c.](#), così come disposto nel testo [dell'art. 2648 c.c.](#): rimane controversa, infatti, la necessità della trascrizione *mortis causa* dell'estinzione per confusione dei diritti reali limitati, ovvero qualora si riuniscano in capo all'erede sia la qualità di

titolare del diritto di proprietà sul bene che quella sul diritto reale minore che la gravava, così come si è da alcuni ritenuto che la diversa questione del legato di liberazione, quale rinuncia al diritto reale minore che il testatore ha sul fondo di proprietà del legatario sia, analogamente ad un atto costitutivo, ricollegabile tramite gli [artt. 2643, n. 5 e 2645 c.c.](#) agli effetti generali di cui [all'art. 2644 c.c.](#) e non a quelli [dell'art. 2648 c.c.](#) ⁽¹²⁾

Nonostante le difficoltà ricostruttive del concetto di acquisto *mortis causa* rilevante, è ormai pacificamente condiviso da dottrina e giurisprudenza, come anche confermato dalla sentenza in epigrafe, che la trascrizione di cui [all'art. 2648 c.c.](#) produce degli effetti peculiari, rilevanti ai soli fini della continuità della trascrizione, con la conseguenza che non è applicabile la disciplina di cui [all'art. 2644 c.c.](#) che da un lato si riferirebbe, pertanto, ai soli acquisti *inter vivos* e dall'altro non ricomprenderebbe nella categoria di "terzo" l'erede, in quanto continuatore della personalità del *de cuius*, come tale subentrante nella medesima posizione giuridica del defunto ⁽¹³⁾. Le stesse conclusioni, anche se con qualche evidente complicazione concettuale, riguardano anche la trascrizione del legato, poiché, sebbene non valga l'argomentazione vista per l'erede - che in quanto successore universale del *de cuius* non può essere qualificato terzo ai fini dell'applicabilità [dell'art. 2644 c.c.](#) - vi sono pur sempre degli ulteriori indici che impongono di trattare unitariamente la trascrizione in materia successoria.

In particolare ed in primo luogo, si tratta del riferimento testuale [dell'art. 2644 c.c.](#) che riconduce i propri effetti ai soli atti [dell'art. 2643 c.c.](#) in cui non sono ricompresi quelli *mortis causa* e la condizione che, ai fini dell'operare di tale norma, i terzi abbiano acquistato il diritto "in base ad un atto trascritto", come invece non avviene per il legatario che acquisisce il legato *ipso iure* e quindi automaticamente al momento dell'apertura della successione. In secondo luogo è evidente come per il legato non vi sia l'esigenza posta alla base del sistema della trascrizione per atto tra vivi volta a tutelare gli acquirenti dal rischio di acquistare male e a *non domino*, in quanto da un lato l'evento morte è già di per sé efficacemente pubblicizzato e dall'altro non c'è il pericolo che il defunto compia ulteriori atti dispositivi sul bene ⁽¹⁴⁾.

L'esame degli effetti della trascrizione *mortis causa* presuppone un cenno alle problematiche connesse al momento della formalizzazione della trascrizione, disciplinate dalla norma generale in materia [all'art. 2648 c.c.](#) Si prevedono, infatti, due diverse modalità della trascrizione: l'una relativa all'acquisto a titolo di erede che deve avvenire tramite la trascrizione dell'accettazione di eredità e l'altra a titolo di legato mediante la trascrizione dell'estratto autentico del testamento che lo prevede. Relativamente alla prima, è stato, invero, precisato come la trascrizione, pur riguardando il titolo di erede e quindi l'eredità in sé astrattamente considerata, si riferirebbe comunque a determinati e singoli beni che solo in quanto efficacemente individuati sarebbero trascrivibili anche, se del caso, tramite successive trascrizioni ⁽¹⁵⁾. Si sottolinea, dunque, come siano diversi i piani da tenere in considerazione, talvolta erroneamente sovrapposti: da un lato quello del fatto giuridico dell'accettazione dell'eredità, relativo al titolo in base a cui si trascrive e dall'altro l'effetto giuridico dell'acquisto del bene, concernente il vero e proprio oggetto della trascrizione. Una tale distinzione, oltre a testimoniare la sempre avvertita difficoltà di conciliare la specialità della trascrizione con l'universalità delle situazioni giuridiche in cui subentra l'erede, ha portato alcuni autori a superare le distinzioni tra la trascrizione dell'erede e del legatario, in quanto, pur certamente basate su titoli diversi - l'accettazione ed il testamento - si riferiscono comunque al trasferimento di diritti su beni specificatamente individuati, anche se non sono mancate voci contrarie, volte a sottolineare la particolarità dell'acquisto *ipso iure* del legato rispetto all'eredità ⁽¹⁶⁾.

Se dunque è chiaro come il procedimento d'acquisto da parte del successore universale dell'eredità sia sicuramente distinto e complesso rispetto a quello automatico del legato - ed articolato nelle diverse fasi della morte, della delazione o chiamata all'eredità ed infine accettazione - ben si comprende come a venir trascritta sia proprio l'accettazione dell'eredità, quale momento ultimo in cui si perfeziona l'*iter* acquisitivo e la qualità di erede è definitivamente riconosciuta dall'ordinamento ⁽¹⁷⁾. Per ciò che concerne, invece, il legato, non essendovi alcuna necessità di accettazione del medesimo, ai sensi [dell'art. 649 c.c.](#), che potrebbe al più valere come conferma e quindi quale impossibilità di rinunciarvi, il codice ha previsto la trascrizione del testamento che lo dispone, destando qualche perplessità in chi riconosce l'ammissibilità della

figura del legato *ex lege* per l'evidente mancanza del testamento e, altresì, portando alcuni autori a ritenere necessaria anche l'eventuale trascrizione della rinuncia al legato, quale atto dimissivo di diritti, per la quale non sarebbe sufficiente la sola dichiarazione prevista [dall'art. 519 comma 1 c.c.](#) ⁽¹⁸⁾

Riguardo, invece, il punto nodale della disciplina degli effetti della trascrizione *mortis causa* è necessario, pertanto, definire il principio della continuità della trascrizione, secondo quanto disposto [dall'art. 2650 c.c.](#), poiché, come si è già in precedenza accennato, la trascrizione di questi atti produce effetti solo in funzione di tale principio, di talché un eventuale difetto di trascrizione comporterà le sole conseguenze riconnesse alla violazione del medesimo.

Se in linea generale, quindi, la trascrizione si esegue contro qualcuno e a favore di qualcun altro, in modo che il soggetto a carico del quale si pone la registrazione sia individuato come non più legittimato a disporre di quel determinato bene, è chiaro come relativamente agli atti a causa di morte ed a differenza di quelli *inter vivos*, non ponendosi il rischio di un'ulteriore disposizione del bene da parte del defunto, assumerà particolare rilievo la trascrizione a favore dell'erede o del legatario e non piuttosto quella contro il *de cuius*. Tanto più che, a detta di coloro i quali considerano la nozione di acquisto *mortis causa* in termini restrittivi, si ritiene che la trascrizione debba essere eseguita contro l'erede o il legatario, seguendo le regole degli atti tra vivi, qualora si acquisisca un diritto con efficacia costitutiva e non si succeda in un diritto già esistente ⁽¹⁹⁾.

Con la consacrazione del principio della continuità della trascrizione [nell'art. 2650 c.c.](#), quale base del sistema a carattere personale sul quale poggia l'istituto della pubblicità immobiliare, si è posto l'accento sulla necessità per i terzi di poter fare affidamento sulla certezza delle vicende modificative che subisce il bene, tramite una catena di trascrizioni continua che permetta di risalire da un titolare all'altro sulla base dei soli registri immobiliari per agevolare le ricerche ⁽²⁰⁾. In tal modo la trascrizione successiva dovrà sempre essere legata a quella antecedente, in quanto attuata contro il soggetto a favore del quale risulti registrata la precedente e, quindi, qualora manchi un solo anello della catena si produrranno le sanzioni previste per la mancata continuità e di cui si dirà a breve.

In via preliminare, infatti, occorre esaminare la portata generalissima della regola sottesa [all'art. 2650 c.c.](#) e quindi affrontare le questioni connesse ad una sua violazione.

Il comma 1 della norma, invero, dispone che le successive trascrizioni od iscrizioni disposte a carico dell'acquirente producono effetto solo qualora sia trascritto anche l'atto anteriore di acquisto, sancendo, pertanto, la necessità della registrazione di tutti gli effettivi passaggi acquisitivi che ha subito il bene. Posta la complessità del tema, tuttavia, si cercherà di semplificare la questione con un esempio: A aliena a B con atto non trascritto, a sua volta B alienando a C e a D, rispettivamente con due atti entrambi trascritti, ma con la precisazione che D, pur avendo acquistato dopo, trascrive prima di C. In questo caso, qualora si dovesse considerare influente la mancata trascrizione tra A e B si avrebbe la situazione ben nota di due aventi causa dal medesimo dante causa, risolta secondo [l'art. 2644 c.c.](#) con la prevalenza del secondo acquirente primo trascrivente, come era stato sostenuto prima che [l'art. 2650 c.c.](#) si imponesse in via generale quale principio immanente al sistema della pubblicità immobiliare ⁽²¹⁾. Orbene, è chiaro come l'applicazione di tale norma comporti delle conseguenze diverse: infatti, affinché le due successive trascrizioni producano effetti e siano, quindi, opponibili a terzi, nonché sia operativa la regola [dell'art. 2644 c.c.](#) sulla prevalenza del primo trascrivente, secondo acquirente, sarà necessario che l'acquisto iniziale tra A e B venga effettivamente trascritto. In questo modo non verrà meno la catena delle trascrizioni, mentre, in caso contrario, perderanno di efficacia le successive registrazioni in favore di C e D - si parla, infatti di "inefficacia", come pacificamente ritenuto oggi dalla maggior parte della dottrina, anche se non sono mancate voci contrarie che hanno parlato di vera e propria nullità delle trascrizioni susseguenti ⁽²²⁾ - ed i medesimi potranno regolare le loro rispettive posizioni in base alla riesplorazione del principio consensualistico [dell'art. 1376 c.c.](#) con la prevalenza del primo acquirente C, finché non sia trascritto l'iniziale atto tra A e B e possa nuovamente operare [l'art. 2644 c.c.](#)

Tuttavia si pone un'ulteriore questione: *quid iuris* quando si trascrive il primo acquisto *mortis causa* successivamente alle trascrizioni di C e D? Opererà automaticamente [l'art. 2644 c.c.](#),

oppure le due trascrizioni saranno da considerarsi prive di effetti perché intervenute prima dell'ordinato e regolare completamento della catena?

Ai sensi del secondo comma [dell'art. 2650 c.c.](#), invero, si circoscrive la portata del comma 1, precisando che la trascrizione dell'atto anteriore di acquisto comporta la produzione di effetti delle successive trascrizioni o iscrizioni secondo il loro rispettivo ordine e facendo salvo [l'art. 2644 c.c.](#) Il legislatore ha, quindi, previsto che la portata dell'inefficacia delle successive trascrizioni sia temporanea e limitata, in modo tale che, qualora intervenga la trascrizione del primo atto, gli acquisti successivi divengano pienamente efficaci.

Si parla a tal proposito di un vero e proprio effetto di prenotazione delle trascrizioni successive, in quanto si dispone che, una volta regolarizzata la posizione del dante causa comune - nell'esempio richiamato si tratta di B - gli ulteriori e successivi acquisti trascritti - rispettivamente quelli di C e D - producano i propri effetti con efficacia *ex tunc*, dal momento quindi in cui ciascuna trascrizione fu concretamente eseguita e secondo il rispettivo numero d'ordine e non dal tempo della trascrizione mancante nella catena che avrebbe diversamente vanificato l'effettivo succedersi delle ulteriori trascrizioni⁽²³⁾. Risulta evidente, quindi l'effetto di prenotazione per chi trascrive in assenza di continuità, il quale prenoterà con relativo numero d'ordine il proprio acquisto, prevalendo sui successivi trascriventi ed aventi causa dal medesimo dante causa secondo [l'art. 2644 c.c.](#), non appena sia rispettato il principio di continuità. Nell'esempio richiamato, pertanto, una volta intervenuta la trascrizione di B contro A, le due trascrizioni in favore di C e D acquisteranno efficacia retroattiva, in modo tale che l'atto di D, ancorché perfezionatosi dopo quello di C, prevarrà sul medesimo in quanto trascritto prima, secondo la regola generale sulla priorità della trascrizione. Le medesime considerazioni varranno anche in tema di acquisti *mortis causa*, qualora B sia erede di A e disponga dei beni derivanti dalla successione in favore di C e D, secondo quanto sin qui analizzato. Sarà, infatti, proprio questa l'unica conseguenza riconducibile alla trascrizione tra A e B ai sensi [dell'art. 2648 c.c.](#), trascrizione che, se mancante, produrrà gli effetti derivanti dall'inosservanza del principio di continuità, ovvero l'inefficacia temporanea delle successive trascrizioni o iscrizioni contro l'erede o il legatario comune dante causa.

La questione, tuttavia, si complica nel tentativo di esplicitare la portata del limite previsto [all'art. 2650 comma 2 c.c.](#) che parla di applicabilità della norma "salvo il disposto dell'art. 2644": a questo proposito sarà necessario analizzare il diverso caso in cui A oltre ad alienare a B con atto non trascritto, alieni anche a C che trascriva prontamente contro A ed a sua volta B alieni a D con atto trascritto prima di C. In questo caso, infatti, seguendo la regola fin qui esaminata, l'intervenuto completamento della catena, tramite la trascrizione tra A e B, dovrebbe rendere attuale l'effetto di prenotazione di D, in modo che questi, avendo trascritto prima di C, prevalga su di esso. Tuttavia è chiaro come il problema non concerna la trascrizione tra due aventi causa dal medesimo dante causa, in quanto il dante causa di C non è B, bensì A. In una tale ipotesi, pertanto, se realmente operasse l'effetto di prenotazione per D, l'acquirente C si troverebbe nella situazione di chi, pur avendo curato tempestivamente la trascrizione del proprio acquisto quando ancora nulla figurava contro il proprio dante causa, perda il trasferimento, pur non conoscendo e non potendo altrimenti conoscere, neppure usando l'ordinaria diligenza, il diverso acquisto di D. Ne consegue che, così delineata, la posizione di C sarebbe completamente aleatoria e basata su di una ricostruzione errata del principio di priorità della trascrizione che non sarebbe, dunque, applicabile nella specie, relativa ad un conflitto tra due trascriventi, aventi causa, l'uno dal dante causa immediato e l'altro da quello mediato (in quanto dante causa immediato per D, è chiaramente B e non A, che interviene solo quale dante causa mediato). Tale principio entra in gioco, pertanto, solo qualora vi sia conflitto tra due aventi causa dal medesimo dante causa - nella specie avrebbe potuto applicarsi solo tra B e C, in quanto acquirenti diretti da A - e, dunque, nemmeno l'effetto di prenotazione connesso al principio di continuità opererebbe al di fuori dei limiti così tracciati, sancendo in ogni caso il prevalere della posizione di C su quella di D. Il medesimo ragionamento varrebbe anche nel caso in cui B fosse erede di A, tanto più che in questa ipotesi la trascrizione *mortis causa* porrebbe solo problematiche connesse con l'effetto di prenotazione, intervenendo il principio di priorità solo per i trasferimenti successivi.



Con riguardo all'inciso posto alla base [dell'art. 2650 comma 2 c.c.](#), si tratta, pertanto, di delineare i rapporti tra i due principi di priorità e continuità, anche alla luce degli effetti della trascrizione sin qui analizzati. Se, infatti, in passato si era soliti ricostruire la continuità come logico sviluppo della priorità, la nuova portata generale [dell'art. 2650 c.c.](#), considerato anche il dato letterale dell'inciso in esame, sembrerebbe far propendere per l'individuazione del principio di priorità quale eccezione alla continuità, posto che comunque [l'art. 2644 c.c.](#) non può operare per risolvere il conflitto se l'acquisto contro il comune autore non è prima trascritto. Tuttavia, come testimoniato dagli esempi richiamati ed in particolare dalla considerazione che anche l'effetto di prenotazione connesso alla continuità operi solo all'interno dell'eventuale conflitto tra due aventi causa dal medesimo dante causa, sembra più adeguato considerare entrambi i principi fondanti la struttura della trascrizione e come tali complementari alla corretta applicazione dell'istituto ⁽²⁴⁾.

Nell'ottica degli acquisti *mortis causa*, quindi, la sanzione della loro mancata pubblicità non ne comporta l'inefficacia o l'inopponibilità, quanto piuttosto l'inefficacia temporanea delle successive trascrizioni o iscrizioni a carico degli eredi o legatari, condizionata all'effettiva trascrizione dell'acquisto a causa di morte ⁽²⁵⁾.

La sentenza in epigrafe, poi, oltre a ribadire l'inapplicabilità [dell'art. 2644 c.c.](#) alle trascrizioni *mortis causa* nei termini appena esaminati, ne ha confermato la sottrazione anche alla regola [dell'art. 2704 c.c.](#) ⁽²⁶⁾ Tale articolo, infatti, disponendo che la data della scrittura privata non autenticata sia certa ed opponibile ai terzi, non dal momento della formazione del documento, ma solo qualora ricorrano quei determinati fatti riportati dalla norma, non può valere nel caso in cui l'atto coinvolga l'erede, in quanto parte della vicenda negoziale stipulata dal *de cuius*-dante causa, quale continuatore della sua personalità, non essendo invece titolare di una situazione soggettiva indipendente ed incompatibile, come accade per il terzo pregiudicato da quanto documentato nella scrittura ⁽²⁷⁾.

Risoluzione di conflitti

Considerata l'efficacia della trascrizione degli acquisti *mortis causa*, è necessario accennare ai conflitti che potrebbero porsi tra più aventi causa e alle soluzioni previste dall'ordinamento.

È evidente come un vero e proprio conflitto non sia ipotizzabile tra l'erede e l'avente causa *inter vivos* dal *de cuius*, in quanto il successore, dovendo considerarsi quale continuatore della personalità del defunto, subentra in tutti i rapporti del medesimo e quindi si pone come stesso dante causa dell'acquirente per atto tra vivi. In tal modo non sarà configurabile una duplicità di acquisti, ma, come già evidenziato, la trascrizione dell'atto *mortis causa* non sarà opponibile all'acquirente dal *de cuius*, anche se intervenuta prima della trascrizione di questi, perché gli unici effetti che produce saranno quelli legati al principio di continuità. L'erede, dunque, non potrà eccepire l'antiorità della trascrizione del proprio acquisto con l'obiettivo di rendere a lui inopponibile quello compiuto in vita dal defunto, a ciò ostandovi l'inapplicabilità [dell'art. 2644 c.c.](#) alla specie ed i limitati effetti [dell'art. 2648 c.c.](#) relativi al solo principio di continuità ⁽²⁸⁾.

Relativamente, invece, al conflitto che potrebbe aversi tra avente causa *inter vivos* dal *de cuius* ed avente causa *inter vivos* dall'erede, la questione si risolve secondo i parametri già analizzati: l'acquirente dall'erede che trascrive prima dell'altro potrà prevalere su di lui ed opporre il proprio acquisto solo se sia stato trascritto l'acquisto *mortis causa* e quindi non si sia interrotta la catena delle trascrizioni ⁽²⁹⁾. È chiaro, infatti, come altrimenti questi non potrebbe mai prevalere, in quanto l'effetto di prenotazione collegato al principio di continuità delle trascrizioni non opererebbe tra aventi causa da diversi autori, seppur si tratti di autore mediato.

Con riguardo, poi, all'ulteriore questione concernente il conflitto tra avente causa *inter vivos* dal *de cuius* e legatario, è necessario sottolineare come, seppure non ci si trovi di fronte all'analoga situazione prevista per il successore universale che, continuando la personalità del defunto, diviene dunque parte del contratto da questi concluso, per il legato gli effetti saranno i medesimi. Infatti tale conflitto andrà risolto in base alle regole di diritto sostanziale e, quindi, si porranno due alternative a seconda che il testatore abbia disposto della cosa legata anteriormente o successivamente alla predisposizione del testamento. Nel primo caso

troveranno applicazione le disposizioni in tema di legato nullo, previste nell'art. 651 cc., mentre nel secondo si parlerà di revoca del legato, secondo [l'art. 686 c.c.](#), non potendo mai, quindi, il legatario prevalere sul terzo avente causa dal defunto, nemmeno qualora trascriva anteriormente il proprio acquisto, operando comunque [l'art. 2648 c.c.](#) e non [l'art. 2644 c.c.](#)⁽³⁰⁾ Nel diverso caso di conflitto tra avente causa *inter vivos* dal *de cuius* ed avente causa *inter vivos* dal legatario, inoltre, si riproporranno le medesime considerazioni affrontate per l'analogia questione relativa all'erede.

D'altra parte la differente problematica che si potrebbe avere per la contrapposizione tra aventi causa *inter vivos* dall'erede e legatario, è stata affrontata dalla giurisprudenza con particolare riguardo al caso del legato di diritto reale di godimento su di un bene la cui proprietà era stata attribuita al successore universale, chiedendosi se il difetto di trascrizione del legato potesse essere opposto agli aventi causa dall'erede. Si è trattato, nello specifico, del diritto di abitazione sulla casa coniugale spettante al coniuge superstite, ai sensi [dell'art. 540 c.c.](#), la cui trascrivibilità è stata più volte messa in discussione. Infatti secondo alcuni, si tratterebbe di un legato *ex lege* come tale non trascrivibile, in quanto non rientrante nei titoli previsti [dall'art. 2648 c.c.](#) - in particolare non essendovi un testamento sul punto - salvo non considerare tale diritto soggetto a pubblicità immobiliare, quale acquisto *mortis causa* di cui [all'art. 2660 c.c.](#), anche sulla sola base del certificato di morte del dante causa, con l'indicazione nella nota di trascrizione del vincolo coniugale⁽³¹⁾.

La giurisprudenza, invece, propendendo per la trascrivibilità del legato, la fonda inizialmente sulla considerazione che nel conflitto prevalga chi per primo abbia trascritto tra avente causa dall'erede e legatario, provenendo gli atti dal medesimo autore⁽³²⁾ e successivamente, con decisione più recente⁽³³⁾, basa la pubblicità [sull'art. 2648 c.c.](#), affermando, più coerentemente, la non applicabilità [dell'art. 2644 c.c.](#), trattandosi pur sempre della trascrizione di un acquisto *mortis causa* e quindi valendo il solo principio della continuità (ponendosi evidentemente in contrasto con chi, parlando di legato *ex lege* e di relativo acquisto costitutivo, non considera l'atto ricompreso tra quelli *mortis causa*, seguendo il medesimo piuttosto le regole degli acquisti per atto tra vivi e la connessa trascrizione dovendo, pertanto, essere curata non contro il defunto, ma direttamente contro l'erede, come peraltro già accennato in precedenza relativamente alla diversa portata del concetto di acquisto *mortis causa*).

Si sottolinea, dunque, che in realtà la posizione dell'erede, il quale acquista la proprietà dell'immobile e quella del legatario che dispone, invece, solamente di un diritto reale minore ad esso collegato, non si porrebbero tra di loro concettualmente in contrasto: i rispettivi diritti non sarebbero, invero, tra loro incompatibili, in quanto la proprietà si trasmetterebbe all'ulteriore avente causa dall'erede come già gravata dal diritto di abitazione a favore del coniuge superstite. L'eventuale conflitto tra tale avente causa ed il legatario andrebbe pertanto risolto ai sensi dell'art. 534 commi 2 e 3 c.c.⁽³⁴⁾ che si applicherebbe, ricorrendone i presupposti, anche nella specie, poiché il concetto di erede apparente secondo una tale lettura si estenderebbe anche a colui che, pur essendo vero successore universale, non lo sia limitatamente alla piena proprietà, in quanto gravata dal concorrente diritto di abitazione. Pertanto la norma che disciplina il conflitto tra erede vero e terzi di buona fede aventi causa dall'erede apparente, si applicherebbe per identità di *ratio* anche al diverso caso di contrasto tra aventi causa dall'erede e legatario, prevalendo i primi solo qualora ricorrano le condizioni previste da tale articolo.

(1) È intervenuta recentemente sul tema, a composizione del precedente contrasto, [Cass. Sez. Un. 18 giugno 2010, n. 14699](#), in *Foro it.*, 2011, I, 1457 e *Riv. dir. proc.*, 2011, 154, con nota di Ghirga e Guida *dir.*, 2010, 30, 64, con nota di Castro.

(2) Cfr. [Cass. 4 agosto 1990, n. 7862](#), in *Arch. civ.*, 1991, 315 e [Cass. 11 maggio 1987, n. 4322](#), in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Divisione*, n. 42.

(3) V. a tale proposito [Cass. 16 giugno 2009, n. 13968](#), in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Contratto in genere*, n. 412; [Cass. 15 maggio 1997, n. 4282](#), in *Riv. not.*, 1998, 345; [Cass. 13 febbraio 1988, n. 1552](#), in *Vita not.*, 1988, 256; Cass. 4 maggio 1985, n. 2800, in *Giur. agr. it.*, 1985, 471; *contra* Cass. 12 aprile 1983, n. 2583, in *Riv. giur. edilizia*, 1983, I, 933 e *Vita not.*, 1985, 596.

⁽⁴⁾ Cfr. [Cass. 29 agosto 1995, n. 9060](#), in *Giust. civ.*, 1995, I, 2619 e *Vita not.*, 1995, 1411. Per la dottrina, v. Ferri-Zanelli, *Della trascrizione immobiliare*, in *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 2643-2696, Bologna-Roma, 1995, 420.

⁽⁵⁾ Cfr., a tal proposito, Cass. 19 luglio 1995, n. 7802, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2619 e *Vita not.*, 1995, 1421.

⁽⁶⁾ Sulla particolarità del sistema tavolare, cfr. Triola, *La trascrizione*, in *Trattato Bessone*, IX, Torino, 2004, 317 ss.; Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario Schlesinger*, sub artt. 2646-2651, I, Milano, 1993, 20 ss.; Pugliatti, *La trascrizione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 1, Milano, 1957, 131 ss. Sulla trascrizione in generale, v., fra i tanti, Petrelli, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2009, 689 ss.; Triola, voce *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 937 ss.; Giacobbe, voce *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, 1991; Padovini, voce *Trascrizione*, in *Novissimo dig. it.*, VII, Torino, 1987, 800 ss.; Coviello, *Della trascrizione*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, già diretto da Fiore e continuato da Brugi, XIII, I-II, Napoli-Torino, 1924, 443 ss. Il concetto di trascrizione quale fatto giuridico si ritrova in Ferri-Zanelli, *op. cit.*, 9 ss. e Gazzoni, *op. cit.*, I, 64 ss. Per la giurisprudenza sul punto, v. Cass. 16 marzo 1981, n. 1448, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Vendita*, n. 119.

⁽⁷⁾ Il principio consensualistico, come noto, è di derivazione francese, diversamente dalla tradizionale impostazione romanistica che prevedeva - come poi mantenuto nei sistemi di matrice germanica - la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, ovvero tra un primo momento in cui nasceva l'obbligazione di dare in senso stretto, nei termini di far acquistare la proprietà della *res*, ed il tempo successivo dell'effettiva consegna con il passaggio della titolarità del diritto sul bene. V. Gazzoni, *op. cit.*, I, 1 ss. ed in particolare sulla doppia alienazione immobiliare, Casella, *La doppia alienazione immobiliare: un dibattito sempre aperto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 517 ss.

⁽⁸⁾ Sulle varie tesi che cercano di risolvere il potenziale contrasto tra il principio consensualistico [dell'art. 1376 c.c.](#) e la funzione della trascrizione immobiliare, cfr. Gabrielli, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, 355 ss.; Ferrante, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, 113 ss.; Ferri-Zanelli, *op. cit.*, 18 ss.; Doria, *Doppiaalienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale. Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente*, Milano, 1994, 10-26; Gazzoni, *op. cit.*, I, 225 ss.; Casella, *op. cit.*, 520 ss.; Poletti, *Doppia alienazione immobiliare e responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, 733; Pugliatti, *op. cit.*, 2, 1989, 455; Mengoni, *Gli acquisti non domino*, Milano, 1975, 8; Natoli-Ferrucci, *Della tutela dei diritti. Trascrizione*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1971, 88; Carnelutti, *Occhio ai concetti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 452; Maiorca, *Della trascrizione*, in *Commentario D'Amelio*, Firenze, 1943, 151.

⁽⁹⁾ Cfr. [Cass. 3 febbraio 2005, n. 2161](#), in *Giur. it.*, 2005, 2275, con nota di Peratoner; [Cass. 6 dicembre 2000, n. 15503](#), in *Arch. civ.*, 2001, 313; Cass. 28 gennaio 1985, n. 443, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Trascrizione*, n. 14. Per la dottrina, relativamente alla considerazione che per gli acquisti a titolo originario non possa porsi il diverso problema della continuità delle trascrizioni, v. Zaccaria-Troiano, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2008, 39 s.; Ferri-Zanelli, *op. cit.*, 283 s.

⁽¹⁰⁾ V. Triola, *La trascrizione*, cit., 140; Gazzoni, *op. cit.*, II, 105 e Mariconda, *La trascrizione, Trattato Rescigno*, XIX, Torino, 1985, 133.

⁽¹¹⁾ Cfr. Ferri-Zanelli, *op. cit.*, 263 ss., nonché Ferri, *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, Milano, 1951, 185 ss.

⁽¹²⁾ V. ancora Ferri, *op. cit.*, 193 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. [Cass. 16 giugno 2009, n. 13968](#), cit.; [Cass. 15 maggio 1997, n. 4282](#), cit.; [Cass. 13 febbraio 1988, n. 1552](#), cit.; Cass. 4 maggio 1985, n. 2800, cit. Per la dottrina, v. Zaccaria-Troiano, *op. cit.*, 32 ss.; Triola, *La trascrizione*, cit., 140 ss.; Gazzoni, *op. cit.*, II, 99 ss.; Ferri, *op. cit.*, 130 ss.

⁽¹⁴⁾ Per una completa disamina della questione, v. Ferri, *op. cit.*, 125 ss.

(15) Cfr. Ferri, *op. cit.*, 107 ss.

(16) V., relativamente alla prima ricostruzione, Ferri, *op. cit.*, 111 ss.; *contra* Pugliatti, *op. cit.*, 1, 1957, 82. Circa la possibilità che all'accettazione dell'eredità possa sostituirsi il certificato di denunciata successione, cfr. Ferri, *op. cit.*, 114 ss., anche se si precisa come a seguito dell'entrata in vigore del codice del 1942 ed alla luce dell'art. 228 delle disposizioni di attuazione e transitorie, tale certificato possa ritenersi equipollente all'accettazione solo per le successioni apertesi anteriormente a tale data, oggi rivestendo il certificato meri effetti fiscali.

(17) Per quanto riguarda, invece, la diversa questione dell'accettazione tacita, v.

Triola, *La trascrizione*, cit., 146 ss. e Gazzoni, *op. cit.*, II, 112 ss.

(18) Sulla problema della trascrizione della rinuncia al legato, v. Zaccaria-Troiano, *op. cit.*, 250 s.; Triola, *La trascrizione*, cit., 148 s.; Gazzoni, *op. cit.*, II, 127; Ferri, *op. cit.*, 121 ss.

(19) V., in particolare, Ferri-Zanelli, *op. cit.*, 264 s.

(20) Sul principio della continuità della trascrizione, cfr. fra i tanti, Zaccaria - Troiano, *op. cit.*, 37 ss.; Ferri-Zanelli, *op. cit.*, 286 ss.; Gazzoni, *op. cit.*, II, 191 ss.; Pugliatti, *op. cit.*, 2, 1989, 412 ss.; Ferri, *op. cit.*, 9 ss.

(21) Cfr. sul punto Ferri, *op. cit.*, 17 ss.

(22) Sul dibattito tra inefficacia e nullità, quale sanzione alla mancanza di continuità delle trascrizioni, v. Gazzoni, *op. cit.*, II, 202 ss. e Ferri, *op. cit.*, 20 ss.. D'altra parte, l'Autore ricorda come nel progetto preliminare al codice civile si parlasse di nullità delle successive trascrizioni.

(23) Sull'effetto di prenotazione della trascrizione, qualora non sia rispettato il principio di continuità, v. Ferri-Zanelli, *op. cit.*, 284 s.; Gazzoni, *op. cit.*, II, 199 s.; Ferri, *op. cit.*, 21 ss.

(24) Sul rapporto tra i principi di continuità e priorità della trascrizione, v., per tutti, Gazzoni, *op. cit.*, II, 202 ss. e Ferri, *op. cit.*, 26 ss.

(25) Per quanto riguarda la particolarità della trascrizione dell'accettazione di eredità con beneficio d'inventario, cfr. Zaccaria-Troiano, *op. cit.*, 248 ss. e Ferri, *op. cit.*, 138 s. Se allora l'unico effetto collegato alla trascrizione dell'acquisto *mortis causa* riguarda il principio di continuità, Ferri, *op. cit.*, 30, rileva come tale criterio abbia due differenti sfere attuative, legate al momento in cui viene applicato. Infatti l'Autore evidenzia come il conflitto tra due aventi causa *inter vivos* dall'erede che non abbia tuttavia trascritto il proprio acquisto *mortis causa* si risolverà in base al principio di priorità della trascrizione solo qualora la morte sia avvenuta prima dell'entrata in vigore del codice, altrimenti si potrà ricorrere a tale parametro solo dopo la trascrizione dell'acquisto *mortis causa*, posta la portata generale del nuovo [art. 2650 c.c.](#) che ha ampliato, come si è visto, il criterio di continuità. D'altra parte Pugliatti, *op. cit.*, 417 s., osserva come l'indagine circa il rispetto del principio di continuità e quindi del corretto susseguirsi della catena delle trascrizioni non possa risalire all'infinito a tutti gli acquisti relativi ad un determinato bene, altrimenti rischiando una *probatio diabolica* analoga a quella di cui si era parlato relativamente al diritto di proprietà; la ricerca dovrà, pertanto, interrompersi anche in questo caso entro i limiti temporali dell'usucapione che interverrebbe nella prova anche di tale diversa questione.

(26) Cfr., sul tema, [Cass. 16 giugno 2009, n. 13968](#), cit.; [Cass. 15 maggio 1997, n. 4282](#), cit.; [Cass. 12 giugno 1986, n. 3911](#), in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1463.

(27) V. [sull'art. 2704 c.c.](#), tra gli altri, Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 1998, 333; Tommaseo, *Trascrizione*, in *Commentario Cendon*, VI, sub artt. 2643 - 2969, Torino, 1991, 179 ss.

(28) Per la giurisprudenza sul tema, peraltro già richiamata, v., oltre alla sentenza in epigrafe, [Cass. 16 giugno 2009, n. 13968](#), cit.; [Cass. 15 maggio 1997, n. 4282](#), cit.; [Cass. 13 febbraio 1988, n. 1552](#), cit.; Cass. 4 maggio 1985, n. 2800, cit.

(29) Sul tema, v. Zaccaria-Troiano, *Il sistema pubblicitario*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari-Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, IV, II, 2009, 13 ss.; Id., *Gli effetti della trascrizione*, cit., 34 ss.; Triola, *La trascrizione*, cit., 151 ss.; Ferri - Zanelli, *op. cit.*, 270 ss.; Gazzoni, *op. cit.*, II, 212 ss.; Ferri, *op. cit.*, 130 ss.

(30) Cfr. Ferri, *op. cit.*, 136; Gazzoni, *op. cit.*, II, 130 ss. D'altra parte, invece, Mariconda, *op. cit.*, 138 s., sottolinea come anche qualora l'avente causa dal legatario abbia trascritto il

proprio acquisto prima dell'avente causa dal defunto e la trascrizione *mortis causa* sia stata curata correttamente, in modo tale che il principio di continuità operi adeguatamente, il primo non potrà mai prevalere sul secondo in quanto il suo acquisto si baserebbe pur sempre su di un legato sostanzialmente nullo o revocato. Per la giurisprudenza, cfr. Cass. 4 maggio 1985, n. 2800, cit.

⁽³¹⁾ Sono, infatti, contrari alla trascrizione Triola, *La trascrizione*, cit., 149 ss.; Ferri-Zanelli, *op. cit.*, 269; Gazzoni, *op. cit.*, II, 191. Sul tema in generale, v. Zaccaria-Troiano, *Gli effetti della trascrizione*, cit., 251 s. e 254.

⁽³²⁾ V. [Cass. 21 febbraio 1995, n. 1909](#), in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 2060, con nota di Cimei e in *Il Fall.*, 1995, 1021, che parla di applicazione del principio di priorità, sulla base dell'acquisto dal comune autore, forse abbracciando l'orientamento di coloro che non ritenendo ricompresi negli acquisti *mortis causa* quelli costitutivi, come nella specie, relativa al sorgere del diritto di abitazione in capo al coniuge superstite, dispongono pertanto che la relativa trascrizione del legato avvenga per atto tra vivi e quindi contro l'erede, solo in tal modo potendo ricostruirsi i due acquisti del legatario e degli aventi causa dall'erede come provenienti dal medesimo autore.

⁽³³⁾ Cfr. [Cass. 24 giugno 2003, n. 10014](#), in *Guida dir.*, 2003, 30, 30, con nota di Busani-Canali e in *Arch. locazioni*, 2003, 803. Più in generale [sull'art. 540 c.c.](#), v. [Cass. 13 gennaio 2009, n. 463](#), in *Corr. giur.*, 2009, 944, con nota di Caffarena.

⁽³⁴⁾ Per un'applicazione pratica delle specifiche problematiche che potrebbero sorgere relativamente alla trascrizione dell'acquisto di un immobile da parte di un avente causa dall'erede apparente, cfr. Cass. 11 settembre 1980, n. 5225, in *Riv. not.*, 1981, 161. Nella specie si è previsto che tale erede, qualora non abbia anteriormente trascritto il proprio acquisto *mortis causa*, non potrà prevalere sul vero erede che diversamente abbia provveduto a trascrivere l'accettazione di eredità anche se dopo la trascrizione dell'atto dell'avente causa dall'erede apparente, mancando evidentemente la continuità delle trascrizioni.