

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Ord. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Ord. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

Volume CCXXXVII
Fascicolo 2 2017



STEM Mucchi Editore

Direttori

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Ord. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; ; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Piero Antonio Bonnet – Prof. Em. Università di Teramo

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università Di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” Di Roma

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

Redazione

Dott.ssa Anna Acquaviva

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum

Dott. Manuel Ganarin

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini

Cristiano Iurilli

L'AUTONOMIA TESTAMENTARIA ED I RAPPORTI DI FORZA NELLA SUCCESIONE NECESSARIA. DALLA CAUTELA SOCINIANA AL LEGATO IN SOSTITUZIONE DI LEGITTIMA*

SOMMARIO: 1. Autonomia privata, diritto sostanziale e processo: *ubi remedium ibi ius*. – 1.1 Il fine di “indirizzo” dell’atto di ultima volontà ed il conflitto tra poteri. – 2. La successione necessaria tra la volontà della legge e la volontà del disponente. La dicotomia interesse privato-interesse collettivo. – 2.1 La posizione giuridica del legittimario e le azioni poste a sua tutela. Legittima come *pars bonorum o pars hereditatis*? – 3. Il sistema delle eccezioni al principio dell’intangibilità della quota di legittima. – 3.1 La cautela sociniana quale forma indiretta di temperamento alla successione necessaria. La “non scelta” del legittimario. – 3.2 Il legato in sostituzione di legittima o “privativo di legittima”. La diseredazione indiretta o “atecnica”.

1. *Autonomia privata, diritto sostanziale e processo: ubi remedium ibi ius*

Nello studio dell’autonomia privata l’interprete può adottare differenti approcci, potendo *in primis* procedere in senso sostanziale, e cioè dall’analisi delle situazioni giuridiche soggettive, dal loro riconoscimento, dalle forme legali di loro attuazione ovvero dai poteri attribuiti ai singoli soggetti di diritto nell’autoregolamentazione dei propri interessi; per altro verso l’autonomia privata può essere esplorata nella sua versione eminentemente pubblicistica e processuale, attribuendo cioè rilevanza alle azioni processuali che il legislatore mette a

* Contributo sottoposto a valutazione.

disposizione delle parti contrattuali per l'esercizio dei propri diritti eventualmente lesi, in conformità agli indirizzi giurisprudenziali i quali, proprio in tale ottica, possono semplificare ovvero appesantire l'esercizio di una determinata azione in relazione al diritto sostanziale che si voglia far valere.

Ma vi è una terza via attraverso la quale guardare al problema, mettendo in evidenza quella continua tensione tra diritto sostanziale, autonomia privata (come forma di suo esercizio) e regolamentazione pubblica del processo, mediante un percorso che porti l'interprete a ripensare – tempo per tempo – ad istituti civilistici classici, cristallizzati nella cultura giuridica del nostro Paese che tuttavia, inseriti in un particolare contesto storico, sociale e normativo, vanno ad assumere nuova linfa, appunto per quella tensione che non può non riconoscersi tra le forme di creazione di un vincolo giuridico *inter partes* e le forme, la disciplina e le procedure di composizione giudiziale (e non) delle controversie, in particolare in rapporto alla difficoltà di attuare, appunto processualmente (per tempi, costi e procedure), i diritti sostanziali che si vogliono far valere.

D'altronde, come è stato ben indicato nell'analisi di un tema classico che proprio si concentra su quel legame inscindibile tra il diritto sostanziale e la teoria generale del processo relativamente ai contenuti, alla *ratio* ed alla disponibilità dei c.d. accordi processuali¹, il procedimento civile è stato configurato come “...*la proiezione dell'autonomia privata rispetto alla*

¹ Al fine di meglio comprendere l'esigenza di un'analisi del diritto sostanziale e, dunque, anche dell'autonomia privata, che non possa prescindere da una visione processuale del medesimo, è interessante la lettura dello scritto di R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Civil procedure review*, 2010, pp. 42-57, ove si richiama l'opera di Gerhard Wagner (WAGNER, *Prozeßverträge*, Tübingen, 1998), ricordandone il fine di “rivitalizzare l'autonomia privata nel processo civile compiendo una distinzione fondamentale tra due categorie di accordi processuali. La prima concerne gli accordi con cui le parti si impegnano a esercitare o, più frequentemente, a non esercitare i poteri processuali a loro spettanti (es., *pactum de non petendo*, *pactum de non exequendo*, accordo di rinunciare all'azione), la seconda riguardante gli atti di deroga consensuale a norme processuali (es., accordi di deroga della competenza, patti relativi all'onere della prova).

posizione giuridica soggettiva per la tutela della quale si agisce in via giurisdizionale, spettando perciò di regola alle parti ogni iniziativa di impulso rispetto allo svolgimento del processo..."². Proiezione dunque di un rapporto giuridico sostanziale che non può che riflettersi sulle parti degli stessi rapporti da accertare in giudizio³, ove tuttavia il principio della disponibilità dell'azione giudiziaria in capo ad un soggetto spesso si scontra con la concreta difficoltà dell'agire processuale, in particolar modo in campi, quali quello successorio che, *de facto*, mostra le difficoltà, in termini di tempi, costi e procedure, del percorso giudiziale.

Evidenziare dunque i rapporti tra il diritto sostanziale – nelle forme di suo esercizio per il tramite dell'autonomia privata – ed il processo, significa chiedersi non solo se quest'ultimo svolga in astratto la sua funzione di tutela ma anche se alla possibilità di difesa ed esercizio di un diritto corrisponda una concreta adeguatezza dei rimedi processuali rispetto ai diritti catalogati sul piano sostanziale.

Ciò è quanto mai valido nell'ambito di tutti quei meccanismi di circolazione di beni e diritti – siano essi *inter vivos* o *mortis causa* – che l'ordinamento riserva al titolare del diritto medesimo, a volte dettando regole e limitazioni imperative, a volte esaltando invece la stessa essenza dell'autonomia privata: più ampio è il grado di intensità di quest'ultima più si riconosce al titolare di un diritto una sorta di funzione di impulso ad "instradare", "veicolare" ed "indirizzare" la circolazione di un bene verso determinati soggetti ovvero a riconoscere (o meno) loro determinate qualità.

E se l'esercizio dell'autonomia privata diviene veicolo di circolazione di un bene, dal suo canto interviene il legislatore che, ponendo ed imponendo modi e termini per il suo esercizio, tenta di limitarne l'abuso in funzione di garanzia di eventuali interessi superiori (solidaristici) rispetto a quelli riconosciuti

² G. BONGIORNO, Voce *Accordo processuale*, in *Enc. giur.*, I, 1990, p. 1 ss.

³ G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile. Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, I, Padova, 2012, p. 152 ss.

in capo al disponente, al quale indica la corretta via per l'esercizio del potere medesimo.

È tuttavia necessario comprendere come in particolari settori del diritto, quale quello successorio, per la complessa architettura di cui esso si compone e per la convivenza tra norme imperative limitative e norme che invece esaltano l'autonomia privata⁴, le modalità di esercizio di un potere da parte di colui che voglia regolamentare rapporti patrimoniali per il periodo in cui avrà cessato di vivere – ed in relazione alle forme tecniche prescelte ed ai contenuti di talune disposizioni testamentarie – mostrano un ravvivato potere di “induzione” del testatore a veicolare l'attribuzione patrimoniale, anche per il caso in cui una determinata norma imperativa – pur se rispettata dal testatore – sia formalmente posta a tutela degli interessi di una particolare categoria di soggetti destinatari dell'attribuzione patrimoniale *mortis causa* quali ad esempio i legittimari.

Non solo, ma anche nelle ipotesi in cui, per le forme scelte nella gestione *ultra mortem* del proprio patrimonio, si incorra in violazioni dirette o indirette di norme imperative⁵, si può notare come la difficoltà processuale di azionare un determinato diritto da parte di coloro i quali siano destinatari-beneficiari della norma imperativa presuntivamente violata, spiani la strada alla citata strategia di induzione “*ad accettare*”

⁴ “Le prime sono poste a protezione degli interessi familiari operando come limite alla libera disponibilità dei diritti patrimoniali in funzione successoria del singolo componente del nucleo familiare; le seconde, per contro, consentono di individuare per il futuro la migliore allocazione possibile delle proprietà del disponente che residueranno al momento della sua morte, anche in direzioni opposte alla solidarietà familiare...”: così per G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in www.juscivile.it, 2013, p. 10.

⁵ Cfr., A. AZARA, *Le disposizioni testamentarie sull'acquisto dell'eredità e del legato e sulla rinuncia all'eredità ed al legato*, in *Le disposizioni testamentarie*, Milano, 2012, p. 171 ss., ove l'A. affronta la problematica sul potere del testatore di dettare “...delle regole difformi da quelle che disciplinano il procedimento successorio, ossia quella sequenza di atti tra loro legati, che è destinata a chiudersi con l'atto o fatto di accettazione, il quale determina il finale e conclusivo effetto dell'eredità”.

esercitata mediante l'autonomia testamentaria, in tutte quelle forme che, per la complessità della materia, spesso risultano di difficile contestazione in sede processuale anche e specialmente per l'appesantimento delle procedure stragiudiziali e giudiziali di composizione della lite.

1.1 Il fine di "indirizzo" dell'atto di ultima volontà ed il conflitto tra poteri

Non è revocabile in dubbio come il potere riconosciuto al testatore di regolare i propri interessi per il periodo successivo alla morte sia espressione del principio di autonomia negoziale che, nell'ambito successorio, svolge i propri effetti sia su un terreno patrimoniale che sociale, involgendo infatti direttrici fondamentali come la famiglia, la proprietà privata, la libertà individuale.

Certamente il sistema così come delineato dal legislatore codicistico fonda le sue basi sul principio della certezza dei traffici che obiettivamente coinvolge tutti i campi del diritto civile, compreso il diritto successorio e di famiglia, con l'obiettivo di assicurare il c.d. "ordine nei rapporti giuridici"⁶, ma anche riconoscendo meritevole di tutela l'interesse, questa volta individuale, del disponente e della sua manifestazione testamentaria di volontà, relativamente non solo ai beni e, dunque, al diritto di proprietà ma anche ad interessi a caratterizzazione non patrimoniale⁷.

E dunque il testamento, quale atto di massima espressione dell'autonomia del testatore, rientra a pieno nell'ambito della c.d. teoria precettiva dell'autonomia privata secondo cui le

⁶ A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009, p. 4 ss.; G. BONILINI, *Nozioni di diritto ereditario*, Torino, 1993, p. 16 ss.; R. NICOLÒ, *Voce Erede (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 196; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 811.

⁷ G. BONILINI, *ult. op. cit.*, p. 87; ID., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. notariato*, 2000, p. 790 ss.

manifestazioni di volontà dei soggetti nascerebbero, prima ancora che sul terreno giuridico, su quello sociale: gli interessi dei privati esisterebbero nella vita di relazione indipendentemente dalla tutela loro riconosciuta dall'ordinamento e la sanzione giuridica costituirebbe un elemento aggiuntivo e logicamente posteriore; attraverso il riconoscimento dell'autonomia privata, gli atti di autoregolamento dei propri interessi sorti nella vita sociale acquisterebbero il valore di negozi giuridici⁸. In questa veste anche il testamento costituirebbe un c.d. "fatto sociale", con la conseguenza di attribuire ai consociati un potere di autoregolamentazione dei propri interessi personali e patrimoniali per il tempo successivo alla morte: una volontà dunque di indirizzo circa le sorti *ultra mortem* della proprietà privata⁹.

E proprio sulla natura giuridica del testamento, sulla sua riconducibilità nell'ambito del negozio giuridico e sulla valenza da attribuire al citato potere di indirizzo che si assiste a posizioni dottrinali spesso di segno opposto.

Secondo un primo inquadramento la riconducibilità del testamento nell'ambito della categoria del negozio giuridico sarebbe "*frutto di una valutazione priva di sufficiente consapevolezza critica*", la quale non terrebbe conto della particolare funzione e delle peculiarità di disciplina che caratterizzano l'atto a causa di morte¹⁰, in quanto il rapporto successorio, indipendentemente dalla sussistenza di un testamento, nasce-

⁸ Sul tema, cfr., M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, p. 1 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 43 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3 - Il contratto*, Milano, 2000, p. 7 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966, p. 1 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 23.

⁹ C. M. BIANCA, *Diritto civile, 2.2 Le successioni*, Milano, 2015, p. 4 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno*, vol. 6, tomo II, *Successioni*, Torino, 1997, p. 6 ss.; G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, Roma, 2004, p. 26 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 12, secondo cui "...l'esigenza di trasmettere i propri beni a causa di morte sia propria non soltanto dei regimi capitalistici, ma anche di quelli socialisti...".

¹⁰ N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, p. 50 ss.

rebbe in forza della legge costituendo mero presupposto degli effetti giuridici che l'ordinamento ad esso riconetterebbe¹¹.

In altri termini, per questa teoria, nel testamento mancherebbe la corrispondenza tra il contenuto dell'atto e la misura dell'effetto, ed anzi il potere di imprimere una certa direzione alla vocazione (designando i destinatari della medesima e determinando quantitativamente il suo oggetto), non sarebbe in alcun modo qualificabile come effetto negoziale.

Per altra impostazione, l'atto *mortis causa*, pur avendo natura negoziale, presenterebbe significative differenze rispetto agli atti di autonomia privata *inter vivos*, con la conseguente impossibilità di ricondurre le varie figure nell'ambito della medesima categoria giuridica¹²: mentre infatti l'atto *inter vivos* sarebbe "...destinato a regolare un conflitto di interessi tra il dichiarante e i destinatari della dichiarazione" ed a "circolare ed operare nel comune commercio giuridico"¹³, il testamento sarebbe caratterizzato dall'assenza di controinteressati in senso tecnico.

La volontà del testatore non sarebbe dunque un titolo giuridico idoneo a legittimare l'attribuzione ereditaria ma sarebbe idoneo solo ad imprimere alla vocazione una determinata direzione¹⁴ che potrebbe comunque essere rettificata o cambiata dalla legge.

Tuttavia secondo la dottrina prevalente, a cui riteniamo di aderire, le disposizioni testamentarie avrebbero natura negoziale e sarebbero pertanto espressione dell'autonomia privata¹⁵: la volontà del testatore, lungi dall'aver solo la funzione di indirizzare la vocazione, sarebbe dunque la fonte della vicenda successoria della quale determinerebbe il destinatario e l'oggetto.

¹¹ N. LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 141.

¹² G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, p. 39 ss.

¹³ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 167 ss.

¹⁴ R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, in *Raccolta di scritti*, tomo I, Milano, 1980, p. 18.

¹⁵ Per tutti, C.M. BIANCA, *ult. op. cit.*, p. 255 ss.

Dunque si può ragionevolmente affermare che il testamento è atto di autonomia privata riconducibile alla categoria del negozio giuridico, e la circostanza secondo cui un atto di indirizzo non possa considerarsi a pieno come tale, ovvero ancora che la legge preveda delle regole imperative limitative dell'espressione di volontà del disponente non priverebbe, a nostro avviso, l'atto di ultima volontà della sua natura negoziale.

Ciò presente, nell'ambito della nostra riflessione, riteniamo di dover utilizzare proprio il fine c.d. di "indirizzo" dell'atto di ultima volontà, non tanto per negarne la natura negoziale quanto per suffragarne la *ratio*.

Collegando l'atto di autonomia testamentaria ai particolari limiti ad esso imposti sulla base dei principi della successione necessaria, si assiste infatti da parte del testatore all'esercizio di un ampio potere di scelta, quale l'utilizzare una disposizione piuttosto che un'altra (a titolo universale o a titolo particolare)¹⁶; includere taluni nella propria successione escludendone – anche esplicitamente – altri o riconoscere a taluni la qualità di erede e ad altri la qualità di successore a titolo particolare. Il tutto quale espressione di un potere che spesso non si limita alla possibilità di disporre sulla parte residua di un asse ereditario ma anche, come evidenziato, nell'indirizzare, ed in un certo senso limitare, il successivo potere di "scelta" di un erede facente parte della categoria dei legittimari¹⁷.

Per il tramite dell'esercizio di questo potere ed il confronto-scontro con le limitazioni legali al suo esercizio (come nel caso della successione necessaria), si crea un conflitto, o me-

¹⁶ V. BARBA (*Le disposizioni testamentarie*, in *Le disposizioni testamentarie*, Milano, 2012, p. 2 ss.), in tema di disposizioni testamentarie affronta il problema della c.d. "*ars stipulatoria*", affermando che "...l'interesse che il testatore intende conseguire, è sovente realizzato attraverso strumenti tecnici diversi. Si tratterà di scegliere, compresa l'intenzione del testatore, quello che, in modo più lineare, valga a realizzarla ed attuarla".

¹⁷ Sempre secondo V. BARBA, loc. cit., "...il testatore ...è libero di non istituire nel testamento alcun erede, limitandosi a beneficiare solo i legatari... attraverso i legati ben potrebbe anche disporre di tutti i suoi beni, con la conseguenza che l'erede, individuato secondo le norme sulla successione legittima, assumerebbe la mera funzione di liquidatore dell'eredità".

glio una relazione tra poteri che, come tale, presume l'esistenza di un interessato alla disposizione di ultima volontà (il testatore) e dei controinteressati (i legittimari): un conflitto che non rileva solo da un punto di vista quantitativo patrimoniale (sulla destinazione dunque di questo o quel bene), ma anche qualitativo, sociale e personale. In tal senso, si coinvolgono – e proprio sulla base della ricostruzione del testamento quale “fatto sociale” – interessi e visioni personali del testatore¹⁸ che, utilizzando determinate tecniche o disposizioni, attribuirà una connotazione giuridica a sue personali motivazioni appunto tentando di indirizzare le scelte dei c.d. controinteressati. E più risulterà difficile contestare, a livello processuale, questi atti diretti o indiretti di indirizzo e più la volontà e l'autonomia del disponente amplificheranno la propria sfera di intervento.

2. La successione necessaria tra la volontà della legge e la volontà del disponente. La dicotomia interesse privato-interesse collettivo

L'analisi delle disposizioni codicistiche in tema di delazione dell'eredità mostra all'interprete quale sottile equilibrio vi sia tra il riconoscimento della prevalenza dell'autonomia testamentaria ed i limiti ad essa imposti dalle regole in materia di successione necessaria, termine con il quale si intende indicare quel complesso di regole disciplinate dal Capo X del Titolo I del Libro delle successioni del codice civile, intitolato “*Dei legittimari*”¹⁹: se infatti da un lato l'art. 457 c.c. stabilisce, al

¹⁸ Si veda sul punto anche G. BONILINI, *Dei legati*, in *Cod. civ. comm.*, fondato da SCHLESINGER, Milano, 2006, II ed., p. 4 ss.

¹⁹ Sul tema, cfr., L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 4, *Le successioni a causa di morte*, Torino, 1996; F. CAVALLUCCI, A. VANNINI, *La successione dei legittimari*, Torino, 2006; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, XII, 1, Torino, 1977; M. ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, Torino, 1954; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2., *Le successioni*, Milano, 2015; G. BONILINI, *Nozioni di diritto ereditario*, Torino, 1986; V. E. CANTELMO, *L'istituto della riserva*, in *Successioni*

terzo comma, che “le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari”, per altro verso, stabilendo che “l’eredità si devolve per legge o per testamento”, dispone poi che “non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria”.

D'altronde la stessa terminologia utilizzata dal legislatore fa comprendere come le regole in tema di successione necessaria (termine peraltro non utilizzato dal legislatore ma oramai largamente accolto dalla dottrina²⁰) pongano – a favore dei legittimari (artt. 536-564 c.c.) – un freno, un limite all'autonomia testamentaria, evidenziando un duplice conflitto: quello tra volontà della legge e volontà del defunto, che esprime a sua volta la dicotomia “interesse privato-interesse pubblico²¹, e quello tra i poteri attribuiti al disponente ed i diritti riservati ai legittimari.

Ed è proprio il codice civile che sovente utilizza il concetto di “riserva” al fine di esprimere l'idea dell'intangibilità della quota o porzione spettante ai legittimari, porzione questa definita nel codice anche legittima, il cui fondamento non sembrerebbe doversi ritrovare nella tutela della famiglia nucleare²² bensì nella tutela dei singoli membri che la compongono, giungendo così a quella che è stata definita come “*successione*

e donazioni, a cura di P. RESCIGNO, I, Padova, 1994, p. 465 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009; C. GIATTANASIO, *Voce Successione*, IV, *Successione necessaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. La successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2000, IV ed.; R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934; A. PALAZZO, *Voce Successione*, IV, *Successione necessaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1997; Id., *Le successioni*, in *Tratt. Dir. priv.*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, I, Milano, 2000, II ed.

²⁰ Cfr., *ex multis*, M. CANNIZZO, *Principi generali sui legittimari, Successioni legittime e necessarie*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2000, p. 3 ss.; V.R. CASULLI, G.V. CASULLI, *Voce Successione necessaria*, in *Novissimo Dig. It.*, *Appendice VII*, Torino, 1977, p. 631 ss.

²¹ V. OTTANI SCONZA, *I legittimari*, in *Successioni e donazioni*, a cura di BALESTRA e DI MARZIO, Padova, 2012, p. 670.

²² F. CRISCUOLO, *Famiglia legittima - matrimonio - filiazione - famiglia di fatto - unioni omosessuali*, in www.cortecostituzionale.it/documenticonvegni_seminari/relazionecriscuolo.pdf.

contro il testamento”²³: i diritti stabiliti dalla legge a favore dei legittimari (o appunto dei riservatari) non potrebbero così essere pregiudicati da disposizioni testamentarie lesive.

Ci si trova dunque dinanzi ad un compromesso tra una concezione che attribuisce ai privati il potere di disporre senza limiti del proprio patrimonio *mortis causa* ed una opposta che esclude tale potere, prevedendo che il patrimonio sia destinato a soggetti tassativamente individuati dalla legge.

Il legislatore, dettando le norme che regolano la successione dei legittimari, ha dunque inteso abbracciare una soluzione intermedia, riconoscendo la libertà di testare e apponendo alla stessa peculiari limiti a tutela della famiglia del defunto: il tutto con regole riconducibili all'ordine pubblico, e dunque volte alla protezione di un interesse generale, a carattere cogente che, in quanto tali, le rende inderogabili da parte del testatore.

Sembrirebbe così che la successione necessaria abbia una valenza principalmente patrimoniale e non soggettiva nel senso di individuazione necessaria del legittimario come erede. Tesi questa che si presta a difficile condivisione proprio in virtù di quell'attività che in precedenza abbiamo definito di “indirizzo o di induzione” del disponente, esercitata mediante l'utilizzo di clausole e disposizioni di legge tramite le quali incidere non tanto e solo sull'aspetto patrimoniale del fenomeno successorio bensì su quello soggettivo-qualitativo.

Infatti se si vanno a richiamare le posizioni assunte dalla dottrina in ordine all'inquadramento della successione dei legittimari nell'ambito del fenomeno successorio in generale si possono ritrovare interessanti spunti di riflessione.

Se in virtù di un primo orientamento la successione necessaria costituirebbe un *tertium genus* rispetto alla successione *ab intestato* e a quella testamentaria, presentando la successione dei legittimari caratteri distinti rispetto alla successione *ex lege*, essendovi differenza di *ratio*, di soggetti aventi dirit-

²³ In tal senso, L. MENGONI, *Delle successioni legittime*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1985 p. 6 ss.; ID., *Successioni per causa di morte. La successione necessaria*, cit., p. 45 ss.

to e quote²⁴, per altri Autori le norme a tutela dei legittimari, lungi dal costituire una categoria autonoma, rappresenterebbero soltanto un limite (non superabile) posto *ex lege* alla successione²⁵, andando a costituire una sorta di successione legittima potenziata, dal comune fondamento con la successione *ex lege*, costituito dalla tutela della famiglia e dal medesimo titolo costitutivo, rappresentato dalla legge²⁶.

Ma la terza posizione, utile da citare ai fini del nostro approfondimento, ritiene che il legittimario non sia erede bensì un successore a titolo particolare, essendo destinatario non di una quota di eredità ma di una parte di utile netto con un determinato valore economico²⁷.

Ed ancora, in ordine all'accostamento (a noi funzionale per lo studio di ulteriori tematiche quali ad esempio la cautela sociniana ed il legato in conto ed in sostituzione di legittima) tra la figura del legittimario e quella del legatario, si evidenzia come invece altra dottrina²⁸ ritenga come per il nostro ordinamento sia irrilevante il titolo in base al quale il legittimario consegua il valore della riserva, o come erede o come semplice legatario o donatario.

Dunque il legittimario potrebbe ricevere la legittima sotto varie forme, quali appunto la donazione o sotto la forma del

²⁴ V. R. CASULLI, *ult. op. cit.*, p. 786 ss.

²⁵ Tale limite riguarderebbe non soltanto la successione testamentaria, ma anche quella *ab intestato*, potendo configurarsi violazione della quota di legittima anche indipendentemente dal testamento.

²⁶ G. AZZARITI, *La successione dei legittimari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, I, p. 350; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1944, II ed., p. 190 ss.

²⁷ Sul tema si vedano gli scritti di G. AZZARITI, *Gli aventi diritto a riserva*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 363 ss. e *La imputazione quale condizione per l'esercizio dell'azione di riduzione*, in *Giust. civ.*, 1973, II, 4, p. 41 ss.

²⁸ L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, 7, II ed., p. 6 ss. Secondo l'A. "*L'espressione del primo comma dell'articolo 536 ...non deve far pensare che si sia voluto accogliere il sistema della riserva del diritto consuetudinario francese, né il sistema francese attualmente vigente, nel quale, non esistendo altro erede all'infuori dell'erede del sangue, ...e non potendo, di conseguenza, il testatore designare altri eredi, ma solo dei legatari, non è concepibile l'esistenza di legittimari che non siano eredi...*".

legato disposto in conto di legittima: in tal caso, come afferma la dottrina²⁹, il legittimario gratificato dal legato in conto (che copra l'intero ammontare della legittima), non potrebbe insorgere contro il testamento e, dunque, avverso quel potere di induzione soggettivo e non meramente patrimoniale esercitato dal disponente mediante il testamento.

Ed anticipando quanto sarà in seguito approfondito, anche nel caso di legato in sostituzione di legittima, ove il legittimario, accettando il legato, resti soddisfatto nei suoi diritti, nulla in più potrà pretendere e, rifiutando, potrà esigere che la legittima sia corrisposta sull'eredità.

*2.1 La posizione giuridica del legittimario e le azioni poste a sua tutela. Legittima come pars bonorum o pars hereditatis?*³⁰

La figura del legittimario ha dunque un ruolo centrale nell'analisi dei poteri e limiti esistenti in capo al testatore sia sotto un punto di vista (diremo) sostanziale, e cioè in relazione alla sua configurazione e qualificazione giuridica in termini di erede universale (o meno), sia sotto un punto di vista processuale, in relazione alle azioni (ed agli effetti di esse) previste a sua tutela, le quali sono strettamente collegate al primo aspetto, essendo in grado di condizionare proprio la qualificazione giuridica di tale categoria di successibili.

Le domande a cui, a questo punto dell'analisi, si deve dare una risposta sono due: se il legittimario possa qualificarsi come erede *ipso iure* (o al momento della successione ovvero in un successivo momento) e se – sulla base della risposta al quesito – il testatore mediante il suo potere di indirizzo, anche per il tramite della pretermissione, possa influire sulla qualificazione soggettiva del legittimario.

In ordine al primo quesito, e prendendo spunto da quanto rilevato dalla dottrina classica, le teorie sulla qualificazione e

²⁹ L. FERRI, *ult. op. cit.*, p. 7.

³⁰ Al proposito si è preso spunto dal titolo di un paragrafo dell'opera di L. FERRI, da ultimo citata "La legittima è *pars bonorum* e non *pars hereditatis*", *ult. op. cit.* p. 6.

posizione giuridica del legittimario originariamente lo indentificano quale erede *ipso iure* sin dal momento dell'apertura della successione³¹, mediante una visione che da un lato va a diversificare il diritto alla quota di riserva dal diritto alla quota di legittima, e dall'altro – proprio al fine di giustificare la posizione assunta – a duplicare la posizione giuridica del legittimario, sovrapponendo la quota di riserva con la quota di legittima, per concludere poi sull'ammissibilità dell'esperimento, in capo al pretermesso, dell'azione di petizione ereditaria.

Altra dottrina³², partendo dalle forme di delazione per legge o testamento, afferma che le disposizioni a favore dei legittimari non costituirebbero un'ulteriore forma di delazione e che il legittimario preterito che non sia investito di detta qualità non l'acquisterebbe per il solo fatto di aver ottenuto una riduzione a suo favore, avendo tale azione unicamente un valore economico, andando a sottrarre beni agli eredi o ai legatari.

Nello stesso senso, altro Autore³³ rileva come il legittimario preterito non possa considerarsi erede neppure se vi sia stato un atto di lesione della legittima: "...se infatti il legittimario fosse erede, una volta accettato l'eredità, dovrebbe poter agire con la *hereditas petitio per recuperare i beni dell'eredità posseduti da terzi o da coeredi*", mentre la legge "...*gli attribuisce unicamente l'azione di riduzione...*" diversa per obiettivi e presupposti³⁴.

Ulteriore dottrina³⁵ infine afferma che il legittimario diventa erede solamente nel momento in cui abbia esercitato vittoriosamente l'azione di riduzione, così che se il testatore avrà

³¹ A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, p. 216 ss.

³² G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice civile*, Napoli, 1990, p. 229-230-243.

³³ L. FERRI, *ult. op. cit.*, p. 8 ss.

³⁴ In giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. 12 marzo 1975, n. 296, in *Mass. Giust. civ.*, 1975, p. 418 secondo cui "*Nel caso in cui invece il soggetto pretermesso sia un legittimario, non essendo un chiamato alla successione e perciò non partecipante alla comunione per il solo fatto della morte del de cuius, può acquistare i suoi diritti, solo dopo l'esperimento delle azioni di riduzione o di annullamento del testamento, ovvero dopo il riconoscimento dei suoi diritti da parte dell'istituto*".

³⁵ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I-II, Milano, 1983, p. 280 ss.

disposto a favore di altri soggetti in modo da ledere i diritti dei legittimari, queste disposizioni – finché non saranno ridotte – conserveranno la loro efficacia così escludendo il legittimario che sia *medio tempore* titolare della quota di eredità, il quale non parteciperà neppure alla comunione ereditaria.

Quest'ultima interpretazione, a cui si ritiene di aderire, anche al fine di rispondere al secondo quesito richiamato, troverebbe conferma sia nell'art. 536 sia in particolare nell'art. 551, II comma, c.c. per il quale il legittimario cui sia stato attribuito un legato in sostituzione di legittima non acquista la qualità di erede se intende profittare del legato, così rinunciando anche al diritto all'eventuale supplemento (e così andando a collegare l'istituto del legato in sostituzione di legittima con il problema e la *ratio* della successione necessaria)³⁶.

Sulla base di tali conclusioni riteniamo di dover rispondere positivamente al secondo quesito anche in base ad un ragionamento sistematico: è infatti dato normativo quello secondo cui il testatore possa, con le disposizioni testamentarie, influenzare quantitativamente e qualitativamente l'individuazione della quota di riserva, identificabile quale forma di esercizio dell'autonomia testamentaria: si pensi, ad esempio, agli artt. 733 e 734 c.c. che attribuiscono al testatore la facoltà di dettare norme vincolanti sulla divisione del patrimonio ereditario e sulla formazione delle rispettive porzioni, sia di rimetterne la formazione ad un terzo che di dividere i beni tra gli eredi, ricomprendendo anche la disponibile. Il testatore potrebbe infatti sia individuare i beni che compongono la quota di legittima sia escludere che certi altri ne facciano parte, po-

³⁶ Anche la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi, in più di un'occasione, del tema inerente all'assunzione della qualità di chiamato all'eredità del legittimario preterito, stabilendo che l'onere dell'accettazione beneficiata, prescritto dall'art. 564 c.c., quale condizione dell'esercizio dell'azione di riduzione, non è richiesto al legittimario pretermesso in quanto questi non è chiamato all'eredità e che lo stesso non è legittimato a succedere al defunto nel rapporto processuale da questi instaurato, poiché l'unico soggetto abilitato a proseguire il processo, ai sensi dell'art. 110 c.p.c., è il successore a titolo universale. In tal senso, *ex multis*, cfr. Cass., 11 gennaio 2010, n. 240, in *Notariato*, 2011, p. 153 ss.; Cass., 29 maggio 2007, n. 12496, in *Mass. giur. it.*, 2007; Cass., 7 ottobre 2005, n. 19527, in *Foro it.*, 2005, pp. 139-140.

tendo il diritto del legittimario dirsi leso solo nell'ipotesi in cui questi consegua una quota di valore inferiore a quella riservata dalla legge³⁷.

Allo stesso modo, e sulla base di proprie motivazioni personali, il testatore che ignori il riservatario darebbe luogo alla figura del legittimario pretermesso *numquam heres*, che così sarebbe un legatario *ex lege* destinatario non di una *pars hereditatis* ma di una *pars bonorum*, ossia di una quota di utile netto, avente un determinato e “mero” valore economico: questa azione sarebbe la prima espressione del potere di induzione o indirizzo del disponente.

3. *Il sistema delle eccezioni al principio dell'intangibilità della quota di legittima*

In termini generali, nei rapporti tra testatore e legittimario vige il principio, normato dall'art. 549 c.c., della c.d. intangibilità della legittima, chiara espressione di quel raffinato equilibrio tra il potere dell'autonomia testamentaria ed i diritti dei c.d. riservatari, secondo una concezione oggi intesa in senso ampio sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza³⁸: sul tema infatti si distingue una duplice forma di intangibilità, quantitativa e qualitativa, ove la prima viene individuata nel diritto del legittimario a conseguire un valore pari alla quota spettantegli, mentre la seconda indicante il diritto

³⁷ Sul tema, si legge in V. OTTANI SCONZA, *op. cit.*, p. 707 “*Il testatore, quindi, può impedire l'applicazione della regola dell'uguaglianza qualitativa sia riguardo ai rapporti con eredi legittimari sia nei rapporti fra questi ultimi e coloro che siano stati istituiti erede pur non avendo detto status (e quindi istituiti nella quota disponibile), componendo le rispettive quote (di riserva), così da poter certamente affermare che nel nostro ordinamento esiste solamente un principio di intangibilità quantitativa della riserva. In maniera simmetrica, dal punto di vista fattuale, è l'effetto che si ha in caso di istitutio ex re certa di cui all'art. 588 c.c., laddove è ammessa la facoltà del testatore di indicare beni determinati come quota del patrimonio*”.

³⁸ Sul punto, *ex multis*, cfr., G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 475 ss.

di conseguire la quota stessa in natura, quota cioè “...formata, in proporzione alla sua entità, di una parte di ogni cespite ereditario.”

A ciò si aggiunge la previsione che vieta al testatore ogni disposizione che imponga pesi e condizioni sulla quota spettante ai legittimari, considerata quale “*lesione qualificata*”³⁹, considerandosi ad esempio vietate quelle disposizioni con cui si istituisca il legittimario in una quota di eredità anche maggiore di quella riservata, ma che abbiano come effetto indiretto quello di diminuire, qualitativamente o quantitativamente, i diritti del legittimario.

A dette regole si accompagnano altrettante eccezioni legali, poste chiaramente a favore del disponente ed espressione di una forma di esercizio dell'autonomia testamentaria, definibili quali temperamenti all'indicato principio, utilizzabili dal testatore per ampliare la propria sfera decisionale nei confronti degli eredi.

Si pensi ad esempio alle conseguenze applicative di cui all'inciso finale dell'art. 549 c.c., ove il legislatore fa salva l'applicazione delle norme in materia di divisione ereditaria.

Ed il riferimento non riguarda solo i già citati artt. 733 e 734 c.c., tramite i quali il testatore può impedire l'applicazione della regola dell'uguaglianza qualitativa, ma anche la disposizione di cui all'art. 713 c.c. che riconosce al testatore la facoltà di rinviare di un quinquennio la divisione dell'eredità o di alcuni beni, nonché la previsione della c.d. *institutio ex re certa*⁴⁰ con cui si attribuisce al testatore il potere di attribuire determinati beni in funzione di quota ereditaria: tutti casi questi in cui si esplicita quel potere di indirizzo del testatore nel determinare, quantitativamente e qualitativamente, ma anche soggettivamente (come vedremo), le sorti della successione.

³⁹ G. CAPOZZI, *ult. op. cit.*, p. 479.

⁴⁰ Sul tema, *ex multis*, cfr., D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, p. 1156 ss.; G. F. BASINI, *Lasciti di beni determinati ed istituzione di erede “ex re certa”*, in *Fam. Pers. e succ.*, 2007, p. 245; F. GERBO, *L'istitutio ex re certa e la volontà del testatore*, in *Riv. Not.*, 2003, p. 220 ss.

3.1 *La cautela sociniana quale forma indiretta di temperamento alla successione necessaria. La “non scelta” del legittimario*

Ulteriore, seppur indiretta, eccezione al sistema di intangibilità della legittima è rappresentata dalla c.d. cautela sociniana⁴¹ di cui all'art. 550 c.c.: già dalla rubrica dell'articolo (“*lascito eccedente la porzione disponibile*”) si comprende come la disposizione avrebbe la funzione di evitare che il legittimario vada a subire una lesione quantitativa della propria quota. Ed infatti, come ben noto, nell'ipotesi in cui il testatore, con una sua disposizione, abbia disposto di un usufrutto o di una rendita o di una nuda proprietà eccedente la quota disponibile (rendendo così impossibile l'assegnazione al legittimario della quota in piena proprietà), ovvero nel caso in cui la porzione di nuda proprietà attribuita al legittimario ecceda la legittima, si riconosce al legittimario la possibilità di scegliere se eseguire la disposizione testamentaria o abbandonare la quota disponibile per ottenere la legittima, attuando quello che è stato definito “diritto potestativo sostanziale di autotutela della legittima”⁴².

Si legge in giurisprudenza che l'art. 550 c.c. attribuirebbe al legittimario, al quale rispettivamente sia stata assegnata la nuda proprietà ovvero l'usufrutto della disponibile, il potere “di incidere unilateralmente sulla successione, senza ricorrere all'azione di riduzione”⁴³.

⁴¹ Sul tema, cfr. nella dottrina classica, G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice civile*, Napoli, 1990, p. 243 ss.; G. CAPOZZI, *ult. op. cit.*, p. 481 ss.; A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1943, p. 197; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. La successione necessaria*, cit., p. 274; C. M. BIANCA., *Diritto civile*, 2.2 *Le successioni*, cit., p. 202.

⁴² S. PUGLIATTI, *Sulla così detta cautela sociniana*, in *Studi per Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 591.

⁴³ Cass. 18 gennaio 1995, n. 511, in *www.leggiditaliaiprofesionale.it.*, confermata da Cass. 12 marzo 2012, n. 3894, in *Famiglia e diritto*, 2013, 5, p. 487 ss., ove si legge che “...la scelta non si sostanzia in una rinuncia all'eredità, ma in una opzione di cui la legge non determina la forma; non sono quindi necessario le solennità richieste dall'art. 519 cod. civ., potendo la scelta stessa provarsi con testimoni o per presunzioni, anche se trattasi di usufrutto o nuda

Tale scelta, che si concretizzerebbe nelle due ipotesi di esecuzione della disposizione testamentaria – la quale peraltro, in caso di più legittimari richiederebbe peraltro l'accordo di tutti – o nel rifiuto dell'assetto disposto dal testatore (esercitando appunto il diritto potestativo consistente nell'abbandono della nuda proprietà della porzione disponibile) mediante un negozio giuridico unilaterale recettizio⁴⁴, realizzerebbe un mutamento oggettivo del legato, determinandosi secondo alcuni autori uno stato di comunione di proprietà tra legittimario e legatario, che potrà essere sciolta sulla base delle disposizioni dettate in tema di divisione ereditaria in ordine alla formazione delle porzioni⁴⁵.

Orbene, ragionando su tali principi, e soffermandoci sul concetto di “scelta” utilizzato dal legislatore, sia da un punto di vista sostanziale che procedurale, va rilevato innanzitutto come di scelta in senso proprio non si possa parlare⁴⁶, in quanto nel caso di esecuzione della disposizione testamentaria si accetterebbe il *dictum* testamentario espressione dell'autonomia del disponente e, nel caso di esercizio del diritto potestativo così come riconosciuto dall'art. 550 c.c., si opporrebbe alla volontà del testatore, abbandonando la disponibile: in entrambi i casi è chiara la possibilità, per il testatore, di indirizzare il legittimario o all'esecuzione immediata della disposizione o di indurlo ad abbandonare la disponibile.

proprietà riflettenti beni immobili, e potendo essa effettuarsi sia espressamente che tacitamente ...Ora, la formulazione della domanda giudiziale può anche e di per sé costituire manifestazione della volontà del legittimario di avvalersi, ricorrendone i presupposti, del rimedio di cui all'art. 550 cod. civ., al fine di conseguire il diritto alla legittima in piena proprietà: a condizione, però, che anteriormente alla proposizione della domanda stessa, il legittimario, destinatario di un'attribuzione di usufrutto universale, non abbia espresso, anche con un comportamento concludente, la volontà di dare esecuzione alla disposizione testamentaria lesiva del suo diritto alla legittima in piena proprietà”.

⁴⁴ G. CAPOZZI, *ult. op. cit.*, p. 485.

⁴⁵ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 358 ss.

⁴⁶ Ciò è chiaramente espresso da parte di quella dottrina che, oggi, è unanimemente citata per definire il concetto di scelta: il riferimento è a L. MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 361 ss.

Ciò, *a fortiori*, è dimostrato in una visione procedurale dell'esercizio della scelta in funzione di abbandono: ed infatti, prescindendo anche dalla configurazione di quest'ultimo come rinuncia abdicativa⁴⁷ (il cui accoglimento, comportando una sorta di rinuncia all'eredità, confermerebbe la ricostruzione teleologica qui suggerita) o come mero abbandono liberatorio⁴⁸, il potere di scelta del legittimario sarebbe in un certo senso appesantito dalla necessità o di esperimento di un'azione giudiziale (con tutte le conseguenze e difficoltà del caso⁴⁹) o con una manifestazione di volontà che, a nostro modo di vedere, ed in conformità con parte della dottrina⁵⁰, per quanto dovesse in ipotesi concernere un bene immobile, avrebbe la necessità di rivestire una forma scritta, in virtù del principio della certezza dei rapporti giuridici che, come già rilevato, deve permeare tutta la disciplina del diritto successorio.

⁴⁷ A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, cit., p. 97.

⁴⁸ E. BETTI, *Successione legittima intestata e successione legittima necessaria*, II, Milano, 1928, p. 32 ss.

⁴⁹ Il riferimento è alla difficoltà di valutare giudizialmente il comportamento del legittimario, come indicato in una interessante sentenza della Cassazione (Cass. 12 marzo 2012, n. 3894, in *Fam. dir.*, 2013, 5, p. 489 ss., con nota di F. FAROLFI, *Limiti all'attuazione della cautela sociniana mediante domanda giudiziale*) che in una controversia il *de cuius* disponeva del proprio patrimonio in favore del coniuge e dei figli, lasciando al primo l'usufrutto universale su tutti i beni immobili ed ai secondi la nuda proprietà dei beni stessi. Constatata la presenza nel patrimonio ereditario di altri beni mobili non inclusi nel testamento, il coniuge conveniva in giudizio tutti gli eredi chiedendo in via principale la divisione dell'eredità e la preliminare attribuzione della legittima sugli immobili in piena proprietà. In via subordinata l'attrice chiedeva che, previa dichiarazione di nullità della divisione fatta dal testatore, fosse diviso il patrimonio ereditario con riduzione delle disposizioni lesive della quota di legittima e con collazione delle donazioni ai figli convenuti disposte dal defunto. La Suprema Corte, pronunciandosi in merito, respingeva la domanda, ed osservava che "*l'attrice, avendo sin dall'apertura della successione continuato ad esercitare l'usufrutto sui beni in suo possesso con percezione dei frutti e dei redditi da essi prodotti, aveva in tal modo dato intenzionalmente esecuzione alla volontà del de cuius, con conseguente esaurimento sia della facoltà di esercitare l'opzione di cui all'art. 550 c.c. che della facoltà di rinuncia al legato prevista dall'art. 551 del codice civile*".

⁵⁰ G. CAPOZZI, *ult. op. cit.*, p. 487; A. CICU, *ult. op. cit.*, p. 207.

Ciò sarebbe confermato, indirettamente, da una più recente posizione della giurisprudenza in tema di forma della rinuncia relativamente ad un istituto strettamente collegato alla cautela sociniana: il legato in sostituzione di legittima. La Cassazione⁵¹ afferma infatti il principio secondo cui “*il legittimario in favore del quale il testatore abbia disposto ai sensi dell’art. 551 c.c. un legato avente ad oggetto beni immobili in sostituzione di legittima, qualora intenda conseguire la legittima, deve rinunciare al legato stesso in forma scritta ex art. 1350 c.c.*”.

E la stessa conseguenza dell’esercizio di scelta andrebbe a confermare la tesi del c.d. “potere di induzione” del testatore, in quanto l’oggetto del legato muterebbe da disposizione in usufrutto a lascito in piena proprietà.

Dunque la disciplina di cui all’art. 550 c.c., sulla base di tale visione, ove teleologicamente utilizzata dal testatore in funzione di propri particolari interessi personali, potrebbe essere ricostruita non tanto come potere del legittimario di realizzare un risultato diverso e non in armonia con la volontà del disponente, ma appunto come atto di indirizzo del testatore stesso che, con la disposizione *de qua*, potrebbe indurre il legittimario a compiere una scelta “favorevole” al legatario.

3.2 Il legato in sostituzione di legittima o “privativo di legittima”. La diseredazione indiretta o “atecnica”

A corollario delle considerazioni sino ad ora svolte, non poteva non porsi l’attenzione su un ulteriore e complesso istituto del diritto successorio, il legato in sostituzione di legittima ex art. 551 c.c., anche detto “legato privativo di legittima”, con cui si riconosce al testatore la possibilità di escludere che un legittimario assuma la qualità di erede e, quindi, nel caso di concorso di più eredi, di escluderlo dalla comunione ereditaria, così esercitando un potere di induzione qualitativo-sog-

⁵¹ Cass., 29 marzo 2011, n. 7098, in *Riv. Not.*, 2012, p. 3 ss.

gettivo, comunque rispettando i diritti di legittima, mediante uno strumento tipico quale appunto il legato⁵² sottoposto alla condizione risolutiva della rinuncia al medesimo⁵³.

Nella sostanza il testatore potrà diseredare (in senso atecnico) il legittimario⁵⁴, facendogli “perdere ogni diritto di ingerenza sull’asse ereditario”⁵⁵ – compreso, come detto, l’esercizio dei diritti in tema di divisione ereditaria dei beni – imponendo la sua autonoma visione nella costituzione soggettiva dell’asse (ad esempio per escludere dalla comunione ereditaria determinate persone, quali ad esempio il coniuge superstite⁵⁶ o figlie femmine⁵⁷), e rimandando poi all’“onorato” (anche in tal caso, a nostro avviso, in senso atecnico) il potere di scegliere tra il conseguimento del legato, con la perdita del diritto a chiedere un supplemento nel caso in cui il valore sia inferiore a quello della legittima, o la rinuncia al legato stesso e la richiesta della legittima⁵⁸.

Anche per tale istituto, così come per la cautela sociniana, sembrerebbe che il legislatore intenda riconoscere al legatario in sostituzione un diritto di scegliere: potrà esercitarlo innan-

⁵² Sul tema, *ex multis.*, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. D’Amelio, Finzi, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, p. 266 ss.; A. CICU, *Legato in conto o in sostituzione di legittima ed usufrutto del coniuge superstite*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, p. 277 ss.; L. FERRI, *Dei legittimari. Artt. 536-564*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 94 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 124 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2000, p. 148 ss.; M. FERRARIO, *Il legato in sostituzione di legittima*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2005, p. 66 ss.

⁵³ L. FERRI, *ult. op. cit.*, p. 107.

⁵⁴ Così F. SANTORO PASSARELLI, *ult. op. cit.*, p. 283.

⁵⁵ V. OTTANI SCONZA, *op. cit.*, p. 713.

⁵⁶ Cass., 11 febbraio 1995, n. 1529, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2117, con nota di N. DI MAURO, *Effetti della rinuncia alla legittima da parte di uno degli eredi necessari: rideterminazione delle quote di riserva o accrescimento?*; altresì, in dottrina, cfr., M. DOSSETTI, *Introduzione*, in *Il diritto delle successioni. Successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio, diretto da Bonilini*, Torino, 2004, p. 15 ss.

⁵⁷ Trib. Monza, 7.3.1985, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 2048.

⁵⁸ Così, Cass., 5 aprile 1990, n. 2809, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2788 ss., con nota di N. DI MAURO, *Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima*.

zitutto accettando il legato, ed in questo caso perderà il diritto di agire in riduzione per richiedere la legittima (anche qualora il valore del legato sostitutivo non coprisse il valore della legittima), non conseguendo la qualità di erede, o scegliendo di rinunciare al legato divenendo così un legittimario pretermesso, con la contestuale nascita del diritto ad agire in riduzione per conseguire la porzione di riserva e, dunque, la qualità di erede.

Se è vero che la valutazione di opportunità rimane rimessa al legatario, che potrà scegliere di conseguire uno o più beni di valore nominalmente inferiori alla legittima e non dover agire in giudizio per far valere il proprio diritto, anche l'esercizio di tale potere, così come in tema di cautela sociniana, risulta essere esercizio “di non scelta”, andando in tal modo l'onorato a corroborare l'“imposizione” del testatore.

Ed il potere di indirizzo del disponente, mediante l'utilizzo della citata disposizione (che, ove non accettata, comporterebbe l'onere per il legatario di rinunciare al legato per il tramite di un negozio unilaterale dismissivo di un diritto⁵⁹), si evidenzia ancora una volta nella necessità di esercitare vittoriosamente l'azione di riduzione⁶⁰.

Anche in tal caso riteniamo di evidenziare un certo squilibrio a favore del testatore per più ordini di motivi: ad esempio, a fronte del fatto che il legato sostitutivo viene acquistato in maniera automatica dal legatario, risulta invece un onere – a carico di quest'ultimo – non solo di esercitare una rinuncia abdicativa che dovrà rivestire necessariamente la forma scritta⁶¹, ma di esercitare vittoriosamente un'azione giudiziale.

⁵⁹ Cass., 16 maggio 2007, n. 11288, in *Riv. not.*, 2008, p. 1154, con nota di F. ROMOLI, *Brevi cenni sul legato in sostituzione di legittima*. La rinuncia al legato rappresenta dunque una vera e propria condizione all'esercizio dell'azione di riduzione (sul tema, cfr., Cass., 18 aprile 2000, n. 4971, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 30; Cass., 26 gennaio 1990, n. 459, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1241 ss.).

⁶⁰ L. MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 138.

⁶¹ Cass. Sez. Un. 29 marzo 2011, n. 7098, in *N.G.C.C.*, 2011, I, p. 917, secondo cui “...per la rinuncia ad un legato avente ad oggetto beni immobili è necessaria la forma scritta ai sensi dell'art. 1350 cod. civ., n. 5; tali conclusioni non sono infirmate dal ... rilievo in senso contrario secondo cui tale assunto non spiegherebbe come mai il bene oggetto del legato a seguito della rinuncia

ria, a volte lunga e complessa, e che dunque “appesantisce” la propria scelta.

Allo stesso modo, ulteriori considerazioni debbono essere rivolte al c.d. legato sostitutivo con diritto al supplemento.

Il legislatore ipotizza infatti che il testatore possa attribuire al legatario la facoltà di chiedere il supplemento, così prevedendosi una eccezione, *rectius* una disapplicazione della prima parte del II comma dell’art. 551 c.c. secondo cui se il legittimario preferisce conseguire il legato “perde il diritto di chiedere un supplemento nel caso che il valore del legato sia inferiore a quello della legittima, e non acquista la qualità di erede”, ravvisandosi in tal modo non un legato in sostituzione di legittima bensì un legato in conto di legittima⁶².

Se per una parte della dottrina⁶³ il beneficiario della disposizione di cui alla seconda parte del II comma dell’art.551 c.c. sarebbe da considerarsi erede testamentario, la cui quota sarebbe composta dal testatore in parte con l’oggetto del legato ed in parte con il supplemento (a ciò conseguendo che il destinatario della disposizione dovrebbe agire con l’azione di peti-

rientri nell’asse ereditario; invero ciò deriva dal fatto che la rinuncia determina la risoluzione dell’acquisto già avvenuto in favore del legatario con effetto retroattivo al tempo dell’apertura della successione, come è confermato sia dalla retroattività della rinuncia all’eredità espressamente prevista dall’art. 521 cod. civ., sia, come è stato osservato in dottrina, dalla equivalenza, ai fini dell’accrescimento tra collegatari, delle ipotesi in cui il legatario non possa o non voglia acquistare il legato (artt. 674 e 675 cod. civ.); pertanto la retroattività spiega il ripristino della situazione antecedente, e tale fictio juris opera come se l’acquisto del legato da parte del legatario rinunciante non fosse mai avvenuto”.

⁶² In dottrina, sul tema, A. ZACCARIA, *Legato in “conto” e “in sostituzione” di legittima*, in *Studium iuris*, 2014, 2, p. 189 ss., rileva come tale legato debba intendersi come attribuzione a titolo particolare che vada imputata alla quota di legittima del beneficiario “senza, appunto, precludergli la possibilità di agire in riduzione al fine di ottenere l’eventuale differenza”. Si veda anche G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. RESCIGNO, 5, *Successioni*, 1, Torino, 1997, II ed, p. 456.

⁶³ Si vedano le deduzioni di A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 190, secondo cui “...sotto le mentite spoglie di un legato in conto di legittima si celerebbe...una istituzione di erede accompagnata dalla previsione di un assegno divisionale...”, escludendo che “...nella previsione di cui si tratta possa essere scorta una istituzione di erede ex re certa...”.

zione ereditaria e non con quella di riduzione)⁶⁴, secondo altro Autore⁶⁵, mediante un'interessante ricostruzione interpretativa, la richiamata disapplicazione – con il conseguente esercizio della facoltà di chiedere il supplemento da parte del legittimario – non comporterebbe necessariamente l'acquisto della qualità di erede, risultando tale fattispecie compatibile con un legato in sostituzione di legittima, ed anzi individuabile come attribuzione di un credito nei confronti degli eredi al versamento della differenza tra il valore della quota riservata ed il valore del bene legato.

Aderendo dunque a tale posizione, si amplificherebbe ancor di più quel potere decisionale e di induzione del testatore di escludere l'onorato dalla comunione ereditaria.

Rievocando il pensiero di Luigi Ferri⁶⁶ dunque, “...*il legittimario (verrebbe) in gioco come mero legittimario e non (avrebbe) pertanto la qualità di erede*”.

⁶⁴ G. CAPOZZI, *ult. op. cit.*, p. 505 ss.

⁶⁵ L. MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 128.

⁶⁶ L. FERRI, *ult. op. cit.*, p. 99.

CRISTIANO IURILLI, The testamentary autonomy and strenght relationships in the necessary succession. From Socinian caution to the legate in legitimate replacement

The purpose of the essay is to induce the interpreter to re-think traditional institutions of the law of succession which, however, included in a particular historical context and regulatory, are to take on new life, highlighting the continuing tension between private autonomy and procedural issues.

The analysis of the discipline about heirs at law, in relation to institutions such as the “cautela sociniana” and tied to replace legitimate, intended to highlight the function of “address” of the testament and the conflict between the testator powers and the heirs at law: the conflict which detects from a quantitative point of view but also qualitative and personal.

The aim was to give emphasis to a power, that the testator, which often is not limited to the possibility of having on the remaining part of a hereditary axis but also in addressing and limiting the next power of “choice” an heir to part of the category of heirs at law, even if that power is protected by legislation.

With this methodology we wanted to rebuild, in a new light, the system of exceptions to the principle of the inviolability of the rightful share, analyzing specifically classical institutions of succession

Parole chiave: diritto umano, letteratura, storia giuridica.

Parole chiave: autonomia testamentaria, cautela sociniana, legato in sostituzione di legittima, legittimario, diseredazione indiretta

ARCHIVIO GIURIDICO “*Filippo Serafini*”

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio Giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato .doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Titoli accademici, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un riassunto in lingua inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di parole chiave in lingua italiana. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi).

Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-blind peer review*.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, 'estratto' degli articoli in formato elettronico pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere un preventivo di spesa a: info@mucchieditore.it.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'*Archivio Giuridico*. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.