

Profili problematici della successione dei legittimari

Contributi di

Enrico Damiani, professore ordinario (Università di Macerata) e notaio

Francesco Bottoni, ricercatore (Università di Macerata)

Anna Francesca Guaricci, dottoranda di ricerca (Università di Macerata) e avvocato

Chiara Iorio, dottoranda di ricerca e borsista (Università di Macerata)

Samantha Ramovini, dottoressa in Giurisprudenza (Università di Macerata)

Anna Trotta, dottoressa di ricerca (Università di Macerata) e avvocato

Giorgia Vulpiani, dottoressa di ricerca e assegnista di ricerca (Università di Macerata) e avvocato



eum edizioni università di macerata

€ 13,00

ISBN 978-88-6056-639-3



9 788860 566393

Profili problematici della successione dei legittimari



a cura di Enrico Damiani

meum

Profili problematici della successione dei legittimari

a cura di Enrico Damiani

meum

Enrico Damiani

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

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

1. Premessa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ L. Mengoni, *op. cit.*, 243 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²² S. Pagliantini, *op. cit.*, 88.

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

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

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

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

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

²⁵ S. Pagliantini, *op. cit.*, 103.

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

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

ri creditori personali che si trovano nella medesima condizione giuridica²⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dispone, infatti, l'art. 524 che, in caso di rinuncia, anche senza frode, i creditori del rinunziante, che abbiano da ciò ricevuto un danno, possono farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e per conto del rinunziante, al solo scopo di soddisfersi sui beni ereditari fino alla concorrenza dei loro crediti. Il creditore non si sostituisce propriamente al debitore nel compimento dell'accettazione, il suo intervento non fa sì che i beni entrino nel patrimonio del rinunziante. Ciò che domanda il creditore all'autorità giudiziaria è di autorizzarlo ad agire su beni non di proprietà del suo debitore, ma che avrebbero potuto esserlo in assenza della sua rinuncia, sicché l'azione esecutiva si rivolgerà verso i coeredi che abbiano accettato in luogo del rinunziante, i quali si ritroveranno nella situazione di dover soggiacere all'escussione dei propri beni per un debito altrui, con conseguente possibilità di regresso verso il debitore rinunciante³².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D'Avanzo, *Delle successioni*, I, Firenze, 1941, 328 ss.; F. Santoro Passarelli, *Sulla forma della rinuncia all'eredità*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 805; S. Pugliatti, *Della istituzione di erede e dei legati*, cit., 548; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., 163; L. Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte (parte generale)*, cit., 471; L. Coviello jr., *Diritto successorio*, cit., 304.), ovvero sia un atto di rifiuto avente la funzione di precludere un acquisto ancora *in itinere* (L. Ferri, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano 1960, 11 ss.; Id., *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., 72 ss.; G. Benedetti, *Struttura della remissione (spunti per una dottrina del negozio unilaterale)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1311; Id., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 173 ss., il quale parla di rifiuto impeditivo); V. Barba, *La rinuncia all'eredità*, Milano, 2008, 165 ss. il quale sostiene che accettazione e rinuncia non siano atti negoziali ma atti giuridici in senso stretto. A nostro avviso, le due tesi colgono due aspetti dello stesso fenomeno: l'erede con l'atto di cui all'art. 519 c.c. "rinuncia" al diritto di accettare, e, proprio per questo, "rifiuta" l'eredità, cioè se ne preclude l'acquisto, dismettendo il diritto a conseguirla.

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

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

³⁶ S. Pagliantini, *op. cit.*, 91.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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