



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI MEDITERRANEA
DI REGGIO CALABRIA**

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA, ECONOMIA E SCIENZE UMANE

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA

XXXIII CICLO

***Profili del nuovo diritto delle successioni: il principio di
unita' delle successioni e la diversificazione del
trattamento successorio in relazione alle tipologie di beni
e categorie di eredi.***

Tesi di dottorato:

dott.ssa Chiara CAPOMOLLA



Relatore:

Ch.ma Prof.ssa Amalia Chiara DI LANDRO



Coordinatrice:

Ch.ma Prof.ssa Carmela Maria Giustina SALAZAR



ANNO ACCADEMICO 2019-2020

INDICE

ABSTRACT	3
ABSTRACT IN ENGLISH.....	6
INTRODUZIONE	9
CAPITOLO I- La successione necessaria nella prospettiva assiologica e diacronica	14
Par. 1) La necessaria ricerca del fondamento assiologico	14
Par. 2) Principio di unità delle successioni e sua immanenza storica.....	18
Par.3) -L'indissolubile legame tra famiglia e successioni.....	27
Par.4)Uno sguardo al passato:	32
a)La famiglia arcaica e la successione dei sui	32
b) Dalla caduta dell'Impero Romano d'Occidente alla Rivoluzione francese	44
c) Il Code Napoléon.....	57
d) Le legislazioni preunitarie	66
e) Il Regno d'Italia e le sue codificazioni.....	72
f) Dal 1948 riforme e proposte	78
CAPITOLO II- Tradizione del diritto ereditario e nuove istanze: un difficile confronto	84
Par. 1 Natura della successione necessaria	84
Par. 2 Le "eccezioni" all'intangibilità della quota come indice del superamento del principio di unità	98
Par. 3 - Il polimorfismo causale della legittima.....	105
Par.4 Le tutele giudiziarie, le loro riforme, lo spazio dell'autonomia contrattuale	115
CAPITOLO III- I soggetti e la quota di riserva	131

Par.1 La quota tra calcolo matematico e "ingegneria giuridica"	131
Par. 2 La "cristallizzazione" della quota.....	135
Par.3 L'ambito applicativo del principio di "cristallizzazione"	141
a) La rinuncia all'eredità	141
b) Morte, indegnità, diseredazione del legittimario	146
Par.4 -I legittimari.....	149
a) Valori emergenti e riforme	149
b) Il coniuge e l' unito civile.....	154
c) I figli.....	171
d) Gli ascendenti	185
CAPITOLO IV- Gli interventi legislativi interni e le tendenze internazionali	
.....	188
Par. 1- Maso chiuso e disciplina della proprietà agricola	188
Par.2- Patto di famiglia: verso la valorizzazione di qualità soggettive e oggettive	193
Par. 3- Profili successori delle clausole societarie	203
Par. 4 -Gli strumenti negoziali previsti dalla legge 112/2016 e la tutela dei legittimari.....	205
Par.5 - Il cammino dell'Unione Europea verso una difficile armonizzazione: il Regolamento UE sulle successioni n.650/2012.....	221
Par.6- Aspetti comparatistici	229
Par.7 Proposte di riforma	246
CONCLUSIONI.....	252
BIBLIOGRAFIA.....	261

ABSTRACT

Il presente studio analizza la disciplina della successione necessaria ed in specie il principio di unità della successione e la possibilità di suo superamento alla luce dell'emersione di interessi e bisogni nuovi- sul piano economico e dei valori fondamentali della persona- la cui realizzazione imporrebbe una differenziazione oggettiva e soggettiva.

Il principio di unità della successione postula un divieto generale di diversificazione della successione in relazione ai beni e/o ai soggetti e si evince dalla lettura sistematica degli articoli del nostro codice civile e dall'analisi dell'insieme dei principi che stanno alla base della disciplina successoria.

Lo studio dei precedenti storici evidenzia l'esistenza dei nessi politico-economici e socio-culturali del cd. minisistema successorio nei vari contesti; la prospettiva diacronica consente di valutare altresì, l'impatto - sul piano teorico e dell'inquadramento generale- dell'introduzione di nuovi istituti.

Il vigente assetto legislativo presenta profili significativi in riferimento alla problematica oggetto di studio: il "polimorfismo causale della legittima" indica la difficile conciliabilità tra contrapposti valori in gioco, primi tra tutti, da una parte l'autonomia testamentaria e la libera circolazione dei beni e dall'altra la rigidità della riserva; l'esame della determinazione della quota con le eccezioni all'intangibilità e le successioni anomale evidenziano timidi superamenti del principio di unità; l'individuazione dei legittimari ha, nel tempo, rispecchiato le importanti

trasformazioni avvenute nell'ambito del diritto di famiglia ma con la sola conseguenza, in campo successorio, di una sorta di allargamento della platea di successibili (parenti del figlio naturale con la l. N. 219/2012 e uniti civilmente con la l. N. 76/2016).

Necessaria anche la riflessione su significativi arresti giurisprudenziali, l'approfondimento dei contributi della dottrina tradizionale nella ricerca del fondamento dei vari istituti, un esame delle proposte di riforma, ma anche la comparazione con figure e soluzioni normative di alcuni Paesi appartenenti sia ai sistemi di civil law sia di common law.

Il campo d'indagine, infatti, si presenta complesso anche per l'impatto importante del diritto internazionale (che sempre più offre soluzioni alternative in presenza di elementi di rinvio), per il vulnus alla coerenza del sistema codicistico già prodotto da una serie di riforme settoriali e talvolta disomogenee, per l'esistenza di strumenti giuridici alternativi (soprattutto in ambito societario) capaci di realizzare scopi diversi.

Vari sono stati gli interventi settoriali di riforma (la L.n. 80/2005, il patto di famiglia, determinate clausole societarie, la L.n. 112/2016 con i suoi riferimenti al trust, all'art. 2645 ter c.c. e al contratto di affidamento fiduciario) con il loro portato di superamento del principio dell'unità delle successioni e di emersione di necessità e bisogni che impongono una risposta solidaristica. Si palesa, tuttavia, una notevole disorganicità: categorie e modelli devono essere ricondotti a nuova unità per evitare la frantumazione del sistema in un accavallarsi di interventi disgreganti.

La normativa, dunque, nonostante incisive riforme, appare ancorata alla tutela della famiglia nelle due declinazioni possibili della mera

conservazione dei beni del *de cuius* tra i parenti più prossimi e della garanzia della solidarietà nei rapporti familiari e relega il diritto successorio a una funzione meramente patrimonialistica e negativa che rischia di fungere da strumento di accentuazione delle diseguaglianze all'interno della formazione familiare.

Il principio di unità della successione risulta obsoleto poiché, in una realtà complessa come la nostra, non si può non tener conto della natura e dell'origine dei beni, delle qualità e categorie dei soggetti, nonché delle complesse relazioni tra soggetti e tra soggetti e beni che giustificerebbero trattamenti successori diversificati o legittimamente differenziabili. Le mutazioni sociologiche di una società pluralista in trasformazione creano modelli soggettivi in funzione dei quali si modifica lo schema tradizionale di rapporto tra soggetto e bene e dunque il principio in esame non può costituire un obiettivo della scienza giuridica e, piuttosto, va, se non eliminato, quanto meno integrato con l'opposto principio della pluralità coerente ad obiettivi di promozione e crescita della persona umana, in specie dei soggetti più deboli.

ABSTRACT IN ENGLISH

This study analyses the discipline of the “*Successione necessaria*”, in particular the principle of unity of the succession and the possibility of its being overcome in light of the emergence of new interests and needs, both on the economic level and that of the fundamental values of the person, to realize which would impose an objective and subjective differentiation.

The principle of unity of succession postulates a general prohibition on the diversification of succession in relation to assets and /or subjects. This is evident from the systematic reading of the articles of our civil code and from the analysis of the set of principles that underlie succession law.

The study of historical precedents highlights the existence of the political-economic and socio-cultural links of the so called mini system of succession in various contexts. The diachronic perspective also makes it possible to evaluate the impact of the introduction of new institutions, both on the theoretical and the general level.

The current legislative framework presents significant profiles in reference to the problem under study; the "causal polymorphism of legitimacy" indicates the difficult reconciliation between opposing values at stake. Among this number on the one hand the testamentary autonomy and the free circulation of goods, and on the other, the rigidity of the reserve. The examination of the determination of the quota, with exceptions to intangibility and anomalous successions, show timid attempts at overcoming the principle of unity. The identification of the right-holders has, over time, reflected the important transformations that have taken place

in the field of family law; in regards to the field of succession, however, the only consequence has been a sort of enlargement of the pool of possible successors (relatives of the natural child with law N. 219/2012 and civilly united with the law N. 76/2016).

It is also necessary to reflect on significant jurisprudential arrests, on the deepening of the contributions of traditional doctrine in the search for the foundation of the various institutes, and to complete an examination of the reform proposals, but also to compare this with figures and regulatory solutions of some countries belonging to both civil law and common law systems.

In fact, the field of inquiry is also complex due to the important impact of international law, which increasingly offers alternative solutions in the presence of referral elements, due to the vulnerability to the coherence of the code system already produced by a series of sectorial reforms. These are sometimes inhomogeneous, due to the existence of alternative legal instruments (especially in the corporate sphere) capable of achieving different purposes.

There have been various sectorial reform interventions (law. n. 80/2005; the family pact: certain company clauses; law n. 112/2016 with its references to the trust, to art. 2645 ter of the Italian Civil Code and to the trust agreement), which have resulted in an overcoming of the principle of unity of successions, as well as the emergence of necessities and needs that require a solidaristic response. However, a considerable inorganic nature is revealed. Categories and models must be brought back to a new unity in order to avoid the shattering of the system in an overlapping of disruptive interventions.

Despite incisive reforms, the legislation therefore appears anchored to the protection of the family in the two possible declinations of the mere conservation of the deceased's assets among the closest relatives and of the guarantee of solidarity in family relationships. In this way, it relegates the right of inheritance to a purely patrimonial and negative function, which risks becoming a tool to accentuate inequalities within family formation.

The principle of unity of succession is obsolete; in a complex reality like ours, one cannot ignore the nature and origin of the goods, the qualities and categories of the subjects, as well as the complex relationships between subjects, and between subjects and assets that would justify diversified or legitimately differentiable successor treatments. The sociological mutations of a pluralistic and mutable society create subjective models according to which the traditional scheme of the relationship between subject and good is modified. Therefore, the principle in question cannot constitute an objective of legal science. Rather, it must be, if not entirely eliminated, at least integrated with the opposite principle of plurality, consistent with the objectives of promotion and growth of the human person, especially of the weakest subjects.

INTRODUZIONE

Il presente studio ha come obiettivo l'esame critico del "minisistema successorio", in specie della disciplina della successione necessaria e del principio di unità della successione, anche alla luce dell'impatto - sul piano teorico e dell'inquadramento generale- dell'introduzione di nuovi istituti.

Il percorso analitico mira a verificare se il principio di unità della successione, risalente al diritto romano e poi permeante il nostro sistema, abbia ancora una valenza o sia stato- almeno parzialmente - superato.

Il principio in esame postula un divieto generale di diversificazione della successione in relazione ai beni e/o ai soggetti, mentre oggi, la natura e l'origine dei beni, le qualità e categorie dei soggetti, nonché le complesse relazioni tra soggetti e tra soggetti e beni giustificerebbero trattamenti successori diversificati o legittimamente differenziabili.

In particolare, poter dare ingresso alle qualità soggettive del *de cuius* e degli eredi in riferimento al trattamento successorio, nonché tener conto delle qualità oggettive dei beni ereditari significherebbe realizzare istanze sociali degne di attuazione perché corrispondenti a valori costituzionali.

La prospettiva diacronica si lega a quella assiologica: l'*excursus* storico ha la funzione di cogliere il fondamento che, nel tempo, ha sorretto la disciplina del settore per evidenziarne la mutevolezza, in relazione al continuo divenire degli interessi della comunità sociale.

La stessa famiglia, cui le successioni sono da sempre collegate, ha avuto, nel tempo e nella storia delle varie comunità, assetti e obiettivi

diversificati che hanno determinato differenti soluzioni di trasmissione della ricchezza: ieri, ma ancor più oggi, non si può parlare di "famiglia" ma di "famiglie".

Si mira, dunque, a verificare il superamento delle esigenze fondanti il vecchio impianto normativo e l'individuazione di interessi nuovi che richiedono ormai una più vasta ed organica riforma¹. Emergono, infatti, anche in ambito successorio, dei bisogni che impongono una risposta solidaristica ed una diversificazione del trattamento successorio in relazione sia alla tipologia dei beni, sia alla categoria degli eredi.

La successione necessaria o dei legittimari viene ad interferire, di fatto limitandola, con la libertà del testatore di disporre dei suoi beni per dopo la morte.

Autorevole dottrina² ha individuato e sintetizzato i limiti dell'attuale disciplina della successione necessaria: la consistente compressione dell'autonomia testamentaria fortemente inadeguata anche alla luce del diritto comunitario, delle relazioni internazionali e della "*mondializzazione dei rapporti umani*"; l'assenza di un'articolazione che tenga conto dell'età e delle condizioni di salute del legittimario, nonché dei suoi rapporti con il *de cuius*; una regolamentazione dei concorsi non sempre appropriata; un'insufficiente tutela successoria rispetto alle piccole e medie imprese (e, possiamo aggiungere, in generale, una visione unitaria dei beni che non tiene conto della loro funzione³); nonché la mancanza di aggiornamento

¹ P. Perlingieri, *Scuole tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 4 "La scienza del diritto elaborata sul generale diventa astratta; il giurista non si immerge più nel particolare della vita e dell'esperienza ed i suoi libri nascono prevalentemente dalla riflessione su altri libri. Si palesa possibile l'allontanamento dal diritto vivente...; la sistematica tende a divenire fine a se stessa e non già strumento per il progresso e per la migliore applicazione del diritto"

² A. Falzea, *Relazione introduttiva*, in Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia, a cura di S. Delle Monache, Padova, 2007, p. 5

³ Anche gli interventi normativi settoriali non sono riusciti a superare tale visione unitaria. Cfr. G. Pisciotta, *Politica europea per le piccole e medie imprese: un'occasione mancata per l'ammodernamento del diritto successorio* in Europa e dir. Priv., fasc. 3, 2007, p. 691 ss.

legislativo in relazione alla capacità successoria dell'embrione anche alla luce delle nuove tecniche di fecondazione assistita. Risultano così mirabilmente indicate le direttrici verso le quali un moderno diritto successorio dovrebbe muoversi per realizzare pienamente i valori umani e sociali.

Dinanzi a nuove sfide ed esigenze, diversi sono stati gli interventi settoriali che lasciano intendere che i diritti dei legittimari possono essere limitati quando si tratta di realizzare interessi meritevoli di tutela. Giova ricordare, in merito, la L. n. 80/2005, il patto di famiglia, le cd. successioni anomale ma anche l'introduzione di istituti più recenti, con la L. 112/2016, che più di ogni altra riforma segna l'evolversi anche in senso contrattualistico e solidaristico delle successioni. Infatti, la L. 112/2016, con i suoi riferimenti al trust, all'art. 2645 ter c.c. e al contratto di affidamento fiduciario, da un lato rappresenta un tassello ulteriore nel quadro delle regole offerte dall'ordinamento a tutela dei soggetti deboli, rappresentando un esempio di destinazione patrimoniale espressamente previsto a tutela della disabilità, dall'altro potrebbe però costituire uno strumento di lesione della quota di legittima.

L'introduzione recente di determinati istituti segna, altresì, *“la crisi del testamento e la tendenza alla contrattualizzazione delle sistemazioni patrimoniali in funzione successoria, la quale però è contrastata dalla persistenza nel sistema del divieto di patti successori”*⁴.

Manca, tuttavia, una riforma organica del settore che riveda con coerenza tutta la materia epurandola dai vincoli che non rispondono più alle istanze di una società ormai multiculturale, multirazziale, proiettata nel

⁴ M. Ieva, *Appunti per un'ipotesi di revisione del divieto dei patti successori* in Rivista del Notariato, fasc. 1, 1 febbraio 2018, p. 1 ss

mondo con sempre più frequenti rapporti commerciali e relazioni personali caratterizzati da internazionalità.

In quest'ottica, non si possono trascurare i profili di comparazione con la disciplina successoria degli altri Paesi europei ed extraeuropei .

I singoli Stati europei e, a maggior ragione quelli extraeuropei, presentano, ovviamente, profonde diversità rispetto all'impianto interno del nostro sistema e sono intuibili le esigenze di armonizzazione per sopperire alle complesse problematiche che possono insorgere quando una successione presenta profili di internazionalità. Ma lo studio comparatistico è interessante non solo per affrontare situazioni concrete sempre più frequenti e complesse, ma anche per comprendere meglio il fondamento storico e teorico che sorregge ogni scelta ed ancora per cogliere preziosi spunti e possibili indicazioni di riforma per il nostro sistema di cui si denuncia, da più parti e ormai insistentemente, l'obsolescenza e l'inadeguatezza.

Così, ad esempio, dall'analisi comparatistica emerge la diffusa tendenza ad assicurare la tutela solo se sussiste un oggettivo stato di necessità del beneficiario e la misura della quota può essere collegata al comportamento del potenziale erede.

Il principio di unità della successione non appare come un dogma insuperabile e l'articolazione dei fenomeni giuridici dell'oggetto e del soggetto -sempre più multiforme- è chiamata a confrontarsi con gli schemi di provenienza straniera sia per gli elementi di transnazionalità presenti sia per il recepimento nel nostro ordinamento di istanze di giustizia sostanziale.

Le mutazioni sociologiche di una società pluralista in trasformazione creano modelli soggettivi in funzione dei quali si modifica lo schema tradizionale di rapporto tra soggetto e bene.

Tradizionalmente, l'articolazione del modello successorio vede un assetto legislativo sicuramente caratterizzato dall'individuazione di eredi legittimari tutti genericamente considerati e di una serie di criteri per la determinazione della riserva, assetto completato da una tutela *ex post* affidata alla libera determinazione degli stessi legittimari.

L'evoluzione legislativa assistita da un'interpretazione sistematica e storica mira a valorizzare la rilevanza in sede successoria delle qualità soggettive del *de cuius* e degli eredi, nonché delle qualità oggettive dei beni ereditari. Oggi si pone, dunque, come vedremo, il problema della valorizzazione di interessi diversi che suggeriscono un superamento dei limiti odierni di legge: nuove categorie e nuovi istituti hanno parzialmente eroso il sistema successorio, ma appaiono come interventi non organici che necessitano di essere debitamente interpretati ed implementati in un quadro valoriale conforme alle esigenze sociali.

CAPITOLO I

LA SUCCESSIONE NECESSARIA NELLA PROSPETTIVA ASSIOLOGICA E DIACRONICA

Par.1) La necessaria ricerca del fondamento assiologico - Par.2) Principio di unità delle successioni e sua immanenza storica - Par. 3)L'indissolubile legame tra famiglia e successioni - Par.4)Uno sguardo al passato:a)La famiglia arcaica e la successione dei sui- b) Dalla caduta dell'Impero Romano d'Occidente alla Rivoluzione francese - c)Il Code Napoléon -d) legislazioni preunitarie - e) Il Regno d'Italia e le sue codificazioni -f) Dal 1948 riforme e proposte

Par. 1) La necessaria ricerca del fondamento assiologico

Nell'ambito del fenomeno della successione *mortis causa* un ruolo sicuramente peculiare è rivestito dalla cosiddetta successione necessaria: la libertà del testatore incontra un limite nelle previsioni in base alle quali a determinate categorie di soggetti dev'essere assicurata una quota.

Le norme relative alla successione necessaria sono ritenute addirittura di “ordine pubblico”⁵, come tali imperative, poste a presidio di valori ritenuti fondamentali per la compagine sociale di riferimento.

Incerto e, soprattutto, variabile nel tempo e nello spazio, è il fondamento di una tale scelta legislativa, oggetto di riflessioni critiche e proposte di riforma.

Ogni istituto giuridico è riconducibile all'identità socio culturale economica di un popolo organizzato. Non sfugge a questo assioma l'ambito successorio, anch'esso collegato strettamente all'apparato statale. La struttura del minisistema successorio deriva e poggia su un assetto valoriale recepito dalla legge: comprendere quale sia tale assetto comporta un esame diacronico volto alla ricerca delle composite ragioni generatrici.

⁵ Il concetto di ordine pubblico rinvia al sistema valoriale della società. A tal proposito A. Guarnieri, *Ordine pubblico* in Digesto delle discipline privatistiche sez. civ., 1995, evidenzia la difficoltà di dare una definizione certa di tale concetto e, al contrario, parla di "polifonia della dottrina". In specie, l'autore nota che "Il legislatore ricorre alla nozione di ordine pubblico attribuendole valori diversi secondo i diversi settori del diritto. In particolare il codice civile menziona l'ordine pubblico, senza definirlo, in molte norme (artt. 31 disposizioni sulla legge in generale; 5; 23, ultimo comma; 25, comma 1; 634; 1229, comma 2; 1343; 1354, comma 1, 2031, comma 2; 2332); né sembra assegnare all'espressione in esame un significato costante. Ora l'ordine pubblico è correlato al buon costume (cfr. art. 31 disp. gen.; 23, ultimo comma) e tende perciò a riassumere in sé l'insieme delle norme inderogabili; ora è utilizzato per qualificare la norma come inderogabile (cfr. art. 1229, comma 2); ora è affiancato non solo al buon costume, ma anche alle norme imperative così da sembrare, almeno prima facie, un limite dell'autonomia negoziale diverso da questi due." L'Autore compie un'ampia disamina storica e teorica del controverso concetto. La teoria normativa ha identificato l'ordine pubblico con le norme inderogabili: l'ordine pubblico non sarebbe un concetto di matrice "criptogiusnaturalistica" ma, piuttosto se ne comprende la portata partendo dalla "materialità", dalle norme che lo prevedono come loro fondamento. A partire dagli anni sessanta l'atteggiamento della dottrina muta e si affaccia l'ipotesi di un ordine pubblico "metalegale", identificabile, ad esempio, con gli obiettivi di politica economica.

Nello specifico ambito successorio, C. Parrinello (in *Tutele del legittimario ed evoluzione del sistema*, Giuffrè, 2012, p. 33) sottolinea come: “alla luce della Carta di Nizza e delle interpretazioni fornite dalle Corti Europee sui diritti inviolabili dell’ uomo, sorge legittimo il dubbio se ancora oggi si possa ritenere che le norme che regolano l’ istituto della legittima siano norme di ordine pubblico, ossia rivolte alla protezione di un’ interesse generale, con carattere cogente e, come tali, inderogabili da parte del testatore, rinvenendosi la preminenza della successione necessaria nella circostanza di [essere] collocata prima della successione ab intestato e prima di quella testamentaria”

Le teorie più varie si sono confrontate sulla funzione del testamento e, correlativamente, sui diritti - da riconoscere o meno - di potenziali eredi necessari, in una continua dialettica, teorica prima che storica, tra l'assicurare preminenza alle esigenze del testatore o piuttosto valorizzare quelle dei successibili. Ed ancora, quali i possibili successibili? A quali interessi, o meglio esigenze, degli eventuali destinatari dell'attribuzione ereditaria dare realizzazione e tutela? E, più a monte, la dialettica ha riguardato (e riguarda) la libertà dei singoli contrapposta al determinismo legislativo.

Nell'affrontare lo studio di un istituto giuridico, l'approccio può essere meramente formale e l'esame limitato al dato giuridico, (pur nello sforzo di coglierne tutte le possibili implicazioni e conseguenti modalità applicative), oppure può mirare a comprenderne il portato, la funzione in quel contesto, in quel luogo, in quel momento storico: un esame così condotto diventa complesso perché i valori assunti a base delle norme sono frutto di scelte politiche ben precise e collegate al momento storico, più esattamente alle contingenze socio economiche.

Ogni studio giuridico non può prescindere da tali considerazioni che diventano il necessario faro per illuminare e comprendere ogni istituto: ignorare il concetto di scopo, di utilità, come essenziale ed insito nella struttura stessa della realtà giuridica, significa procedere ad una mera e sterile ricognizione, non solo arida ma probabilmente fuorviante.

Emerge, dunque, la necessità di superare il dato formalistico, guardando a quello sostanziale e ricostruendo un "sistema" che si possa proiettare nel futuro; oggetto di studio continua ad essere la norma, ma con una diversa considerazione del suo contenuto, visto come interesse o scopo

pratico⁶. L'individuazione di questo interesse è essenziale per comprendere la vera natura di un istituto.

Se, come affermava autorevole dottrina, "*il diritto è fatto per l'uomo*", il concetto d'interesse è il "*trait d'union tra l'uomo e il diritto*"⁷.

Il dibattito sulla successione necessaria, sui suoi scopi e soprattutto sull'attualità della funzione che si evince dal vigente assetto legislativo che, nonostante incisive riforme (soprattutto in ambito familiare), appare, fondamentalmente, obsoleto e rigido è intenso ed attuale. Vedremo, nel prosieguo, che numerose sono le voci e le proposte di riforma. Occorre, tuttavia, comprendere prima appieno quali siano le istanze cui attualmente il minisistema risponde e quali le nuove istanze emergenti, ma, soprattutto, quali, tra queste ultime, siano degne di necessaria tutela perché rispondenti a valori costituzionali.

La difficile conciliabilità di contrapposti valori in gioco, primi tra tutti da una parte l'autonomia testamentaria e la libera circolazione dei beni e dall'altra la tutela della famiglia nelle due declinazioni possibili della mera conservazione dei beni del *de cuius* tra i parenti più prossimi e della garanzia della solidarietà nei rapporti familiari, apre un complesso campo d'indagine. Tanto più che non possono essere ignorati l'impatto importante

⁶ Il concetto d'interesse grazie agli studi di Jhering (Esser J., *Grundsats und Norm*, Tubingen, 1964, p. 222 sostiene che R. von Jhering è stato ritenuto "*il primo giurista degli interessi*") consente di coniugare la scientificità della conoscenza giuridica alla logica degli scopi. L'intuizione che caratterizza la seconda fase del pensiero di Jhering ha operato un profondo rinnovamento della scienza giuridica attraverso la considerazione che l'interesse individuale, collegato con l'interesse altrui, diviene oggettivo e sta alla base della vita umana, dello Stato e della vita associata ed economica. La categoria dell'interesse è il *fil rouge* tra l'uomo e il diritto, quest'ultimo è «*l'insieme degli interessi sociali derivanti dalla vita comune congiunto all'insieme dei valori dell'azione umana orientati alla loro realizzazione, manifestati socialmente e evidenziati oggettivamente dall'esperienza comune e dalla comune cultura*» (Falzea A., *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, 6a ed. ampl., Milano 2008, p. 500, nonché p. 380, 498). Il concetto d'interesse trova arricchimenti significativi nella teoria civilistica italiana (Scalisi V., *Dalla Scuola di Messina un contributo per l'Europa* in *Rivista di diritto civile* 1/2012; Falzea A., *op.cit.*, p. 380, 498): è grazie a questi contributi che si può provare a porre in essere una ricostruzione assiologica degli istituti in esame.

⁷ V. Scalisi, *Conclusioni -Angelo Falzea: per un diritto al servizio dell' uomo*, in *Rivista di diritto civile* 4/2017, p. 1081

del diritto internazionale che sempre più offre soluzioni alternative in presenza di elementi di rinvio, il *vulnus* alla coerenza del sistema codicistico già prodotto da una serie di riforme settoriali e talvolta disomogenee, l'uso di strumenti giuridici alternativi (soprattutto in ambito societario) capaci di realizzare scopi diversi.

Dinanzi alla fluidità di fatto del minisistema successorio, occorre dunque interrogarsi se, oltre e al di là di auspicabili riforme maggiormente organiche, le attuali disposizioni possano comunque essere applicate in modo coerente con la nostra Costituzione e verificare se l'impianto legislativo sia applicabile nel rispetto di nuove istanze che non si collocano in un indefinito ambito sociologico, ma, al contrario, all'interno anche del nostro sistema civilistico, perché *"...non è possibile distinguere tra una ragionevolezza del diritto civile ed una ragionevolezza del diritto costituzionale"*⁸.

Par. 2) Principio di unità delle successioni e sua immanenza storica

Nonostante le diverse riforme che si sono succedute nel tempo in materia proprietaria e familiare sia *"nel quadro di quella che è stata definita la costituzionalizzazione del diritto, e segnatamente del diritto privato"*⁹ sia

⁸ P. Perlingieri, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in Rivista di diritto civile, 1978, I, p. 428 ss.

⁹N. Lipari, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria* in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.3, 2016, p. 799 "la chiave di lettura dell' intero edificio successorio è rappresentata dai due istituti della proprietà e della famiglia [pertanto l'] evoluzione che questi istituti hanno subito dopo l' entrata in vigore della Carta Costituzionale avrebbe dovuto determinare, in chiave interpretativa, una pronta ricaduta anche sulla disciplina successoria. Il che...non è stato"; G. Iudica, *Il diritto civile nell' età delle contraddizioni*, in NGCC 1/2019, pp. 136- 137 sottolinea come "Oggi ...si e' fatta strada una corrente di pensiero che pretende non solo che il giudice, tra le diverse interpretazioni possibili della norma, sia tenuto ad adottare quella piu' conforme ai principi costituzionali, ma persino che le norme costituzionali abbiano una efficacia diretta pure nei rapporti tra privati, che cioe' si possa sostenere una vera e propria Drittwirkung della norma costituzionale... Taluna autorevole dottrina e' andata ancora piu' in la', sostenendo che, la tradizionale concezione potestativa del diritto andrebbe

nella cornice di quello che invece è stato definito “*diritto civile italo-europeo... a circolarità dialogica*”¹⁰, il nostro sistema successorio, in particolare l’istituto della successione necessaria¹¹, è rimasto sostanzialmente inalterato.

Tuttavia, da più parti si rileva che esso ormai non è più adeguato alle esigenze attuali¹² mostrando i suoi “*limiti...tutte le volte in cui è necessario uno speciale riguardo alle qualità personali ed ai bisogni dei chiamati, o*

superata in una “visione valoriale del diritto”: la regola non starebbe nella norma destinata a disciplinare le condotte umane in seno alla società, ma prima ancora nei valori insiti nella società stessa secondo il flusso della storia ovvero, come avrebbe detto Anassimandro, “secondo l’ordine del tempo.”; M. Palazzo, *L’ autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria*, in *Giustizia Civile*, fasc. 3, 1 marzo 2019, p. 524 il quale sottolinea che, al di là di qualche rara eccezione, all’interno del diritto successorio non si è realizzata una “*ri-lettura*” costituzionalmente orientata

¹⁰ V.Scalisi, *Dalla Scuola Messinese un contributo per l’ Europa*, in *Rivista di diritto civile* 1/2012, pp. 24- 25 “dal punto di vista del rapporto tra diritto dell’ Unione e diritti nazionali,...quale rapporto di sintesi del << molteplice nell’uno>>, dove << l’uno>> è rappresentato dalle regole di indirizzo emanate dall’ Unione ...mentre il<< molteplice>>è costituito dalle cd. regole di fattispecie...adottate dai singoli diritti nazionali e che, in quanto volte a garantire l’attuazione e il necessario adattamento delle prime alle specifiche e concrete situazioni di interessi...dei singoli Stati,...[dando]vita a statuti normativi...differenziati e plurali sebbene astretti nella unitaria cornice delle disposizioni di principio e delle regole di indirizzo. Ma anche l’ uno e il molteplice-come ha spiegato Pugliatti- fanno sistema...il rapporto tra i due livelli di normazione [è] <<circolare>>...l’ uno discendente dal diritto uniforme ai diritti particolari nazionali e l’ altro ascendente da questi ultimi al primo. Il sistema del diritto civile italo-europeo... [è] un sistema mobile aperto...in continua evoluzione”

¹¹ S.Tuzio, *La portata degli artt. 561 e 563 c.c. a 12 anni dalla loro modifica; aspetti sostanziali e pubblicità* in *Rivista Notarile* 4/2017, p. 3 evidenzia che: “La “necessarietà” della successione dei legittimari[...].costituisce uno dei principi cardine del diritto successorio, ed ha natura di limite fisiologico all’ autonomia testamentaria, la quale non può in alcun modo manifestarsi in modo contrario ai loro diritti.”

¹² G. Amadio, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. notariato* n. 4/2007 p. 803 ss. “superamento andrebbe colto, simmetricamente su due versanti:da un lato...il venir meno di un determinato modello di famiglia e di una corrispondente immagine della ricchezza patrimoniale...[e dall’ altro] nella libertà individuale di disporre... e... nell’ interesse alla certezza e stabilità di circolazione”; S. Delle Monache, *Abolizione della successione necessaria?* in *Riv. notariato*, fasc. 4, 2007, p. 815 ss. “alla sua base è forse possibile intravedere non tanto una ratio, quanto una storia”; F. Gazzoni, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. Civ.*, fasc. 1, 2006, p. 3 “L’ Italia,...è rimasta, con qualche lieve deroga in sede di riforma del diritto di famiglia, all’ epoca tribale, quando la trasmissione della ricchezza avveniva per stirpi e con indisponibilità assoluta della vicenda successoria. Se si eccettua l’istituto del maggiorascato e della biblica primogenitura, nonché l’esclusione del coniuge, di sangue diverso, dalla proprietà, il sistema di protezione dei legittimari è infatti di tipo medioevale”; M. Ieva, *Circolazione e successione mortis causa*, in *Riv. notariato*, fasc. 1, 2012, p. 51 sottolinea come il microsistema successorio sia “un sistema in divenire...che ...più che dispensare certezze sembra suscitare dubbi e problemi”

alla natura dei beni trasmessi in via ereditaria”¹³ e non tenendo in adeguata considerazione “il rapporto che lega quelle cose a un individuo o a una pluralità di individui”¹⁴.

Il nodo risulta, dunque, essere rappresentato non solo dalla necessità di non ledere i diritti dei legittimari e dal rispettare il divieto di patti successori ma anche -e soprattutto- dal cd. principio di unità della successione¹⁵ che ha informato il minisistema successorio facendo sì che esso fosse scarsamente permeabile all'idea di una possibile differenziazione sia sul piano soggettivo (degli eredi) che su quello oggettivo (in relazione alla natura dei beni)¹⁶.

Dunque, occorre verificare se l'attuale assetto normativo di un istituto tradizionale (forse addirittura paradigmatico) del nostro sistema giuridico, quale quello della successione necessaria (artt. 536 cod. civ. ss.), implichi il rispetto di principi che non valorizzano le nuove direttive emergenti non solo dalla compagine sociale, ma anche dall'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso e nel suo respiro internazionale.

Il problema, pertanto, va indagato concretamente abbracciando una ricostruzione funzionalista tanto sul piano dell'oggetto che del soggetto, tenendo conto dei possibili strumenti negoziali¹⁷ che prendono in considerazione la natura dei beni oggetto della trasmissione con le loro

¹³ S. Stefanelli, *Famiglia e successioni tra uguaglianza e solidarietà* in Vita Notarile, Esperienze Giuridiche, Palermo, n. 1/2012, p. 476;

¹⁴ M. Palazzo, *op. cit.*, p. 524 ss.

¹⁵ G. De Nova, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni agricoli*, in Riv. dir. agr., 1979, p. 509; G. Gabrielli, *Rapporti familiari e libertà di testare*, in Famiglia, n. 1/2001, p. 19

¹⁶ C. Magli, *Note critiche sul passaggio generazionale dell'impresa familiare, tra patto di famiglia, strumenti alternativi di diritto societario e trust* in Contratto e impresa 4/2019, p. 1618

¹⁷ A. Palazzo, *Testamento e istituti alternativi* in Trattato teorico pratico di diritto privato diretto da G. Alpa e S. Patti, CEDAM, 2008, p. 241 “strumenti negoziali che, pur consentendo al beneficiante la possibilità della revoca dell'attribuzione patrimoniale, permettano al contempo al beneficiario di prepararsi alla successione del beneficiante già durante la sua vita.”

peculiarità e la diversa destinazione e funzione economica da un lato e le dissimili qualità e bisogni degli eredi dall'altro.

La dottrina, con riferimento al soggetto (ma il discorso può essere ampliato anche all'oggetto) sottolinea come *“le tecniche legislative correnti fanno leva generalmente su una tendenziale stabilità delle qualificazioni giuridiche...è in corso...una vicenda giuridico-sociale, in seguito alla quale [è] possibile accordare una tutela rafforzata e di secondo grado alle qualità del soggetto, perché presuntivamente rappresentative di talune posizioni sociali”*¹⁸.

Oggi, più di ieri, alla luce delle diverse normative di tutela nei confronti dei soggetti cd. deboli¹⁹ (minori e disabili) si dà sempre più rilevanza alla persona. Il panorama normativo interno di fattispecie di protezione si è, nel tempo, arricchito con svariati interventi in settori diversi²⁰. Già la normativa dell'Unione e quella internazionale avevano anticipato scelte significative²¹.

¹⁸ C. Mazzù, *Proprietà e società pluralista*, Milano, 1983, pp. 167-168

¹⁹ S. Stefanelli, *op. cit.*, p. 476 a tal proposito sottolinea come “Basti pensare all'esigenza socialmente diffusa di garantire una adeguata tutela...[a]gli anziani o [a]i portatori di handicap...la tutela dei quali, nel codice civile, è affidata quasi esclusivamente alla sostituzione fedecommissaria (art. 692 c.c.), la quale dipende dal rimedio estremo dell'interdizione, o dall'estensione della relativa disciplina all'amministrazione di sostegno”

²⁰ A.C. Di Landro, *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla legge 112/2016 in favore delle persone con disabilità grave* in Le nuove leggi civili commentate n. 1/2017, p. 47 ss. compie un ampio excursus normativo relativo agli strumenti di tutela partendo dai tradizionali (inabilitazione e interdizione) e illustrando quelli via via approntati dal nostro sistema: l. 180/78 (Legge Basaglia), l. 104/1992 (L. quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), l. 162/1998, dalla l. 68/1999, D.Lgs. 216/2003, l. 4/2004, l. 6/2004 (ha introdotto il nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno), l. 67/2006, l. 51/2006 (ha introdotto l'art. 2545 ter c.c.), l. 112/2016 (Legge sul Dopo di Noi)

²¹ A.C. Di Landro, *op. cit.*, p. 47 ss., nt. 4 “Dopo un iter iniziato nel 1975 con la Dichiarazione sui diritti delle persone disabili e proseguito nel 1982 con l'adozione del Programma mondiale di azione per le persone con disabilità e nel 1993 con una risoluzione avente ad oggetto un insieme di regole standard per le pari opportunità delle persone con disabilità, la Convenzione 61/107 sui diritti delle persone con disabilità è stata adottata il 13 dicembre 2006, aperta alla firma a partire dal 30 marzo 2007 ed è entrata in vigore il 3 maggio 2008.” L'Autrice sottolinea anche nella nt. 6: “L'impegno europeo nella tutela della disabilità è stato ribadito dalla Carta di Nizza, il cui articolo 26, inserito all'interno del Capo III (Uguaglianza), stabilisce che <<L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità>>.”

Non si può non tener conto dei diversi interessi che un soggetto porta con sé e a cui l'ordinamento deve dare adeguata tutela, in quanto è il *“protagonista della vita del diritto nella sua fase creativa ed in quella attuativa...L'invarianza soggettiva è un mito di cui la società contemporanea ha sperimentato limiti e responsabilità”*²².

A tal proposito, sul tema, la dottrina ha già sottolineato come la successione necessaria, così come oggi predisposta, non dando adeguata importanza alle differenze concrete tra i soggetti, ha con sé l'intrinseco rischio di fungere da strumento di accentuazione delle diseguaglianze all'interno della formazione familiare.²³

Il soggetto, dunque, non solo rappresenta il *“punto di convergenza di tutti i fenomeni giuridici”*²⁴ ma acquista sempre maggiore importanza in quanto *“mentre prima si era in quanto si aveva, oggi i rapporti economici sono condizionati alla realizzazione dei rapporti personali”*²⁵.

Come sottolinea autorevole dottrina *“il giurista non deve rinunciare alle proprie sistemazioni dogmatiche: il problema sta solo nello stabilire il*

E', questo, un dato significativo perché nonostante in linea generale si ritenga la Carta di Nizza abbia un valore dichiarativo, con effetto prevalentemente specificativo e rafforzativo di diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni degli Stati membri (V. Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in Riv. dir. civ., 2010, 2, 157), può ritenersi che essa abbia anche una portata costitutiva quanto ai "diritti nuovi", non menzionati né nella giurisprudenza comunitaria pregressa, né nelle Costituzioni nazionali degli Stati membri, né nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo"

²² C. Mazzù, *op. cit.*, p. 164; l'Autore già a pp. 161-162 sottolinea come “Tecniche analoghe sono state utilizzate anche in diritto penale, ove le qualità del soggetto agente o della persona offesa svolgono un ruolo determinante nella figura di reato. Infatti, le variazioni possibili nella tipologia soggettiva influiscono sulla qualità degli interessi lesi e sulla gravità della lesione cagionata: donde la varietà degli effetti”

²³ Delle Monache S., *op. cit.*, p. 815 ss. “Come può la legittima fungere da strumento perequativo nel momento stesso in cui impone, ad es., che, in presenza di un figlio bisognoso, perché incapace, e di un altro figlio invece dotato di consistenti mezzi, anche a quest'ultimo sia destinata una parte del patrimonio ereditario?...[Inoltre,] è privo di senso ammettere che il coniuge di una vita debba essere trattato, in sede successoria, come il coniuge di un giorno...[ed ancora è necessario distinguere, altresì, tra] figli minorenni o che,...non abbiano ancora raggiunto l'indipendenza economica...[e] figli...ormai emancipati economicamente.”

²⁴ A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 68.

²⁵ P. Perlingeri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, 154-155

giusto valore che a queste va assegnato...il pericolo [è] che il sistema, una volta costruito, diventi un dato immutabile, una forma assoluta e definitiva che si sovrappone all'esperienza, oscurando i valori concreti che questa continuamente propone e impedendo il necessario e perenne adeguamento delle norme alla realtà”²⁶

Occorre capire quali sono le regole successorie ormai obsolete e quali, invece, i *"principi e regole "senza tempo"”²⁷*. Se si deve conciliare *"il continuo concreto mobile con l'astratto della legge”²⁸*, anche il principio di unità non può costituire un obiettivo della scienza giuridica e, piuttosto, va, se non sostituito, quanto meno integrato dall'opposto principio della pluralità²⁹. Di grande attualità l'osservazione -riferita all'ambito successorio- con la quale si sottolinea che *“questa reductio ad unum conseguita mediante astrazione dagli interessi umani sottesi dalla natura dei beni e dalle qualità dei soggetti si è tradotta in una sostanziale indifferenza della vicenda ereditaria per i problemi della persona e ha finito col relegare il diritto successorio a una funzione meramente patrimonialistica e negativa (dare un titolare a un patrimonio che ne è rimasto privo), estraniandolo da ogni idea di funzione sociale ma anche da ogni istanza di promozione e crescita della persona umana.”³⁰*

²⁶ L. Campagna, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1966, 6-7

²⁷ A. Spatuzzi, *Verso una successione diversamente “necessaria”?*, in *Notariato* 4/2019, p. 404

²⁸ S. Pugliatti, *Continuo e discontinuo nel diritto*, 1954, ora in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, pp. 77-100.

²⁹ V. Scalisi, *op. cit.*, pp. 7- 8 “Sin dai tempi del suo massimo teorizzatore (Friedrich von Savigny), si sa che il sistema non è una entità pre-data, bensì il risultato del lavoro costruttivo che compie la scienza giuridica la quale, attingendo al contenuto delle singole norme, queste classifica ed ordina sulla base di nessi assiologico-pratici di mutua interdipendenza e da esse poi estrae principi, criteri di disciplina, regole, che, in quanto scoperti stretti da intrinseca e solidale unità di senso e di fondamento pratico, costituisce e compone in sistema. L'unità, dunque, quale costitutivo principio ordinante del sistema. Per Pugliatti invece il principio di unità, che pure è necessario, tuttavia non basta: esso va integrato con l'opposto principio plurale della molteplicità”.

³⁰ V. Scalisi, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto* in *Riv. dir. e proc. civile*, 1989, p. 412

Per quanto concerne l'oggetto (attraverso cui l'interesse trasla dallo stato esigenziale allo stato satisfattivo) il principio di unità ha, in tempi recenti, registrato delle deroghe importanti con riferimento ai beni produttivi: la possibilità di un trattamento differenziato ha trovato facile eco in un ambito che interferisce con due settori vitali -lavoro ed economia- e coinvolgenti spesso interessi non solo del singolo potenziale erede, ma anche di molti altri (dipendenti, soci, creditori, fornitori), portando alla conclusione che vi è *“nel rapporto tra proprietà individuale e strutture societarie, l'impossibilità di rimettere la vicenda acquisitiva esclusivamente all'atto testamentario”*³¹ e, correlativamente, evidenziando i limiti che comportano in questo settore le conseguenze di una pedissequa osservanza delle norme della successione necessaria. Stante l'importanza delle questioni poste alla sua attenzione a tal proposito, il legislatore, con la L. 14 febbraio 2006 n. 55, ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto del “Patto di famiglia” (più oltre esaminato) per il trasferimento dei beni produttivi che, come autorevole dottrina³² sottolinea, realizza non una tutela reale dei diritti dei legittimari, ma una tutela del valore economico.

Altri *vulnus* significativi al principio in esame sono rappresentati da ulteriori istituti (anch'essi oggetto di specifica disamina) inerenti la composizione stessa della quota (quali il diritto di abitazione sulla casa familiare e di uso dei mobili e le successioni anomale), dal trust, dal cd. polimorfismo causale della legittima.

Il principio di unità delle successioni, tuttavia, è ancora lontano dal suo tramonto.

³¹ N. Lipari, *op. cit.*, p. 799 ss.

³² M. Ieva, *op. cit.*, p. 51 il quale peraltro sottolinea che molti, per descrivere l' istituto del patto di famiglia, hanno utilizzato l' espressione *“tutela diversa”* a fronte della più corretta, a Suo avviso, *“tutela attenuata”*

Altri gli aspetti problematici che hanno maggiormente interessato la dottrina³³ nello studio della successione necessaria. In particolare, il riferimento è all'aspetto certamente peculiare, ovvero il suo interferire sia con la libertà del testatore di disporre dei propri beni per il dopo di sé, sia con i limiti alla libera circolazione dei beni. In merito alla libertà del testatore, poi, oggi non può non tenersi conto del fatto³⁴ che teoria, giurisprudenza e prassi (soprattutto notarile) si intrecciano nella ricerca di strumenti (ad es. i contratti *post mortem* e *transmortem*)³⁵ che affievoliscano le rigidità del sistema successorio ma siano compatibili con gli altri precetti normativi.

Il punto focale non è quello di ripresentare l'idea di una “<<sovraordinazione>> dell'interesse familiare” ma comprendere se e come sia possibile contemperare le istanze della proprietà individuale con quelle dei vincoli familiari nonché l’ “*interesse del singolo all'anticipata pianificazione successoria...[con] quello del sistema, avente a oggetto la certezza dei successivi momenti circolatori.*”³⁶

Le indagini critiche si sono soffermate sulle evidenti connessioni sussistenti tra successione necessaria e famiglia, sebbene sia stato evidenziato come la “*dottrina specialistica...si affidi al richiamo di formule*

³³ F. Magliulo, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria* in Riv. notariato, fasc. 3, 2010, p. 533; Delle Monache S., *op. cit.*, p. 815 ss. “la legittima [ha] una funzione irrinunciabile:...contrastare quello che i tedeschi chiamano Missbrauch der Testierfreiheit, l' abuso della libertà testamentaria”

³⁴ M. Palazzo, *op. cit.*, p. 524

³⁵ A. Palazzo, *op. cit.*, p. 279 ss.: “i congegni diretti all' attribuzione mortis causa sono la prova della delicata esigenza dell' autore dell' attribuzione o di assicurare ad alcuni soggetti la propria disponibilità a risolvere il loro problema mantenitorio o di evitare la dispersione di beni organizzati per il raggiungimento di uno scopo che sono trasmissibili solo a soggetti di acclerate capacità. Esigenza che si vuole realizzare attraverso il contratto che, a differenza del testamento, non può essere eliminato o modificato con una mera manifestazione di volontà disancorata dalla causa contrattuale.”

³⁶ G. Amadio, *op. cit.*, p. 803 “se cioè l'idea liberale dell'autonomia privata come valore tendenzialmente espansivo, debba cedere il passo alla nozione liberista...di una sovranità dispositiva assoluta del proprietario”

tralatizie...Così è quando si assegna alla legittima una funzione di tutela della famiglia in quanto istituto di importanza sociale...[teso] a preserva[re l']unità familiare”³⁷ attribuendo, quindi, un ruolo di preminenza alla “tutela della famiglia ristretta.”³⁸

Tuttavia, muovendosi nell'alveo dell'analisi del fondamento della successione dei legittimari, si può notare che il sistema attuale non sembra aver recepito i profondi mutamenti avvenuti in ambito familiare risultando così obsoleto³⁹. Le importanti tappe normative che si sono succedute

³⁷ S. Delle Monache, *op cit.*, p. 815 ss. lo stesso Autore sottolinea come “Se il rapporto di filiazione determina, in capo al genitore, il sorgere dell’ obbligo di mantenimento dei figli...sarebbe mai possibile giudicare coerente la soluzione normativa che...consentisse al genitore stesso di escludere i propri figli dalla successione? E, mutatis mutandis, altrettanto vale per il rapporto coniugale...il reciproco obbligo di assistenza anche materiale e di contribuzione ai bisogni della famiglia” si proietterebbe anche dopo la morte di uno dei due coniugi nei confronti di quello sopravvissuto; M. Paradiso, *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria* in Studi in onore di Marco Comporti, Vol. III, Giuffrè, 2008, p. 2061 “i doveri di solidarietà necessaria...possono e devono riguardare anzitutto la prole,ponendo rimedio all’attuale sbilanciamento in loro danno nella successione sia legittima che necessaria...[ed] anche il coniuge...Ma una revisione può, e forse deve, investire anche le norme in tema di indegnità a succedere, quanto meno ampliando le fattispecie di riferimento e/o riducendo le quote spettanti all’erede ‘indegno’.”

³⁸M. Paradiso, *op. cit.*, p. 2058

³⁹ N. Lipari, *I ruoli giuridici del diritto civile nel postmoderno* in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, 1 dicembre 2019, p. 1283 “Se il diritto è, nella sua essenza, una pratica sociale (...) allora si tratta di intenderlo nelle sue modalità attuative, rifuggendo da qualsiasi tentativo di sistematizzazione astratta. In una pratica sociale (ovviamente sempre mutevole nel suo divenire storico) ci sono beni da realizzare, valori da perseguire, fini da raggiungere, che sono interni alla stessa pratica e risentono della sua storicità. Ciò significa che si realizzano, si perseguono o si raggiungono nel fatto stesso dell’agire insieme. Solo nell’applicazione si conosce veramente la regola da applicare (...) Nella prospettiva della pratica sociale, che non è vuota successione di comportamenti, ma attuazione di principi, tentativo di ciascuno di adeguare l’azione a motivi ispiratori che la giustificano, si supera anche il vecchio modo di impostare l’alternativa tra fatto e valore. Il valore non si colloca, come suppone Irti, in una realtà metafisica, ma si attualizza nelle articolazioni della prassi, diviene fatto storico. Secondo l’ammonimento di Mengoni il diritto...trova nella dialettica della storia una sempre nuova sintesi tra il quadro dei valori e il sistema normativo, riconducendo ad unità il problema della validità e la pretesa veritativa del diritto...Kaufmann aveva ammonito che la legge non è ancora la realtà del diritto, ma è solo un passo verso il cammino della sua realizzazione, posto che la legge è pur sempre una norma generale per la molteplicità di casi possibili, mentre il diritto decide invece su di una situazione reale qui ed ora. Per riprendere una formula di Geny si potrebbe dire che all’operatore pratico che esercita una delle tradizionali professioni giuridiche spetta di realizzare il passaggio dall’interpretazione della legge all’interpretazione del diritto.”; V. Scalisi, *Conclusioni –Angelo Falzea: per un diritto al servizio dell’ uomo-* in Rivista di diritto civile 4/ 2017, p.1084 “Secondo Salvatore Pugliatti fautore di una concezione integrale della giuridicità, quale sintesi di materia (fatti e rapporti tra gli uomini) e forma(la qualificazione proveniente dalla norma),...l’ interprete[deve] assicura[re]sotto il profilo formale la massima attuazione possibile dei principi e valori

soprattutto nell'ultimo ventennio suggeriscono al legislatore una rivisitazione dell'istituto della successione necessaria in senso funzionale⁴⁰.

La legislazione settoriale potrebbe elaborare *“un quadro unitario, in...attuazione di un disegno politico-costituzionale di tipo riformista, rispetto al quale anche la valorizzazione delle qualità del soggetto appaia funzionale”*⁴¹

Par.3) L'indissolubile legame tra famiglia e successioni

Lo studio dei precedenti storici di un istituto favorisce la comprensione dello stesso evidenziandone le funzioni e la capacità di rappresentare una risposta a precise istanze del tessuto sociale di cui è espressione e sul quale incide. La prospettiva diacronica, infatti, non è, in genere, un mero ripercorrere fatti e situazioni confinati in un passato più o meno lontano, ma diventa fruttuosa fonte di riflessione se mira all'individuazione delle esigenze e dei nessi socio economici sottesi alle scelte del legislatore.

Le trasformazioni del cd. minisistema successorio non possono essere esaminate in modo “asettico” come puro problema tecnico di formazione, ma alla luce delle evidenti connessioni con il sistema dei rapporti politico-economici-socioculturali di un'epoca.

costituzionali [e] da[re] risalto sotto il profilo sostanziale...soprattutto alla materia, ossia ai fatti storico-sociali”

⁴⁰ G. Amadio, *op. cit.*, p. 803 ss. “ci si dovrà chiedere,...se le norme in tema di successione necessaria non finiscano oggi per porsi, non come salvaguardia di una continuità patrimoniale della stirpe,ma piuttosto come come proiezione post mortem di quei vincoli (affettivi e solidaristici) che in vita trovano rilievo,...nel dovere di mantenimento; e se, di conseguenza il protrarsi dell' arco temporale lungo il quale tale dovere trova attuazione (in particolare nei confronti dei figli) non debba ragionevolmente riflettersi sulla regolazione dei diritti riservati ai soggetti che ne hanno beneficiato; per altro verso, dovrà verificarsi se la logica che governa i rapporti tra coniugi non sia diversa da quella che infoma il legame nei confronti dei figli”

⁴¹ C. Mazzù, *op. cit.*, p.169

Anche con riferimento alla successione necessaria, dunque, guardare al passato non significherà procedere ad un esame puntuale e ad una pedissequa ricostruzione di tutte le legislazioni pregresse (opera improba e quasi impossibile), ma ci si soffermerà sui precedenti particolarmente significativi e su determinati aspetti di essi funzionali alla comprensione dei fini perseguiti.

Conformemente agli obiettivi del presente lavoro, anche il profilo storico, dunque, guarderà specialmente alle tipologie di eredi e di beni: "chi" ereditava e "cosa" si ereditava per capire, anche attraverso la loro evoluzione, la funzione sottesa alle norme.

La riflessione muove dal diritto romano arcaico⁴², registra la varietà di soluzioni connessa al pluralismo delle fonti in periodo medievale, evidenzia l'apporto prezioso in termini di sistematicità del Code Napoléon, esplora alcuni dei codici preunitari, si sofferma sul codice del 1865 per fermarsi all'avvento del codice del 1942 (tuttora vigente sebbene sottoposto a svariate, incisive, non sempre coerenti riforme) e della Costituzione.

La disciplina attuale e la problematica dei recenti interventi legislativi sarà oggetto di apposito approfondimento.

L'indagine ha immediatamente evidenziato l'indiscutibile connessione tra famiglia e norme ereditarie, connessione che, tuttavia, dev'essere rettamente intesa. Dallo studio dei precedenti storici essa emergerà prepotente, ma cosa esattamente testimonia? Seguire le vicende della famiglia, di cosa essa abbia rappresentato nelle varie epoche (se e in che termini essa abbia costituito il fondamento sociale) rivela che la

⁴² Indubbiamente il diritto giustiniano è quello che ha maggiormente condizionato l'evoluzione degli istituti giuridici in epoca moderna, tuttavia, si è ritenuto che il periodo arcaico della storia di Roma meglio evidenzia la stretta connessione tra la nozione di famiglia come organismo socio-politico e strumenti giuridici volti alla continuazione e conservazione di un modello sociale.

successione si è piegata nel tempo ad interpretare gli interessi sociali emergenti di volta in volta.

Se è vero che la famiglia è indissolubilmente legata alla trasmissione *post mortem* della ricchezza, è vero anche che il "chi" e "come" della trasmissione ereditaria ci palesa che la ragione profonda di essa non sempre si può rinvenire nei sentimenti d'affezione oggi ritenuti conformi a natura. Nella famiglia romana delle origini, ad esempio, rilevano i legami agnatizi; nella famiglia longobarda i figli sono considerati eredi necessari (e persino durante la vita del padre possono compiere un controllo sulla destinazione dei beni familiari già considerati come in una sorta di comproprietà) ma il loro diritto nasce non dalla naturale affezione del padre bensì dalla Provvidenza, dall'essere nati per volontà di Dio in quella famiglia della quale, dunque, si sarà ineluttabilmente protettori e protetti. Non si rinviene una ragione affettiva - almeno secondo i nostri canoni interiori e psicologici - neanche nel diritto consuetudinario o rivoluzionario o nel code Napoléon (che pure sembrano indicare il fondamento della riserva proprio in un diritto naturale che vede nella famiglia l'asilo privilegiato, l'istituto dove dovrebbe regnare la pace e la concordia) infatti la scelta -che si rivendica come prerogativa dello Stato - di stabilire i riservatari, non è sempre legata ai vincoli affettivi che hanno legato il defunto ai vari componenti. Se tali vincoli prevalessero sempre e comunque determinati successibili sarebbero previsti come tali (ed invece la vedova difficilmente riceve tutela). Scrive Laurent⁴³ criticando alcune scelte del Code Napoléon: *"Son forse i parenti che il defunto ha amato a preferenza che il codice chiama a succedergli? vi è innanzitutto il coniuge che gli autori del codice han dimenticato; certamente, se alcuno avesse diritto all'eredità a titolo d'affezione, sarebbe*

⁴³ F. Laurent, *Principii di diritto civile*, Na,Roma,Mi,To, vol. VIII, 1883, p.728

il coniuge: e la legge lo esclude, non gli dà grado che fra i successori irregolari, dopo i figli naturali!(...) l'ordine delle successioni non è basato sopra i sentimenti del defunto, il dovere va innanzi alle predilizioni".

Non sempre, dunque, il presumibile sentimento d'affetto tra i componenti costituisce la *ratio* della successione necessaria: se è il legislatore (inteso in senso lato, in modo da ricomprendere anche il diritto consuetudinario) ad individuare i successori necessari e a limitare la libertà del testatore, evidentemente egli interpreta adeguatamente le istanze sociali e le necessarie limitazioni che un dato sistema impone per tutelare se stesso. La storia -ma anche la dottrina- individuerà almeno due modi di declinare le connessioni tra successione necessaria e famiglia: o come scopo mirante alla conservazione dei patrimoni nell'alveo parentale, o come mezzo per realizzare la solidarietà nei rapporti familiari.

La cosiddetta "*famiglia degli affetti*" appartiene più al presente che al passato: "*la forza espansiva dell'affettività solidale*"⁴⁴ diventa il collante di rapporti interpersonali diversi dai modelli tradizionali, ma soprattutto è, oggi, un principio ineludibile, una lente attuale attraverso la quale verificare la conformità o meno delle norme successorie all'impianto costituzionale.

L'analisi riporta, dunque, alle relazioni non solo e non tanto con la famiglia come noi oggi la intendiamo e configuriamo, bensì con la famiglia come base dell'assetto socio-politico di una data epoca storica ed anche con il diritto di proprietà⁴⁵.

⁴⁴ C. Mazzù, *Il diritto civile all' alba del terzo millennio*, Vol. 1, Giappichelli-Editore, Torino, 2011, pp. 24-25

⁴⁵ S. Ciccarello, *Persona e successione ereditaria*, Napoli, 1994, p. 169 ss. "...in passato, paradossalmente, il collegamento con la famiglia proponeva l'esaltazione di valori legati (non alla persona ma) allo Stato o comunque alla collettività essendo il vincolo (parentale o) familiare strumentalizzato alla conservazione degli equilibri del sistema. Quello proprietario invece era, almeno tendenzialmente, un profilo (non oggettivo ma) soggettivo di tutela della persona nella logica dell'avere."

Gli stessi illuministi chiarivano che la proprietà è da ritenersi più un "*fatto che un diritto*"⁴⁶ intendendo che essa preesiste all'assetto sociale e deriva all'uomo dall'istinto a soddisfare i suoi bisogni primari e dalla sua forza, ma come tale sarebbe intrasmissibile; la società civile, poi, eleva la proprietà a diritto e la rende trasmissibile. Le norme relative alla successione diventano fondamentali nella loro connessione con il diritto di proprietà: senza la possibilità di trasmettere i beni non vi sarebbe nessun incentivo ad adoperarsi, ad impegnarsi, ad arricchirsi; la proprietà perde la sua importanza se non è associata alla possibilità di essere trasmessa. Addirittura la stessa società sorgerebbe con lo scopo di custodire e riconoscere tale diritto.

Considerazioni di tale natura sono state- com'è noto- oggetto di assolute revisioni e accese critiche ma sono molto significative perché fanno emergere e rendono chiare le connessioni tra gli istituti e, in ultima analisi, rendono evidente che sussiste sempre un assetto d'interessi cui le norme danno, nella storia, risposta. Le stesse trasformazioni legislative, se studiate in un'ottica non meramente formale, appaiono lo strumento dei ceti emergenti per affermare le loro aspirazioni e lo Stato assume il ruolo a volte d'interprete delle istanze di evoluzione, altre di freno.

In ambito successorio, poi, il legislatore è spesso chiamato anche a mediare nei conflitti intergenerazionali e tra i sessi.

Lo studio critico delle norme, dunque, mira a cogliere l'inevitabile simbiosi tra esigenze del gruppo organizzato e gli strumenti giuridici che li interpretano.

Gli spunti di riflessione che emergono dall'indagine storica sono molteplici. Da una parte affiora prepotente il collegamento con l'idea di

⁴⁶ F. Laurent, *op. cit.*, vol. VIII, p.687

famiglia, con le sue trasformazioni, con gli interessi che -partendo da essa - coinvolgono l'intera società essendone sia un portato sia il fine in uno scambio dialettico e strumentale indissolubile. Da un'altra parte emergono tutti gli aspetti controversi che ancora occupano le menti dei giuristi impegnati nel settore. E così, sul piano oggettivo, sono possibili (o addirittura dovute) distinzioni tra i beni in base alla loro provenienza o natura o funzione? E sul piano soggettivo, chi è legittimario e perché? E qual è la natura del diritto del legittimario e -conseguentemente- dell'azione a sua tutela? Tutti questi interrogativi hanno avuto risposte diverse nelle varie epoche storiche e tuttora costituiscono un sottofondo magmatico pronto a conformare gli istituti successori in modi diversi ma sempre rispondenti ai valori sociali.

Par.4) Uno sguardo al passato:

a) La famiglia arcaica e la successione dei *sui*

Nel periodo arcaico della storia romana l'assetto sociale si fonda sulla "*familia*", ma il concetto e lo stesso termine "*familia*" rivestono un significato lontano dall'attuale, facendo riferimento ad un complesso di beni, di culti, di tradizioni ed anche di persone sebbene i vincoli rilevanti non siano solo quelli di sangue.

Anche il potere del *pater* è funzionale alla conservazione di questa entità, della sua unità⁴⁷ e tendenziale perpetuità.

⁴⁷P. Bonfante, *Scritti giuridici varii*, I, Aracne, 2007, p. 33: "Entro la famiglia i poteri del *pater familias* assumono il loro vero carattere. La famiglia è un organismo sociale di natura politica essenzialmente distinto dalla società familiare odierna; ora in qualunque organismo sociale i poteri onde il capo è investito si presentano bensì all'esterno come diritti personali, suoi, ma nella ragione e nelle origini loro non possono concepirsi se non come funzioni sociali; poiché la concezione di un organismo sociale mosso dall'interesse esclusivo del suo capo è idealmente

L'appartenenza al gruppo è determinata dal rapporto agnatizio⁴⁸.

Tutti i membri sono sottoposti al un unico *pater familias* anche se maschi e, a loro volta, già padri⁴⁹, ritenuti *cives* con capacità limitata, esclusi dalle funzioni di governo, cittadini nominali senza alcuna capacità decisionale né pubblica né privata.

Il *pater familias* ha poteri personali sui membri della *familia*, sacerdote dei culti domestici dei numi tutelari della famiglia e della casa (i *Lares familiares* e i *Penates*). Le credenze religiose ed il culto degli antenati riflettono questo ripiegamento nell'alveo del proprio gruppo. Persino le leggi non esistono ancora e le norme sono i *mores* delle *familiae*. Solo il *pater* è un cittadino *sui iuris*, non sottoposto al potere di alcuno, dotato di piena capacità giuridica, unico ammesso a partecipare al governo della *civitas*. Egli compie le scelte economiche per la sua *gens*, ma, in definitiva, attraverso il suo peso politico, anche per la *civitas*⁵⁰.

In un'economia ancora agricolo-pastorizia, non incline agli scambi commerciali, l'obiettivo primario è accrescere il patrimonio per garantire ai

un assurdo. La stessa proprietà incentrata nel *pater familias* non può concepirsi se non come una funzione sociale della famiglia".

⁴⁸ C. Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*, V ed. Catania, 1964, p.139: "La famiglia romana presenta nel più antico periodo del diritto quiritario caratteri profondamente diversi da quelli della famiglia di età giustiniana e moderna. Non è un aggregato di persone fondato sulla base della parentela naturale o di sangue (*cognatio*), ma un aggregato politico, composto da tutti i soggetti che sono tenuti insieme da un comune vincolo di soggezione ad un capo (*adgnatio*)" ed ancora, Enciclopedia Treccani, Voce Agnatione, in www.treccani.it : << (dal latino agnasci - ad e nascor - che significa propriamente "nascere vicino"; fr. agnation, sp. agnación, ted. Agnation, ingl. agnation). - Si chiama agnazione in diritto romano il vincolo esistente tra le persone attualmente soggette alla patria potestà di uno stesso *pater familias*, o che vi sarebbero soggette per nascita o adozione se il *pater familias* non fosse morto. Questo vincolo, basato sulla patria potestà, è un vincolo di parentela civile, che si contrappone alla cognazione, la quale è un vincolo di parentela naturale, basato sul vincolo di sangue".

⁴⁹ Può essere *pater familias* solo chi non abbia alcun ascendente maschio in vita o sia stato emancipato

⁵⁰ C. Sanfilippo, *op. cit.*, p.139: "Il capo di questo piccolo Stato entro lo Stato, che ha un proprio territorio, proprie divinità familiari, proprie tradizioni, è il *pater familias*, il cui potere assoluto su tutti i membri della *familia* ha carattere di sovranità politica e si esprime genericamente col termine *potestas*, che si differenzia poi in: *patria potestas* sui figli e i discendenti di esso all' infinito, *manus* sulle donne entrate a far parte della famiglia mediante matrimonio (moglie, nuora, ecc.) *dominica potestas* sugli schiavi"

membri della compagine autosufficienza e soddisfazione dei bisogni. Il patrimonio familiare spetta al *pater*; ogni eventuale acquisto dei *fili* apparterrà di diritto al *pater*.

La fedeltà è un obbligo, il potere è assoluto, la struttura è rigida e chiusa.

La Tav. V, 4. della legge delle XII Tavole recita: «*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.*»⁵¹ e la Tav. V, 5 «*Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*»⁵². I successibili sono dunque espressamente indicati negli *agnati* e nei *gentiles*, cioè in coloro che fanno parte della più ampia *gens*. E' opinione acclarata, non solo degli studiosi successivi, ma anche degli stessi interpreti coevi, che tali disposizioni non citino espressamente i *sui* (i figli, diretti discendenti) perché è ovvio che i primi eredi siano costoro, e gli *agnati* e i *gentiles* siano chiamati solo per il caso di mancanza di *sui*⁵³.

L'unità è essenziale. Il patrimonio, ma anche l'identità della *gens*, non possono essere dispersi: ai figli nati da *iustae nuptiae* spetterà il compito di salvaguardarli e perpetuarli nel tempo e tale compito è irrinunciabile. La successione dei *sui* non necessita di accettazione; in questo momento storico l'espressione "*heredes necessarii*" ha un significato completamente diverso da quello attuale: oggi la necessarietà è un limite per il dante causa, allora lo era per l'erede; oggi significa che chi si accinge a disporre per dopo la sua morte deve tener conto delle riserve previste dalla

⁵¹ «Se una persona muore senza aver fatto testamento, il parente maschio prossimo erediterà il patrimonio.»

⁵² «Se questo non c'è ereditano gli uomini della sua *gens*.»

⁵³ S. Puliatti, *De cuius hereditate agitur*. Il regime romano delle successioni, Torino, 2016, p.6: "... l'omissione di una norma esplicita sulla successione dei *sui* non può considerarsi mero difetto di tecnica legislativa, ma piuttosto conferma del fatto che nella considerazione sociale, al di fuori e prima della stessa sanzione normativa, questi erano gli eredi preferiti nella successione al *de cuius*. Nulla era necessario statuire esplicitamente, ma era sufficiente un richiamo implicito, dato che il radicamento nella società del diritto dei *sui* era così profondo da esser considerato espressione naturale delle ragioni del sangue e dei vincoli parentali".

legge, allora significava non potersi sottrarre al ruolo di continuatore della casa⁵⁴.

D'altra parte, nella fase arcaica del diritto romano, non si prevede neanche un testamento in favore di estranei (il *pater* non può chiamare altri all'eredità in presenza di *sui*), nella successione legittima l'ordine è quello già indicato (i *sui*, ai quali nello stesso grado si devolveva in capita, in gradi diversi in stirpe; seguono gli *agnati proximi* di grado uguale; infine i *gentiles*); la Tav. V 3 (*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*⁵⁵) dev'essere interpretata nel senso che il *pater familias* può solo disporre delle c.d. *suave rei* (i beni personali di minore importanza, beni specificamente determinati come poi saranno, significativamente, gli oggetti dei "legati"), non del patrimonio vero e proprio della *familia* (comprendente non solo beni materiali). La famiglia è intesa come "*un'entità trascendente i suoi membri*"⁵⁶. Le regole successorie rispondono alla logica non tanto del consentire all'erede l'acquisto di un patrimonio per soddisfare sue aspettative economiche, quanto di garantire al gruppo la continuità sotto la direzione del nuovo *pater* che deve conservare non solo la ricchezza materiale ma anche beni immateriali, quali i *sacra*, il sepolcro, *res religiosae*, diritti di patronato⁵⁷; l'aspetto patrimoniale, dunque, è

⁵⁴ S. Puliatti, *op. cit.*, p. 9: "La loro è una *continuatio dominii* più che una *hereditas* vera e propria, e il suo fondamento è in un'idea di famiglia come nucleo compatto di cui sono ugualmente partecipi avente potestà (ossia *pater familias*) e soggetti a potestà (*fili familias*), amministratore dei beni domestici e amministrati. Di qui l'acquisto necessario (senza possibilità di rinuncia) dei *sui heredes* e le limitazioni, in presenza di questi, delle facoltà di disporre *mortis causa* del *pater familias* (cui avrebbe corrisposto analogo divieto di alienazione per atto *inter vivos* degli immobili, in particolare dell'*heredium*, così chiamato perché destinato appunto a passare all'erede, secondo l'attestazione di Varrone"

⁵⁵ "Se il *pater familias* ha disposto circa il proprio danaro e circa la tutela delle sue cose, ciò abbia valore legale"

⁵⁶ A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, IV ed. UTET giur., 2015, p. 225

⁵⁷ S. Puliatti, *op. cit.*, p. 11: "Ed essi più che subentrare al *pater*, succedere a questo, ne sono piuttosto, come visto, i continuatori, sono essi in sostanza gli eredi cui è rimesso assicurare la continuità familiare. Diversa la posizione degli *agnati*: anche questi subentrano per il vincolo che li unisce all'interno del nucleo familiare (sia pure allargato: *familia communi iure*), ma in quanto parenti in linea collaterale, già dotati di propria autonomia giuridica, non partecipano

strettamente collegato all'acquisto della *potestas*: otterrà i beni colui che subentrerà al *pater familias* defunto acquisendone il potere ed i compiti connessi al ruolo. Autorevole dottrina romanistica rinviene in questo meccanismo una "successione nella sovranità domestica", nel senso che la successione è funzionale a far subentrare l'erede nella "sovranità" del *pater familias* e quindi nel complesso di poteri a lui facenti capo. Il profilo economico diventa secondario e consequenziale: il nuovo *pater familias* diventa anche - ma non solo - titolare dei rapporti patrimoniali⁵⁸.

Si rintraccia, in quest'epoca, una chiara origine del principio di unità delle successioni: l'erede subentra *in universum ius defuncti*, nel complesso di rapporti giuridici rappresentato proprio dalla *familia*. In quest'ottica, l'eredità non può che essere universale, anzi l'*universitas* diventa l'asse portante del sistema successorio: la *familia* necessita di un nuovo titolare e lo trova nell'erede che tutto acquisisce e tutto gestirà in luogo del *pater* defunto.

Coerente con i fini della successione appare dunque la regola dell'indivisibilità dell'eredità nel periodo più antico ed anche l'irrilevanza ai fini successori - in questa fase - della *cognatio*, cioè del vincolo di parentela di sangue puro e semplice.

I poteri personali ed economici del *pater familias* costituiscono una realtà e, probabilmente, spesso, un peso gravoso per i membri del gruppo. Significativa l'impossibilità di tenere per sé beni anche se frutto del proprio impegno. E' facile supporre che l'evoluzione economica e l'aumento delle

dei rapporti facenti capo al *pater familias*, né assicurano la persistenza dell'organismo familiare (che si spezza in mancanza di *sui*). Essi sono piuttosto dei successori, in quanto subentrano in rapporti di cui non sono mai stati compartecipi, assicurandone la sopravvivenza sul presupposto di quella solidarietà agnatizia che non permette che i beni del *de cuius* vadano dispersi e li attribuisce al gruppo di cui il defunto faceva parte. Se con i *sui* dunque più che una *successio* si realizza una continuazione della *familia*, è con l'eredità agnatizia che il concetto di successione in quanto tale trova più compiuta affermazione".

⁵⁸ Bonfante P., *op. cit.* e Sanfilippo C., *op. cit.*, p. 318

esigenze da soddisfare abbiano reso tale limite, nel tempo, sempre più difficile da accettare: in un periodo storico in cui i bisogni sono solo quelli primari, l'economia agricola riesce ad ottemperare alle esigenze dei membri, l'accumulazione a favore del gruppo si accetta ed anzi costituisce una forma di sicurezza sociale e di tutela del sostentamento di tutti, giovani e vecchi, sani e malati; l'evoluzione socio economica, l'ampliamento territoriale, il diffondersi di diverse esigenze, le pratiche commerciali, comportano necessariamente un adeguamento delle relazioni familiari, anche sul piano economico. E così, il *filius* mira all'emancipazione, ma anche quando rimane assoggettato alla *patria potestas* ottiene, in età repubblicana, una maggiore autonomia economica potendo trattenere per sé il *peculium castrense* (compenso per i militari) e, in età postclassica, il *peculium quasi castrense* (compensi derivanti dallo svolgimento di attività amministrative, cariche ecclesiastiche o professioni liberali).

Gli studiosi hanno spesso sottolineato il nesso strettissimo tra assetto dei poteri all'interno della famiglia e formazione dello Stato⁵⁹: certo è che la storia romana conosce nel tempo uno sviluppo politico ed una parallela

59 L. Capogrossi Colognesi, *La famiglia romana, la sua storia e la sua storiografia*, in *Le quotidien institutionnel des cités municipales* <https://journals.openedition.org/mefra/339>: "...la famiglia patriarcale romana (...) fu individuata come il punto di partenza di quel processo evolutivo che, attraverso la formazione di organismi intermedi da essa derivati, quali le *gentes*, sarebbe sfociato nella formazione della forma statale propria dell'antichità classica: la città-stato. Codesta elaborazione attraversa, come ben sappiamo, tutta la storiografia europea del XIX secolo. Con varie formulazioni e secondo prospettive diverse questo schema di base, che evocava, se non esplicitamente assumeva, la sostanziale identità di natura e funzioni della famiglia originaria e dello stato, venne così ad imporsi tanto nel mondo germanico, soprattutto ad opera di Jhering, che nel mondo anglosassone con Maine ed in Francia con Fustel de Coulanges. Fu una fioritura notevole di idee e di grandi ipotesi storiografiche che si sviluppò, nell'ambito dell'intera cultura europea a partire dalla metà del secolo, articolandosi in una feconda molteplicità di ipotesi e dibattiti. Essa si concluse abbastanza rapidamente a cavallo del secolo, non prima, tuttavia, che si riproponesse ancora in un altro contesto, in Italia, con le teorie formulate da Pietro Bonfante. Uno dei punti di forza di questo insieme di teorie era costituito dall' "excess of domination", com'è stato felicemente definito da Lewis H. Morgan, il ruolo del *pater* rispetto alle mere esigenze funzionali, andando al di là dei "bounds of reason". Un carattere che avrebbe riflesso, secondo tali idee, il ruolo essenzialmente politico e statale dell'organismo da lui governato. In tal modo, ancora una volta storia della famiglia e teorie della politica venivano ad intrecciarsi".

evoluzione della famiglia che, ridimensionata in ambito più strettamente privatistico, finisce con l'avvicinarsi a modelli a noi più consoni⁶⁰. E' ipotesi fortemente accreditata⁶¹ che esista una dinamica dell'istituzione familiare che si riflette nelle trasformazioni dei meccanismi giuridici dall'epoca arcaica a quella Giustiniana, quando, significativamente, in ambito successorio, acquista pieno rilievo il vincolo cognatitio: già in età classica i

⁶⁰ P. Bonfante, *op. cit.*, p. 36: "Ciò che v'ha di proprio nello Stato, ciò che costituisce la sua forza e la sua maestà, non è già che lo Stato debbasi concepire come la prima agglomerazione politica (...) ma che esso è, quando compare, non solamente l'organismo politico supremo, ma, almeno nell'ultima evoluzione sua, l'unico organismo politico. Lo Stato si pone come l'unità politica assoluta, cioè non concepisce come termine alla sua azione i gruppi o, per così esprimermi, le sfere subordinate, ma, penetrando e trapassando quelle sfere, tende costantemente a porre in tutti i rapporti di diritto di fronte a sé, al di sotto di sé, immediatamente, l'individuo. Di qui derivano importanti conseguenze: in primo luogo, che lo Stato mira a disgregare, consumare, esaurire i gruppi subordinati, ad alterarne la fisionomia e la natura, o riducendoli a meri organi politico-amministrativi, che rilevano da lui, e, nonché limite e oggetto, sono strumento all'azione sua, o tollerandoli come semplici corporazioni di diritto privato, le quali (mancando a grado a grado ogni scopo) svaniscono o cambiano natura e divengono istituti familiari nel vero senso; in secondo luogo, che nella fase statuale compare per la prima volta spiccata la distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato; distinzione però nel contenuto suo ondeggiante e indefinita, com'è vago e indefinito il concetto dello Stato. In Roma, come generalmente nella razza ellenica, lo Stato vero si consolida in una delle prime forme dell'agglomerazione politica, al di sopra delle gentes, nell'organismo della civitas" e p.29 "l'organizzazione patriarcale, in qualunque grado, in qualunque forma, non era che organizzazione politica, e pertanto quel processo, per cui la civitas si pone come Stato, può dirsi una selezione graduale delle funzioni politiche degli organismi politici inferiori, a patto che s'intenda che questa selezione porta in conseguenza un esaurimento graduale dei medesimi, cioè non li riduce a quel che si assume che dovrebbero essere, ma li annichila o li trasforma".

⁶¹ C. Sanfilippo, *op. cit.*, pp. 139-140: "Man mano però che nella storia di Roma lo Stato va assumendo una posizione progressivamente più forte di fronte ai singoli gruppi familiari, questi si disgregano, perdendo via via il loro carattere politico. Decade gradatamente il vincolo di soggezione politica al *pater (adgnatio)* e va di pari passo assumendo riconoscimento e rilievo sempre maggiore il vincolo di naturale parentela (*cognatio*). La patria potestas si attenua e si trasforma nel suo contenuto, come vedremo subito, adattandosi ad una nuova funzione, analoga a quella della moderna patria potestà". In merito interessante anche L. Capogrossi Colognesi, *op. cit.*: "L'insistito richiamo agli errori evoluzionisti serve infatti a Saller per negare legittimità all'ipotesi tradizionale di un passaggio dalle forme arcaiche, associate all'immagine del patriarca primitivo, a forme più evolute: dall'autorità di un padre-sovrano agli affetti familiari. Uno schema del genere non è un dato ovvio: e l'autore ha ragione di richiamare l'attenzione su questo punto. Il che, tuttavia, non legittima poi un'operazione di segno opposto ma di più grave inconsistenza metodologica. Cosa infatti permette di proiettare verso un'età ed un contesto storico molto diverso il quadro che forse si può ricavare da un insieme di dati riferiti ad età ben più tarda? In astratto si può dire che, come non è dimostrato il mutamento non è neppure dimostrata l'identità di situazioni. Applicare quindi l'idea di continuità a situazioni tanto diverse come la Roma di Servio o delle XII Tavole e la società romana d'età imperiale appare quanto meno azzardato".

senatoconsulti Tertulliano (di età adrianea) e Orifiziano (emanato sotto Marco Aurelio) migliorano la possibilità di una successione in linea materna (reciprocamente cioè tra madre e figlio), in età postclassica la capacità di disporre diventa piena, sono superati i formalismi testamentari e le categorie di successibili ampliate⁶².

Interessante l'evoluzione del testamento. L'arcaico testamento *calatis comitiis* è la più antica forma testamentaria risalente alle origini del diritto romano; esso è una sorta di cerimonia pubblica che si svolge solo due volte l'anno, durante la quale, alla presenza dei comizi curiati (*testamentum* deriva da *testes*, testimoni), il pater designa il suo erede; simile a tale forma, il *testamentum in procinctu*: qui il testatore è un militare e dichiara la sua volontà dinanzi all'esercito schierato. In epoca repubblicana queste forme pubbliche vengono di fatto abbandonate. Anche per ovviare all'impossibilità di testare in altri periodi oltre a quelli di riunione dei comizi curiati, si afferma successivamente la c.d. *mancipatio familiae* (una sorta di negozio fiduciario con il quale il *mancipio dans* affida al *familiae emptor* il proprio patrimonio indicandogli come distribuirlo dopo la sua morte) confluita poi nel *testamentum per aes et libram* (dinanzi a cinque testimoni, al *libripens* ed al *familiae emptor* il pater designa solennemente il suo erede). Solo nel periodo giustiniano il testamento acquisisce forme e, soprattutto, finalità più conformi a quelle moderne: esso diventa, infatti, un negozio giuridico unilaterale con cui un soggetto può, in vita, disporre della sua eredità, ma già il *testamentum per aes et libram* è sostanzialmente un atto unilaterale *mortis causa* con il quale si designa un erede. Correlativamente, anche gli

⁶² A. Burdese, *op. cit.*, p. 632

eredi (*agnati* e *gentili*, non *sui*) possono sottrarsi all'acquisto dell'eredità e, attraverso la *in iure cessio hereditatis*, cederla⁶³.

Nonostante l'evoluzione del testamento palesi un allentamento dei vincoli pregnanti che hanno caratterizzato la famiglia arcaica, tuttavia la più ampia libertà riconosciuta al *de cuius* incontra comunque dei limiti. Così, in età tardo repubblicana, la *lex Voconia* (del 169 a.C.) stabilisce che le liberalità non possono superare quanto destinato all'erede, la *lex Furia* limita i legati a mille assi e la *lex Falcidia* (40 a.C.) ai tre quarti del patrimonio del *de cuius*. La *lex Voconia* vieta ai cittadini con un patrimonio di almeno 100.000 assi di istituire eredi le donne⁶⁴.

Si assiste, dunque, ad un avvicinarsi di riforme in materia che da un lato tendono a superare il rigido formalismo e ad accordare tutela ad una cerchia di successibili che si va ampliando⁶⁵, dall'altro profilano vincoli incisivi alla libertà del testatore. In merito vengono ricordate le leggi *Fufia*

⁶³ S. Puliatti, *op. cit.*, p.16: "Il regime privilegiato della *in iure cessio hereditatis*, che permetteva al delato *ex lege* di trasferire l'eredità come tutto, si giustificava infatti con l'esigenza di liberare l'agnato prossimo dal peso dell'acquisto necessario, consentendogli di trasferire l'*hereditas* all'agnato meno prossimo, o a chiunque fosse disposto ad acquistarla. Egli, in sostanza, a differenza del *suus*, non assumeva più la veste di continuatore necessario della *familia*, determinando così l'affermarsi di una diversa concezione che sempre più andava prescindendo dalla salvaguardia dei vincoli familiari. Se la *mancipatio familiae* e il *testamentum per aes et libram* permettevano l'istituzione di eredi estranei, l'applicazione della *in iure cessio hereditatis* portava in età postdecemvirale a consentire all'agnato di allontanare da sé un'eredità non gradita. E questo, rompendo il nesso in origine imprescindibile tra *familia* ed *hereditas*, toglieva giustificazione all'acquisto necessario per essi previsto. *Heredes necessarii* restavano, in questo quadro, solo i *sui* (e gli schiavi manomessi nel testamento e istituiti eredi), mentre agli *agnati* spettava ormai la qualità di eredi volontari".

⁶⁴ S. Puliatti, *op.cit.*, p. 20: "Al di là dei provvedimenti specifici nuova era la *ratio* che ispirava queste disposizioni. Ed essa, oltre o più che nell'arcaica tutela della *familia* in funzione di una continuità della comunità domestica, era da rintracciarsi nell'esigenza economica di salvaguardia del patrimonio contro dissipazioni e spese eccessive in funzione della conservazione della sua integrità. Emblematica in questa direzione la disposizione della *lex Voconia* sull'esclusione delle donne: si voleva così impedire, col pretesto della loro dissennatezza, che ingenti patrimoni finissero nelle loro mani".

⁶⁵Risponde a quest'esigenza la possibilità di concessione da parte del pretore della *bonorum possessio secundum tabulas* (riconoscendo validità al testamento anche senza il rispetto delle formalità previste), la *bonorum possessio sine tabulis* (cioè riconoscendo la qualità di eredi ai figli emancipati e ai *cognati*, ammessi però solo in mancanza di eredi civili) e addirittura la *bonorum possessio contra tabulas* (per i figli indebitamente preteriti).

Caninia (2 a.C.) ed *Aelia Sentia* (4 d.C.) con le quali sono introdotti limiti ben dettagliati alla possibilità di manumissione degli schiavi mediante testamento; la *ratio* di tali disposizioni, tuttavia, è controversa, ma sembra consistere in ragioni di natura pubblicistica (evitare di concedere indiscriminatamente la cittadinanza romana a persone di dubbia affidabilità).

Più interessante appare l'istituto della c.d. "*querela inofficiosi testamenti*", azione giurisdizionale "*per sacramentum*" risalente probabilmente al I sec. d.C., riconosciuta, inizialmente, ai discendenti, agli ascendenti e ai fratelli (germani o consaguinei, non agli uterini⁶⁶) ed ai collaterali (solo se posposti a persona "turpe") ingiustamente diseredati dal *de cuius*, azione con la quale impugnare il testamento e chiedere di partecipare alla successione. Infatti, la "*exheredatio*" o la "*præteritio*" sono ammesse ma solo se il testatore ha una "*iusta causa irascendi*", viceversa la disposizione è ritenuta come frutto di una mente malata. La decisione sulla giustizia o meno del comportamento del *de cuius* può comportare l'invalidità del testamento (se l'esperimento dell'azione risulti vittorioso) o la perdita di ogni attribuzione (in caso di soccombenza). Se il testamento è dichiarato invalido, si apre la successione legittima e la qualità di erede deriva da questa.

Sembra, dunque, che anche presso i Romani si sia affermata l'idea di una sorta di diritto naturale di alcuni parenti alla successione, diritto concernente i beni (almeno un quarto del patrimonio deve essere comunque riservato a determinate categorie), non la qualità di erede e collegato all'"*officium pietatis erga liberos*".

⁶⁶ Tale esclusione apparve incongrua in età giustiniana dopo la Novella 118

La legittima è dunque, inizialmente, considerata *pars bonorum*, non quota di eredità⁶⁷.

Nella querela si è vista una testimonianza del fondamento della quota di legittima: Laurent⁶⁸ nel 1884, dedicando alcune pagine alla ricostruzione delle ragioni per cui il Code Napoléon prevedeva la riserva (che appariva antitetica al riconoscimento della proprietà come diritto di godere e di disporre "*nella maniera la più assoluta*"), ricorda che il testamento con cui il *pater* avesse legato ad estranei tutti i suoi averi era dichiarato "*...inofficioso, vale a dire, contrario ai doveri che la natura impone (...)* . *E su cosa fondavano essi questa querela? Supponevano che il testatore non era sano di mente, allorché, avendo figli, testava in pro d'estranei. Vale dire che se l'uomo ha dei diritti, ha anche dei doveri. Quali sono questi doveri e chi gliel'impone? E', dice il giureconsulto Paolo, la natura che, in virtù di una legge tacita, attribuisce l'eredità dei padri ai figli, come beni che ad essi son dovuti; ed ecco perché vengono chiamati eredi propri*".

Nel corso dei secoli, dall'epoca arcaica a Giustiniano, il diritto si è trasformato e la funzione della successione non è più quella del subentro al *pater* in un ruolo politico-sociale prima che economico in quanto la famiglia è diventata sempre più luogo di relazioni affettive e vincoli di sangue.

Le Novelle 118 e 127 segnano il passaggio alla successione cognatizia e fissano le classi di eredi e le quote in base alla tipologia di parentela ed al grado⁶⁹.

⁶⁷ F. Magliulo, *Intangibilità della legittima*, in *Omnia Trattati giuridici*, diretto da Iaccarino G., *Successioni e donazioni*, Tomo I, Mi, 2017

⁶⁸ F. Laurent, *Principii di diritto civile*, vol. XII, Na, Roma, Mi, To, 1884, p.6 ss.

⁶⁹ R. Zimmermann, *Il diritto ereditario dei parenti in prospettiva storico comparatistica*, <http://www.rivistafamilia.it/2016/07/21/fascicolo-1-2/2016>, p. 23 ss. : "L'atto legislativo di Giustiniano della metà del sesto secolo d.C. (Novella 118, integrata mediante la Novella 127, 1 dell'anno 548)8 appare così moderno perché, in primo luogo, la successione non si orientava più al principio agnativo (secondo cui erano considerati parenti soltanto coloro che discendevano da un antenato in linea maschile), ma si basava sul legame parentale di sangue (*cognatio*). Inoltre, non si distingueva tra uomini e donne e tra persone emancipate e non

Anche la *querela inofficiosi testamenti* subisce una profonda limitazione dall'introduzione della *actio ad supplendam legitimam* in base alla quale il legittimario non totalmente pretermesso non può ottenere l'invalidazione del testamento, bensì può solo vantare un diritto di credito all'integrazione.

Inizialmente la legittima è *pars bonorum*, non quota di eredità; con l'evoluzione del diritto giustiniano si arriva a riconoscere al legittimario il

emancipate. Non ricorrevano poi regole differenziate per le diverse componenti del patrimonio del defunto (in particolare: beni mobili/immobili). E, infine, in materia di successione *ab intestato* era anche venuta a cadere la dicotomia tra *ius civile* e diritto pretorio. La Novella 118 (alla stessa stregua della Novella 127, 1) atteneva soltanto ai parenti del defunto; in particolare, non era contemplato il coniuge sopravvissuto. A tale riguardo, doveva evidentemente essere confermato il quadro normativo esistente. L'ordine dei successibili delineato dal sistema giustiniano si fondava su una ripartizione dei parenti in tre classi: discendenti, ascendenti e collaterali. Tuttavia, poiché riconosceva una ulteriore sotto-ripartizione in tre categorie nell'ambito dei parenti collaterali e poneva una delle sotto-categorie sullo stesso piano dei genitori del *de cuius*, dovrebbe discorrersi, più correttamente, di quattro classi. Esse si susseguivano l'una all'altra in modo tale per cui i membri di una classe successiva venivano chiamati all'eredità soltanto se tutti i membri della classe precedente erano premorti. Talvolta si dice che all'interno di ogni classe l'ordine delle chiamate era determinato dalla vicinanza del grado di parentela con il defunto: il più vicino escludeva tutti i più lontani. Tuttavia, tale affermazione, basata sulla considerazione secondo cui nell'ambito di una classe la vicinanza di grado costituisce il criterio più naturale per determinare l'erede, è fuorviante: si accorda soltanto con la quarta classe e, nel quadro della seconda classe, per gli ascendenti. La prima classe era composta dai figli del defunto (che ereditavano parti uguali) e dagli altri suoi discendenti, suddivisi per stirpi (*stirpes*). Ne derivava che qualsiasi discendente superstite escludeva dalla successione tutti i discendenti legati al *de cuius* da un grado di parentela più lontano rispetto al suo. (...) Membri della seconda classe erano gli ascendenti del defunto, i suoi fratelli e le sue sorelle, che condividevano entrambe le figure genitoriali con il *de cuius* (fratelli germani e sorelle germane). Tra gli ascendenti la successione si regolava a seconda della vicinanza nel grado di parentela: un ascendente superstite di grado più vicino (ad esempio, la madre) escludeva tutti gli ascendenti di grado più remoto (ad esempio, i nonni), a prescindere dalla circostanza che si trattasse di ascendenti in linea materna o paterna. Se sopravvivevano al defunto più ascendenti di pari grado del lato materno o del lato paterno, l'eredità si ripartiva *per capita*; se gli sopravvivevano più ascendenti dello stesso grado di entrambi i lati, la metà dell'eredità andava agli ascendenti del lato paterno (e si suddivideva tra loro *per capita*), l'altra metà agli ascendenti del lato materno (con ripartizione ancora *per capita*). I fratelli e le sorelle ereditavano *per capita* e i figli di un fratello premorto o di una sorella premorta (non anche i discendenti più lontani) subentravano «in luogo» di quest'ultimo, ottenendo la sua quota ereditaria, che dovevano ripartire tra loro per capi. Alla terza classe appartenevano i fratelli e le sorelle del defunto, e i germani erano anteposti agli unilaterali (che condividevano una sola figura genitoriale con il *de cuius*). (...) Infine, in merito alla quarta classe, si sosteneva talvolta che i parenti collaterali potevano essere chiamati all'eredità senza limiti (*ad infinitum*); secondo una diversa ricostruzione, il limite del decimo grado, che nell'epoca pregiustiniana valeva per gli agnati, era ancora applicabile, ma riguardava adesso soltanto i parenti collaterali".

diritto alla qualità di erede, sebbene "...anche in quest'ultima fase storica, il diritto alla legittima ed il diritto alla qualità di erede rimanevano concettualmente distinti"⁷⁰.

b) Dalla caduta dell'Impero Romano d'Occidente alla Rivoluzione francese

La caduta dell'Impero Romano d'occidente determina irreparabilmente la dissoluzione dell'unità legislativa, travolta dalle invasioni barbariche. Inizia un frazionamento delle fonti giuridiche che rende difficile la ricostruzione organica degli istituti giuridici.

Nella deposizione di Romolo Augustolo ad opera di Odoacre, si è soliti indicare, convenzionalmente, la - silente⁷¹ ed ancora per certi aspetti difficile da spiegare - caduta dell'Impero Romano d'Occidente.

Odoacre e Teodorico⁷² si definiscono *patricii et magistri militum praesentales* ed in questa qualità di "funzionari" (una specie di viceré) dell'Imperatore di Costantinopoli continuano a governare la penisola senza

⁷⁰ F. Magliulo, *I poteri del testatore nella composizione della legittima*, in Atti del Convegno "Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile", Roma, 18 marzo 2016- Genova, 27 maggio 2016- Vicenza, 1 luglio 2016, in Quaderni Fondazione del notariato

⁷¹A. Momigliano, *La caduta senza rumore di un impero*, in *Sesto contributo alla storia degli studi classici*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 1980

⁷²A. Bucci, *La vicenda giuridica dei beni ecclesiastici della Chiesa*, Volturnia Edizioni MMXII, 2012, p. 51: "...I regni germanici avevano preso possesso delle terre romane come "foederati" cioè dipendenti dalla sovranità imperiale; il che non impedì loro di costituirsi a stato, su terre che erano state loro concesse, tra una popolazione indigena che era romana e viveva secondo il diritto romano e sulla quale i re germanici esercitavano un diritto d'imperio che per lungo tempo sottintese l'esistenza di una sovranità imperiale e che si fondava sulla legittimazione che l'imperatore faceva del loro potere. Il modello di questo stato di cose fu rappresentato dal regno di Teodorico. Nel regno ostrogoto e poi in quello longobardo qualunque ingerenza del potere imperiale fu negata. Ma l'ombra dell'impero, come di un potere più elevato di ogni altro tale da costituire l'esempio di ogni potere monarchico verso il quale i re barbarici costantemente tendevano, rimase tenacemente. E rimase, anche se fu scossa sotto l'aspetto del potere politico, proprio attraverso il fascino del suo diritto, che non appariva come una minaccia all'indipendenza dei regni, ma piuttosto come un elemento indispensabile per la loro elevazione".

mutare gli assetti istituzionali, formalmente riconoscendo l'autorità imperiale⁷³. E' in vigore il diritto romano come *ordinamentum commune universale* ma, in ambito familiare e successorio, si applica soprattutto il diritto dei Goti⁷⁴. Alla morte di Teodorico il regno finisce nel sangue delle secessioni.

Nei regni romano-barbarici coesistono varie fonti legislative secondo il principio di personalità della legge in base al quale ogni stirpe presente su un territorio continua ad applicare il proprio ordinamento⁷⁵.

Le turbolente e complesse vicende storiche vedono tentativi di ricompattare un'unità statale che di fatto si sgretola anche nel tessuto sociale.

L'Italia è divisa, in parte sotto i Longobardi, in parte sotto i Bizantini. I Longobardi seguono il loro diritto consuetudinario⁷⁶, creano vari ducati; il succedersi dei Franchi non porta nuova unità. La popolazione, decimata dalle guerre, dagli assedi, dalle carestie, dalle malattie, abbandona i centri urbani (Roma tocca il minimo storico di 20.00 abitanti) e si rifugia nelle campagne. Dunque Eruli, Ostrogoti, Bizantini, Longobardi, Franchi, regnano l'uno dopo l'altro o l'uno con l'altro in diverse zone della penisola ed il loro diritto consuetudinario si sovrappone al diritto romano. Parallelamente, presso le popolazioni autoctone nascono anche dei "diritti romani volgari" e sopravvivono formule romanistiche spesso svuotate di reali contenuti.

⁷³P. Heather, *La caduta dell'Impero romano: una nuova storia*, Milano, 2006; V. Arangio Ruiz, *Storia del diritto romano*, VII ed riveduta, Napoli, 1991

⁷⁴ Olis Robleda, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, II ed., Roma 1979, pp. 7-8

⁷⁵ A. Solmi, *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma, 1937, pp. 94- 95

⁷⁶ A. Bucci, *op.cit.*, p. 50: "Non bisogna dimenticare, infatti, come per molto tempo si continuarono ad osservare da parte dei Longobardi occupanti le proprie antiche leggi o consuetudini (*cawarfide*) che, a sentire Paolo Diacono, IV, 44, "sola memoria et usu retinebant"" e p. 52: "...tutta la normazione longobarda mantenne pressocchè intatta la sua integrità e nemmeno là dove sottentrò la dominazione franca, il diritto longobardo scomparve"

Il periodo feudale vede, dunque, una molteplicità di fonti legislative: il diritto dei germani invasori, quello delle popolazioni autoctone che nell'Alto Medioevo si rifanno a tradizioni romanistiche, le consuetudini feudali dei vari signori. Tale pluralismo continua e si accentua in età comunale. La riscoperta dell'opera giustiniana ed il fiorire delle Scuole giuridiche determinano una sorta di marginalizzazione delle altre fonti.⁷⁷

Dato questo complesso contesto storico e giuridico, si comprende come non sia facile, con riferimento all'epoca medievale e sino alle grandi codificazioni, compiere un *excursus* in ambito successorio dato che non esiste un'unica disciplina.

Per i Germani l'erede è designato da Dio; la nascita, il sangue, la famiglia sono considerati un elemento legato ai voleri della Provvidenza: il figlio ha diritto di ereditare e, ancor prima, ha diritto ai beni di famiglia per il fatto stesso di esservi nato all'interno. I beni sono considerati appartenenti alla famiglia e alla morte del capofamiglia subentrano i figli. Occorre ricordare che il "*mundio*" - ovvero il potere riconosciuto al capo famiglia nell'antico diritto germanico - è solo per alcuni aspetti assimilabile alla *patria potestas* romana: anche il padre germanico ha il diritto di riconoscere o esporre il nato, può vendere come schiavi i figli e questi gli devono obbedienza (non possono sposarsi senza il suo consenso né vendere beni). Notevoli differenze si rinvengono invece sia nel fondamento della famiglia (che riposa sui vincoli di sangue), sia in ambito patrimoniale poiché sui beni di famiglia si crea un sorta di comproprietà (sebbene il godimento e

⁷⁷ M. Caravale, *Diritto senza legge, Lezioni di diritto comune*, Torino, 2013, riportando un'opinione di Alejandro Guzman Brito e di Ennio Cortese sostiene (p.110): "...l'elevazione...del *Corpus iuris* giustiniano a diritto comune (Cortese, 1999) maturò solo con la scuola del commento in relazione alla straordinaria diffusione del diritto statutario comunale nell'Italia centro settentrionale. Secondo questi due studiosi, allora, l'emersione dell'idea del diritto romano come diritto comune si collocherebbe dal punto di vista temporale sulla metà, se non nella seconda metà, del secolo XIV, e sul piano geografico si riferirebbe in via primaria all'Italia centro-settentrionale."

l'amministrazione dei cespiti siano individuali) che comporta che neanche il padre possa alienarli senza il consenso dei figli maggiorenni⁷⁸. I figli non possono essere privati dei beni di famiglia; i futuri eredi devono dunque prestare il consenso ad eventuali alienazioni, sono parti necessarie dell'atto, pena la nullità di questo, come se gli eredi debbano in certo senso, rinunciare al loro diritto a favore dell'acquirente.

Tra i Germani, dunque, gli eredi legittimi non possono essere esclusi e non possono vedere deluse le loro aspettative per donazioni o atti di disposizione cui non abbiano prestato il loro assenso.

La capacità di disporre con testamento incontra molti limiti sia oggettivi (di fatto sono ammesse disposizioni inerenti beni personali e non familiari e le disposizioni a favore dell'anima) che soggettivi (ad esempio è negata alle donne e ai chierici). L'eredità è devoluta ai figli maschi legittimi con i quali concorrono i fratelli del *de cuius* (non le sorelle); le figlie femmine ereditano dunque solo in assenza di figli maschi. La ragione di questa preferenza è da ricercarsi nella necessità di non frammentare i possedimenti terrieri cui si associa l'idea di ricchezza⁷⁹ e di valore della persona e della sua famiglia.

Anche i figli illegittimi sono ammessi alla successione ma in quote diverse rispetto ai legittimi⁸⁰. La figlia femmina legittima non eredita se vi sono figli maschi legittimi, mentre concorre con i figli illegittimi. Da tali

⁷⁸ A. Solmi, *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma, 1937

⁷⁹ Il termine *angargathungi* significava "valore dell'uomo libero secondo i possedimenti di terra"

⁸⁰ G. La Farina, *Storia d'Italia narrata al popolo italiano*, vol I, Fi, 1846, p. 310: "I figli legittimi ereditavano per parti uguali; se ve n'erano illegittimi, i primi prendevan due terzi dell'intero, e questi un terzo da dividersi in tutti. Se non v'erano figli legittimi, ma figlie legittime e figli illegittimi, le figlie prendevano una metà, i figli un quarto, e l'altro quarto andava a parenti prossimi (...) Nel caso vi fossero state figlie legittime e non figli legittimi, esse prendevano una parte dell'eredità e l'altra andava al fisco, in mancanza di figli naturali o di prossimi parenti. Questa legge fu poi modificata, e le figlie ereditarono tutto mancando figli legittimi"

norme deduciamo, tuttavia, che nelle zone influenzate dal diritto dei Longobardi i feudi sono trasmissibili anche in linea femminile.

Interessante l'istituto longobardo del *think*⁸¹, previsto dall'editto di Rotari, consentito solo al *pater* che non possa avere figli; è un negozio giuridico che condivide alcuni caratteri con l'adozione romanistica: esso consente infatti al thingato di vantare tutti i diritti ereditari sui beni del defunto thingante, ma egli non entra sotto il mundio dell'adottante e conserva vincoli di parentela con la sua famiglia d'origine. Il *think* viene assimilato dunque ad un patto successorio. Dal momento del *think*, il *pater* ha l'obbligo di conservare il più possibile integro il patrimonio e dunque di disporre dei beni in vita con moderazione, evitando di alienarli provocandone la fuoriuscita dal patrimonio. L'adottato deve aiutare il *thingans* che solo in mancanza di tale aiuto può procedere alla vendita.

E' appena il caso di ricordare che, nel medioevo, i diritti di successione riguardano gli uomini liberi ed in specie i nobili, che trasmettono ai propri discendenti i beni liberi da vincoli (allodi) e i feudi. I contadini non liberi non possono trasmettere i loro diritti sui mansi e persino i loro beni personali spettano in caso di morte al signore.

Il variegato mondo dei signori feudali, di diversa origine etnica, è accomunato, dunque, dall'evidente desiderio e necessità che il patrimonio familiare non venga frazionato e disperso per non menomare la potenza della famiglia.

In Francia si arriva a stabilire che la ricchezza debba essere trasferita al primogenito e la pratica del maggiorasco e del fedecommesso si diffonde velocemente anche in Italia.

⁸¹ S. Cierkowski, *L'impedimento di parentela legale -Analisi storico-giuridica del diritto canonico e del diritto statale polacco*, Roma, 2006, pp. 160 ss.

Le antiche consuetudini francesi⁸² variano molto in relazione all'esclusione delle femmine e all'estensione del principio di maggiorasco (in alcune province relativo solo alla linea retta, in altre anche alla linea collaterale). Le sostituzioni fedecommissarie perpetue consentono al capo famiglia di immobilizzare il patrimonio - reso inalienabile anche dalle generazioni future - per conservarlo integro (e con esso la potenza della casata): l'istituto consente dunque alla volontà di un uomo di imporsi sopra ed oltre la legge ("*non è più la legge che fa l'erede, ma l'uomo*"⁸³).

Per i cadetti maschi si apre la prospettiva della carriera ecclesiale o militare, per le femmine quella dei matrimoni d'interesse funzionali ad alleanze o il ritiro monastico⁸⁴. La c.d. "dote spirituale" elargita al

⁸² In Francia, sino alla Rivoluzione, le province meridionali utilizzavano il diritto romano e venivano indicate come "*pays de droit écrit*"; le province settentrionali applicavano le coutumes, e venivano denominate "*pays de droit coutumier*". Le coutumes erano consuetudini stabilizzate, risalenti a tempo immemorabile o, almeno, a quaranta anni, l'esistenza delle quali doveva essere provata in giudizio. Il "*droit coutumier*" era dunque orale, ma presto dei giureconsulti di fama e prestigio tentarono di organizzarlo in raccolte che, tuttavia, non avevano valore ufficiale. Solo nel 1454 Carlo VII con l'ordinanza di Montils-lès-Tours dispose la redazione per iscritto di tutte le consuetudini; l'opera fu iniziata ma non finita e i successivi re (Carlo VIII, Luigi XII) dovettero reiterare l'ordine (cfr. A. Gambaro- R. Sacco, *Sistemi Giuridici Comparati*, Trattato di Diritto Comparato diretto da R. Sacco, UTET giur., 2018, pp. 200- 201). La circostanza che la redazione di queste raccolte avvenisse per disposizione regia attribuiva loro un diverso valore rispetto alle raccolte private e per molti giuristi rappresentavano il diritto da applicare riservando al diritto romano un ruolo suppletivo, mentre altri continuavano a sostenere il primato del diritto romano. Non si disconosceva poi valore agli usi particolari del luogo. In merito Caravale (M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, 2012) riporta un passo di Du Moulin nel quale il giurista, in occasione di una disputa su un contratto medievale, sostiene che si dovesse fare applicazione innanzitutto delle stesse disposizioni volute dalle parti secondo gli usi del luogo, poi alle coutumes della regione, in mancanza, alle coutumes della regione più vicina, infine alla ratio scripta del diritto romano.

⁸³ F. Laurent, *op cit.*, vol.VIII, p. 712

⁸⁴ L. Garlati, *La famiglia tra passato e presente*, in Cubeddu M.G.- Patti S., *Diritto della famiglia*, Milano, 2011, p. 6: "Se il *patrimonium* era strettamente funzionale al ruolo sociale e politico della famiglia, era alla dote che si chiedeva di sostenere *onera matrimonii*, ossia di supportare il quotidiano mantenimento della famiglia stessa. E' possibile distinguere tra una dote cosiddetta carnale e una spirituale. Entrambe destinate alle figlie e costituite attingendo al *patrimonium* del padre, l'unico soggetto sul quale gravava un vero e proprio obbligo giuridico di conferirla, si differenziavano in virtù del loro scopo. La prima accompagnava l'atto del matrimonio, la seconda veniva invece devoluta al monastero nel momento in cui la figlia decideva (o meglio la famiglia decideva per lei) di consacrarsi alla vita religiosa." e a pag. 9: "Ma la dote fu spesso la causa prima, anche se non unica, del fenomeno della monacazione forzata: per evitare l'esborso di ingenti somme nella costituzione di doti "carnali", il padre

monastero comporta un esborso di molto inferiore rispetto alla "dote carnale" da versare alle figlie che si sposano, le quali - una volta ricevuta la dote - vengono escluse dai diritti successori. I cadetti avviati alla carriera militare sanno di dover confidare sulle loro forze ed abilità - sia militari che diplomatiche - per arricchirsi con bottini e riscatti di prigionieri o prestando servizio presso un nobile nella speranza di ottenere una propria signoria; quelli avviati alla vita religiosa, soprattutto se di alto lignaggio, sperano in una carriera ecclesiale.

Più avanti nel tempo, il dramma di queste vite sacrificate appare ai legislatori rivoluzionari come una profonda ingiustizia perpetrata in spregio al diritto naturale e capace d'instillare odio e rancori nelle relazioni familiari laddove, invece, per la morale e l'ordine umano, dovrebbero regnare armonia e pace.

La vedova, generalmente, non eredita dal marito beni in proprietà, ma unicamente un diritto di usufrutto che può durare tutta la vita se non si risposa. Ma anche queste norme variano a seconda del diritto o della consuetudine seguiti.

La preferenza per la conservazione dei beni ereditari all'interno della famiglia si perpetua nel tempo e si rinvencono tracce di essa nelle antiche consuetudini francesi, in molte delle quali si utilizza il termine "riserva"

disponeva la chiusura della figlia in un monastero. Anche in questo caso era dovuta una dote, cosiddetta "spirituale", versata al monastero e destinata a provvedere al sostentamento vitalizio della suora. La somma devoluta era però notevolmente inferiore a quella carnale: corrispondeva ad un ammontare fisso, uguale per tutte (equivalente alla quota fissata dal monastero) e quindi non suscettibile di quelle oscillazioni dovute all'impiego del criterio di congruità. L' esempio riportato da Gianbattista De Luca, gran divulgatore del diritto comune applicato nel Seicento, secondo il quale un principe per maritare la propria figlia doveva versare quale dote congrua più di centomila scudi a fronte di "quello ch'è solita darsi al monastero, ancorché fosse di scudi mille e meno" evidenzia quanto fosse vantaggioso avviare le proprie figlie alla vita monacale, a prescindere dall' accertamento di un' autentica vocazione."

invece di "legittima" capace di meglio far cogliere lo scopo dell'istituto, ovvero la permanenza dei beni all'interno della famiglia.

Nel tempo scompare l'intervento degli eredi nella vendita dei beni pervenuti al disponente a sua volta per eredità, trasformatosi in retratto di famiglia (l'erede ha il diritto di riscattare il bene venduto ma offrendone il prezzo). La proprietà familiare non esiste per come intesa dai Longobardi, ma il retratto ne reinterpreta la logica così come il divieto di escludere determinati eredi e le rinunce ereditarie spesso richieste alle figlie al momento del matrimonio⁸⁵: *"La ragione, dice Pothier, che ha fatte stabilire queste rinunce è stata per conservare i beni nella famiglia di colui alla successione del quale si fanno rinunciare le femmine a profitto de' maschi, e sostenere, con questo mezzo, lo splendore del casato"*.

Lo stesso autore stigmatizza la *coutume* di Parigi che non permette di donare la disponibile ai figli legittimari in ossequio all'eguaglianza tra gli stessi e, con modernità sorprendente,⁸⁶ afferma: *"Si voleva l'eguaglianza tra gli eredi, almeno nella linea diretta. Ma l'eguaglianza assoluta poteva degenerare in ineguaglianza, e ne risultava una singolare contraddizione, al punto di vista dei motivi che giustificano il disponibile. L'eguaglianza assoluta è una chimera; la natura l'ignora, essa prodiga i doni dell'intelligenza ad uno, li rifiuta ad un altro. Non bisogna lasciare al padre di famiglia la facoltà di ristabilire l'eguaglianza concedendo qualche vantaggio a coloro dei suoi fratelli che la natura ha diseredati? (...) La vera eguaglianza richiede che il padre abbia il diritto di fare disposizioni ineguali"*. Tali riflessioni sono più che mai attuali e pongono alle coscienze dei più l'interrogativo sulla funzione stessa della riserva: conservare oggi un tale istituto ha senso nella misura in cui esso possa rispondere alle nuove

⁸⁵ F. Laurent, *op. cit.*, vol. VIII, p. 715

⁸⁶ F. Laurent, *op.cit.*, vol. XII, p. 5

istanze familiari e sociali che emergono sorrette dal principio di uguaglianza sostanziale e non meramente formale.

Solo lentamente, con il riaffermarsi dell'idea stessa di Stato centrale e con l'avanzare di classi sociali desiderose di affrancarsi da odiosi e limitanti privilegi e necessitanti di certezze giuridiche per potenziare il loro sviluppo economico, si affermerà la necessità di codificare gli istituti.

In merito, la storia del diritto italiano ha ricostruito un percorso variegato e articolato stante la perdurante situazione di divisione in più Stati nei quali vari furono i tentativi di riordino del complesso materiale giuridico che costituiva il diritto applicato.

Scrivo, significativamente, a tal proposito Leopoldo Galeotti nel "discorso" in premessa alle opere di Francesco Forti⁸⁷: *"...da Giustiniano in poi (...)corse un intervallo ben grande. Ed in questo intervallo, società nuove si avvicendarono colle antiche, popoli subentrarono a popoli, costumi, leggi, e scuole si succedevano, si supplantarono, si trasformarono, si modificarono, lasciando ognuna tracce e vestigia di sè, le quali poi combinate, rifuse, e vagliate tra il cozzare degli interessi e dal tempo, costituirono il diritto moderno dei popoli. Le leggi barbariche, le consuetudini feudali, il diritto canonico, gli statuti delle città, le teoriche dei dottori, le leggi del principato, tutto questo conferì insieme col diritto Romano a comporre l'attuale legislazione degli Stati".*

Nel 1700 si fa strada l'idea della necessità di un riordino nelle norme, di una statizzazione delle stesse, idea che rappresenta una convergenza d'interessi tra borghesia e dinastie: la borghesia ambisce ad una chiarezza e certezza delle situazioni giuridiche che realizzi parità di trattamento necessaria in un'economia che si apre al mercato, le case regnanti sperano di

⁸⁷ F. Forti, *Trattati inediti di giurisprudenza*, Firenze, 1864, pp. XIII, XIV

ottenere maggiore potere politico. Si avviano vari tentativi di riordino nello Stato Sabauda, nel Regno di Napoli, nel Granducato di Toscana, nel Ducato di Modena. Tuttavia, spesso, non si tratta di vere codificazioni, ma piuttosto di consolidazioni, prive di portata innovativa e tutte ancora muoventesi nell'alveo del diritto romano, ma con il pregio di affermare la statalizzazione delle fonti.

Durante la rivoluzione francese si afferma il "*droit intermédiaire*" che riflette quelli che, per gli illuministi, devono essere i fini del diritto: uniformità delle condizioni dei soggetti e dei soggetti nei confronti dei beni, normazione certa, generale, chiara. In ambito familiare sono fortemente limitate la patria potestà e la potestà maritale, il matrimonio viene laicizzato, sottratto ad ingerenze ecclesiastiche ed è introdotto il divorzio; in ambito successorio sono soppressi i fedecommessi, ma, soprattutto, è fortemente ristretta la possibilità di fare testamento: i figli sono eredi in virtù della legge e non possono essere privati del titolo e dei diritti ad esso connessi. La successione legittima afferma la parità tra figli maschi e femmine, tra legittimi e naturali⁸⁸.

⁸⁸ L. Luzi, *Riflessioni su matrimonio civile e divorzio all'epoca della rivoluzione francese*, in www.storiamediterranea.it, 28 agosto 2011, p. 310,311: "Nella successiva fase radicale dell'epoca rivoluzionaria, ovviamente, il fine di ottenere l'eguaglianza diveniva prioritario. Il 15 marzo 1790 si abolivano il diritto di primogenitura, il privilegio di mascolinità e le regole volte a creare disparità nelle successioni. Sul finire del 1790 Merlin de Douai chiedeva l'eguaglianza anche nel diritto successorio, a scapito del figlio maggiore o dei figli maschi. Nel 1791 Talleyrand leggeva un discorso di Mirabeau, da poco scomparso, in cui si attaccavano la primogenitura e la libertà totale di disposizione del testatore e Robespierre, in accordo, chiedeva successioni eguali e, più ancora, leggi eguali in tutto lo Stato. La legge 8 aprile 1791 riconosceva la possibilità di destinare una certa percentuale ad un particolare erede, in caso di manifestazione di volontà testamentaria, ma, al contempo, prevedeva, per il caso di successioni intestate, la necessaria eguaglianza di tutti gli eredi dello stesso grado. Di fatto, purtroppo, la ratio legis veniva vanificata dalle disposizioni volte a consentire di mantenere la validità dalle precedenti pattuizioni, spesso private, sovente contenute negli accordi matrimoniali, costituite allo scopo di disporre dei beni e, soprattutto, volte a rendere inefficaci le volontà legalmente espresse, privilegiando un erede a scapito di un altro. In pratica, la normativa finiva per toccare ampi aspetti del diritto di famiglia, considerato anche l'impatto delle statuizioni in materia successoria, che, anch'esse, andavano a modificare i rapporti tra genitori e figli, legittimi o meno, cercando di mantenere un atteggiamento il più possibile equanime verso tutti gli eredi".

Il 7 marzo 1793 viene decretata l'abolizione del diritto di disporre in linea retta, sia per atto tra vivi che *mortis causa*. Successivamente l'art. 8 della legge del 5 brumaio anno II (26 ottobre 1793) stabilisce che ai figli non è consentito di prendere parte alla successione dei genitori finché non abbiano conferito le donazioni, i benefici ricevuti dai genitori prima del 14 luglio 1789; il successivo art. 9 prevede la collazione di quanto ricevuto in donazione dopo quella data, dichiarando altresì che le successioni aperte dopo la presa della Bastiglia devono essere rette dal principio di assoluta eguaglianza tra eredi ed ancora l'art.11 vieta qualunque disposizione in favore di successibili in linea retta o collaterale, lasciando la possibilità di disporre in favore di estranei solo di un decimo dei beni in presenza di eredi in linea diretta e di un sesto in caso di eredi in linea collaterale. L'ulteriore legge del 17 nevoso anno II (6 gennaio 1794) conferma le disposizioni del precedente decreto estendendo ai collaterali l'obbligo del conferimento delle donazioni da loro ricevute prima del 14 luglio 1789 e dichiara assolutamente incompatibili la qualità di erede e donatario, estendendo tale incompatibilità alla linea collaterale⁸⁹, ristabilisce l'unità delle successioni sotto il profilo oggettivo abrogando la regola *paterna paternis materna maternis* sostituendovi la divisione per linee: l'eredità viene unitariamente considerata indipendentemente dall'origine dei beni; tale unica massa, per essere devoluta ad ascendenti o collaterali, deve essere divisa in due parti, una parte da attribuire alla linea paterna, una alla materna.

Lo scopo di tale normativa è chiaro: evitare di inficiare la *par condicio* tra gli eredi. Anche in ambito successorio deve trovare, infatti, realizzazione il principio di uguaglianza ritenuta fine preponderante rispetto anche al principio di libera disponibilità dei propri beni.

⁸⁹ L. Luzi, *op. cit.*, p. 311

Particolari problemi sorgono per la retroattività delle disposizioni contenute nelle leggi del 5 brumaio e del 17 nevoso anno II, sino a quando il 9 fruttidoro dell'anno III (26 agosto 1795) tale retroattività viene eliminata. Comincia nel 1795 un generale ripensamento dell'assetto dato alla materia, sino ad arrivare alla legge del 4 germinale anno VIII (25 marzo 1800) con la quale si ristabilisce una più ampia facoltà di testare portando la quota disponibile ad un quarto se i figli sono tre, un quinto se i figli sono quattro e così via contando, per determinare la disponibile, il numero dei figli più uno. La legge del 4 germinale, dunque, aumenta la porzione disponibile, senza tuttavia intaccare il principio stabilito con la legge del nevoso mirante ad assicurare agli eredi la maggior parte dei beni.

Anche la materia dei diritti reali è interessata da profonde riforme: il "*droit intermédiaire*" elimina ogni infrastruttura che affievolisca o contrasti il rapporto diretto tra l'individuo e i beni rientranti nella sua sfera giuridica; le assemblee rivoluzionarie procedono all'eliminazione di tutti quei diritti feudali (come il livello, il beneficio, la precaria, la decima) difficilmente riconducibili nell'ambito delle categorie romanistiche dei diritti reali e delle obbligazioni e che, spesso, sopprimevano la disponibilità effettiva di beni (il retratto, ad esempio, consentendo al suo titolare una sorta di prelazione sull'immobile, ne rendeva praticamente impossibile la commerciabilità).

Tali riforme giovano soprattutto ai contadini e ai borghesi che possiedono terre, arricchitisi anche grazie alla secolarizzazione dei beni del clero, ma sono comunque riforme profonde, destinate a segnare il processo della storia in ambito legislativo e sociale, come intuirono i giuristi già nell'ottocento⁹⁰: "*Se la rivoluzione francese dell'89 ha lasciato orme incancellabili nella storia della civiltà europea, fu sopra tutto perché lo*

⁹⁰ P. Melucci, *Appendice III Sunto storico della materia delle collazioni*- in Laurent F., *Principii di diritto civile*, vol. X, 1882, pp. 469- 470

spirito di libertà e di eguaglianza da cui fu animata penetrò, non pure negli ordinamenti politici della società, ma eziandio nel campo del diritto privato della proprietà e della famiglia. Il diritto delle successioni richiamò maggiormente la riparazione di quello spirito di eguaglianza, che tanto precedentemente era stato calpestato dal principio feudale della primogenitura e della mascolinità, e da tutta la congerie dei privilegi personali, i quali furono aboliti mercé i decreti dell'Assemblea costituente del 15 marzo 1790 e degli 8 e 15 aprile 1791".

Al di là delle dichiarazioni idealistiche, la realtà sociale presenta il consolidamento del processo di arricchimento e di concentrazione dei possedimenti presso una nuova "élite" che, ben presto, vedrà come limitanti le norme della successione e reclamerà la possibilità di ripristinare la libertà di disposizione della proprietà anche per dopo la morte.

La Francia rivoluzionaria mira anche ad una vera e propria codificazione che sarà realizzata però solo da Napoleone con il suo codice destinato a divenire un'opera miliare non solo per il diritto francese, ma anche nella storia del diritto italiano. Il Code recepirà le nuove istanze e si farà interprete del nuovo ordine.

Il Code nascerà quindi per realizzare le esigenze dei proprietari terrieri, dei grossi imprenditori, in generale di tutto quel ceto che, all'ombra della Rivoluzione, ha consolidato la sua ascesa socio-economica. Significativamente, il Code non segnerà un processo involutivo rispetto al "*droit intermédiaire*" nell'ambito dei diritti reali e delle obbligazioni, mentre vedremo che inciderà sensibilmente nel campo successorio dove restituirà al testatore quella libertà che era stata troppo compressa e ridurrà in modo relevantissimo i diritti dei figli naturali: ancora una volta la tutela della

famiglia legittima torna sulla scena giuridica in un significativo connubio con la tutela dei nuovi patrimoni.

c) Il Code Napoléon

Il periodo rivoluzionario vede ben tre tentativi di codificazione affidati al Cambacérès ma nessuno di questi giunge a buon fine anche per le contingenze politiche⁹¹. Sarà il Portalis a dare concretezza al progetto rifiutando pregiudizi antiromanisti, contemporaneamente recuperando quanto di vitale vi era nella tradizione francese del *droit écrit* e del *droit coutumier* e conciliando queste varie istanze con le conquiste della rivoluzione. La riuscita fusione di tale ricchezza di prodromi, ma soprattutto la rispondenza delle sue norme alle esigenze del popolo cui è destinato, fanno sì che il Code goda di un generalizzato accoglimento.

Già nel suo primo⁹² discorso di presentazione del progetto di codice il Portalis sottolinea il recupero delle categorie romanistiche; l'esperienza giuridica del *droit intermédiaire* si era concretizzata durante un decennio di forti incertezze politiche e difficile ricerca di un equilibrio sociale ed economico, essa, quindi, dev'essere rivisitata, sebbene non tradita nell'essenza dei principi rivoluzionari che pongono l'individuo al centro del

⁹¹ Jean Guillaume Locré, scrive (*Legislazione civile commerciale e criminale - Comentario e compimento dei codici francesi, voltata in italiano per cura di Giuseppe Cioffi, volume I*, Napoli 1840, p. 55 ss.) che le istanze codicistiche volte al superamento delle differenze e dell'incertezza in relazione ai propri diritti (primo tra tutti quello di proprietà) derivanti dalla coesistenza, nelle varie province, di regole diverse erano da tempo sentite; tuttavia, prima della Rivoluzione lo spirito campanilistico aveva prevalso e, durante la stessa, da una parte si era affermata l'idea di una nazione unitaria che doveva darsi regole uniformi, ma dall'altra le turbolenze politiche non consentirono di realizzare la codificazione "... la qual cosa dee riputarsi una fortuna, poiché non poteva nascere una buona legislazione in mezzo alle fazioni, alle turbolenze, alle esagerazioni, a sistemi falsi e stravaganti cui noi allora eravamo in preda"

⁹² J. G. Locré, *op.cit.*, cita i tre discorsi di Portalis, p. 217: "Il primo è il discorso preliminare del progetto del codice civile. Il secondo, l'esposizione generale fatta il 3 frimale anno X (24 novembre 1801), prima che la discussione fosse stata sospesa (...). Il terzo, il discorso ch'egli pronunciò nel presentare la legge del 30 ventoso anno XII...e che chiuse i lavori sul codice."

sistema giuridico. La legge deve garantire ad ogni soggetto la possibilità di servirsi dei beni in piena autonomia e libertà; il code realizza altresì un raccordo tra pubblico e privato, tra statalismo e garantismo, tra Costituzione e codice. Si suole individuare la matrice dell'individualismo liberale nel giusnaturalismo secentesco. Le istanze della nascente borghesia avevano trovato solo parziali risposte nella scuola fisiocratica, troppo incentrata solo sulla terra: la libertà come necessità economica è da ritenere anche libertà di scambio e di iniziativa privata nella certezza del diritto. Semplificazione, uniformità, chiarezza e certezza, già trasposte in varie disposizioni del diritto intermedio, vengono accolte e perfezionate dal Code. Portalis evidenzia che le norme successorie del diritto romano, così come dell'*ancien regime* francese, avevano come fondamento diritti politici e nota, ad esempio, che nel diritto romano delle origini l'esclusione delle figlie femmine dalla successione ereditaria poggiava sulla necessità di non inficiare la ripartizione delle terre, mentre - per gli antichi costumi francesi - il diritto successorio rifletteva lo "*spirito di monarchia, che vuole sempre le distinzioni, i privilegi e le preferenze*". Il celebre giurista auspica, dunque, che in tale materia prevalga invece la "*raison civile, che non urta alcuno, che previene le rivalità e gli odi nelle famiglie, che diffonde lo spirito di fratellanza e di giustizia, e che più solidamente conserva l'armonia generale della società*".

I principi illuministi poggiano su un'idea di libertà che si concretizza soprattutto nella visione della proprietà come diritto inviolabile, assoluto, naturale. La proprietà è trasmissibile ma tocca allo Stato - dice il Portalis nel suo primo discorso preliminare al progetto - stabilire, con le sue leggi, *chi e in che ordine* può essere erede, perchè "*... il diritto di succedere in generale è dunque un'istituzione sociale. Ma tutto ciò che riguarda il*

metodo della divisione nelle successioni è solamente di diritto politico o civile".

Il Code Napoléon rivisita, dunque, molte delle regole sopra esaminate approvate durante la Rivoluzione, innanzitutto recependo il malcontento inerente la compressione della facoltà di testare: accese erano state le dispute tra chi sosteneva che la libertà di essere proprietario dovesse necessariamente tradursi in quella di poter destinare i propri beni a chi si volesse e chi invece vedeva la tutela dei diritti ereditari dei figli come rispondente ad un altro principio - non meno valido ed altrettanto rispondente a "natura" - quello della necessaria salvaguardia della propria famiglia.

Il Code Napoléon media tra le due opposte tesi. Se da una parte Portalis ritiene che la legge possa e debba intervenire a stabilire un ordine successorio e che al singolo non può essere lasciata la facoltà di *"rovesciare arbitrariamente l'opera delle leggi"*, dall'altra nota che la legge pone - e giustamente - un principio generale il quale però dev'essere adattato alle *"circostanze variabili della vita"* e dunque lasciare la possibilità al singolo di esprimere - con le sue ultime volontà - la gratitudine o la riprovazione (*"se si teme che vi possano essere padri ingiusti, perchè non dovrà temersi che vi sieno figli snaturati?"*). Si legge ancora nel primo discorso di Portalis: *<< ...la ripartizione eguale de' beni tra figli non diventerà ella stessa una sorgente delle più mostruose ineguaglianze?>>*.

Le scelte del Code si allontanano, dunque, a volte, dagli immediati precedenti, a volte li confermano. Così, rimane fermo il rifiuto delle sostituzioni fedecommissarie che *"fanno dipendere gl'interessi de' vivi dai capricci de' morti, o nelle quali, per volontà della generazione che non è più, la presente generazione si trova sacrificata a quella che dovrà venire"*,

ma si afferma con forza che la libertà di testare dev'essere conservata e non più nei ristretti limiti del "*droit intermédiaire*" (che, peraltro, induceva a condotte elusive dei divieti con simulazioni e frodi di ogni genere).

La soluzione adottata non è scevra da critiche. Il Laurent⁹³ sostiene la giustezza delle soluzioni del 17 nevoso anno II e che la "*vera dottrina*" dovrebbe prevedere che il patrimonio paterno passi integralmente (salvo che per "*alcuni legati remuneratori*") ai figli. Per tale autore, in quest'ambito *"...i Romani non possono esser presi per modello; essi si erano eretti in legislatori supremi nella loro famiglia; esercitavano sui loro figli una potestà illimitata. ciò era allontanarsi dalla legge naturale, la quale vuole che colui il quale ha data la vita ad un figlio gli lasci altresì i suoi beni. (...) Sotto il Consolato già si reagiva contro i principi della rivoluzione; gli autori del codice odierno cederono a questa tendenza reazionaria, estendendo il disponibile, invece di circoscriverlo in confini più angusti"*.

Effettivamente la quota disponibile prevista dal Code Napoléon, per quanto concerne la quantificazione, è sicuramente più ampia. Infatti, la riserva, ai sensi dell'art.913, è prevista in ragione di metà se vi è un solo figlio, un terzo per ciascuno se i figli sono due, un quarto ciascuno se i figli sono tre, se i figli sono quattro o più la disponibile rimane sempre di un quarto. La disposizione è dunque innovativa rispetto alla legge del brumaio.

Un passo indietro si registra nell'eliminazione della parificazione tra figli legittimi e figli naturali i quali sono sì ritenuti membri della città, ma non membri della famiglia. La posizione inerente i figli naturali è una precisa scelta che il legislatore rivendica interamente in quanto si ribadisce che la successibilità non è un diritto naturale ma un diritto sociale interamente regolato dalla legge e non può porsi in contrasto con altre

⁹³ Laurent F., *op. cit.*, vol. XII, p. 21

istituzioni sociali. Il Code Napoléon non li contempla dunque tra gli eredi necessari e neanche nella successione *ab intestato*, salvo che tra i cosiddetti eredi irregolari⁹⁴.

Dal punto di vista soggettivo, il Code prevede tra i riservatari oltre ai figli o ai discendenti (anche per rappresentazione), gli ascendenti. L'art. 915 fissa la parte della disponibile, e quindi la riserva, allorché il defunto lasci degli ascendenti *"Le liberalità per atti tra vivi o per testamento non potranno eccedere la metà dei beni se, in mancanza di figli, il defunto lascia uno o più ascendenti di ciascuna linea paterna o materna; e di tre quarti se lascia ascendenti di una sola linea"*. La riserva è dunque di un quarto per linea. L'art.732 recita: *"La legge non considera né la natura né l'origine dei beni per regolarne la successione"*, il Code, quindi, abbandona la tradizione di alcune *coutumes* che prevedevano, in caso di morte senza figli, che i beni del *de cuius* si dividessero secondo la regola *"paterna paternis materna maternis"*, ovvero che i beni di cui il defunto era, a sua volta, divenuto proprietario per eredità paterna tornassero ai parenti del padre, quelli che gli erano pervenuti dalla madre tornassero a quel ramo della famiglia. Anche per il Code, dunque, come per il diritto rivoluzionario, l'eredità dev'essere considerata un'unica massa, senza distinzione tra beni propri ed acquisiti e tra beni d'origine paterna o materna. La massa unitaria comprendente tutti i beni del *de cuius*, in caso di morte

⁹⁴ Art.756. I figli naturali non sono eredi; la legge non accorda ad essi un tal diritto sopra i beni del loro padre o madre defunti, se non quando siano stati legalmente riconosciuti. Essa non accorda ai medesimi alcun diritto sopra i beni dei parenti del loro padre o della madre.

Art.757. Il diritto del figlio naturale sui beni del padre o della madre defunti, è regolato nel seguente modo.

Se il padre o la madre ha lasciato dei discendenti legittimi, il suo diritto è di un terzo della porzione ereditaria che egli avrebbe conseguito se fosse stato legittimo: è della metà quando il padre o la madre non avessero lasciato discendenti, ma bensì ascendenti, o fratelli o sorelle; è di tre quarti quando il padre o la madre non avessero lasciato nè discendenti nè ascendenti, nè fratelli nè sorelle.

Art.758. Il figlio naturale ha diritto sulla totalità dei beni, quando il padre o la madre non lasciano parenti in grado successibile.

senza discendenti, viene divisa in due parti e una metà devoluta ad ascendenti o collaterali della linea paterna, l'altra metà a quelli della materna.

L'art. 904 prevede poi il caso in cui il disponente sia incapace per età: il minore di età inferiore a sedici anni non può in alcun modo disporre, e ciò riguarda tutti suoi beni; si tratta di una indisponibilità concettualmente diversa rispetto al fondamento della riserva, in quanto non è stabilita nell'interesse di taluni eredi, ma si collega all'incapacità del defunto. Il minore che abbia raggiunto i 16 anni può disporre per testamento sino alla concorrenza della metà dei beni di cui la legge permette al maggiore di disporre.

Tra i riservatari non compare il coniuge. Non è previsto alcun diritto agli alimenti ed addirittura gli articoli 1094⁹⁵ (*Della quota disponibile tra coniugi, allorché il donante non lasci figli di precedente matrimonio*) e 1098⁹⁶ (*Della porzione de' beni che può donare al nuovo consorte l'uomo o la donna che lasci figli di altro letto*) fissano il limite in cui il coniuge può ricevere la c.d. "quota disponibile speciale". Anche la successione *ab intestato* confina il coniuge tra gli eredi irregolari e lo prevede come tale solo in assenza di altri successibili⁹⁷, preferito solo allo Stato. Un regime

⁹⁵ Art.1094. Lo sposo, sia nel contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, potrà nel caso in cui non lasciasse né figli né discendenti da questi, disporre in favore dell'altro coniuge, della proprietà di tutto ciò di cui potrebbe disporre in favore di un estraneo, e potrà pure lasciare l'usufrutto della totalità di quella porzione di cui la legge proibisce disporre in pregiudizio degli eredi.

E nel caso in cui il coniuge donante lasciasse figli o discendenti da essi, potrà donare all'altro coniuge, o una quarta parte dei suoi beni in proprietà, ed una quarta in usufrutto, o la metà di tutti i suoi beni soltanto in usufrutto.

⁹⁶ 1098. Il marito o la moglie che avendo figli di altro matrimonio, ne contrarrà un secondo od ulteriore, non potrà donare al nuovo sposo che una parte eguale alla minore che sia per pervenire ad uno de' figli legittimi, senza che in verun caso queste donazioni possano eccedere il quarto de' beni.

⁹⁷ 767. Quando il defunto non lascia né parenti in grado successibile, né figli naturali, i beni della sua eredità appartengono al consorte non separato da esso per divorzio il quale gli sopravvive.

successorio così rigido nei confronti del coniuge viene giustificato dall'importante contrappeso rappresentato dal regime legale di comunione. In realtà, però, a fronte della comunione dei beni, esiste l'autorizzazione maritale che, limitando la facoltà di disposizione delle donne, assicura al marito comproprietario un controllo sui beni familiari (si noti che anche i frutti dei beni personali ricadono in comunione) e consente la consolidazione delle fortune.

La famiglia, anche per quanto concerne la patria potestà, ripropone il modello statale: all'accentramento statale corrisponde in ambito familiare il potenziamento della figura virile. L'organizzazione verticistica della famiglia e il ritrovato ruolo decisionale del capo famiglia assicurano solidità e potenza economica che dev'essere anche trasmissibile.

Per quanto concerne le donazioni ai riservatari, esse sono rese possibili ma ritenute come fatte in anticipazione di eredità, quindi da doversi conteggiare, nello spirito di tendenziale eguaglianza per tutti gli eredi (tuttavia il disponente può dispensare da collazione⁹⁸).

Altro profilo degno di attenzione concerne la disputa in merito alla natura della legittima secondo il Code, ovvero se essa sia da considerarsi solo un diritto di credito (come tale, da soddisfare anche con beni non ereditari) o come diritto ad una quota di eredità.

Il problema ha coinvolto e tuttora coinvolge l'ambito della successione necessaria, dal diritto romano sino alle odierne proposte di riforma.

Abbiamo già visto che per il diritto romano inizialmente il diritto dei legittimari era solo un diritto alla *pars bonorum*, si era creditori dei beni

⁹⁸ Questa reintrodotta possibilità di donare la disponibile ad un riservatario, di fatto si tradusse nella prassi di favorire uno solo dei discendenti realizzando discriminazioni (basate sul sesso o sulla primogenitura) che si rinvenivano nell'antico regime e che erano - formalmente - vietate

nella qualità di figli per un dovere imposto al padre dalla "natura". Anche dopo l'evoluzione del diritto giustiniano che riconosceva il diritto anche alla qualità di erede, questo rimase distinto dal diritto alla legittima.

La successiva storia legislativa vede il problema affrontato secondo due tendenze antitetiche: l'una mira a riconoscere solo un diritto ai beni, in concreto un diritto di credito, l'altra attribuisce ai legittimari un vero e proprio diritto alla qualità di erede.

Il primo filone si ispira ad una visione della legittima in senso più solidaristico: essa avrebbe il suo fondamento negli obblighi derivanti dal sangue, sarebbe prevista per supportare le esigenze del legittimario ed ha il pregio di non costituire un limite gravoso alla circolazione dei beni ereditari⁹⁹. L'altro filone, subisce il condizionamento della visione germanica dell'erede come designato da Dio, in quanto tale sottratto agli umori variabili del disponente; egli può vantare il suo diritto che gli deriva da un ordine naturale; l'erede non è un mero creditore, è proprietario dei beni che reclama. La qualità che viene in risalto non è quella di "*figlio*" bensì quella di "*erede*". Si è eredi per volontà della legge, la quale, a sua volta, si basa sulla volontà di Dio. Anche in questo caso il sangue rileva ma come criterio d'individuazione.

In relazione al Code Napoléon si constata¹⁰⁰ che il capo III reca come titolo "*Della porzione dei beni disponibile e della riduzione*" indicando subito, all'art. 913, i figli quali riservatari e, nel successivo art. 915, gli ascendenti. Da tale impianto il commentatore deduce che i beni riservati non sono altro che beni che formano la successione. I riservatari dunque sono eredi, hanno tale qualità e ciò si può desumere anche dall'art.

⁹⁹ Magliulo F., *I poteri del testatore nella composizione della legittima*, op. cit., in I Quaderni della fondazione del notariato

¹⁰⁰ Laurent F., op.cit., vol. XII, p. 14

1004 che recita: *"Quando alla morte del testatore vi siano eredi, ai quali è dalla legge riservata una quota parte de' suoi beni, questi eredi, per la di lui morte, entrano ipso jure nell'immediato possesso di tutti i beni dell'eredità, ed il legatario universale deve da essi ripetere il rilascio de' beni compresi nel testamento"*. Leggendo tale norma in combinato disposto con l'art. 724¹⁰¹, si può concludere che i riservatari hanno la proprietà ed il possesso dei beni ereditari perché sono successibili. Il riservatario ha il possesso non come figlio ma come *erede*. Anche l'art. 930 riconosce agli *"eredi"* l'azione di riduzione o rivendicazione¹⁰².

Altre voci dell'epoca si levano tuttavia a sostenere la tesi opposta o cercano di mediare tra le due; così in un noto Commentario al Codice civile italiano¹⁰³, vengono riportate altre tesi: per una la riserva è una porzione del patrimonio paterno attribuita ai figli in quanto figli non in quanto eredi e, di conseguenza, l'azione di riduzione è un diritto personale del figlio; mentre *"...la successione ab intestato è regolata sulla presunta volontà del trapassato, la legittima all'incontro rivela la diffidenza della legge contro il suo disporre arbitrario. In questo secondo aspetto il figlio è in uno stato di opposizione, e si ripete la sentenza di Bigot l'enfant est créancier lui même"*; per un'altra il riservatario è erede, la sua successione una forma di successione *ab intestato* e i figli possono reclamare la riserva non in virtù

¹⁰¹ Art. 724. L'immediato possesso dei beni, diritti ed azioni del defunto, passa *ipso jure* negli eredi legittimi, coll'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditari: i figli naturali però, il coniuge superstite, e lo Stato devono farsi immettere in possesso giudizialmente nei modi, che verranno determinati.

¹⁰² Art. 930. L'azione per la riduzione, o per la rivendicazione potrà promuoversi dagli eredi contro i terzi detentori degli immobili formanti parte delle donazioni, ed alienati dai donatarij, nella maniera medesima, e collo stesso ordine, che si potrebbe proporre contro i donatarij medesimi, e previa l'escussione dei loro beni.

Quest'azione dovrà promuoversi secondo l'ordine di data delle alienazioni, cominciando dall'ultima.

¹⁰³ L. Borsari, *Commentario del Codice civile italiano*, vol. III, Torino, 1874, p. 392 ss.; le due tesi riportate nel testo sono, rispettivamente di Troplong e del Demolombe

del vincolo di sangue, ma in quanto eredi (un discendente o un ascendente, infatti, può essere escluso dal più prossimo).

Vedremo che questa concezione sarà destinata a perdurare nel tempo e a permeare tutto l'impianto anche delle moderne teorie inerenti la successione necessaria, con un portato, tuttavia, di problematiche che troveranno voce nelle proposte di riforma più recenti.

d) Le legislazioni preunitarie

Il Code Napoléon viene imposto anche in Italia a seguito delle campagne di conquista: la ferma decisione di Bonaparte di non dare spazio alle legislazioni locali comporta il recepimento nella penisola della legislazione francese.

Poche le novità legislative introdotte durante il triennio giacobino nella nostra terra e, quindi, il Code appare carico di una grande portata innovativa. L'impianto romanistico del Code rappresenta un elemento a favore della sua applicazione come anche la corrispondenza agli interessi della borghesia (che anche qui si va consolidando) delle norme relative al diritto di proprietà e la possibilità che i beni, sgravati da oneri, possano liberamente circolare. Altrettanto facilmente sono accolte tutte quelle norme che riflettono, pur con qualche innovazione, i costumi sociali (quali i rapporti con i figli e la subordinazione della donna). Il Code incontra qualche difficoltà di recepimento, invece, in relazione a determinati istituti quali il divorzio e la laicizzazione del matrimonio ritenuto un sacramento.

La Restaurazione vede l'emergere della volontà di staccarsi dal Code. Militano a favore di questi tentativi, non solo ragioni politiche, ma anche ideologiche: lo storicismo sostiene, infatti, che il diritto si deve fondare sulle specifiche tradizioni di un popolo¹⁰⁴ (il pensiero storicista aveva contrastato la recezione della legislazione rivoluzionaria durante il triennio giacobino, condannando l'astrattismo che pretendeva di imporre a nazioni diverse strutture eguali). Tali posizioni diventano così portavoce, più o meno inconsapevoli, del potere restaurato. Le idee di Savigny attecchiscono parzialmente in Italia, perché non sradicano l'idea della codificazione: i sovrani restaurati illuminati rifiutano l'idea di Costituzione, ma accettano quella di codificazione.

Si avviano, così, tentativi di dare agli italiani dei codici sostitutivi.

In questo periodo vengono promulgati quattro codici in altrettanti Stati restaurati che, tuttavia, presentano pochi apporti sostanziali innovativi rispetto al Code Napoléon che, nonostante tutto, rimane il modello cui essi si ispirano.

Nel 1819 viene approvato il codice del Regno delle Due Sicilie, nel 1820 quello del Ducato di Parma, nel 1837 è la volta del Codice civile del Regno di Sardegna - promulgato dal re Carlo Alberto e per questo detto Codice Albertino-, nel 1851 anche il Ducato di Modena e Reggio Emilia si dota del suo Codice civile.

Nel Regno delle Due Sicilie un editto del 1815 aveva già provvisoriamente lasciato in vigore il Code Napoléon avendo cura tuttavia di abrogare le norme relative al matrimonio e al divorzio¹⁰⁵; nel 1819 un

¹⁰⁴ C. Ghisalberti, *Istituzioni e società civile nell'età del Risorgimento*, Roma-Bari ed. digitale 2015

¹⁰⁵ Anche nel Ducato di Lucca il Code, dopo la Restaurazione, non venne abrogato, ma le norme sugli atti dello stato civile, sul divorzio, sul matrimonio dei figli e dei minorenni erano state prontamente espunte dall'ordinamento

nuovo codice sostituisce i codici francesi, ma, in realtà, si tratta di una sostituzione solo formale.

Tutti i quattro Codici preunitari sostanzialmente rappresentano un'imitazione del Code con discordanze riscontrabili in ambito familiare (con le abrogazioni già avvenute nel 1815) e successorio.

Le novità più significative in ambito successorio riguardano la misura della quota di legittima: il sistema francese aveva elaborato una scala graduale proporzionale al numero di figli, invece il codice Napoletano¹⁰⁶ e quello Estense¹⁰⁷ prevedono una quota di riserva invariabile. Il Codice Albertino contempla per i figli (art.719) solo due quote di riserva (un terzo nel caso di uno o due figli, metà se i figli sono più numerosi), una sola (pari ad un terzo) per gli ascendenti (art.722). Più articolata la disciplina del codice Parmense che all'art. 641 prevede che la disponibile sia pari ad un terzo se il de cuius lascia un figlio, alla metà se i figli sono due o tre, ai due terzi se i figli sono in numero superiore; gli articoli 640 e 645 prevedono che la disponibile sia pari a metà se il defunto, in mancanza di figli, lascia come superstiti sia il padre che la madre, pari a tre quarti se è vivente solo uno dei genitori; gli articoli 646, 647, 648 riguardano le quote di riserva per gli ascendenti.

Quanto ai figli naturali, questi subiscono un ulteriore peggioramento della loro condizione: l'art.851 del codice Parmense, l'art.950 del cod. Albertino, l'art. 928 del codice Estense, contemplano a vantaggio dei figli naturali che concorrono con figli legittimi o loro discendenti solo il diritto agli alimenti; il codice napoletano, nell'ambito delle successioni legittime, prevede per i figli naturali riconosciuti, una quota minore (la metà) rispetto a quella dei figli legittimi (agli adulterini e agli incestuosi, spettano solo gli

¹⁰⁶ Artt.829, 830, 831,832 Codice del Regno delle Due Sicilie

¹⁰⁷ Artt. 831,832,833,834,835 Codice del Ducato di Modena e Reggio

alimenti) e, nell'ambito delle testamentarie (art.824) si stabilisce che i figli naturali non possono ricevere per testamento o donazione più di quanto la legge prevede nell'ambito delle successioni legittime.

I quattro codici si differenziano dal Code Napoléon anche per il regime previsto per il coniuge; in merito, a loro volta, ciascuno di essi presenta soluzioni diversificate. Il codice borbonico riconosce al coniuge una quota a titolo di alimenti (in misura varia a seconda del numero di figli), ma solo qualora il coniuge superstite versi in condizione di povertà¹⁰⁸; si discute se tale diritto sia prettamente alimentare o abbia natura successoria, soluzione per la quale la giurisprudenza e la dottrina dell'epoca propendono¹⁰⁹. L'art. 659 del Codice Parmense prevede una riserva a favore del coniuge pari alla quarta parte dei beni del defunto in usufrutto solo però in mancanza di figli e se il superstite è in condizioni di povertà¹¹⁰; il Codice Albertino contempla nell'ambito delle successioni legittime un trattamento apparentemente più favorevole in quanto sganciato dalla ricorrenza di alcuna condizione (stato di povertà, mancanza di figli)¹¹¹, tuttavia, il coniuge non è contemplato anche tra i riservatari e ciò rende, in concreto, più fragile la sua posizione¹¹²; anche nel Ducato di Modena è previsto - tra le riserve- solo un diritto "congruo" agli alimenti per il coniuge povero e senza figli (art. 836).

¹⁰⁸ Ciò ai sensi dell'art 689 (disposizione che non viene riprodotta nell'ambito delle riserve sebbene si ritenesse che essa avesse anche tale funzione)

¹⁰⁹ Laurent F., *op. cit.*, vol. IX, Appendice II, Na, Roma, Mi, 1881, p.168

¹¹⁰ Nell'ambito della successione ex lege l'art. 857 di tale codice prevedeva che il coniuge potesse ereditare solo in assenza di parenti fino al dodicesimo grado e figli naturali

¹¹¹ Gli artt 959 e 960 prevedevano, infatti, rispettivamente, l'attribuzione al coniuge della quarta parte (o minore se i figli erano più di tre) del patrimonio in usufrutto se in concorso con i figli, in proprietà se in concorso con parenti entro il dodicesimo grado e con figli naturali

¹¹² Laurent F., *op. cit.*, vol. IX, Appendice II, p.168: "...quel codice suppose che il moriente non avrebbe omesso di fare lascito specialmente in usufrutto al compagno o ad alla compagna di tutta la sua vita, ove ne fosse in bisogno, od almeno di farne debita e grata ricordanza. Ma il concetto del legislatore andò quasi sempre fallito".

Occorre completare il quadro della legislazione preunitaria con l'esame della situazione nel Lombardo Veneto, nello Stato Pontificio, nel Granducato di Toscana.

Tutti questi Stati hanno anch'essi abrogato il Code Napoléon, ma optando per soluzioni diverse in sua sostituzione: il Lombardo Veneto ha adottato il Codice civile austriaco; mentre gli altri due Stati hanno richiamato in vita le leggi anteriori, il diritto romano comune ed il diritto canonico (in Toscana le leggi granducali e nello Stato Pontificio le costituzioni papali). I due Stati approvano anche delle nuove leggi inerenti varie materie tra cui anche l'ambito successorio e di famiglia.

La legge del 18 agosto 1814 del Granducato di Toscana prevede tra gli eredi legittimi i soli figli maschi (non i naturali che ereditano solo in mancanza di altri parenti, preferiti solo al coniuge ed allo Stato; in concorso con i figli legittimi hanno diritto solo agli alimenti), le femmine ereditano solo in mancanza di maschi¹¹³ ma, se escluse, sono contemplate tra i legittimari. E' prevista una riserva a favore dei figli variabile in ragione del loro numero¹¹⁴.

Anche nello Stato Pontificio¹¹⁵ i maschi -sia in linea discendente che ascendente - sono preferiti alle femmine; alle figlie è riservato il diritto alla congrua dote.

Il Codice austriaco è ispirato a criteri diversi: nell'ambito della successione legittima le donne ereditano al pari degli uomini, l'eredità si divide in parti eguali tra i figli (i figli naturali ereditano dalla madre ma non

¹¹³ F. Forti, *Trattati inediti di giurisprudenza*, Firenze, 1864, p. 63: "L'Editto successorio del 18 agosto 1814 (...) ha stabilito delle preferenze per il sesso mascolino e per l'agnazione"

¹¹⁴ *Editto 18 agosto 1814* art. XXXIII: "La legittima dei figli e discendenti consiste in quattro onces della libera eredità del defunto se son quattro o meno, cinque onces se cinque, in sei onces se sei o più"

¹¹⁵ *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili emanato Papa Gregorio XVI il 10 novembre 1834*

dal padre). Al coniuge che concorre con tre o più figli spetta l'usufrutto su una quota pari a quella di ciascun figlio, la quota è pari ad un quarto se i figli sono uno o due (il codice sottolinea che tale diritto del coniuge prescinde dalle sue condizioni economiche); il coniuge eredita il quarto dei beni in piena proprietà se concorre con altre categorie di eredi (i successibili *ex lege* sono contemplati sino alla sesta linea); in mancanza di altri eredi, al coniuge è devoluta l'intera eredità in proprietà; al coniuge non spetta alcuna quota di riserva, solo il mantenimento se necessario. I figli e gli ascendenti del *de cuius* sono, invece, eredi legittimari: la quota di riserva è pari alla metà di quanto previsto a titolo di successione *ab intestato* per i figli, ad un terzo per gli ascendenti.

Anche per quanto riguarda il fedecommesso, gli Stati restaurati segnano, generalmente, un passo indietro rispetto alle legislazioni precedenti reintroducendo l'istituto per assecondare il desiderio delle famiglie nobili di vincolare i patrimoni familiari destinandoli ai primogeniti maschi.

La Restaurazione sembra aver riportato indietro l'orologio della storia anche in ambito successorio, in realtà le leggi accompagnano l'emergere (o riemergere) di interessi e valori che permeano i gruppi sociali.

Il liberismo economico si concretizza in una compagine familiare nuovamente chiusa e sessista, protesa alla formazione e tutela dei patrimoni da trasmettere più integri possibile per assicurare stabilità e capacità d'investimento e sviluppo.

L'unità d'Italia di fatto non intaccherà questo assetto valoriale e i cambiamenti saranno apparenti: il primo codice unitario si muoverà in un solco già profondamente tracciato.

e) Il Regno d'Italia e le sue codificazioni

La IV sezione del II capo del III libro del codice civile del 1865 reca come rubrica " *Della porzione di cui si può disporre per testamento*" e, immediatamente sotto, il I paragrafo "*Della porzione legittima dovuta ai discendenti ed agli ascendenti*". Si apre così la parte del codice civile del 1865 - primo codice unitario - dedicata alla successione dei legittimari.

Come tutto il codice, anche il minisistema successorio presenta forti analogie con il Code Napoléon e qualche elemento di differenziazione.

Sin dall'uso del termine prescelto per indicare la quota di beni di cui il testatore non può disporre - "legittima" e non "riserva"- desumiamo le scelte compiute dal legislatore unitario in ambito successorio, più precisamente inerenti la successione necessaria. Abbiamo visto che il vocabolo "riserva" viene utilizzato nel diritto consuetudinario francese a preferenza di quello di "legittima" perché ritenuto più efficace per indicare la necessità della conservazione dei beni aviti del *de cuius* (quindi non anche di quelli da lui acquisiti e sempre nel rispetto del principio *paterna paternis materna maternis*) all'interno della famiglia¹¹⁶. Tale termine includeva il riferimento ad una proprietà precedente e quindi "riservare" finiva con il sottintendere una sorta di "conservazione" dei beni di famiglia a cui il legittimario aveva diritto (idea che aveva trovato la massima concretizzazione nel diritto germanico). L'uso della parola "legittima" in luogo di "riserva", adottato dal legislatore italiano riconduce invece al concetto di una porzione che la legge sottrae alla disponibilità del testatore a vantaggio di figli (o discendenti o ascendenti) che devono essere mantenuti in vita così come dopo morte. La legge non prevede un potere di

¹¹⁶ L. Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, Libro III, Torino, 1874, p. 387 ss.

diseredazione illimitato ed incontrollato, al contrario¹¹⁷, disciplinando le cause d'indegnità da una parte e la quota indisponibile dall'altra, crea un sistema di efficace tutela.

Il nuovo codice risolve in modo testuale la diatriba sulla natura della successione dei legittimari (*pars bonorum* o *quota hereditatis*), strettamente collegata alle due idee ispiratrici della ragione, della giustificazione dell'esistenza stessa di un tale limite al potere di disposizione del *de cuius* che tanto aveva occupato i giuristi nell'esame del Code Napoléon. L'art. 808 del codice italiano recita: *"La porzione legittima è quota di eredità; essa è dovuta ai figli, discendenti e ascendenti in piena proprietà e senza che il testatore possa imporvi alcun peso e condizione"*.¹¹⁸

Ma la dottrina¹¹⁹ continua a soffermarsi su tale concetto per chiarire che il legittimario è erede ma *"non è propriamente né in ogni caso erede del defunto"*; la legittima, si nota, è quota di eredità, ma non di eredità intestata (con la quale la legge dispone *"per autorità propria dell'intera successione"*), né di eredità testata (perché *"...anzi è talmente fuori di essa, che ha la missione di restringere il soverchio delle liberalità fatte dal testatore e dal donante che, sotto questo aspetto, si considerano come disposizioni di ultima volontà. Non può essere la eredità del defunto quella*

¹¹⁷ L. Borsari, *nell' op. cit.*, p. 389, nota: "La illimitata e sfrenata podestà del padre venne infatti corretta col dovere della diseredazione, opposto alla preterizione ch'era l'ultimo dispregio del diritto di natura. Quando poi la stessa diseredazione venne regolata e resa dipendente dalla gravità delle cause che potrebbero giustificarla, la tutela dei figli contro il dispotico potere dei padri apparve compiuta".

¹¹⁸ F. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, vol III, Torino, 1885, p. 2: "Vero è che la legge limita la facoltà di disporre delle cose proprie per atto d'ultima volontà, coll'avere stabilito una quota di riserva a favore di un determinato ordine di persone; però s'ingannerebbe chi derivar facesse il diritto alla legittima da un diritto di comproprietà riconosciuto dalla legge ai legittimati sui beni del *de cuius*. La legittima non altro rappresenta, secondo lo spirito del legislatore patrio, se non l'adempimento di un dovere morale a favore di certe persone a noi congiunte con i vincoli più stretti di sangue; ma l'esistenza di questo obbligo non conferisce alle persone, a cui favore l'obbligo è imposto, alcun diritto reale sulle cose di colui che è obbligato; tanto è ciò vero che costui può, finché è in vita, alienare tutto il suo patrimonio, dissiparlo, togliendo per tal guisa ai suoi eredi legittimari la quota, cui essi avrebbero diritto."

¹¹⁹ L. Borsari, *op. cit.*, p. 403

che vi sta in contrasto e in opposizione"). Si conclude, dunque, che la riserva farebbe coesistere due forme di eredità, la testata riconducibile alla volontà del testatore, la necessaria fondata sul solo volere della legge. La legittima è dunque quota di eredità ed il legittimario "erede della legge" in quanto è la legge che lo rende tale ed è "erede del sangue" perché in ciò si rinviene la causa, la ragione della scelta normativa. L'espressione usata, dunque, - legittima - giova a rimarcare che si tratta di una "...porzione che viene dalla legge, sottratta alla disponibilità dell'uomo". Tale porzione ha natura "reale".

Il codice del 1865 introduce delle novità rispetto al Code Napoléon e ad alcune delle legislazioni preunitarie sopra esaminate per l'ammontare della quota. Come già visto, spesso era stato utilizzato il sistema proporzionale con varie declinazioni: in alcuni casi esso parametrava la porzione legittima ad una quota della parte che sarebbe toccata all'erede nella successione *ab intestato*, altre volte si stabiliva come porzione delle sostanze ereditarie ragguagliata al numero di figli (o di altri legittimari). Il codice italiano opta invece per il criterio dell'invariabilità ritenendo che, accettando l'opposto sistema della variabilità della quota, il rischio è che questa si possa eccessivamente assottigliare e rendere apparente la tutela del singolo legittimario. L'art. 805 recita dunque: *"Le liberalità per testamento non possono oltrepassare la metà dei beni del testatore, se questi morendo lascia figli, qualunque sia il numero dei medesimi. L'altra metà è riservata a vantaggio dei figli e forma la loro porzione legittima"*.

I figli dunque sono sicuramente legittimari. Resta da chiedersi se tra essi sono contemplati anche i figli naturali. In merito, il legislatore del 1865 introduce novità interessanti. I figli naturali riconosciuti sono legittimari, sebbene in quote diverse rispetto ai figli legittimi; ma prima di passare ad

esaminare tale quantificazione è interessante soffermarsi piuttosto sull'art. 818 che recita: *"La porzione dovuta al coniuge ed ai figli naturali non porta diminuzione della legittima spettante ai discendenti legittimi od agli ascendenti e forma così una detrazione della parte disponibile"*. Si tratta quindi di un'ulteriore quota indisponibile che viene a gravare, restringendola, su quella metà della quale altrimenti il testatore avrebbe potuto liberamente disporre. Il sistema, dunque, palesa una forte tutela dei figli legittimi e degli ascendenti che non devono vedere decurtato quanto loro spettante dalla presenza di figli naturali ed altresì introduce una tutela di questi ultimi. La porzione spettante ai figli naturali, ai sensi degli artt. 815 e 816 ammonta alla metà o ai due terzi della quota che sarebbe loro spettata se fossero stati legittimi a seconda che siano o no in concorso con ascendenti e figli legittimi.

Tuttavia, l'art. 927 dispone che i figli naturali debbano chiedere il possesso dei beni ereditari ai legittimi, i quali (art. 744 secondo comma) possono soddisfare la loro quota in denaro o in beni immobili ereditari a loro scelta: da tale disposizione si può evincere con chiarezza una netta preferenza per la famiglia legittima all'interno della quale si mira a mantenere i beni¹²⁰: interessante, in merito, il giudizio critico di autorevole

¹²⁰ G. Chiodi, *Sempre più uguali i diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, 2013, Milano, p. XIX: "...emerge lo sforzo di conciliare il principio morale e giuridico di responsabilità a carico dei genitori naturali, nonché il vincolo di sangue (dai quali non potevano non scaturire diritti successori, quanto meno per i figli naturali riconosciuti), con il rispetto dovuto alla famiglia legittima, intesa, con accenti di sapore hegeliano (ma con delle varianti significative, acutamente notate da Luigi Mengoni in alcune importanti pagine del suo libro sulle successioni legittime), come «organismo etico», dotato di finalità proprie e distinte rispetto a quelle dei singoli componenti, e fondamento non solo politico, ma anche «razionale» della successione legittima. Si potrebbe ripetere quanto ha scritto un acuto indagatore come Arnold Hauser ad altro riguardo (*Sozialgeschichte der Kunst und Literatur*, München 1956, trad. it. *Storia sociale dell'arte*, II, Torino 1979, p. 322), che qui, 'ammantata di idealismo', emerge «l'idea della famiglia come scudo della società borghese, contro le pericolose intrusioni dall'esterno e gli elementi disgregativi interni». Riposto tale fondamento nell'interesse superiore della famiglia; risolto il conflitto tra natura e ragione; spogliata la successione legittima da ogni scoria individualistica e successivamente anche espunto, nelle pagine di Santoro-Passarelli, «l'evanescente fantasma della comproprietà familiare» in senso etico, che contaminava la purezza giuridica del concetto; assegnato al legislatore il dovere

dottrina dell'epoca¹²¹ che sottolinea che *"quando dunque la legge facoltizza l'un erede a pagare all'altro la sua quota in danaro o mediante beni immobili, non detta già una disposizione concernente la modalità del diritto, ma altera il diritto stesso nella sua essenza, sostituendogli un obbiettivo diverso (...) dunque la disposizione dell'articolo 744, anziché riferirsi alla modalità del diritto, si riferisce alla sua essenza od al suo quantum"*. Lo stesso autore chiarisce altresì che *"il movente che ha determinato il legislatore a dettare questa disposizione, noi lo troviamo nel frazionamento eccessivo della proprietà che si è voluto evitare (...) e nel favore accordato ai figli legittimi dando loro facoltà di ritenere le cose costituenti il retaggio paterno."* Ancora l'art. 746 prevede l'obbligo per i figli naturali di imputare all'asse ereditario quanto ricevuto in vita dal de cuius, malgrado ogni dispensa. I figli naturali, poi, sono colpiti da una sorta di incapacità parziale ad essere contemplati nel testamento; quelli non riconosciuti possono conseguire per testamento solo gli alimenti (art. 767), quelli riconosciuti *"...non possono ricevere per testamento più di quanto la legge attribuisce loro per successione intestata"*.

Anche il coniuge gode, nel nuovo sistema, di una riserva che, ai sensi dell'art.818, non intacca quella degli altri legittimari: gli artt. 812, 813, 814¹²² prevedono le varie quote a questo spettante rispettivamente in

primario di tutelare la famiglia legittima, non restava che trarne le conseguenze. La concezione istituzionale della famiglia offrì la giustificazione del sacrificio delle ragioni della persona, dell'individuo o degli affetti sull'altare dell'interesse sociale. D'altra parte, se la procreazione fuori del matrimonio era avvertita come un fatto immorale e veniva comunemente rappresentata come una minaccia alla stabilità della famiglia legittima (e quindi dell'ordine sociale), l'attribuzione di alcuni diritti successori ai figli naturali, purché nei limiti in cui ne era consentito il riconoscimento o la dichiarazione e lungi dal voler prefigurare la «anormale condizione etica e sociale» di una «doppia famiglia» (Filomusi Guelfi), si consolidò, nella sfera ideale borghese, anche come un imperativo morale".

¹²¹ F. Ricci, *op. cit.*, vol. III, pp. 64- 188

¹²² Art. 812: "Il coniuge contro cui non sussista sentenza di separazione personale passata in giudicato, ha diritto sull' eredità dell' altro coniuge, nel caso che questo lasci figli legittimi o loro discendenti, all' usufrutto di una porzione uguale a quella che spetterebbe a ciascun figlio a titolo di legittima, comprendendo nel numero dei figli anche il coniuge."

concorso con i figli, con gli ascendenti o in assenza di essi. Si tratta sempre, però, di quota non in proprietà ma in usufrutto, ma tanto basta per affermare¹²³: *"Sarà sempre uno dei pregi più notevoli del Codice italiano l'aver innalzato lo stato del coniuge nell'ordine civile"*.

Dopo la Grande Guerra, si comincia a discutere di un rinnovamento del codice del 1865, già inciso da alcune riforme settoriali¹²⁴.

Le trasformazioni socio economiche con il progressivo affermarsi della grande industria ed il conseguenziale appannarsi dell'importanza della ricchezza immobiliare, nonché la crisi ideologica che aveva travolto l'individualismo liberale ottocentesco, il problema di unificare la materia civile includendo nel codice anche il diritto commerciale, l'affermarsi del corporativismo ed infine - ma non certo ultima - la pretesa necessità di una "fascistizzazione" del settore, sono gli elementi che portano all'elaborazione del nuovo codice, tuttora vigente.

In realtà lo studio degli intenti del regime fascista in ambito civilistico meriterebbe un'analisi più ampia. Se è certo e palese lo scopo di trasformare le istituzioni pubbliche per creare una dittatura (opera ampiamente compiuta stravolgendo le istituzioni previste dallo Statuto Albertino con le c.d. Leggi fascistissime) e quindi sopprimere qualunque forma di liberalismo politico, non altrettanto forte appare la motivazione in ambito civile dove, abbandonati i fervori rivoluzionari degli esordi, il liberismo economico finisce con l'essere condiviso soprattutto sotto il

Art. 813: "Se il testatore non lascia discendenti ma ascendenti, la parte riservata al coniuge è il quarto in usufrutto."

Art. 814: "La quota di usufrutto del coniuge è il terzo, quando il testatore non lascia né discendenti né ascendenti aventi diritto a legittima"

¹²³ L. Borsari, *op.cit.*, p. 427 sub. art. 814

¹²⁴ Tra queste, possiamo ricordare: la legge n. 4167 del 1877, che concesse alle donne la capacità di testimoniare negli atti pubblici e privati, la legge 6.12.1877, n. 4166 che abolì la carcerazione per debiti, l'abolizione dell'autorità maritale (1919), modifiche alla disciplina delle successioni, con la limitazione della successione legittima (ab intestato) ai parenti entro il sesto grado

profilo della tutela della proprietà, dell'iniziativa economica¹²⁵ e dell'impianto autoritario della famiglia. Sottrattosi alle pressioni più forti del regime fascista¹²⁶, dunque, il codice ha potuto varcare la soglia della Repubblica democratica che nasce sulla base della Costituzione del 1948.

f) Dal 1948 riforme e proposte

L'entrata in vigore della Carta Costituzionale con il portato profondamente innovativo dei suoi principi fondamentali avrebbe dovuto comportare la necessità di immediati interventi di modifica: d'altra parte il diritto si modella e plasma di continuo per adempiere all'indiscutibile funzione di costante realizzazione degli interessi sociali.

In specie la Costituzione avrebbe dovuto avere un impatto dirompente sulla legislazione ordinaria in ambito familiare e successorio: il principio d'uguaglianza (art.3 Cost.) ma anche il tenore dell'art. 29 Cost. avrebbero dovuto indurre il legislatore ad una revisione del codice civile, che invece si fece attendere ben 27 anni.

La riforma del diritto di famiglia ha avuto, come vedremo, notevoli riflessi in campo successorio per le ovvie correlazioni esistenti tra i due ambiti.

Come già sottolineato, per la dottrina tradizionale, la *ratio* posta alla base della successione necessaria è quella della tutela degli interessi

¹²⁵ A. Somma, *Liberale in camicia nera. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*, in Bol. Mex. Der. Comp. vol. 38 no.112 México ene./abr. 2005; N. Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003

¹²⁶ M. D'Addio, *Giuseppe Capograssi (1889-1956) lineamenti di una biografia*, Giuffrè, 2011, riferisce (pp. 114 ss.) che nel marzo del 1936 e poi nel marzo del 1937, in occasione delle discussioni alla Camera sul bilancio della Giustizia, Carlo Costamagna ma anche Suppiej e Bigini lamentano che il ministro Solmi stia promuovendo una riforma del codice civile che di fatto non evidenzia elementi di rottura con "la tradizione di carattere individualistico e liberale del codice del 1865" finendo con il sostanzarsi in una sorta di mero aggiornamento tecnicistico; da più parti si propugnava la formulazione e l'adesione a chiari principi fascisti. Contro queste proposte si levò netta l'opposizione di una serie di giuristi, nonché lo stesso Ministro Solmi e Azzariti, capo dell'ufficio legislativo del Ministero della giustizia.

superiori della famiglia. Ci si deve chiedere, però, se questa origine valoriale posta come base giustificativa sia ancora attuale oppure se, invece, oggi si ponga il problema della valorizzazione di interessi diversi che suggeriscono un superamento dei limiti di legge.

Nuove categorie e nuovi istituti hanno parzialmente eroso il sistema successorio. L'avvicinarsi di tali interventi palesa una necessaria evoluzione delle successioni collegata non solo all'entrata in vigore della Costituzione ma, anche, alla complessità dei meccanismi della globalizzazione dei mercati nonché all'evolversi del contesto capitalistico. Da una società liberista ma fondamentalmente basata sulla ricchezza immobiliare (che andava custodita e trasmessa nella sua integrità), siamo passati ad una società in cui la ricchezza- divenuta fondamentalmente mobiliare e finanziaria- impone sempre minori vincoli conservativi.

Queste trasformazioni socio economiche hanno avuto ed avranno un impatto sempre più determinante sugli istituti in esame tanto da far sorgere domande sulla validità e sulla valenza attuale della funzione di alcuni di essi.

L'individuazione dei nuovi interessi sociali emergenti e dei nuovi modelli che essi impongono hanno determinato un ordito normativo complesso e talvolta non molto coerente, contraddistinto dal pluralismo dei principi fondamentali che si confrontano, determinando spesso una sorta di sgretolamento e trasformazione profonda delle categorie civilistiche tradizionali.

Tutto ciò è acuito anche dal fatto che il minisistema delle successioni presenta intense connessioni con altri istituti e campi d'indagine: con il diritto di proprietà, con il quale condivide anche la tutela costituzionale (art. 42 Cost.) e di cui la successione costituisce strumento di trasferimento a

titolo derivativo; con le obbligazioni (il testamento stesso è espressione di autonomia e di libertà negoziale¹²⁷) e soprattutto con il diritto di famiglia. Non a caso ogni riforma inerente il diritto di famiglia comporta adeguamenti in ambito successorio¹²⁸.

Il diritto di famiglia rappresenta il nocciolo duro del diritto privato degli Stati poiché è quella branca del sistema che più delle altre risente della tradizione e degli sviluppi socio-culturali locali¹²⁹. La dottrina maggioritaria¹³⁰ attribuiva la “rigidità” dell’ istituzione matrimoniale al fatto che questa fosse stata per lungo tempo strettamente legata alla tradizione giudaico-cristiana. A seguito dell’entrata in vigore della Costituzione e della partecipazione sempre più ampia dell’Italia alla Comunità Internazionale, si

¹²⁷ Inoltre oggi si palesa anche, da parte dei soggetti disponenti, un significativo spostamento delle modalità di destinazione dei propri beni dalle regole della successione all’ambito contrattualistico.

¹²⁸ G. Zanchi, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in www.juscivile.it, p. 702 “Questa forte caratterizzazione sistemica spiega la ragione per la quale il diritto successorio costituisce un segmento normativo tendenzialmente statico, innervato com’è sulla tradizione e sui valori che esprime la società di riferimento. Per queste stesse ragioni, esso manifesta anche le maggiori resistenze all’innovazione legislativa, cedendo spesso alla tentazione di rinchiudersi a difesa di un diritto positivo reputato sostanzialmente intoccabile perché espressione di valori dichiaratamente irrinunciabili”

¹²⁹ G. Gabrielli, *Il regime successorio nella famiglia* in *Dir. famiglia*, fasc. 4, 2005, p. 1285 “Avanza...la creazione di un diritto europeo uniforme nel campo degli atti fra vivi...nulla di simile si è ancora concretato... [nel]la disciplina dei rapporti familiari e della successione per causa di morte...espressione immediata della cultura di un popolo, formatasi nel corso dei secoli sotto l’ influsso di vicende storiche diverse”; N. Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario* in *Famiglia*, fasc.1, 2006, p. 1, sottolinea “L’evoluzione del nostro sistema giuridico verso un ordinamento a fonti molteplici, alcune delle quali di derivazione comunitaria, ha incontrato, nella tensione dei giuristi verso il necessario inquadramento sistematico, stagioni diverse di crescente difficoltà...Nel momento...in cui l’attenzione degli organi comunitari si sposta... sul terreno della persona e dei suoi attributi, nell’auspicata tensione ...verso una Costituzione europea, si apre per il giurista una stagione di nuove difficoltà. Quando cioè l’enunciato, quale che ne sia la fonte, incide su modelli culturali, su radicati criteri di valore, su profili che intaccano la sostanza degli indici valutativi sui quali ciascuno di noi ritiene di incentrare le coordinate fondamentali del suo vivere, il problema non è più semplicemente quello relativo all’individuazione del testo da interpretare, ma modifica il contesto cui riferire la soluzione interpretativa. Ed allora la soluzione non può più essere trovata in base a formule o ad equilibrismi verbali.”

¹³⁰ S. Rodotà e C. Rodotà, *Il diritto di famiglia*, in *Ritratto di famiglia degli anni ’80*, a cura di Acquaviva S., Roma-Bari, 1981, pp. 161 ss.; N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013

è progressivamente verificata una laicizzazione dello Stato che si fonda, oggi, su un pluralismo di valori ormai riconosciuti¹³¹.

Oggi, quindi, la famiglia è una realtà ben più complessa di quella del 1942; i rapporti tra regola ed eccezione si sono invertiti e la visione pluralista, dapprima riferita all'istituto giuridico della proprietà con il celebre passaggio "*dalla proprietà alle proprietà*"¹³², ben si attaglia anche all'attuale concezione della "*famiglia*" che deve anch'essa ormai essere intesa in senso pluralistico¹³³.

La famiglia, disciplinata secondo categorie generali in un'ottica veteropatrimonialistica, tende invece verso un modello fondato

¹³¹ M. Di Masi, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia* n. 3/2018 Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa, Pacini Giuridica, pp. 242 ss. L' A. evidenzia, in particolare, due fasi di cd. "secolarizzazione del diritto di famiglia": la prima 1975-2004 circa, la seconda 2010-ad oggi. La "prima fase...[è] caratterizzata dal lento recepimento dei principi costituzionali all' interno dei rapporti familiari...[si consolida l'] identità femminile e la liberazione dello stesso corpo femminile, [la] seconda fase...pone al centro il soggetto debole per definizione, il minore, e...schiude infine l' accesso alla famiglia stessa."

¹³² S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 145 il prezioso contributo si sostanzia in una rilettura dell' istituto della proprietà (art. 832 cod. civ), frutto della politica liberista, alla luce dell' art. 42 Cost. secondo il quale il diritto di proprietà non è più un diritto connaturato all' essere umano ma esiste nella misura e nei modi in cui la legge consenta che esista. Da qui l' opinione in base alla quale non si può parlare di proprietà ma delle proprietà, non vi è un precostituito diritto di proprietà perché la legge, a seconda del bene che viene in rilievo, conforma in modo diverso i diritti di proprietà; F. Vassalli, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in *Studi giuridici*, Milano, 1960, II.

¹³³ E. Quadri, *Matrimonio, unione civile, convivenze*, in NGCC n. 1/2020, p. 138 ss.; P. Rescigno, *La famiglia tra autonomia e regole giuridiche* in Studi in onore di Marco Comporti Vol. III, 2008, p. 2295 "Anche per il matrimonio e la famiglia sembra avvenire ciò che in precedenza era accaduto a molti istituti qualificanti del diritto patrimoniale:...a fronte di una disciplina apparentemente unitaria, una disamina attenta riveli nella realtà...la moltiplicazione di statuti particolari... [nel 1942] non si pensava che constatazioni dello stesso tenore potessero imporsi anche in materia di matrimonio e famiglia...l' esistenza di famiglie al plurale, ciascuna delle quali portatrice non solo di propri interessi e esigenze, ma anche di una propria conformazione e struttura, più o meno lontana dal modello legislativo...Qualche giurista, capovolgendo...la scoperta ha [sostenuto] che pluralità di famiglie significhi -addirittura- assenza della famiglia come istituto"; P. Rescigno, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, 1 ss; V. Scalisi, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *Categorie e istituti del diritto civile dalla transazione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 211 ss. "L' etnocentrismo della cultura giuridica che ha predicato l' assolutezza e perennità della famiglia fondata sul matrimonio dovrebbe cedere il passo ad una cultura del pluralismo, necessariamente portata a relativizzare e a storicizzare le istituzioni della nostra tradizione"

"sull'equilibrio delle libertà", sulla logica dei "distinti e non dei contrari"¹³⁴.

Il mutamento, quindi, del quadro della famiglia dovrebbe maggiormente ripercuotersi sulle vicende successorie¹³⁵ che, nonostante cerchino una risposta al confronto dialettico tra posizioni passate e future, continuano a basare la propria normativa sulla famiglia tradizionale¹³⁶.

Il principio di unità delle successioni transita attraverso i secoli legandosi a questo fondamento familiare costituendo un ovvio corollario della funzione di trasmissione della ricchezza intrafamiliare nella sua integrità. Solo dunque riconoscendo che ormai la famiglia ha “*confini di sabbia*”¹³⁷ si può comprendere la necessità e possibilità di superare un

¹³⁴ C. Mazzù, *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Vol. 1, Giappichelli Editore- Torino, 2011, p. 4

¹³⁵ N. Lipari, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria* in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.3, 2016, pp. 799 ss., ha sottolineato, invece, come “Nonostante si tratti di un modello entrato in profonda crisi, dottrina e giurisprudenza non hanno neppure tentato di intaccare la disciplina successoria alla luce di una novità indiscutibile”

¹³⁶P. Rescigno, *La famiglia tra autonomia e regole giuridiche* in Studi in onore di Marco Comporti, Vol. III, 2008, p. 2297 “Come altre figure del diritto privato, anche il matrimonio rivela...il tramonto della nozione unitaria consegnataci dalla tradizione e dai codici. Ed è forse anche in relazione a questo dato d’esperienza che da molti si preferisce discorrere non di istituto, ma di istituzione matrimoniale.”; M. Palazzo, *L’ autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria* in Giustizia Civile, fasc.3, 1 MARZO 2019, pp. 524 ss. “Nessuno può seriamente contestare che il vigente sistema delle successioni guardi ad un concetto di famiglia tendenzialmente rigido, in quanto fondato sul matrimonio e sulla convivenza dei coniugi tra loro sino alla morte e con i loro figli sino all’inserimento nel mondo del lavoro. Nonostante si tratti di un modello ormai entrato in profonda crisi, dottrina e giurisprudenza non sono riuscite ad...intaccare la disciplina successoria, alla luce di novità indiscutibili... Lo stesso deve dirsi nell’ottica della esperienza della proprietà e dei beni. È indubbio che vi fosse discontinuità tra il messaggio degli esegeti del code civil e dei Pandettisti tedeschi, e quello di Finzi, di Vassalli, di Pugliatti, dello stesso codice italiano del 1942. Si trattava però di una discontinuità relativa, nel senso che è rintracciabile... un dato di fondo che persiste ad accomunarli e che poggia sulla circostanza...di prendere in considerazione cose materiali...e di prendere in considerazione il rapporto che lega quelle cose a un individuo o a una pluralità di individui ”

¹³⁷ Z. Bauman, *Missing Community* (2001), trad. it. di Minacci S., Voglia di comunità, Roma-Bari, 2003

principio che oggi rappresenta un limite sia rispetto alla specifica funzione di alcuni beni che imporrebbe la necessità di un trattamento successorio peculiare, sia rispetto alle qualità del *de cuius* o alle condizioni contingenti di alcuni eredi che andrebbero valorizzate in attuazione di una necessaria solidarietà.

CAPITOLO II

TRADIZIONE DEL DIRITTO EREDITARIO E NUOVE ISTANZE: UN DIFFICILE CONFRONTO

Par. 1- Natura della successione necessaria. Par. 2 Le "eccezioni" all'intangibilità della quota come indice del superamento del principio di unità. Par.3- Il polimorfismo causale della legittima. Par.4- Le tutele giudiziarie, le loro riforme, lo spazio dell'autonomia contrattuale

Par. 1 Natura della successione necessaria

Affrontare in termini critici l'esame della disciplina della successione necessaria è opera complessa che comporta un'indispensabile selezione dei numerosi nodi tematici di cui si compone.

I soggetti definiti legittimari, la quota e i rimedi potrebbero sembrare i profili essenziali e lo sono indubbiamente, ma all'interno di tali tematiche si dipana una serie di problematiche sottoposte al vaglio della dottrina e della giurisprudenza: istanze di rinnovamento, riforme effettuate spesso non in perfetta coerenza con l'assetto generale, complessità intrinseca della

materia hanno generato una continua rimeditazione che rende la successione necessaria un ambito fluido e non consolidato, probabilmente il più tormentato nel quadro generale del diritto successorio¹³⁸.

Per porre in essere una compiuta analisi di tale settore del diritto civile, non si può prescindere dall'accennare all'ampio mosaico delle varie tipologie di successioni *mortis causa*, in quanto la funzione della successione necessaria si sostanzia ed emerge proprio dai rapporti, dai nessi logici e disciplinari che intercorrono tra essa e le altre categorie.¹³⁹

Il nostro codice civile vigente dedica alla successione *mortis causa* il suo II libro dal quale si evince che la fonte della successione sia da ravvisare o nella legge – cd. successione legittima - (artt. 565 ss. cod. civ.) o nel testamento (artt. 587 ss. cod. civ.)¹⁴⁰; nel primo caso è il legislatore a designare i soggetti chiamati a succedere al defunto¹⁴¹, mentre nel secondo è il *de cuius* - mediante lo strumento del testamento¹⁴² - a disporre delle

¹³⁸ F.Magliulo, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in Riv. Notariato, fasc. 3, 2010 p. 533 L'Autore, riporta un'espressione significativa di Schulz (*Principi di diritto romano*, Fi 1946, p. 61) che definisce la successione necessaria "una materia insanabilmente mal riuscita"

¹³⁹ A. Palazzo, *Successione*, IV, Successione necessaria, in Enc. giur. XXXV, Roma, 1997, p. 1

¹⁴⁰ Interessante l'osservazione di L. Mengoni, *Successioni per causa di morte, parte speciale-successione legittima in Tratt. di diritto civile e commerciale Cicu e Messineo*, Giuffrè, 1973, p. 4 secondo cui "Se invece, anziché dal punto di vista della fattispecie, ci poniamo dal punto di vista della qualificazione formale, cioè della norma che stabilisce il collegamento a determinati fatti della complessa modificazione giuridica in cui si svolge la successione, allora nessuna distinzione è più possibile, perché causa –in questo senso- della successione è sempre la legge, non meno della successione testamentaria che della successione legittima"

¹⁴¹ Ai sensi dell'art. 565 cod. civ. l'ordine dei successibili è il seguente: coniuge o unito civile, discendenti, ascendenti e collaterali, altri parenti fino al sesto grado e lo Stato. A tal proposito fondamentali sono le sent. della Corte Cost. n. 55/1979 e n. 184/1990 che hanno rispettivamente dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo "nella parte in cui escludeva dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri successibili, e prima dello Stato, i fratelli e le sorelle naturali riconosciuti o dichiarati" e "nella parte in cui i, in mancanza di successibili all' infuori dello Stato, non prevede la successione legittima tra fratelli e sorelle naturali, dei quali sia legalmente accertato il rispettivo status di filiazione nei confronti di un genitore". Oggi la questione è stata definitivamente risolta con la L. n. 219/2012 che informa il nostro sistema con il principio dello status filiationis

¹⁴² C.Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Vol. I, Milano, 1964, p. 23 ss. sottolinea come il 2 comma dell'art. 587 cod. civ. risolve favorevolmente l'antica querelle se il testamento potesse contenere o meno solo disposizioni di carattere non patrimoniale.

proprie sostanze per dopo la sua morte¹⁴³ entro i limiti della possibilità e liceità delle singole disposizioni testamentarie, dell'intangibilità della quota di riserva (artt 457, 536, 549 cod.civ.), del divieto di patti successori (art. 458 cod.civ.) e del divieto di fedecommesso (art. 692 cod.civ.).

Il testamento è un negozio giuridico unilaterale revocabile dallo stesso *de cuius* fino al momento della sua morte, informato al principio del formalismo (si può manifestare la volontà testamentaria solo con una di quelle forme che il legislatore ha espressamente contemplato) e al principio di certezza (il beneficiario della disposizione testamentaria dev'essere individuato o individuabile, art. 628 cod.civ.)

Autorevole dottrina, sottolineando la rilevanza della funzione concreta del testamento, lo descrive come un *“istituto socialmente rilevante che consente l’attuazione e valorizzazione esclusiva di molteplici interessi a rilevanza effettuale post mortem. Come in pochi altri istituti giuridici è (...) vivace ed intenso il legame volontà-sentimento dell’uomo.”*¹⁴⁴

L'ordinamento, riconoscendo l'importanza di tale strumento, sancisce, ai sensi dell'art. 457, comma 2 cod. civ, che la successione legittima abbia funzione residuale operando solo nel caso in cui o non vi sia testamento, o sia nullo, o si sia disposto solo parzialmente dell'asse ereditario¹⁴⁵.

¹⁴³ S.Delle Monache, *La libertà di disporre mortis causa*, in Rivista di diritto civile 2/2019, pp. 467-468 sottolinea come in realtà la definizione del legislatore sia riduttiva in quanto “emerge come gli interessi perseguiti siano ben più articolati e complessi di quello elementare alla programmazione di una semplice vicenda successoria, sia pure mortis causa. Si pensi al vasto ambito riguardante la tutela dei soggetti deboli, quelli, cioè, che l'ereditando percepisce come tali all'interno della propria famiglia o della cerchia dei propri affetti...[o] all'interesse di preservare l'unità dell'impresa nei passaggi generazionali”.

¹⁴⁴ G. Bonilini, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in Riv. Notariato, fasc. 4, 2000, p. 789

¹⁴⁵ F. Santoro- Passarelli, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in Riv. Dir. Civ., 1942, p. 202 “tra la successione legittima e testamentaria non sussiste possibilità di conflitto, ma solo di concorso”

Per ciò che concerne la successione cd. necessaria o dei legittimari - soggetti legati “*da un vincolo familiare intenso*”¹⁴⁶ al de cuius - la configurazione della sua natura all'interno del nostro sistema è particolarmente dibattuta.

Per la dottrina maggioritaria, il Codice del 1942 aveva immaginato tale forma di successione come una successione legittima rafforzata¹⁴⁷ aspirando a tutelare in senso *immediato*¹⁴⁸ coloro che sono legati al de cuius da una stretta relazione familiare: ciò sarebbe, peraltro, avvalorato dal fatto che, ai sensi dell'art. 457 cod. civ., come abbiamo visto, la delazione dell'eredità può avvenire solo per legge o testamento.

A tal proposito, è stato evidenziato che la successione necessaria presenta delle differenze con la successione legale sia per quanto concerne l'oggetto sia per la fattispecie¹⁴⁹. Per il primo profilo, si possono sin da subito rilevare delle diversità strutturali tra le due forme: innanzitutto il diverso modo di calcolare la quota che per gli eredi necessari si ricava

¹⁴⁶ Genghini L.- Carbone C., *Le successioni per causa di morte*, Vol. IV, t.1, Manuali Notarili, CEDAM, 2012, p. 514 “Il nostro ordinamento ... accoglie il concetto di riserva del diritto romano, quale limite alla piena facoltà di disporre del testatore, non accogliendo la concezione germanica, secondo cui la riserva era, al contrario, un limite alla necessità che l' eredità spettasse alla “comproprietà familiare”

¹⁴⁷ A.Cicu, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, p. 218; F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, in Commentario al codice civile, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1941, Libro delle successioni e delle donazioni, 265 ss.

¹⁴⁸ L.Mengoni, *Successioni per causa di morte- parte speciale Successione legittima* in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da Cicu- Messineo, XLIII, t.1, Milano, 1973, p. 14 sottolinea come, dall'art. 553 del cod. civ., si può evincere che la successione *ab intestato*, a differenza di quella necessaria, tuteli in modo indiretto “l'interesse collettivo alla conservazione economico-sociale della famiglia”. In realtà la *ratio* della successione legittima sarebbe rappresentata dall'interesse individuale dei soggetti chiamati ex lege e non dall'interesse collettivo della famiglia. L'interesse individuale, infatti, sarebbe considerato dalla legge oggettivo in quanto verrebbe supportato alla base dal vincolo familiare. Lo stesso A. a p. 9 sottolinea come “se è vero che il contenuto della successione necessaria è sempre regolato da norme diverse da quelle che determinano il contenuto della successione intestata, non è vera la reciproca: possono darsi dei casi in cui il contenuto della successione intestata è determinato in base alle norme sulla riserva ereditaria, anziché in base alle norme generali della successione intestata (art. 553)”

¹⁴⁹ L.Mengoni, *Successione per causa di morte- parte speciale Successione necessaria* in Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo, Vol. XLIII, t.1 Milano, 2000, p. 76; A.Palazzo, *op cit*, p.2

tramite un'operazione contabile (art. 556 cod. civ.), la cd. riunione fittizia, la quota di riserva quindi sarà “un <<utile netto>> *calcolato sul patrimonio complessivo del defunto compresi i beni donati*”¹⁵⁰ e depurato dai debiti; invece, la quota che spetta ad un erede legittimo, ai sensi dell'art. 565 cod. civ., si calcola sul *relictum*; ancora, sul piano meramente quantitativo, la quota riservata agli eredi legittimari è minore rispetto a quella degli eredi legittimi (artt. 537 e 556 cod. civ. ss.); infine, per quanto riguarda il profilo della fattispecie, mentre la successione dei legittimari si apre a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione¹⁵¹ da parte del legittimario

¹⁵⁰ Mengoni, *Successioni per causa di morte- parte speciale successione necessaria* in Trattato di diritto civile Cicu- Messineo, Milano, 2000, p. 56, inoltre l' Autore a p. 62, sottolinea: “la quota di patrimonio assicurata ai legittimari è la porzione legittima: porzione di una massa fittizia e pertanto non quota di eredità, ma espressione di un valore che deve essere poi rapportato al valore netto del relictum. Questo rapporto rappresenta la quota ereditaria di riserva, la quale risulta così determinata a posteriori”; Pino A., *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, p. 129 ss. la quota di legittima può definirsi “*elastica*”

¹⁵¹ L.Mengoni, *Successioni per causa di morte- parte speciale Successione necessaria* in *Trattato di diritto civile Cicu e Messineo*, Milano, 2000, p. 77: “la successione necessaria è la successione legittima qualificata dall'impugnazione di disposizioni lesive dei diritti riservati ai legittimari”; A.Palazzo, *Successione, IV, Successione necessaria*, Vol. XXXV, Enc. giur., Roma, 1997, p. 2 sottolinea come “Secondo la dottrina tradizionale la necessaria si aprirebbe tutte le volte che l'acquisto ereditario risulti limitato alla quota loro riservata dalla legge quindi non soltanto quando vi sia lesione di legittima, ma anche: 1) nel caso che il de cuius abbia istituito il legittimario in una quota di valore uguale a quella riservata; 2) in quello in cui abbia disposto a favore di estranei soltanto nella disponibile; 3) nell'altro in cui si registrano alcune liberalità il cui valore risulti inferiore a quello della disponibile e si apre la successione legittima sui beni di cui non si è disposto di modo che la quota spettante al legittimario non supera la quota di riserva perché egli subisce il concorso dei successibili non legittimari”. Ancora, L. Mengoni, *op. cit.*, t.2, p. 44 critica la sistemazione che il legislatore ha dato alla successione necessaria inserendola all'interno delle “Disposizioni generali sulle successioni” sottolineando come questa scelta, illustrata nella relazione al progetto della Commissione reale e nella relazione al Codice, è stata compiuta sulla base del fatto “...che le norme della legittima trovano applicazione <<non soltanto quando vi sia il testamento, ma anche quando si apra in tutto o in parte la successione ab intestato>>”, intendendosi con ciò precisare che tali norme non configurano un terzo tipo di successione, con carattere autonomo...ma, <<rappresentano soltanto un limite stabilito dalla legge alle disposizioni dettate nel testamento o all'applicazione delle norme generali date dalla legge medesima per il caso di mancanza di testamento>>. Ora è esatto che le norme sulla riserva possono trovare applicazione anche nella successione intestata; e non si nega...[che] questa applicazione possa considerarsi un limite della successione legittima intestata. Ma il significato e il modo di operare del limite sono essenzialmente diversi nell'una e nell'altra specie di successione, così che la funzione delle norme sulla riserva non può essere riassunta in una formula unitaria per trarne poi un criterio di sistemazione tra le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie”, infatti, a p. 46 l' A. ritiene che la successione dei legittimari rientrerebbe, “sebbene in diverso grado, nella successione legittima familiare...un'unica categoria [nella quale, però,] devono essere tenute distinte come due specie dello stesso genere”

pretermessso o leso nella quota di legittima, la successione *ab intestato* opera a seguito di totale o parziale mancanza di testamento.

Si è sottolineato che la successione necessaria si collocherebbe addirittura al di fuori dei *genera successionis* in quanto “*il legittimario non è “necessariamente erede”*: il riferimento è, ad esempio, al caso in cui il legittimario abbia ricevuto donazioni sufficienti ad integrare quanto dovutogli a titolo di legittima. E’ stato sostenuto che la successione necessaria non sia una successione universale, bensì a titolo particolare poiché “*la legge non assegna [al legittimario] una quota di eredità bensì un attivo netto che gli può anche pervenire attraverso donazioni e legati*”¹⁵².

Muovendo da tali osservazioni e, soprattutto, dalle differenze su menzionate tra successione legittima e necessaria, parte della dottrina¹⁵³ ricondurrebbe quest’ultima in un *terzium genus*.

Altro profilo d'interesse è costituito dalla circostanza che la riserva di una porzione dei beni del *de cuius* ai legittimari si può conseguire presentando “*la porzione di legittima o come <<quota di eredità>>, e quindi attribuendo al legittimario la qualità di erede, o come <<pars honorum>>, e quindi attribuendogli la qualità di <<creditore>> dell’erede*”¹⁵⁴. Tale problema si intreccia con la *querelle* se il legittimario pretermesso sia da considerarsi o meno erede.

Dottrina e giurisprudenza maggioritaria¹⁵⁵, muovendo dalla considerazione che il legittimario pretermesso diventa erede solo dopo il

¹⁵² L.Ferri, *Dei legittimari*, Artt. 536-564, in Comm. Cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 7; una compiuta sintesi delle tesi espone è riportata in Capozzi G., *Successioni e donazioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2015, p. 391 ss.

¹⁵³ G.Grosso - A.Burdese, *Le successioni*, Parte generale, in Tratt. Vassalli, XII, 1, Torino, 1977, p. 85; V. R. Casulli, *Voce Successioni* (dir. civ.): Successione necessaria, in Noviss. Dig. It., XVIII, Torino, 1971, 787 ss.

¹⁵⁴ G.Azzariti, *Successione dei legittimari e successione dei legittimi*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1972, p. 102

¹⁵⁵ L.Mengoni, *op. cit.*, pp.57 ss., 77, 230 ss.; in giurisprudenza, Cass. n. 6031/1995; Cass. n. 12632/1995; Cass. n. 368/2010

vittorioso esperimento¹⁵⁶ dell'azione di riduzione, sostengono che *“la successione necessaria, a prescindere dai problemi relativi ai suoi rapporti con la successione legittima e alla sua natura, ha funzione limitatrice e correttiva della volontà testamentaria: costituisce un argine al potere di disposizione mortis causa del testatore, ma non implica di per se stessa un'investitura nella titolarità dei beni”*¹⁵⁷.

Per la dottrina più risalente, invece, il legittimario pretermesso è da considerare erede *ope legis* sin dal momento dell'apertura della successione sulla base del dato testuale secondo il quale l'art. 735 cod. civ. definisce il legittimario coerede nonostante non sia stata ancora esperita l'azione di riduzione. Essa prende le mosse dalle stesse considerazioni che venivano fatte quando era in vigore il vecchio codice civile del 1865; ma le osservazioni - condivisibili sotto la vigenza del codice Pisanelli allorché, non solo si qualificava la riserva come quota di eredità, ma la successione necessaria veniva considerata come un terzo titolo di successione *mortis causa* insieme a quella testamentaria e legittima¹⁵⁸ - oggi sono discutibili.

In questo solco, riveste particolare interesse l'autorevole opinione¹⁵⁹ che, partendo dall'idea di *reserve*, distingue i due concetti di quota di eredità e quota legittima; l'art. 536 cod. civ. si riferisce alla prima, l'art. 556 cod. civ. alla seconda. La quota di eredità sarebbe costituita dal patrimonio

¹⁵⁶ A tal proposito si evidenzia anche la posizione di L. Cariota- Ferrara riportata in un'interessante nota alla sentenza Cass. Civ. n.4024/1998 (F. Ciommo, in *Il Corriere giuridico*, n.8/1998). L'Autore riporta un'affermazione (considerabile però un "*obiter dictum*") della suprema Corte che sembra avvalorare la tesi che il legittimario pretermesso acquisterebbe la qualità di erede nel preciso momento in cui esperisce l'azione di riduzione, indipendentemente dall'esito giudiziale positivo. Scrive, infatti, la Corte: "la qualità di erede da parte del legittimario pretermesso si acquista soltanto in seguito all'esercizio dell'azione di riduzione".

¹⁵⁷ Cass. 4037/1954, in tal senso anche Cass. n. 3220/1974; Cass. n. 4140/1992 "il legittimario pretermesso non partecipa alla comunione ereditaria in difetto di vocazione all'eredità"

¹⁵⁸ Ferrara, *La posizione di legittimo*, in *Giur. It.*, 1923, IV, 127; L. Coviello, *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938, 272 secondo l'A. il titolo di erede poteva affermarsi sin dal "momento della apertura della successione senza por mente al periodo successivo in cui il legittimario agiva in riduzione"

¹⁵⁹ A. Cicu, *Quota di riserva e quota di legittima*, in *Riv. not.*, 1947, 21 ss.

reliitto, la legittima tiene conto anche del *donatum*. Il legittimario è erede per la quota ex art. 536 cod. civ. e partecipa alla comunione ereditaria sin da subito, ma deve conseguire anche l'utile netto calcolato in base al criterio dell' art. 556 cod.civ.. Pertanto, il legittimario consegue la quota di eredità *ope legis* e, in caso contrario, ove pretermesso da una disposizione testamentaria lesiva istitutiva di un estraneo, potrà agire con l'azione di petizione d'eredità; qualora la quota di eredità non sia pari all'"utile netto" previsto come legittima, esperirà l'azione di riduzione. In tale ultimo caso i beni non costituiscono quota ereditaria; l'azione di riduzione sarebbe volta a far valere un diritto di credito, avrebbe una sorta di "*funzione suppletoria analoga alla querela inofficiosae donationis ed estesa ai legati*"¹⁶⁰, le pretese del legittimario verrebbero soddisfatte "*con un mezzo tecnico nettamente distinto dalla vocazione ereditaria*"¹⁶¹.

Infine, in relazione al connesso problema dell'intangibilità della quota (solo quantitativa o anche qualitativa?), si sottolinea come nel nostro ordinamento non vi sia una disposizione che imponga al *de cuius* di riconoscere al legittimario "*una quota in cui rientrino proporzionalmente tutti i beni mobili ed immobili della eredità*"¹⁶². Ancora, poiché non è data al legittimario pretermesso un'azione per reclamare il titolo di erede ma solo l'azione di riduzione, si ritiene che "*si prescinde dal carattere di quota di eredità, che alla legittima compete solo quando essa venga attribuita con testamento, e si considera invece lo scopo dell' istituto, consistente nel riservare una parte dei beni del defunto a vantaggio dei più prossimi congiunti (...) dato il carattere di riserva dei beni dei quali è stato privato, l'id quod deest gli è dovuto in natura, mercè assegnazione dei beni*

¹⁶⁰ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte- parte speciale Successione necessaria* in Trattato di diritto civile e commerciale Cicu e Messineo, Milano, Vol. XLIII, t.2, 2000, p. 57.

¹⁶¹ Cicu, *Successioni*, pp. 216 ss., 262 riportato da Mengoni, *op.cit.*, p. 57 nota 41

¹⁶² G.Azzariti, *op. cit.*, p. 103

dell'eredità a giusta stima"¹⁶³. Il legittimario potrà beneficiare, dunque, di questa sorta di legato *ex lege* solo dopo il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione.

Altra tesi condivide la natura di legato *ex lege* e non di quota di eredità, ma specifica che si tratta di un legato reale: il legittimario acquista *ipso jure* la proprietà di una parte dei beni ereditari, al momento dell'apertura della successione, non dopo l'esperimento dell'azione di riduzione. Quest'ultima avrebbe la mera funzione di trasformare il generico diritto ad una quota di beni in "*diritto esclusivo su beni determinati o porzioni concrete di questi, se divisibili*"¹⁶⁴. L'art. 536 cod.civ. userebbe in modo atecnico l'espressione "*quota di eredità*" per indicare in realtà una "*quota di utile netto*" il legittimario, dunque, non sarebbe un mero creditore dell'eredità, ma il titolare di un diritto reale sui beni.

Molto interessante l'intuizione¹⁶⁵ che valorizza il dato storico riportando le discussioni in seno alla Commissione Parlamentare¹⁶⁶ concluse con la proposta di aggiungere un apposito capoverso all'art. 536 cod. civ. con il quale si affermasse che la quota di legittima è quota di eredità, proposta non accolta nella versione licenziata per la difficoltà di considerare successore universale il coniuge superstite titolare solo di un

¹⁶³ G.Azzariti, *op. cit.*, p. 156

¹⁶⁴ L. Ferri, *Dei Legittimari*, artt. 536-564, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1981, p. 129

¹⁶⁵ F. Magliulo, *I poteri del testatore nella composizione della legittima* in Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016- Genova 27 maggio 2016- Vicenza, 1 luglio 2016, Fondazione Italiana del Notariato

¹⁶⁶ F. Magliulo, *op. cit.*, p. 86 la Commissione parlamentare aveva discusso "se fosse da configurare la riserva quale *quota hereditatis* ... ovvero come *quota bonorum*. In verità si potrebbe pure pensare che, essendo estraneo al nostro diritto il principio "*solus deus heredes facere potest*", nessun bisogno vi sia di attribuire la qualità di erede a chi il *de cuius* non volle che fosse proprio erede, e che lo scopo della legge, consistente nel riservare a talune persone una parte dei beni del defunto, potrebbe essere raggiunto anche col configurare i diritti successori attribuiti ai legittimari come appartenenti al tipo di quelli che solgono essere qualificati come legati *ex lege*. Il che porterebbe alla conseguenza di sottrarre alla responsabilità *ultra vires* chi ottiene quel minimo di entità patrimoniale che la legge gli riserva contrariamente alla volontà del *de cuius*"

diritto di usufrutto. Ancora più significativo è il riferimento al dato letterale e non solo alla parte dell'art. 536 cod. civ. in cui si definiscono i legittimari come persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità «o altri diritti nella successione», ma, soprattutto, per la considerazione che la legittima può essere quota di eredità o può invece essere integrata altrimenti. Si tratta del cosiddetto polimorfismo causale della legittima: l'attribuzione patrimoniale che deve costituire la legittima può essere rappresentata da una quota dell'*universum ius defuncti*, quindi quota di eredità, oppure da diritti su determinati beni. Pertanto il legittimario può essere considerato erede e ciò sarebbe confermato dall'art. 536 cod. civ., ma anche dall'art. 551 cod.civ. (nella misura in cui, il legittimario che rinunci al legato e chieda ed ottenga la legittima, possa -interpretando la disposizione *a contrario*- essere ritenuto erede) ed ancora dall'art. 735 primo comma cod.civ.(che prevedendo la nullità della divisione del testatore che abbia pretermesso taluno dei legittimari, sembra presupporre che il legittimario sia coerede), ma non può disconoscersi che egli può conseguire in modo diverso quanto dovutogli (donazioni, legati in conto, legati in sostituzione). Occorre cioè valutare in concreto lo strumento utilizzato per comporre l'attribuzione spettantegli¹⁶⁷.

Si aprono, dunque, spunti di riflessione articolati ed innovativi collegati all'ampiezza del ventaglio di strutture causali delle possibili attribuzioni patrimoniali.

Le critiche all'attuale regime della successione necessaria seguono fondamentalmente tre direttrici. Da una parte si stigmatizza il fondamento familiare della riserva: stante l'evoluzione del concetto di famiglia, tale

¹⁶⁷ F. Magliulo, *op.cit.*, p. 87: "...il legislatore del '42 intese sancire il principio che la qualificazione causale della legittima non può essere *a priori* individuata in una quota di eredità, ma dipende dalle caratteristiche dell'attribuzione patrimoniale che *in concreto* è chiamata a comporre il lascito in favore del legittimario"

fondamento appare ormai come una sterile petizione di principio scollata dalla realtà. La famiglia nucleare, monogamica, eterosessuale, nascente da un matrimonio indissolubile è stata travolta dal cambiamento dei costumi e dalle conseguenti riforme che hanno, lentamente, recepito le trasformazioni concrete, ma a tali trasformazioni non è seguito un superamento della rigidità ed inderogabilità legislativa delle norme sulle donazioni e successioni.

L'altra direttrice riguarda le esigenze di certezza dei rapporti giuridici ai fini della loro circolazione.

Infine, ma non in ultimo, si censura indubbiamente la forte compressione dell'autonomia del testatore. Il sistema successorio in generale trova il suo supporto costituzionale nell'art.42 Cost. che giustifica la vocazione legittima e testamentaria riconoscendo al *de cuius* la possibilità di trasferire e disporre dei propri beni anche per dopo la morte. La norma costituzionale non rappresenta, invece, un principio fondante il limite all'autonomia del testatore che caratterizza la successione necessaria. Nonostante tale obiezione, la successione necessaria conserva tutt'oggi, anche dopo alcune incisive riforme, la forte capacità di limitare la volontà del *de cuius*, venendo addirittura a rappresentare, spesso, una successione contro la sua volontà. Ciò si coglie non solo per gli stringenti limiti derivanti dall'intangibilità della riserva, ma anche dagli scarni strumenti a disposizione di chi voglia regolamentare i suoi rapporti giuridici per dopo la sua morte. Nel nostro ordinamento l'unico negozio giuridico *mortis causa* ammesso è il testamento¹⁶⁸. E', dunque, esclusa una delazione *ex contractu*,

¹⁶⁸ B.Windscheid, *Diritto delle Pandette*, III, trad. it. di Fadda e di Bensa, Torino, 1925, p. 105 evidenzia come il testamento e i patti successori venivano visti come due forme della stessa causa di delazione volontaria; S.T. Masucci, *Le successioni mortis causa in generale*, in Successioni, donazioni, beni. Le successioni e donazioni II, I, I, 2, Diritto Civile diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, 2009, pp. 14 e 18 "Più in generale, sono validi tutti gli atti la cui esecuzione è subordinata all' evento morte senza che perciò essi abbiano una finalità specifica propria di regolamentazione della successione...[interessante] la distinzione

in quanto verrebbe data *“cittadinanza...[ad] una terza forma di delazione accanto a quella legale e testamentaria”*¹⁶⁹ sancite dall' art. 457 cod. civ., ciò sembrerebbe frustrare le nuove istanze del diritto successorio volte al depotenziamento della tutela dei legittimari e al potenziamento della volontà del de cuius. Sembra, infatti, *“plausibile ritenere che la tipicità delle fonti di delazione ereditaria (art. 457, co. 1, c.c.) sia correlata alla salvaguardia del principio di unità della successione e tutela dei legittimari”*¹⁷⁰. La scelta di politica legislativa compiuta dal nostro legislatore di non ammettere la successione pattizia¹⁷¹ è pienamente confermata dalla presenza dell'art. 458 cod. civ. che vieta i patti successori sanzionandoli con la nullità¹⁷².

tra il mandato post mortem in senso stretto e il mandato post mortem exequendum, reputando legittimo solo quest' ultimo in quanto esecutivo di un' obbligazione di mera consegna e non di trasferimento in senso stretto...la dottrina ha sottoposto a revisione critica la categoria dei negozi trans morte, preferendo avere riguardo alla più ampia categoria dei fenomeni parasuccessori, al cui interno sono ricompresi tutti i patti temporalmente collegati, quanto alla produzione di effetti, alla morte ovvero comunque animati da finalità di regolamentazione della successione, quali i negozi trans morte, quelli post mortem e quelli aventi comunque attinenza con lo schema della rilevanza al momento della morte (quali in particolare la vendita di cosa altrui), per concludere auspicando alla necessità di una riforma che raccolga le istanze della prassi e insieme i suggerimenti del pensiero giuridico”

¹⁶⁹ L.Ferri, Libro Secondo: Successioni artt. 456-511 Disposizioni generali sulle successioni in Commentario al Codice Civile Scialoja Branca a cura di Galgano terza ed. Bologna, il Foro Italiano Roma, 1997, sub art 458

¹⁷⁰ C.Cicero, *Il divieto del patto successorio nel codice civile italiano e le sue motivazioni* in Rivista del Notariato, fasc.4, 1 agosto 2018, p. 699 ss.

¹⁷¹ G.Sicchiero, *Contratti post mortem, patti successori ed art. 28 L.N.* in Vita notarile, Esperienze Giuridiche, Palermo, n. 2/2018, pp. 559-560 “La letteratura, infatti si è espressa in molti modi circa l' ammissibilità di atti la cui efficacia sia subordinata alla morte, quantomeno perché è il codice stesso a prevedere il contratto a favore di terzo da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.): e così vi è stato chi molto autorevolmente, ha sostenuto nel passato una generale efficacia del mandato post mortem, sia pure riqualificandolo come atto unilaterale anziché come contratto, laddove del pari si è optato per la soluzione contraria. Una seconda prospettazione riguarda invece la liceità di quelle attribuzioni che mantengono al disponente la facoltà di revoca, sicché l' attribuzione vedrebbe nella morte non la propria causa ma la condizione. Una tesi molto autorevole ritiene che il confine tra lecito e nullo vada individuato con riferimento al tempo in cui avviene l' attribuzione...[di talché] se al momento della morte i beni sono già usciti dal compendi ereditario non c' è patto successorio”

¹⁷² L. Ferri, *op. cit.*, sub. 458, pp. 107-108 sottolinea di ritenere applicabile la disciplina in materia di nullità contrattuale, non è pacifico, invece, se si cada solo il patto successorio o l'intero contratto. ; G.Sicchiero, *op. cit.*, p. 557 evidenzia come l'intenzione del legislatore del 1942 espressa nel n. 225 della Relazione è stata quella di non ammettere una terza causa di delazione (quella contrattuale), l'A. sottolinea come la letteratura, nonostante mancassero dei precedenti, individuava la violazione dell' art. 28 l.n. nel caso in cui un notaio stipulasse un contratto come titolo di successione

La giurisprudenza di legittimità è costante nel "riconoscere pienamente l'imperatività e la cogenza dell' [art. 458 cod. civ.] nonostante sia stato intrapreso forse un cammino differente: da un lato con l'introduzione nel 2006...del patto di famiglia,...dall'altro, con il serio intento, manifestato di recente dal governo italiano, di varare una profonda riforma del diritto successorio"¹⁷³

Alla luce delle singole peculiarità, anche strutturali, che le diverse *species* di patti successori presentano intrinsecamente, appare erroneo rivedere in modo "monolitic[o] e indifferenziat[o]"¹⁷⁴ la loro disciplina. Si può genericamente affermare che la *ratio* del divieto di patti successori istitutivi è da rinvenire principalmente nel fatto che la delazione ereditaria può avvenire solo per testamento o per legge, nella revocabilità delle disposizioni testamentarie fino alla morte del *de cuius* e nel voler evitare una parcellizzazione della vicenda successoria che renderebbe complicata la riunione fittizia. Per le altre due *species*, il divieto consisterebbe in un giudizio di disvalore da parte dell'ordinamento consistente nel voler evitare specialmente il cd. *votum corvinum*.¹⁷⁵

¹⁷³ D. Zanelli, *La persistente e incessante imperatività del divieto dei patti successori* Nota alle sentenze della Cass. Civ., 15 luglio 2016, n. 14566 e 15 giugno 2018, n. 15919 in Vita notarile Esperienze Giuridiche, n. 1 Gennaio- Aprile 2019, Palermo, p. 536. Com'è noto i patti successori si possono distinguere in patto istitutivo o confermativo, dispositivo e rinunciativo. A proposito dei patti dispositivi L.Ferri, *op. cit.*, p. 99 afferma che "un soggetto dispone non già della propria successione, ma dei diritti che calcola di acquistare succedendo mortis causa ad un altro soggetto" e D. Zanelli, *op. cit.*, p. 532, se il negozio è a titolo gratuito, nota che: "In quest[o]...caso si ritiene vi sia il concorso di due cause di nullità, quella di cui all' art 458 e quella prevista per la donazione di beni futuri ai sensi dell' art 771 c.c., dal momento che la liberalità non riguarda beni non ancora appartenenti al disponente". In relazione al patto successorio rinunciativo con il quale si rinuncia unilateralmente (e l'ipotesi è assimilata, per struttura, alla figura di cui all' art. 519 c.c.) o contrattualmente ad una successione non ancora aperta, si segnala che dottrina maggioritaria (L.Cariota- Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, I, 3, Napoli, 1959, 45 ss) li fa rientrare nell'ambito dei dispositivi.

¹⁷⁴ A.A.Dolmetta, *Patti successori. Mandato post mortem. Contratto di mantenimento* in Vita Notarile Esperienze Giuridiche, n. 1 gennaio- aprile 2011, Palermo, p. 453

¹⁷⁵ C.Cicero, *op. cit.*, p. 699 ss. "A una più attenta riflessione tali motivazioni appaiono ingiustificate. Nel nostro ordinamento...è riconosciuta validità a istituti –si pensi alla rendita vitalizia, alla donazione con patto di reversibilità, alla costituzione di usufrutto vitalizio, all'assicurazione sulla vita- che ricollegano, per il fatto della morte di un soggetto, vantaggi economici per un altro soggetto. Più esattamente, allora, la *ratio* del divieto –se vi è- è tecnico

Inoltre, nel divieto sancito dall'art. 458 cod. civ. rientrano sia i patti successori "obbligatori" (pertanto il testamento esecutivo di un patto successorio obbligatorio sarebbe affetto da errore di diritto e annullabile ai sensi dell' art. 624, 2 comma cod. civ.) sia quegli accordi che attribuiscono un'assegnazione indiretta *mortis causa*, come il contratto a favore del terzo con riserva di individuare il beneficiario con un successivo testamento (cd. patti successori indiretti)¹⁷⁶.

La Cassazione (sentenza n. 1683/1995) ha dettato dei criteri che giovano a discernere se una determinata convenzione sia da ritenere o meno un patto successorio: *"occorre verificare: 1) se il vinculum iuris con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano comunque essere comprese nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto in parte della propria successione, privandosi così dello ius poenitendi; 4) se l' acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo mortis causa, cioè a titolo di eredità o di legato."*¹⁷⁷

Se -come oggi si auspica- il *"regolamento della vicenda successoria si sviluppa attraverso il rapporto dialettico tra autonomia privata e regole inderogabili"*¹⁷⁸ sarebbe quantomeno necessario rivisitare l'attuale

giuridica, configurando un limite legale alla deduzione in contratto di cose future, parallelamente all'art. 771 c.c. in tema di donazione. Va inoltre rilevato che il divieto del patto successorio rinunziativo si integra con l' art. 557 c.c., secondo cui i legittimari non possono rinunciare ad agire in riduzione, finché vive il donante, né con dichiarazione espressa né prestando il loro assenso alla donazione."

¹⁷⁶ D. Zanelli., *op. cit.*, p. 533

¹⁷⁷ In tal senso anche Cass. Civ. n. 14566/2016

¹⁷⁸ M. Ieva, *Circolazione e successione mortis causa* in Riv. notariato, fasc. 1, 2012, p. 51 ss

disciplina dei patti successori dispositivi e rinunziativi in quanto sono strumenti che potrebbero consentire una valorizzazione delle qualità personali e libertà di scelta *ante mortem* di un soggetto, permettendo di dare un migliore assetto ai beni ereditari, una destinazione confacente alla volontà del testatore e ad esigenze nuove di tutela dei più deboli, avviando anche per questa via la necessaria apertura ad un diverso ordine assiologico.

Si impone anche in questa direzione un ripensamento dei riferimenti valoriali ormai obsoleti che si connotano, tuttavia, per la loro capacità di sopravvivere ad un'evoluzione del costume, delle relazioni interpersonali, della struttura familiare, delle capacità reddituali, delle attese di vita e delle esigenze ad esse connesse, che avrebbe dovuto travolgerli. Fatta salva ogni opportuna indagine sulla formazione della volontà dell'agente, se questa è libera e consapevole è forse tempo di un "ritiro" del legislatore da certi ambiti, lasciando ai privati maggiore libertà e la possibilità di usare gli istituti giuridici in ragione della funzione cui possono assolvere.

Par. 2 Le "eccezioni" all'intangibilità della quota come indice del superamento del principio di unità.

Le successioni necessarie hanno da sempre acceso i confronti sulla loro stessa funzione e capacità di rispondere ad interessi della comunità sociale di riferimento e tali dibattiti non potevano non investire uno degli aspetti caratterizzanti di tale ambito, la composizione della quota.

Occorre premettere che quando si discute di quota "disponibile" e "indisponibile" ci si riferisce a "misure di valore": pertanto vero è che il

legittimario ha diritto ad una quota di beni ereditari, senza esclusioni, in base al principio di unità della successione, ma l'intangibilità è ritenuta meramente quantitativa e non anche qualitativa¹⁷⁹.

A tale conclusione si è pervenuti dopo varie incertezze, ma la Cassazione, da anni ormai¹⁸⁰, e la dottrina maggioritaria¹⁸¹ hanno abbracciato l'orientamento che intende il principio in esame come necessità che le pretese del legittimario siano soddisfatte con beni o denaro ereditari, senza che ciò significhi tuttavia che il legittimario debba avere una parte di *ogni* bene esistente nell'asse o di ciascuna categoria di beni (ad esempio una parte di immobili, di denaro, di gioielli, e così via): questa accezione troppo rigorosa dell'intangibilità è smentita dalle possibilità riconosciute al testatore della cosiddetta *institutio ex re certa* (art. 588, comma 2, cod.civ.), di dividere i beni tra gli eredi (art. 734, comma 1, cod.civ.) o dettare norme vincolanti per la divisione (art. 733, comma 1, cod.civ.), nonché di soddisfare il riservatario con donazioni o legati. Il rispetto del principio d'intangibilità fa sì invece che il *de cuius* non possa riservare un bene ad un erede prevedendo la liquidazione del legittimario con beni personali dell'istituito ed ancora una divisione disposta dal testatore con la quale si prevedesse che le ragioni di un legittimario debbano essere soddisfatte con denaro non compreso nel *relictum* sarebbe affetta da nullità ex art. 735, comma 1, cod.civ.¹⁸². D'altra parte, in sede di divisione non è possibile disporre di beni estranei alla comunione. Perché la quota di riserva sia

¹⁷⁹ L.Genghini - C.Carbone, *Le successioni per causa di morte*, Vol. IV, t. 1, Milano, 2012, pp. 605 ss.

¹⁸⁰ Cass. civ., n. 3599/1992; Cass. Civ., n.13310/2002

¹⁸¹ L. Mengoni, *op.cit.* p.62 e pp. 89 ss.; G. Azzariti, *Successione dei legittimari e successione dei legittimi*, Unione tipografica-Editrice Torinese, 1972, p. 100 "l'intangibilità della quota di legittima [è da] intendere in senso quantitativo e non qualitativo...l'erede ha un ius in re sulle cose ereditarie, e perciò ha diritto di ricevere le cose in natura, e quindi non può al legittimario lasciarsi una quota in danaro in sostituzione della sua quota"; lo studioso si spingerà a sostenere che le ragioni del legittimario possono essere soddisfatte anche con denaro non ereditario, come più avanti riportato.

¹⁸² Cass. Civ., 12 marzo 2003 n.3694

integrata da denaro, questo deve, dunque, provenire dal compendio ereditario. Tale conclusione appare, oggi, priva di una reale giustificazione stante la qualità del denaro che può essere definito un bene "neutro" cui sono riconosciute diverse funzioni sempre assolvibili qualunque ne sia la provenienza. In merito si segnala una posizione dottrinale - minoritaria - che ritiene che l'intangibilità quantitativa viene rispettata anche se si ricorre a denaro non appartenente al *de cuius*¹⁸³.

Interessante l'osservazione¹⁸⁴ che sottolinea come il principio di intangibilità trovi due diversi strumenti attuativi nel divieto di pesi e condizioni gravanti sulla legittima (art. 549 cod. civ.) e nell'eseribilità dell'azione di riduzione: il divieto di pesi e condizioni opera qualora il testatore pregiudichi *direttamente* i diritti del legittimario alterando la sua posizione rispetto ai beni "*ricevuti*", l'azione di riduzione quando il pregiudizio è *indiretto* in quanto si tratta di disposizioni che recano un beneficio ad un terzo e solo indirettamente ledono le ragioni del legittimario.

Il divieto di pesi e condizioni (art. 549 cod. civ.) e la cautela sociniana (art. 550 cod. civ.) sono considerati "rimedi residuali" a tutela del legittimario.

Per ciò che concerne il divieto di pesi e condizioni, l'art. 549 cod. civ. sarebbe posto in funzione dell'integrità e dell'effettività della legittima fornendo, rispetto all'azione di riduzione, una risposta più rapida¹⁸⁵.

¹⁸³ F. S. Azzariti- G. Martinez-G. Azzariti, *Successione per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973, p. 219: "...dall' essere la riserva quota di eredità non deriva che sia giuridicamente inibito di formare la quota con denaro che, pur non esistendo nella successione, fa concettualmente parte dell' eredità, in quanto si ottiene dalle cose attribuite ad altri coeredi alle quali esso si sostituisce, così come diventa danaro ereditario il prezzo delle cose che si alienano, quando non siano comodamente divisibili"

¹⁸⁴ A. Magrì, *Principio d'intangibilità della legittima e legato*, in Rivista di diritto civile n. 1/1998

¹⁸⁵ W.G. Romagno, *Considerazioni riguardo alla posizione del divieto di pesi e di condizioni nell' ambito del sistema di tutela dei diritti successori riservati* in Rivista del Notariato fasc. 3, 1 giugno 2018, p. 483 ss. e p. 1275 ss.

In merito ai rapporti tra divieto di pesi e condizioni e azione di riduzione ed in particolare a quale dei due rimedi sia esperibile nel caso di legati, alcuni ritengono che l'art. 549 cod. civ. sia stato inizialmente concepito come rimedio per le disposizioni non dotate di autonomia ma suscettibili di modificare la posizione del legittimario; solo in seguito agli apporti dottrinali il divieto sarebbe stato esteso anche ad alcune disposizioni autonome quali l'onere (che ormai da tempo era attratto nell'ambito dell'art. 549 cod. civ.) e i legati (a prescindere dagli effetti obbligatori o reali¹⁸⁶). Un contributo importante¹⁸⁷ ha ulteriormente distinto l'ipotesi in cui il legato grava sull'intera eredità da quella in cui grava solo su un legittimario: nel primo caso ci si trova dinanzi ad una disposizione autonoma e riducibile; il secondo caso ricade invece nell'ambito applicativo dell'art. 549 cod. civ.. Altri, invece, hanno sostenuto la prevalenza - per la sua specificità - dell'art. 558 cod.civ. sul 549 cod.civ.: l'art. 558 cod.civ. fa riferimento a tutti i legati, senza distinzione, in quanto, diversamente opinando, si rischia di violare il "*principio di uguaglianza inteso in senso sostanziale (art 3, comma 2 Cost.), con il quale il legislatore costituzionale ha indicato agli operatori giuridici la via da percorrere nella soluzione dei problemi ermeneutici, imponendo loro di preferire l'interpretazione che rimuova a quella che conservi o addirittura introduca qualunque forma di disuguaglianza*"¹⁸⁸.

Il presente lavoro mira a dimostrare che è possibile rinvenire delle eccezioni al principio d'intangibilità nonché di unità delle successioni, o, quanto meno, delle aperture significative: ciò emerge dalle riforme che si

¹⁸⁶ W.G. Romagno, *Il rapporto tra il divieto stabilito dall'art.549c.c. e l'azione di riduzione. Ricognizione del sistema alla luce dell'asserita autonomia del modo testamentario*, in Riv. Trim. di Diritto e Procedura civile, fasc.4, 1 dicembre 2018, p. 1275 ss.

¹⁸⁷ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte, parte speciale Successione necessaria* in Trattato Cicu e Messineo, Vol. XLIII, t.2, Milano, 2000, p. 90

¹⁸⁸ Magri A., *Principio d'intangibilità della legittima e legato*, in Rivista di diritto civile n. 1/1998

sono succedute dal '42 ad oggi, ma anche da istituti presenti nell'impianto originario del codice che possono essere analizzati sotto questa luce prospettica.

Esamineremo più avanti le svariate problematiche legate ai diritti di abitazione della casa coniugale e di uso dei mobili ivi contenuti riconosciuti al coniuge (art 540, comma 2, cod.civ.); qui, per il momento, giova segnalare che in essi può rinvenirsi una forma -peraltro molto consistente - di "*legittima qualitativa*".

Anche la cosiddetta cautela sociniana, il sistema delle tutele (o meglio le parziali riforme introdotte nel settore) e , con maggior evidenza, il patto di famiglia, si possono guardare come regimi specifici con riflessi successori inerenti una determinata tipologia di beni.

Si appalesa da tutto ciò la tendenza - ormai fatta propria anche dal legislatore- di differenziare il regime successorio in relazione all'oggetto, tendenza meritevole di sviluppo e che segnerebbe il superamento del principio di unità delle successioni. Ovviamente tale tendenza sarebbe tanto più meritevole quanto più la differenziazione oggettiva fosse collegata ad una differenziazione soggettiva, occorrerebbe cioè poter valorizzare la funzione dei beni quando essi possano essere idonei a soddisfare le esigenze dei soggetti deboli.

L'art. 550 cod. civ. disciplina la cd. cautela sociniana¹⁸⁹. La norma prevede che il *de cuius* abbia disposto, per testamento o donazione l'usufrutto, la rendita vitalizia (o al contrario la nuda proprietà) e che questo lascito non integri il valore della quota di riserva; a fronte di tale potenziale

¹⁸⁹ L' espressione si deve a Mario Socino che ne supportò la validità di un noto parere. F.Farolfi, *Limiti all'attuazione della cautela sociniana mediante domanda giudiziale* in Famiglia e diritto 5/2013, nt.2 p. 490 sottolinea come: "la cautela dettata da Socino era indirizzata a tutela del destinatario della disposizione di usufrutto o di nuda proprietà contro la facoltà riconosciuta al legittimario, dalla legislazione di derivazione giustiniana, di mantenere la piena proprietà dei beni costituenti la legittima, conservando allo stesso tempo l'usufrutto o la nuda proprietà dei beni attribuiti al legatario"

lesione è attribuita al legittimario la facoltà di scegliere se dare attuazione alla volontà testamentaria o pretendere la legittima in piena proprietà (abbandonando l'usufrutto o la nuda proprietà della porzione disponibile)¹⁹⁰. Tale facoltà di scelta è inquadrata dai più nell'ambito del diritto potestativo¹⁹¹. In tale possibilità di ottenere il pieno diritto di proprietà invece del diverso diritto disposto dal testatore si è rinvenuta una forma di tutela qualitativa della legittima¹⁹². La cautela rappresenta quindi “*un mezzo di garanzia del diritto alla legittima in piena proprietà [che prende il posto dell’azione di riduzione per]... evitare l’alea della capitalizzazione connessa all’incertezza sulla durata della vita dell’usufruttuario*”¹⁹³.

L’azione di riduzione, nel caso di specie, non assicurerebbe la legittima in piena proprietà ma solo un mero valore.

Il principio di unità delle successioni subisce delle chiare deroghe anche nelle ipotesi di successioni anomale legali¹⁹⁴.

Tali successioni vengono divise in successioni separate e speciali ma non vi è pieno accordo in dottrina su tale terminologia o meglio sulle ipotesi da far rientrare nell’una o nell’altra categoria. Seguendo un’accreditata dottrina¹⁹⁵ si possono definire le successioni anomale come “*tutte quelle ipotesi, differenziate fra loro, nelle quali la legge regola con norme speciali la successione in determinati beni o in complesso di beni, in deroga al*

¹⁹⁰ Esercitato il diritto potestativo dell'abbandono del lascito e ottenuta la quota di riserva in piena proprietà si viene così a formare una comunione della cui natura si discute, per alcuni è una comunione ereditaria, per altri ordinaria perché la scelta nel caso di specie è un atto *inter vivos*, per altri ancora è una comunione *sui generis* perché ha matrice successoria ma deriva da una scelta *inter vivos*.

¹⁹¹ G. Capozzi, *Successioni e donazioni* a cura di Ferrucci e Ferrentino, Mi, 2009 pp. 485-486

¹⁹² Cass. civ. n. 511/1995 in Nuova Giur. Civ. Comm. 1996, 1, 115

¹⁹³ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte- Parte speciale Successione necessaria* in Trattato di diritto civile e commerciale Cicu e Messineo, Vol. XLIII, t.2, Milano, 2000, pp. 347-348

¹⁹⁴ Alle successioni anomale legali si contrappongono le successioni anomale contrattuali, strumenti negoziali diversi dal testamento miranti a regolare situazioni post mortem

¹⁹⁵ M. Ieva - A. Rastello, *Le c.d. successioni anomale*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Vol. 1, Padova, 1994, p. 621

principio di unità delle successioni che informa la disciplina successoria”, specificando altresì che la deroga al principio di unità delle successioni può essere sia soggettiva (qualora vengano chiamati alla successione solo alcuni dei successibili a preferenza degli altri oppure persone diverse da quelle indicate dall’ art. 565 cod. civ.) oppure ancora la deroga può riguardare l’attribuzione di un bene specifico o di una quantità diversa da quella normalmente prevista come quota.

Tra le successioni anomale si possono annoverare il diritto di abitazione sulla casa familiare e di uso dei mobili ivi contenuti, il maso chiuso ed i fondi agricoli, che verranno trattati più avanti, nonché altre ipotesi cui è opportuno accennare¹⁹⁶.

Il riferimento è alle indennità ex artt. 2118 e 2120 cod. civ. cui è stata riconosciuta natura di retribuzione differita e che, pertanto, fanno parte del patrimonio del lavoratore defunto e hanno natura successoria. Esse possono essere qualificate nel novero delle successioni anomale in considerazione dell’indicazione dei percettori individuati nel coniuge, nell’unito civile¹⁹⁷, nei figli e, se a carico del prestatore di lavoro, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo.

Altra ipotesi si rinviene nella disciplina delle locazioni; nel caso di immobili adibiti a civile abitazione è previsto il subentro nel contratto da parte del coniuge, unito civile, convivente¹⁹⁸, parenti e affini conviventi con il conduttore defunto; nel caso di immobili adibiti ad uso diverso dall’abitazione, ai sensi dell’art 37, 1 comma della L. n. 392/1978,

¹⁹⁶ C. M. Bianca, *Diritto civile, la famiglia- le successioni*, Vol. 2, Milano, 1989, pp. 541-542-543

¹⁹⁷ Art 1, comma 17 L. n. 76/2016

¹⁹⁸ Art. 1, comma 44 L. n. 76/2016; C.Romano, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato* n. 4/2016, p. 345 evidenzia come già “Con la sent. n. 404 del 7 aprile 1988 la Corte costituzionale dichiara l’illegittimità dell’art. 6 della L. 392/1978 nella parte in cui non prevede la successione, nel contratto di locazione, del convivente more uxorio, sottolineando il contrasto tra tale disposizione e gli artt. 2 e 3 Cost.”

subentreranno nel contratto coloro che, per successione o per precedente rapporto risultante da atto di data certa anteriore all'apertura della successione, hanno diritto di continuarne l'attività.

Par. 3 - Il polimorfismo causale della legittima.

Il già ricordato art. 536 cod.civ.- in specie l'espressione "*altri diritti nella successione*" -indica la possibilità di soddisfare in vari modi le pretese dei legittimari: la legittima è un'attribuzione patrimoniale che può essere conseguita dal legittimario non solo con l'istituzione nella quota, ma anche attraverso donazioni o legati, liberalità con struttura causale diversa.

E' noto che il *de cuius* può, in vita, aver beneficiato terzi o lo stesso legittimario servendosi di donazioni dirette ed indirette. Se il beneficiario è il legittimario, le donazioni ricevute possono essere considerate come un modo alternativo per soddisfare le sue pretese, esse, infatti, devono essere imputate alla quota, salvo dispensa (art.564 c.2 cod.civ.).

Le donazioni, sia dirette che indirette (art. 809 cod.civ.¹⁹⁹), sono soggette a riunione fittizia, collazione, eventuali riduzioni e revocazioni. Tali aspetti della disciplina del minisistema successorio sono investiti dalla

¹⁹⁹ G. Iervolino, La donazione effettuata esclusivamente mediante operazione bancaria è nulla - Riflessioni sulla Sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 18725 del 27 luglio 2017, in *Iurisprudenzia.it* Anno IV maggio 2019: "La norma in parola sancisce l'applicabilità alle donazioni indirette delle norme dettate in tema di revocazione, riduzione per lesione della quota di legittima, così come sono applicabili quelle relative alla collazione e all'imputazione ex se. Oltre alla citata disciplina, l'interpretazione dottrinale prevalente, avallata anche dalla giurisprudenza, è nel senso di ritenere applicabili alle donazioni indirette le seguenti norme: artt. 437 (alimenti), 771 (beni futuri), 776 e 777 (incapacità a donare), 779 (incapacità a ricevere la donazione) 787 e 788 (errore sul motivo e motivo illecito), 2901 (azione revocatoria) mentre non si ritiene applicabile l'articolo 2721 circa i limiti alla prova testimoniale."

critica che rinviene in essi un pesante ostacolo alle esigenze di certezza dei rapporti giuridici ai fini della loro circolazione e, già nel 2005, il legislatore è intervenuto con una riforma volta a sopperire - tuttavia solo parzialmente - a tale limite.

La disciplina delle due tipologie di donazioni è per molti aspetti comune, con l'importante eccezione della forma: nel caso di donazioni indirette occorre rispettare la forma prevista per i negozi con cui vengono realizzate, mentre, com'è noto, per le donazioni dirette è espressamente richiesta la forma solenne (atto pubblico con la presenza di due testimoni) che assolve all'importante funzione di richiamare l'attenzione sull'operazione posta in essere. Occorre notare che l'annullamento di una donazione per mancanza dei requisiti formali consente al coerede una tutela molto incisiva in quanto la nullità farà rientrare il bene nel patrimonio del donante e, quindi, esso sarà calcolato non nel *donatum*, bensì nel *relictum*²⁰⁰.

Altro importante profilo di differenziazione è rappresentato dal dubbio inerente l'applicabilità dei rimedi della riduzione e della restituzione alle donazioni indirette. Di grande interesse, in materia, l'apporto di quella dottrina²⁰¹ che sul tema, preliminarmente, in relazione alla riforma degli artt. 561 e 563 cod. civ. del 2005, evidenzia "*l'impraticabilità di un'opposizione indirizzata contro le fattispecie realizzative delle liberalità atipiche*". La riflessione procede poi con un'articolata dimostrazione dell'impossibilità che la riduzione delle liberalità atipiche espliciti efficacia

²⁰⁰ La sentenza della Corte di Cassazione n.6709/2010 affronta- sebbene per ritenerla questione di merito sottratta al suo esame - una questione di simulazione relativa: nel caso di specie il negozio simulato era una compravendita di immobili, quello dissimulato una donazione (nulla perchè priva del requisito di forma dell'atto pubblico). In tali casi, ai fini della prova il legittimario è considerato terzo e le donazioni nulle non rientreranno nel *donatum*, bensì, nel *relictum*. Quando, invece, il negozio dissimulato abbia i requisiti di forma e di sostanza, si tratta di vere donazioni soggette a riunione fittizia

²⁰¹ G. Amadio, *Gli acquisti del beneficiario di liberalità non donative*, in Riv. Notariato fasc.4 2009, p. 819 ss.

recuperatoria nei confronti del terzo avente causa dal beneficiario: il diritto del legittimario, in questo caso, degrada *"da pretesa alla restituzione in natura del bene donato, in ragione di credito"*. Infatti, il legittimario vittorioso in riduzione diventa erede non solo e non tanto in forza della sentenza, quanto della legge che gli riconosce la vocazione necessaria; l'obiettivo del *"microsistema integrato riduzione-restituzione... non è la mera inopponibilità dell'atto traslativo ... ma la possibilità di considerare il bene donato come rientrato nell'asse, o meglio come mai uscito da esso"*; invece, ciò non si verifica quando si agisce in riduzione di una liberalità non donativa, poiché in questo caso si mira a riattrarre un bene che in realtà non ha mai fatto parte del patrimonio del de cuius (si pensi all'ipotesi emblematica dell'intestazione di un bene a nome altrui) e, quindi, il bene non potrebbe dirsi acquistato dal legittimario *iure hereditatis*. Quanto alla critica che potrebbe trovare un appiglio nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione Civile n.9282/1992 con la quale si è sancito che, in caso di intestazione a nome altrui, oggetto della collazione dev'essere il bene, si rileva che collazione e riduzione sono istituti diversi sul piano soggettivo, oggettivo e degli effetti. Ciò premesso, la conclusione cui tale tesi perviene è che, nel caso di donazioni indirette, il legittimario può pretendere di recuperare non il bene ma l'arricchimento economico²⁰².

Dai lineamenti di differenziazione esaminati, si profila dunque l'utilità di stabilire se un negozio possa essere considerato donazione diretta o indiretta e se, nel primo caso, sia stata o meno rispettata la forma solenne.

L'identificazione di liberalità non donative, tuttavia, non è sempre agevole, presentando esse un meccanismo alternativo al testamento²⁰³ senza dubbio complesso: si pone in essere un diverso contratto -caratterizzato da

²⁰² Cass. Civ., 12.05.2010 n.11496 sez. I, in Rivista del Notariato, fasc.1, 2011, p. 19

²⁰³ S. Ciccarello, *op. cit.*, p. 35

causa e scopi pratici propri -che subisce una sorta di "riqualificazione"²⁰⁴, riuscendo dunque a perseguire il "risultato di liberalità"²⁰⁵.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sono intervenute nella delicata materia il 27 luglio 2017 con la sentenza n. 18725²⁰⁶ che rappresenta un arresto particolarmente prezioso in quanto, prima di fissare il principio di diritto inerente la qualificazione di un giroconto come donazione diretta, la Suprema Corte effettua un *excursus*²⁰⁷

²⁰⁴ Studio n. 107-2009/C, *Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle donazioni e degli atti ricognitivi di liberalità*, (Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 22 aprile 2009), in <https://www.notariato.it/sites/-> p. 13: "L'elemento ulteriore, rispetto alla donazione diretta, sarebbe costituito dall'adozione di un valido schema negoziale che sebbene nella sua astrattezza è idoneo a perseguire una pluralità di scopi pratici in concreto è adottato per realizzare una finalità donativa. La (ri)qualificazione dello schema negoziale, quale liberalità atipica, è realizzata in ragione degli interessi pratici ulteriori perseguiti dalle parti contraenti emergenti dal regolamento contrattuale adottato ovvero emergenti da una valutazione di un'operazione più complessa al cui interno gli schemi stessi costituiscono dei meri segmenti funzionalmente collegati."

²⁰⁵ L. Gatt, , *La liberalità*, I, Torino, 2002, p. 463 ss.

²⁰⁶ La questione di specie riguardava il trasferimento di titoli di credito tramite giroconto e le Sezioni Unite sono state chiamate ad esprimersi sulla natura di donazione diretta o indiretta di tale tipo di operazione fissando il seguente principio di diritto: "Il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario realizzato a mezzo banca, attraverso l'esecuzione di un ordine di bancogiro impartito dal disponente, non rientra tra le donazioni indirette, configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta; ne deriva che la stabilità dell'attribuzione patrimoniale presuppone la stipulazione dell'atto pubblico di donazione tra beneficiante e beneficiario, salvo che ricorra l'ipotesi della donazione di modico valore."

²⁰⁷ S. Ciccarello, *op. cit.*, p. 35, nota 33: "...la tipologia degli atti attraverso i quali può realizzarsi una consapevole determinazione dell'altrui arricchimento, è riconducibile alla figura della cd. donazione indiretta (...) che può specificarsi in un ampio ventaglio di ipotesi". L'Autore, quindi, -riportando numerosi contributi di studiosi- anticipa quanto poi sintetizzato nella citata sentenza delle Sezioni Unite che racchiude gli sforzi dottrinali e giurisprudenziali dando atto che tra le donazioni indirette possono essere annoverati il contratto a favore di terzo, la cointestazione *ab initio* a firme disgiunte di un deposito bancario di somme del donante o di buoni fruttiferi, l'adempimento del terzo, l'intestazione di beni a nome altrui, il versamento di un corrispettivo non corrispondente al valore reale del bene in un contratto oneroso (se troppo basso il beneficiario è il compratore, se troppo alto il venditore), la rinuncia abdicativa. L'identificazione delle figure nell'alveo delle donazioni indirette ne consacra l'idoneità a realizzare lo scopo donativo anche in assenza di forma solenne. Sono considerate, invece, donazione diretta: il trasferimento del libretto di deposito a risparmio al portatore, le liberalità attuate a mezzo di titoli di credito, l'elargizione di somme di danaro di importo non modico mediante assegni circolari, l'accollo interno. Nonostante la già ricca ricostruzione sopra sintetizzata, restano controversi due aspetti che la sentenza non esamina: il primo riguarda la questione se i meri atti possano o meno rappresentare una donazione indiretta, il secondo è l'esclusione dei negozi astratti come possibile "veicolo" di una volontà donativa. In relazione alla prima problematica (sulla quale cfr. Iervolino G., *Riflessioni sulla Sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 18725 del 27 luglio 2017*, *Iurisprudenzia*.it anno IV Febbraio 2019), l'ordinanza di rimessione cita ipotesi di scuola di atti non negoziali per i quali sussiste il dubbio relativamente al loro inquadramento tra le donazioni indirette (ad esempio: oltre alla

delle soluzioni ormai pacifiche volte a ricondurre le varie figure ad unità pur in assenza di un criterio univoco e idoneo a fondare una vera e propria categoria. Dalla disamina effettuata, le Sezioni Unite evincono²⁰⁸ che le donazioni indirette sono *"liberalità che si realizzano: (a) con atti diversi dal contratto (ad esempio, con negozi unilaterali come l'adempimento del terzo o le rinunce abdicative); (b) con contratti (non tra donante e donatario) rispetto ai quali il beneficiario è terzo; (c) con contratti caratterizzati dalla presenza di un nesso di corrispettività tra attribuzioni patrimoniali; (d) con la combinazione di più negozi (come nel caso dell'intestazione di beni a nome altrui)"*.

Le Sezioni Unite pervengono ad una decisione coerente alla rigidità dell'impianto successorio del nostro sistema giuridico: la donazione tramite giroconto è ritenuta diretta ed annullata per mancanza delle prescritte forme. Il rigore formale che caratterizza le donazioni dirette e ne consente anche la sicura tracciabilità si rivela un forte baluardo contro la potenziale possibilità di depauperamento di un patrimonio da trasferire ai familiari²⁰⁹. Il caso,

costruzione su suolo altrui la semina o la piantagione; confessione giudiziale di un debito inesistente; soccombenza volontaria in giudizio; rinuncia a far valere decadenze o prescrizioni). Per le Sezioni Unite la sussistenza o meno di una triangolazione negoziale sembra assurgere ad elemento classificatorio particolarmente significativo. In relazione al secondo profilo, le Sezioni Unite, nella decisione citata non affrontano l'ipotesi dell'assunzione di un'obbligazione cambiaria che, invece, sollecita l'interesse verso la categoria dei negozi astratti, oggi negletta (cfr. V. Scalisi voce in Enciclopedia del diritto "Negozio astratto", XXVIII, Milano 1978 che, con riferimento ai titoli di credito, sottolineava che essi sono ritenuti dall'orientamento prevalente "il campo elettivo di quell'altra forma più intensa di astrazione, che è l'astrazione sostanziale", ma avrebbero invece natura causale "...poiché la peculiarità di tali ipotesi consiste unicamente in ciò che in esse la causa si presenta in forma generica e indeterminata sebbene determinabile. (...)l'interesse negoziale rinviene il criterio della propria qualificazione causale nel contesto esterno all'atto anziché nella stessa programmazione negoziale").

²⁰⁸ Già l'ordinanza di rimessione -Cassazione Civile Sez. 2 Ord. Num. 106 Anno 2017 - conteneva anch'essa una perfetta sintesi dello stato speculativo su tale argomento: "Gli studiosi si sono sforzati di porre in evidenza, attraverso le varie definizioni coniate, la struttura e il meccanismo di funzionamento.....abbandonate alcune ipotesi, oramai scarsamente seguite (negozio atipico, unico negozio con clausola speciale), si ritiene in dottrina ed in giurisprudenza (Sez. 2, n. 21449 del 21/10/2015) che il fenomeno vada spiegato come la risultante della combinazione di due negozi (il negozio-mezzo ed il negozio-fine, accessorio e integrativo)."

²⁰⁹ S. Rodotà, *La vita e le regole – Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2007 nota che, anche nell'ambito delle varie figure di donazioni indirette si dovrebbe tenere conto di un nuovo

quindi, palesa una tutela pedissequa del trasferimento intrafamiliare dei beni nonchè una forte compressione della libertà del *de cuius* la cui volontà- non più ripetibile- viene di fatto disattesa²¹⁰.

In un'altra vicenda giudiziaria²¹¹ l'esito –anch'esso coerente con il sistema successorio attuale –evidenzia un'esasperata tutela delle ragioni dei componenti della famiglia che si traduce però in “*summa iniuria*”. La Corte, rinvenendo questa volta nell'operazione posta in essere una donazione indiretta, ne esclude la nullità per mancanza di forma finendo per assecondare, ancora una volta, le ragioni dei familiari del *de cuius*. Questo ed altri casi assimilabili sarebbero degni di tutela in termini di giustizia sostanziale ed invece si scontrano con una disciplina quasi meccanicistica ed obsoleta che finisce col realizzare risultati concreti iniqui. Tuttavia, non sono facilmente individuabili i rimedi esperibili²¹².

Anche il legato in conto ed il legato in sostituzione di legittima possono essere considerati strumenti idonei a tacitare le pretese del legittimario e finiscono col rappresentare un modo alternativo per comporre la quota riservata.

sistema assiologico che valorizzi la solidarietà e non guardi alla gratuità con la diffidenza dell'ottica mercantile

²¹⁰ La sez. II della Suprema Corte, nella sua ordinanza di rimessione citata, aveva colto e segnalato che la decisione avrebbe potuto comportare il sacrificio della volontà del donante: "... la questione si carica di particolare rilievo ove si consideri che le operazioni in discorso assumono assai di sovente funzione *trans* o *post mortem*, e quindi, il significato di regolamento ultimo, non più emendabile".

²¹¹ Cassazione civile, sez. II, 25 marzo 2013 n.7480: una donna aveva fornito al convivente il denaro occorrente per l'acquisto di un immobile poi intestato solo per metà a lei; convenuta in giudizio divisorio dagli eredi del compagno defunto, aveva chiesto che le fosse riconosciuta la proprietà dell'intero bene adducendo la nullità della donazione del denaro per mancanza di forma.

²¹² G. Oberto, *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, (Nota a Cass. civ., sez. II, 25 marzo 2013, n. 7480, D. G. c. R.) in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 556 ss. "Va qui infatti ribadita la soluzione, già prospettata in altre sedi, che, muovendo dalla comparazione con i sistemi di *common law* e con i rimedi adottati negli altri principali sistemi europei, ha concluso per l'applicazione (una volta che l'indagine da svolgersi sul singolo caso concreto dovesse escludere altre cause giustificatrici dello spostamento patrimoniale: dal mandato, al negozio fiduciario, al mutuo, alla donazione, alla liberalità indiretta) dell'azione di ripetizione dell'indebito, pure essa, a ben vedere, espressione della regola generale del divieto di arricchimento senza giusta causa."

E' d'uopo ricordare brevemente la disciplina dei due istituti.

Ai sensi dell'art 551 cod. civ. il *de cuius* può disporre per il legittimario un legato in sostituzione della quota di riserva. Nel caso in cui il legittimario scelga di rifiutare il legato potrà esperire l'azione di riduzione²¹³ per vedere soddisfatte le proprie ragioni, accertata la sua pretermissione, ridotte le disposizioni testamentarie e perché gli venga riconosciuta la sua qualità di erede. Invece, se consegue il legato sarà un successore a titolo particolare, rinunciando, in caso di valore inferiore del legato rispetto alla quota di riserva, a chiedere il supplemento, salvo che il testatore abbia espressamente attribuito tale facoltà (art.551, comma 2, cod.civ.), previsione quest'ultima foriera di fondati dubbi inerenti la natura giuridica di tale istituto²¹⁴.

Il legato in conto di legittima, disciplinato dall'art.552 cod.civ., consiste in un particolare tipo di disposizione a favore di un legittimario. Nel silenzio del testatore, si presume che il lascito sia fatto "in conto" di

²¹³ L.Genghini-C.Carbone, *op. cit.*, pp. 640-641: " Il legato sostitutivo è una disposizione a titolo particolare, sottoposta a condizione risolutivo-potestativa, nel senso che la vocazione testamentaria a titolo di legato rimane priva di efficacia qualora il legatario rinunci. In tal modo egli diverrà un legittimario pretermesso e potrà, agendo in riduzione, conseguire la qualità di erede ...la domanda di riduzione sarà quindi rigettata, se il legittimario, prima della spedizione della causa a sentenza, non abbia rinunciato al legato"

²¹⁴ L. Genghini- C. Carbone, *op. cit.*, pp. 662- 663: "E' fortemente discussa in tale ipotesi, la natura giuridica del legato disposto in favore del legittimario. Un'opinione autorevole ritiene che il legittimario sia in tal caso, nonostante il tenore legislativo, un erede testamentario, la cui quota è composta dal testatore, in parte con l' oggetto del legato ed in parte con il supplemento: la volontà del testatore sarebbe in realtà quella di istituire il legittimario nella quota di legittima, senza privarlo di alcuna parte di essa. A favore di questa ricostruzione si invoca il tenore letterale della norma... ne consegue che il legittimario, per ottenere il supplemento, dovrebbe agire non con l' azione di riduzione ma con la petizione di eredità." Interessante anche l'opinione di F. Magliulo, *op. cit.*, p.100: "Tale disposizione (...) sancisce la disapplicazione di tale precetto «quando il testatore ha espressamente attribuito al legittimario la facoltà di chiedere il supplemento». La norma appare di difficile inquadramento sistematico per chi si muovesse nella prospettiva della legittima quale quota di eredità, sulla scorta della tradizione francese. In conseguenza taluni interpreti hanno tentato di identificare la figura in esame con quella del legato in conto di legittima disposto in favore del legittimario preterito come erede. (...)Si tratta invero di una particolare figura di legato in conto di legittima, che dà luogo ancora una volta ad un fenomeno di polimorfismo causale, onde la quota di legittima viene ad essere composta dal concorso di una disposizione a titolo particolare con una disposizione a titolo universale".

legittima e grava sulla disponibile solo per l'eccedenza, con possibilità per il legittimario di chiedere il supplemento se il bene attribuitogli non raggiunge il valore della quota. Più precisamente si distinguono due ipotesi (art. 564, comma 2, cod.civ.): in assenza di un'espressa volontà del *de cuius*, il legato si considera senza dispensa da imputazione e il legittimario, che abbia acquistato il legato ma agito in riduzione nel caso di valore inferiore alla riserva²¹⁵, dovrà imputarne il valore alla propria quota; oppure può esservi dispensa ed il legatario-legittimario ha diritto di conseguire anche beni per un valore corrispondente alla quota di riserva²¹⁶.

Una puntuale precisazione²¹⁷, in merito, constata che, nel primo caso, non si dovrebbe parlare di supplemento, piuttosto il legittimario che agisce in riduzione chiede *"la legittima nella minor quantità risultante dall'imputazione"*.

L'inquadramento di tali istituti, sia in relazione alla loro natura²¹⁸, sia in relazione alla loro funzione, presenta profili di particolare interesse. Un'opinione dottrinale deduce dalla lettera dell'ultimo comma dell'art. 551 cod. civ. (che dispone che il legato in sostituzione «grava sulla porzione indisponibile» e solo per la porzione del suo valore eccedente la legittima grava sulla disponibile) che, di fatto, *"il legatario in sostituzione di legittima*

²¹⁵ V.Barba, *Legato in conto di legittima*, in Rivista di diritto civile n. 2/2019, p. 446 "Cio' significa che potrà agire in riduzione soltanto se abbia ricevuto a titolo di legato un bene di valore inferiore alla sua quota di legittima (non potrebbe neppure agire in riduzione se il valore del legato fosse eguale o superiore alla sua quota di legittima) e che può domandare di conseguire beni per un valore pari alla differenza tra la sua quota di legittima e quanto ricevuto a titolo di legato"

²¹⁶ V.Barba, *op.cit.*, p. 447: "Nell'ipotesi di legato con dispensa da imputazione, il legatario-legittimario, qualora agisca in riduzione, ha diritto di conseguire beni per un valore corrispondente alla quota di riserva, dacché ciò che ha ricevuto a titolo di legato deve considerarsi attribuito in aggiunta rispetto la sua quota di legittima."

²¹⁷ L.Mengoni, *Successioni per causa di morte- parte speciale Successione necessaria* in Trattato di Dir. Civ. e Commerciale Cicu- Messineo, Vol. XLIII, t. 2, Milano, 2000, p. 134.

²¹⁸ G.Schiavone, *Le disposizioni testamentarie dirette ai legittimari*, Milano, 2012, p. 145 ss.: "[l'imputazione ex art 564cpv cod.civ] non necessariamente implica conferimento alla massa dividenda; il che equivale a dire che l'imputazione alla quota di un'attribuzione non è incompatibile con il concetto di prelegato".

consegue la legittima con un'attribuzione liberale avente struttura causale diversa dalla chiamata ereditaria"²¹⁹. Dunque, tale legato - detto anche privativo - è ritenuto un "*modo particolare di pagamento della riserva*"²²⁰. Attraverso tale strumento il legislatore sembrerebbe voler concedere al *de cuius*, nonostante il necessario "consenso" del legittimario, un'alternativa al sistema legale della riserva²²¹. Il legittimario che acquista il legato non perde la sua qualità (come si deduce anche dall'ultimo comma dell'art. 551 c.c. che altrimenti sarebbe di difficile comprensione). Se "*il legato sostitutivo è la stessa legittima in forma di attribuzione a titolo particolare*"²²², ad esso si applica il divieto di pesi e condizioni (art. 549 cod.civ.).

Altra parte della dottrina²²³, invece, rinviene nel legato tacitativo un intento del testatore di diseredare il legittimario, tale intento avrebbe un ruolo centrale nella ricostruzione dell'istituto in quanto il legittimario è in realtà privato "*della quota legittima e quindi della qualità di erede, se egli non insorge contro la diseredazione*". Tale ricostruzione non è più condivisa e la dottrina più recente sottolinea che si tratterebbe di preterizione, non già di diseredazione.

Dall'inquadramento di tali legati nell'ambito concettuale del polimorfismo causale della legittima, discende che possono rinvenirsi degli istituti che non collimano con la funzione di conservazione del patrimonio all'interno della famiglia sino ad ora pedissequamente riconosciuta alla successione necessaria. Non sembra possibile ritenere che si tratti di mere

²¹⁹ F. Magliulo, *op.cit.*, p. 87

²²⁰ N.Coviello, *Corso completo del diritto delle successioni*, 2^a ed., a cura di L. Coviello, II, Napoli, 1915, p. 1101

²²¹ G.Schiavone, *Il legato in luogo di legittima: modalità di acquisto e ambito della funzione sostitutiva* in *Famiglia*, fasc. 2, 2006, p. 215 ss.

²²² L.Mengoni, *Successioni per causa di morte, parte speciale Successione necessaria*, *op. cit.*, p. 126

²²³ F. Santoro-Passarelli, *Legato privativo di legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 282

antinomie, ma, piuttosto, tali previsioni rappresentano un tentativo di conciliare la rigidità della riserva con l'autonomia del testatore.

Tentativo timido, in realtà, anche in considerazione della possibilità che il legittimario legatario rifiuti le diverse attribuzioni e pretenda la quota di eredità o la sua integrazione, con il conseguente ingresso nella comunione ereditaria ed il concretizzarsi di un diritto reale sui beni ereditari.

Qui giova sottolineare che le tipologie di legati esaminate possono costituire un mezzo per eludere l'unità delle successioni, escludendo il legittimario da alcuni beni, attribuendogliene specificamente altri. Si può immaginare che il testatore possa ricorrere a tali soluzioni in considerazione di caratteristiche peculiari del legittimario.

Vedremo che motivazioni in tal senso si rinvencono esplicitamente nella disciplina del patto di famiglia, ma già il legislatore del 1942 ha consentito, con questi strumenti, una sorta di personalizzazione della successione. Certo il legittimario può rifiutare, così come nel patto di famiglia devono essere presenti tutti a dimostrazione della rigidità intrinseca del sistema che è difficile scardinare, tuttavia, dal polimorfismo si apre la prospettiva di una possibile riforma volta a consentire un'attribuzione specifica di beni ad alcuni invece che ad altri tanto più che occorre sottolineare che il legato in sostituzione di legittima –a differenza della quota di legittima- può essere formato anche da un'obbligazione o da beni non facenti parte della massa ereditaria²²⁴.

²²⁴ G. Schiavone, *op.cit.*, p. 215 ss: “Delineati i termini attuali dell'intangibilità qualitativa della legittima e appurato che essa non ha altro significato che quello della necessità che la legittima sia soddisfatta con beni ereditari, è di tutta evidenza che tale limite non sussiste per il legato sostitutivo.... Il legato de quo potrà essere anche di carattere obbligatorio e cioè potrà essere costituito da un credito pecuniario verso gli eredi o consistere in un legato di cosa altrui.”.

Il polimorfismo può essere ritenuto anche un'indicazione importante verso la configurabilità della legittima come *pars bonorum*, mero utile economico.

Se il legittimario, dunque, non è "erede" ad ogni costo, conseguentemente il fondamento della successione necessaria non potrebbe più essere indicato nella conservazione dei beni entro l'alveo familiare, ma piuttosto nei bisogni specifici di alcuni componenti.

Correlativamente, anche i successibili necessari potrebbero (dovrebbero) essere selezionati sulla base di nuove valutazioni: il legittimario potrebbe essere considerato mero creditore dell'utile economico che gli venga attribuito per esigenze particolari (situazioni peculiari e/o condizioni di fragilità del legittimario che costituiscano un nuovo più solido fondamento ad eventuali vincoli testamentari). Si giungerebbe pertanto al totale superamento del principio di unità delle successioni, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo.

Par.4 Le tutele giudiziarie, le loro riforme, lo spazio dell'autonomia contrattuale

La tutela reale non limita i suoi effetti al cd. *relictum* ma anzi deve essere intesa quale possibilità recuperatoria dei beni costituenti il patrimonio del *de cuius* di cui lo stesso abbia disposto per testamento, donazione o liberalità indirette.²²⁵

²²⁵F.Pene Vidari - G.Marcoz, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima* in Riv. notariato, fasc.3, 2006, p. 699 ss.

Il *de cuius* potrebbe, pur in presenza di eredi necessari, decidere comunque di destinare il suo intero patrimonio ad altri ed il testamento lesivo dei diritti dei legittimari sarebbe pienamente valido ed efficace. Non è prevista, infatti, la nullità o annullabilità degli atti lesivi dei diritti dei legittimari²²⁶ (non ritenuti illeciti²²⁷) ma è accordata la tutela prevista dagli artt. 553 e ss. cod.civ.²²⁸.

Se i legittimari decidono di esercitare l'azione di riduzione, le disposizioni lesive saranno *“inoperanti, in tutto o in parte, e cioè nei limiti in cui ciò sia reso necessario per l'integrazione della quota di riserva”*²²⁹.

Sono soggette a riduzione sia le disposizioni testamentarie sia le donazioni fatte in vita dal *de cuius*, infatti, prima di esperire l'azione di riduzione è necessario procedere alla riunione fittizia²³⁰ ed il valore della quota è determinato al momento dell'apertura della successione²³¹.

²²⁶ Cass., 6.03.1992, n. 2708; Cass. 27.10.2008, n. 25834: “Gli atti di liberalità soggetti a riduzione non sono affetti da nullità o annullabilità ma sono, invece, validi, anche se suscettibili di essere resi inoperanti, ed inefficaci in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per l'integrazione della quota di riserva, attraverso l'esercizio del diritto potestativo dell'erede legittimario di chiederne la riduzione”.

²²⁷ Trib. Treviso, Sez. I, 13.07.2010: “La disciplina relativa alla tutela dei successori necessari non può dirsi espressione di norme imperative in modo tale che l'atto di donazione ovvero il testamento possano considerarsi nulli per illiceità della causa, posto che il legislatore consente esclusivamente l'azione di riduzione delle disposizioni, mantenendo valido ed efficace l'atto dispositivo”.

²²⁸ L. Genghini - C. Carbone, *op.cit.*, pp. 712-713 sottolineano come l'azione di riduzione non rientri nell'alveo né dell'azione di nullità né di annullabilità poiché “la potenzialità lesiva della disposizione presuppone ... la validità della stessa ... il divieto di disporre della legittima non rileva al momento dell'atto dispositivo, ma solo al momento dell'apertura della successione ... il notaio ... può ricevere dette disposizioni senza incorrere nel divieto di cui all'art. 28, n.1, L. 16 febbraio 1913, n. 89, salvo che rientrino nel divieto di cui all' art. 549 c.c. che è sanzionato con la nullità” né dell' azione di rescissione o risoluzione poiché “questi rimedi colpiscono direttamente il negozio per un vizio originario... o sopravvenuto... mentre l'azione di riduzione [rende] inoperanti [le disposizioni lesive] nei confronti dei legittimari”.

²²⁹ G. Azzariti, *op. cit.*, p. 157 lo stesso A. a p. 156 afferma inoltre che “Stante il carattere della riserva, riaffermato nel codice, si sarebbe anche potuto ripristinare la disposizione del capo III, § 14, della Novella 115 di Giustiano, ov' è detto che <<quantum ad institutionem heredum pertinet testamentum evacuato, ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire>>. Ma, a tutela del legittimario, che venga leso nel suo diritto dall' arbitrio del testatore, la legge ha invece mantenuto ferma l'azione di riduzione concessa dal diritto anteriore; ed è così prevalso il concetto più rispondente alla essenza della riserva”

²³⁰ Il *de cuius* non può derogare alle norme previste per il calcolo della legittima (Cass. civ 2034/1963)

²³¹ Cass. civ., Sez. II, n. 1884/2017; Cass. S. U. 13524/2006; Cass. S.U. 13429/2006

L'azione di riduzione è, quindi, un atto di volontà posto in essere dal legittimario per far valere il suo diritto potestativo ad avere la quota di legittima, un'azione giudiziale individuale²³² (in quanto solo colui che ha esperito l'azione può avvantaggiarsene), personale non dando luogo a litisconsorzio necessario (poiché "*indirizzata specificatamente ai beneficiari delle disposizioni lesive e diretta a rivendicare...le proprie ragioni successorie*"²³³), di accertamento costitutivo²³⁴, ad effetti reali retroattivi (poiché gli effetti retroagiscono al momento dell'apertura della successione anche nei confronti dei terzi). La retroattività di tipo reale "*si riverbera, travolgendoli, sui diritti degli aventi causa del beneficiario dell'attribuzione lesiva*"²³⁵.

Per esperire l'azione di riduzione, ai sensi dell'art. 564 cod. civ., il legittimario deve accettare con beneficio d'inventario²³⁶ a pena di inammissibilità dell'azione²³⁷ salvo che il beneficiario delle disposizioni lesive sia un coerede; inoltre, il legittimario deve imputare alla sua quota quanto abbia ricevuto come liberalità o legati dal de cuius²³⁸, salvo dispensa.

²³² Cass., 20.11.2008, 27556; Cass. 3 settembre 2013, n. 20143, in CED Cassazione: "In tema di successione necessaria, il diritto alla reintegrazione della quota, vantato da ciascun legittimario, è autonomo nei confronti dell'analogo diritto degli altri legittimari, spettando a ciascuno di essi solo una frazione della quota di riserva, sicché il giudicato sull'azione di riduzione promossa vittoriosamente da uno dei legittimari - se non può avere l'effetto di operare direttamente la reintegrazione spettante agli altri che abbiano preferito, pur essendo stati evocati nel processo di divisione contemporaneamente promosso, rimanere per questa parte inattivi - non preclude ad altro legittimario di agire separatamente, nell'ordinario termine di prescrizione, con l'azione di reintegrazione della quota di riserva per la parte spettantegli"

²³³ L. Genghini- C. Carbone, *op. cit.*, p. 710; Cass. civ, Sez. II, n. 1884/2017 in www.osservatoriofamiglia.it

²³⁴ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte- Successione necessaria*, *op.cit.*, p. 241

²³⁵ S. Delle Monache, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all' opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario* in Riv. notariato, fasc. 2/2006, p. 305 ss.

²³⁶ Si sottolinea a tal proposito che l' accettazione con beneficio d' inventario vale solo nel caso in cui il legittimario sia stato istituito erede per una quota inferiore alla legittima e non nel caso in cui sia stato pretermesso in quanto, in quest' ultimo caso, non vi è delazione ereditaria\.

In tal senso Cass. civ., n.16635/2013

²³⁷ Cass. civ., n. 12632/1995

²³⁸ L. Genghini- C. Carbone, *op. cit.*, p. 726 "l' imputazione si distingue da quella prevista in tema di collazione (art. 737 c.c.), in quanto ha la funzione di formare il reale valore della

La legittimazione attiva ad esperire l'azione di riduzione spetta ai sensi dell' art. 557 cod. civ. ai legittimari, ai loro eredi ed ai loro aventi causa (compresi anche i creditori²³⁹ o il curatore del legittimario pretermesso)²⁴⁰.

Per quanto riguarda il momento di inizio del termine di prescrizione decennale, la *querelle* giurisprudenziale tra l'orientamento più risalente (secondo il quale decorrerebbe dall'apertura della successione) e l'orientamento più recente (per il quale decorrerebbe dalla data di pubblicazione del testamento²⁴¹), è stata risolta, nel 2004, dalla Cassazione a Sezioni Unite²⁴² che non ha aderito agli indirizzi citati. Preliminarmente la Suprema Corte nota che un problema di individuazione del termine di prescrizione si pone solo nel caso in cui la lesione della legittima dipenda da disposizioni testamentarie, mentre è incontestabile che il termine decorra dalla data di apertura della successione nel caso in cui la lesione derivi da donazioni (in quanto, in questo caso “....sin da tale momento vi è la certezza dell'incapienza del relictum per soddisfare i diritti del legittimario”). Per quanto concerne la prima ipotesi (cioè lesione dipendente da disposizioni testamentarie) le Sezioni Unite ritengono che la lesione dei diritti del legittimario diventi

legittima, mentre l'altra tende prevalentemente ad evitare una disparità tra i coeredi. Ma i due istituti si differenziano anche per la natura giuridica: il primo costituisce un onere al fine di esercitare l' azione di riduzione, il secondo rappresenta, invece, un obbligo per il coerede donatario nei confronti degli altri coeredi”

²³⁹ Partendo dalla considerazione che, nel caso di legittimario totalmente pretermesso, l' azione di riduzione vittoriosamente esperita attribuisce la qualità di erede e tale acquisto -secondo gran parte della dottrina- non potrebbe essere imposto da parte di terzi, L. Mengoni, *Successioni per causa di morte, Parte speciale: Successione necessaria*, in Tratt. Dir. Civ. e Commerciale Cicu- Messineo, Milano, 2000, p. 243 ss. esclude, nell' ipotesi suddetta, la possibilità dei creditori di agire in surrogatoria per la riduzione; ammette, invece, tale possibilità nel caso in cui il legittimario sia erede in quanto destinatario di disposizioni sebbene lesive

²⁴⁰ In senso contrario Cass. civ., n. 160/1970

²⁴¹ Cass. 15.06.1999, n. 5920

²⁴² SS.UU. Cass. Civ. sent. n. 20644/2004

attuale solo quando il chiamato accetta l'eredità e quindi solo da quel momento potrà decorrere il termine prescrizionale.

I legittimati all'azione di riduzione, ai sensi dell'art. 557, 2 comma cod.civ., finché è in vita il testatore, non possono rinunciare all'azione a pena di nullità non solo ai sensi dell' art. 1418 cod. civ. ma anche in quanto, avendo un contenuto patrimonialmente rilevante, la rinuncia perfezionerebbe un patto successorio, vietato ai sensi dell'art. 458 cod. civ.²⁴³

I legittimari, dunque, ai sensi dell'originaria formulazione dell'art. 561 cod. civ., avevano una tutela reale piena sia nei confronti dei donatari del *de cuius* che non avevano disposto della loro attribuzione, sia nei confronti di soggetti titolari di ipoteche o pesi di diverso genere sul bene donato; dunque, l'azione di riduzione aveva un effetto purgativo totale.

L'art. 563 cod. civ. nel testo precedente la riforma del 2005 prevedeva solo che il legittimario vittorioso nell'azione di riduzione dovesse prima chiedere l'escussione dei beni del donatario e, successivamente, in caso di incapienza, chiedere la restituzione degli immobili ai terzi acquirenti a titolo oneroso dell'immobile donato; questi ultimi, eventualmente, potevano scegliere di pagare in denaro il valore del bene²⁴⁴. I legittimari, quindi, vantavano, nei confronti degli acquirenti di beni immobili o beni mobili registrati, un diritto *“la [cui] realtà [era] pertanto meramente eventuale, con funzione qualificabile in termini di garanzia”*²⁴⁵.

A tal proposito, autorevole dottrina sostiene che bisogna tenere separate l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti dall'azione di

²⁴³ L'atto di rinuncia si differenzia sia dall'inerzia sia dalla perdita del diritto di accettare l'eredità che (artt. 480 e 481 cod. civ.)

²⁴⁴ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte- Parte speciale Successione necessaria*, op. cit., p. 308 “Il pagamento dell' <<equivalente in denaro>> non è una prestazione in *facultate solutionis*, ma il corrispettivo dell'esercizio di un diritto (potestativo) di riscatto, in forza del quale il terzo riacquista la proprietà del bene”

²⁴⁵ F. Pene Vidari- G. Marozz, op. cit., p. 699 ss.

restituzione contro i donatari poiché quest'ultima è un effetto diretto della riduzione (e dunque ha natura personale), mentre l'azione verso gli aventi causa dal donatario è *“una fattispecie complessa”*²⁴⁶ composta dal giudicato formatosi dopo l'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione e dall'infruttuosa escussione dei beni del donatario (e pertanto ha natura reale poiché si verifica il rientro *ex tunc* della proprietà del bene donato)²⁴⁷.

La sola sicurezza per i terzi acquirenti da donatari era quella prevista dall'art. 2652 c.c. n. 8 ovvero che la trascrizione della domanda di riduzione fosse avvenuta non solo dopo i dieci anni dall'apertura della successione ma anche dopo la trascrizione del titolo di acquisto del terzo²⁴⁸.

E' evidente, come nella maggior parte dei casi, *“l'acquisto di un bene di provenienza donativa risultava...sottoposto alla spada di Damocle del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione”*²⁴⁹. Pertanto, il legislatore con la L. n. 80/2005 è intervenuto per attenuare l'interferenza del sistema di tutela dei legittimari con il sistema economico²⁵⁰, in particolare,

²⁴⁶ A. Palazzo, *La circolazione dei beni donati dopo la novella del 2005* in Studi in onore di Marco Comporti, vol III, Giuffrè Editore, 2008, p. 2043 precisa come “dalla retroattività reale dell'azione di riduzione deriva che l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti ex art.563 c.c. ha natura reale e non già personale, come invece è tipicamente l'azione di restituzione esercitata contro il donatario”

²⁴⁷ A. Palazzo, *La circolazione dei beni donati dopo la novella del 2005*, op. cit., p. 2043

²⁴⁸ V. Tagliaferri, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, in Notariato, 2006, 2, 167 ss., 168-169; G. Baralis, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.* in Riv. notariato, fasc. 2, 2006, p. 277 ss. sottolinea come “Neppure il terzo sub acquirente poteva contrastare la pretesa del legittimario invocando l'intervenuta usucapione abbreviata e ciò in forza del principio di cui all'art. 1165 c.c. (altri autori facevano riferimento al principio di cui all'art. 2652, n. 8 c.c.) che applica le regole della prescrizione all'usucapione (e quindi la sospensione) e neppure (ipotesi estrema) poteva il terzo convenuto eccepire l'usucapione nell'ipotesi -fraudolenta- di benevolo atteggiamento del de cuius che avesse <<permesso>> il possesso ultraventennale del terzo; l'usucapione, infatti, notoriamente, non opera nell'ipotesi di possesso <<tollerato>>...”, l'A. riporta, la sentenza del 25 gennaio 1993 della Corte d'Appello di Roma nella quale si stabiliva che i donatari, mutando la detenzione in possesso, potevano usucapire nel ventennio; tale pronuncia aveva suscitato le reazioni contrarie della dottrina.

²⁴⁹ A. Palazzo, *La circolazione dei beni donati dopo la novella del 2005*, op.cit., p. 2043

²⁵⁰ C. Mazzù, *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008, p. 1 ss. “Da concetto-limite episodicamente utilizzato, la compatibilità economica è progressivamente assunta a strumento ermeneutico dotato di forte capacità significativa, fino a costituire la nervatura stessa di un sistema, che vive delle interrelazioni tra istanze non omologhe e talvolta contrapposte, ma sempre tendenti alla ricerca di un equilibrio dinamico, tipico di un sistema

la riforma in esame mirerebbe ad “agevolare la circolazione dei beni immobili di provenienza donativa tentando di “relativizzare” la tutela dei legittimari e di assicurare la definitività dell’acquisto in capo al terzo avente causa dal donatario, senza scoraggiare il ricorso alla donazione”²⁵¹.

Il legislatore ha dunque riformulato gli artt. 561 e 563 cod. civ. consentendo al legittimario che teme la pretermissione o una lesione dei suoi diritti la notifica e la trascrizione del cd. atto di opposizione²⁵² alla donazione (contro il donatario e i suoi aventi causa) entro venti anni²⁵³ dalla trascrizione della donazione. Trascorso tale termine l’acquisto del terzo è inattaccabile da parte del legittimario²⁵⁴. E' necessario sottolineare che, nel

interclassista in una democrazia pluralista...la compatibilità economica apparirà talora come valore; in altri casi, come principio informatore o come criterio interpretativo o, addirittura, come misura della capacità autoconservativa del sistema. Tra l’altro, si è scelto di procedere ad un’analisi, ad un tempo, statica e dinamica, essendo impossibile rinunciare ad una delle due, ma, dovendo contemperarle, per individuare *regulae iuris* univoche e non contraddittorie.... L’ipotesi, appena formulata, che un’entità normativa è anche un criterio ermeneutico va mitigata proprio dalla considerazione che essa è più verosimile per quei principi, o linee sistematiche, dotate di applicazione generalizzata: come, ad es., la compatibilità economica, il principio di solidarietà e quello di uguaglianza. Il passaggio - grazie all’interpretazione sistematica - dalla fase della mediazione sociale al ruolo di fattore attivo delle scelte d’indirizzo determina il mutamento genetico del concetto di compatibilità economica, facendogli assumere una funzione categoriale tanto più delicata, quanto più devono essere percepiti e contrastati i segni di processi degenerativi dello Stato, esposto al rischio della regressione dal modello pluralista a quello particolarista... La funzione unificante della categoria della compatibilità economica si esplica sulla base della tendenziale razionalità delle scelte, che dà sostanza e valore allo sforzo di sintesi sociale e giuridica, cui è chiamato il giurista moderno.”

²⁵¹ Tuzio S., *La portata degli artt. 561 e 563 c.c. a 12 anni dalla loro modifica; aspetti sostanziali e pubblicità*, in *Rivista Notarile* 4/2017, p.7

²⁵² Pene Vidari F.- Marcoz G. *op. cit.*, p. 699 ss sottolineano il ruolo fondamentale della trascrizione per la fattispecie in esame, il “novellato articolo 563 sembra infatti richiedere quali elementi costitutivi la notifica e la trascrizione della opposizione, che non produrrebbe alcun effetto sostanziale ove non sia seguita da tali adempimenti. Sembra trattarsi pertanto di una fattispecie a formazione progressiva che solo al suo completo esaurimento (opposizione, notifica, trascrizione) produca l’importante effetto di sospendere la decorrenza del termine ventennale. Sembra a tal fine importante per una corretta tutela dei terzi che venga rispettato l’ordine previsto nel codice e che nell’atto trascritto venga evidenziata la pregressa notifica. La necessità della trascrizione comporta evidenti conseguenze in merito alla forma dell’atto stragiudiziale; l’art. 563 dovrà infatti essere coordinato con il disposto dell’art. 2657 che impone per la pubblicità immobiliare la forma dell’atto pubblico, della scrittura privata autenticata o della domanda giudiziale”

²⁵³ Tuzio S., *op. cit.*, p. 7 sottolinea che per il CNN il suddetto termine ventennale “avrebbe natura di mero refuso intervenuto in sede di trascrizione, nel “maxiemendamento” governativo, dell’ emendamento n. 2100 approvato dalla Commissione Bilancio del Senato il 21 aprile 2005, ove si faceva appunto riferimento alla data di trascrizione della donazione.”

²⁵⁴ G. D’amico, *La rinuncia all’azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. notariato*, fasc. 6/2011, nota 27, p. 1271 ss. “Occorre,

caso in cui il donante muoia trascorsi i venti anni dalla trascrizione della donazione, il legittimario che decida, entro dieci anni dall'apertura della successione, di esperire l'azione di riduzione avrà diritto solo ad una somma di denaro da parte del donatario corrispondente al minor valore dei beni derivante dalla presenza di pesi e ipoteche sul bene immobile (dunque, si conferisce stabilità all'efficacia del diritto reale di garanzia)²⁵⁵.

Come sottolinea autorevole dottrina, con tale riforma *“il legislatore ha voluto cercare un punto di equilibrio nel conflitto che vede contrapporsi il legittimario agente in riduzione e gli acquirenti dal destinatario di una donazione lesiva ... garantendo tutela all'interesse dell'avente causa alla conservazione del proprio diritto, viene ... soddisfatto l'interesse generale alla sicurezza nella circolazione dei beni”*²⁵⁶.

Nonostante tale riforma faccia perdere vigore alla tradizionale tutela dei legittimari *“in favore della commerciabilità dei beni e della concessione di finanziamenti bancari”*²⁵⁷, permangono molteplici difficoltà: un'incidenza negativa sul valore di mercato di tali beni e il fatto che le

naturalmente, a tal fine che il legittimario sia tale al momento della donazione, o lo diventi comunque prima del decorso del termine dei venti anni dalla trascrizione della donazione. Si noti come per i legittimari che diventino tali dopo la trascrizione della donazione (ad es. per chi acquista la qualità di coniuge dopo questo momento, oppure per il figlio nato successivamente) il termine di venti anni si può (di fatto) «accorciare» in maniera anche rilevante, sino ad annullarsi del tutto. Né vale dire che è possibile (purché non sia ancora decorso il ventennio) prolungare di (almeno) altri venti anni il termine, proponendo l'«opposizione alla donazione». Questo è certamente vero in teoria, ma da un punto di vista pratico potrebbe rivelarsi ipotesi del tutto rara. Si pensi al caso del figlio che nasca dopo un certo numero di anni (in ipotesi, più di due) dalla trascrizione di una donazione fatta dal proprio genitore. L'esercizio del diritto di «opporsi» alla donazione non potrà giammai avvenire direttamente da parte di questo soggetto (che diventerà maggiorenne solo dopo il «consolidamento» della donazione), ma presupporrà che sia uno dei genitori (lo stesso donante, ovvero il coniuge) ad effettuare nell'interesse del minore la notifica e la trascrizione dell'atto di opposizione, o ad instare per la nomina di un curatore speciale che ponga in essere tale atto”.

²⁵⁵ Palazzo A., *La circolazione dei beni donati dopo la novella del 2005*, op. cit., p. 2045

²⁵⁶ S. Delle Monache, op. cit., p. 305 ss

²⁵⁷ A. Semprini, *La progressiva erosione della legittima in natura* in Diritto di famiglia e delle Persone (II), fasc.3, 1 settembre 2017, p. 1054 ss.

banche spesso continuano a non erogare mutui al compratore di beni donati.²⁵⁸

Dunque, oggi, la tutela reale dei legittimari deve essere intesa “*non come piena efficacia recuperatoria, ma come opponibilità (limitata) dell’esito dell’azione di riduzione ai terzi aventi causa dal donatario*”²⁵⁹.

Inoltre l’atto di opposizione risulta vano in caso di donazione cd. motivata²⁶⁰ poiché, in questi casi è la causa dell’attribuzione che supporta l’efficacia della liberalità (posta peraltro in essere senza alcuna forma solenne) a non consentire l’esperimento dell’azione di riduzione.

Con riferimento poi alle liberalità non donative si è già illustrata l’interessante tesi relativa all’*impraticabilità* dell’atto di opposizione e, soprattutto, volta a dimostrare che, in tal caso, l’azione recuperatoria può avere ad oggetto non il bene ma il suo valore; qui essa si richiama per dare atto di un’ulteriore significativa deduzione: “*se si riconosce natura creditizia al diritto azionabile dal legittimario, e si esclude di conseguenza la pretesa verso il donatario avente ad oggetto la restituzione del bene, cade a fortiori la sua opponibilità al terzo acquirente nei cui confronti resterebbero eventualmente esperibili i soli rimedi generali, riconosciuti al creditore verso gli aventi causa del proprio debitore a tutela della garanzia patrimoniale (il pensiero corre allo schema revocatorio...)*”²⁶¹

Occorre notare che i meccanismi rimediali esaminati fanno riferimento a schemi contrattuali tradizionali e ad un’idea di proprietà c.d.

²⁵⁸ G. D’ amico, *op. cit.*, p.1271 ss.

²⁵⁹ G. Amadio, *La successione necessaria tra proposte di riforma e istanze di riforme* in Riv. Notariato, fasc. 4, 2007, p. 809

²⁶⁰ A. Palazzo, *La circolazione dei beni donati dopo la novella del 2005*, *op. cit.*, pp. 2050-2051 “Sul versante della tutela del legittimario, si consideri poi che lo stesso atto stragiudiziale di opposizione si può rivelare inutile sul piano pratico, tutte le volte in cui ci si trovi innanzi ad una donazione motivata (ad es., remuneratoria o modale), ove la rilevanza della causa dell’attribuzione, che regge l’efficacia dell’atto di liberalità, rendendone superflua la stessa forma solenne, funziona da deterrente in ordine alla esperibilità dell’azione di riduzione.”

²⁶¹ G. Amadio, *Gli acquisti del beneficiario di liberalità non donative*, in Riv. Notariato fasc.4 2009, p. 819 ss.

egoistica²⁶² mentre mal si attagliano a nuove figure quali il trust, il leasing traslativo e il rent to buy.

Inoltre, per ciò che concerne la rinunciabilità all'atto di opposizione, si è sottolineato come, in realtà, il legittimario non voglia rinunciare solamente ad estendere il termine ventennale *“ma piuttosto e più radicalmente... rinunciare senz'altro ad una eventuale azione in restituzione verso il terzo acquirente, quand'anche i presupposti di questa azione dovessero maturare prima del ventennio”*²⁶³; ciò pone dei problemi di compatibilità della rinuncia all'atto di opposizione sia con l'art. 557, 2 comma, cod. civ. (ai sensi del quale il legittimario non può, mentre il *de cuius* è ancora in vita, rinunciare all'azione di riduzione), sia con l'art. 458 cod. civ. che sancisce il divieto dei patti successori sub *species* rinunciativi²⁶⁴.

Oggi, peraltro, la *querelle* sulla rinunciabilità o meno dell'azione di restituzione si inserisce in una realtà odierna in cui vecchi negozi giuridici si intersecano, come già accennato, con i nuovi di matrice straniera *“con riguardo ad alcuni dei quali si pone addirittura il problema propedeutico di capire se le norme che disciplinano ivi gli strumenti rimediali siano ancora, di fatto, le più efficienti per la tutela degli interessi concreti ad essi sottostanti”*²⁶⁵.

²⁶² A. Reali, *Sull' attuale irrinunciabilità all' azione di restituzione*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.1, 1 marzo 2020, p. 268

²⁶³ G. D'amico, *op. cit.*, p. 1271 ss.

²⁶⁴ F.A. Cancilla, *Brevi considerazioni critiche su opponibilità, pubblicità e apparenza nelle donazioni. Note a margine degli articoli 561 e 563 C.C.*, in Vita notarile Esperienze Giuridiche, n. 1/2012, Palermo, p. 439 sottolinea che “tale divieto...ha già conosciuto una chiara attenuazione nell'ambito del cd. patto di famiglia...Bisogna, però, precisare che nell'ambito del patto di famiglia i legittimari che non abbiano partecipato all'atto possono comunque chiedere il pagamento di somme pari alla quota di legittima ai sensi dell' art 768 sexies c.c.. Nel quadro dell' art. 564 c.c., invece, l'assenza di opposizione entro il ventennio implica tout court ...la salvezza e l'intagibilità dell'acquisto da parte del terzo che è avente causa dal donatario, perdendo quindi il legittimario omnia ex asse...l'opposizione “sospenderebbe” soltanto il termine ventennale”

²⁶⁵ A.Reali, *Sull' attuale irrinunciabilità all' azione di restituzione* in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc. 1, 1 marzo 2020, p. 268

Preso atto del fallimento della riforma del 2005 che rimane ancorata ad una “*visione astratta delle dinamiche successorie e familiari* [a scapito di] *una visione pragmatica maggiormente conforme alle necessità di una società contemporanea*”²⁶⁶, la prassi notarile si è adoperata per elaborare dei rimedi alternativi che non presentino gli inconvenienti degli artt. 561 e 563 cod. civ..

Il riferimento è, ad esempio, alla garanzia fideiussoria ex art. 1936 cod. civ. *sub specie di fideiussio indemnitis* per “*garantire l’adempimento dell’obbligo risarcitorio assunto dal donatario nei confronti del terzo sotto la condizione sospensiva del vittorioso esperimento dell’azione di riduzione da parte dei legittimari*”²⁶⁷. La giurisprudenza di merito ha ritenuto lecita questa forma di fideiussione qualora sia prestata dal donatario, nulla (per illiceità della causa per contrasto con l’art. 549 cod. civ.) se proveniente dal donante. In quest’ultimo caso infatti, l’obbligazione fideiussoria finirebbe con il gravare sugli eredi e quindi potrebbe dissuadere i legittimari dal porre in essere l’azione di riduzione. La garanzia fideiussoria, scarsamente praticata in passato, oggi può acquisire una certa importanza perché il periodo per il quale verrebbe prestata è limitato ai venti anni dalla trascrizione della donazione e non più incerto²⁶⁸.

Altro strumento è stato individuato nell’ampliamento convenzionale della garanzia per evizione, ma è chiara la scarsa utilità pratica di questo rimedio in quanto il donatario venditore - già escusso infruttuosamente dal legittimario - non sarebbe in grado di soddisfare le pretese dell’evitto.

Ulteriore ipotesi sarebbe rinvenibile nello strumento della novazione causale che sostituirebbe la causa liberale con quella della compravendita;

²⁶⁶ F.A.Cancilla., *op. cit.*, p. 444

²⁶⁷ A.Palazzo, *op. cit.*, p. 2052

²⁶⁸ G.D’Amico, *op. cit.*, p. 1271 ss.

l'originario intento liberale potrebbe essere realizzato poi, ad esempio, con la remissione o la prescrizione del debito da prezzo.

Ancora, è stato ipotizzato il ricorso all'art. 790 cod. civ. (Riserva di disporre di cose determinate) che però presuppone una donazione con più oggetti²⁶⁹.

Le ultime due soluzioni indicate presentano il chiaro limite della possibile impugnazione per simulazione.

La prassi notarile, al fine di facilitare la commerciabilità o la concessione di garanzie riguardanti immobili con provenienza donativa infraventennale, indica altresì il mutuo dissenso da intendere come negozio avente natura giuridica solutoria: donante e donatario risolvono consensualmente la donazione facendo così rientrare l'immobile nel patrimonio del donante. Quest'ultimo, ridivenuto proprietario, potrà stipulare egli stesso l'atto di alienazione o la costituzione di garanzia con il terzo. L'acquisto del terzo, in tal modo, non presenterà alcun rischio. L'effetto ripristinatorio della situazione precedente la donazione è un effetto *ex lege*: non si riconosce dunque al mutuo dissenso un effetto traslativo²⁷⁰.

²⁶⁹ Il tenore letterale dell' art. 790 cod. civ. fa ritenere che la riserva possa riguardare solo alcuni degli oggetti della donazione e che essa sia nulla qualora venga estesa a tutti i beni. Complesse le tematiche relative a tale tipologia di donazione in specie con riferimento alla ricostruzione della natura giuridica della riserva scrive R. Franco, *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, in Europa e Diritto Privato, fasc.2, 1 giugno 2018, p. 595 ss.: "Le ipotesi ricostruttive, nondimeno, nella diversità metodologica che le esprimeva e nella comune condivisione del carattere personale della riserva (e della sua rinunziabilità), si sono risolte, quasi costantemente, nel ricorso al congegno condizionale, almeno con riferimento alla prima delle due modalità d'incidenza previste dall'enunciato legislativo, sia pure discutendosi se quel meccanismo si svolgesse nelle trame della sospensività ovvero della risolutività" e più oltre "Il riferimento all'affascinante (probabilmente esaurito) dibattito consente di prendere partito sull'ipotesi ricostruttiva che individuasse nella donazione con riserva di disporre un'espressione della (possibile) scissione tra potere di disposizione e titolarità del diritto: il primo rimane in capo al donante, la seconda si trasferisce in testa al donatario. Scissione che, secondo autorevoli opinioni, non si consentirebbe nel nostro ordinamento"

²⁷⁰ A. Magnani, *La «risoluzione per mutuo dissenso» totale e parziale di donazione di immobili trascritta da meno di vent'anni*, in Rivista del Notariato, fasc.2, 2017, p. 397 ss il quale sottolinea altresì che: "«non è un ritorno dovuto a un effetto traslativo» convenuto dalle parti, per cui l'immobile ritorna consensualmente (in virtù del consenso espresso in atto) dal donatario al donante, bensì, quest'effetto, al contrario, è un «effetto ex lege», un «effetto

L'atto di mutuo dissenso - negozio con propria causa - ha efficacia estintiva retroattiva e si ritiene che debba rivestire la stessa forma del contratto che s'intende risolvere.

Infine, è sempre più diffuso il ricorso al trust, più avanti approfondito.

A conferma della tendenza alla contrattualizzazione per superare gli stringenti limiti normativi del settore, si segnala che i diritti dei legittimari possono anche essere tutelati in via contrattuale, dunque stragiudiziale, attraverso gli accordi di reintegra della legittima tra i soggetti beneficiati dal *de cuius* ed i legittimari²⁷¹.

Si tratta di una forma di soddisfacimento degli interessi dei soggetti lesi molto peculiare e, si è sottolineato, " *non v'è ritorno ad una situazione giuridica precedente, bensì approdo ad una giuridica nuova* " ²⁷².

Occorre distinguere se tali accordi siano volti a comporre il contrasto mediante reciproche concessioni, dal caso in cui si miri ad evitare la lite

automatico» del contratto risolutivo stesso." Tale opinione è confermata altresì da Cass. civ., Sez. V, 06/10/2011, n. 20445: Il mutuo dissenso costituisce un atto di risoluzione convenzionale (o un accordo risolutorio), espressione dell'autonomia negoziale dei privati, i quali sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio, anche indipendentemente dall'esistenza di eventuali fatti o circostanze sopravvenute, impeditivi o modificativi dell'attuazione dell'originario regolamento di interessi, dando luogo ad un effetto ripristinatorio con carattere retroattivo, anche per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali; tale effetto, infatti, essendo espressamente previsto "ex lege" dall'art. 1458 cod. civ. con riguardo alla risoluzione per inadempimento, anche di contratti ad effetto reale, non può dirsi precluso agli accordi risolutivi, risultando soltanto obbligatorio il rispetto dell'onere della forma scritta "ad substantiam". La tesi che qualifica il mutuo dissenso come *contrarius actus* sostiene, invece, che per eliminare gli effetti della donazione occorrerebbe un altro atto traslativo (o una vendita o un'altra donazione con trasferimento dell'immobile dal precedente donatario al precedente donante).

²⁷¹ L.Mengoni, *Successioni per causa di morte, parte speciale Successione necessaria* in Trattato di Dir. Civ. e Commerciale Cicc- Messineo, Vol. XLIII, t.2, Milano, 2000, p. 230. Inoltre tali accordi troverebbero le proprie radici normative negli artt. 30, lett d) e 43 d.lgs 30 ottobre 1990, n. 346 (TU delle disposizioni concernenti l'imposta delle successioni e donazioni)

²⁷² F. Meglio, *Gli accordi di reintegrazione della legittima, tra dogmatica e prassi*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche, n. 1 Gennaio- Aprile 2019, Palermo, a p. 439 cita A.Azara, *Gli accordi di integrazione della legittima*, in Successione per causa di morte. Esperienza e argomenti, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2015, p. 399

giudiziaria riconoscendo, in via contrattuale, il medesimo risultato che il legittimario otterrebbe sperando l'azione di riduzione.

Nella prima ipotesi, la dottrina è concorde nell'ammettere che, tramite reciproche concessioni, si pervenga ad una composizione contrattuale. La seconda ipotesi ha dato, invece, adito a posizioni differenti. Per alcuni studiosi ²⁷³ "...è attribuito al legittimario un diritto potestativo per il cui esercizio è necessario lo strumento del processo, impregiudicata la possibilità che l'accertamento giurisdizionale sia sostituito da un accordo col soggetto passivo", dunque, si ammette un contratto che abbia il medesimo effetto di una sentenza di accoglimento della domanda di riduzione. Si tratta di accordi che "...non hanno natura traslativa, non costituiscono né transazione né novazione ma si inseriscono, modificandola, nella complessa vicenda successoria".

Per altri²⁷⁴, invece, accordi del genere incidono sulla delazione ereditaria e la reintegrazione dei diritti del legittimario in tal senso "*non è risultato attingibile dall'autonomia privata*": una modificazione della vicenda successoria in via contrattuale non è ammissibile se mirante a realizzare il subentro del legittimario nella titolarità dei diritti successori, nemmeno ove esistesse l'interesse del beneficiario ad evitare la lite giudiziaria.

Una parte della giurisprudenza ha valorizzato la natura successoria di tali accordi non riconoscendo ad essi effetto traslativo: le pronunce, dunque, hanno equiparato gli effetti tra l'azione di riduzione e l'accordo di reintegrazione della legittima²⁷⁵. Un'altra parte della giurisprudenza ne ha

²⁷³L.Mengoni, *Successioni per causa di morte, parte speciale Successione necessaria* in Trattato di Dir. Civ. e Commerciale Cicu- Messineo, Vol. XLIII, t.2, Milano, 2000, p. 230

²⁷⁴G. Amadio, *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 254

²⁷⁵ Trattasi di pronunce in ambito tributario che, riconoscendo alle attribuzioni patrimoniali reintegrative natura sostanzialmente successoria, ritengono che esse siano da sottoporre ad imposta di successione (non di registro) Cass., n. 2171/1956(in Foro Pad., 1957, I, 815); Cass.,

equiparato i profili sostanziali, riconoscendo agli accordi la natura di negozi di accertamento²⁷⁶.

In questa sede è importante sottolineare che la tipologia di accordi che non ha dato adito a perplessità sulla loro ammissibilità (ovvero quelli transattivi in cui le parti si fanno reciproche concessioni) può prevedere che la tacitazione del legittimario avvenga anche con beni non attinti al compendio ereditario (ad esempio con denaro del beneficiato)²⁷⁷. Come altrove si è ricordato, a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione le pretese del legittimario devono invece essere reintegrate in natura con beni dell'asse ereditario che il giudice non può convertire in diritto di credito²⁷⁸.

Gli accordi contrattuali in esame, quindi, rappresentano anch'essi una via per introdurre una deroga al rigido regime normativo e possono essere visti come strumenti di temperamento del principio di unità delle successioni.

Abbiamo visto che per tutela si intende ogni rimedio idoneo a ripristinare i diritti del legittimario leso da disposizioni donative o testamentarie del *de cuius*. Esse hanno rappresentato l'ovvio corollario di un sistema imperniato sulla rigidità e inderogabilità già stigmatizzate.

n. 6235/1981 in Fisco, 1982, 961, Mass. Giur. It., 1981, Giust. Civ., 1982, I, 965 la cui massima recita: "La convenzione, con cui l'erede testamentario ed i legittimari pretermessi, o comunque lesi nei propri diritti di riserva, provvedano al soddisfacimento di tali diritti, ancorché in misura parziale, è assoggettata ad imposta di successione, ai sensi e nel vigore dell'art. 6 r. d. 30 dicembre 1923, n. 3270 (nel testo fissato dal r. d. l. 26 settembre 1935, n. 1749), e non all'imposta di registro come atto traslativo *inter vivos*".

²⁷⁶ Cass., n. 1348/1972 in Foro it., 1973, 1558;; Cass., n. 6085/2000 non massimata; App. Bologna, Sez. I, 25/10/2007, Massima redazionale, 2007 in Banche dati giuridiche platinum: "Il legittimario pretermesso non è chiamato alla successione e perciò non partecipa alla comunione per il solo fatto della morte del *de cuius*, potendo acquistare i suoi diritti solo dopo l'esperimento delle azioni di riduzione e di annullamento del testamento, ovvero dopo il riconoscimento dei suoi diritti da parte dell'istituto."

²⁷⁷ G. Santarcangelo, *Gli accordi di reintegrazione di legittima*, in Notariato 2/2011, pp. 164-165

²⁷⁸ Cass. Civ., sez. II, n.16515/2020

Le critiche a tale sistema hanno seguito tre direttrici che abbiamo altrove indicato ma, per quanto concerne le tutele, il *punctum dolens* più macroscopico è stato individuato nella pesante limitazione alla circolazione dei beni. Il legislatore ha timidamente inciso su questo fronte: con la riforma del 2005 ha preso in considerazione i beni immobili facendoli oggetto quindi di una valorizzazione nel solco di una visione più patrimonialista che comunitaria. Il risultato è un sistema tuttora complesso ma che evidenzia un parziale superamento del principio di unità delle successioni.

CAPITOLO III

I SOGGETTI E LA QUOTA DI RISERVA

Par.1 La quota tra calcolo matematico e "ingegneria giuridica"- Par. 2 La "crystallizzazione" della quota- Par.3 L'ambito applicativo del principio di "crystallizzazione": a) La rinuncia all'eredità; b) Morte, indegnità, diseredazione del legittimario- Par.4 I legittimari a) Valori emergenti e riforme;b)Il coniuge e l'unito civile; c) i figli; d)gli ascendenti

Par.1 La quota tra calcolo matematico e "ingegneria giuridica"

Per determinazione della quota di legittima s'intende l'operazione volta ad individuare la porzione di patrimonio ereditario "indisponibile" da parte del testatore in quanto riservata a quelle categorie di soggetti che la legge ha inteso proteggere in modo particolare.

Varie sono (e, nel tempo, sono state) le ragioni di tale scelta legislativa, non scevra da critiche stante l'importante *vulnus* alla libertà del testatore.

I limiti a tale autonomia sono strettamente collegati non solo all'aspetto soggettivo (cioè "*chi*" è legittimario), ma anche al *quantum* e al modo di calcolare la quota stessa.

Abbiamo già visto, a tal proposito, che la dottrina maggioritaria e la Suprema Corte hanno ritenuto che la tutela del legittimario sia da intendere in senso esclusivamente quantitativo: il testatore può decidere infatti di soddisfare “*le ragioni dei legittimari con beni -di qualunque natura- purché compresi nell’asse ereditario*”²⁷⁹, sottolineando come nel caso in cui si utilizzino dei beni non facenti parte del *relictum* tali disposizioni saranno nulle ex art. 735, comma 1, cod. civ.²⁸⁰.

Tuttavia, anche l’ambito quantitativo ha suscitato e suscita perplessità, dubbi e spunti di riflessione confluiti anche in importanti arresti giurisprudenziali.

Dal tenore letterale degli artt. 537, 538, 540, 542, 544, 548 cod. civ. si evince che il nostro codice ha optato per il cosiddetto sistema della quota mobile, cioè la parte destinata ad ogni singolo legittimario è calcolata in diversa misura a seconda che egli concorra o meno con altri legittimari e, se concorre, a seconda del numero complessivo di essi.

In passato, diverse sono state le opzioni prescelte e, si è già avuto modo di ricordare²⁸¹, che il primo codice unitario aveva optato per il sistema della “quota fissa” in base al quale i figli legittimi, indipendentemente dal loro numero, avevano diritto alla metà del patrimonio del *de cuius*, sistema che sembrava meglio garantire il legittimario dal rischio che la sua quota si potesse eccessivamente assottigliare realizzando così una tutela solo apparente.

Il nostro codice, invece, ha ampliato la riserva nel caso in cui i figli siano più di uno, ma la mobilità della quota, tuttavia, è piuttosto modesta perché, sia che i figli siano solo due sia che siano molti di più, la riserva

²⁷⁹ Cass., n. 13310/2002, Mass. Giur. It., 2002, Banche dati giuridiche Platinum, Utet

²⁸⁰ Cass. n. 3694/2003, Mass. Giur. It., 2003, in Banche dati giuridiche Platinum, Utet

²⁸¹ Cfr. Cap. I par. 4) lett. e del presente lavoro

sarà sempre di due terzi. Il codice del 1942, pertanto, da una parte mira a valorizzare la tutela della prole numerosa (conformemente agli obiettivi di sviluppo demografico cari al regime fascista), dall'altra tiene conto delle esigenze di autonomia del testatore e realizza un sistema di compromesso.

Il codice del 1942 era volto originariamente ad ovviare la disgregazione del patrimonio familiare, infatti *“L’unica possibilità di dispersione ... era limitata alla quota che integrava la disponibile e a quella che, eventualmente poteva essere attribuita ai...figli illegittimi dei genitori, ai quali... spettava una quota pari alla metà di quella riservata ai figli legittimi”*²⁸².

La dottrina dell'epoca²⁸³ ha visto nelle scelte inerenti il computo della quota non una mera "aritmetica giuridica", ma piuttosto *“...un senso così vivo di giustizia, una valutazione così attenta dei rapporti familiari che il legislatore in questo momento ci si presenta come l’ideale buon padre di famiglia, che disponga del suo patrimonio secondo la sua superiore intelligenza e coscienza ai componenti di una fantastica famiglia, avendo nell’animo il vivo sentimento della perenne continuità della stirpe”*.

Per determinare in concreto la quota di legittima occorre procedere alle tre operazioni previste dall’art. 556 cod. civ. e cioè alla formazione della massa dei beni relitti, alla detrazione dei debiti, alla riunione fittizia delle donazioni.

Il c.d. *relictum* è formato dai beni che il defunto ha lasciato morendo il cui valore si calcola con riferimento al momento dell’apertura della successione come specificato più volte dalla Corte di Cassazione (2010, n.

²⁸² E. Al Mureden, *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria* in Giur. It., 2012, 8-9, 1945

²⁸³ M. D'Amelio, *Caratteri generali del diritto di successione per causa di morte nel nuovo codice*, in *Sempre più uguali - i diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal codice civile* a cura di Giovanni Chiodi, Mi, 2013, pp. 202 ss.

6709)²⁸⁴. Ai fini della formazione della massa ereditaria, si deve tenere conto anche dei beni oggetto dei legati di specie e dei crediti, delle aziende e del relativo avviamento. Non concorrono invece a formare il *relictum* i diritti che si estinguono con la morte (usufrutto uso e abitazione), quelli sottoposti a condizione risolutiva o a termine finale, i frutti naturali non ancora percepiti e i frutti civili non ancora maturati.

Formata la massa dei beni relitti determinandone il valore, occorre poi sottrarre da tale valore quello dei debiti ereditari che sono: i debiti contratti dal defunto, i debiti sorti in occasione della morte (es. spese funerarie). Non sono detraibili i legati di specie perché fanno parte della massa dei beni relitti (e perciò non devono detrarsi, ma sommarsi al *relictum*) né i legati obbligatori, perché sono liberalità e non debiti ereditari.

Si procede quindi alla riunione fittizia delle donazioni, cioè si aggiungono i beni di cui il defunto ha disposto in vita a titolo di donazione (art. 556 cod. civ.). Sono assoggettate a riunione tutte le liberalità compiute con atti tra vivi dal *de cuius* quale che sia il donatario (successibile o estraneo) chiamato oppure no all'eredità e senza che, nel caso di donazione a favore del legittimario, rilevi l'eventuale dispensa da imputazione.

²⁸⁴ La sentenza in esame è particolarmente interessante in quanto affronta il particolare caso in cui al legittimario spetti un conguaglio in denaro che, nell'ipotesi in cui la liquidazione intervenga dopo un apprezzabile lasso di tempo, va rivalutato al fine di conservare la corrispondenza del "*tantundem* pecuniario" al valore economico reale del bene:<<Nel procedimento per la reintegrazione della quota di eredità riservata al legittimario, si deve avere riguardo al momento di apertura della successione per calcolare il valore dell'asse ereditario - mediante la cosiddetta riunione fittizia -, stabilire l'esistenza e l'entità della lesione della legittima, nonché determinare il valore dell'integrazione spettante al legittimario leso. Peraltro, qualora tale integrazione venga effettuata mediante conguaglio in denaro, nonostante l'esistenza, nell'asse, di beni in natura, trattandosi di credito di valore e non già di valuta, essa deve essere adeguata al mutato valore - al momento della decisione giudiziale - del bene a cui il legittimario avrebbe diritto, affinché ne costituisca l'esatto equivalente, dovendo pertanto procedersi alla relativa rivalutazione>>.

La riunione fittizia ha carattere meramente contabile nel senso che non influisce sulla situazione giuridica dei beni donati, che potranno essere eventualmente conseguiti dal legittimario solo all'esito vittorioso dell'azione di riduzione (art. 555 cod. civ.). Le donazioni con dispensa dalla collazione sono soggette alla riunione fittizia, perché il donante in nessun modo può impedire che le donazioni da lui compiute siano fittiziamente riunite ai sensi dell'art. 556 cod.civ..

Compiute queste operazioni, il calcolo della quota spettante a ciascun legittimario dovrebbe costituire una semplice operazione matematica²⁸⁵, per la quale, tuttavia, come già detto, è determinante conoscere il numero di legittimari.

Par. 2 La "cristallizzazione" della quota

Può accadere che uno dei legittimari sia morto (e non vi sia luogo a rappresentazione) o rinunci all'eredità o all'azione di riduzione o questa si sia prescritta, possono essersi verificati cioè dei fatti che, in concreto, vedono ridursi i successibili necessari. Il punto è: tali circostanze incidono anche sul computo della quota spettante agli altri? Si tratta della cosiddetta

²⁸⁵ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte- parte speciale Successione necessaria* in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2000, p. 62, specifica che, solo una volta esperita vittoriosamente l'azione di riduzione, si diventa erede con soggezione ai debiti ereditari ed ai legati in proporzione della rispettiva quota; il legittimario ha diritto alla quota di riserva che si calcola ai sensi dell'art.556 c.c.. Mengoni elabora quindi una sua "formula" per determinare la "quota ereditaria di riserva": essa è espressa da un rapporto dove il numeratore è il valore della quota indisponibile (relictum – debiti + donatum) e il denominatore il valore del relictum al netto dei debiti, ovvero:

$$\frac{(\text{relictum} - \text{debiti} + \text{donatum}) \times \text{quota di riserva}}{\text{relictum} - \text{debiti}}$$

questione della "cristallizzazione" della quota, oggetto, nel 2006 di due interventi delle Sezioni Unite²⁸⁶.

La dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato un ventaglio di opinioni.

Un orientamento (tesi dell'accrescimento²⁸⁷), più risalente e rimasto in dottrina minoritario, ritiene applicabile anche alla successione necessaria l'art 522 c.c. che recita "*Nelle successioni legittime la parte di colui che rinuncia si accresce a coloro che avrebbero concorso col rinunziante, salvo il diritto di rappresentazione e salvo il disposto dell'ultimo comma dell'art. 571. Se il rinunziante è solo, l'eredità si devolve a coloro ai quali spetterebbe nel caso che egli mancasse*". La tesi si fonda essenzialmente sulla considerazione che la successione necessaria altro non sarebbe che una forma di "*successione legittima potenziata*" e, dunque, anche ad essa sarebbe applicabile un istituto dettato nell'ambito della successione *ab intestato*. Inoltre, fa leva su un dato letterale: le norme relative alla successione necessaria usano l'espressione "figli lasciati" da interpretare come figli "esistenti" al momento dell'apertura della successione, tra i quali sussisterebbe una sorta di "vocazione solidale" anche alla luce del fondamento familiaristico riconosciuto alla riserva.

Altra parte della dottrina²⁸⁸ ha criticato tale posizione innanzitutto confinando l'applicabilità dell'art 522 cod.civ. solo nell'alveo della

²⁸⁶Cassazione Civile Sez.Unite sentenze nn. 13429 e 13524 del 2006(Mass. Giur. It., 2006 Banche dati giur. Utet)

²⁸⁷ D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1965, II,1038ss.; C. Giannattasio, *Delle successioni-successioni testamentarie*, in Commentario cod.civ., Torino 1978,216 ss.

²⁸⁸ C. Romano - A. Mattera, "*Cristallizzazione*" della quota di riserva, rinuncia all'eredità e nuove ipotesi applicative, in Notariato 5/2018, i due autori, riportando l'opinione dottrinale in esame, notano, p.498:"Si sostiene che la quota di legittima sarebbe collettivamente e solidalmente riservata ai più stretti congiunti del de cuius; di conseguenza, in essa sarebbe possibile ravvisare l'elemento fondante dell'accrescimento, vale a dire la presenza di una vocazione "solidale". A nostro avviso, al di là delle argomentazioni letterali e giuridiche ora esposte, la tesi dell'accrescimento sembra reggersi, piuttosto, su una valutazione di carattere assiologico: i suoi sostenitori, infatti, sembrano ancora legati alla tradizionale concezione

successione legittima, poi rilevando che il dato letterale è confutabile nella sua interpretazione, ancora sottolineando gli effetti abnormi in termini di quantificazione di un tale accrescimento.

L'alternativa proposta è nota come "tesi del ricalcolo o dell'espansione"²⁸⁹, rimasta di fatto prevalente sino all'intervento delle Sezioni Unite. In base a tale orientamento, il legittimario che non può o non vuole conseguire la sua quota (e sempre che non si dia luogo alla rappresentazione) non dovrebbe essere conteggiato nel numero dei legittimari. Per i sostenitori di quest'opinione, l'espressione "lasciati" deve intendersi in modo concreto cioè come legittimari che rivestano effettivamente tale ruolo. La tesi si fonda anch'essa su dati letterali, ovvero sull'interpretazione, oltre che dell'art. 537 cod.civ. e del 538 cod.civ. (che dovrebbe potersi applicare anche al caso di morte o rinuncia dei figli e non solo alla limitatissima ipotesi di mancanza di essi), altresì dal combinato disposto degli artt. 521 e 552 cod.civ.: la retroattività della rinuncia (521 cod.civ.) comporterebbe, nell'ambito della successione necessaria, che il legittimario non possa essere considerato tale *ab initio*; l'art. 552 cod. civ. confermerebbe la possibilità di un ricalcolo delle quote degli altri riservatari (ricalcolo che, secondo il tenore letterale della disposizione in esame, potrebbe comportare una decurtazione dei legati e delle donazioni fatti al rinunciante e gravanti sulla disponibile)²⁹⁰.

istituzionalistica dell'entità familiare e, conseguentemente, ritengono che la riserva debba rimanere "inalterata" tra i legittimari, perché essa è destinata a soddisfare un interesse superiore della famiglia".

²⁸⁹ F. Magliulo, *I poteri del testatore nella composizione della legittima*, in Atti del Convegno Tradizione e modernità nella prassi notarile, Roma, 18 marzo 2016- Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza, 1 luglio 2016, Quaderni fondazione del Notariato, p.82 ss.; F.Santoro- Passarelli, *Dei legittimari*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze 1941, p. 275

²⁹⁰ Diversi gli effetti pratici delle due teorie, basti pensare al caso di due figli ai quali l'art. 537 c.II c.c. riserverebbe i 2/3 dell'asse ereditario: in caso di rinuncia di uno dei due, per la tesi dell'accrescimento l'altro conseguirebbe i 2/3, per la tesi del ricalcolo 1/2 (in applicazione dell'art. 537 c.I c.c. che contempla il caso di un unico figlio)

Nel 2006 la questione è stata affrontata dalle sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite con le quali la Suprema Corte, effettuando un *revirement*²⁹¹ rispetto a precedenti orientamenti²⁹², ha indicato il criterio della c.d. "cristallizzazione delle quote"²⁹³.

La quota spettante al singolo legittimario è quella risultante dalla considerazione dei potenziali legittimari al tempo dell'apertura della successione, indipendentemente dalle loro scelte inerenti la successione²⁹⁴. La Suprema Corte esamina le teorie sopra riportate e si sofferma sugli artt. 521 e 522 cod.civ. che, al contrario di quanto sostenuto in dottrina ed in precedenti orientamenti giurisprudenziali, non possono suffragare soluzioni di accrescimento o di ricalcolo in quanto si riferiscono esclusivamente alla sola successione legittima, mentre nel caso di successione necessaria - che risponde a logiche diverse - la quota del rinunciante può essere assegnata ad altri soggetti (legatari, donatari ed eredi)²⁹⁵. Tale soluzione, peraltro, appare

²⁹¹ Cassazione Civile sez. Unite, Sentenza n.13429/2006; la Corte cita tali precedenti: " La giurisprudenza di questa S.C. si è mostrata favorevole alla tesi della c.d. espansione della quota di riserva con riferimento all'ipotesi di mancato esercizio dell'azione di riduzione da parte del coniuge superstite (sent. 26 ottobre 1976 n. 3888; 9 marzo 1987 n. 2434; il febbraio 1995 n. 1529)".

²⁹² In applicazione del nuovo orientamento fissato dalle Sez. Unite vedi Cass. civ., 17.06.2011, n.13385; Cass. civ., 16.11.2017, n. 27259; App. Catania, sez II 28.02.2020 n. 518

²⁹³ Sul nuovo orientamento della Corte vedi, tra gli altri, da C.M. Bianca *Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso della Cassazione e suoi riflessi in tema di donazioni e legati in conto di legittima*, in Riv. Dir. Civ., 2008, 2, 211

²⁹⁴ In entrambe le sentenze, infatti, la Corte conclude: "...ai fini dell'individuazione della quota di riserva spettante alle singole categorie di legittimari ed ai singoli legittimari nell'ambito della medesima categoria, occorre far riferimento alla situazione esistente al momento dell'apertura della successione e non a quella che si viene a determinare per effetto del mancato esperimento, per rinuncia o prescrizione, dell'azione di riduzione da parte di taluno dei legittimari"

²⁹⁵ Cassazione Civile sez. Unite, Sentenza n.13429/2006: "Appare, in primo luogo, inopportuno il richiamo agli effetti della rinuncia di uno dei chiamati in tema di successione legittima, secondo quanto previsto dagli artt. 521 e 522 cod. civ., per vari motivi.

Nella successione legittima il c.d. effetto retroattivo della rinuncia di uno dei chiamati e il conseguente accrescimento in favore degli accettanti trovano una spiegazione logica nel fatto che, diversamente, non si saprebbe quale dovrebbe essere la sorte della quota del rinunciante.

La situazione è ben diversa con riferimento alla c.d. successione necessaria.

Il legislatore, infatti, si è preoccupato di far sì che ad ognuno dei legittimari considerati venga garantita una porzione del patrimonio del de cuius anche contro la volontà di quest'ultimo.

Mancando una chiamata congiunta ad una quota globalmente considerata con riferimento alla ipotesi di pluralità di riservatari (ed anzi essendo proprio la mancanza di chiamata ereditaria il fondamento della successione necessaria), da un lato, viene a cadere il presupposto logico di un

alla Corte come più idonea a valorizzare la libertà e volontà del testatore che aveva disposto in lesione dei diritti dei legittimari e che avrebbe potuto prevedere la reintegrazione di ciascuno di essi secondo le quote previste dalla legge, non certo in misura maggiore per scelte individuali.

La Corte si sofferma oltre che sulla necessità di certezza anche su quella di tutela della libera circolazione dei beni, esigenze che verrebbero meno se la determinazione della quota del singolo legittimario (nonché la correlata disponibile) dipendessero dalle mutevoli scelte degli altri, peraltro in un arco temporale molto ampio (basti pensare all'ipotesi del decorso del termine prescrizionale decennale per l'esercizio dell'azione di riduzione assimilato dalla Corte alla rinuncia all'azione di riduzione da parte del legittimario). In merito il Supremo Collegio scrive (sentenza n.13524/2006): *"Non possono, poi, essere taciuti gli inconvenienti pratici connessi alla adesione della c.d. espansione della quota di riserva. Occorre, a tal fine, partire dalla considerazione che l'esercizio dell'azione di riduzione è soggetto all'ordinario termine di prescrizione decennale e che non è prevista una actio interrogatoria, al contrario di quanto avviene con riferimento all'accettazione dell'eredità (art. 481 cod. civ.). Ne consegue che all'apertura della successione ogni legittimario può esperire l'azione di riduzione solo con riferimento alla porzione del patrimonio del de cuius che gli spetterebbe in base alla situazione familiare di quest'ultimo a tale momento. Solo dopo la rinuncia all'esercizio dell'azione di riduzione da parte degli altri legittimari o la maturazione della prescrizione in danno degli stessi potrebbe agire per ottenere un supplemento di legittima, con*

teorico accrescimento, e, dall'altro, non esistono incertezze in ordine alla sorte della quota (in teoria) spettante al legittimario che non eserciti l'azione di riduzione: i donatari o gli eredi o i legatari, infatti, conservano una porzione dei beni del de cuius maggiore di quella di cui quest'ultimo avrebbe potuto disporre.

La lettera della legge, poi, costituisce un ostacolo insormontabile per l'adesione alla tesi finora sostenuta in dottrina ed in giurisprudenza".

evidente incertezza medio tempore in ordine alla sorte di una quota dei beni di cui il de cuius ha disposto per donazione o per testamento a favore di terzi "

Le Sezioni Unite dimostrano di essere consapevoli che la loro tesi porta come corollario l'inapplicabilità dell'art. 538 c.c. in caso di rinuncia di tutti i discendenti, ma ritengono che tale conclusione sia conforme allo spirito della legge²⁹⁶.

La mancata acquisizione della qualità di legittimario da parte di uno di essi comporterà quindi un aumento della quota disponibile, non un accrescimento o un ricalcolo della porzione spettante agli altri legittimari. Tale soluzione potrebbe sembrare contrastante con il principio della quota mobile: in dottrina c'è chi sostiene che, proprio a seguito di tali sentenze, oggi dovrebbe parlarsi di quota fissa, di *interpretatio abrogans* della quota mobile²⁹⁷. Tuttavia, forse occorre tenere presente che il concetto di mobilità riguarda la modalità di determinazione legislativa della quota di riserva modulata non solo sulla qualità ma anche sul numero dei legittimari; il fatto che la Cassazione abbia sostenuto la cristallizzazione della quantificazione della quota è cosa concettualmente diversa: l'ammontare della quota si stabilisce al momento dell'apertura della successione, secondo il criterio

²⁹⁶ Sentenza *cit.*: "...la esclusione della configurabilità di una quota di riserva in favore degli ascendenti sarebbe espressione della scelta del legislatore di garantire il conseguimento di una quota del patrimonio del de cuius solo ai parenti più prossimi (oltre che al coniuge) esistenti al momento dell'apertura della successione. I parenti di grado successivo, che sono considerati come legittimari solo in mancanza di quelli di grado più vicino, pertanto, non possono essere rimessi in corsa in caso di mancato esercizio dell'azione di riduzione da parte di questi ultimi."

²⁹⁷ F.Loffredo, *La determinazione della quota di riserva spettante ai legittimari nel caso in cui uno di essi rinunci all'eredità ovvero perda, per rinuncia o prescrizione, il diritto di esperire l'azione di riduzione*, Commento a sentenza Cass.civ. sez. Unite n. 13524/2006 in *Notariato* n.6/2006, 682: "La sentenza in commento fornisce una interpretazione dei principi alla base della successione necessaria che si discosta dalle opinioni tradizionali e che si pone dal punto di vista della libertà del de cuius piuttosto che della protezione dei legittimari. (...) Detta interpretazione, non esente da critiche, si inserisce, tuttavia, coerentemente, nel più recente orientamento volto a smussare gli angoli della successione necessaria e a privilegiare, in luogo degli stretti congiunti e della famiglia nel suo complesso, la libertà del de cuius e le istanze di certezza".

"mobile" cioè che tiene conto del numero dei legittimari, tale determinazione -afferma la Corte- resta immutabile rispetto alle successive scelte dei legittimari stessi.

Condivisibili le osservazioni della dottrina²⁹⁸ che ha visto, in tale decisione - che valorizza senza dubbio la libertà del testatore e ridimensiona i diritti dei legittimari - un ulteriore passo verso una rivisitazione profonda della successione necessaria: sul solco delle recenti riforme si confermerebbe un *"mutato assetto d'interessi [che] farebbe sì che i diritti dei legittimari non possano più considerarsi inattaccabili, ma si prestano ad essere compresi quando si tratti di compararli ad altri diritti, ritenuti oggi parimenti meritevoli di tutela"*²⁹⁹.

Par.3 L'ambito applicativo del principio di "cristallizzazione"

a) La rinuncia all'eredità

Stabilito dunque che occorre attenersi, nel conteggio delle quote, alla situazione esistente al momento dell'apertura della successione, resta da

²⁹⁸ F. Loffredo, *op. cit.*, p. 682; C. Carbone, *Il sistema della c.d. quota mobile: una sopravvivenza da ribadire*, in *Studium Iuris* 7-8/2011, p. 767:" Spostando l'angolo visuale dalla tutela dei legittimari *ad ogni costo* a quello della libera determinazione del de cuius, la Cassazione dà rilievo all'esigenza di quest'ultimo di sapere con certezza di quale parte del suo patrimonio può disporre. Così, le successive modifiche legate ad eventi che non hanno a che vedere con la sua volontà, in assenza di una determinazione di legge, altererebbero tale immanicabile presupposto di libertà". Conformemente Scrivono anche L.Genghini- C.Carbone, *op.cit.*, p. 533:"Tale nuova interpretazione si inserirebbe nel più generale contesto volto a ridurre la tutela "a oltranza" dei legittimari, ed a privilegiare, in luogo della famiglia, la libertà del de cuius e, soprattutto, la facilità di circolazione dei beni. Contesto già "preparato" dalle recenti riforme in materia di restituzione (modifica degli artt. 561 e 563 c.c. legge 15 maggio 2005 n. 80), e dall' introduzione, con il "patto di famiglia", di prime eccezioni al divieto di patti successori (legge 16 febbraio 2006 n. 55). Il mutato assetto di interessi farebbe sì che i diritti dei legittimari non possano più considerarsi inattaccabili, ma si prestano ad essere compresi quando si tratta di compararli ad altri diritti, ritenuti oggi parimenti meritevoli di tutela, come la speditezza dei traffici o la libertà di disposizione del de cuius."

²⁹⁹L. Genghini- C. Carbone, *op. cit.*, p. 533

esaminare, per completezza, l'ulteriore problema inerente l'ambito applicativo del principio affermato.

Anche in tal caso si registrano varie opinioni.

In specie ci si è chiesti se la cristallizzazione della quota si applichi oltre che nei casi di rinuncia all'azione di riduzione (sia tacita -per prescrizione del relativo termine- sia espressa) anche alla rinuncia all'eredità e alla prescrizione del diritto di accettarla.

Il problema si lega anche, evidentemente, all'altra questione, ovvero se la quota di legittima si possa ritenere quota di eredità o meno³⁰⁰.

Ancora, preliminarmente, occorre dare atto dell'interessante affermazione in merito all'inesistenza di un atto di rinuncia alla legittima in quanto tale: *"L'ordinamento positivo infatti non prevede un atto di rinuncia alla legittima in quanto tale, proprio perché essa è suscettibile di essere soddisfatta da attribuzioni liberali aventi diversa struttura causale. Il legittimario può infatti rinunciare all'eredità, al legato ovvero all'azione di riduzione. Ma in questi casi, in tanto ciò determinerà la rinuncia alla legittima tout court e la conseguente perdita della qualità di legittimario in quanto, all'esito di tali rinunce, il legittimario non disponga più di alcun mezzo per conseguire un'attribuzione liberale imputabile, anche solo in parte, alla legittima"*³⁰¹.

Ciò premesso, bisogna notare che le decisioni esaminate delle Sezioni Unite non hanno chiuso il dibattito in relazione a tale ulteriore aspetto: esse, infatti, sono chiare per quanto concerne l'ipotesi di rinuncia all'azione di riduzione (anche nella forma di prescrizione della stessa),

³⁰⁰ C. M. Bianca, *"Invariabilità delle quote di legittima"* in Riv. dir. civ. del 2008, 2, p. 211 e ss.: "La norma [art.521 c.c.] non può rilevare invece ai fini della determinazione delle quote di riserva, le quali non sono quote di eredità e prescindono dalla qualità di erede del legittimario, al quale la quota di legittima spetta anche se non sia chiamato all'eredità o se a questa rinunci."

³⁰¹ F. Magliulo, *Il polimorfismo causale della legittima e la rinuncia ai diritti del legittimario*, in Atti del Convegno Tradizione e modernità nella prassi notarile, Roma, 18 marzo 2016- Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza, 1 luglio 2016, Quaderni fondazione del Notariato, p. 102

mentre hanno lasciato perplessità in relazione alla diversa ipotesi di rinuncia all'eredità.

In merito, la dottrina si è divisa sulle conseguenze: per alcuni gli effetti della rinuncia all'eredità sarebbero diversi da quelli della rinuncia all'azione di riduzione (nel senso che la prima comporterebbe una vera e propria decurtazione del legittimario che quindi non dovrebbe essere preso in considerazione ai fini dei riparti previsti per le categorie); per altra parte della dottrina, invece, il criterio della cristallizzazione della quota varrebbe in entrambi i casi.

Per i sostenitori della prima opinione³⁰², l'azione di riduzione è un diritto potestativo del legittimario, una tutela con la quale si possono rendere inefficaci le disposizioni testamentarie e/o le donazioni lesive e la sua rinuncia non espunge chi la compie dal numero dei legittimari; invece, la rinuncia all'eredità ha efficacia retroattiva e travolgerebbe la qualità stessa di legittimario con conseguente necessità di rideterminare le quote di riserva. L'art 552 cod.civ. costituirebbe una conferma di ciò.

L'effettiva portata applicativa dell'art. 552 cod.civ. è controversa: si è notato³⁰³ che se essa non viene interpretata nel senso che la rinuncia del legittimario comporta modifiche alle quote degli altri, il suo dettato diventa privo di senso. La norma palesa l'intenzione del legislatore di far salva la volontà del testatore statuendo una tutela della disponibile, in quanto

³⁰² C. Carbone, *Il sistema della c.d. quota mobile: una sopravvivenza da ribadire*, in *Studium Iuris* 7-8/2011, p.769:" Quando il legittimario, chiamato all'eredità, ma leso nei suoi diritti, rinunzi non (solo) all'azione di riduzione, ma anche all'eredità, egli perde comunque il diritto alla legittima e non è più considerato, con efficacia retroattiva, nel novero dei chiamati" ed ancora "La possibilità che siano modificate le quote di riserva è legata alla natura stessa della rinuncia all'eredità: essa comporta la definitiva impossibilità che il riservatario diventi "erede", sia in forza del titolo di designazione (testamentario o legittimo) sia per opera di una eventuale azione di riduzione implicando la rinuncia necessariamente la dismissione della tutela prevista dal legislatore. Pertanto qualsiasi situazione successiva non potrà più incidere sulla vocazione ereditaria del rinunziante ove gli altri chiamati abbiano, al contrario, approfittato della loro vocazione (art. 525 c.c.)".

³⁰³ L. Genghini -C. Carbone, *op. cit.*, p.538

prevede che le attribuzioni fatte (ad altri) e che non sarebbero state intaccate se il legittimario avesse accettato, siano ridotte solo dopo le attribuzioni fatte al rinunciante. Il rinunciante non solo non diventa erede né testamentario, né legittimo, ma non potrà più esperire neanche l'azione di riduzione.

Per i sostenitori del secondo indirizzo, invece, la rinuncia all'eredità può essere assimilata, dal punto di vista degli effetti sul computo delle quote, alla rinuncia all'azione di riduzione: il principio di cristallizzazione si applicherebbe anche in tal caso. Tali autori, dunque, dubitano dell'applicabilità dell'art 521 cod.civ. anche all'ambito della successione necessaria³⁰⁴: *"La portata della rinuncia all'eredità sarebbe, invero, idonea a produrre i suoi effetti anche sul piano della successione necessaria solo ove si accogliesse l'equazione tra quota di legittima e quota ereditaria, equazione tuttavia smentita dall'analisi di numerose disposizioni in tema di legittimari"*. Ancora, lo stesso c.d. *polimorfismo causale della legittima*, cioè l'esistenza di una varia e vasta gamma di strumenti giuridici idonei a soddisfare le pretese dei legittimari, induce a concludere che la conservazione della qualità di legittimario possa sussistere anche dopo la rinuncia all'eredità.

In specie, con riferimento al legato in conto di legittima, autorevole dottrina svolge un procedimento logico interpretativo molto articolato affermando che³⁰⁵ *"La lettura della norma sulle donazioni e legati in conto di legittima nel senso che il rinunciante all'eredità possa trattenere le donazioni e i legati solamente nei limiti della disponibile, non può essere condivisa in quanto contraddice il principio di fondo dell'autonomia privata, che vuole per quanto possibile il rispetto della volontà negoziale e*

³⁰⁴ C. Romano- A. Mattera, *op.cit.*, p. 503

³⁰⁵ C. M. Bianca, *op.cit.*, p. 211 ss.

soprattutto della volontà testamentaria. Privare il donatario e il legatario di quanto è stato loro donato o legato, vuol dire infatti disattendere la volontà di chi dona o lega in conto di legittima, ossia la volontà di conferire una liberalità da conteggiare sulla legittima del beneficiario senza precludergli il diritto alla integrazione della legittima medesima". Ed ancora, in merito alla qualificazione giuridica della legittima quale "quota di eredità", definizione assente nel codice vigente: "il diritto di legittima è il diritto ad una quota del valore della "massa", calcolata tenendo conto dei beni donati e di quelli relitti al netto delle passività: diritto che non implica di per sé la delazione ereditaria in quanto il testatore potrebbe disporre dell'eredità interamente in favore di altri." Solo a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione il legittimario preterito consegue una quota di eredità. Fatte queste premesse, in relazione al legato in conto di legittima, si ritiene che non vi sia alcuna incongruenza nel sostenere che il legittimario rinunziante possa cumulare la parte corrispondente alla disponibile e la parte corrispondente alla legittima e che l'art. 552 cod. civ. vada interpretato nel senso che "il donatario e il legatario in conto di legittima che rinunziano all'eredità possono ritenere le donazioni e i legati nei limiti in cui sia rispettata la legittima degli altri legittimari e senza pregiudizio per le assegnazioni sulla disponibile che non sarebbero state suscettibili di riduzione qualora il legittimario avesse accettato l'eredità. Questa interpretazione si adegua al principio del rispetto della volontà del donante e del testatore e trova conferma nel principio della invariabilità delle quote di legittima come ora riconosciuto dalla Cassazione ". Si trae conferma dell'applicabilità del criterio di cristallizzazione al caso di rinuncia all'eredità anche dalla disciplina del legato in sostituzione di legittima, in relazione al quale la stessa dottrina sopra citata sottolinea che "grava sulla

porzione indisponibile e per l'eccedenza sulla disponibile. Il diritto alla legittima è quindi soddisfatto e la quota dev'essere conteggiata pur se il rinunziante sia considerato come non mai chiamato all'eredità". Anche in caso di rinuncia all'eredità, dunque, la determinazione delle quote deve avvenire conteggiando anche il legittimario rinunciante.

b) Morte, indegnità, diseredazione del legittimario

Gli sforzi della dottrina hanno mirato ad un completamento pregevole³⁰⁶ della disamina della tematica inerente l'estensibilità del criterio di cristallizzazione fissato dalla Suprema Corte non tralasciando di interrogarsi su altre ipotesi idonee a comportare anch'esse una trasformazione della compagine dei legittimari e sulle quali le Sezioni Unite non hanno avuto modo di esprimersi.

Il riferimento è alla morte (anche presunta) del legittimario dopo l'apertura della successione (nel caso in cui non operi la rappresentazione), alla sua indegnità, alla sua diseredazione.

Il primo caso sembra poter essere ricompreso senz'altro nel campo di applicazione del principio fissato dalla Cassazione.

Può dare adito a qualche dubbio il caso dell'indegnità: se la pronuncia giudiziale comporta *ex tunc* la caducazione della delazione ereditaria, l'indegno non dovrebbe essere conteggiato tra i legittimari; tuttavia occorre distinguere la delazione ereditaria dalla successione necessaria, fondata su un legame di sangue che non viene meno a seguito della dichiarazione d'indegnità. Il legittimario indegno, dunque, non potrà

³⁰⁶ C. Romano- A. Mattera, *op. cit.*, compiono un'articolata disamina del ventaglio di ipotesi verificabili in concreto

far valere i suoi diritti, ma dovrà essere tenuto in considerazione nel calcolo delle quote.

Per quanto concerne la diseredazione, occorre accennare brevemente alle problematiche ad essa connessa; il riferimento non è alla tormentata vicenda inerente la clausola in generale, quanto, piuttosto, alla sua ammissibilità nei confronti dei legittimari in considerazione della speciale tutela ad essi riconosciuta dalla legge. Stante l'intangibilità della legittima, disciplinata, peraltro, da norme di ordine pubblico come tali inderogabili da parte del testatore, la clausola di diseredazione dovrebbe essere considerata inammissibile nei confronti dei legittimari: se il nostro diritto positivo non ammette la preterizione di alcuni soggetti, a maggior ragione si deve ritenere che non ne ammetta la diseredazione.

Prima di esaminare, dunque, quale possa essere la sorte giuridica di una clausola del genere, occorre constatare che, dal punto di vista pratico, la diseredazione produce lo stesso risultato della preterizione: il legittimario diseredato non consegue quanto gli spetterebbe. Tuttavia, in caso di diseredazione il mancato conseguimento della quota è collegato ad una clausola espressa contenuta in un testamento ed avente contenuto negativo a prescindere dalla circostanza che ci siano istituiti; nel caso di preterizione, invece, il legittimario non consegue la quota in virtù di disposizioni positive a favore di altri e lesive dei suoi diritti. Ci si è interrogati su quale sia il rimedio azionabile in caso di diseredazione per il legittimario che intenda giovare della tutela legale predisposta a suo vantaggio. Per alcuni, tale rimedio dovrebbe sempre e comunque essere rappresentato dall'azione di riduzione³⁰⁷ (da esperire, nel caso di testamento che contenga solo la diseredazione, contro gli eredi legittimi non esclusi). Altra dottrina

³⁰⁷ G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, t. I, 2008, p.198. L. Genghini - C. Carbone, *op.cit.*, p. 445

ripercorre l'evoluzione del concetto di nullità e nota che il rimedio dell'azione di riduzione è esperibile solo se si procede ad una riqualificazione della nullità della clausola in termini di nullità di protezione ed, altresì, ad un ripensamento in relazione alla natura dell'azione di riduzione³⁰⁸. Per altri, la clausola sarebbe nulla per contrasto con l'art. 549³⁰⁹ cod.civ. e con tutte le norme a tutela dei diritti dei legittimari³¹⁰. I sostenitori di tale tesi si sono poi interrogati su un'ulteriore questione, ovvero se la clausola comporti la nullità dell'intero testamento (qualora essa sia da ritenersi essenziale) o si possa (anche in ambito testamentario) applicare l'art. 1366 cod.civ. e, dunque, in ossequio al criterio della buona fede oggettiva, essa sia da considerare irrilevante, come non apposta.

La questione ha rilevanti risvolti applicativi: l'azione di riduzione, infatti, dev'essere esperita entro dieci anni e consente al legittimario di conseguire la quota di riserva; l'azione di nullità del testamento, invece, è imprescrittibile e comporterebbe l'apertura della successione legittima. Si è, dunque, in merito, rilevato che, paradossalmente, la posizione del legittimario diseredato sarebbe più vantaggiosa di quella del legittimario pretermesso: si verificherebbe, dunque, un'incongruenza, addirittura una disparità di trattamento immotivata, contrastante con l'equilibrio tra tutela del legittimario e libertà di testare cui tutta la disciplina delle successioni necessarie è ispirata.

³⁰⁸ Com'è noto, in ambito negoziale (D. Russo, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008) la nullità può rappresentare uno strumento di protezione per interessi particolarmente meritevoli di tutela. Lo stesso autore ritiene, considerando che anche i legittimari possono essere considerati come soggetti destinatari di una particolare "protezione" legislativa, che la nullità della diseredazione potrebbe essere qualificata, appunto, come nullità di protezione e dunque relativa.

³⁰⁹ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano 2000, p. 89 ss. L'autore, a proposito della sanzione connessa al divieto di pesi e condizioni, nota che sul piano processuale la nullità dev'essere opposta dal legittimario e tale limite di legittimazione deriverebbe non dalla qualifica di nullità relativa o di annullabilità del rimedio, quanto dal principio dell'interesse ad agire posto dall'art.100 cpc

³¹⁰ L. Bigliazzi Geri, *A proposito di diseredazione*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 1503

Ancora, in merito alla diseredazione, bisogna, per completezza, ricordare l'ipotesi contemplata dall'attuale formulazione dell'art. 448 bis cod. civ.. La norma, inserita nel titolo XIII inerente gli alimenti sancisce la cessazione dell'obbligo nel caso in cui il genitore sia decaduto dalla responsabilità genitoriale e riconosce al figlio la possibilità di diseredarlo. La norma è stata interpretata³¹¹ in modo estensivo, come riferentesi non solo ai casi di decadenza a seguito di pronuncia ai sensi dell'art. 330 cod.civ. e di decadenza collegata a determinate fattispecie penali ma a tutte le ipotesi di gravi violazioni dei doveri familiari.

Ciò premesso, tornando al problema della cristallizzazione della quota, in sostanza il legittimario che non impugnò la clausola è parificabile al legittimario che rinunciò all'azione di riduzione.

In relazione alle problematiche inerenti alla “cristallizzazione della quota” è opportuna qualche riflessione critica. Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite, sopra esaminate, come già visto, sono state accolte da parte della dottrina, come un ulteriore tassello di quel percorso di riforme che segna sempre più il distacco dall'idea che i diritti dei legittimari siano "intoccabili": al contrario, essi possono - e probabilmente devono - essere sacrificati a fronte di istanze che diventano più diffuse e significative.

Par.4 -I legittimari

a) Valori emergenti e riforme

L'indicazione in merito a "chi" goda della pregnante tutela rappresentata dalle norme sulla successione necessaria è contenuta in

³¹¹ M. Tatarano, *L'art 448 bis c.c. tra norma e sistema*, in *Il testamento: fisiologia e patologia* - Atti del Convegno di Bari 24 novembre 2014, a cura di Volpe, ESI, 2015

pochissimi articoli del nostro codice, in particolare l'articolo 536 c.c. stabilisce che *“le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi.*

Ai figli legittimi sono equiparati i legittimati e gli adottivi.

A favore dei discendenti dei figli legittimi o naturali, i quali vengono alla successione in luogo di questi, la legge riserva gli stessi diritti che sono riservati ai figli legittimi o naturali”.

Seguono gli articoli recanti le indicazioni e quantificazioni delle riserve dei detti soggetti, a seconda che siano i soli successibili o concorrano tra loro.

Poche norme, chiare e di facile applicazione ma strettamente collegate alle turbolenze sociali, morali ed infine giuridiche che hanno investito il mondo della famiglia, stravolgendo l'originario assetto patriarcale e ridisegnando rapporti, diritti e doveri.

Già la Costituzione - con le indefettibili declinazioni del principio di uguaglianza e con il riconoscimento del possibile pluralismo di formazioni sociali in cui l'essere umano può esplicare la sua personalità e all'interno delle quali devono essere riconosciuti i diritti inviolabili - poneva all'attenzione degli interpreti e del legislatore urgenti istanze di adeguamento.

Bisogna aspettare gli anni '70 del secolo scorso per assistere ai primi profondi mutamenti nella struttura socio-giuridica delle relazioni familiari con incisive riforme del diritto di famiglia.

Innanzitutto, la legge sul divorzio (L. n. 898/1970) ha comportato, come ovvia conseguenza, un aumento di casi di seconde e terze nozze: le famiglie si disgregano e si ricompongono in altri nuclei, i figli nati da

partner diversi sono fratelli unilaterali, anche se nati al di fuori del matrimonio. Le convivenze c.d. *more uxorio* si diffondono ponendo delicati problemi che la giurisprudenza si trova ad affrontare con sempre maggiore frequenza. Il modello di famiglia nucleare appare sempre più confinato in un passato che sembra ormai lontano: emerge il superamento dell'esclusivo vincolo tra matrimonio e famiglia, sebbene il matrimonio continui a rivestire una “*posizione del tutto peculiare nel contesto della fenomenologia familiare*”³¹².

Anche all'interno delle famiglie tradizionali i rapporti tra coniugi sono cambiati, la donna è entrata nel mondo del lavoro e reclama la posizione paritaria all'interno della famiglia che la Costituzione le riconosce ed il codice le nega.

Nel 1975 interviene una delle più radicali riforme del nostro diritto civile: la L. n. 151/1975 che, finalmente, in applicazione degli artt. 3, 29, 30 Cost., innova profondamente i rapporti tra coniugi e la filiazione, con importanti conseguenze in ambito successorio.

Gli assetti patrimoniali sono radicalmente sovvertiti dall'introduzione della comunione dei beni come regime legale patrimoniale e dalla previsione della successione in proprietà (e non più solo in usufrutto) per il coniuge superstite.

Nei rapporti di filiazione, il legislatore compie un primo importante passo superando la distinzione tra figlio legittimo e figlio illegittimo (nato

³¹² E. Quadri, *Matrimonio, unione civile, convivenze*, in NGCC 1/2020, pp. 138- 139. L'autore suffraga tale affermazione con un riferimento agli artt. 9 e 12 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: "Se, in effetti, al relativo art. 9, nel suo confronto con l' art. 12 della Conv. Eur. Dir. Uomo, viene correttamente ricondotto il definitivo superamento del tradizionale univoco nesso di interdipendenza concettuale tra famiglia e matrimonio, non può certo trascurarsi come, in tale disposizione, "il diritto di sposarsi" si presenti in ogni caso nitidamente distinto dal "diritto di costituire una famiglia": con ciò stesso finendosi col caricare l'istituto matrimoniale di valenze tali da conferirgli, appunto, una peculiare collocazione istituzionale, quale riflesso, evidentemente, di una perdurante corrispondente valutazione anche nella coscienza sociale, pur osservata nella sua impetuosa dinamica evolutiva in materia"

fuori dal matrimonio); permane, però, la pluralità di *status filiationis* (legittima, naturale riconosciuta, naturale non riconosciuta o non riconoscibile) e ciò si riflette sul piano successorio: i figli naturali, anche se riconosciuti, infatti, non instaurano un rapporto di parentela con gli altri membri ed inoltre, permane il diritto di commutazione³¹³ a favore dei figli legittimi.

Il contesto normativo cambia dunque in modo molto graduale, seguendo un percorso lento e prudente.

A fronte di ciò, la Corte Costituzionale viene investita più volte da varie questioni successorie³¹⁴, ma molte sono le pronunce per lo più confermatrice delle norme sottoposte allo scrutinio di legittimità³¹⁵; in questo solco, particolarmente significativa è la sent. n.532/2000 della Corte Cost. che esclude un ampliamento delle categorie di successibili attraverso sentenze additive: la Corte riconosce che tale materia è affidata alla discrezionalità del legislatore. Quest'ultimo, quindi, procede, nell'ultimo

³¹³ C. Mazzù, *La facoltà di commutazione riconosciuta agli eredi legittimi resiste all'usura del tempo*, in www.comparazionedirittocivile.it, p. 10 “la proprietà si carica di tinte forti e significati ancestrali e diventa proiezione sociale della matrice identitaria familiare, che i fratelli legittimi non intendono disperdere. Proprio la genesi risalente del fenomeno della protezione — fino all'estremo limite — del nesso tra proprietà e famiglia è costruita attorno al principio di legittimità, in cui la proprietà è intrisa di storia familiare e lascia trasudare il sentimento di sé, che ciascun componente della famiglia esprime nella pienezza della discendenza legittima”

³¹⁴ Le decisioni della Corte più risalenti si caratterizzarono in specie per un'apertura verso istanze sociali di parificazione dei figli naturali a quelli legittimi; in merito, ricordiamo la sentenza della Corte Cost. n. 79/1969 (con la quale era stata dichiarata l'illegittimità dell' art. 577 cod. civ. con riferimento agli artt. 3 e 30, comma 3 Cost.), la sent. n. 50/1973 (con la quale era stata dichiarata l'incostituzionalità parziale dell' art. 539 cod. civ.-oggi definitivamente abrogato-), la sentenza n. 82/1974 (inerente la parziale illegittimità dell' art 575 cod. civ.)

³¹⁵ Cfr., a titolo esemplificativo, Corte Cost. sentenza n.15/2006 (in tema di rappresentazione, con la quale la Corte ha ritenuto "manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt.467 e 468 cod.civ. nella parte in cui non prevedono la capacità di rappresentazione in favore del coniuge del soggetto che non abbia potuto accettare l' eredità o, in subordine, nella parte in cui non prevedono la capacità di rappresentazione in favore del coniuge del soggetto che non abbia potuto accettare l'eredità, in assenza di discendenti dei figli legittimi, legittimati ed adottivi, nonché naturali del defunto, in riferimento all'art. 3, primo comma Cost.") e sentenza n. 335/2009 (in tema di diritto di commutazione in capo ai figli legittimi, con la quale la Corte ha ritenuto tale diritto pienamente legittimo grazie alla possibilità di adire il giudice in caso di opposizione da parte del figlio naturale)

decennio, alle riforme più incisive di *social engineering*³¹⁶ in materia di famiglia con la definitiva conformazione del rapporto di filiazione ad uno status unico di figlio con la L. n.219/2012, con il tramonto del diritto di commutazione sancito da d.lgs n.154/2013 e con la legge sulle unioni civili (L.n.76/2016).

In generale occorre tenere presente che il modello familiare nucleare appartiene ormai al passato, sostituito da una varietà e complessità di relazioni familiari che non può non essere presa in considerazione per i possibili riflessi successori. Le norme miranti a conservare il patrimonio all'interno della famiglia si giustificavano e trovavano il loro fondamento condiviso nella comunità sociale quando la famiglia si presentava unita e, per così dire, unica; oggi non solo il divorzio ha eliminato l'indissolubilità e dunque l'assoluta stabilità del vincolo, ma si assiste alla creazione di rapporti affettivi e di filiazione al di fuori del matrimonio, in una dimensione "*destrutturata*"³¹⁷ in cui il legame di coppia è cessato, ma non quello tra genitori e figli, così come sono frequentissime le "ricomposizioni" di nuovi nuclei.

Alla complessità dei legami corrisponde una difficoltà di ripartire equamente le risorse economiche anche *post mortem*. Molti gli aspetti delle successioni necessarie che mostrano inadeguatezza rispetto alla realtà e non rispondono più al comune sentimento di giustizia.

Il nostro legislatore, tuttavia, ha, sino ad ora, affrontato le problematiche odierne tutt'al più ampliando la platea dei legittimari laddove s'imponevano ragioni di non discriminazione e non ha, invece, affrontato in

³¹⁶ L'espressione è di C. Scognamiglio, *Regole di validità e di comportamento: principi e rimedi* in Studi in onore di Marco Comporti, Giuffrè Editore, 2008, Vol. III, p. 2471

³¹⁷ E. Al Mureden, *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria*, in Giurisprudenza Italiana 2012, 8-9, 1945

modo profondo la richiesta di una ineludibile radicale riforma di tutto l'ambito successorio.

b) Il coniuge e l'unito civile

Con riferimento al coniuge, come abbiamo già accennato, dal 1970 in poi il diritto ha dovuto recepire i profondi mutamenti dei costumi e delle relazioni interpersonali³¹⁸.

La riforma del 1975 segna una trasformazione epocale nei diritti successori del coniuge: abolisce l'usufrutto uxorio e valorizza la posizione del coniuge che diventa "*primo legittimario*"³¹⁹ (artt 540, 1 e 2 comma e 542, 1 e 2 comma cod. civ), perdurando, comunque, solo il matrimonio come unico modello legale regolante la relazione di coppia³²⁰.

La L. 76/2016 realizza una pluralizzazione dei rapporti affettivi interpersonali che oggi possono realizzarsi nella forma del matrimonio o dell'unione civile o delle convivenze. Tale varietà si riverbera in ambito

³¹⁸ P. Schlesinger, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Famiglia e diritto* 10/2016, p. 845: "Il codice civile del 1942, a sua volta, non ha certamente visto la luce in una fase storica propizia per un deciso ammodernamento degli istituti familiari e ci ha consegnato l'immagine di una famiglia ancora centrata sulla primazia maritale; seguì dunque, tra gli ineludibili compiti della ricostruzione sociale postbellica, l'avvio del processo di riedificazione degli istituti familiari. Un'elaborazione complessa, inevitabilmente travagliata e solcata da contrasti, ma guidata sul piano dei valori dai precetti costituzionali, che ponevano in primo piano il tema della eguaglianza tra i coniugi. La riforma del 1975, nelle sue linee ordinatrici fondamentali, si collocava all'interno del tradizionale orizzonte nel quale l'istituto matrimoniale era il cardine dell'intera struttura familiare, secondo il modello recepito dall'art. 29 Cost., e mirava principalmente a realizzare lo spirito egualitario della Carta fondamentale, adeguando la regola giuridica all'evoluzione dei rapporti sociali e culturali attraverso un intervento che si concentrava, appunto, sulla disciplina del matrimonio."

³¹⁹ L. Genghini- C. Carbone, *op. cit.*, p.512 "destinazione privilegiata dell' eredità..è non..la famiglia parentale ma la famiglia coniugale, con l' attribuzione al coniuge di una posizione di supremazia"

³²⁰ G. Furguele, *Modelli familiari nel diritto italiano e straniero* in *Studi in onore di Marco Comporti*, Vol. II, Giuffrè Editore, 2008, pp.1325-1326 "in presenza di un processo di differenziazione all'interno del[l']...unico modello familiare diffuso nella realtà di fatto e, in quanto tale, riconosciuto a livello...giuridico...La disciplina del rapporto familiare permaneva identica a quella di fonte matrimoniale anche [nel caso in cui presentasse] carattere peculiare o anomalo"

successorio mentre, per lunghissimo tempo, il rapporto ritenuto idoneo a far sorgere diritti e doveri anche *post mortem* era stato solo il matrimonio. Parte della dottrina, ha sostenuto che l'art. 29 Cost. impedisse l'ammissibilità delle unioni civili in quanto il costituente si sarebbe riferito al matrimonio previsto e disciplinato dal codice del 1942 e che quest'ultimo, a sua volta, fosse riservato alle coppie eterosessuali³²¹. In una diversa ottica³²², già in passato, venivano esaminati gli articoli 29 e 30 Cost. evidenziandone le "opzioni normative" (anche in relazione all'ambito successorio) ed intuendo la tendenza ad un possibile "allargamento" della loro portata applicativa: tali norme sembravano riferirsi alla famiglia nucleare affermata nella moderna società industriale ma si notava che l'attuazione dei valori costituzionali imponeva di tener conto dell' "evoluzione storica degli istituti". Altri ancora³²³, riferendosi specificatamente alla problematica delle unioni civili, sottolineavano che: "Non è la Costituzione a dover essere letta alla luce del codice civile, ma se mai il contrario" e ritenevano che l'art. 29 non cristallizzasse un modello di famiglia. I confronti e le divergenze sia della dottrina sia della giurisprudenza erano accesi, ma la realtà sociale premeva: i diritti delle coppie omosessuali dovevano trovare una forma di tutela. La dottrina³²⁴, ancora una volta, ha fatto riferimento a Jhering "che invita a considerare il mutato contesto storico sociale ed

³²¹ Ancora nel 2014 (sentenza n. 170/2014) la Corte Costituzionale scriveva: "...come già sottolineato da questa Corte, la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso» (sentenza n. 138 del 2010)."

³²² S. Ciccarello, *op.cit.*, p. 52 ss. l' Autore compie, altresì, un interessante confronto tra gli articoli 29 e 30 Cost. (che, attribuendo un ruolo primario alla famiglia, sanciscono la necessità di una tutela successoria di coniuge e figli) e l' art. 42 Cost. che "rinvia alla legge ordinaria i criteri di normazione specifica in materia successoria"

³²³ G. Ferrando, *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, Giur. It., 2016, 7, 1771. In merito, si vedano anche P. Barcellona, voce "Famiglia (diritto civile)", in Enc. Dir., XVI, Milano, 1967, 780 e M. Bessone, *Principi etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1976, sub art. 29, 47 e ss.

³²⁴ V. Carbone, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Famiglia e diritto* 10/2016, pp. 852-853.

economico, perché non si può “credere nell’immutabilità dei concetti giuridici”, a differenza delle leggi fisiche” e ha sottolineato lo “...spostarsi del baricentro del diritto civile dal patrimonio alla persona”.

Anche l'Unione Europea aveva sollecitato il legislatore italiano ad approntare una tutela giuridica alle coppie che non potevano accedere al matrimonio³²⁵. Tuttavia, essendo la problematica connessa a delicate questioni morali o etiche, si riconosceva agli Stati, un certo margine di discrezionalità riguardo alla scelta tra matrimonio e mezzi di riconoscimento alternativi, purché una forma di tutela fosse prevista.

Il legislatore italiano non ha ritenuto che l'estensione dell'istituto del matrimonio potesse essere la migliore soluzione abbracciando l'opzione che individuava negli articoli 2 e 3 Cost.- più che nel 29 Cost.- il riferimento attinente: il comma 1 dell'art. 1 della L. 76/2016 afferma che l'unione civile tra persone dello stesso sesso è una "*specificata formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione*".

In merito, la strada scelta dal legislatore è stata criticata³²⁶, reputando che, invece, si sarebbe dovuto optare per una revisione costituzionale degli articoli 29 e 30 Cost.: considerare l'unione civile una formazione sociale non tiene conto appieno -secondo tale opinione- dell'esigenza che essa sia una "*compagine familiare*"; tale critica viene in maggior rilievo laddove si consideri, come a breve vedremo, che l'unito assurge alla qualità di legittimario e ciò si giustifica solo qualora il legame sia ritenuto stabile e dunque capace di generare obblighi di solidarietà.

³²⁵ Sentenza 21/07/2015 Corte Europea Diritti dell'Uomo, sez. IV, decisione Oliari ed altri c. Italia, con la quale l'Italia è stata sanzionata per violazione dell'art. 8 della Convenzione sui diritti dell'Uomo. La Corte esamina, dunque, la situazione italiana, rilevando l'inesistenza di adeguate garanzie nel quadro normativo italiano.

³²⁶ G. Bonilini, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente" e del convivente di fatto*, in Opinioni - Famiglia e diritto 10/2016, p. 980

La legge Cirinnà rinvia alla disciplina del matrimonio³²⁷: il comma 20 prevede che le disposizioni in cui compaia la parola "coniuge" devono intendersi applicabili anche alle parti dell'unione civile, con esclusione delle norme non espressamente richiamate dalla legge stessa e quelle relative all'adozione. Si è reso necessario, dunque, un esplicito rinvio affinché le norme successorie relative al coniuge potessero ritenersi vevoli anche per gli uniti. Soccorre, in merito, il comma 21 dell'art.1 della legge in esame che parifica la figura del coniuge a quella dell'unito civile che viene così ad allargare la platea dei possibili successori legittimi e legittimari. Pertanto, si applicano anche all'unito civilmente le norme sull'indegnità a succedere (capo III titolo I libro II cod.civ.), sulla successione legittima (titolo II), sulla successione necessaria (capo X titolo I), sulla collazione (capo II titolo IV), sul patto di famiglia (capo V bis titolo IV). Si sottolinea³²⁸, inoltre, che, sebbene non siano state espressamente menzionate nel comma 21, deve ritenersi logica l'applicabilità di tutte le norme generali sulle successioni che operano inevitabilmente nei riguardi di ogni erede, così come l'inclusione dell'unito tra i legittimari comporta la possibilità che questi usi gli strumenti di tutela a favore della riserva e si ritiene che acquisti anche il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili in essa contenuti.

Da questo punto di vista, dunque, non sussiste alcuna discriminazione tra coppie etero e omosessuali.

³²⁷ Il comma 20 dell' art. 1 della legge in esame espressamente dichiara che "Al solo fine di assicurare l' effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra le persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole <<coniuge>>, <<coniugi>> o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell' unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti."

³²⁸ G. Bonilini, *op. cit.*, p. 983

Tale soluzione non era scontata alla luce delle diverse opzioni di alcune legislazioni straniere³²⁹.

Inoltre, non può ignorarsi che la successione necessaria non gode di esplicita copertura costituzionale e il limite all'autonomia del testatore che essa comporta si giustifica solo a garanzia di diritti costituzionali di pari livello rispetto all'autonomia stessa quale la solidarietà familiare sancita dagli artt. 29 e 30 Cost. In merito riemerge, dunque, la critica sopra riportata: anche alla luce dell'inclusione dell'unito civile tra i legittimari sarebbe stato più lineare procedere ad una modifica degli artt. 29 e 30 Cost.. Tutta la legge sulle unioni civili presenta, per tale opinione, una formulazione imprecisa; probabilmente la fretta di dover comunque provvedere a fornire una forma di tutela senza tuttavia arrivare ad ammettere una piena parificazione al matrimonio, ha fatto pervenire a soluzioni non perfettamente coerenti, soprattutto se si considera che l'esclusione dell'adozione (e quindi della filiazione, eccettuati i casi -molto problematici- che più avanti esamineremo, di procreazione assistita) impedisce la formazione di una vera e propria famiglia ed intacca pesantemente il fondamento della stessa successione necessaria.

Nonostante si possa ritenere che la legge n. 76/ 2016, al termine di un tormentato processo legislativo, abbia comunque dato risposta ad importanti esigenze umane, a parere di molti, essa non assicura assoluta parità rispetto alle coppie eterosessuali³³⁰. Nella ricordata parificazione tra

³²⁹ Ad esempio in Francia il matrimonio tra persone dello stesso sesso è stato introdotto solo nel 2013, prima di questa data le coppie omosessuali potevano stipulare i PACS - patto civile di solidarietà - che non considerava erede il partner superstite, ma gli riconosceva il diritto di abitazione sulla casa di residenza (cfr. A. Gnani, *La successione necessaria dopo la legge 20 maggio 2016 n. 76*, in *Rivista di diritto civile* 2/2019)

³³⁰ M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto* 10/2016, p. 883: "... da varie parti si è in qualche modo lamentato che la sua disciplina non coincida con quella del matrimonio, prospettandosi violazione del principio d'eguaglianza o del divieto di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale; mentre, secondo altro opposto orientamento, sarebbe

coniuge ed unito civile, le “grandi escluse” del rinvio sistematico al codice civile sono le norme sull’obbligo di fedeltà, sul vincolo di affinità tra un partner ed i parenti dell'altro, sull’adozione (in specie la c.d. *stepchild adoption*), ancora si nota il mancato richiamo all'inciso dell'art. 144 cod. civ. relativo alle esigenze preminenti della famiglia e l'eccessiva semplificazione³³¹ della disciplina sullo scioglimento rispetto al divorzio o all'annullamento del matrimonio. Inoltre, attenti commentatori³³² hanno rilevato che il comma 19 della legge in esame non richiama l'art 108 cod. civ. che vieta agli sposi di apporre termini e condizioni alla loro dichiarazione. Ora, pur volendo ritenere questo mancato richiamo una mera "svista" del legislatore, resta, tuttavia, indiscutibile l'omissione inerente l'obbligo di fedeltà e la procedura per lo scioglimento che testimoniano una visione dell'unione civile sicuramente in termini più elastici e fragili rispetto al vincolo matrimoniale e sembrano confermare che l’unione civile, di fatto, sia un istituto atto a tutelare i diritti e doveri reciproci dei conviventi, ma non a creare una famiglia in senso giuridico.

Questo quadro normativo porta ad interrogarsi sulla configurazione dell'unione civile come legame veramente stabile, ed allora, se davvero non si può riconoscere ad essa questa importante attitudine a generare un vincolo solido e capace di creare obblighi di solidarietà, *"l'estensione del novero dei legittimari al partner sarebbe ingiustificabile: calata entro una*

censurabile proprio la sua sostanziale sovrapposizione al matrimonio, che consentirebbe di dubitare della compatibilità del nuovo istituto con l'art. 29 Cost.”

³³¹ L'unione civile, ai sensi dell'art.1, c. 24 L 76/2016 può cessare anche per volontà di uno solo (24. L'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione).

³³² A. Gnani, *op. cit.*, p. 532 e M. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, in *Famiglia e diritto* 10/2016, p. 864

formazione sociale troppo labile, fluida, come tale incapace di fondare un dovere reciproco di solidarietà ad immagine di quello familiare”³³³.

Ritenere che il fondamento delle unioni civili debba essere rinvenuto nell’art. 2 Cost. e non nel 29 Cost. può comportare una disciplina ed effetti giuridici differenti specificatamente per tutti quegli aspetti che presuppongono l’esistenza di una famiglia³³⁴. La soluzione adottata impone di dover ritenere, come sottolineato anche da altri autori³³⁵, esistente un *"assetto binario, dove l'art.2 Cost. sta alternativamente sullo stesso piano degli artt. 29 e 30 Cost., e dove il dovere di solidarietà che astringe i membri della famiglia, allo stesso modo corre tra i partner dell'unione civile, sì che in ambedue i casi la successione necessaria sembra giustificarsi in attuazione di quel medesimo dovere"*.

L'applicazione pratica che si va affermando del nuovo istituto delle unioni civili invita anch’essa a maggiore prudenza: la cronaca ha dato notizia dell'intento di celebrare l'unione da parte di due conviventi non

³³³ A. Gnani, *op.cit.*, p. 533

³³⁴ M. Sesta, *op. cit.*, p. 884: "Non v'è dubbio, in ogni caso, che il richiamo agli artt. 2 e 3 Cost. da parte del legislatore che istituisce l'unione civile sia significativo ed assuma una notevole valenza euristica. In prima approssimazione, è necessario sottolineare che, nella citata disposizione di apertura, non sia richiamato l'art. 29 Cost., il che già consente di ritenere che questa nuova, specifica - come lo stesso legislatore non manca di sottolineare - formazione sociale non si sovrapponga alla famiglia matrimoniale, e che, quindi, nella stessa intenzione del legislatore, matrimonio e unione civile sono, in linea di principio, differenti. È interessante, poi, mettere a confronto il diverso linguaggio dell'art. 29 Cost. rispetto a quello dell'art. 1, comma 1, L. n. 76/2016: l'odierno legislatore "istituisce", cioè crea, l'unione civile, che dunque si appalesa istituto del diritto positivo, nato per volontà legislativa, che non partecipa della natura che la Costituzione "riconosce" ai diritti della famiglia matrimoniale. Valgano, al riguardo, le considerazioni di un acuto studioso che, con riferimento alla famiglia (eterosessuale) di fatto, ha messo in luce come "la famiglia fondata sul matrimonio costituisce il nucleo della tutela costituzionale, che riguarda non solo i diritti dei singoli componenti ma anche l'istituzione familiare in sé e per sé; la famiglia che non trae origine dal matrimonio, invece, riceve tutela al pari di qualsiasi forma sociale (una tutela indiretta, quindi), nell'ambito della quale, però, la protezione dei singoli e dei diritti dei componenti riceve un rilievo pieno e privilegiato rispetto al consorzio". Quanto precede vale anche, e più ancora, per l'unione civile, che dunque può dirsi sia stata istituita per apprestare specifica tutela ai diritti inviolabili delle persone omosessuali, e non alla "istituzione" in sé, come invece accade per quella familiare. In breve, può dirsi che dallo stesso art. 1, comma 1 della legge possa desumersi che l'unione civile si collochi su un piano diverso da quello proprio della famiglia dell'art. 29 Cost. e che si tratti di entità non omogenee".

³³⁵ A. Gnani, *op. cit.*, p. 528

omosessuali, miranti -per loro esplicita ammissione - ad usufruire delle garanzie di legge che l'istituto offre³³⁶.

E' vero, altresì, che le convivenze sono disciplinate in modo diverso, non riconoscendo ad esse l'idoneità a far sorgere la qualifica di legittimario: si potrebbe dedurre, quindi, che, nonostante le menzionate "sviste", il legislatore abbia voluto comunque riconoscere nell'unione civile lo strumento giuridico per disciplinare rapporti sentimentali forti e saldi, capaci di creare un vero consorzio familiare.

L'unito civile, quindi, è legittimario perché l'unione civile è una formazione sociale che prevede il necessario rispetto di obblighi di solidarietà, ma le perplessità di cui si è dato atto portano ad interrogarsi sulla validità della scelta del legislatore: i vari modelli di famiglie oggi esistenti sono davvero idonei a giustificare i pesanti limiti all'autonomia del testatore e alla libera circolazione dei beni? Il riconoscimento delle svariate tipologie di legami affettivi oggi presenti e praticati dalla compagine sociale avrebbe potuto, anziché portare all'ampliamento della platea dei legittimari, far riflettere sulla sussistenza del fondamento della successione necessaria.

Proprio tale ampliamento dei legittimari va in senso opposto alle voci critiche miranti ad una revisione radicale del "*vigente soffocante sistema di successione necessaria*"³³⁷.

La critica non è indirizzata alla parificazione della posizione dell'unito al coniuge, quanto al "*sistema nel suo complesso*" ed in specie all'ampia tutela assicurata al coniuge (ed ora anche all'unito civile) che appare sproporzionata alla luce sia della comunione come regime legale

³³⁶ Su "La Repubblica" del 13 novembre 2016 (e su molte altre testate giornalistiche) viene riportata la notizia di due amici -Gianni e Piero- di Schio nel Vicentino che hanno deciso di unirsi civilmente ma non sono omosessuali. Per loro esplicita ammissione la scelta è motivata solo dal desiderio di ottenere i benefici che la legge può dare quali la reversibilità e la possibilità di ereditare l'uno dall'altro.

³³⁷ G. Bonilini, *op. cit.*, p. 990

patrimoniale, sia della trasformazione dei rapporti e dei legami: la possibilità di più nozze si rivela un potenziale grave nocumento agli interessi dei figli di primo letto in caso di premorte del proprio genitore al nuovo coniuge³³⁸. Attenta dottrina rileva in merito la problematicità delle "contaminazioni" delle aspettative successorie nelle famiglie "polinucleari"³³⁹.

Il punto critico rimane, dunque, se possa ancora ravvisarsi il fondamento dei limiti alla libertà del testatore nella necessità di trasmissione della ricchezza all'interno della famiglia o se piuttosto, non si debba prendere atto della realtà e constatare come sia *"crescente il numero delle famiglie con forti difficoltà affettive, in seno alle quali, quindi, gli automatismi della successione necessaria recano, forte, il senso di ingiustizia"*³⁴⁰.

Uno degli aspetti problematici che fanno ritenere la disciplina della successione necessaria inadeguata perché fortemente distante dal comune sentire è la previsione della conservazione della qualità di legittimario in capo al coniuge separato senza addebito, non ancora divorziato: ai sensi dell'art.548 cod.civ., infatti, questi conserva *"..gli stessi diritti successori del coniuge non separato"*. Qualora, invece, la separazione sia stata addebitata al coniuge superstite o ad entrambi con sentenza passata in giudicato, il superstite avrà diritto solo ad un assegno vitalizio e solo se godeva degli alimenti a carico del *de cuius*.

³³⁸ E. Al Mureden, *op. cit.*, p. 1945 ss. ricorda anche che: "Qualora i coniugi che si apprestano a contrarre il secondo matrimonio volessero accordarsi per rinunciare anticipatamente in modo reciproco alle rispettive posizioni di eredi necessari verrebbe in considerazione il divieto dei patti successori (art. 458 c.c.). L' inconveniente appena indicato costituisce una conseguenza indiretta dell' attuale disciplina della successione necessaria del coniuge alla quale le parti non possono opporre rimedio nemmeno con apposita convenzione"

³³⁹ E. Al Mureden, *op. cit.*, p. 1945 ss.

³⁴⁰ G. Bonilini, *op. cit.*, p. 990

Altro profilo inerisce l'assoluta assenza di considerazione della durata del vincolo (*rectius* dei vincoli). Se si prendono in considerazione un matrimonio durato decenni ed un successivo durato pochi anni, si constata che il coniuge divorziato, nonostante la lunga durata e l'immaginabile apporto alla cura della famiglia con ricadute positive anche sul piano economico, vedrà delusa ogni aspettativa successoria a vantaggio del trattamento del coniuge legato al *de cuius* al momento della morte; i figli di primo letto, poi, si troveranno a concorrere non con il proprio genitore superstite (nei confronti del quale possono nutrire ulteriori attese successorie) ma con il nuovo coniuge del defunto, con il quale essi non hanno alcun legame giuridicamente rilevante.

Le considerazioni sopra esposte acquistano maggiore pregnanza ove si consideri attentamente anche l'entità dei diritti riservati al coniuge (o all'unito). Ai sensi dell'art. 540, comma 1, cod.civ. al coniuge spetta la metà del patrimonio se non concorre con figli del defunto, se invece egli concorre con un figlio, la sua quota si riduce ad un terzo (art. 542, comma 1, cod.civ.); qualora poi, concorra con più figli, al coniuge spetta un quarto del patrimonio, e ai figli è riservata la metà (art. 542, comma 2, cod.civ.); se il coniuge concorre con ascendenti legittimi, gli sarà riservata la metà del patrimonio, e agli ascendenti, un quarto (art. 544 cod.civ.).

Un particolare profilo è poi rappresentato dal diritto di abitazione sulla casa di residenza familiare e di uso dei mobili ivi contenuti (art.540, comma 2, cod. civ.).

L'attribuzione di tali diritti di abitazione e d'uso prevede due presupposti: lo status coniugale e il requisito oggettivo dell'essere la casa adibita a "residenza familiare". Inoltre l'art. 540, comma 2, cod. civ.,

contiene un inciso inerente la titolarità dell'immobile e dei mobili che devono essere "*di proprietà del defunto o comuni*"; tale inciso ha portato ad escludere - non senza alcune perplessità - che il coniuge superstite possa vantare tali diritti qualora i beni appartenessero (anche in comproprietà) a terzi. In tal senso si è espressa la Cassazione (Cass. civ. n.8171/1992, n.6691/2000), ritenendo inammissibile che alla morte di un condomino gli altri comunisti trovino gravata la loro quota di un diritto reale.

Degno di attenzione, in questo contesto, è un altro orientamento della Corte di Cassazione (Cass. civ. n. 2474/1987, Cass. civ. n. 14594/2004), che opta per una soluzione di compromesso: se i beni appartengono anche a terzi, i diritti di abitazione e di uso non sorgono, ma il coniuge ha diritto al loro equivalente monetario. Questo indirizzo, tuttavia, sembra non coerente con il fondamento riconosciuto ai diritti in discussione. Infatti, la *ratio* di tale considerevole riconoscimento, si rinviene nell'affermata necessità di salvaguardare la possibilità che il coniuge superstite conservi lo stile di vita nell'ambiente in cui ha vissuto³⁴¹: si configura una sorta di "*proprietà abitativa*" in cui "*predominano i bisogni dell'essere, qui individuati non già nella necessità dell'alloggio in sé, ma nella conservazione di una permanenza abitativa legata a fattori affettivi*"³⁴². Si tratterebbe quindi di assicurare realizzazione ad aspetti psicologici che mal si conciliano con l'eventuale monetizzazione del mancato conseguimento

341 La Corte Cost. (sentenza n.310/1989) così si era espressa in merito: «non è tanto il bisogno dell'alloggio (che da questa norma riceve una protezione solo in via indiretta ed eventuale) quanto altri interessi di natura non patrimoniale come ad esempio la conservazione della memoria del coniuge scomparso, il mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali e degli status symbols goduti durante il matrimonio, con conseguente inapplicabilità, tra l'altro dell'art 1022 cod.civ. che regola l'ampiezza del diritto di abitazione in rapporto al bisogno dell'abitatore»

³⁴² D. Poletti, *A proposito del diritto di abitazione del coniuge superstite (e di interessi creditori)*, in Rivista trim. di diritto e procedura civile, fasc. 2, 2015, p. 403 ss.

(ad esempio in caso di vendita all'incanto di bene indivisibile o nel caso - sopra riferito - di comproprietà con terzi) di tale forma di riserva³⁴³.

Stante la *ratio* solidaristico-personalistica dei diritti di uso e di abitazione, essi dovrebbero trovare attuazione anche in caso di coniuge separato senza addebito che godesse ancora, all'atto della morte del *de cuius*, della casa (o per assegnazione giudiziale ex art.337 *sexies* cod.civ. o per decisione in sede di pronunzia di separazione) e non nel caso in cui il superstite separato non abitasse da tempo nell'immobile. Se il superstite è convivente con i figli nella casa di proprietà del defunto, deve ritenersi scontata la possibilità che tali diritti gli siano riconosciuti ricorrendo senz'altro il presupposto dell'adibizione a residenza familiare dell'immobile, requisito indefettibile per la disposizione in questione. Con la pronuncia n.15277/2019, la Corte di Cassazione sposa un rigoroso e restrittivo orientamento. I giudici affrontano una particolare questione successoria: una donna, separata consensualmente dal marito morto nel 1997, nel 2006 rinuncia al legato di usufrutto (qualificato dai giudici di merito legato in sostituzione di legittima) ed agisce in riduzione; tuttavia, l'azione viene dichiarata inammissibile in quanto l'aver abitato nella casa coniugale integra "*atti di esercizio del diritto*"; la donna propone ricorso in Cassazione sostenendo che il diritto di abitazione costituisce un legato *ex lege* del tutto diverso e concettualmente separabile dal legato di usufrutto previsto dal testamento. Il responso della Corte è avverso alla ricorrente sulla base della considerazione che, in caso di separazione, non può ritenersi che l'abitazione sia adibita a residenza "*familiare*": accorti commentatori notano che "*il punctum dolens sta però nel fatto che, nelle dispute sull'abitazione ex art. 540 al coniuge superstite separato, a tenere*

³⁴³ D. Poletti, *op.cit.*, p. 403 ss.

*banco è l'incidenza, pressoché ineludibile, delle variabili accidentali del caso concreto*³⁴⁴.

L'indicato fondamento affettivo oggi pare in realtà una sorta di assunto privo di reale giustificazione, sia alla luce della banale considerazione che non esiste, nel nostro ordinamento, una definizione legislativa chiara di residenza familiare, sia, soprattutto, per la fluidità dei rapporti interpersonali.

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura di tali diritti ed in specie se il loro valore sia da computarsi ai fini della quantificazione della quota di riserva o si aggiunga ad essa, propendendo per quest'ultima soluzione: essi, dunque, non rientrano nella quota di legittima ma vanno attribuiti in aggiunta, come dimostrerebbe il tenore letterale dell'articolo 540, comma 2, cod. civ. in base al quale essi gravano anzitutto sulla disponibile e solo eventualmente, qualora questa non sia sufficiente, anche sulla quota di riserva del coniuge e subordinatamente sulla quota dei figli. Anche la dottrina maggioritaria ritiene che i diritti in questione si aggiungano alla quota di riserva³⁴⁵.

Preliminarmente occorre chiarire che la norma si colloca nell'ambito della successione necessaria e la sua applicazione nel caso di successione *ab intestato* ha generato un conflitto risolto dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 4847/2013. I giudici dell'alto consesso hanno ritenuto "*indubitabile*" l'estensione di tali diritti in caso di successione legittima e dopo aver riportato le due diverse soluzioni prospettate nel 1999 (Cass. n.22639/1999) - cioè se tali diritti rappresentino dei prelegati che si aggiungono alla quota di riserva o debbano essere conteggiati nella quota -

³⁴⁴ M. Farneti, *Non spetta dunque mai al coniuge superstite separato il diritto di abitare nella casa adibita a residenza familiare?*, in NGCC 6/2019, p. 1340

³⁴⁵ V. Barba, *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro*, in Giur. It., 2013,8-9,1779

hanno fissato il seguente principio di diritto :*"Nella successione legittima spettano al coniuge del de cuius i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano previsti dall'art. 540 secondo comma c.c; il valore capitale tali diritti deve essere stralciato dall'asse ereditario per poi procedere alla divisione di quest'ultimo tra tutti i coeredi secondo le norme della successione legittima, non tenendo conto dell'attribuzione dei suddetti diritti secondo un meccanismo assimilabile al prelegato"*.

La Cassazione, nel 2017, ha ritenuto di dover ribadire che *"il principio di diritto enucleato dalle Sezioni Unite (...) si riferisce espressamente alla sola successione legittima e (...) in tema di successione necessaria , la disposizione di cui all'art. 540 c.c., comma 2, prevede che i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano si sommano alla quota riservata al coniuge in proprietà, con conseguente incremento quantitativo della quota contemplata in favore del coniuge.(...) Ciò significa che la determinazione della porzione disponibile su cui gravano (...) deve avvenire considerando il valore del relictum (e del donatum se vi sia stato), comprensivo del valore della casa in piena proprietà"*³⁴⁶.

La sentenza delle Sezioni Unite ha suscitato qualche perplessità ed è stato sostenuto³⁴⁷ che si è perduta l'occasione per coordinare adeguatamente due discipline (quella della successione legittima e quella della successione necessaria) *"intrinsecamente connesse, ma inevitabilmente diverse"*. Le Sezioni Unite avrebbero dovuto *" affermare che, ricorrendone i presupposti, al coniuge superstite, anche nel caso di successione ab intestato, spetta il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso*

³⁴⁶ Sent. Cass. civ., II sez. n. 26741/2017

³⁴⁷ V. Barba, *op. cit.*, p. 1779 ss.; D. Poletti, *op. cit.*, p. 403 ss.

sui mobili che la corredano. Tali diritti si aggiungono alla quota di patrimonio che la legge riserva al coniuge superstite in quanto legittimario, non alla quota di eredità che la legge assegna al coniuge superstite in quanto successore legittimo". L'opinione³⁴⁸ è suffragata da espliciti esempi numerici che dimostrano che l'applicazione del principio fissato dalle Sezioni Unite può, in alcuni casi, portare a conseguenze paradossalmente gravose proprio per i legittimari che vedrebbero fortemente lesa la loro quota.

In relazione alla natura dei diritti successori in esame, una tesi, condivisa dalla Cassazione (Cass. civ. n. 4329/2000; Cass. civ. n. 6625/2012), ritiene che essi siano legati *ex lege*. La Cassazione aveva chiarito altresì che, poiché tali diritti si costituiscono automaticamente *ex lege*, il coniuge titolare non dovrà esperire l'azione di riduzione per vederseli riconosciuti nel caso in cui il *de cuius* abbia, con testamento, assegnato ad altri il diritto di proprietà o lo stesso diritto di abitazione. La natura di legato *ex lege* scaturisce dalla constatazione che l'attribuzione riguarda beni determinati e trova la sua fonte nella esplicita previsione legislativa. Essa presuppone che il legatario sia legittimario. Nella riportata sentenza delle Sezioni Unite, si parla di assimilabilità al "*prelegato*".

L'ampiezza della tutela che si è voluta riservare al coniuge in quest'ambito si coglie anche considerando che, per la Suprema Corte (ordinanza n.15667/2019), neanche il legato in sostituzione di legittima, eventualmente disposto dal testatore a favore del coniuge superstite, potrebbe avere carattere assorbente e sostitutivo di tali legati *ex lege*

³⁴⁸ L. Oliva, *I diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite nelle successioni legittime*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche n.1, gennaio-aprile 2006, Palermo, p.427 ss.

dovendosi ritenere che *"la funzione vicaria del legato sostitutivo deve intendersi limitata alla quota riservata al coniuge in proprietà"*.

I recenti arresti giurisprudenziali da una parte affrontano dubbi tecnici sulla natura dell'istituto, dall'altra fomentano le perplessità sulla tutela del coniuge superstite, tutela oggi ritenuta, da più parti, eccessiva: da mero usufruttuario il coniuge è passato a privilegiato legittimario con un ruolo, sia sul piano quantitativo sia qualitativo, predominante anche rispetto ai figli, a fronte di un contesto familiare dove i rapporti di coppia sono sempre più "liquidi" e facilmente sfaldabili.

Abbiamo già accennato, ad esempio, alla difficile conciliabilità del presupposto dei diritti di uso e abitazione (individuato nell'opportunità che il coniuge superstite possa conservare lo stile di vita e le abitudini pregresse) con l'ipotizzata monetizzazione dei diritti stessi in caso di mancato conseguimento. Perplessità ulteriori nascono dall'esame dell'ordinanza della Corte di Cassazione (n.15667/2019) che afferma: *" i diritti di abitazione e di uso, riconosciuti al coniuge come diritti di legittima dall'art. 540 c.c., comma 2, si costituiscono immediatamente al momento della morte ai sensi dell'art. 649 c.c., commi 1 e 2, pure in presenza di una eventuale attribuzione testamentaria della casa e dei mobili a soggetti diversi: il coniuge ne potrà pertanto invocare l'acquisto ipso iure senza dover ricorrere all'azione di riduzione"*. L'ordinanza è dunque conforme all'indirizzo espresso dalla Corte in relazione alla natura di legato *ex lege* dei diritti di uso e abitazione e della conseguente non necessità dell'esperimento dell'azione di riduzione da parte del coniuge che non li abbia ottenuti per una disposizione testamentaria lesiva; essa sembrerebbe non introdurre dunque elementi di rilievo o novità ed infatti sembra non aver destato un particolare interesse dei commentatori. Invece, la decisione

offre lo spunto a riflessioni critiche sulla sussistenza del fondamento di tale riserva e la criticità emerge ove si presti maggiore attenzione al contesto fattuale da cui origina la vicenda giudiziale³⁴⁹. La Corte ribadisce di ritenere di doversi uniformare all'orientamento che riconosce al coniuge automaticamente e senza bisogno di ricorrere all'azione di riduzione i diritti successori di uso ed abitazione *"in considerazione della finalità etiche alla base dell'art. 540 c.c."*. Tali *"finalità etiche"* vengono indicate, anche in questo caso, nella *"tutela dell'interesse morale del coniuge superstite a conservare i rapporti affettivi e di consuetudine con la casa in comunione di vita con il coniuge scomparso, evitandogli i danni che la ricerca di un nuovo alloggio cagionerebbe alla stabilità delle abitudini di vita della persona"*. Sorprende, tuttavia, che tale motivazione sia ritenuta valida in un caso concreto in cui è palese che il coniuge non ha inteso giovare di tale riserva per finalità affettive o psicologiche avendo venduto il bene. Addirittura la ricorrente chiama in giudizio gli aventi causa del coniuge superstite. Il riconoscimento di tale ingente riserva, a fronte persino di una palese contraria volontà del de cuius sembra, in questo contesto fattuale,

³⁴⁹ Il *de cuius* aveva disposto, con testamento olografo, che il diritto di abitazione sulla casa di residenza venisse riconosciuto oltre che al coniuge, alla figlia ed alla nipote. In sede di divisione, la proprietà dell'immobile era stata attribuita alla moglie, la quale lo aveva conferito ad una società, che -a sua volta -lo aveva venduto. Il giudizio viene instaurato dalla nipote che chiama gli aventi causa della moglie del *de cuius* per vedersi riconosciuto il diritto di abitazione disposto a suo favore con testamento e per la conseguente condanna dei convenuti al rilascio in suo favore. In primo grado l'attrice risulta vittoriosa, ma non in secondo grado; da qui il ricorso in Cassazione che la vedrà definitivamente soccombente. Come già anticipato, infatti, la Cassazione sostiene che il diritto di abitazione spettava *ex lege* al coniuge; non è chiaro come debbano reputarsi le disposizioni testamentarie lesive di tale riserva, mentre è esplicitato che il coniuge non deve esperire alcuna azione per il suo riconoscimento; la conseguenza - sul piano concreto - è che la nipote ricorrente non poteva essere considerata titolare di alcun diritto di abitazione, spettando questo, automaticamente, sin dall'apertura della successione, al coniuge e dovendosi dunque ritenere che anche gli aventi causa di questo abbiano ricevuto e poi alienato un bene in piena proprietà, essendo legittimati anch'essi a far valere l'automatica prevalenza dell'acquisto ex art. 540 c.c., comma 2, sulle disposizioni testamentarie incompatibili. Il coniuge ha disposto di un bene di cui era pienamente titolare e sul quale non gravava alcun diritto di altri essendo inefficace il lascito testamentario incompatibile.

privo del fondamento che ormai, forse in modo troppo pedissequo, ci si ostina ad attribuire all'istituto.

La contrazione dell'autonomia testamentaria, la compressione dei diritti degli altri legittimari in caso di incapacienza, le mutate condizioni di vita e la labilità dei rapporti interpersonali fanno ritenere obsolete e quasi delle petizioni di principio le posizioni volte ad assicurare una tutela- ormai ritenuta troppo ampia- del partner superstite.

c) I figli

Il rapporto di filiazione è stato uno degli ambiti in cui è apparso urgente riformare le norme codicistiche che, distinguendo tra figli legittimi, naturali (riconosciuti, riconoscibili, non riconosciuti, non riconoscibili), adottivi, legittimati, comportava trattamenti distinti e discriminatori anche in ambito successorio.

Il principio di uguaglianza posto dall'art.3 della Costituzione rendeva difficilmente giustificabili questi distinguo ed insuperabile l'obiezione che le differenziazioni ricadevano su soggetti dai quali non erano dipese in alcuna misura.

Anche in questo settore, tuttavia, il cammino è stato lento e progressivo. Dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, infatti, erano rimaste delle notevoli differenziazioni legate alla circostanza che i genitori fossero o meno uniti in matrimonio: i figli nati fuori dal matrimonio non venivano più definiti "illegittimi" -terminologia usata dal codice del 1942- bensì "naturali", ma siamo ancora lontani dalla piena parificazione che si avrà nel 2012.

La legge 10 dicembre 2012, n. 219 ed il d.lgs n. 154/2013 introducono lo stato unico di figlio. Il riferimento al concetto di status è una scelta ed un'indicazione importante del nostro legislatore che intende completare il percorso di riforma in modo definitivo e risolutivo dell'ordine preesistente³⁵⁰.

Il legislatore ha dovuto superare reticenze ed interpretazioni contrarie dei principi costituzionali, soprattutto degli articoli 29 e 30 Cost. intesi come un baluardo a difesa della famiglia legittima fondata sul matrimonio. E' stato sostenuto, infatti, che la riforma nasceva da una sorta di *"rilettura del testo costituzionale"*, testo che invece prevede una distinzione tra famiglia fondata sul matrimonio e situazioni in cui il matrimonio manca.

Come abbiamo già visto a proposito delle unioni civili, anche per quanto riguarda la filiazione si è sostenuto dunque che si sarebbe dovuto procedere ad una modifica degli artt. 29 e 30 Cost.³⁵¹ La necessità di conciliare e armonizzare i vari principi Costituzionali (da una parte gli artt. 2 e 3, dall'altra il 29 ed il 30), secondo la dottrina riportata, si coglie

³⁵⁰ M. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in Rivista di diritto civile - 1/2014 pp. 3 ss. : "occorre sottolineare come il legislatore, nella richiamata rubrica del titolo VII e nella solenne enunciazione dell'art. 315 c.c., abbia fatto ricorso all'impegnativo concetto di stato (...) Lo status rappresenta il rapporto che lega giuridicamente la persona ad una comunità (...), è di tutta evidenza la rilevanza giuridica dell'espressione utilizzata dal legislatore del 2012, ben consapevole di operare sul piano dei principi e dei concetti fondamentali che regolano la filiazione e di attuare una vera e propria « rivoluzione » dell'ordine preesistente, che pure era stato sottoposto negli ultimi decenni a notevoli mutamenti".

³⁵¹ M. Sesta, *op.cit.*, p. 7: "sembra a chi scrive che dalle norme sopra citate risulti radicalmente modificata la nozione di famiglia legale, che, ora, non appare più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso (...) Si pone quindi l'interrogativo della coerenza di tale nuovo assetto rispetto a quanto enunciato dal comma 1o dell'art. 29 Cost., che pone il matrimonio quale elemento costitutivo della famiglia, ed anche dall'art. 30, comma 3o, Cost., che assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. Ci rendiamo conto che la stessa prospettazione della questione possa sembrare eccentrica, se si pensa che la legge di cui trattasi è stata auspicata da autorevoli studiosi proprio per attuare principi costituzionali, ed è stata approvata con larghissime maggioranze; tuttavia, a ben vedere, non pare così agevole conciliarne gli effetti con il modello costituzionale di famiglia".

soprattutto nelle novità inerenti i figli incestuosi: ai sensi del nuovo testo dell'art. 251 cod. civ., essi possono essere riconosciuti, previa autorizzazione del giudice, avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio. Tale disciplina sembrerebbe *"contraddire la regola dell'endogamia, principio in primis riferito al divieto di contrarre matrimonio tra consanguinei, ma che non può non riflettersi sul piano della filiazione, che rappresenta una costante universale di organizzazione della società umana . Proprio il caso limite dei genitori incestuosi profila delicati aspetti di compatibilità costituzionale della novella che, seguendo la — in sé condivisibile — regola che le colpe dei padri non ricadano sui figli, giunge, invero consapevolmente, ad approdi di incerta coerenza con la struttura di quella società naturale i cui diritti sono riconosciuti e garantiti dalla Costituzione"*³⁵².

Le riportate perplessità non hanno fermato il legislatore che, valorizzando evidentemente l'istanza di uguaglianza sulle altre considerazioni ha, con la legge. n. 219/2012, realizzato lo status unico di figlio con *"l'attribuzione a tutti i figli di una identica condizione personale nei rapporti con i genitori, con i loro parenti, in tutti i rapporti sociali"*³⁵³.

L'unica differenza che ormai permane, tra figli nati all'interno e fuori dal matrimonio, consiste nel fatto che solo nel primo caso è automatica l'attribuzione dello status di figlio mentre nel secondo caso è necessario un atto di riconoscimento da parte di entrambi i genitori o la dichiarazione giudiziale di maternità o paternità.

Altro profilo d'interesse relativo alla suddetta legge è quello relativo agli effetti nei confronti dei minori adottati con adozione in casi particolari.

³⁵² M. Sesta, *op. cit.*, p. 6

³⁵³ M. Dossetti, *Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili* in *Famiglia e diritto* 10/2015, p. 942

I minori adottati con adozione piena o legittimante acquistavano già grazie all'art. 27 l. n. 184/1983 lo status di figlio con tutte le connesse conseguenze successorie. Le adozioni disciplinate dagli artt. 44 ss. l. n. 184/1983, invece, presentano delle peculiarità. Esse -così come accade nelle adozioni dei maggiorenni- non fanno venire meno il legame familiare originario, ma si differenziano (da queste ultime) perché è più spiccato il rapporto di filiazione: l'esercizio della responsabilità genitoriale, infatti, spetta agli adottanti (o all'adottante) e non ai genitori biologici. Il rapporto che si instaura in questo caso, quindi, non ha solo finalità di tipo patrimoniale e di trasmissione del cognome come nell'adozione dei maggiorenni. Il punto controverso riguarda l'interpretazione dell'art. 74 cod. civ. (nella formulazione successiva alla riforma del 2012) in combinato disposto con l'art. 300 cod. civ. e con l'art. 55 L. n. 184/1983. L'art. 74 cod. civ. definisce il nuovo concetto di parentela escludendo che essa sorga nel caso di adozione di maggiorenni, esclusione ribadita dall'art. 300 cod. civ.; l'art. 55 L. n. 184/1983 estende ai minori adottati in casi speciali alcune norme dell'adozione dei maggiorenni richiamando, tra le altre, l'art. 300 cod. civ.. In relazione all'adozione in casi speciali, dunque, parte della dottrina sostiene che l'inciso dell'art. 74 cod. civ. -che prevede espressamente solo l'esclusione del vincolo di parentela per gli adottati maggiori di età - deve intendersi in senso restrittivo, *"altrimenti l'estensione del vincolo di parentela ai figli adottivi sarebbe stata priva di significato"*³⁵⁴

³⁵⁴ M. Dossetti, *op. cit.*, p. 944, l' A. a pp. 943 e 945 sottolinea come "[all'] adozione in casi particolari, disciplinata dagli artt. 44 ss., l. n. 184/1983... la legge non attribuisce effetti legittimanti. Lo status di questi minori adottati appariva in parte assimilabile a quello degli adottati maggiorenni, in quanto l' art. 55, l. n. 184/1983 estendeva loro l' applicazione di alcune norme del codice civile riguardanti gli effetti dell' adozione dei maggiori d' età [es. gli artt. 299-304-] e soprattutto l' art. 300 c.c. che prevedeva il mantenimento dei rapporti con la famiglia di origine e l' esclusione dei vincoli parentali con i parenti dell' adottante...Nella Relazione [redatta dalla Commissione Bianca] si utilizzava il richiamo all' art. 55, l. n. 184/1983, per affermare che l' estensione della parificazione ai figli adottati doveva intendersi come limitata agli adottati con adozione piena...L' argomento è molto debole perché rovescia il rapporto che deve instaurarsi tra un principio e i suoi effetti...Le affermazioni contenute nella

dato che l'adozione legittimante già dal 1983 prevedeva l'instaurarsi dei rapporti parentali tra adottato e famiglia degli adottanti; altra parte della dottrina³⁵⁵ ha invece valorizzato il dato testuale, in specie il rinvio operato dall'art. 55 L. n.184/1983 all'art. 300 cod. civ. e ha ritenuto che la nuova disposizione dell'art. 74 cod. civ. debba essere interpretata estensivamente anche alla luce della considerazione che *"la contraria soluzione comporterebbe, a ben vedere, l'abrogazione dell'art. 55, l. n. 184/1983, abrogazione di cui non vi è traccia né nella l. n. 219/2012, né nel decreto n. 154/2013"*. Si nota altresì che la diversa soluzione comporterebbe, anche a fini successori, una sorprendente duplicazione di rapporti di parentela dell'adottato (con la famiglia dei genitori biologici e con quella degli adottivi) e un anomalo allargamento dei rapporti successori.

Tornando ai figli naturali, la riforma ha comportato importanti riflessi successori per la prevista instaurazione dei rapporti parentali non più solo tra figlio e genitore, ma con tutta la famiglia con conseguente possibilità sia del figlio che degli ascendenti di ereditare quali legittimari gli uni dall'altro. Anche da questo punto di vista si nota³⁵⁶ come *"risulti*

Relazione ad un testo legislativo, per quanto possano essere autorevoli, non hanno forza di legge, e lasciano impregiudicato il rischio di interpretazioni contrastanti".

³⁵⁵ M. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in Rivista di diritto civile - 1/2014, p. 15. Lo stesso autore, conformemente, scrive in *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari* in Famiglia e diritto 3/2013, p. 231: "Considerato che gli adottati conseguono lo stato di figli "legittimi" degli adottanti come previsto dall'art. 27, l. n. 184/1983, e che quindi rispetto ad essi la norma in esame appare inutile, si pone la questione se con la innovata disposizione il legislatore abbia inteso riferirsi ai figli adottati nei "casi particolari" di cui all'art. 44, per i quali la legge ha sino ad ora escluso espressamente il sorgere del vincolo di parentela(..) È quindi incontrovertito che la condizione del figlio adottato nei casi particolari si differenzia radicalmente da quella del soggetto adottato ex art. 6 e ss., principalmente per il fatto che in capo a quest'ultimo si recide ogni vincolo con la famiglia d'origine, vincolo che invece permane nella fattispecie regolata dall'art.44(...) l'interpretazione estensiva dell'art. 74 c.c. si impone proprio considerato che, diversamente opinando, la fattispecie dell'adozione nei casi particolari verrebbe sostanzialmente a configurarsi quale adozione legittimante; né è ipotizzabile una terza via, che faccia salvi i caratteri dell'adozione in casi particolari e al contempo ammetta la creazione di coesistenti rapporti di parentela dell'adottato con due distinti stipiti (quello dei genitori biologici e quello degli adottivi). Ciò significherebbe, infatti, collocare il figlio in più famiglie"

³⁵⁶ M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in Famiglia e diritto 3/2013, p. 231

radicalmente modificata la nozione di famiglia legale, che, ora, non appare più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso"; ancora, si evidenzia che la riforma del 1975, pur equiparando, ai fini ereditari, i figli legittimi e quelli naturali, non si poneva in conflitto con gli artt. 29 e 30 Cost. in quanto il rapporto successorio ineriva solo genitore e figlio senza coinvolgere gli altri membri del gruppo familiare; con la riforma del 2012 invece "... sembra doversi affermare che, a seguito della nuova legge, il rilievo del vincolo coniugale rispetto alla filiazione e, quindi, alla configurazione legale della famiglia, già fortemente ridimensionato dall'introduzione del divorzio, dalla riforma del diritto di famiglia e dalla legge sull'affidamento condiviso, sia ora definitivamente scemato, lasciando spazio ad un nuovo assetto legale della famiglia, essenzialmente fondato sui legami di consanguineità fatti constare nei modi di legge: con il che, la questione della costituzionalità delle disposizioni in esame resta aperta".

Le discussioni sulla conciliabilità dei vari principi costituzionali che si confrontano in materia di famiglia avrebbe forse potuto spingere il legislatore a scelte ancora più coraggiose e ad interrogarsi sull'esistenza di altre e diverse istanze che andrebbero ricercate, evidenziate e finalmente tutelate. I mutamenti socio culturali ed il diverso ruolo del matrimonio andavano indubbiamente colti ma per ripensare una tecnica legislativa che appare ormai poco soddisfacente. Ancora una volta, invece, l'intervento del legislatore si è risolto in un mero ampliamento dei successibili.

Per quanto riguarda il profilo della successione necessaria, ulteriore novità molto importante, introdotta dall'art. 71 d. lgsl. n. 154/2013, è stata

l'abrogazione dell' art. 537, comma 3, cod. civ. che disciplinava il cd. diritto di commutazione in capo ai figli legittimi. Questi avevano la possibilità di estromettere il figlio naturale dalla comunione ereditaria soddisfacendo le pretese di quest'ultimo con una liquidazione in denaro o immobili ereditari³⁵⁷. Il diritto di commutazione consisteva, per la dottrina maggioritaria, in un diritto potestativo ad esercizio controllato poiché, in caso di opposizione da parte del figlio naturale, era possibile adire il giudice³⁵⁸. Interessante osservare che la Corte Costituzionale con le sent. n. 532/2000 e n. 335/2009 aveva dichiarato la non fondatezza della questione di illegittimità costituzionale rispettivamente dell'art. 565 cod. civ. in riferimento agli artt. 3, 29 comma 1, e 30 comma 3, Cost. e dell'art. 537 comma 3, cod. civ. in riferimento agli artt. 3 e 30 comma 3, Cost.. Con la prima sentenza la Corte Cost. aveva affermato che *"il nostro legislatore resta libero di disciplinare la successione legittima facendo uso della sua discrezionalità non sindacabile da questa Corte se non per violazione del*

³⁵⁷ G. Bonilini, *L'abrogazione della norma concernente il diritto di commutazione*, in *Famiglia e diritto* 5/2014, p. 519 il quale sottolinea che per una parte della dottrina "L'esercizio della commutazione...non è divisione, ma ha natura divisionale...Secondo altri interpreti, invece, doveva essere considerato un atto divisionale, sottoposto alle norme sulla divisione, in quanto compatibili"; Mazzù C., *La facoltà di commutazione riconosciuta agli eredi legittimi resiste all'usura del tempo*, p. 8, in www.comparazonedirittocivile.it si chiedeva: "La connessione tra famiglia e proprietà qui perde forza e si profila una *"proprietà debole"* (quella dell'erede-figlio naturale), trasformabile in credito ad iniziativa della sola controparte (gli eredi-figli legittimi): l'affievolimento del diritto di proprietà ad opera del privato significa che l'erede figlio naturale ha solo un'interesse legittimo (di diritto privato) a conseguire la quota uguale, in senso qualitativo e quantitativo?"

³⁵⁸ Cass. Civ., sez II, n. 3429/1998 "La commutazione in denaro, o in beni immobili ereditari, della porzione di eredità spettante ai figli naturali, secondo quanto ritenuto dalla più condivisibile dottrina e statuito da Cass. Sez. II civ, sent. 543 del 27.1.1986, ai sensi del più volte citato art. 574, comma 2, cod. civ., si realizza per effetto della manifestazione recettizia dell'intento, in nessun modo paralizzabile... o, a tutto voler concedere, per effetto della pronuncia giudiziale recante accertamento della validità e dell'attitudine a produrre effetti della manifestazione di intento cennata. Il successivo, eventuale, inadempimento dei figli legittimi commutati agli obblighi assunti con il posto in essere negozio unilaterale, di commutazione, come, se del caso, giudizialmente determinati, si atteggia, non già come idoneo ad incidere sulla validità e sull'efficacia del detto negozio, ormai perfezionato, ma, come suscettibile di riflettersi sulla relativa attuazione concreta, e di dar luogo, quindi, all'insorgenza del diritto dei commutati di pretendere il puntuale adempimento di quegli obblighi, nonché il ristoro dei danni correlati alla mancanza di questo."

dettato costituzionale..." ancora, la Corte notava che non si poteva ravvisare nella Costituzione un obbligo di “*parificazione dei parenti naturali ai parenti legittimi* [in quanto] il “*concetto di "parentela naturale" non è stato recepito dal legislatore costituente*”. Ancora nel 2009 (sent. n.335/2009), diversamente da quanto poi stabilirà il legislatore appena qualche anno più tardi, la Corte Costituzionale riteneva pienamente legittimo il diritto di commutazione sottolineando che il figlio naturale poteva opporsi alla richiesta di commutazione proposta dai figli legittimi adendo il giudice, definito “*garante della parità di trattamento nelle diversità*”³⁵⁹; attenta dottrina³⁶⁰ commenta che la Corte ha salvato “*regole contenenti forme di diritto diseguale grazie al rinvio a principi generali e concetti valvola*”.

Se dunque i figli delle coppie eterosessuali godono oggi tutti di piena tutela, più tormentata è la situazione all'interno delle cosiddette “famiglie arcobaleno”. La legge n.76/2016, infatti, ha escluso per le coppie di uniti civili la possibilità di adottare e, dopo accesi dibattiti tra gli scranni del Parlamento e fuori di esso, anche la *stepchild adoption*. Con tale espressione inglese (letteralmente “adozione del figliastro” o “adozione del figlio affine”) si indica l’istituto giuridico che consente ad un bambino di essere adottato dal coniuge o dal convivente del proprio genitore biologico. In pratica può trattarsi di bambini nati da precedenti unioni cessate o riconosciuti da un solo genitore o nati con le tecniche di inseminazione eterologa: nell’ambito relazionale ed affettivo i minori riconoscono in concreto il ruolo genitoriale ad entrambi gli uniti e questi, a loro volta, lo assolvono con cura; sul piano giuridico, invece, il rapporto esiste solo con il

³⁵⁹ Corte Cost. n. 335/2009 in Banche dati giuridiche platinum, UTET

³⁶⁰ Mazzù C., *La facoltà di commutazione riconosciuta agli eredi legittimi resiste all'usura del tempo*, in www.comparazionedirittocivile.it, p. 5

genitore biologico con l'esclusione di diritti successori in caso di morte dell'altro unito.

In sede di discussione della legge Cirinnà, questa specifica possibilità è stata oggetto di un acceso confronto ed alla fine è stata eliminata dal testo licenziato: l'unione civile tra persone dello stesso sesso non consente né l'adozione di minori figli di genitori terzi, né l'adozione da parte di un membro dell'unione del figlio biologico dell'altro membro, salvo il disposto dell'art.1, comma 20 ult. inciso che recita: “*Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*”. Il riferimento è al Titolo IV della legge n.184/1983 che disciplina l'adozione in casi particolari, qualora si realizzi “*il preminente interesse del minore*”. Tuttavia, abbiamo visto che l'adozione in casi particolari ha una disciplina sua peculiare, con differenze relevantissime rispetto all'ordinaria adozione di minori la quale, invece, instaura un rapporto di filiazione pieno: nel caso di adozione in casi particolari si discute se l'adottato entri nella parentela dell'adottante, con relative conseguenze soprattutto in ambito successorio. Se tale tipo di adozione assicura quindi una continuità e stabilità affettiva consentendo il perdurare del rapporto con il partner del genitore biologico anche nel caso di morte di costui, sul piano successorio permette di ereditare (oltre che, ovviamente, dal genitore biologico e dalla parentela di tale ramo familiare) solo dall'adottante mentre è discusso se l'adottato possa ereditare dagli ascendenti, discendenti e parenti in genere.

Per superare i limiti della legge, negli ultimi anni si è assistito ad un fenomeno particolare: alcune coppie omosessuali hanno chiesto la registrazione presso l'Anagrafe italiana di bambini nati all'estero con tecniche di procreazione assistita (diverse a seconda dei casi), come figli di

entrambi i partner (nonostante il legame genetico sia sussistente solo con uno dei due), possibilità consentita da molte legislazioni straniere.

Le cronache hanno riportato le diverse posizioni di Sindaci di vari Comuni, dando maggiore risalto alle decisioni ritenute più "innovative" cioè quelle inerenti le avvenute iscrizioni- fondate su motivazioni più ideologiche che giuridiche- nei registri anagrafici di tali bambini come figli del genitore uno e genitore due.

In tale incertezza non poteva non essere coinvolta la magistratura ed infatti molti casi sono sfociati in contenziosi, anch'essi con esiti vari.

Tra questi, riveste particolare interesse la decisione della Corte d'Appello di Trento³⁶¹ che ha ritenuto efficace nell'ordinamento giuridico italiano il provvedimento emesso dalla "Superior Court of Justice" del Canada con il quale veniva riconosciuto il legame di due gemelli - nati in quel Paese da maternità surrogata -non solo con il loro padre genetico ma anche con il suo compagno. La decisione, ritenuta da alcuni come realizzativa dell'interesse dei minori, presentava possibili profili di contraddizione con le leggi sulle unioni civili e sulla procreazione assistita ed ha, quindi, aperto la strada ad un intervento delle Sezioni Unite³⁶² le quali hanno mirabilmente ripercorso il travagliato iter logico di varie sentenze in quest'ambito, iter basato anche sul concetto di ordine pubblico non ritenuto più un limite all'ingresso nel nostro ordinamento di norme ed atti provenienti da altri sistemi qualora in essi si fosse rinvenuto un contrasto con i valori recepiti nella normativa interna, ma, piuttosto, avente funzione "promozionale". Dalla concezione di ordine pubblico come "difesa" di valori interni caratterizzanti la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico e cristallizzati dal

³⁶¹ Ordinanza prima sezione della Corte d'Appello di Trento depositata il 23 febbraio 2017

³⁶² Cassazione civile, sez. Unite, sentenza n.12193/2019

legislatore, la Suprema Corte è passata ad abbracciare un'idea diversa, fondata sul collegamento dei valori interni con quelli internazionali e definendo quindi l'ordine pubblico come il *"complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria"*.

Le varie questioni portate all'attenzione dei Tribunali e Corti sono spesso partite da un comune dato fattuale: una procreazione eterologa, talvolta con ricorso anche a maternità surrogate, compiute all'estero in Stati la cui legislazione ammette la registrazione del minore come figlio dei genitori non biologici. Le Sezioni Unite, nella complessa ed interessante motivazione della decisione con la quale hanno posto fine alla possibilità di registrare in Italia a nome di entrambi gli uniti (o conviventi) un bambino nato con particolari tecniche di "ingegneria procreativa", ripercorrono l'interpretazione data dalle Corti di merito (in specie proprio dalla Corte d'Appello di Trento) e dalla stessa Cassazione del concetto di ordine pubblico e, soprattutto, quando e da cosa debba intendersi violato. Le Sezioni Unite premettono che, nonostante la L. n. 40 del 2004 non consenta - a differenza di altre legislazioni estere che la ammettono - il ricorso alla maternità surrogata, molte sono state, nel tempo, le decisioni favorevoli alla registrazione dei bambini come figli di entrambi i richiedenti, decisioni che si ispirano ad un *"modello di genitorialità.. [non più].. fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato"*. Le Sezioni Unite non disconoscono, dunque, che in questa delicata materia l'intento di molte Corti è sicuramente apprezzabile essendo volto a tutelare l' *"interesse superiore dei minori, identificato nel diritto a conservare lo status di figli"*

loro riconosciuto dall'atto validamente formato all'estero", interesse che, a sua volta, scaturisce dalla *"consapevole decisione di accudirli ed allevarli, nell'ambito del progetto familiare avviato con l'altro genitore"*. Tuttavia, il processo di armonizzazione tra gli ordinamenti non comporta la necessità di uniformarsi in toto alle decisioni di altri Stati. Al contrario, il legislatore, nelle singole materie, conserva ampia discrezionalità e deve valutare pur sempre i valori espressi dagli atti e provvedimenti formati all'estero con i principi ispiratori del diritto interno³⁶³. I valori propri dell'ordinamento interno non sono in posizione subalterna rispetto a quelli espressi dalla comunità internazionale.

Occorre dunque valutare se la L. 40 - ed in specie il divieto di maternità surrogata in esso contenuto - rappresenti o meno espressione di principi fondamentali e perciò irrinunciabili e definibili di ordine pubblico.

Le Sezioni Unite ritengono che essa abbia una funzione essenziale di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti e rappresenti il risultato di un bilanciamento attuato dallo stesso legislatore, come anche la Corte Costituzionale ha riconosciuto³⁶⁴.

³⁶³ Le Sezioni Unite fissano, in merito, il seguente principio: "In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dalla L. n. 218 del 1995, artt. 64 e ss., dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico".

³⁶⁴ Le Sezioni Unite riportano svariate decisioni della Corte costituzionale (sent. n. 45 del 2005; sent. n. 151 del 2009; sent. n. 162 del 2014; sent. n. 272 del 2017) dalle quali si desume che la L. n. 40 del 2004 rappresenta il punto di approdo della ricerca di un necessario bilanciamento tra interessi costituzionali eticamente sensibili e diversi ma tutti degni di tutela legislativa. La Corte Costituzionale ha affermato che sebbene "il dato della provenienza genetica non costituisce un requisito imprescindibile della famiglia", tuttavia la scelta di diventare genitori - pur essendo favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico - può incontrare limiti, tra i quali il divieto della surrogazione di maternità, (ipotesi da tenere distinta dall'inseminazione di tipo eterologo, ammessa - grazie all'intervento della stessa Corte costituzionale n. 96 del 2015 - nei casi di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili o nel caso di coppie fertili portatrici di

Occorre, dunque, per il supremo consesso, distinguere, nell'ormai ampio ventaglio di situazioni di "ingegneria procreativa", quelle nelle quali è ravvisabile un legame genetico tra il nato ed il genitore e quelle in cui questo legame è inesistente per il necessario apporto di un soggetto terzo alla coppia. Se il legame genetico manca, non può riconoscersi il rapporto genitoriale, in quanto, a fronte dell'interesse alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero, devono trovare riconoscimento altri interessi egualmente degni di considerazione.

Le Sezioni Unite, peraltro, rilevano che la tutela del minore trova un idoneo strumento nell'adozione in casi particolari che consente di conservare e vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con i soggetti che se ne prendono cura e rappresenta *"una clausola di chiusura del sistema"* e concludono enunciando il seguente principio di diritto: *"Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti*

malattie genetiche trasmissibili gravi) ritenuta una pratica che offende la dignità della donna e le relazioni umane).

giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dalla L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d)".

Sul piano successorio, dunque, i figli dell'unito civile che sia genitore biologico ereditano solo da questi, mentre non si instaura *ipso iure* un rapporto giuridico con l'altro unito, salvo il caso di adozione speciale.

Infine, un cenno al disposto del comma 27 della legge Cirinnà: qualora in un rapporto matrimoniale, intervenga il cambio di sesso di uno dei coniugi, se questi intendono mantenere il rapporto interpersonale sul piano giuridico, il precedente matrimonio si trasformerà in unione civile.

La Corte Costituzionale³⁶⁵ aveva dichiarato *“l’illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. 14 aprile 1982, n. 164, con riferimento all’art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore”*. La tecnica legislativa adottata dalla legge Cirinnà nel comma 27 lascia qualche perplessità (in specie per il mancato rinvio all’art.128, comma 2 cod. civ.), tuttavia, tra i partner, *“l’automatica instaurazione dell’unione civile”* salva in concreto i rispettivi diritti successori.

³⁶⁵ Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in Foro It., 2014, I, 2685. L'intervento della Corte origina dal caso in cui un ufficiale di stato civile, dopo il mutamento di sesso del marito, aveva annotato lo scioglimento del matrimonio e tale scioglimento era stato impugnato dai coniugi che, invece, non intendevano divorziare.

d) Gli ascendenti

Tra i legittimari compaiono anche gli ascendenti del de cuius qualora questi non abbia avuto figli (e la riserva è di un terzo del patrimonio ereditario), mentre essi concorrono con l'eventuale coniuge (in tal caso ad essi è riservato un quarto del patrimonio). La quota è da dividersi in parti uguali per ciascuna linea (materna e paterna), salvo che gli ascendenti non siano di eguale grado, in tale caso l'eredità è devoluta al più vicino senza distinzione di linea (art. 569 cod. civ.).

Le riforme che hanno riguardato la filiazione naturale hanno avuto riflessi anche sulla possibilità degli ascendenti naturali di ereditare: in particolare l'art.70, comma 1, lett.a) del d.lgs n.154/2013 ha sostituito la parola "*ascendenti*" alla precedente espressione "*ascendenti legittimi*". E' stato precisato³⁶⁶ che, mentre la modifica delle successioni legittime con ampliamento dei successibili agli ascendenti naturali può farsi risalire alla riforma del 2012, invece per le successioni necessarie occorre far riferimento al d.lgs n.154/2013 notando che la scelta del legislatore di reputare parente l'ascendente naturale presenterebbe un "*grado di autonomia elevata*" rispetto all'altra opzione di annoverarlo tra i legittimari, pur essendo le due decisioni "*logicamente connesse*". Il legislatore del 1942 e poi del 1975 aveva espressamente individuato quali legittimari solo gli ascendenti "*legittimi*", con ciò operando una precisa scelta. Dunque, mentre prima della riforma non si costituiva un legame di parentela tra il figlio riconosciuto e i parenti del genitore, oggi questo limite è caduto e, così

³⁶⁶ V. Barba, *I principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in *Famiglia e diritto* 5/2014, p. 506: "...la disciplina sulla successione legittima deve considerarsi direttamente modificata dalla legge del 2012, avendo, sotto tale profilo, il decreto del 2013 soltanto una funzione di allineamento linguistico, mentre la disciplina sulla tutela dei legittimari modificata solo dal decreto del 2013, non avendo avuto la legge del 2012 la capacità di innovarne, immediatamente, il contenuto"

come il figlio è divenuto potenziale erede legittimario anche degli ascendenti, questi lo sono nei suoi confronti.

Si assiste, dunque, anche con riferimento agli ascendenti, all'aumento dei successibili con l'introduzione di nuove compressioni all'autonomia testamentaria.

Le novità che il nostro legislatore ha introdotto, con riferimento ai soggetti, sono dunque tutte nella medesima direzione: nell'intento di attuare il principio di eguaglianza, si è persa di vista la necessità di contemperare il grave *vulnus* all'autonomia testamentaria e limitarlo secondo altre *ratio* attuative di principi altrettanto importanti e forse più meritevoli di attuazione.

Si deve nuovamente ricordare, tuttavia, l'art. 448 *bis* cod. civ., già esaminato; qui giova sottolineare che esso è stato interpretato come indice di una possibile apertura del legislatore verso "*la tutela in sede successoria dei doveri di solidarietà familiare*"³⁶⁷. Si tratta di una corrente di pensiero che mira a trovare adeguata considerazione, spazi di riconoscimento e rimedi congrui per tutte quelle situazioni di grave incuria, conflitti, allontanamenti che, attualmente, non ricadono sotto la previsione di specifiche sanzioni penali o civili.

Il concetto stesso di famiglia e la sua struttura sono stati - in questi anni - oggetto di dibattito e di ripetuti interventi legislativi. Le profonde trasformazioni che hanno riguardato gli schemi familiari nucleari investendo anche l'ambito successorio, tuttavia, non hanno comportato una maggiore autonomia e libertà del testatore, ma solo un aumento delle

³⁶⁷ C. Lazzaro, *La successione necessaria nella transizione verso la nuova famiglia solidale e complessa*, Monografie di Diritto e Processo a cura di A. Palazzo, vol. 19, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici "Gioacchino Scaduto" Roma- Perugia- Mexico, 2016, p. 247

categorie di successibili: gli schemi sono rimasti rigidi, solo inclusivi di altri soggetti (parenti naturali, uniti civili e così via).

Non può non constatarsi che il sacrificio della libertà del testatore evidenzia una certa debolezza ed inattualità delle sue giustificazioni teoriche. Mancano, sostanzialmente, riferimenti a ragioni di solidarietà: i diritti successori dei membri della famiglia competono ai medesimi indipendentemente dalle loro condizioni e anche da loro meriti, diversamente da quanto previsto in altri Stati d'Europa e del mondo. In specie, la tutela dei legittimari pare ancora fondarsi su ragioni di conservazione del patrimonio all'interno della famiglia che appaiono obsolete. Non sono previste misure particolari di sostegno nei confronti dei membri deboli né incentivi ad assumersi obblighi di assistenza anche all'interno della famiglia, a sua volta in profonda evoluzione.

L'esame delle figure di legittimari e della *ratio* sottesa ai diritti attualmente loro riconosciuti ha evidenziato l'indefettibilità di una riforma che ripensi completamente il sistema, a partire proprio da una ricostruzione dell'assetto valoriale che può e deve trovare risposta nella disciplina della trasmissione della ricchezza, valorizzando, anche in questa fase i principi di solidarietà e la funzione sociale della proprietà.

Le tutele eccessive e non più rispondenti a valori socialmente incardinati possono finire col generare "*spinte centrifughe*" e la conseguente ricerca di "*tecniche di trasferimento anticipato della ricchezza...*[con] *operazioni sempre più raffinate di ingegneria successoria volte a realizzare spin-off ereditari destinati a divenire la nuova frontiera del diritto ereditario*"³⁶⁸ ma capaci di eludere la tutela doverosa - e da implementare - anche dei soggetti deboli.

³⁶⁸ V. Barba, *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro*, in *Giur. It.*, 2013, 8-9 p. 1779 ss.

CAPITOLO IV

GLI INTERVENTI LEGISLATIVI INTERNI E LE TENDENZE INTERNAZIONALI

Par. 1 -Maso chiuso e disciplina della proprietà agricola; Par.2 -Patto di famiglia: verso la valorizzazione di qualità soggettive e oggettive; Par. 3-Profilo successori delle clausole societarie; Par. 4 -Gli strumenti negoziali previsti dalla legge 112/2016 e la tutela dei legittimari; Par. 5- Il cammino dell'Unione Europea verso una difficile armonizzazione: il Regolamento UE sulle successioni n.650/2012; Par.6-Aspetti comparatistici- Par.7 Proposte di riforma

Par. 1- Maso chiuso e disciplina della proprietà agricola

In materia agraria l'obiettivo di evitare la parcellizzazione e conseguente dispersione della proprietà fondiaria³⁶⁹ rappresenta il fondamento di forme di successione anomala dove il successibile è determinato non tanto o non solo perché meramente legato al *de cuius* da vincoli parentali, quanto perché presenta caratteristiche particolari.

³⁶⁹ M. C. Andrini, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e riforma negoziale*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche, n. 1/2006, Gennaio- Aprile, Palermo, p. 34 sottolinea come in passato si utilizzava “lo strumento del diritto di prelazione con efficacia reale nei confronti anche dell’avente causa, da ultimo, consentendo l’attribuzione preferenziale dell’azienda ex lege ad un erede (non necessariamente legittimario) che abbia determinati requisiti soggettivi e la richieda, con l’obbligo di compensare in denaro gli altri eredi; e ciò, perfino nel caso che l’azienda sia l’unico bene del defunto imprenditore”

Una peculiare trasmissione è rappresentata dall'art. 49, comma 1, L. n. 203/1982 ma è altresì interessante la disciplina del c.d. compendio unico risultante dall'abrogazione degli artt. 846-847-848 cod. civ. (disciplinante la cd. minima unità culturale) ad opera del d.lgs. 29 marzo 2004 n.99³⁷⁰ che ha introdotto l'art. 5bis nel d.lgs del 18 maggio 2001 n. 228; ancora, spunti di riflessione sul principio di unità delle successioni si ricavano dalla legge provinciale 28 novembre 2001, n. 17, Prov. Bolzano con la nuova disciplina dell'antico istituto tirolese del maso chiuso (*geschlossener Hof*).

L'art. 49, primo comma, della legge n. 203 del 1982, prevede che, in caso di morte del proprietario del fondo condotto o coltivato direttamente da lui o dai suoi familiari, gli eredi coltivatori diretti del fondo (o imprenditori a titolo principale) hanno diritto di continuare la conduzione e la coltivazione del fondo stesso anche sulle porzioni ricomprese nelle quote degli altri coeredi. Si instaura, pertanto, sulle quote degli eredi non coltivatori diretti (o meglio non coltivatori di quello specifico fondo) un rapporto di locazione *ex lege*.

La previsione sembra introdurre un'ingiustificata disparità di trattamento in danno degli eredi che - per una qualunque ragione- non coltivano il fondo del *de cuius* ed è stata oggetto di esame da parte della Corte Costituzionale. Nel 1988, infatti, la Corte si è pronunciata (ordinanza n. 597 del 31 maggio 1988) sulla legittimità costituzionale della norma in oggetto; la questione era stata sollevata dalla sezione agraria del Tribunale di Napoli con riferimento all'art. 3 della Costituzione, per la disparità di trattamento tra eredi, e con riferimento agli artt. 41 e 42 della Costituzione, "*in quanto la norma impugnata modificherebbe i rapporti successori a tutto danno degli eredi coltivatori diretti che non fossero in possesso*

³⁷⁰ Successivamente integrato e modificato dal d.lgs 27 maggio 2005 n. 101

dei cespiti ereditari e limiterebbe sensibilmente il diritto di proprietà, imponendo un rapporto locatizio non voluto, con grave svilimento delle quote, colpite da un vincolo di lunga durata". La Corte ha dichiarato infondata la questione ed ha sottolineato che la *ratio* della norma *"e' da individuarsi nell'esigenza di assicurare, anche dopo la morte dell'imprenditore agricolo, l'integrità dell'azienda e la continuità e l'unità dell'impresa"* e che tale *ratio* non si traduce in *"un privilegio"* attribuito all'erede coltivatore, né *"in una soppressione della proprietà privata (che resta agli eredi nella misura da essi conseguita) ne' in una soppressione dell'iniziativa economica privata, ma soltanto in una limitazione di entrambe"*. Tale limitazione è costituzionalmente possibile ove vi sia un interesse pubblico che la sorregga e giustifichi, interesse da rinvenirsi nella conservazione dell'impresa produttiva. Gli altri eredi conservano il loro diritto di proprietà, ma la norma costituisce un rapporto di affitto forzoso (con corresponsione di un canone che rappresenta comunque una forma di godimento per i percettori) classificabile come un limite costituzionalmente legittimo.

Con il compendio unico si ha la possibilità di godere di particolari benefici fiscali in caso di trasferimento di terreni e fabbricati con un'estensione necessaria al conseguimento del livello minimo di redditività determinato dalle singole Regioni con appositi Piani Regionali di Sviluppo Rurale; l'acquirente ha però il vincolo di mantenere l'unità del compendio, coltivarlo e condurlo per almeno dieci anni dal trasferimento³⁷¹.

La disciplina successoria del compendio unico prevede un'importante peculiarità: mira ad evitare, infatti, la comunione sul bene (e la conseguente divisione) prevedendo la possibilità di assegnazione ad un

³⁷¹ L. Genghini- C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, Vol. IV, t. 2, Manuali Notarili, CEDAM, 2012, p. 846

solo erede che la richieda; in capo agli altri eredi non assegnatari sorgerà un diritto di credito di valuta garantito da ipoteca da corrispondere entro due anni con un tasso di interesse inferiore di un punto a quello legale³⁷².

Il compendio viene, dunque, trasferito nella sua integrità - anche in caso di pluralità di eredi- a colui che ne ha fatto richiesta assumendone contestualmente gli obblighi connessi. In capo agli eredi non assegnatari sorge un mero diritto di credito: è evidente l'eccezione al diritto della quota in beni ereditari e si fa largo la sua trasformabilità in credito.

Anche la figura del Maso³⁷³ merita una riflessione per gli aspetti successori. Si tratta di un complesso di immobili, compresi i diritti connessi,

³⁷² Per completezza, si chiarisce che, ai sensi del c.8 dell'art 5 bis d.lgs 18 maggio 2001n.228, nel caso in cui il bene non venga trasmesso nella sua integrità ma sia frazionato in quanto nessuno degli eredi ha richiesto l'attribuzione preferenziale, si perderanno i benefici di legge, aiuti comunitari e nazionali (cfr. M.C. Andrinì, *op.cit.*, nota 12 di p.35)

³⁷³ G. Gabrielli, *Maso chiuso*, in Digesto 1994 "In particolare per il Tirolo — unito a nord e a sud del Brennero, quale Kronland asburgico, sino al 1918 — il costume contadino fu secondato dall'intervento legislativo, principalmente concretatosi nella Patente del 7-6-1795, che dettava regole speciali per la successione a causa di morte nelle aziende agricole. Questa disciplina fu lasciata in vigore dall'A.B. G.B. austriaco del 1811, il quale fa espressamente salve, nel § 761, le deroghe al regolamento generale della successione previste, con riguardo alla proprietà contadina, dalle leggi speciali. Nel bandire tali deroghe, in clima di liberismo trionfante, la stessa legge imperiale del 27-6-1868 eccettuò peraltro il Tirolo, dove pertanto continuò ad applicarsi la Patente settecentesca. Un'altra legge imperiale, del 1°-4-1889, consentì poi ai singoli Kronländer di disciplinare autonomamente la materia. Di tale facoltà si avvalse, con altri, anche il Tirolo, che emanò il 12-6-1900 una legge locale sui masi chiusi, tuttora in vigore, con le modificazioni man mano apportate, nella parte settentrionale del paese, sempre rimasta territorio austriaco. Tale legge fu transitoriamente lasciata in vigore anche nell'Alto Adige, dopo che era divenuto territorio italiano, per un decennio. Ma dopo l'estensione alle nuove province delle leggi generali dello Stato italiano, la regola di indivisibilità della proprietà contadina restò per lungo tempo affidata in Alto Adige, come già detto, solo al costume. Appena dopo la seconda guerra mondiale quest'ultimo poté tornare a sollecitare il sostegno dell'intervento legislativo, nel quadro dell'autonomia speciale riconosciuta dallo statuto regionale del Trentino-Alto Adige (l. 26 febbraio 1948, n. 5 (l. cost.)). Una norma contenuta nell'art. 11 di tale statuto attribuisce invero alle province potestà legislativa, del tipo detto esclusivo o primario, in materia di ordinamento dei «masi chiusi». Dell'attribuzione si è avvalsa solo la Provincia altoatesina di Bolzano, certamente mossa anche dall'intento di sottolineare, pure per questa via, la peculiarità della tradizione del paese, restaurandone, per quanto possibile, l'unità di ordinamento da entrambi i lati del confine di Stato. Si ebbe così l'emanazione della l. prov. 29-3-1954, n. 1, che costituisce il testo fondamentale per la disciplina della materia nell'ordinamento italiano. Il susseguirsi di numerose modificazioni suggerite dall'esperienza indusse, dopo pochi anni, all'emanazione di un Testo Unificato, approvato con d.p. giunta prov., 7-2-1962, n. 2. Questo fu sostituito, essendo sopravvenuti altri e notevoli interventi del legislatore provinciale, da un nuovo Testo Unificato, approvato con d.p. giunta prov., 28-12-1978, n. 12 e tuttora in vigore. Pur esso modificato, tuttavia, da interventi successivi del legislatore provinciale; nonché della Corte costituzionale, cui sono state assai spesso sottoposte questioni di legittimità di vari aspetti della disciplina."

"cristallizzati" in modo unitario con l'iscrizione nella sezione 1 (masi chiusi) del libro fondiario da effettuarsi ai sensi dell'art. 1 L. della Provincia Autonoma di Bolzano n. 17/2001. Il maso è caratterizzato dall'essere un'azienda agricola indivisibile e da una peculiare destinazione familiare. Esso viene attribuito, in sede successoria, ad un unico soggetto che dovrà integrare, ai sensi dell'art. 20 della legge citata, con una somma in denaro, i diritti degli altri legittimari.

Un aspetto problematico per il possibile contrasto con il principio di uguaglianza tra i sessi sancito dalla nostra Costituzione, era rappresentato dalla regola di prevalenza della linea maschile su quella femminile nell'assunzione e successione del maso (ex art. 5 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 25 luglio 1978, n. 33), discriminazione eliminata con la L. n. 21/2001 della Provincia di Bolzano. In merito, interessante la particolare vicenda di cui è stata investita la Corte Cost. (sentenza n. 193/2017)³⁷⁴, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità del criterio della prevalenza maschile dopo la sua abrogazione da parte del legislatore: la vicenda di fatto inerente il giudizio nel corso del quale era stata sollevata la questione di legittimità, infatti, riguardava una successione apertasi in data precedente l'entrata in vigore della riforma avvenuta con la legge del 2001. Si riteneva, dunque, di poter applicare la normativa precedente (art 5 l. 33/1978) in quanto legge esistente al tempo di apertura della successione. La sentenza della Corte ricostruisce mirabilmente la vicenda legislativa anche alla luce del valore di legge costituzionale da riconoscere allo Statuto

³⁷⁴ V. Barba, *Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale*, in *Famiglia e diritto* n. 2/2018, p. 127 evidenzia come con tale sentenza "La Corte costituzionale non si stringe a dire soltanto in quale limite il maso chiuso possa reputarsi compatibile nel nostro sistema ordinamentale...ma indica, più, in generale, il controllo che il giurista è tenuto a fare rispetto a qualunque altro istituto giuridico, non soltanto quando esso sia di tradizione domestica, ma vieppiù quando provenga da altri ordinamenti giuridici, in forza dell'applicazione di una legge straniera resa possibile da una norma di d.i.p., oppure qualora sia importato per effetto di un atto di autonomia privata."

della Provincia Autonoma di Bolzano. Un precedente orientamento della Corte (sentenza n.40/1957) aveva optato per la non incostituzionalità del criterio discriminatorio proprio sulla base della valorizzazione dell'autonomia locale. La sentenza del 2017, invece, segue un percorso articolato che riesce a conciliare la riconosciuta speciale autonomia nonché le precipue caratteristiche dell'istituto del maso chiuso che affondano le radici in tradizioni locali, con il principio di uguaglianza. La Corte, infatti, valorizza la riforma introdotta con la legge Prov. Bolzano n. 17/2001, riforma che dimostrerebbe proprio la conciliabilità tra il mantenimento dell'unità dell'azienda agricola di matrice familiare con il necessario rispetto della parità tra i sessi. La normativa antecedente è dunque dichiarata incostituzionale per violazione del principio di uguaglianza.

L'istituto del maso chiuso risulta essere “*straordinariamente contemporane[o]*”³⁷⁵ perché consente al *de cuius* sia di estromettere un legittimario dall'assunzione del maso (assicurandogli comunque il soddisfacimento della sua quota di legittima in danaro) sia di tutelare la realtà imprenditoriale, conseguendo quegli obiettivi di differenziazione successoria in relazione al bene che si auspicano anche in altri settori per concretizzare esigenze produttive o personali degne di tutela

Par.2- Patto di famiglia: verso la valorizzazione di qualità soggettive e oggettive

Per ciò che concerne il settore imprenditoriale e societario italiano, le analisi da porre in essere sono giuridiche ed anche sociologiche: l'attività

³⁷⁵ V. Barba, *Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinale*, in *Famiglia e diritto* 2/2018, p. 136

produttiva è infatti contraddistinta da una *“forte concentrazione della proprietà e la prevalenza del controllo familiare...un marcato localismo degli imprenditori e degli amministratori...[e soprattutto] una bassa separazione tra proprietà e gestione...se ne ricava l’immagine di un sistema produttivo cristallizzato (in termini di assetti proprietari e di governance”*³⁷⁶.

In Italia solo il 20/25% delle imprese a conduzione familiare approda alla seconda generazione mentre solo il 5/15% alla terza³⁷⁷. Diversi possono essere i motivi, quali ad esempio l’inadeguatezza dei successori, che hanno intrapreso studi o professioni diverse, l’aumento dei membri della famiglia a causa dell’ormai frequente fenomeno delle famiglie allargate con figli nati da diverse relazioni, ma anche *“una scarsa propensione alla delega da parte dell’imprenditore”*³⁷⁸.

Al di là delle difficoltà che riguardano la sfera dei rapporti parentali, contestualmente anche la normativa non sembra supportare adeguatamente il trapasso generazionale a causa della persistente vigenza del divieto dei patti successori (art 458 cod. civ.) ed anche per l’obsolescenza del testamento come strumento di pianificazione del passaggio intergenerazionale (in Italia, annualmente 80000 imprese si trovano a dover affrontare tale delicato momento³⁷⁹).

La morte dell’imprenditore, dunque, è una fase particolarmente delicata sia per la compagine familiare che aziendale; è importante quindi

³⁷⁶ A. Baltrunaite- E. Brodi – S. Mocetti, *Assetti proprietari e di governance delle imprese italiane: nuove evidenze ed effetti sulla performance delle imprese* in Banca d’Italia Eurosystem- Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers) n. 514/2019, p. 30

³⁷⁷ C. Maglia, *op. cit.*, p. 1617, nt 1

³⁷⁸ V. Sciarrino, *Famiglia e impresa: convivenza, conflitti e trapasso generazionale* in Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc. 2, 1 giugno 2019, p. 784 ss

³⁷⁹ V. Sciarrino, *Famiglia e impresa: convivenza, conflitti e trapasso generazionale* in Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc. 2, 1 giugno 2019, p. 784 ss

preoccuparsi del futuro programmando ciò che sarà per “il dopo di lui” armonizzando la disciplina della famiglia con quella dell’impresa³⁸⁰.

Emerge la necessità di salvaguardare il valore del bene produttivo che può essere pregiudicato sia dall’instaurazione di una comunione ereditaria sia dal trasferimento delle redini aziendali ad un successore inadeguato; infatti, se da un lato la famiglia rappresenta un “*elemento di continuità e di collegamento che permea il divenire dell’azienda familiare*”³⁸¹ dall’altro occorre considerare che l’azienda è terreno di elezione di interessi che non si esauriscono nella stretta cerchia familiare ma sono di ordine economico produttivo³⁸² e riguardano vari *stakeholders* (lavoratori, fornitori, clienti, banche).

Tradizionalmente, lo strumento utilizzato per il trapasso generazionale è rappresentato dalla donazione, strumento che però, come abbiamo visto, non assicura stabilità³⁸³.

³⁸⁰ C. Magli, *Note critiche sul passaggio generazionale dell’impresa familiare, tra patto di famiglia, strumenti alternativi di diritto societario e trust* in Contratto e imprese 4/2019, p. 1617, nt. 1. La stessa autrice scrive (C. Magli, *Il patto di famiglia e il passaggio generazionale dell’impresa*, in Fondazione Nazionale dei Commercialisti, documento del 15 luglio 2020, p. 6): “Nel panorama economico italiano composto da una miriade di aziende medie o piccole, o comunque fortemente connotate dalla presenza dell’imprenditore, il tema di come impostare la successione all’interno dell’azienda diviene, dunque, di fondamentale importanza. Ancor più importante e delicato se si pensa alle possibili conseguenze derivanti dalla disgregazione dell’azienda, a causa di una gestione disordinata e non programmata del passaggio generazionale. La programmazione e l’esecuzione di questo passaggio comporta un lungo processo che deve essere affrontato per tempo, evitando la tendenza di limitare l’approccio con un’ottica di breve periodo. La preparazione implica aspetti di natura affettiva, psicologica, organizzativa, gestionale, economica e finanziaria”

³⁸¹ V. Sciarrino, *op. cit.*, p. 784 ss.

³⁸² G. Pisciotta, *Politica Europea per le piccole e medie imprese: un’occasione mancata per l’ammodernamento del diritto successorio interno* in Europa e dir. priv., fasc. 3, 2017, p. 691 ss. “...famiglia e impresa sono realtà che procedono in due direzioni opposte. La prima aspira a protezione e solidarietà mentre la seconda è mossa da competizione e rischio: queste evidenti divergenze rendono oltremodo difficile rinvenire regole che consentano al contempo la promozione degli affetti e dell’eguaglianza e quella degli affari e delle differenze”

³⁸³ F. Gerbo, *Il patto di famiglia: problemi dogmatici. Loro riflessi redazionali* in Riv. notariato, fasc. 6, 2007, p. 1269 ss “l’inidoneità degli istituti giuridici tradizionali si percepiva su un duplice piano: la difficoltà da un lato nel rispettare il diritto alla legittima dei figli o del coniuge non assegnatari e l’impossibilità dall’altro, in caso di donazione, di fissare il valore del donatum, cioè dell’azienda o delle partecipazioni sociali al momento dell’atto, evitando che i successivi incrementi ascrivibili al lavoro dell’assegnatario aumentino il valore che questi è tenuto a conferire in collazione o il valore del patrimonio calcolato ai sensi dell’art. 556”

Nel 2006 il legislatore è intervenuto nella delicata materia introducendo una normativa di enorme interesse successorio; tale disciplina peraltro è limitata ad un settore specifico e quindi evidenzia, da un lato, la necessità di una differenziazione oggettiva, una possibile considerazione della funzione del bene caduto in successione, dall'altra, che gli interventi legislativi non possono più essere settoriali e specifici ma dovrebbero investire tutto il settore per evitare rischi di contraddittorietà ed incoerenza.

Il Patto di famiglia- che è un contratto formale (è richiesto l'atto pubblico³⁸⁴ a pena di nullità), introdotto con la legge del 14 febbraio 2006 n. 155 agli artt. 768 *bis*/ 768 *octies* cod. civ.- risponderebbe all'idea di far passare *“la successione generazionale nell'impresa da evento traumatico a processo strutturato”*³⁸⁵ in quanto è proprio questo il terreno di maggiore scontro tra *“le regole legali della devoluzione ereditaria aziendale [e] quelle della successione al comando dell'impresa”*³⁸⁶. Tale istituto si configura come un negozio *inter vivos* ad efficacia reale³⁸⁷ che mira a

³⁸⁴ F. Gerbo, *Il patto di famiglia: problemi dogmatici. Loro riflessi redazionali* in Riv. notariato, fasc. 6, 2007, p. 1269 ss. “E’ prevalente l'opinione secondo cui, almeno per opportunità, occorra l'assistenza dei testimoni che rafforzerebbe le garanzie sulla reale intenzione delle parti...[altri] ritengono necessaria la presenza dei testi, in virtù dell'espressa richiesta del legislatore della forma pubblica e dell'assimilazione del patto di famiglia alla donazione (eventualmente modale)”; M. C. Andrinì, *op. cit.*, p. 44 evidenzia come la presenza dei testimoni sarebbe necessaria ai sensi dell' art. 12, comma 1, lett. C) della legge 28 novembre 2005, n. 246 che ha sostituito l'art. 48 della L.N. del 18 febbraio 1913, n. 89 poiché nonostante sia una normativa precedente alla legge che ha introdotto il patto di famiglia ed il legislatore definisca il patto di famiglia un contratto, si tratterebbe comunque di : “un *actus familiae* e proprio quella sua collocazione dopo l'art. 768 c.c., per attuare *inter vivos* il trasferimento di quelle che sarebbero le quote ereditarie dell'azienda o della *governance*, rende imprescindibile che la massima garanzia della forma solenne sia rafforzata anche dai testi”

³⁸⁵ M. Palazzo, *La circolazione delle partecipazioni societarie e la governance nelle società familiari in prospettiva successoria*, in Riv. notarile 6/2007, p. 1375 ss.; Pisciotta G., *op. cit.*, p. 691 ss. nota come “la disciplina approvata dal parlamento è stata definita come “un delicato equilibrio tra ragioni dell' impresa e ragioni dei legittimari””

³⁸⁶ A. Bortoluzzi, *Il divieto dei patti successori e le alternative al testamento. In particolare: il caso dell' impresa*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche, n. 1/2009 gennaio-aprile, Palermo, p. 545

³⁸⁷ G. Pisciotta, *op. cit.*, p. 691 ss. “Si tratta, per espressa definizione legislativa, di un contratto, ancorché venga denominato patto: non una convenzione, nonostante quest'ultimo sia il termine più utilizzato nell' ambito del diritto di famiglia e delle successioni, basti pensare alle convenzioni coniugali ed ai patti successori che l' art. 458 definisce <<convenzioni>>. Un

conferire un assetto definitivo agli interessi in gioco derogando agli artt. 557 comma 2, e 737 comma 2, cod. civ.

Il patto di famiglia è stato elaborato a seguito delle sollecitazioni contenute nella Raccomandazione della Commissione CE 94/1069/CE mirante a salvaguardare la successione delle piccole e medie imprese attraverso: *“la promozione di azioni per sensibilizzare l’informazione sulle possibilità di trasferimento e per la formazione dei cedenti; la creazione di un contesto finanziario che favorisca il buon esito della successione; favorire le modificazioni della forma giuridica dell’impresa che siano funzionali alla successione; favorire modelli di società per azioni semplificati; rivedere la normativa sull’elusione fiscale per quelle figure strumentali alla successione; prevedere altri incentivi di natura fiscale; privilegiare le pattuizioni contenute nel contratto di società quando siano strumentali alla continuità dell’impresa; rivedere le regole di gestione della comunione ereditaria favorendo la regola maggioritaria; alleggerire la tassazione delle donazioni e prevedere una dilatazione nel pagamento delle imposte.”* Con tale Raccomandazione si auspicava, principalmente, un’attenuazione dei patti successori e una trasformazione della riserva, da riserva in natura a riserva in valore³⁸⁸.

contratto che sfugge, in quanto tale, alle regole successorie delle attribuzioni effettuate ai legittimari *inter vivos* (collazione e riduzione delle donazioni).”

³⁸⁸ F. Tassinari, *Il Patto di Famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali. Il Patto di famiglia per l’impresa e la tutela dei legittimari*, in I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato e-library “In Italia, più precisamente, l’iniziativa legislativa ha preso corpo, durante la XIII legislatura, a seguito, oltre che della predetta sollecitazione comunitaria, di un convegno di studi tenutosi a Macerata il 24 marzo 1997, in collaborazione tra il Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro, il Consiglio Nazionale del Notariato ed il Gruppo di ricerca del Consiglio Nazionale delle ricerche sulla successione ereditaria dei beni produttivi, coordinato da Pietro Rescigno ed Antonio Masi”; sulle origini del patto di famiglia interessante l’ *excursus* di E. Del Prato, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma* in Riv. del notariato, fasc. 3, 2001, paragrafo 3, p. 625

Il patto di famiglia, introdotto a seguito delle sollecitazioni sovranazionali, riguarda però una “*microsuccessione sul singolo bene*”³⁸⁹, in cui i protagonisti sono oggetti e soggetti che hanno delle qualità specifiche ovvero da un lato l’impresa o partecipazioni societarie³⁹⁰ e dall’altro colui che ne è titolare³⁹¹. Quest’ultimo può scegliere di “*gestire in prima persona la trasmissione del comando*”³⁹² assegnando l’impresa o le partecipazioni sociali ad uno o più beneficiari scegliendo tra i discendenti ritenuti più capaci³⁹³ e disponendo il pagamento agli altri legittimari non assegnatari delle somme informate alle quote ex art. 536 cod. civ..

Il legislatore, dunque, mira a bilanciare la tutela dei legittimari e quella dell’impresa ponendo a favore del legittimario non assegnatario una tutela creditoria e non reale.

Ai sensi dell’art. 768 *quater* cod. civ. a pena di nullità devono essere presenti tutti i legittimari che sarebbero eredi se la successione si aprisse in

³⁸⁹ M. Ieva, *Retroattività reale dell’azione di riduzione e tutela dell’avente causa dal donatario tra presente e futuro* in Riv. notariato, fasc.6, 1998, p. 1129 ss.

³⁹⁰ M. C. Andrini, *op. cit.*, p. 34 “Le partecipazioni societarie erano state escluse dall’ambito operativo del patto di famiglia, riservato alla sola azienda, ed incluse nel patto di impresa, patto la cui autonomia è oggi irrilevante, con riguardo alle sole partecipazioni societarie, stante le specifiche soluzioni offerte dal nuovo diritto societario con apposite clausole successorie (es. art 2355-bis); clausole che, peraltro, anche in passato, il buon notaio non mancava di elaborare nell’ingegneria della trasmissione *mortis causa* dell’attività d’impresa”

³⁹¹ E’ discusso in dottrina se per imprenditore ci si riferisca solo a colui che ai sensi dell’ art. 2082 cod. civ. “esercita professionalmente una attività economica organizzata” per produrre e scambiare beni e servizi o anche colui che non esercita l’attività d’impresa ma ne è solo titolare. Ci si chiede, altresì, se le partecipazioni sociali per essere oggetto del patto di famiglia debbano conferire al titolare il potere di gestione e controllo sulla gestione della società o se, nel silenzio della norma, possano essere oggetto tutte le partecipazioni sociali. Sull’ argomento cfr. De Marzo, *Patti di famiglia, trasferimento di partecipazioni societarie e legge finanziaria*, in Fam. e dir., 2007, p. 425

³⁹² A. Busani, *Patto di famiglia e governance dell’impresa trasferita* in I Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato library.fondazione-notariato.it

³⁹³ V. Sciarrino, *Famiglia e impresa: convivenza, conflitti e trapasso generazionale* in Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc. 2, 1 giugno 2019, p. 784 sottolinea come non sia sicuramente una semplice operazione sia perché non “è facile operare una valutazione oggettiva delle doti...dei propri familiari” sia perché “a partire dalla seconda generazione...[con] il passaggio dalla famiglia nucleare a quella consanguinea” le famiglie diventano sempre più numerose e può essere più complicata la designazione del/i beneficiario/i

quel momento³⁹⁴; la presenza dei discendenti estromette gli ascendenti anche se la prassi più attenta li fa comunque intervenire per evitare problemi in caso, ad esempio, di premorienza di tutti i discendenti³⁹⁵. E' importante sottolineare che il coniuge è escluso dal novero dei possibili assegnatari: ciò risponderebbe alla *ratio* della disciplina ovvero quella della trasmissione intergenerazionale del bene. Il successivo art. 768 *sexies* prevede che anche i legittimari che non hanno partecipato al patto hanno diritto ad essere liquidati nei medesimi termini.

L'elaborazione del nuovo istituto si pone in posizione di discontinuità con il diritto alla quota di legittima dei figli o del coniuge non assegnatari e con la vigenza del divieto dei patti successori e rappresenta quell'emersione di nuovi interessi collegati all'evolversi della società.

Scopo della normativa è realizzare una tutela intergenerazionale dell'impresa evitando la possibile frammentazione della stessa, fenomeno che l'esperienza concreta ha spesso visto realizzarsi al momento della morte del fondatore per liti fra gli eredi. Stante la funzione dell'istituto, è discussa in dottrina la sua natura: da più parti si ritiene che tale contratto non rappresenti una liberalità e, pertanto, si dibatte se quanto è stato attribuito con il patto di famiglia sia oggetto di riunione fittizia. Parte della dottrina³⁹⁶ sostiene che il patrimonio costituito dall'azienda e quello costituito dalla massa ereditaria rappresentino due complessi di beni completamente autonomi e separati, con la logica conseguenza che tali attribuzioni non avrebbero influenza sulla devoluzione ereditaria. In altri termini, quanto trasferito con il patto di famiglia rimarrebbe completamente scollegato dal

³⁹⁴ Ai sensi dell' art. 768 *sexies* cod.civ. non è un pagamento sanante poichè si verifica nel caso in cui il legittimario sia sopravvenuto alla conclusione del patto, il legittimario può chiedere al discendente designato a l' impresa la sua quota con gli interessi legali

³⁹⁵ V. Sciarrino, *op. cit.*, p. 784 ss.

³⁹⁶ In tal senso G. Amadio, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in Riv. not., fasc. 4, 2006, p. 867 che contrappone una "causa imprenditoriale" ad una "causa familiare".

residuo patrimonio del *de cuius*. L'art. 768 *quater*, comma 4, stabilisce che quanto ricevuto dai contraenti di un patto di famiglia non è soggetto all'azione di riduzione e tale *“sottrazione costituisce un effetto legale del patto”*.

Interessante la motivazione volta ad escludere la configurabilità di una donazione in quanto nel patto di famiglia l'imprenditore è spinto non *“dall'animus donandi”* ma *“dall'animus producendi”* mirando primariamente ad evitare la disgregazione della realtà produttiva. Inoltre la donazione, a differenza del patto di famiglia, può essere revocata per sopravvenienza di figli³⁹⁷.

Il legislatore, inoltre, *“garantisce la “blindatura” del patto di famiglia”*³⁹⁸ derogando espressamente al divieto di patti successori. In particolare, per una parte della dottrina, configurerebbe una deroga al divieto di patti dispositivi in quanto si giustificerebbe alla luce dell'*“interesse primario...della funzione sociale dell'impresa...al mantenimento non tanto della ricchezza quanto della produttività aziendale nella successione dell'imprenditore”*³⁹⁹. Altra parte degli studiosi, invece, fa riferimento ai patti istitutivi per negare che l'istituto in esame rientri in tale categoria in quanto il trasferimento è immediato. Anche sotto il profilo del patto rinunciativo l'assimilabilità è frutto di una forzatura, essendo molti degli effetti predeterminati dalla legge. Si conclude dunque, che il patto di famiglia *“...più che un patto successorio... è, sotto tutti i profili, un atto inter vivos che, come tale, realizza un effetto traslativo del diritto di proprietà su un bene (l'azienda o le partecipazioni sociali) al momento della conclusione del patto stesso. Il bene produttivo contemplato nel patto non viene*

³⁹⁷ M. C. Andrini, *op. cit.*, p. 37

³⁹⁸ M. C. Andrini, *op. cit.*, p. 35

³⁹⁹ M. C. Andrini, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale* in Vita Notarile Esperienze Giuridiche, n. 1/2006, Gennaio- Aprile, Palermo, pp. 32-33

certamente considerato come l'oggetto di una (futura) successione non ancora aperta."⁴⁰⁰

Inoltre i beni assegnati non sono soggetti all'obbligo della collazione e all'azione di riduzione.

L'art. 768 *septies* cod. civ. disciplina la facoltà di recesso⁴⁰¹ che avviene con una dichiarazione degli altri contraenti attestata dal notaio⁴⁰².

Interessante anche il rapporto tra il patto di famiglia e l'impresa familiare per i valori differenti di cui tali istituti sono espressione. La dottrina⁴⁰³ sottolinea da un lato *"il fine egoistico"* della trasmissione del bene, all'interno della famiglia, ad uno o più discendenti, dall'altro *"il fine solidaristico della tutela del familiare-lavoratore"*, diversità di fini che giustifica la previsione dell'inciso *"compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare"* (art. 768 *bis* cod. civ.).

In conclusione il patto di famiglia si colloca sul crinale delle vicende *"del patrimonio familiare, che reclama continuità gestionale, pur nel naturale trapasso generazionale, per tesaurizzare la fatica del disponente, concretizzatasi nell'unità funzionale impressa dal vincolo di destinazione aziendale"*⁴⁰⁴.

La differente natura dell'impresa (o delle azioni o di una quota sociale) giustifica un diverso trattamento successorio; si tratteggia, dunque, un sistema che si sviluppa parallelamente su due direttrici: la successione dell'imprenditore da un lato e quella del non imprenditore dall'altro⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ V. Sciarrino, *Famiglia e impresa: convivenza, conflitti e trapasso generazionale* in Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc. 2, 1 GIUGNO 2019, p. 784

⁴⁰¹ Sull'argomento cfr. E. Elefante, *Il recesso dal patto di famiglia* in Vita Notarile Esperienze Giuridiche n. 1/2010, Gennaio-Aprile, Palermo, p. 439 ss.

⁴⁰² F. Gerbo, *op. cit.*, p. 1269 ss. sottolinea come *"questa dichiarazione sarebbe stata mutuata dalla traduzione... [del] §2296 BGN tedesco a proposito del recesso dal contratto successorio, laddove vi è appunto il riferimento alla certificazione notarile"*.

⁴⁰³ G. Pisciotta, *op. cit.*, p. 691 ss.

⁴⁰⁴ C. Mazzù, *op. cit.*, p. 88

⁴⁰⁵ C. Mazzù, *op. cit.*, p. 93

L'istituto è crocevia tra famiglia, proprietà e impresa *“teatro di quella che può essere definita la seconda più penetrante fase della <<commercializzazione>> del diritto privato”*⁴⁰⁶.

Il patto di famiglia però non ha avuto, nella pratica, la diffusione sperata per *“una visione chiusa della famiglia e della parentela anche in funzione ereditaria”*⁴⁰⁷. Inoltre, i possibili assegnatari del patto possono essere solo i discendenti dell'imprenditore. Come sottolinea la dottrina, l'insuccesso è dovuto sia al fatto che è necessario il consenso di tutti coloro che sarebbero legittimari se in quel momento si aprisse la successione sia all'obbligo di liquidare gli altri legittimari che si configura in capo all'*accipiens*⁴⁰⁸. Si rileva, inoltre, la ristretta operatività della dispensa da collazione e la mancanza di flessibilità di tale istituto in quanto non tiene conto della difficoltà di *“mantenimento dell'unità dei beni di impresa e della titolarità dell'azienda fino al trasferimento post mortem nonché la possibilità di indicare l'assegnatario...a seguito dell'espletamento di un periodo di prova nella gestione dell'azienda”*⁴⁰⁹.

Degna di attenzione è la ricostruzione del patto verticale ipotizzata da accorta dottrina⁴¹⁰: si tratterebbe di un meccanismo alternativo di liquidazione dei non assegnatari ad opera del disponente. L'ipotesi, tuttavia, non è sorretta da precisi riferimenti normativi e quindi è di difficile attuazione nonostante presenti una chiara attitudine ad un più facile riequilibrio delle pretese degli altri successibili a fronte dell'arricchimento procurato all'assegnatario.

⁴⁰⁶ G. Pisciotta, *op. cit.*, p. 691 ss

⁴⁰⁷ G. Pisciotta, *op. cit.*, p. 691 ss.

⁴⁰⁸ C. Magli, *op. cit.*, p. 1634 sottolinea come il legislatore con il patto di famiglia presume sostanzialmente che l'azienda o le partecipazioni societarie siano il bene del patrimonio economicamente più rilevante, ma può succedere che il patrimonio sia composto da diversi beni finanziariamente importanti il che richiederebbe, in taluni casi, all'*accipiens* un sacrificio troppo oneroso

⁴⁰⁹ C. Magli, *op. cit.*, p. 1635

⁴¹⁰ G. Amadio, *Il patto di famiglia verticale*, Lezioni di diritto civile, Torino, 2014, p. 233 ss.

Par. 3- Profili successori delle clausole societarie

Accanto al patto di famiglia ed al trust, nel solco di una tendenza alla "contrattualizzazione" delle successioni, devono segnalarsi le clausole societarie che interferiscono con i diritti ereditari dei successori del socio defunto.

L'articolata materia societaria è stata profondamente innovata dal Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6. Il legislatore, tuttavia, anche in questo campo, non ha potuto prevedere tutte le possibili scelte che la pratica evidenzia, scelte spesso miranti proprio ad eludere i limiti imposti dalla tutela dei legittimari e ad escludere questi ultimi (o alcuni di essi) dalla partecipazione societaria.

Non possono qui essere trattati in dettaglio tutti i dibattiti giurisprudenziali e dottrinali sui patti, sulle possibili clausole e sui loro profili successori: è intuibile quanto una materia così complessa si presti ad essere utilizzata per realizzare una trasmissione *post mortem* di posizioni imprenditoriali al di fuori dei limiti di legge.

E' da segnalare altresì che dubbi sussistono anche in relazione ai rimedi avverso le clausole che violino i diritti dei legittimari, in particolare se esse siano nulle per violazione del divieto dei patti successori o impugnabili in sede di riduzione.⁴¹¹

Occorre premettere che l'esame di clausole di tale genere implica una prodromica differenziazione a seconda che si tratti di società di persone o società di capitali. La stessa morte del socio, nelle une o nelle altre, comporta conseguenze inevitabilmente diverse stante l'autonomia

⁴¹¹ C. Magli, *Note critiche sul passaggio generazionale dell'impresa familiare, tra patto di famiglia, strumenti alternativi di diritto societario e trust*, in Contratto e impresa 4/2019, p. 1641

patrimoniale perfetta che caratterizza le società di capitali (con conseguente responsabilità limitata ai capitali impiegati) e quella imperfetta che caratterizza le società di persone; la responsabilità illimitata che grava sui soci delle società semplici, in nome collettivo e sugli accomandatari delle sas, comporta che il decesso di un socio non significhi automatica trasmissione *mortis causa* della sua qualità agli eredi, ma lo *status socii* potrà essere trasmesso agli eredi solo con il loro consenso (art. 2284 cod. civ.). I soci possono, peraltro, avere previsto l'applicazione di particolari clausole in caso di morte del socio, tra le quali: clausole di scioglimento automatico (prevedono che la stessa società si sciogla nel caso di morte di un socio), clausole di continuazione facoltativa, automatica⁴¹² o obbligatoria (in cui si prevede la continuazione della società con gli eredi: molti sono i dubbi di legittimità soprattutto sulla possibilità di imporre una continuazione obbligatoria); clausole di consolidazione (che prevedono l'accrescimento della quota del socio defunto a vantaggio degli altri soci: sono ritenute illegittime se non è prevista la liquidazione della quota a vantaggio degli eredi).

Tra le varie clausole apponibili, particolare interesse destano le c.d. clausole di consolidazione: con esse si mira ad assicurare stabilità alla compagine sociale e, qualora non prevedano la liquidazione della quota agli eredi, hanno l'evidente fine di ovviare al disagio economico che potrebbe insorgere in realtà produttive spesso di modestissime dimensioni e capitalizzazione. In tal caso, però, in esse si rinviene una violazione del divieto di patti successori: il *de cuius*, aderendo al patto sociale che

⁴¹² S. Ciccarello, *op. cit.*, p. 77 ss. si sofferma sul fenomeno successorio come strumento di allocazione di beni e di rapporti; sotto questo profilo, le clausole automatiche (che comportano il subingresso automatico degli eredi nella quota del *de cuius* in virtù dell'accettazione dell'eredità) sembrerebbero assolvere a tale significativa funzione.

avvantaggia gli altri soci in caso di sua morte, di fatto dispone di parte del suo patrimonio per dopo la sua morte, peraltro escludendo i suoi legittimari.

Par. 4 -Gli strumenti negoziali previsti dalla legge 112/2016 e la tutela dei legittimari

Non s'intende qui ripercorrere la travagliata storia dell'ingresso del trust nel nostro ordinamento, né esaminare ogni tipologia di trust (l'istituto, infatti, presenta un' "*estrema versatilità strutturale e funzionale*"⁴¹³ che imporrebbe di parlare di trusts al plurale⁴¹⁴).

Ai fini del presente lavoro si ricorda solo che il trust è un istituto di origine inglese⁴¹⁵, molto flessibile⁴¹⁶, che certamente si disallinea "*dalle*

⁴¹³ C. Romano, *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in Notariato n. 6/2014, p.598

⁴¹⁴ M. Lupoi, *Trusts*, Milano, II ed., 2005, p. 855.

⁴¹⁵ L' Italia, con la L. n. 364/1989, ha ratificato la Convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento adottata all'Aja il 1 luglio 1985. A.Candian - A.Gambaro - B. Pozzo, *Property-Propriété-Eigentium. Corso di diritto comparato*, Quaderni di diritto comparato, Cedam, 1992; U. Mattei, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (diretto da), Utet giuridica, 2015, p. 19 "Rispetto all'evoluzione nel sistema di common law...la proprietà privata trovò fin dall'origine nel diritto delle obbligazioni un potente rivale. I giuristi continentali raccolti nelle emergenti Università, si mostrarono maggiormente proclivi a sviluppare una teorica generale delle obbligazioni, piuttosto che le potenzialità della proprietà privata, percepita sul modello del dominium romanista, e quindi sostanzialmente fonte di potere e di autorità, piuttosto che limite all'utilizzo illimitato delle risorse scarse. Di conseguenza, furono le obbligazioni e non la proprietà a conquistare fin da subito il primato, dal punto di vista tecnico-giuridico" ed ancora a p. 29 per ciò che concerne la proprietà nei sistemi di common law, scrive: "La proprietà, scomposta in un mazzo di poteri, doveri, facoltà, responsabilità, ecc., consente la riorganizzazione del discorso giuridico, in modo da poter cogliere le varie e diverse caratteristiche che la natura di ciascun bene economico dovrebbe riflettere sulla disciplina (possibilmente razionale) del rapporto fra consociati"

⁴¹⁶ C. Mazzù, *op. cit.*, p. 143 "Il trust, deve necessariamente inserirsi nel nostro sistema per essere riportato a sistema...coglierne sia le valenze sistematiche ed i collegamenti con gli istituti preesistenti; sia la sua capacità di incidere sull'esistente trasformandolo ed innovandolo...uno strumento multifunzionale dal trust ai trusts"

regole tradizionali del sistema codicistico dei diritti reali”⁴¹⁷ in cui ruolo principe ha la “tradizionale” proprietà egoistica dell’art. 832 cod. civ.⁴¹⁸.

Stante la varietà delle possibili configurazioni è evidente che ciascuna di esse può avere differenti risvolti successori. Il trust, infatti, è stato subito individuato anche come possibile strumento alternativo al testamento, in quanto dotato di grande flessibilità e capace di superare la rigidità del sistema. La sua capacità di rappresentare un mezzo di trasmissione della ricchezza ha comportato, dunque, un ovvio esame di compatibilità con le norme successorie, non ultimo con il divieto di fedecommesso e di patti successori⁴¹⁹ ma, soprattutto, con il sistema della quota di legittima. Indubbia, poi, l'attitudine dell'istituto in esame a rappresentare un evidente strumento di superamento del principio di unità delle successioni sia dal punto di vista soggettivo (l'individuazione del beneficiario è affidata alla libera e discrezionale scelta del settlor, presumibilmente fondata su caratteristiche personali o meriti o bisogni), che oggettivo (il settlor sceglie liberamente quali e quanti beni trasferire al trustee per lo scopo).

Tali problematiche acquistano un particolare significato dopo l'approvazione della L. 112/2016, significativamente nota come legge sul "Dopo di noi", espressione atta ad evidenziarne i profili di tutela dei soggetti deboli. Tuttavia, nonostante il fine solidaristico della legge, anche per essa non possono escludersi potenziali conflitti per la deroga al principio di unità delle successioni sopra riportato: la legge, infatti,

⁴¹⁷ A. Reali, *Sull' attuale irrinunciabilità all' azione di restituzione* in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc. 1, 1 marzo 2020, p. 268

⁴¹⁸ S. Pugliatti, *Il rapporto giuridico unisoggettivo* in Diritto civile, Metodo Teoria Pratica, Milano, 1951, p. 395 ss. La giurisprudenza italiana ritiene validi i cd. trust interni cfr. Trib. Bologna, 1 ottobre 2003 n. 4545; Trib. Firenze, 2 luglio 2005

⁴¹⁹ C. Romano, *op.cit.*, p. 599

promuove ed agevola figure negoziali piuttosto controverse, quali il trust⁴²⁰ e il contratto di affidamento fiduciario⁴²¹ a favore dei "disabili gravi" individuati in base ai criteri dell'art.3, comma 3 L. 104/1992. Si ritiene⁴²² che i negozi indicati siano utilizzabili anche a favore di disabili non gravi, ma, in questo caso, non si beneficerà delle agevolazioni fiscali.

La legge sul "Dopo di noi" si basa sulla considerazione della necessaria tutela e cura di soggetti deboli; il rilevato problema di armonizzazione tra la disciplina delle successioni necessarie (con riferimento alla rigida indicazione dei soggetti legittimari) e la possibilità di individuazione del beneficiario permane: l'attuale sistema successorio,

⁴²⁰ D. Muritano, *La Legge n. 112/2016 sul "Dopo di noi": impressioni, proposte*, *Studio n. 3-2017/C*, in *Studi e Materiali 1-2/2017*, Consiglio Nazionale del Notariato, Wolters Kluwer, p. 126: "Il trust cui si riferisce l' art. 1, dovrebbe essere (recte: non può che essere), l' istituto di cui parla l' art. 2, comma 1, della Convenzione dell' Aja dell' 1 luglio 1985, ratificata con Legge 16 ottobre 1989, n. 364. Se ciò è vero, il dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, relativo all'ammissibilità o meno della figura negoziale nota come trust interno, a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 112/2016 dovrebbe considerarsi definitivamente concluso"

⁴²¹ L. Salvatore, *Il trust nella legge del "Dopo di noi" e la tutela dei legittimari*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Gennaio 2019, p.15, nota 1, rileva che il "...contratto di affidamento fiduciario [è] figura di "creazione dottrinale" non tipizzata dal legislatore ma presupposta dalla legge del "Dopo di noi"; M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, *Rivista del Notariato- LXVI 2012*, p. 517 e 523 in *Atti del Convegno "Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica"*, 3 marzo 2017, Roma : "Per <<contratto di affidamento fiduciario>> intendo il contratto per mezzo del quale un soggetto, affidante, conviene con un altro, affidatario, l' individuazione dei taluni beni da impiegare a vantaggio di uno o più soggetti in forza di un programma, la cui attuazione è rimessa all' affidatario. Questa definizione (...)strutturale (...)nulla dice circa l'esecuzione del contratto e circa le vicende personali e patrimoniali che possono toccare l'affidante, l'affidatario e i terzi avvantaggiati, i beneficiari; tuttavia, è proprio dalle regole afferenti tali vicende, delle quali tratterò subito, che il contratto di affidamento fiduciario trae la propria specificità e si propone come l' alternativa civilistica ai trusts. La definizione ora enunciata è imperniata sul <<programma>> e non sul vincolo dei beni...il vincolo che trusts e contratto di affidamento fiduciario creano è quello di operare sui beni in un certo modo e in vista di un certo fine. Non sono, quindi, i beni ad essere <<vincolati>>, è l' attività che su di essi si compie che è vincolata...(non sfuggirà il contrasto rispetto all' art. 2645 ter cod. civ)... Rispetto al trust, necessariamente retto da una legge straniera, il contratto fiduciario è retto dalla legge italiana ed è in base ad essa interpretato e adempiuto...Al contratto di affidamento fiduciario si arriva dopo avere riconosciuto il trust e averne ripreso le valenze in un' ottica di diritto civile" .

La legge menziona altresì i fondi speciali, "composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario", A. C. Di Landro(*op.cit.*,p.8) li definisce "una fattispecie negoziale, quest'ultima, caratterizzata da contenuto ed effetti segregativi simili a quelli del trust, frutto di una recente elaborazione dottrinale e che significativamente riceve oggi riconoscimento legislativo".

⁴²² D. Muritano, *La legge n.112/2016 sul "Dopo di noi"; impressioni, proposte*, *Studio n. 3-2017/C*, in *Studi e Materiali 1-2/2017*, Consiglio Nazionale del Notariato, Wolters Kluwer, p.121

infatti, non discrimina i legittimari sulla base di loro caratteristiche o necessità, ma configura un sistema in apparenza egualitario che, a fronte di situazioni di base diverse, si risolve invece in ingiustizia.

La legge 112/2016, per le sue finalità costituzionalmente orientate e fortemente solidaristiche, avrebbe potuto rappresentare l'occasione di una profonda modifica dell'impianto successorio; invece, essa non presenta abrogazioni, modificazioni e/o norme di qualsivoglia forma di collegamento aprendo così la strada a conflitti teorici e pratici che rischiano di vanificare lo sforzo del legislatore.

La legge sul "Dopo di noi" si colloca, così, anch'essa, tra le riforme troppo parziali e per questo non sufficienti a dare definitivo ingresso agli scopi di solidarietà che andrebbero valorizzati sino a divenire il nuovo fondamento del sistema successorio.

La legge rappresenta una sorta di necessario completamento⁴²³ del ventaglio di tutele predisposte dal legislatore per i soggetti deboli: interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno⁴²⁴ - previste dal nostro codice civile per la protezione degli incapaci - da tempo apparivano non adeguate, scarsamente funzionali all'obiettivo. Si rilevava⁴²⁵, ad esempio, che *"l'interdetto, l'inabilitato o il beneficiario di amministrazione di sostegno alla morte dei genitori divengono proprietari del loro patrimonio in qualità di eredi, ma non sono in grado di gestire tali beni*

⁴²³ A. Di Sapio, *Trust a causa familiare e di solidarietà*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche n. 2/2019, maggio- agosto, Palermo, p. 705 parla di trust "...quale misura negoziale di protezione complementare o alternativa alle misure legali"

⁴²⁴ Tale istituto è stato introdotto con legge 9 gennaio 2004 n.6 nel quadro di un cammino intrapreso dal legislatore recettivo della necessità di un cambiamento nella protezione della disabilità (necessità palesata anche dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione ONU sulla disabilità adottata il 13 dicembre 2006). Per un quadro riassuntivo e dettagliato di tale percorso di riforme legislative cfr. A. C. Di Landro, *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla legge 112/2016 in favore delle persone con disabilità grave*, in Le nuove leggi civili commentate n. 1/2017, p. 47 ss.

⁴²⁵ B. Franceschini, *L'interesse prevalente e la tutela dei legittimari*, relazione al Convegno "Trust in favore dei soggetti deboli" Lecco 26 marzo 2009, p.1

direttamente dovendo essere sostituiti o coadiuvati dal tutore, dal curatore, dall'amministratore di sostegno previa autorizzazione giudiziale, con tutto quello che ciò comporta in termini di lentezza e scarsa flessibilità. Anche l'impiego delle utilità tratte dai beni in oggetto a vantaggio del disabile deve essere preventivamente autorizzato dal giudice" concludendo per l'inutilità di mantenere la titolarità dei beni in capo al disabile.

La dottrina⁴²⁶ ha costantemente sottolineato che gli istituti menzionati (in specie l'interdizione), comportano limiti significativi incidenti in tutta la sfera giuridica di un soggetto, sia personali (con il pesante divieto di contrarre matrimonio⁴²⁷), che con riferimento agli atti di c.d. "spicciola patrimonialità" e che "... tali limiti comportavano spesso la rinuncia all'attivazione dei diversi strumenti, anche per timore dello stigma sociale che essi lasciavano prefigurare".

Nel solco dell'acquisita consapevolezza che occorreva dunque individuare ulteriori strumenti di protezione più adeguati alla nuova sensibilità verso i bisogni dei soggetti in difficoltà e più agili sul piano economico, nel 2006 (legge n. 51/2006), viene inserito, nel codice civile, l'art.2645 *ter*, rubricato "*Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*"⁴²⁸.

⁴²⁶ A. C. Di Landro, *op. cit.*, p. 47 ss.

⁴²⁷ L'Autrice, nella note 1 e 3 del saggio citato, ricorda che la Convenzione ONU sulla disabilità ha introdotto (art.2) il concetto di "accomodamento ragionevole", inteso come "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali" e, coerentemente con tale prospettiva, ha riconosciuto all'art.23 il diritto di ogni persona con disabilità, che sia in età di matrimonio, di sposarsi e fondare una famiglia sulla base del consenso libero e pieno dei contraenti.

⁴²⁸ D. Muritano, *op. cit.*, pp. 126-127: "L'atto di destinazione previsto dall' art. 2545-ter nasce già come istituto destinato ai disabili, espressamente indicati dalla norma tra i possibili beneficiari (anche se non si prevede che si debba trattare di disabili "gravi"). La legge n. 112/2016 pare però assumere un atteggiamento di chiusura rispetto alle categorie di beni che possano costituire oggetto del vincolo di destinazione. L' art. 6, comma 3, lett. E), sembra infatti confermare che il vincolo possa avere ad oggetto solo beni immobili o beni mobili

Solo nel 2016, tuttavia, si registra la novità più incisiva con la citata legge 112/2016⁴²⁹.

Tra le figure contrattuali menzionate dalla legge 112/2016 il trust rappresenta quella più problematica ai fini degli aspetti d'interesse per il presente lavoro per la particolare difficile conciliabilità con le norme sulla successione necessaria ed essa, quindi, sarà oggetto di specifico approfondimento.

Occorre premettere che, nell'impianto della legge in esame, sembra potersi affermare che il ricorso al trust abbia funzione più *integrativa* (che *sostitutiva*⁴³⁰) delle diverse misure tradizionali di protezione degli incapaci.

Il ricorso al trust consente ai familiari di avere maggiore tranquillità per l'oggettiva possibilità di decidere personalmente la destinazione del patrimonio e dunque come sia meglio far fronte ai bisogni del congiunto disabile, laddove invece gli istituti tradizionali -dove le decisioni vengono

iscritti in pubblici registri. L'interprete si trova invece spiazzato rispetto ai "fondi speciali composti di beni gravati da vincoli di destinazione e disciplinati tramite contratto di affidamento fiduciario"

⁴²⁹ La legge ha aspetti pubblicistici (previsione di un Fondo per l'assistenza, nonché la definizione delle prestazioni assistenziali da garantire in tutto il territorio nazionale), aspetti fiscali (sul punto cfr. T. Tassani, *La legge sul "Dopo di noi" e la fiscalità degli strumenti di destinazione patrimoniale*, Studio n.33-2017/T in Studi e Materiali 1-2/2017, Consiglio Nazionale del Notariato, Wolters Kluwer, p. 238 ss.) che si collegano ad aspetti privatistici: l'art1 comma 3 indica, infatti, tra le finalità della legge, quello di ".. agevolare le erogazioni da parte di soggetti privati, la stipula di polizze di assicurazione e la costituzione di trust, di vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile e di fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario anche a favore di enti del Terzo settore iscritti nella sezione enti filantropici del Registro Unico Nazionale del Terzo settore, o che operano prevalentemente nel settore della beneficenza di cui all'articolo 5, lettere a) o u) del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, in favore di persone con disabilità grave, secondo le modalità e alle condizioni previste dagli articoli 5 e 6 della presente legge". Per realizzare tale obiettivo è previsto (artt.5 e 6 legge cit.) un regime fiscale di favore con detrazioni ed esenzioni (in specie dall'imposta sulle successioni e donazioni) purché gli atti sopra menzionati "perseguano come finalità esclusiva l'inclusione sociale, la cura e l'assistenza delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti".

⁴³⁰ Come opportunamente ricordato (A. C. Di Landro, *op.cit.*, p. 47 ss., nonché, della stessa Autrice, *La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione e atti di destinazione*, in *T&AF*, Settembre 2009, 493) occorre chiedersi se, nel compimento di atti di straordinaria amministrazione nell'ambito della gestione di un trust avente quale beneficiario un minore o un incapace, un trustee debba soggiacere alle regole in tema di autorizzazione prescritte dagli artt. 320 s. cod. civ., 374 s. cod. civ. e 747 cod. proc. civ.

di fatto assunte dal tutore (fatte salve, ovviamente, le necessarie autorizzazioni) - lasciano un elevato grado di incertezza. Tale maggiore possibilità di "programmare il futuro" con scelte personali e ritenute le più idonee a garantire cure ed assistenza al proprio caro, ha già prodotto una benevola accoglienza e sta diventando frequente il ricorso al trust in funzione di tutela dei soggetti deboli. Tuttavia, non può disconoscersi che l'uso di tale istituto può presentare aspetti problematici stante, come già rilevato, la totale assenza nella legge 112/2016 di norme di coordinamento con l'attuale sistema successorio.

Può accadere, infatti, che il disponente - creato un trust avente come beneficiario il disabile - trasferisca al trustee tutti i suoi beni; dopo la sua morte, gli altri legittimari (ma addirittura anche il beneficiario⁴³¹) potrebbero lamentare di non aver ricevuto quanto loro riservato dalle norme sulla successione necessaria. Preliminarmente giova ricordare che l'art. 15 della Convenzione de L'Aja dell'1 luglio 1985 sulla legge applicabile ai trusts e al loro riconoscimento afferma che un trust interno non può portare alla disapplicazione delle norme imperative dell'ordinamento italiano, tra cui quelle che regolano i testamenti e la successione necessaria. Pertanto, anche qualora la legge straniera prescelta come regolatrice non prevedesse riserve a favore dei legittimari, il trust non potrebbe contrastare con le norme interne ad esse relative. In merito è stato sottolineato⁴³² come *"..molte delle caratteristiche del trust di diritto inglese non siano comunque agevolmente replicabili nell'ordinamento interno"* e che l' *"inapplicabilità in Italia di molte regole proprie del diritto inglese dei trust potrebbe*

⁴³¹ B. Franceschini, *op.cit.*, p. 2:" In linea di principio anche al soggetto debole beneficiario del trust spetta la facoltà di esercitare l'azione di riduzione, in quanto il disponente ha vincolato in trust anche la sua quota di legittima. Per mezzo del trust viene infatti sottratta al soggetto debole la disponibilità dei beni che costituirebbero la sua legittima, che appartengono al trustee"

⁴³² D. Muritano, *Trust e contratto di affidamento fiduciario. La rilevanza sistematica della L.112/16 sul "dopo di noi"*, in www.academia.edu

*condurre ad affermare che il richiamo della legge straniera, contenuto negli atti istitutivi di trust interno, abbia valore esclusivamente sul piano negoziale, per cui le norme della legge straniera, "tradotte" e "introdotte" nell'atto istitutivo di trust, non sarebbero altro che "clausole" dell'atto, da interpretarsi applicando la "legge" straniera"*⁴³³

Ma come tutelare i legittimari? E, ancor prima, occorre chiedersi, cosa in concreto è lesivo dei loro diritti: l'atto istitutivo che contiene il programma o gli atti di conferimento?

La prima delle domande ne presuppone un'altra: come qualificare il trust ai fini di un'eventuale riduzione? Il trasferimento di beni al trustee può ritenersi una donazione, in particolare una donazione indiretta come tale disciplinata dall' art. 809 cod.civ.?

Come già trattato in altra parte del presente lavoro⁴³⁴, le donazioni, sia dirette che indirette sono soggette a riunione fittizia, collazione, eventuali riduzioni e revocazioni; si è già detto del dubbio inerente l'applicabilità dei rimedi della riduzione e della restituzione alle donazioni indirette la cui identificazione non è agevole: in esse l'intento donativo viene realizzato servendosi di uno schema negoziale -caratterizzato da causa e scopi pratici propri -che subisce una sorta di "*riqualificazione*". Perché si parli di donazione indiretta deve tuttavia rinvenirsi quantomeno il "*risultato di liberalità*".

Proprio partendo da tale considerazione parte della dottrina ha - fondatamente - messo in dubbio che il trust istituito per realizzare le finalità della legge del "Dopo di noi" possa essere qualificato come donazione

⁴³³ D. Muritano, *Trust e contratto di affidamento fiduciario. La rilevanza sistematica della L. 112/16 sul "dopo di noi"*, in www.academia.edu

⁴³⁴ Cfr. Cap II par. 3 del presente lavoro

sebbene indiretta. Sarebbe assente, infatti, lo spirito di liberalità ed anche il risultato di liberalità, avendo l'istituto ben altri scopi.

Si è sottolineato che nel trust a tutela dei disabili rileva innanzitutto una "causa familiare" che non si può confondere col mero obbligo del mantenimento (sebbene lo includa); la morte fa cessare gli obblighi di mantenimento e di alimenti, ma non "*dissolve la solidarietà (patrimoniale) familiare*" e quindi "*il profilo diacronico-programmatico che vede il figlio beneficiario del trust senza restrizioni non ha nulla a che spartire con le liberalità. Il trust in esame affonda le proprie radici nella solidarietà familiare*"⁴³⁵.

In altro approfondimento⁴³⁶ si legge che "*...per identificare il concetto di liberalità concorrono, dunque, due elementi: uno è l'assenza di costrizione, la quale permette di distinguere l'atto di liberalità dall'atto gratuito posto in essere in esecuzione di una obbligazione civile o dell'adempimento di una obbligazione naturale; l'altro è la natura non patrimoniale dell'interesse del disponente*".

Dunque, si deduce, in un trust istituito per provvedere al mantenimento di un soggetto debole non si rinviene spirito di liberalità, bensì adempimento di un'obbligazione: l'assistenza del disabile rappresenterebbe una forma di adempimento di un'obbligazione di assistenza⁴³⁷.

⁴³⁵ Di Sapio, *op.cit.*, p. 714 ss. Lo studioso commenta, nello scritto citato, il caso di una madre di figlio affetto da patologia psichiatrica e, a sua volta, depressa e bisognosa di cure, che istituisce un trust aventi come beneficiari se stessa ed il figlio e stabilendo altresì che l'eventuale residuo, dopo la morte di entrambi, venga devoluto ad una Onlus per il dolore oncologico e cure palliative. Anche in tale ultima disposizione Di Sapio non rinviene una liberalità ma parla di "solidarietà orizzontale", che si sostanzia quando si passa dalla solidarietà metaindividuale alla solidarietà dei privati. Anche la solidarietà - ispirata "da uno spirito di reciprocità in cui entra in gioco un profilo di relazionalità allargata" - resta fuori dallo schema della liberalità.

⁴³⁶ L. Salvatore, *op. cit.*, p. 18

⁴³⁷ M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Wolters Kluwer, 2016, p. 310: "Il genitore, provvedendo al figlio debole per mezzo del trust, adempie una propria obbligazione verso di lui. La tesi proposta si fonda su una lettura

Mancando lo spirito di liberalità, il trust istituito sulla base della legge del "Dopo di noi" non sarebbe aggredibile con l'azione di riduzione, né dallo stesso soggetto debole, né dagli altri legittimari. Con riferimento a questi ultimi, il ragionamento si fa meno convincente quando si sostiene che l'obbligazione di assistenza grava su tutti i familiari (quindi anche sugli altri legittimari) e, pertanto, se il fondo in trust ha incluso tutti i beni del/dei disponenti, significa che costoro hanno valutato che ciò fosse necessario per l'assistenza cui, comunque, gli altri legittimari avrebbero dovuto ottemperare. Tuttavia, pur non disconoscendo l'obbligo di assistenza, non può non notarsi che questo potrebbe essere adempiuto con beni personali dei legittimari obbligati, i quali, invece, per il principio d'intangibilità della quota di riserva dovrebbero ottenere la parte dovuta di beni ereditari.

La tutela dei legittimari sarebbe da individuare, secondo la tesi che ritiene il trust a favore dei soggetti deboli un mero adempimento di obblighi alimentari e non già una liberalità, nell'azione di nullità.

La dottrina ha inoltre rilevato che, anche qualora in un trust si rinvenga lo spirito liberale, sorgono altri problemi in relazione alla legittimazione passiva dell'azione di riduzione. Si è obiettato⁴³⁸, infatti, che soggetto passivo dell'azione di riduzione non può essere il trustee, in quanto non è reale proprietario, né riceve i beni per spirito di liberalità nei suoi confronti e non incrementa il suo patrimonio, mentre alcuni ritengono che possa esserlo in applicazione analogica dell'art. 627 cod. civ. o valorizzando l'intestazione formale.

costituzionalmente adeguata (con riferimento agli articoli 2, 3, II co. E 30, I co. della Costituzione) degli artt. 433 e 438 cod. civ. Il genitore adempie la propria obbligazione verso il figlio debole nell'unico modo realmente efficace: siamo al di fuori delle liberalità, e quindi del presupposto sostanziale dell'azione di riduzione "

⁴³⁸ B. Franceschini, *op. cit.*, p.3; L. Salvatore, *op.cit.*, p.17

Per altri, il legittimato passivo sarebbe il beneficiario⁴³⁹, ma a questa tesi si eccepisce che egli riceve i beni non a titolo di donazione ma in adempimento di un'obbligazione.

Occorre ricordare che il trust (come gli altri strumenti negoziali previsti dalla legge n.112/2016) ha "portata segregativa" cioè produce l'effetto di separazione patrimoniale; tale effetto potrebbe indurre a ritenere legittimato passivo lo stesso trust. Autorevoli studiosi, pur notando che il trust, per le norme fiscali italiane, è soggetto passivo delle imposte sui redditi, ne escludono, tuttavia, la soggettività in quanto *"l'entificazione del trust in diritto civile, per quanto concepibile, contrasta con la disciplina positiva del trust negli ordinamenti d'origine, che considerano ordinariamente i beni in trust quali beni del trustee, segregati nel suo patrimonio"*⁴⁴⁰.

Tale istituto, dunque, ripropone all'attenzione degli studiosi problematiche di teoria generale, quali la crisi non solo della proprietà tradizionalmente intesa (con la difficoltà di configurare una "proprietà nell'interesse altrui") ma anche di altre categorie tradizionali (soggetto, oggetto, contratto). La rigida contrapposizione tra soggetto ed oggetto che portava come corollario l'idea che al *"soggetto unico" non poteva che fare riscontro il "patrimonio unico"*⁴⁴¹ ed escludeva l'indagine su possibili scenari "intermedi", appare obsoleta. La realtà impone al diritto una maggiore duttilità, *"una visione non manichea della coppia concettuale del soggetto e dell'oggetto"*⁴⁴² e la categoria tradizionale del soggetto oggi è addirittura definita *"una superfetazione antropomorfa"*⁴⁴³, *"un prisma che*

⁴³⁹ C. Romano, *op.cit.*, p. 613

⁴⁴⁰ M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Wolters Kluwer, 2016, p. 296

⁴⁴¹ C. Mazzù, *op. cit.* Vol I, p. 179

⁴⁴² C. Mazzù, *op. cit.* Vol I, p. 180

⁴⁴³ C. Mazzù, *La soggettività contingente*, VII Congresso giuridico Forense per l'aggiornamento professionale, Roma, 2012, in www.comparazionedirittocivile.it p.20

presenta un numero crescente di facce, tante quante sono gli interessi, vecchi e nuovi, che si propongono sulla scena del sistema giuridico"⁴⁴⁴. Non può disconoscersi l'esistenza di "forme graduate" di soggettività, situazioni definibili di "soggettività contingente" (la rilevata soggettività fiscale del trust può rappresentarne un esempio) in cui la soggettivazione appare un processo *in fieri*. La dottrina che si sofferma sull'innovativa nozione di soggettività contingente individua proprio nelle figure dei negozi di affidamento fiduciario (ed innanzitutto nel trust) il campo privilegiato di osservazione di tale cambiamento. Il fenomeno definito incisivamente come "*transustanziazione della fiducia*" ha manifestato l'inadeguatezza e l'impossibilità di adattare in modo pedissequo concetti tradizionali quali proprietà, titolarità, legittimazione, rappresentanza: solo intendendo la soggettività come "*dilatata o estesa o traslata*" si comprende anche "*la transizione del modello dominicale verso un fenomeno paraproprietario*". In queste figure negoziali, al "*soggetto in fieri*" corrisponde "*una proprietà progrediente e controllata (Santoro Passarelli) che diventa piena alla fine del percorso attuativo del rapporto*"⁴⁴⁵.

Ancora, ai fini dell'esperimentabilità dell'azione di riduzione si è evidenziato un altro problema inerente l'oggetto: stante la possibilità che il trustee compia operazioni varie, non esclusi gli atti di disposizione dei beni, potrebbe accadere che alla morte del disponente i beni conferiti inizialmente non vi siano più. Bisogna poi distinguere l'atto istitutivo contenente il programma, dai singoli atti di trasferimento dei beni al trustee: si nota⁴⁴⁶ che "*il semplice atto istitutivo del trust non è di per sé sufficiente a*

⁴⁴⁴ C. Mazzù, *La soggettività contingente*, VII Congresso giuridico Forense per l'aggiornamento professionale, Roma, 2012, in www.comparazionedirittocivile.it, p.9

⁴⁴⁵ C. Mazzù, *op. ult.cit.*, p.19

⁴⁴⁶ G. Errani, *Il trust come liberalità indiretta "anomala" e il suo rapporto con le norme a tutela dei legittimari*, in *Trusts e attività fiduciarie* - Luglio 2019, p. 382; G. Errani, *La riduzione della liberalità indiretta attuata a mezzo di trust e le possibili conseguenze sulla successiva circolazione dei beni conferiti* in *Contratto e impresa* 2/2020, p. 956 ss.

realizzare la liberalità, essendo tale atto tendenzialmente privo di contenuto patrimoniale e, dunque, inidoneo a concretare gli elementi oggettivi necessari per dare luogo ad una fattispecie liberale...l'impovertimento del donante viene prodotto solo con il compimento di un atto dispositivo, con cui il disponente vincola determinati beni al perseguimento delle finalità del trust, mentre l'arricchimento del donatario si avrà solo con l'acquisto, da parte dei beneficiari, del diritto di ottenere, in concreto, determinati vantaggi dal fondo in trust". Dalla circostanza che l'atto di depauperamento e quello di arricchimento non sono coincidenti deriva il dubbio sull'operatività, in caso di riduzione, dell'efficacia retroattiva reale ex art.561 ss. cod. civ.

A fronte delle difficoltà applicative rilevate per l'eseribilità dell'azione di riduzione, sono state avanzate altre ipotesi per realizzare la tutela dei legittimari.

Autorevole dottrina⁴⁴⁷ ha sostenuto che il trust sarebbe nullo, più precisamente, in applicazione dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja, non potrebbe essere riconosciuto: al mancato riconoscimento conseguirebbe la nullità per mancanza di giustificazione causale degli atti di attribuzione dei beni che tornerebbero nel patrimonio del disponente.

Tale tesi è stata oggetto di critica⁴⁴⁸ ed il rimedio della nullità ritenuto eccessivo data la sua imprescrittibilità (a fronte della prescittibilità decennale dell'azione di riduzione), la rilevabilità da chiunque vi abbia interesse, nonché la considerazione che, a seguito della nullità, si apre la successione legittima su tutti i beni nel patrimonio del *de cuius* (e non solo su quanto necessario per integrare la legittima).

⁴⁴⁷ M. Lupoi, Foro It. 1998, I, p.3391 relativa alla sentenza del Tribunale di Lucca Trib. Lucca, 23/09/1997

⁴⁴⁸ G. De Nova, *I trust, la collazione e la tutela dei legittimari*, in Atti II Congresso nazionale, Milano 17-18-19-marzo 2002, in www.il-trust-in-italia.it p. 2 ss; C. Romano, *op.cit.*, p. 612 ss

Altra tesi⁴⁴⁹ sostiene dunque che occorre distinguere il caso in cui il legittimario leso sia lo stesso beneficiario dal caso in cui la lesione riguardi altri soggetti. Nella prima ipotesi, il rimedio sarebbe da rinvenirsi nella nullità ex art. 549 cod. civ. in quanto il diritto reale alla legittima subisce una conversione in diritto di credito non consentita⁴⁵⁰; nel secondo caso il rimedio adeguato -nonostante le indubbie perplessità sopra riportate inerenti la legittimazione passiva e l'oggetto della riduzione- sarebbe l'azione di riduzione.

Sul punto l'orientamento giurisprudenziale propende per l'eseribilità dell'azione di riduzione⁴⁵¹: il trust lesivo dei diritti dei legittimari non determina la nullità della scheda testamentaria che può essere però impugnata con l'azione di riduzione.

Altri invece, percorrono strade più innovative alla ricerca di rimedi adeguati avverso trust lesivi della legittima, innanzitutto rilevando che *"il trust ... risulta da un atto diverso non solo dalla donazione, ma anche dalle donazioni indirette"*⁴⁵²; in relazione agli effetti dell'azione di riduzione

⁴⁴⁹ C. Romano, *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in Notariato n. 6/2014, p. 610

⁴⁵⁰ L'autore esclude il rimedio ipotizzato qualora sia prevista la c.d. clausola Saunders V Vautier (nome derivante da un caso giudiziario del 1841) in base alla quale il beneficiario può chiedere immediatamente al trustee la trust property.

⁴⁵¹ Nota la sentenza del Trib. Lucca, 23/09/1997 (confermata dalla Corte d'Appello di Firenze 9 agosto 2001) nella quale si stabilì: "La disposizione con cui il testatore dichiara di "lasciare in eredità" al fiduciario, in proprietà assoluta, ogni suo avere, ma a beneficio della figlia, va interpretata non come una sostituzione fedecommissaria, ma come disposizione istitutiva di "trust"; la lesione delle aspettative del legittimario non determina la nullità del "trust", ma la possibilità di applicare le disposizioni di diritto interno strumentali alla reintegrazione della quota riservata ai legittimari" Foro It., 1998, I, 2007, 3391, Brunetti, Lupoi - Cfr. altresì la conforme decisione del Tribunale di Venezia, 4 gennaio 2005

Sul punto cfr. S. Deneb Puggioni, *Lesione di legittima e trust statunitense* in Trusts e attività fiduciarie, Gennaio 2018, p. 9 ss.

⁴⁵² G. De Nova, *op.cit.*, riporta le interessanti ed articolate argomentazioni di Ugo Carnevali e di Mengoni. In particolare l'opera cui si fa riferimento è U. Carnevali, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in Studi Mengoni, tomo I, Giuffrè, 1995, 131 ss., L. Mengoni, *Successioni per causa di morte -parte speciale Successione necessaria*, *op. cit.*, Milano, 2000, p. 251. Si rammenta che nel II cap. del presente lavoro si è trattata la presente tematica inerente le donazioni indirette e si è altresì, riportata la tesi di Amadio volta a dimostrare l'impossibilità che la riduzione delle liberalità atipiche espliciti efficacia recuperatoria nei confronti del terzo avente causa dal beneficiario: nel caso di

esperita avverso una donazione indiretta, si deduce che *"la tutela del legittimario non coincide necessariamente con l'eseribilità di un'azione esattamente conforme all'azione di riduzione contro una donazione lesiva. Ed allora è possibile pensare ad un'azione a tutela del legittimario che si adatti a quel particolare modo di gratificare un terzo che è il trust."* Tale azione viene ipotizzata in un'impugnazione dello stesso programma del *trust* lesivo della legittima volta a far recuperare i beni disposti a suo favore e già appartenenti al *de cuius*, con legittimazione passiva del *trustee*. Ed ancora, qualora l'atto di disposizione del *trustee* a favore dei beneficiari sia stato già eseguito, un'azione volta a far valere nei confronti del beneficiario un credito, nella misura dell'eccedenza rispetto alla disponibile.

Gli sforzi riportati palesano le oggettive difficoltà di applicare vecchi istituti a nuovi strumenti. Anche laddove, come nel caso della legge sul "Dopo di noi"⁴⁵³ l'intento del legislatore risulti animato da validissime motivazioni, coerenti con il dettato costituzionale, ancora una volta, non è stata colta l'occasione per un'armonizzazione che dia luogo ad una - improcrastinabile ormai - profonda revisione dell'impianto successorio.

Anche l'esame di vicende internazionali induce ad una riflessione in tal senso, soprattutto ove riguardino ordinamenti non di *common law*, ma di *civil law*. Le vicende successorie di due noti musicisti francesi palesano la permeabilità di ordinamenti stranieri in cui l'istituto della riserva è noto ed applicato: le soluzioni cui i Tribunali⁴⁵⁴ sono giunte evidenziano infatti la realizzazione di istanze di cambiamento.

donazioni indirette, il legittimario può pretendere di recuperare non il bene ma l'arricchimento economico.

⁴⁵³ A. C. Di Landro, *op. cit.*, p. 19: "Non è stato previsto, peraltro, alcun coordinamento con le misure a tutela dei soggetti deboli, né alcuna norma relativa ai profili successori, nonostante da più parti fosse richiesta una esplicita presa di posizione sulla impermeabilità dei trasferimenti indicati rispetto alla disciplina successoria e un conseguente rafforzamento del regime agevolativo".

⁴⁵⁴ P. Panico, *Conflitto di leggi e riserva ereditaria: la successione di Maurice Jarre*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Maggio 2018, p. 253; F. Scaglione, *Trust e posizione contingente dei*

Già nel 2011, il Conseil Constitutionnel⁴⁵⁵ ha dichiarato incostituzionale l'art. 2 L. 14 luglio 1819 che prevedeva il c.d. diritto di prelievo (la possibilità dei coeredi francesi di prelevare dai beni situati in Francia una quota pari al valore dei beni situati all'estero dai quali erano stati esclusi).

L'opinione accolta dalle Corti francesi nei casi citati è che le disposizioni della legge straniera contrastanti con la riserva non violano l'ordine pubblico internazionale. La violazione potrebbe configurarsi solo qualora l'applicazione della legge straniera dovesse comportare violazioni a principi fondamentali per l'ordinamento francese quali il principio d'uguaglianza (che, in ambito successorio potrebbe declinarsi, ad esempio, come non discriminazione tra figli) o qualora si palesasse un intento fraudolento.

Interessanti, poi, altri due ordini di considerazioni effettuate dagli organi di giustizia francesi: nel giudizio Jarre si è fatto riferimento alla circostanza che i ricorrenti non fossero in condizioni di bisogno economico; nel giudizio Colombier, alle modifiche introdotte nel diritto successorio francese nel 2006⁴⁵⁶ ed alla tendenza manifestata da tale riforma.

Nella considerazione dell'assenza di bisogno dei legittimari pretermessi si palesa l'ormai diffusa opinione che il principio fondante delle

legittimari, in *Trusts e attività fiduciarie*, Luglio 2018, p. 377 ss. Riportano il caso Maurice Jarre. Il musicista, nato in Francia ma trasferitosi in California, aveva istituito un trust disciplinato dal diritto californiano, in cui lui e la moglie erano disponenti e trustee; con testamento, egli aveva poi disposto che, alla sua morte, tutti i suoi beni mobili andassero alla moglie e gli altri beni al trust. Il testamento veniva impugnato in Francia dai figli di precedenti nozze, ma sia il Tribunale di Grande Istanza, sia la Corte d'Appello di Parigi non accoglievano la domanda degli attori, ritenendo che essi non avessero diritto alla riserva in quanto questa non è prevista dal diritto californiano. I figli sostenevano invece che la riserva ereditaria ineriva all'ordine pubblico internazionale francese, mentre la Corte d'Appello riteneva che essa fosse un elemento di diritto interno francese, ma non di ordine pubblico.

⁴⁵⁵ La pronuncia era intervenuta nell'ambito del giudizio instaurato dagli eredi di un altro musicista francese molto noto, Michel Colombier. Anche nel giudizio per la successione di Colombier, la Corte d'Appello aveva ritenuto che le disposizioni della legge straniera che ignora la riserva non contrastassero con l'ordine pubblico internazionale

⁴⁵⁶ Legge n. 2006-728 del 23 giugno 2006 “*Reforme des successions et des libéralité*”,

successioni debba essere non una generica e tralatizia trasmissione familiare, bensì una concreta solidarietà che consideri l'effettivo stato di bisogno del successibile.

L'altro ordine di considerazioni testimonia un cammino intrapreso - come vedremo- da altri ordinamenti volto a riconoscere un ampliamento della facoltà di testare che può cedere solo di fronte ad istanze concrete di realizzazione di valori di uguaglianza sostanziale e sostegno dei deboli.

Tale tendenza è stata recepita anche nel Regolamento europeo sulle successioni 650/2012.

Par.5 Il cammino dell'Unione Europea verso una difficile armonizzazione: il Regolamento UE sulle successioni n.650/2012

Le diversità esistenti nei sistemi successori dei vari Paesi (anche all'interno della stessa Unione Europea) a fronte di un aumento⁴⁵⁷ di successioni con elementi di internazionalità dovuti alla libertà di circolazione e soggiorno ed in genere alla globalizzazione che ha investito tutti i campi - anche quelli relazionali- ponevano delicati problemi pratici.

La scarsa disciplina del nostro codice civile affrontava la problematica agli artt. 17, 23, 26 delle preleggi che disciplinavano, rispettivamente, lo stato e la capacità (quindi anche quella di testare) delle persone, la legge regolatrice delle successioni (indicata in quella dello Stato

⁴⁵⁷ Redazione Altalex, *Successioni transfrontaliere: il nuovo regolamento europeo*, in www.altalex.com: "Si stima che siano circa 450.000 ogni anno le famiglie che si trovano a dover fronteggiare una successione internazionale, per un valore approssimativo di 120 bilioni di euro l'anno, quando i beni o gli eredi del *de cuius* si trovano in uno Stato differente da quello dove si sia aperta la successione". L'articolo riportante il dato statistico è stato pubblicato il 31/07/2012, è dato ritenere che, ad oggi, le successioni con elementi di internazionalità siano ancora più numerose, si stima, infatti che nell'UE esse rappresentino il 10% del totale.

di appartenenza al momento della morte), la forma degli atti (quindi anche del testamento). Nel 1995 si è proceduto ad un'ampia riforma del diritto internazionale privato con la legge n.218/1995 ed il suo ventaglio più articolato di previsioni⁴⁵⁸ che continueranno a disciplinare le successioni internazionali apertesi entro la data del 17 agosto 2015, fermo restando che la legge resta in vigore anche per le successioni di persone decedute dopo tale data per tutti gli aspetti non regolati dal Reg. UE 650/2012.

Il 16 agosto 2012, infatti, è entrato in vigore il Regolamento (UE) numero 650/2012 del 4 luglio 2012 "relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo", frutto di un complesso lavoro degli organi istituzionali e del contributo dottrinale ed esperienziale dell'Unione Notarile Europea⁴⁵⁹. Tale Regolamento si applicherà, come già detto, a tutte le successioni posteriori al 17 agosto 2015 e ai rapporti riguardanti tutti i Paesi dell'Unione ad eccezione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito che continueranno ad utilizzare il loro diritto nazionale anche per le successioni internazionali.

Il dettagliato articolato⁴⁶⁰ non può in questa sede essere esaminato nella sua interezza essendo invece opportuno selezionare i temi che

⁴⁵⁸ Alle successioni la L. 218/1995 dedica gli articoli dal 46 al 50. Senza esaminare in dettaglio la normativa citata, è d'uopo, tuttavia, ricordare alcuni aspetti particolarmente significativi: l'art 46 dispone che "La successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte". A tale criterio della legge nazionale, il de cuius, con sua scelta espressa in forma testamentaria, può sostituire il criterio della residenza. La scelta non ha effetto se al momento della morte il dichiarante non risiedeva più nello Stato indicato. La legge 218/1995 chiarisce, altresì che, nel caso di successione di un cittadino italiano, la scelta non può pregiudicare i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui successione si tratta.

⁴⁵⁹ U. Tacconi, *Prime osservazioni sul regolamento UE n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di successioni*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche, n. 2/2013 Gennaio- Aprile, Palermo, p.86: "I notariati d' Europa, seppur con le peculiari differenze da stato a stato, rappresentano sicuramente la figura di pubblico ufficiale che più è coinvolta nella gestione della fase successoria".

⁴⁶⁰ Il Regolamento è suddiviso in 7 Capi (Capo I Ambito di applicazione e definizioni; Capo II competenza; Capo III Legge applicabile; Capo IV Riconoscimento, esecutività ed esecuzione

consentono di rilevare le significative tendenze innovatrici in sede internazionale con speciale riguardo alla superabilità dei limiti imposti dalla successione necessaria.

Interessanti i c.d. "considerata" che precedono l'articolato; nel primo, ad esempio, si legge *"L'Unione si è prefissata l'obiettivo di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone. Per realizzare gradualmente tale spazio, l'Unione deve adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile con implicazioni transnazionali, in particolare se necessario al corretto funzionamento del mercato interno"*.

L'Unione Europea dimostra di avere ben chiare le difficoltà legate all'incertezza della molteplicità delle autorità giudiziarie⁴⁶¹ che possono essere adite per l'esercizio dei diritti delle persone nell'ambito di una successione internazionale, nonché i limiti che la divergenza di disciplina delle successioni può comportare ostacolando la libera circolazione dei beni; l'art. 20 del Regolamento, sancisce che *"La legge designata dal presente regolamento si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro"*. Il "considerato" n.7 recita inoltre: *"È opportuno contribuire al corretto funzionamento del mercato interno rimuovendo gli ostacoli alla libera circolazione di persone che attualmente incontrano difficoltà nell'esercizio dei loro diritti nell'ambito di una successione con implicazioni transfrontaliere. Nello spazio europeo di giustizia, i cittadini devono poter organizzare in anticipo la propria successione. I diritti di*

delle decisioni; Capo V Atti pubblici e transazioni giudiziarie; Capo VI Certificato successorio europeo; Capo VII Disposizioni generali e finali) con un totale di 84 articoli preceduti da 83 "considerata" molto utili per comprendere motivazioni e finalità

⁴⁶¹ S. Di Gesu, *Le successioni internazionali*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche, n. 2/2017 Maggio-Agosto, Palermo, p. 1004 "La presenza di rapporti interpersonali sempre più cosmopoliti non poteva più giustificare l' esasperata differenziazione legislativa in merito a questi problemi, con il rischio, peraltro molto concreto, di creare conseguenze di notevole rilievo, e precipuamente quella di una insicurezza giuridica e del dilagarsi del fenomeno c.d. forum shopping"

eredi e legatari, di altre persone vicine al defunto nonché dei creditori dell'eredità devono essere garantiti in maniera efficace."

Il Regolamento (UE) n. 650/2012 si prefigge dunque chiari scopi di semplificazione e di certezza (sia inerenti i diritti dei beneficiari, sia funzionali ad evitare decisioni contrastanti).

L'art. 21 par.1 del Reg. prevede che la legge applicabile ad una successione a causa di morte, anche per quanto concerne la competenza giurisdizionale, sia la legge del paese in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte, anche se trattasi di un paese non facente parte dell'UE. Il considerando 23 fornisce dei criteri per la valutazione della sussistenza dell'abitudine della residenza⁴⁶². Il par.2 dell'art. 21 prevede tuttavia che, se dal complesso di circostanze concrete (tenendo conto anche e soprattutto dei legami personali ed affettivi, oltre che di quelli meramente economici e lavorativi) risulta chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello di residenza, la legge applicabile alla

⁴⁶² Considerando 23" In considerazione della crescente mobilità dei cittadini e al fine di assicurare la corretta amministrazione della giustizia all'interno dell'Unione e di garantire un criterio di collegamento oggettivo tra la successione e lo Stato membro nel quale è esercitata la competenza, il presente regolamento prevede come criterio di collegamento generale ai fini della determinazione sia della competenza che della legge applicabile la residenza abituale del defunto al momento della morte. Al fine di determinare la residenza abituale, l'autorità che si occupa della successione dovrebbe procedere a una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti, in particolare la durata e la regolarità del soggiorno del defunto nello Stato interessato nonché le condizioni e le ragioni dello stesso. La residenza abituale così determinata dovrebbe rivelare un collegamento stretto e stabile con lo Stato interessato tenendo conto degli obiettivi specifici del presente regolamento".

Occorre tener conto altresì del considerando n. 25:" Per quanto riguarda la determinazione della legge applicabile alla successione, l'autorità che si occupa della successione può, in casi eccezionali in cui, per esempio, il defunto si fosse trasferito nello Stato di residenza abituale in un momento relativamente prossimo alla sua morte e tutte le circostanze del caso indichino che aveva collegamenti manifestamente più stretti con un altro Stato, concludere che la legge applicabile alla successione non debba essere la legge dello Stato di residenza abituale del defunto, bensì la legge dello Stato con il quale il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti. I collegamenti manifestamente più stretti tuttavia non dovrebbero essere invocati come criterio di collegamento sussidiario ogni qual volta la determinazione della residenza abituale del defunto al momento della morte risulti complessa".

successione sia la legge di tale altro Stato. Ancora, l'art. 22 contempla la possibilità che, prima del suo decesso, una persona possa scegliere che la legge applicabile sia quella del paese di cui ha la cittadinanza.

In riferimento al Regolamento in esame si parla di adozione del principio di unità delle successioni, ma bisogna intendere adeguatamente il significato dell'espressione in questo contesto. Unità significa, come si evince dall'art 23 del Reg., che la legge designata regolerà tutti gli aspetti della successione, dall'apertura alla divisione, secondo il c.d. metodo monista che si contrappone al diverso sistema in base al quale la legge applicabile alla successione dei beni mobili è individuata sulla base del criterio del domicilio o della cittadinanza, quella applicabile ai beni immobili sulla base del criterio della *lex rei sitae*. Più corretta e precisa dunque è l'espressione "unicità normativa della successione".

L'art. 30 dispone che ogni Stato possa adottare norme speciali in deroga alla *lex successionis* per determinati beni immobili, imprese o altre categorie particolari di beni per ragioni di carattere economico, familiare o sociale.

Inoltre, l'art.35 prevede la possibilità di escludere la legge individuata secondo la disciplina del Regolamento qualora la sua applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro⁴⁶³. Una simile regola è dettata anche dall'art.18 della Convenzione

⁴⁶³ O. Feraci, *L' autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell' unione europea* in Riv. dir. internaz., fasc. 2, 2013, p. 424 ss. "Sul piano dei possibili profili di contrasto con l'ordine pubblico, com'è noto, il limite impedisce che la legge scelta dalle parti si ponga in contrasto con i principi fondamentali del foro e con quelli propri dell' Unione Europea (cd. ordine pubblico dell' Unione Europea). A questo proposito, occorre rilevare che il tendenziale parallelismo tra forum e jus, ricercato in quasi tutti gli strumenti di diritto internazionale dell' Unione Europea , ove realizzato, preclude l' invocabilità dell' ordine pubblico, risultando applicabile, in tali casi, la legge del foro. D' altra parte, la disparità delle normative nazionali sostanziali in tema di diritto di famiglia e di successioni favorisce l' insorgere di profili di contrarietà con i principi fondamentali del foro. La generale presunzione di osservanza da parte degli Stati membri dei principi fondamentali dell' Unione Europea, quali enunciati dal diritto primario dell' Unione Europea (TFUE, TUE e Carta) e, in certa misura, dal diritto derivato, circoscrive però le possibilità di ricorso all' ordine pubblico dell' Unione Europea, il quale può

dell'Aia del 1 agosto 1989. Deve rilevarsi che il Regolamento trascura di dare indicazioni chiare in relazione alle conseguenze dell'esclusione dell'applicabilità della legge.

L'applicazione dei criteri introdotti dal Regolamento potrebbe comportare "l'applicazione di istituti di diritto straniero (in ipotesi anche sconosciuti al diritto del foro)"⁴⁶⁴; in relazione a tale problematica peculiare si prevede (art.31) altresì il c.d."adattamento"⁴⁶⁵ dei diritti reali spettanti ad un soggetto secondo la legge applicabile alla successione qualora la legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato non conosca il diritto reale in questione.

Ancora, occorre almeno accennare all'innovativa disposizione inerente i patti successori, disposizione che dimostra certamente la tendenza europea verso il riconoscimento della maggiore autonomia del *de cuius*.

L'art. 25 del regolamento prevede, in ossequio al c.d. *favor validitatis*, che se anche uno solo di coloro che partecipano al patto successorio può scegliere una legge che consente e disciplina il patto, questo sarà valido. In pratica, se il patto è stipulato tra un cittadino di un Paese in cui i patti sono vietati (come, ad esempio, l'Italia) e un cittadino di

essere invocato più frequentemente in relazione alle leggi di Stati terzi che siano state scelte dalle parti in forza del carattere universale degli strumenti uniformi"

⁴⁶⁴ Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, in materia di successioni a cura di David Boulanger (Directeur du Cridon de Lille), Emanuele Calò (Dirigente studi internazionali Consiglio Nazionale Notariato), Cindy Foekherer (Oesterreichische Notarkammer), Notaio Giovanni Liotta (Responsabile RNE), Rembert Sus (Dirigente studi internazionali del Deutsches Notar Institut). Coordinatore: Notaio Paolo Pasqualis, Consigliere CNN. Assistenza alla traduzione: Antonio Cappiello in Consiglio Nazionale del Notariato Studi e Materiali 4/2012, IPSOA Wolters Kluwer, p. 1312.

⁴⁶⁵ Si riconoscerà al soggetto il diritto reale equivalente più vicino (per obiettivi, interessi perseguiti, suoi effetti) previsto dalla legge dello Stato

Si legge in Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 sopra citato, p. 1317: "Si ottiene, così, il risultato di una applicazione "per equivalente" in un determinato paese del diritto straniero. Le scelte in concreto potranno essere molto difficili e delicate, e costituire una importante responsabilità per il notaio chiamato a regolare una successione"

uno Stato in cui invece sono ammessi, sarà sufficiente scegliere la legge che li prevede perché esso sia efficace.

La possibilità riconosciuta incontra tuttavia un importante limite esplicitato nel considerando n. 50: *"La legge che, in base al presente regolamento, disciplinerà l'ammissibilità e la validità sostanziale di una disposizione a causa di morte nonché, per quanto riguarda i patti successori, gli effetti vincolanti di tali patti tra le parti, non dovrebbe pregiudicare i diritti di chiunque, in forza della legge applicabile alla successione, abbia diritto a una quota di legittima o abbia un altro diritto di cui non può essere privato dalla persona della cui successione si tratta"*.

Importante novità è rappresentata dal "certificato successorio europeo". Si tratta di un documento opzionale rilasciato dall'autorità che si occupa della successione (ma efficace in tutti i paesi dell'UE) richiedibile ed utilizzabile dagli eredi, dai legatari, dagli esecutori testamentari o amministratori dell'eredità che, in un altro paese dell'UE, hanno necessità di invocare il loro stato e far valere la loro qualità per esercitare i loro diritti.

Il certificato non costituisce dunque un titolo successorio, ma ha valenza probatoria in relazione: alla legge applicabile alla successione, al tipo di successione e agli elementi da cui derivano i diritti e i poteri degli eredi, legatari, esecutori testamentari o amministratori dell'eredità (comprese le informazioni relative all'accettazione dell'eredità o della rinuncia alla stessa); alla quota ereditaria e ai diritti e beni spettanti a ciascun erede o legatario; a eventuali limiti o restrizioni per eredi e legatari; ai poteri dell'esecutore testamentario e/o dell'amministratore dell'eredità e alle restrizioni a tali poteri. Il certificato, inoltre, può essere esibito ai fini

delle trascrizioni ed iscrizioni in pubblici registri⁴⁶⁶. Esso è rilasciato su istanza ed ha una durata di validità di sei mesi.

Il certificato di fatto rappresenta un valido strumento per la sicurezza delle contrattazioni, infatti, l'art. 66 del Reg. UE dispone, tra l'altro, che: *“Ricevuta la domanda l'autorità di rilascio verifica le informazioni e le dichiarazioni, nonché i documenti e gli altri mezzi di prova forniti dal richiedente. Effettua d'ufficio le indagini necessarie a detta verifica, laddove ciò sia previsto o consentito dal proprio diritto nazionale, o invita il richiedente a fornire le ulteriori prove che essa ritiene necessarie. Se il richiedente non è stato in grado di produrre copie autentiche dei documenti pertinenti, l'autorità di rilascio può decidere di accettare altri mezzi di prova. Se il diritto nazionale lo prevede e alle condizioni da esso stabilite, l'autorità di rilascio può chiedere che le dichiarazioni siano rese sotto giuramento o nella forma di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà.”*

Il sistema italiano - fatte salve le zone in cui vige il sistema tavolare per le quali il Regio Decreto 28 marzo 1929, n. 499 disciplina un istituto simile - non prevede una forma di certificazione di cui possano giovare eredi e legatari. Si è dunque osservato⁴⁶⁷ che tale certificato successorio potrebbe dare luogo a casi di c.d. “discriminazioni a rovescio” con violazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della nostra Costituzione poiché consente di avvalersi del certificato successorio solo nell'ambito delle successioni transnazionali con disparità di trattamento rispetto alle successioni “interne” laddove le legislazioni degli Stati gravino

⁴⁶⁶ Tuttavia, l'art. 69 par. 5 recita: “Il certificato costituisce titolo idoneo per l'iscrizione di beni ereditari nel pertinente registro di uno Stato membro, fatto salvo l'articolo 1, paragrafo 2, lettere k) e l)”; la norma fatta salva esclude dall'ambito di applicazione del Regolamento alla lettera K “la natura dei diritti reali” e alla lettera L “qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione, e gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione di tali diritti in un registro”.

⁴⁶⁷ L. Battistella, *Successioni transfrontaliere: certificato successorio europeo e possibile ruolo avvocatura*, in www.altalex.com, pubblicato il 15/05/2014

di una serie di adempimenti gli eredi, i legatari, gli esecutori per esercitare i propri diritti o poteri.

Il Regolamento, dunque, rappresenta un interessante sforzo legislativo volto a contrastare l'incertezza (intesa sia come dubbio in relazione alla legge applicabile stante la diversità delle norme di diritto sostanziale, sia come incertezza in merito alla competenza giurisdizionale) in tutte quelle situazioni in cui per circostanze particolari (residenza in paese diverso rispetto a quello d'origine o beni allocati in altro luogo rispetto al proprio Stato) è oggettivamente difficile per i cittadini programmare con chiarezza la propria successione e disporre con piena consapevolezza del proprio patrimonio. Tutto ciò poteva scoraggiare la libera circolazione dei beni e quella delle persone e risolversi in difficoltà sia per il *de cuius*, sia per i successori, sia per i creditori. La semplificazione emerge dunque quale indispensabile strumento di certezza e di sviluppo. Inoltre, il Regolamento, che rappresenta indubbiamente un'encomiabile tappa verso l'integrazione europea in ambito privatistico, acquista una particolare pregnanza per l'evidente valorizzazione dell'autonomia e della volontà delle parti non solo come criterio di collegamento ma come indirizzo del diritto internazionale privato.

Par.6- Aspetti comparatistici

L'armonizzazione delle norme interne dei vari Stati è stata affrontata in ambito internazionale per sopperire alle complesse problematiche che possono insorgere quando una successione presenta profili di internazionalità.

I singoli Stati europei e, a maggior ragione quelli extraeuropei, presentano, ovviamente, profonde diversità rispetto all'impianto interno del nostro sistema.

E' interessante soffermarsi su alcuni aspetti di diritto comparato (inerenti, comprensibilmente, solo alcuni Stati ed alcuni istituti) non tanto - o non solo - per comprendere meglio il fondamento storico e teorico che sorregge ogni scelta, quanto per cogliere possibili indicazioni di riforma per il nostro sistema di cui si denuncia, da più parti e ormai insistentemente, l'obsolescenza e l'inadeguatezza rispetto alla struttura economica, alla globalizzazione, ai valori substanti. Il diritto comparato offre indubbiamente preziosi spunti cui ispirarsi.

Molte -e già rilevate -le problematiche inerenti il nostro sistema di successione necessaria con riferimento sia ai soggetti possibili legittimari, sia alla quota ed alla sua composizione. Qui basti ricordare che la tutela del coniuge⁴⁶⁸ (ed anche dell'unito civile), già garantito dalla previsione della comunione come regime legale, passato da usufruttuario a erede in proprietà della quota maggiore, titolare del diritto di abitazione sulla casa di residenza

⁴⁶⁸ In Europa, la situazione inerente la figura del coniuge è varia: in alcuni Paesi addirittura non è contemplato tra i legittimari, in altri gode di una considerevole tutela, in altri ancora la tutela è molto contenuta. Così, a mero titolo esemplificativo, in Belgio i legittimari sono il coniuge, i figli e i genitori del defunto, ma il coniuge è nettamente privilegiato, basti pensare che, in mancanza di discendenti, ciascuno dei genitori avrebbe diritto a un quarto dell'eredità, ma, in questo caso, tuttavia, l'intero patrimonio può essere lasciato al coniuge superstite; il coniuge superstite, inoltre, riceve sempre almeno l'usufrutto della metà dei beni del patrimonio ereditario, oppure l'usufrutto dell'immobile utilizzato come abitazione principale e del relativo mobilio, anche nel caso in cui ciò corrisponda a una quota superiore alla metà del patrimonio ereditario. Completamente diversa la situazione in Lussemburgo, dove i legittimari sono solo i discendenti del defunto (figli o i nipoti). In Svizzera, dove non si applica il Regolamento 650 del 2012, abbiamo comunque la previsione legislativa della *réserve héréditaire*, che garantisce una quota legale dell'eredità ai discendenti, genitori, coniuge e partners registrato. In Norvegia vi è una prevalenza delle quote riservate ai figli, rispetto al coniuge. In Slovacchia, la riserva legale riguarda il coniuge e i figli, con divisione in parti uguali. In caso di premorienza di un figlio, la sua quota va agli eredi di quest'ultimo. Nella Repubblica Ceca gli eredi legittimari del testatore sono i parenti in linea discendente, mentre il coniuge superstite ed eventuali familiari in linea ascendente non sono eredi riservatari. Le informazioni sopra riportate sono state, in gran parte, desunte dal Portale Europeo della giustizia elettronica -successioni, https://e-justice.europa.eu/content_succession

familiare e di uso dei mobili ivi contenuti, appare sproporzionata ed eccessiva a fronte di un contesto familiare dove i rapporti di coppia sono sempre più facilmente sfaldabili. Infatti, un altro aspetto successorio molto discusso e fortemente distante dal comune sentire è la previsione della conservazione della qualità di legittimario in capo al coniuge separato senza addebito, non ancora divorziato, nonché l'assoluta assenza di considerazione della durata del vincolo.

In Germania, dove pure esiste la legittima, il regime patrimoniale vigente tra i coniugi ha riflessi sulla disciplina successoria: infatti, la quota ereditaria del coniuge sopravvivente prevista dall'articolo 1931 del BGB può essere maggiore se il regime matrimoniale era quello dello "*Zugewinnausgleich*" (una sorta di comunione degli incrementi che comporta la separazione dei beni in costanza del matrimonio ed una possibile compensazione al momento della sua dissoluzione: ciascuno ha il diritto di partecipare alla metà del plusvalore di patrimonio nel frattempo realizzato dall'altro). Infatti, base di calcolo è il patrimonio del defunto al netto del conguaglio, cioè della compensazione patrimoniale fra i coniugi al momento dello scioglimento della comunione degli incrementi⁴⁶⁹.

In Italia, le profonde trasformazioni inerenti i rapporti familiari non hanno scalfito la posizione del coniuge e si sono tradotte solo in un aumento delle categorie di successibili, seguendo il criterio che l'inclusione nel novero dei legittimari garantisca l'osservanza dei principi costituzionali, primo tra tutti quello di uguaglianza.

Anche le istanze di solidarietà -se si prescinde dalla disciplina introdotta con la legge sul "Dopo di noi"- non hanno trovato

⁴⁶⁹ Inoltre, altra differenza importante del diritto tedesco rispetto al nostro è rappresentata dalla posizione del legittimario che si sostanzia meramente in un credito pecuniario verso l'erede (*Zugewinnausgleich*)(cfr. P. Kindler, *Le successioni a causa di morte nel diritto tedesco: profili generali e successione nei beni produttivi*, in www.lex.unict.it)

riconoscimento: i diritti successori dei membri della famiglia competono ai medesimi indipendentemente dalle loro condizioni, dal loro bisogno e/o anche da loro meriti, diversamente da quanto previsto in altri Stati d'Europa e del mondo⁴⁷⁰.

La prima considerazione che emerge dallo studio degli ordinamenti stranieri, specie di *common law*, è che, generalmente, alla piena libertà di testare corrisponde l'assenza di limiti inerenti la riserva. Nel Regno Unito ad esempio, salvo la Scozia⁴⁷¹, la legittima non è prevista.

E' interessante ricordare che i precedenti storici più risalenti (XII, XIII sec.) conoscono forme di legittima anche nel diritto inglese⁴⁷², scomparsi tuttavia nella successiva evoluzione che vede l'affermarsi di un'ampia potestà testamentaria.

Nei sistemi di *common law*, inoltre, non vige il principio romanistico dell'universalità della successione ma il diverso principio risalente all'epoca feudale della scissione della successione basato sulla separazione tra proprietà mobiliare e proprietà immobiliare: ai beni mobili viene applicata la legge dell'ultimo domicilio o dell'ultima cittadinanza del *de cuius*, ai beni immobili la *lex rei sitae*⁴⁷³. Una delle conseguenze più rilevanti è che

⁴⁷⁰ Altri Stati prevedono forme di tutela collegate o all'oggettivo stato di necessità del beneficiario oppure ai suoi meriti/demeriti. Ad esempio, il diritto ceco prevede che il discendente può essere privato della legittima qualora abbia omesso di prestare al *de cuius* (in caso di malattia, di vecchiaia o in altri casi gravi) l'assistenza necessaria; in Austria il *de cuius* può diminuire la quota di legittima, se tra un figlio e uno dei suoi genitori non sia mai esistito il normale "rapporto di prossimità affettiva"; in Louisiana è prevista una forma di legittima ma solo per i figli minori di ventitré anni e per quelli portatori di un handicap psichico o fisico. (cfr. A. Palazzo, *Testamento e istituti alternativi* in Trattato teorico- pratico di diritto privato diretto da Guido Alpa e Salvatore Patti, CEDAM, 2008, p. 454, nt. 25)

⁴⁷¹ In Scozia al coniuge (o al partner civile) spetta un terzo dei beni mobili del defunto se questo ha lasciato figli (o metà se il defunto non ha lasciato figli); ai figli superstiti viene assegnato un terzo dei beni mobili del defunto se questo ha lasciato il coniuge o il partner civile (metà se il defunto non ha lasciato il coniuge o il partner civile), quota da dividere in parti uguali.

⁴⁷² C. Valia, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2002, II, 364

⁴⁷³ P. Rescigno, *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Milano 2010, p. 729

qualora l'asse ereditario ricomprenda beni immobili in Stati diversi, si potranno avere più leggi regolatrici della successione.

Nel 1938 l'*Inheritance Family Provision Act* introduce il principio in base al quale determinate persone (coniuge, figlia disabile o non sposata, figlio minorenne o disabile) possono chiedere una *provision* che, di fatto, comporta una modificazione da parte del giudice di clausole testamentarie non ritenute eque. Oggi, tale possibilità è più ampiamente riconosciuta dall'*Inheritance Provision for Family and Dependants Act* del 1975⁴⁷⁴ (con le successive modificazioni del 1995 e 2004): i figli (anche adulti), il coniuge (anche ex coniuge purchè non risposato), il convivente (se la convivenza durava da almeno due anni prima della morte), i c.d. *dependants* del defunto (coloro che al momento della morte dipendevano dal *de cuius*, godendo di una qualche forma di mantenimento sebbene non legati a lui da rapporti di filiazione o di parentela) possono proporre domanda al giudice affinché venga loro attribuito un importo prelevato dal patrimonio ereditario⁴⁷⁵. Ciò che i richiedenti possono ottenere non è una quota fissa, determinata, ma l'ammontare di tale riconoscimento è affidato all'apprezzamento discrezionale del giudice⁴⁷⁶ che valuterà (anche se trattasi

⁴⁷⁴ M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclose agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, p. 327

⁴⁷⁵ L'istituto ha una modesta applicazione pratica, e tale circostanza conferma la scarsa permeabilità del sistema anglosassone a soluzioni assimilabili, anche se latamente, alla successione necessaria.

⁴⁷⁶ Altro campo in cui ai giudici è affidato il delicato compito di far emergere le ragioni di giustizia di una parte si rinviene nell'insidioso campo di acquisti fatti con denaro altrui G. Oberto, *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, (Nota a Cass. civ., sez. II, 25 marzo 2013, n. 7480, D. G. c. R.) in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 556 ss. : "E così, oltre Manica, così come oltre Oceano, il ricorso del giudice al *trust* consente di riconoscere nei casi suddetti, in capo al convivente (o al coniuge) «pretermesso», l'esistenza di un *beneficial interest* su singoli cespiti (si tratta per lo più della casa d'abitazione) acquistati dall'altro e a questi intestati. All'uopo è necessario accertare che l'acquisto sia avvenuto (anche o esclusivamente) per effetto del contributo in denaro o in lavoro del «convivente (o del coniuge) debole» (.....) Nel diritto di matrice anglosassone esiste infatti un principio generale in base al quale, quando un certo bene viene acquistato formalmente da un soggetto diverso da colui che ha fornito il denaro necessario per l'acquisto, la *beneficial ownership* «risulta» in favore di quest'ultimo (c.d. «presumption of resulting trust») (....) Lord Denning raggiunse tale risultato non già desumendo dal

di figli che quindi non sono tutelati in quanto tali ma solo se in stato precario per età, salute, situazione economica) le loro condizioni personali (con speciale riguardo alla sussistenza di handicap ed alle difficoltà connesse alla capacità lavorativa e di mantenimento -attuale e futuro - della propria famiglia). Si terrà conto altresì di eventuali doveri del *de cuius* nei loro confronti e correlativamente della condotta eventualmente tenuta dall'istante nei riguardi del *de cuius* e se siano stati destinatari di donazioni fatte in vita e della durata del matrimonio.

In relazione alla possibilità di considerazione della durata del vincolo matrimoniale si segnala, per gli Stati Uniti, la previsione dell'*Uniform Probate Code* (UPC)⁴⁷⁷, in base alla quale la quota di riserva spettante al coniuge inizialmente non è fissa ma collegata alla durata del matrimonio⁴⁷⁸.

comportamento delle parti la sussistenza di un accordo sul (*resulting*) *trust*, ma facendo derivare quest'ultimo direttamente dall'*equity*, in base a un principio che lo stesso giudice aveva già enunciato in una causa precedente. Una vedova aveva corrisposto al genero una somma di denaro per realizzare un ampliamento della casa di quest'ultimo (si trattava dell'aggiunta di una camera da letto), in vista di un definitivo suo trasferimento presso la famiglia della figlia, ma, dopo quindici mesi di convivenza, essendo insorti dei contrasti, aveva mutato idea, chiedendo un indennizzo per l'esborso affrontato. L'istituto in esame prende il nome di *constructive trust*. Esso viene comunemente definito come un rimedio di *equity* in base al quale il giudice può porre riparo a una situazione di ingiustificato arricchimento di una parte ai danni dell'altra. (.....) In Italia, così come del resto in tutti gli ordinamenti di matrice romanistica, non sembra invece possibile riconoscere all'autore dei contributi in oggetto una qualche forma di partecipazione all'acquisto operato dal *partner* (così come dal coniuge in separazione dei beni), nonostante un precedente giurisprudenziale assai citato in dottrina."

⁴⁷⁷ La quota aumenta del 3% per ogni anno di matrimonio, per diventare fissa del 50% dopo quindici anni di matrimonio; L'Uniform Probate Code è un atto uniforme, che regola l'eredità negli Stati Uniti; avrebbe dovuto essere adottato tutti i 50 stati, ma vi hanno aderito nella sua interezza solo sedici Stati: Alaska, Arizona, Colorado, Florida, Hawaii, Idaho, Maine, Michigan, Minnesota, Montana, Nebraska, New Mexico, North Dakota, Utah, South Carolina, South Dakota. In ogni caso, l'adozione dell'atto non esclude che possano esserci differenze significative di disciplina tra gli Stati.

⁴⁷⁸ G. De Rosa e E. Calò, *Il ruolo del Notaio nelle successioni*, in I Quaderni della Fondazione Italiana del notariato <https://elibrary.fondazione-notariato.it/>: "l'esistenza di una tendenza ad accrescere i diritti del coniuge superstite, che tendono ad essere fissati in una cifra non inferiore ai cinquantamila dollari, quale *elective share* (introdotta per contrastare eventuali previsioni contrarie contenute nel testamento. Tale *elective share* viene oggi calcolata moltiplicando l'intero asse ereditario per una percentuale che parte dal 3% durante il primo anno di matrimonio, per raggiungere il 50% nel caso di matrimoni la cui durata non sia inferiore al quindicennio. Le basi ideologiche di questa accresciuta importanza della quota ereditaria del coniuge superstite sarebbero due: a) la teoria basata sui bisogni (*need-based theory*), secondo la quale ogni coniuge ha il dovere (di provvedere nei riguardi del coniuge superstite e b) la *partnership theory*, che considera il matrimonio come una specie di sodalizio di natura economica fatto dal contributo di ciascun coniuge".

Quanto alla tecnica seguita dal nostro legislatore in relazione all'ampliamento delle categorie dei legittimari, tra cui anche gli ascendenti naturali, occorre segnalare l'opposta scelta della Francia dove pure la legittima è prevista e fortemente radicata, ma la riforma del 2006⁴⁷⁹ ha comportato l'esclusione degli ascendenti dal novero dei legittimari.

Il sistema francese presenta, per molti versi, fermenti analoghi a quelli che si registrano nei nostri dibattiti dottrinali sulle successioni necessarie. Infatti, si evidenzia da più parti l'inadeguatezza della riserva laddove essa finisca per configurarsi come un limite alla circolazione dei beni, come causa di disuguaglianza (nella misura in cui non consenta di tener conto dei diversi bisogni -o anche dei meriti- dei legittimari), come soluzione non conforme al comune sentire in presenza di famiglie "ricomposte". Anche in Francia, dunque, gli interpreti *"riconoscono istintivamente un omaggio alle prerogative proprietarie in ogni allentamento dei vincoli alla libertà di disporre in ambito e prospettiva successoria. Tale visione muove, invero, da un contesto che sacralizza la proprietà, ma non la successione ereditaria e che ha perciò soppesato le ragioni della compressione della autonomia testamentaria implicata dalla riserva"*⁴⁸⁰.

Il legislatore francese, come abbiamo già detto, ha provveduto nel 2006 alla riforma riguardante gli ascendenti, ma ancor prima, nel 2001, aveva introdotto importanti novità rispetto al coniuge, prevedendo, a suo favore, la quota in proprietà e non più (o meglio non solo, stante la facoltà di scelta) in usufrutto. Tale scelta è stata accompagnata da dubbi *"la stessa opportunità di mantenere la riserva a favore del coniuge è stata oggetto di*

⁴⁷⁹ Legge n. 2006-728 del 23 giugno 2006 *"Reforme des successions et des libéralité"*,

⁴⁸⁰ A. Fusaro, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2015, p. 279

dibattito: se infatti per molti l'attribuzione di una percentuale del patrimonio a favore del superstite si giustificava in considerazione del contributo fornito al suo accumulo, altri revocavano in dubbio la fondatezza della conservazione di una quota di proprietà, piuttosto che la garanzia del solo mantenimento, specie se all'eventuale tramonto dell'affetto coniugale si accompagnava il contemporaneo desiderio di avvantaggiare una terza persona od un figlio naturale".

Come si può constatare, si tratta di osservazioni molto simili a quelle che investono, nel nostro Paese, l'attuale posizione del coniuge.

Nonostante le molte convergenze tra i due sistemi di *civil law* si deve però sottolineare la maggiore apertura della Francia alla necessità di dare maggiore stabilità e certezza alla circolazione dei beni di provenienza donativa con riferimento alla tutela dei legittimari ed in particolare alla possibilità di ridurre le disposizioni lesive. Anche questo aspetto è stato affrontato dalla riforma francese del 2006 che ha previsto la facoltà di rinuncia anticipata all'azione di riduzione, la riduzione in valore e non più in natura, l'estensione della *donation-partage*⁴⁸¹ ai figli unilaterali; la donazione transgenerazionale (con tale espressione s'intende la donazione ai nipoti purché i figli rinuncino ai loro diritti). In Francia, la retroattività reale dell'azione di riduzione è contemplata ma la sua portata è affievolita dalla possibilità di rinunciare preventivamente all'azione medesima (facoltà ritenuta un efficiente strumento per favorire la circolazione giuridica dei beni di provenienza donativa⁴⁸²) e dal termine di prescrizione di cinque anni⁴⁸³; inoltre, ai sensi dell'art 930, comma 2 Code civil non si ammette

⁴⁸¹ A. Fusaro, *op.cit.*, p. 274: "la presenza della *donation partage* consente la distribuzione del patrimonio in vita tra i legittimari con il loro consenso"

⁴⁸² In merito è interessante ricordare che in Francia già dal 1971 era stato previsto che se la vendita del bene donato era stata concordata con gli altri legittimari, l'acquirente era tutelato da eventuali loro pretese successorie

⁴⁸³ G. D'amico, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in Riv. notariato, fasc. 6/2011, p. 1271 ss. sottolinea come in alcuni

l'azione di riduzione e di rivendica contro terzi possessori del bene nel caso di trasferimento di un bene avvenuto con il consenso di tutti i legittimari nati e viventi al tempo di essa⁴⁸⁴. La riforma del 2006 ha dunque trasformato definitivamente la legittima in una riserva di valore.

Anche il sistema spagnolo, molto assimilabile al nostro per individuazione dei legittimari (coniuge, figli, discendenti e ascendenti), calcolo ed intangibilità della quota e riduzione delle donazioni, tuttavia non presenta un meccanismo recuperatorio, con carattere reale, qual è l'azione di restituzione.

La rigidità del nostro sistema si palesa poi, in particolare, con riferimento al divieto di patti successori.

Nello studio del diritto comparato presentano un particolare rilievo - in coerenza con gli obiettivi del presente lavoro - non solo la legittima in sé (cioè l'esistenza o meno negli altri ordinamenti di istituti sovrapponibili alla nostra riserva), ma anche la disciplina dei patti successori ed in generale il livello di autonomia riconosciuto al *de cuius*.

A sua volta, il detto profilo è significativo sia dal punto di vista internazionalistico per possibili problematiche in caso di successioni transfrontaliere, sia per evidenziare una tendenza importante con la quale, in tempi di globalizzazione non è possibile non confrontarsi⁴⁸⁵.

“ordinamenti l'azione di riduzione è limitata alle donazioni effettuate non oltre un certo numero di anni precedente l'apertura della successione (ad es. tre anni in Austria, cinque anni in Svizzera, dieci anni in Germania...)”

⁴⁸⁴ A. Palazzo, *La circolazione dei beni donati dopo la novella del 2005* in Studi in onore di Marco Comporti, Vol. III, Giuffrè Editore, 2008, p. 2050

⁴⁸⁵ G. Petrelli, *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, in Notariato 2005, p. 211 : " Il filo rosso, che unisce le tematiche analizzate (limiti di ammissibilità dei patti successori; disciplina della trasmissione dell'eredità, e conseguenti strumenti di tutela degli aventi causa dall'erede; disciplina dell'azione di riduzione per lesione di legittima, e tutela degli aventi causa da eredi, legatari e donatari), è quello della più volte prospettata, ed ormai indilazionabile, riforma di alcuni istituti del diritto successorio italiano che, a distanza di oltre sessanta anni dall'entrata in vigore del codice civile del 1942, mostrano ormai chiaramente i segni del tempo, rivelandosi inadeguati a disciplinare snodi delicatissimi nel processo di trasmissione della ricchezza familiare. Perché, è evidente, la tutela giuridica dei trasferimenti in ambito familiare non può riguardare esclusivamente l'aspetto interno di tali trasferimenti, ed

I patti successori vietati in Italia sono ammessi in molti Paesi⁴⁸⁶, o, quanto meno, in altri si constata un'inclinazione al ridimensionamento del divieto come in Francia⁴⁸⁷, dove è possibile stipulare l'*institution contractuelle* nell'ambito del *contrat de mariage* o al di fuori (essendo però in quest'ultimo caso revocabile *ad nutum*), pertanto questo tipo di patto "rigidamente formale" (stipulato per atto pubblico) sembrerebbe rientrare nelle convenzioni familiari con riflessi successori⁴⁸⁸.

Il legislatore tedesco⁴⁸⁹ accanto al tradizionale strumento del testamento normativizza un altro atto *mortis causa*, normalmente a titolo gratuito: il contratto ereditario (*Erbvertrag*)⁴⁹⁰ con il quale il disponente (*Erblasser*) può istituire eredi (*Erbeinsetzung*) e legatari (*Vermachtnisse*), assegnando beni *mortis causa* al contraente o ad un terzo. Tale contratto

esaurirsi nel pur fondamentale ampliamento dell'ambito di operatività dell'autonomia privata e degli accordi leciti, ma deve preoccuparsi anche della rilevanza esterna di tali trasferimenti ed accordi, e del grado di sicurezza che essi, divenuti "titoli di provenienza", rivestono in un sistema che è, e deve essere sempre di più, improntato alla tutela della circolazione giuridica".

⁴⁸⁶ G. Petrelli, *op.cit.*, p. 211 ss.: "[il divieto] è vigente in via generalizzata, oltre che in Italia, solo in un ristretto numero di ordinamenti, facenti parte dell'ex area socialista (Albania, Bielorussia, Bulgaria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Lituania, Romania, Russia). Per converso, solo raramente si riscontra una generalizzata ammissione della validità dei suddetti patti (ciò si verifica, in particolare, nell'ordinamento regionale autonomo di Ibiza e Formentera, isole Baleari spagnole). La stragrande maggioranza degli ordinamenti europei adotta invece un atteggiamento più pragmatico, ammettendo, con maggiori o minori limitazioni, la validità degli accordi tra vivi con funzione mortis causa".

⁴⁸⁷ G. Bonilini - U. Carnevali, voce *Successione*. IX) *Diritto comparato e straniero*, Enc.giur., XXX, Roma, 1993

⁴⁸⁸ A. Bortoluzzi, *Il divieto di patti successori e le alternative al testamento. In particolare: il caso dell'impresa* in Vita Notarile Esperienze Giuridiche n. 1/2009, Gennaio- Aprile, Palermo, p. 560 il quale peraltro sottolinea come in Austria i patti successori stipulati tra coniugi sono fatti rientrare nei patti nuziali

⁴⁸⁹ C. Cicero, *Il divieto del patto successorio nel codice civile italiano e le sue modificazioni* in Rivista del notariato, fasc. 4, 1 agosto 2018, p. 699 ss. sottolinea come si orientano in tal senso anche il "legislatore svizzero (art. 468, 494 e 495 con riferimento alla normativa sui contratti successori istitutivi e rinunziativi) e austriaco"

⁴⁹⁰ S. Patti, *Contratti ereditari e contratti di rinuncia all'eredità nell'esperienza germanica in Famiglia*. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa n. 2/ 2018 marzo- aprile, p. 196 "Testamento e Erbvertrag sono per molti versi assimilabili. Tuttavia, è richiesta una diversa capacità, perché nel caso del contratto ereditario occorre la capacità prevista per la stipula dei contratti e non quella -<<ridotta>>- richiesta per il testamento. Inoltre è più rigorosa la forma, poiché il contratto ereditario si deve stipulare mediante atto pubblico mentre ciò non è necessario per il testamento. Anche per l' Erbvertrag vale il principio di conservazione, e precisamente, la possibilità di conversione dell'atto giuridico, per cui se sussistono ragioni di nullità è possibile comunque che l'atto valga come testamento"

sembrerebbe trovare le proprie radici nel “concetto di negozio proprio del diritto tedesco (*Rechtsgeschäft*) capace di attrarre a sé ogni sorta di atto, anche di natura non economica, ascrivibile alla autonomia dei privati come dichiarazione di volontà e autoregolamento di interessi da valutarsi mediante constatazione del loro grado di compatibilità tra il valore espresso dalla regola negoziale con quello espresso dalle norme dell’ordinamento”⁴⁹¹. Il BGB consente di porre in essere, con atto pubblico, un contratto ereditario sia istitutivo (Paragrafi 2274 ss. BGB) sia rinunciativo (Paragrafi 2346 ss. BGB) ma non dispositivo. L'evidente vantaggio conseguito dal contraente consiste nel fatto che, mentre il testamento è sempre revocabile e chi sa di essere stato nominato erede non può in alcun modo impedire la revoca, invece il contraente vanterà un vero e proprio diritto. Infatti, una volta stipulato l' *Erbvertrag* il disponente conserva la facoltà di disporre dei beni oggetto del contratto ereditario in vita, ma non può disporne con altri atti *mortis causa* (un altro *Erbvertrag* o un testamento).

Introdurre, nel nostro ordinamento, un contratto ereditario sulla falsariga del modello tedesco significherebbe pacificamente ammettere una terza forma di devoluzione ereditaria, quella contrattuale, accettando in questo settore un “atto negoziale intimamente difforme dal testamento, perché dalla sua stipulazione sorge affidamento...[ciò] vorrebbe dire ... ammettere [sia] la rinuncia preventiva all’azione di riduzione...[sia] la rinuncia contrattuale all’eredità”⁴⁹². L’introduzione di un patto successorio di tipo rinunciativo potrebbe essere dirimente in vista di un futuro matrimonio, soprattutto nel caso in cui siano presenti figli avuti da relazioni

⁴⁹¹ A. Bortoluzzi, *Il divieto dei patti successori e le alternative al testamento. In particolare: il caso dell’impresa* in Vita Notarile n.1/2009, Gennaio- Aprile, p. 560

⁴⁹² C. Cicero, *Il divieto del patto successorio nel codice civile italiano e le sue modificazioni* in Rivista del notariato, fasc. 4, 1 agosto 2018, p. 699 ss.

precedenti, ma sono immanenti diversi rischi, come ad esempio, quello di matrimoni di comodo solo per lucrare dallo Stato la pensione di reversibilità. In realtà, si sottolinea in dottrina come già il testamento di per sé potrebbe essere uno strumento idoneo a “*mantenere la destinazione economica di determinati beni...realizzare la successione anche al di fuori del nucleo familiare...[e] garantire il mantenimento oltre la...vita [del de cuius] a soggetti disabili*”⁴⁹³.

Al di là di possibili riforme che vadano, come si auspica, nella direzione del riconoscimento di una maggiore libertà del *de cuius*, attualmente il rigore del divieto pone anche problemi nelle successioni transfrontaliere, essendosi posto il dubbio se il divieto dei patti successori rappresenti un principio d'ordine pubblico, come tale idoneo ad impedire, ex art. 16 L. 218/1995, il riconoscimento di una norma straniera che consenta la successione contrattuale. Da tempo, ormai, la risposta a tale quesito è negativa, salvo il caso di applicabilità dell'art. 46, L.218/1995 che prevede un limite all'operatività della *electio iuris*, in favore della legge del Paese di residenza del *de cuius*, solo nel caso in cui l'opzione possa pregiudicare i diritti successori dei legittimari. Come abbiamo già visto, anche il "considerando" 50 del Regolamento (UE) n. 650/2012 sollecita la medesima conclusione.

Quindi, con riferimento ai patti successori stipulati in base alla legge di un Paese straniero che li ammetta, essi non potranno essere riconosciuti in Italia solo se violano la tutela della legittima.

Infine, come già precisato, l'indagine comparatistica ha la funzione concreta di cogliere spunti di possibile riforma ed adeguamento al contesto internazionale. La globalizzazione e la facilità di circolazione hanno sempre

⁴⁹³ G. Pisciotto, *op. cit.*, p. 691

più ampliato le relazioni tra i cittadini dei vari Paesi ed è quindi interessante anche effettuare una rapida disamina di un ordinamento molto distante dal nostro, non solo geograficamente ma per tradizioni giuridiche e sociali e per assetto istituzionale: il riferimento è alla Cina odierna. L'esame, in questo caso, dimostra che l'assetto familiare è dipendente da quello politico e le norme sulla successione mutano col mutare delle funzioni riconosciute o attribuite alla formazione sociale familiare.

Lo stesso tema è stato trattato, nel primo capitolo del presente lavoro, con riferimento alla prospettiva storica. Già l'analisi diacronica ha evidenziato le relazioni tra norme successorie non solo e non tanto con la famiglia come noi oggi la intendiamo e configuriamo, bensì con la famiglia come impianto e base dell'assetto socio-politico di una data epoca storica: la famiglia è indissolubilmente legata alla trasmissione *post mortem* della ricchezza, ma la ragione profonda di tale facoltà non sempre si può rinvenire nei sentimenti d'affezione. Sono da sempre emerse con chiarezza, infatti, anche le connessioni con il diritto di proprietà, il suo riconoscimento, la sua trasmissibilità, la funzione della stessa trasmissione. E' apparso evidente che la successione si è piegata nel tempo ad interpretare gli interessi sociali emergenti di volta in volta.

In Europa ed in generale nei regimi liberisti, le connessioni tra successione necessaria e famiglia sono state sostanzialmente declinate in due modi: come strumento di conservazione dei patrimoni nell'alveo parentale, o come mezzo per realizzare la solidarietà nei rapporti familiari. Lo studio comparatistico dell'ordinamento cinese mette in luce la visione della famiglia come strumento di realizzazione di fini sociali e produttivi: una trasmissione quindi che vede come obiettivo primario la conservazione dello Stato e che, in relazione a tale obiettivo individua nella famiglia

l'organismo di base che, ottemperando alle necessità dei suoi membri, ne assicura il sostentamento attuando contestualmente una funzione latamente solidaristica.

La Repubblica Popolare Cinese nasce nel 1949; con l'affermarsi di tale regime tutta la legislazione repubblicana in materia successoria viene abrogata da un decreto del Comitato Centrale del Partito Comunista, ma non viene eliminata la successione intesa come istituto giuridico di trasmissione privata della ricchezza⁴⁹⁴.

Mao Zedong dà avvio alla riforma agraria e alla collettivizzazione prima gradualmente formando le c.d. *Squadre di mutuo aiuto* (5-15 famiglie), poi con le *Cooperative semplici* (20-40 famiglie), infine con le *Grandi cooperative* (100-300 famiglie): le famiglie devono mettere in comune terra, animali, strumenti. Di fatto la proprietà agricola è in mano pubblica e non suscettibile quindi di successione ereditaria.

Successivamente con Deng Xiaoping *"la famiglia tornò ad essere l'unità di produzione fondamentale, ove è concepita una proprietà multistrutturale, ossia dove forme di proprietà privata coesistono nella struttura socialista di base....In questo nuovo contesto, il 10 aprile 1985 fu emanata la Legge sull'eredità della Repubblica popolare cinese..."*⁴⁹⁵. Tuttavia, la legge (all' art. 3) indica quali beni possono essere oggetto di

⁴⁹⁴ A. Carpi, *Famiglia e regime delle successioni nell'ordinamento cinese*, in Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 Vicenza, 1 luglio 2016, www.fondazione-notariato.it p. 265 ss:".. nella Costituzione del 1954, fu sancito il diritto dei cittadini ad ereditare beni privati. In questa normativa, in ossequio al modello socialista dominante, vi fu una forte contrazione della proprietà privata a favore di quella collettiva e la famiglia fu vista più come unità di produzione, il cui fine principale doveva essere lo sviluppo economico del Paese".

⁴⁹⁵ A. Carpi, *op. cit.*, p. 265 ss. L'autrice chiarisce anche che "Né la Costituzione né i Principi generali di diritto civile(29), emanati nel 1986, aiutano nel tentativo di chiarire il disposto dell'art. 3, mentre in senso chiarificatore intervengono dottrina e giurisprudenza della Corte Suprema del popolo. Il n. 5, infatti, inizialmente veniva interpretato in maniera restrittiva e si facevano rientrare tra i mezzi di produzione trasmissibili per via ereditaria solo macchine e mezzi di minore valore economico. In un secondo momento, furono riconosciuti come ereditabili anche i mezzi di produzione appartenuti a cinesi d'oltre mare fino ad arrivare ad includere quelli appartenuti a stranieri che avessero investito in Cina"

successione: si tratta in pratica di beni d'uso, personali e poi vengono indicati " *mezzi di produzione che la legge consente di possedere*" e " *altro patrimonio legittimo*", espressioni generiche ed indeterminate, per un probabile adattamento implicito alle rapide trasformazioni economiche che hanno investito quel Paese in questi decenni. Si deve però notare che il legislatore tiene sempre fondamentalmente in considerazione lo sviluppo del Paese, funzione che si coglie non solo dalle limitazioni inerenti i beni trasmissibili, ma anche da altri istituti apparentemente realizzativi della solidarietà familiare. Il sistema⁴⁹⁶, infatti, prevede che eredi possano essere solo i familiari indicati dall'art.10 (e l'art.16 chiarisce che il testatore può scegliere solo tra questi, consentendo di destinare ad un estraneo solo un legato), disciplina la rilevanza dei "meriti" o dei "demeriti" dei successibili e delle loro condizioni personali⁴⁹⁷: di fatto si realizza così una sorta di previdenza privata che solleva lo Stato dalla cura - almeno per i bisogni primari- dei soggetti deboli (minori, anziani, inabili)⁴⁹⁸. Alla stessa funzione sembra rispondere l'accordo di sostentamento previsto dall'art. 31: si tratta di un contratto con il quale una parte si assume l'obbligo di cura e mantenimento (e spese funerarie) dell'altra parte ottenendo come controprestazione il diritto a succedere al patrimonio dell'assistito⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Leggi Tradotte della Repubblica Popolare Cinese II Leggi sul matrimonio, sulle adozioni, sulle successioni, sul trust, sulle garanzie delle obbligazioni, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" osservatorio sul sistema giuridico romanistico in Italia e in Cina

⁴⁹⁷ Ai sensi dell'art. 12 della legge citata la nuora ed il genero -non ricompresi normalmente nel numero degli eredi - possono ereditare se si sono fatti carico del mantenimento dei suoceri; ai sensi dell'art 13 la quota di eredità può aumentare o diminuire (sino ad arrivare all'esclusione) a seconda di come e se l'erede abbia ottemperato ai doveri di cura; ai sensi degli artt.13, 14, 19 prevedono la partecipazione all'eredità dell'inabile anche estraneo, riservandogli una quota di eredità per le sue necessità.

⁴⁹⁸ A. Carpi, *op.cit.*, p. 265 ss. : "L'istituto proviene dal così detto sistema delle cinque garanzie (wu baohu), esistente già dalla fine degli anni cinquanta nelle cooperative agricole quale forma di previdenza sociale per gli anziani, i minori orfani e tutti quei soggetti non in grado di sostentarsi. A costoro, la società garantiva cinque beni essenziali: vitto, alloggio, vestiario, istruzione e spese funerarie"

⁴⁹⁹ L'Autrice già citata nota : " si costituisce un obbligo immediato di sostentamento a fronte di una cessione futura, post mortem del patrimonio. ... Nel raffronto con il diritto italiano, questo istituto sembra essere in contrasto con il divieto dei patti successori ex art. 458 c.c., il che

Sembra potersi, dunque, rinvenire nell'ordinamento cinese, una solidarietà familiare piegata a scopi pubblicistici che presenta interessanti spunti di riflessione anche per il mondo occidentale. Il welfare statale collide sempre più spesso con i limiti imposti dalla finanza pubblica e, dunque, ovunque, la solidarietà privata è chiamata a sopperire ai bisogni dei più deboli. Infatti, la legge sul "Dopo di noi" presenta una parte inerente l'intervento pubblico per l'assistenza dei soggetti deboli ed un'altra che offre un ventaglio di strumenti privatistici come mezzo di previsione di certezza di cure future per i soggetti deboli.

Dall'analisi comparatistica emerge, dunque, da una parte che in molti Paesi la riserva è giustamente collegata ad esigenze specifiche e si lega ad una differenziazione delle situazioni soggettive realizzando il principio di uguaglianza sostanziale; dall'altra come *"il nostro ordinamento si trovi, per molti aspetti, sostanzialmente isolato nel panorama europeo, e spesso contenga soluzioni poco efficienti, ingiustamente limitative della libertà dei privati e che per giunta rappresentano un pericolo per la sicurezza dei traffici, specie in campo immobiliare"*; la riforma delle successioni, dunque, appare ormai ineludibile *"oltre che per motivi di intrinseca insufficienza e inadeguatezza della stessa, anche nell'ambito del processo di progressivo avvicinamento delle legislazioni in ambito europeo"*⁵⁰⁰.

I sistemi nazionali, come abbiamo visto, hanno provveduto, nel tempo, al loro interno, a varie modifiche, tutte volte, in generale, ad assicurare una maggiore autonomia al testatore e a garantire la necessaria cura dei successibili in condizione di fragilità.

potrebbe avere delle conseguenze pratiche nel momento in cui un giudice si trovasse nella necessità di dargli riconoscimento".

⁵⁰⁰ G. Petrelli, *op.cit.*, p. 211 ss.

In una sorta di scambio circolare, il *civil law* si muove verso la maggiore libertà tradizionalmente riconosciuta al testatore dal *common law* ed il *common law* recepisce la possibilità di limiti a tale libertà soprattutto in considerazione delle condizioni del beneficiario.

Pur nelle loro tradizionali profonde diversità storiche, i due sistemi⁵⁰¹ possono e devono maggiormente raccordarsi perché appartiene ormai al comune sentire di tutte le civiltà evolute che le esigenze principali che devono essere prese in considerazione dai legislatori sono quelle della libertà, della solidarietà, della protezione dei soggetti più fragili.

Il nostro legislatore, in questo panorama, appare in ritardo. Molte le voci⁵⁰² che, pur non giungendo ad aderire alla soluzione estrema dell'abrogazione della successione necessaria, tuttavia, sostengono la trasformazione della quota di legittima in quota di valore e il depotenziamento del legittimario a mero creditore dell'eredità. Si nota anche che la famiglia " è divenuta a tutti gli effetti *“una comunità di consumo”* più che *“una comunità di produzione”*... E' usuale che i legittimari godano già in vita del *de cuius* dei suoi beni senza collaborare in alcun modo ad incrementarne il patrimonio, anzi depauperandolo: perché, allora, garantire una tutela così forte a soggetti che, il più delle volte, si dimostrano poco propensi ai valori della famiglia, al lavoro ed al sacrificio? Perché non tutelare, invece, la sovrana volontà del *de cuius*?

⁵⁰¹ M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario* in Rivista del notariato 2012, *op. cit.*, p. 521-522, "Gino Gorla ...dedicò gli ultimi decenni della sua attività scientifica a studiare quelle che egli chiamò <<le grandi lacune>>; la principale riguardava i rapporti all'interno dell'orbe giuridico comunicante dei secoli dal XV al XVIII. Continente europeo, ma anche Inghilterra. Fu egli che prese a mostrare, studiando le fonti, i reciproci contatti che fino a quel momento erano stati negati, prima ancora che ignorati. Da quella negazione e da quella ignoranza derivarono nella storia giuridica numerose conseguenze, fra le quali la percezione che common law e civil law fossero due mondi fra i quali si poteva dialogare... ma muovendo da una sostanziale eterogeneità. Fu l' errore della comparazione giuridica di quel periodo, al quale non è stato posto più rimedio"

⁵⁰² C. Lazzaro, *L'obsolescenza assiologica della successione necessaria*, in www.comparazionedirittocivile.it

Perché non consentire a quest'ultimo di disporre, come meglio crede, del patrimonio che in vita ha contribuito a creare e sviluppare?".

Gli interrogativi proposti agitano il mondo giuridico da molto, forse troppo tempo e si auspica che si risolva ormai l'attesa di "*un'ideale riscrittura del diritto ereditario adeguato alle istanze moderne*" ⁵⁰³.

Par.7 Proposte di riforma

Le ragioni che imporrebbero una rivisitazione armonica di tutto l'ambito successorio sono ormai chiare: valorizzazione della libertà del testatore, emersione di nuove esigenze e la pluralizzazione di nuovi schemi familiari, "*c'è da chiedersi quanto siano ancora attuali alcune regole, formulate a misura di "un piccolo mondo antico" che regredisce sempre più nella sfera dei sentimenti e sparisce progressivamente dal piano dell'effettività dei rapporti.*"⁵⁰⁴. I nuovi istituti esaminati hanno indubbiamente parzialmente eroso il sistema successorio, ma appaiono come interventi non organici.

Non si comprende l'attuale reticenza del legislatore a rivedere in modo strutturale e consistente la tutela dei legittimari e dell'anacronistico divieto di patti successori anziché ideare settoriali "*escamotage*"⁵⁰⁵ che rendono più confusionario e artificioso il nostro sistema successorio (con tutte le conseguenze che ne derivano). Emerge comunque la tendenziale volontà di "*sostituire alla legittima "in natura", un valore indennitario, che*

⁵⁰³ S. Delle Monache, *Presentazione*, in Tradizione e modernità nel diritto successorio, a cura di S. Delle Monache, Padova, 2007, p. 1

⁵⁰⁴ C. Mazzù, *op.cit.*, p. 69

⁵⁰⁵ A. Bortoluzzi, *op. cit.*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche n. 1/2009, Gennaio- Aprile, p. 546 "Tutti questi cambiamenti e relativi punti di crisi fra modello successorio legale e modello successorio sociale non sono casuali; ma dettati dalla crisi permanente in cui la disciplina legale successoria si è trovata a fronte dei mutamenti sociali della istituzione familiare"

*non snaturerebbe il principio quantitativo*⁵⁰⁶ accostandosi così ai sistemi di *common law*. Questi ultimi permettono, in tale campo, sia una migliore circolazione dei beni scevri “*da pericoli di regressi e restituzioni*”⁵⁰⁷ che una migliore tutela dei bisogni della famiglia “moderna”⁵⁰⁸.

La famiglia dovrebbe essere intesa “*come <<formazione sociale>> nella quale si riconoscono e tutelano diritti*” e non invece “*luogo di privilegi*”⁵⁰⁹ Inoltre, la normativa in materia successoria andrebbe riletta alla luce del fatto che la “*la formazione sociale deve essere sempre subordinata rispetto alla persona ... Il diritto successorio merita di essere riletto, perché, se da un lato, la successione necessaria tutela la famiglia, dall’altro lato la libertà di disporre, espressione del principio di autonomia, è fondamentale strumento di realizzazione della persona*”⁵¹⁰.

L’Italia che fa parte dell’Unione Europea⁵¹¹ e della comunità internazionale non può più porre in essere una lettura fortemente restrittiva della libertà di disporre poiché non sarebbe in linea con il sistema italo-europeo che affonda le proprie radici in “*un’ idea di solidarietà distante da quella eletta nel nostro ordinamento, ossia su un concetto di solidarietà*”

⁵⁰⁶ L. Genghini- C. Carbone, *op. cit.*, p. 775

⁵⁰⁷ L. Genghini- C. Carbone, *op. cit.*, p. 775

⁵⁰⁸ S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* in Riv. dir.comm., 1967, I, 83 ss. e ora in Le prolusioni dei civilisti, I (1940-1979), Napoli, 2012, 3091 s., “se è vero che una riforma è matura non solo quando sono i fatti storici a reclamarla, non solo quando è divenuta generale la convinzione della sua necessità, ma quando gli studiosi hanno realizzato quel mutamento di condizioni culturali, quell’affinamento di nuovi e più adeguati strumenti, che condizionano ogni serio tentativo di rinnovamento degli istituti giuridici. La maturità di una riforma, infatti, non può mai misurarsi soltanto dal corpo di proposte tecniche che si è in grado di apprestare, ma dal rinnovamento della cultura giuridica e riuscita a promuovere rispetto alle idee espresse nei testi bisognosi di revisione”.

⁵⁰⁹ G. Pisciotta, *op. cit.*, p. 691 ss.

⁵¹⁰ V. Barba, *Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale*, in Famiglia e diritto 2/2018, p.134

⁵¹¹ P. Perlingieri, *Il rispetto dell’identità nazionale nel sistema italo-europeo*, in Foro nap., 2014, p. 452 “Il diritto comunitario non è un ordinamento ... è inidoneo ad essere applicato autonomamente perché si integra di volta in volta nel sistema ordinamentale di un Paese membro, creando così un diritto italo-europeo, francoeuropeo, ispano-europeo, a seconda del Paese nel quale trova applicazione”.

prettamente patrimonialistico”⁵¹²: a livello sovranazionale, sul tema oggetto di approfondimento, risulta, quindi, più “un dialogo” tra gli interessi anziché una contrapposizione tra gli stessi.

Inoltre, autorevole dottrina sottolinea come *“la sopravvivenza di regole diverse in ogni Stato membro dell’Unione Europea...soprattutto ...nel vasto campo del diritto civile, del diritto delle persone, dei beni... e in genere dell’autonomia privata, è stata considerata un fatto in grave e aperta contraddizione con l’auspicata unità europea. Questa pluralità di ordinamenti in un unico contesto europeo sembra una specie di conchiglia fossile che testimonia la fatica del diritto ad abbracciare il presente e a guardare al futuro*”⁵¹³

Ed è proprio *“in un modello di “governo a distanza” proprio...del diritto globale ed europeo*”⁵¹⁴ che prendono vita gli spunti di riforma che però restano solo parziali oppure mero *flatus vocis*.

Invero, negli ultimi vent’anni, ponendo *“a fondamento dell’innovazione il principio costituzionale della libera disposizione dei beni da parte del titolare del diritto di proprietà*”⁵¹⁵ sono stati elaborati diversi tentativi di riforma: i d.d.l. n. 4727/2004, n. 1043/2006⁵¹⁶ (ripresentato con il ddl n.576/2008), n. 2258 /2016⁵¹⁷ e n. 1151/2019.

⁵¹² V. Barba, *Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale*, in *Famiglia e diritto* 2/2018, p. 135

⁵¹³ G. Iudica, *op cit.*, p.134

⁵¹⁴ A. Bortoluzzi, *op. cit.*, p. 546

⁵¹⁵ A. Palazzo, *Testamento e istituti alternativi* in *Trattato teorico- pratico di diritto privato* diretto da Guido Alpa e Salvatore Patti, CEDAM, 2008, p. 452

⁵¹⁶ Tale proposta si spingeva sino ad ipotizzare l’abrogazione della successione necessaria (tranne artt. 540, 2 comma e 548 cod. civ.) e veniva così presentata al Senato della Repubblica, - 27 settembre 2006, XV legislatura: “Se è vero infatti che la successione testamentaria è la successione mortis causa in cui l’individuazione dei successibili e la determinazione dei diritti loro attribuibili avviene secondo le indicazioni del de cuius in un atto denominato “testamento”, nell’esercizio di quella autonomia privata riconosciutagli dall’ordinamento intesa come potere di regolamentare i propri interessi mediante atti aventi contenuto diverso, allora ci si interroga sull’effettiva sussistenza di tale autonomia e libertà dal momento in cui debba soggiacere a imponenti restrizioni in favore dei suoi prossimi congiunti, i quali nell’eventualità in cui detti limiti dovessero essere superati possono agire e pretendere una partecipazione minima all’asse ereditario.” A riprova dell’attualità delle discussioni sulla validità e necessità di

La riforma del 2006 presentava delle scelte molto radicali tanto da far sostenere ad attenti commentatori che con essa “*si propose la novellazione, ma più adatto sarebbe il termine “scardinamento” della successione necessaria*”⁵¹⁸.

Diversa impostazione presenta la più recente proposta di riforma che fa parte di un più ampio progetto. Essa, infatti, non attiene solo al campo successorio, al contrario il disegno di legge presentato al Senato il 19 marzo 2019 incide su gran parte della materia del diritto civile: dal settore delle associazioni e fondazioni, alle relazioni coniugali, agli accordi precontrattuali e alla responsabilità civile.

Con riferimento all'ambito di interesse, il progetto segna importanti novità: la legittima verrebbe trasformata da diritto su una quota del patrimonio ereditario a diritto ad una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario. Il legittimario non potrà più esigere i beni in natura e potrà anche essere soddisfatto con denaro non proveniente dall'asse. La legittima è, dunque, nell'intento dei proponenti, da considerare *pars bonorum*: il legittimario è titolare di un diritto di credito nei confronti del beneficiario, credito che sembra escludere l'acquisto della qualità di erede anche dopo il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione.

conservare nel nostro ordinamento l'istituto in esame si noti che il menzionato ddl è decaduto per la fine anticipata della legislatura, ma è stato riproposto con il disegno di legge S. 576, presentato in Senato il 16 maggio 2008.

⁵¹⁷ “Modifiche agli articoli 561 e 563 del codice civile in materia di azioni di riduzione e restituzione di beni immobili oggetto di donazione”

⁵¹⁸ G. Bonilini, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, Vol. III, La successione legittima, Milano, 2009, pp. 729 ss

Il secondo punto riguarda il divieto di patti successori: il governo è stato delegato a prevederne l'eliminazione. In caso di approvazione della proposta, dunque, sarebbe possibile stipulare dei patti che abbiano ad oggetto la successione e con i quali si possano destinare alcuni beni del patrimonio a determinati successori; ammessi anche i patti rinunziativi, restando inderogabile la quota di riserva prevista dagli articoli 536 e seguenti del codice civile: la legittima rimarrebbe dunque intangibile.

Infine, il disegno di legge mira ad armonizzare il nostro sistema al Regolamento europeo, in specie al certificato successorio europeo ed al suo portato di semplificazione e certezza specie nel caso di vicende ereditarie transfrontaliere.

Per quanto concerne l'aspetto della valorizzazione della libertà del testatore la riforma segna un modesto passo avanti in relazione alla possibilità di liquidare in denaro la quota dei legittimari. Tutto ciò comporta indubbiamente la possibilità di fare salva la volontà del testatore che abbia destinato con donazioni o disposizioni testamentarie determinati beni ad alcuni soggetti, ma solo dal punto di vista qualitativo e non quantitativo. La proposta, infatti, non inficia il concetto di riserva e non rivede in alcun modo le quote dei legittimari.

Nessun riferimento viene fatto alle condizioni specifiche degli eredi o ai loro meriti, o rapporti con il *de cuius*: la riforma non presenta in tal senso novità di rilievo. Non sembra nemmeno aver tenuto conto né dell'evoluzione degli schemi familiari e nemmeno delle profonde trasformazioni che ha subito il rapporto genitoriale svincolandosi da una concezione strettamente procreativa: le nuove tecniche di procreazione assistita, infatti, ed in specie la cd. maternità surrogata creano una "genitorialità sociale" che ancora non ha trovato un sicuro riconoscimento

legislativo ma che, come abbiamo visto, è oggetto di continui –talvolta contrastanti- arresti giurisprudenziali.

CONCLUSIONI

L'esame della disciplina codicistica ha evidenziato dei *vulnus* al principio di unità delle successioni, basti pensare alle successioni anomale e alle possibilità insite in un sistema caratterizzato dal c.d. “polimorfismo causale della legittima”. Anche le novità normative rappresentano un parziale superamento del principio dell'unità delle successioni e della compressione dell'autonomia del testatore nonché di emersione di esigenze che impongono una risposta solidaristica e quindi si configurano come nuove categorie e modelli che meriterebbero di essere implementati.

Gli esaminati interventi legislativi in quest'ambito tuttavia, pur rispondendo all'emersione di nuovi bisogni della compagine sociale, palesano una notevole disorganicità.

Il legislatore è infatti intervenuto in modo settoriale e frammentario, seguendo criteri apparentemente costituzionalmente orientati: ad esempio, le trasformazioni avvenute nel diritto di famiglia hanno visto l'allargamento della platea di successibili (parenti del figlio naturale con la L. n. 219/2012 e uniti civilmente con la L. n. 76/2016), ma non hanno comportato il superamento dei principi della limitazione della libertà di testare del *de cuius* e di indisponibilità della quota c.d. di riserva, né una considerazione delle condizioni specifiche dei soggetti coinvolti nella vicenda successoria.

Attualmente, la funzione della riserva è da ravvisare *“negli interessi superiori della famiglia, nel prevenire lo stato di bisogno degli aventi diritto, nell’esaltazione del principio di solidarietà familiare.”*⁵¹⁹

L’esame diacronico delle successioni ha consentito di osservare gli stretti legami tra il concetto stesso di famiglia e le norme relative all’eredità a partire dall’epoca arcaica. Anche nelle epoche successive, quando il patrimonio familiare diventa il reale fulcro di interesse, la successione è funzionale ad esigenze di conservazione, concentrazione, non dispersione della ricchezza. Tali interessi rimangono dominanti sino all’entrata in vigore della nostra Costituzione che individua nella famiglia una formazione sociale dove l’individuo possa sviluppare la sua individualità e trovi l’apporto solidale degli altri membri; la Costituzione guarda ad un modello di famiglia che sembra anticipare le profonde trasformazioni delle relazioni familiari che si sono verificate nel ‘900 trovando diverse risposte in riforme tuttavia settoriali⁵²⁰. E’ mancata e manca tuttora una visione di insieme che dovrebbe scaturire da un’analisi e rilevazione degli interessi che permeano il tessuto sociale investendo l’ambito familiare.

In questo senso qualche timido passo è stato fatto con la Legge c.d. “Dopo di Noi” (L. 112/2016). Questa e le altre riforme citate hanno segnato degli importanti momenti di trasformazione non solo degli istituti giuridici in sé ma anche della funzione stessa riconosciuta alla successione necessaria.

Oggi la famiglia è un ristretto nucleo di affetti cui sono demandati compiti anche assistenziali importanti stante il ridimensionamento del welfare statale. I figli, in generale, sono mantenuti a lungo, compiono gli

⁵¹⁹ S. Tuzio, *La portata degli artt. 561 e 563 c.c. a 12 anni dalla loro modifica; aspetti sostanziali e pubblicità*, in *Rivista Notarile* 4/2017, DIKE, p. 4

⁵²⁰ A. Spatuzzi, *Verso una successione diversamente “necessaria”?*, in *Notariato* 4/2019, p. 401 ss.

studi a carico economico dei genitori chiamati a sostenerli anche oltre, nella ricerca del lavoro. Il ruolo assistenziale della famiglia si coglie ancora più intensamente nella cura dei soggetti più deboli quasi interamente affidati all'impegno dei congiunti. La funzione di cura dei più fragili non è certo una prerogativa nuova della famiglia attuale ma sarebbe opportuno un più ampio riconoscimento ed una più ampia valorizzazione anche alla luce della minore meritorietà che oggi rivestono le altre funzioni (quale per esempio mantenere l'integrità del patrimonio familiare).

Un più profondo superamento del principio di unità delle successioni potrebbe comportare un'innovativa distinzione inerente l'ambito soggettivo consentendo di valorizzare tra i legittimari la posizione dei soggetti deboli cui riservare un trattamento peculiare in ragione delle loro specifiche necessità. La quota di riserva dovrebbe modularsi così non tanto sull'appartenenza ad una categoria determinata dal rapporto di coniugio o parentela quanto piuttosto sulle caratteristiche individuali dei singoli successibili.

Il dovere di solidarietà costituzionalmente riconosciuto⁵²¹ potrebbe trovare una compiuta espressione in una legislazione successoria che, congiungendo le tre istanze (libertà del testatore, considerazione dei nuovi

⁵²¹ S. Ciccarello, *op.cit.*, p. 139 ss. "Il salto di qualità nel nostro sistema nasce con la piena utilizzazione del concetto di parità sostanziale (art. 3,2 comma, Cost) ampiamente studiato e recepito (almeno a livello teorico se non sempre nei fatti) e di quello di solidarietà (art. 2 Cost.), che fino ad oggi ha goduto di una minore attenzione e di una applicazione non sempre sicura (...) La centralità della persona, sulla scorta dei due principi costituzionali ora ricordati, deve diventare una chiave di lettura e di applicazione di tutti i fenomeni giuridici e di tutti gli interessi e valori in gioco. Nella materia successoria il discorso coinvolge due profili ben distinti: l'istituto infatti deve essere riguardato per un verso dalla parte del (probabile) successore, per altro verso dalla parte del disponente. Le due angolazioni prospettiche si coordinano poi tra loro in un quadro di insieme che si ispira anche al valore fondamentale della solidarietà. In questa più ampia visione il nuovo ruolo della persona significa (dalla parte del successore) individuazione di eventuali discipline differenziate che nel nome della parità sostanziale tengano conto di determinate esigenze dei singoli e consentano quindi statuti diversi (in ragione) delle persone. Ma nel nome della persona va pure riguardata e valutata la posizione del disponente."

schemi familiari, emersione di nuove esigenze di tutela), consenta di rivedere radicalmente l'attuale struttura della riserva.

Abbiamo visto come il baricentro della vocazione all'eredità si è spostato dalla famiglia parentale alla famiglia coniugale con il coniuge che gode di una posizione di supremazia.

La tecnica sin qui seguita dal legislatore in relazione ai soggetti legittimari (ampliarne la platea, senza alcun collegamento a criteri diversi dai meri vincoli di sangue o di coniugio) non realizza profondamente il dettato costituzionale che impone di seguire il cambiamento sociale per realizzare i valori umani, mentre la staticità di strutture e schemi modificherebbe i principi fondamentali della nostra Costituzione⁵²².

Sottolinea autorevole dottrina⁵²³ che *“il solidarismo non si può sciogliere dal personalismo,... non può risolversi in quello economico e che, in ogni caso, si pone, sempre rispetto a ciascun caso concreto, l'esigenza di svolgere un controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti...ponderando...[i] principi in concorso, secondo un criterio di ragionevolezza”*. Lo studio critico degli istituti giuridici si ammantava di un dinamismo fecondo spesso foriero di necessari cambiamenti, di abrogazioni, di sussulti legislativi capaci di scongiurare le altrimenti inevitabili cesure con il mondo reale, cesure spesso non colmate o non colmabili nonostante si registrino

⁵²² F. Gazzoni, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in Giust. civ., fasc. 4-5, 2006, p. 217 “Secondo l'art. 42, comma 4, cost., spetta alla legge ordinaria stabilire le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria. Nulla impedisce pertanto al legislatore di intervenire drasticamente, restituendo al cittadino italiano il diritto (naturale) di disporre come meglio creda del proprio patrimonio, non solo inter vivos, ma anche mortis causa, salvo assicurare alla categoria dei legittimari una qualche forma di solidarietà familiare, che potrebbe concretizzarsi in un assegno vitalizio, magari legato al bisogno e quindi di tipo assistenziale. Ma il legislatore, pur essendo intervenuto non una, ma due volte, sulla materia, ha lasciato perfettamente integro il sistema della successione c.d. «necessaria», non si comprende in nome di quali superiori interessi.”

⁵²³ V. Barba, *Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale* in Famiglia e diritto 2/2018, p. 134

interessanti segnali miranti a valorizzare l'importanza del bilanciamento di valori diversi e dell'applicazione del principio di ragionevolezza in sede interpretativa. In merito, risulta prezioso il contributo⁵²⁴ che include le norme a tutela dei legittimari tra le materie in cui il criterio di ragionevolezza acquista in sede interpretativa un ruolo significativo, sottolineando che esse non ineriscono alla sfera dei diritti inviolabili, non godono di esplicita tutela costituzionale (l'art.42 Cost. menziona esclusivamente la successione legittima e la testamentaria) e la quota di riserva non è funzionalizzata a specifiche esigenze della persona. Da queste premesse deriva che tali norme dovrebbero essere valutate in concreto, in relazione alla specifica condizione del legittimario pretermesso e tenendo conto del principio di proporzionalità. Ciò potrebbe comportare (nel solco di una decisione della Consulta⁵²⁵ che ha dichiarato illegittimo l'art.18, comma 5 d.l. 6 luglio 2011 n.98 nella parte in cui fa dipendere la pensione di reversibilità da fattori incoerenti con il fondamento solidaristico della stessa) che anche le norme imperative debbano essere applicate considerando il principio di ragionevolezza con il corollario di adattamenti alle situazioni specifiche che ne può derivare. Occorre tuttavia intendere rettamente ciò che significa "*ragionevolezza*": il significato di tale criterio va individuato *nel* sistema, non in "*..concetti confusi e pericolosi come quello di "diritto vivente", "prassi", "condivisione", "consenso o accettabilità sociale", "senso o sensibilità comune", "esperienza". Il significato della ragionevolezza va individuato tra le norme, nel sistema e*

⁵²⁴ G. Perlingieri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in Riv. Dir. Civ., 2018,3,716

⁵²⁵ Corte Cost. 14 luglio 2016 n.174 in F. It. 2016,I,p. 3052 ss.; la sentenza è menzionata nella nota 96 dello scritto citato di Perlingieri; nella medesima nota l'Autore riporta un altro importante precedente della Corte (4 novembre 1999 n.419, in D. fam., 2000, p.16) che, in merito alla ripartizione della pensione di reversibilità tra coniuge ed ex coniuge del de cuius, ha sostenuto che non può tenersi conto solo della durata dei rapporti, ma altresì e piuttosto dello stato di bisogno dei superstiti.

non al di fuori di esso". Si tratta, quindi, di individuare i principi "posti", cioè insiti nel sistema e di cui il diritto positivo rappresenta la concretizzazione. Occorre rifuggire il pericolo di ricadere nell' "anomia" e piuttosto mirare ad "un'interpretazione assiologicamente orientata di ogni disposizione ...[che].. dev'essere modellata non soltanto alla luce della sua ratio, ma anche alla luce del sistema giuridico del quale è parte".

Le proposte di riforma testimoniano la ritenuta necessità di un intervento del legislatore che possa essere risolutivo delle questioni ancora aperte.

Tuttavia, occorre considerare che il sistema italiano di tutela dei legittimari era *“almeno fino a qualche anno fa, uno tra i più <<rigidi >> e meno disponibili a conciliare tale tutela con esigenze di altra natura”*⁵²⁶; oggi sembrerebbe, invece, che con il tramonto *“del significato storico di patrimonio familiare”*⁵²⁷ sia più opportuno allontanarsi da una visione unitaria dei beni e soggetti spostando l’attenzione sui bisogni dell’*“individuo”*⁵²⁸ e la circolazione della ricchezza. Sarebbe il caso forse di ribaltare, in tale materia, la tradizionale prospettiva del principio di solidarietà *“che muove...dal testatore al legittimario”* per guardare piuttosto *“dal legittimario al testatore”*⁵²⁹

⁵²⁶ G. D’amico, *La rinuncia all’azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in Riv. notariato, fasc. 6/2011, p. 1271 ss.; A. Bortoluzzi, *Il divieto dei patti successori e le alternative al testamento in particolare: il caso dell’impresa* in Vita Notarile 1/2009, gennaio aprile, Palermo, p. 546 “La conservazione del modello successorio napoleonico nel c.c. italiano quanto alla frantumazione proprietaria individuale che si accompagna ad una sostanziale eguaglianza delle prerogative coniugali di comando familiare in accoglimento dei principi Costituzionali porta al contrasto con le opposte esigenze di soppressione dei diritti successori del coniuge o di una distribuzione del patrimonio tra gli eredi diversa da quella legale”

⁵²⁷ L. Genghini- C. Carbone, *op. cit.*, p. 773

⁵²⁸ G. Pisciotta, *op. cit.*, p. 691 ss. sottolinea come è necessario abbandonare una “concezione patrimonialistica unitaria della famiglia e dei rapporti familiari...all’ interno della quale l’ individuo viene visto in negativo cioè come soggetto cui imputare un patrimonio – o una quota di esso- inteso come massa patrimoniale familiare...[l’ attuale sistema] non sembra tutelare l’ individuo secondo i principi espressi dagli artt. 2 e 3 Cost.”

⁵²⁹ V. Barba, *Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale* in Famiglia e diritto 2/2018, p. 135

Bisogna riesaminare lo stesso principio solidaristico richiamato come baluardo della successione necessaria in quanto non si può non tenere conto del fatto che l'aumentare dell'età media favorisca un ripensamento innanzitutto del *“tempo della successione, favorendone uno slittamento”* e conseguentemente, quindi, della stessa funzione solidaristica in un'ottica non più ristretta alla famiglia nucleare⁵³⁰ ma di più ampio respiro cioè in un'ottica intergenerazionale che *“smarrisce la propria portata economica, caricandosi di una valenza meramente affettiva, non sempre bastevole però a giustificare ricadute sull'autonomia dispositiva del de cuius.”*⁵³¹

E', altresì, necessario prendere atto della pluralità di relazioni affettive alle quali spesso segue la presenza di figli avuti da legami diversi⁵³², *“dell'attenuazione dei legami familiari [tradizionali]... della diffusione di relazioni...transnazional[i]...[ed anche] della grave crisi economica”*⁵³³.

Il concetto di unità delle successioni è stato parzialmente intaccato dalle riforme già effettuate, in specie il patto di famiglia ha comportato un *vulnus* importante al principio di unità in senso oggettivo.

La necessità di una duttilità anche soggettiva è stata nel nostro ordinamento, a differenza di altri, solo marginalmente considerata con istituti obsoleti quali il fedecommesso o innovativi come il contratto di

⁵³⁰ C. Mazzù, *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Tomo II, Torino, 2009, p. 556 ss. “L'esperienza della c.d. famiglia allargata, frutto della rottura e ricomposizione di rapporti familiari nella società postindustriale, da una parte; le cospicue presenze anche all'interno dei nostri sistemi di famiglie non monogamiche, costituite secondo canoni seguiti da soggetti di diversa appartenenza religiosa, dall'altra parte (...) impongono la ricerca di regole che facciano salvi i capisaldi del sistema, ma (...) alla base della loro esistenza entrambi i modelli pongono una realtà relazionale, il cui comune denominatore – al di là delle appartenenze e dei credi religiosi – è costituito dall'affettività.”

⁵³¹ A. Spatuzzi, *Verso una successione diversamente “necessaria”?*, in *Notariato* 4/2019, p.403; M. Ieva, *La tutela dei legittimari: oscillazioni fra contrapposte istanze sociali*, in *Riv. de Notariato* 2/2017, p. 207

⁵³² M. Ieva, *Appunti per un' ipotesi di revisione del divieto dei patti successori* in *Rivista del Notariato*, fasc. 1, 1 febbraio 2018, p. 1 ss.

⁵³³ F. A. Cancilla, *op. cit.*, p. 444

affidamento fiduciario che tuttavia comporta non poche difficoltà di armonizzazione proprio con il sistema della successione necessaria.

In merito all'approfondimento sui principi generali e sugli interessi emergenti che dovrebbero trovare nuove risposte, è emersa l'importanza dei contributi della teoria generale -solido fondamento di ogni riflessione critica- ma anche della necessaria comparazione con figure e istituti di alcuni Paesi appartenenti sia ai sistemi di *civil law* sia di *common law*.

In particolare, dall'analisi comparatistica è emersa la tendenza di alcuni ordinamenti ad assicurare la tutela solo se sussiste uno stato di necessità del beneficiario e la misura della quota può essere collegata al comportamento del potenziale erede e parametrata su vari criteri.

Il principio di unità della successione non appare come un dogma insuperabile anche alla luce del quadro normativo internazionale e in considerazione dei rapporti interpersonali sempre più frequentemente disciplinati dalle norme di diritto internazionale privato per gli elementi di transnazionalità presenti.

Le mutazioni sociologiche di una società pluralista in trasformazione creano modelli soggettivi in funzione dei quali si modifica lo schema tradizionale di rapporto tra soggetto e bene.

Un'interpretazione assiologica del minisistema della successione necessaria valorizza l'interesse verso la persona e i suoi bisogni passando oltre la quota di riserva definita un "*privilegio arcaico e antistorico*"⁵³⁴.

Si ritiene ormai che "*la disciplina di tutela dei legittimari, non ha alcun carattere di necessità logica, rispondendo a una mera scelta positiva e arbitraria del legislatore*"⁵³⁵. La strenua tutela dei legittimari⁵³⁶ è ormai

⁵³⁴ F. Gazzoni, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in Giust. civ., fasc. 4-5, 2006, p. 217

⁵³⁵ V. Barba, *Principi successori del figlio nato fuori dal matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in Famiglia e diritto 5/2014, p. 506

anacronistica, è necessario porre in essere una ricerca volta all'individuazione di strumenti alternativi al testamento⁵³⁷ e alla donazione che garantiscano anche *“un efficace ed efficiente trapasso generazionale delle imprese e delle aziende familiari”*⁵³⁸.

In tale direzione si ascrivono le riforme più recenti sopra esaminate, ma occorrerebbe individuare strumenti che possano essere astrattamente usufruibili anche da soggetti meno abbienti (il patto di famiglia o il trust sono rivolti ad un *parterre* di soggetti benestanti che possono cercare così di attenuare la severità della normativa codicistica⁵³⁹). Si mira a recepire *“un modello di contrattazione familiare che sostituisce la “affectio familiaris” con la “necessitudo”...sulla base di istanze non comunitarie ma individualistiche”*⁵⁴⁰ che sfida, dunque, quello originale basato su una successione unitariamente intesa sia dei beni che degli individui e che affonda le sue radici in una concezione tradizionale della famiglia.

E' interessante chiedersi se i limiti all'autonomia testamentaria siano tuttora necessari o se, piuttosto, non sia opportuno valutare un diverso rapporto tra libertà testamentaria e successione necessaria. Le motivazioni teoriche che in passato hanno giustificato il sacrificio della libertà del testatore non presentano più un'attuale validità. L'emersione di nuove esigenze merita una più ampia riflessione critica che si spinga a sancire con chiarezza il definitivo superamento di principi ormai da confinare nelle pagine del passato.

⁵³⁶ E. De Francisco, *La nuova disciplina in materia di circolazione di beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla legge 14 maggio 2005, n. 80*, fasc.6, 2005, p. 1249 ss.

⁵³⁷ Atti mortis causa in cui la morte come sottolinea G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 40 ss. è “punto di origine e di individuazione della situazione regolata”

⁵³⁸ C. Magli, *Note critiche sul passaggio generazionale dell'impresa familiare, tra patto di famiglia, strumenti alternativi di diritto societario e trust*, in *Contratto e impresa* 4/2019, p. 1619

⁵³⁹ F. A. Cancilla, *op. cit.*, p. 444

⁵⁴⁰ A. Bortoluzzi, *op. cit.*, p. 546

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden E., *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria* in Giur. It., 2012, 8-9

Amadio G., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in Riv. not., fasc. 4, 2006

Amadio G., *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in Riv. notariato n. 4/2007

Amadio G., *Gli acquisti del beneficiario di liberalità non donative*, in Riv. Notariato fasc.4, 2009

Amadio G., *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014

Andrini M. C., *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e riforma negoziale*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche, n. 1/2006, Gennaio- Aprile, Palermo

Arangio Ruiz V., *Storia del diritto romano*, VII ed riveduta, Napoli, 1991

Azara A., *Gli accordi di integrazione della legittima*, in Successione per causa di morte. Esperienza e argomenti, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2015

Azzariti F. S.- Martinez G.- Azzariti G., *Successione per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973

Azzariti G., *Successione dei legittimari e successione dei legittimi*, Unione Tipografico- Editrice Torinese, 1972

Baltrunaite A.- Brodi E.- Mocetti S., *Assetti proprietari e di governance delle imprese italiane: nuove evidenze ed effetti sulla performance delle imprese*, in Banca d'Italia Eurosystem- Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers) n. 514/2019

Baralis G., *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.* in Riv. notariato, fasc. 2, 2006

Barba V., *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro*, in Giur. It., 2013, 8-9

Barba V., *I principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in *Famiglia e diritto* 5/2014

Barba V., *Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale*, in *Famiglia e diritto* 2/2018

Barba V., *Legato in conto di legittima*, in *Rivista di diritto civile* n. 2/2019

Barbero D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1965, II

Barcellona P., voce "*Famiglia (diritto civile)*", in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967

Bauman Z., *Missing Community* (2001), trad. it. di Minacci S., *Voglia di comunità*, Roma-Bari, 2003

Bauman Z., *Liquid Modernity*, Oxford, 2000, trad. it. di Minacci S., *Modernità Liquida*, Roma- Bari, 2006

Bessone M., *Principi etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1976, sub art. 29

Bianca C. M., *Diritto civile, la famiglia- le successioni*, Vol. 2, Milano, 1989

Bianca C. M., *Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso della Cassazione e suoi riflessi in tema di donazioni e legati in conto di legittima*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 2

Bigliazzi Geri L., *A proposito di diseredazione*, in *Corr. giur.*, 1994

Bonfante P., *Scritti giuridici varii*, I, Aracne, 2007

Bonilini G., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. Notariato*, fasc. 4, 2000

Bonilini G., *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, Vol. III, La successione legittima, Milano, 2009

Bonilini G., *L'abrogazione della norma concernente il diritto di commutazione*, in *Famiglia e diritto* 5/2014

Bonilini G., *La successione mortis causa della persona "unita civilmente" e del convivente di fatto*, in *Opinioni - Famiglia e diritto* 10/2016

Bonilini G.-Carnevali U., voce *Successione*, IX, *Diritto comparato e straniero*, Enc.giur., XXX, Roma, 1993

Borsari L., *Commentario del Codice civile italiano*, vol. III, Torino, 1874

Bortoluzzi A., *Il divieto dei patti successori e le alternative al testamento. In particolare: il caso dell'impresa* in *Vita Notarile Esperienze Giuridiche*, n. 1/2009, gennaio-aprile, Palermo

Burdese A., *Manuale di diritto privato romano*, IV ed. UTET giur., 2015

Busani A., *Patto di famiglia e governance dell'impresa trasferita* in *I Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato* elibrary.fondazione-notariato.it

Campagna L., *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1966

Cancilla F. A., *Brevi considerazioni critiche su opponibilità, pubblicità e apparenza nelle donazioni. Note a margine degli articoli 561 e 563 C.C.*, in *Vita notarile Esperienze Giuridiche*, n. 1/2012, Palermo

Candian A.- Gambaro A.- Pozzo B., *Property-Propriété-Eigentium. Corso di diritto comparato*, Quaderni di diritto comparato, Cedam, 1992

Capozzi G., *Successioni e donazioni*, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, tomo I e tomo II, edizioni 2008, 2009 e 2015

Caravale M., *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, 2012

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

Carbone V., *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Famiglia e diritto* 10/2016

Carpi A., *Famiglia e regime delle successioni nell'ordinamento cinese*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile* Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 Vicenza, 1 luglio 2016, www.fondazione-notariato.it

Casulli, *Voce Successioni* (dir. civ.): *Successione necessaria*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971

Chiodi G., *Sempre più uguali i diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, Milano, 2013

Ciccarello S., *Persona e successione ereditaria*, Napoli, 1994

Cicero C., *Il divieto del patto successorio nel codice civile italiano e le sue motivazioni* in *Rivista del Notariato*, fasc.4, 1 agosto 2018

- Cicu A., *Quota di riserva e quota di legittima*, in Riv. not., 1947
- Cicu A., *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947
- Coviello N., *Corso completo del diritto delle successioni*, 2^a ed., a cura di L. Coviello, II, Napoli, 1915
- Coviello L., *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938
- D'Addio M., *Giuseppe Capograssi (1889-1956) lineamenti di una biografia*, Giuffrè, 2011
- D'Amelio M., *Caratteri generali del diritto di successione per causa di morte nel nuovo codice*, in *Sempre più uguali - i diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal codice civile* a cura di Giovanni Chiodi, Mi, 2013
- D'Amico G., *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in Riv. notariato, fasc. 6/2011
- D'Amico G., *La proprietà "destinata"*, in Rivista di diritto civile n.3/2014
- De Marzo, *Patti di famiglia, trasferimento di partecipazioni societarie e legge finanziaria*, in Fam. e dir., 2007
- De Nova G., *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni agricoli*, in Riv. dir. agr., 1979
- De Nova G., *I trust, la collazione e la tutela dei legittimari*, in Atti II Congresso nazionale, Milano 17-18-19-marzo 2002, in www.il-trust-in-italia.it
- De Rosa G. e Calò E., *Il ruolo del Notaio nelle successioni*, in I Quaderni della Fondazione Italiana del notariato <https://elibrary.fondazione-notariato.it>
- Del Prato E., *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma* in Riv. del notariato, fasc. 3, 2001
- Delle Monache S., *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario* in Riv. notariato, fasc. 2/2006
- Delle Monache S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in Riv. notariato, fasc. 4, 2006
- Delle Monache S., *Abolizione della successione necessaria?*, in Riv. notariato, fasc. 4, 2007
- Delle Monache S., *Presentazione*, in Tradizione e modernità nel diritto successorio, a cura di S. Delle Monache, Padova, 2007

Delle Monache S., *La libertà di disporre mortis causa*, in Rivista di diritto civile 2/2019

Deneb Puggioni S., *Lesione di legittima e trust statunitense*, in Trusts e attività fiduciarie, Gennaio 2018

Di Gesu S., *Le successioni internazionali*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche, n. 2/2017 Maggio-Agosto, Palermo

Di Landro A. C., *Ipotesi applicative e istituti alternativi nel nuovo sistema di protezione dei disabili, Amministrazione di sostegno, Commento alla legge 9 gennaio 2004 n. 6*, IPSOA, Milano

Di Landro A. C., *L'art. 2645ter c.c. e il trust. Spunti per la comparazione*, in Rivista del notariato n. 3/2009

Di Landro A. C., *La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione e atti di destinazione*, in Trust e attività fiduciarie n.5/2009

Di Landro A. C., *Successione del coniuge?*, Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza, Trattato teorico pratico diretto da G. Autorino Stanzione, Il matrimonio. I rapporti personali, Torino, 2011

Di Landro A. C., *I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. alcune questioni nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza*, in Rivista di diritto civile n. 3/2014

Di Landro A. C., *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla legge 112/2016 in favore delle persone con disabilità grave* in Le nuove leggi civili commentate n. 1/2017

Di Landro A. C., *Destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli*, Libro dell'anno del diritto 2018, Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma

Di Masi M., *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa, Pacini Giuridica, in Famiglia n. 3/2018

Di Sapio A., *Trust a causa familiare e di solidarietà*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche n. 2/2019, maggio- agosto, Palermo

Dolmetta A.A., *Patti successori. Mandato post mortem. Contratto di mantenimento*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche, n. 1/2011 gennaio-aprile, Palermo

Dossetti M., *Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili*, in Famiglia e diritto 10/2015

Elefante E., *Il recesso dal patto di famiglia* in Vita Notarile Esperienze Giuridiche n. 1/2010, Gennaio-Aprile, Palermo

Errani G., *Il trust come liberalità indiretta "anomala" e il suo rapporto con le norme a tutela dei legittimari*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Luglio 2019

Errani G., *La riduzione della liberalità indiretta attuata a mezzo di trust e le possibili conseguenze sulla successiva circolazione dei beni conferiti*, in *Contratto e impresa* 2/2020

Falzea A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939

Falzea A., *Relazione introduttiva*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. Delle Monache, Padova, 2007

Falzea A., *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, 6a ed. ampl., Milano 2008

Farneti M., *Non spetta dunque mai al coniuge superstite separato il diritto di abitare nella casa adibita a residenza familiare?*, in *NGCC* 6/2019

Farolfi F., *Limiti all'attuazione della cautela sociniana mediante domanda giudiziale*, in *Famiglia e diritto* 5/2013

Feraci O., *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'unione europea* in *Riv. dir. internaz.*, fasc. 2, 2013

Ferrando G., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, *Giur. It.*, 2016, 7

Ferrara, *La posizione di legittimo*, in *Giur. It.*, 1923, IV

Ferri L., *Dei legittimari*, Artt. 536-564, in *Comm. Cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981

Ferri L., *Disposizioni generali sulle successioni*, Artt. 456-511, in *Comm. al Cod. Civ.* Scialoja Branca a cura di Galgano terza ed. Bologna-Roma, 1997, sub art 458

Forti F., *Trattati inediti di giurisprudenza*, Firenze, 1864

Franceschini B., *L'interesse prevalente e la tutela dei legittimari*, relazione al Convegno "Trust in favore dei soggetti deboli", 26 marzo 2009, Lecco

Franco R., *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.2, 1 giugno 2018

Furguele G., *Modelli familiari nel diritto italiano e straniero*, in *Studi in onore di Marco Comporti*, Vol. II, Giuffrè Editore, 2008

Fusaro A., *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2015

- Gabrielli G., *Maso chiuso*, in Digesto 1994
- Gabrielli G., *Rapporti familiari e libertà di testare*, in *Famiglia*, n. 1/2001
- Gabrielli G., *Il regime successorio nella famiglia* in *Dir. famiglia*, fasc. 4, 2005
- Gambaro A., *La proprietà. Beni, proprietà e comunione*, in *Trat. Dir. priv.* A cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 1990
- Gambaro A.- Sacco R., *Sistemi Giuridici Comparati*, Trattato di Diritto Comparato diretto da R. Sacco, UTET giur., 2018
- Gangi C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Vol. I, Milano, 1964
- Garlati L., *La famiglia tra passato e presente*, in Cubeddu M.G.- Patti S., *Diritto della famiglia*, Milano, 2011
- Gazzoni F., *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)* in *Giust. Civ.*, fasc. 1, 2006
- Gazzoni F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, fasc. 4-5, 2006
- Genghini L.- Carbone C., *Le successioni per causa di morte*, Vol. IV, t.1, Manuali Notarili, CEDAM, 2012
- Gerbo F., *Il patto di famiglia: problemi dogmatici. Loro riflessi redazionali* in *Riv. notariato*, fasc. 6, 2007
- Ghisalberti C., *Istituzioni e società civile nell'età del Risorgimento*, Roma-Bari ed. digitale 2015
- Giampiccolo G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954
- Giannattasio C., *Delle successioni-successioni testamentarie*, in *Commentario cod.civ.*, Torino 1978
- Gnani A., *La successione necessaria dopo la legge 20 maggio 2016 n.76*, in *Rivista di diritto civile* 2/2019
- Graziadei M., *Diritti nell'interesse altrui. Undisclose agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995
- Grosso G.- Burdese A., *Le successioni*, Parte generale, in *Tratt. Vassalli*, XII, 1, Torino, 1977
- Guarneri A., *Ordine pubblico*, in *Digesto delle discipline privatistiche sez. civ.*, 1995

Iervolino G., *La donazione effettuata esclusivamente mediante operazione bancaria è nulla - Riflessioni sulla Sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 18725 del 27 luglio 2017*, in *Iurisprudenzia.it* Anno IV maggio2019

Ieva M., *Retroattività reale dell' azione di riduzione e tutela dell' avente causa dal donatario tra presente e futuro* in *Riv. notariato*, fasc.6, 1998

Ieva M., *La successione necessaria*, in *Successioni, donazioni, beni. Le successioni e donazioni II*, I, I, 2, *Diritto Civile* diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, 2009

Ieva M., *Circolazione e successione mortis causa* in *Riv. notariato*, fasc. 1, 2012

Ieva M., *La tutela dei legittimari: oscillazioni fra contrapposte istanze sociali*, in *Riv. del Notariato* n. 2/2017

Ieva M., *Appunti per un'ipotesi di revisione del divieto dei patti successori* in *Rivista del Notariato*, fasc. 1, 1 febbraio 2018

Ieva M.- A.Rastello, *Le c.d. successioni anomale*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Vol. 1, Padova, 1994

Iudica G., *Il diritto civile nell' età delle contraddizioni*, in *NGCC* 1/2019

Kindler P., *Le successioni a causa di morte nel diritto tedesco: profili generali e successione nei beni produttivi*, in *www.lex.unict.it*

La Farina G., *Storia d'Italia narrata al popolo italiano*, vol I, Fi, 1846

Laurent F., *Principii di diritto civile*, vol. IX, Na, Roma, Mi, 1881

Laurent F., *Principii di diritto civile*, Vol. VIII, Na,Roma,Mi,To, 1883

Laurent F., *Principii di diritto civile*, vol. XII, Na,Roma,Mi,To, 1884

Lazzaro C., *La successione necessaria nella transizione verso la nuova famiglia solidale e complessa*, *Monografie di Diritto e Processo* a cura di A. Palazzo, vol. 19, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici "Gioacchino Scaduto" Roma- Perugia- Mexico, 2016

Lazzaro C., *L'obsolescenza assiologica della successione necessaria*, in *www.comparazionedirittocivile.it*

Lipari N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013

Lipari N., *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria* in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 2016

Lipari N., *I ruoli giuridici del diritto civile nel postmoderno* in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, 1 DICEMBRE 2019

Locré J. G., in *Legislazione civile commerciale e criminale - Comentario e compimento dei codici francesi, voltata in italiano per cura di Giuseppe Cioffi, volume I*, Napoli, 1840

Loffredo F., *La determinazione della quota di riserva spettante ai legittimari nel caso in cui uno di essi rinunci all'eredità ovvero perda, per rinuncia o prescrizione, il diritto di esperire l'azione di riduzione*, Commento sentenza Cass.civ. SS. UU. 13524/2006, in Notariato n. 6/2006

Lupoi M., *Trusts*, Milano, II ed., 2005

Lupoi M., *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Wolters Kluwer, 2016

Lupoi M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Rivista del Notariato-LXVI 2012 in Atti del Convegno “*Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica*”, 3 marzo 2017, Roma

Luzi L., *Riflessioni su matrimonio civile e divorzio all'epoca della rivoluzione francese*, in www.storiamediterranea.it, 28 agosto 2011

Magli C., *Note critiche sul passaggio generazionale dell'impresa familiare, tra patto di famiglia, strumenti alternativi di diritto societario e trust*, in Contratto e impresa 4/2019

Magliulo F., *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in Riv. notariato, fasc. 3, 2010

Magliulo F., *I poteri del testatore nella composizione della legittima*, in Atti del Convegno “Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile”, Roma, 18 marzo 2016- Genova, 27 maggio 2016- Vicenza, 1 luglio 2016, Quaderni Fondazione del notariato

Magliulo F., *Il polimorfismo causale della legittima e la rinuncia ai diritti del legittimario*, in Atti del Convegno “Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile”, Roma, 18 marzo 2016- Genova, 27 maggio 2016- Vicenza, 1 luglio 2016, Quaderni Fondazione del notariato

Magliulo F., *Intangibilità della legittima*, in Omnia Trattati giuridici, diretto da Iaccarino G., *Successioni e donazioni*, Tomo I, Mi, 2017

Magnani A., *La «risoluzione per mutuo dissenso» totale e parziale di donazione di immobili trascritta da meno di vent'anni*, in Rivista del Notariato, fasc.2, 2017

Magrì A., *Principio d'intangibilità della legittima e legato*, in Rivista di diritto civile n. 1/1998

Masucci S. T., *Le successioni mortis causa in generale*, in Successioni, donazioni, beni. Le successioni e donazioni II, I, I, 2, Diritto Civile diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, 2009

Mattei U., *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (diretto da), Utet giuridica, 2015

Mazzù C., *Proprietà e società pluralista*, Milano, 1983

Mazzù C., *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008

Mazzù C., *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Tomo II, Torino, 2009

Mazzù C., *Il diritto civile all' alba del terzo millennio*, Volumi 1 e 2, Giappichelli-Editore, Torino, 2011

Mazzù C., *La facoltà di commutazione riconosciuta agli eredi legittimi resiste all'usura del tempo*, in www.comparazionedirittocivile.it

Mazzù C., *La soggettività contingente*, VII Congresso giuridico Forense per l'aggiornamento professionale, Roma, 2012, in www.comparazionedirittocivile.it

Meglio F., *Gli accordi di reintegrazione della legittima, tra dogmatica e prassi*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche, n. 1 Gennaio- Aprile 2019, Palermo

Melucci P., *Appendice III Suntò storico della materia delle collazioni*- in Laurent F., *Principii di diritto civile*, vol. X, 1882

Mengoni L., *Successioni per causa di morte- parte speciale Successione legittima* in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da Cicu-Messineo, XLIII, t.1, Milano, 1973

Mengoni L., *Successioni per causa di morte- parte speciale Successione necessaria* in *Tratt. Dir. Civ e Commerciale* diretto da Cicu Messineo, Milano, edizioni 1967 e 2000

Oberto G., *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, (Nota a Cass. civ., sez. II, 25 marzo 2013, n. 7480, D. G. c. R.), in Famiglia e diritto, 2013

Oliva L., *I diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite nelle successioni legittime*, in Vita Notarile Esperienze Giuridiche n.1, gennaio-aprile 2006, Palermo

- Palazzo A., *Successione*, IV, Successione necessaria, in Enc. giur. XXXV, Roma, 1997
- Palazzo A., *La circolazione dei beni donati dopo la novella del 2005* in Studi in onore di Marco Comporti, vol III, Giuffè Editore, 2008
- Palazzo A., *Testamento e istituti alternativi*, in Trattato teorico pratico di diritto privato diretto da G. Alpa e S. Patti, CEDAM, 2008
- Palazzo M., *L' autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria* in Giustizia Civile, fasc. 3, 1 marzo 2019
- Panico P., *Conflitto di leggi e riserva ereditaria: la successione di Maurice Jarre*, in Trusts e attività fiduciarie, Maggio 2018
- Paradiso M., *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria* in Studi in onore di Marco Comporti, Vol. III, Giuffrè, 2008
- Parrinello C., *Tutele del legittimario ed evoluzione del sistema*, Giuffrè, 2012
- Patti S., *Contratti ereditari e contratti di rinuncia all'eredità nell'esperienza germanica in Familia*. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa n. 2/ 2018 marzo- aprile
- Pene Vidari F.- Marcoz G., *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima* in Riv. notariato, fasc.3, 2006
- Perlingieri G., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in Riv. Dir. Civ., 2018,3
- Perlingieri P., *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*, Camerino, 1972
- Perlingieri P., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in Rivista di diritto civile, 1978, I
- Perlingieri P., *Scuole tendenze e metodi*, Napoli, 1989
- Perlingieri P., *Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo*, in Foro nap., 2014
- Petrelli G., *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, in Notariato 2005
- Petrelli G., *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in Rivista del notariato LX 2006
- Pisciotta G., *Politica europea per le piccole e medie imprese: un'occasione mancata per l' ammodernamento del diritto successorio* in Europa e dir. Priv., fasc. 3, 2007

Poletti D., *A proposito del diritto di abitazione del coniuge superstite (e di interessi creditor)*, in Rivista trim. di diritto e procedura civile, fasc. 2, 2015

Pugliatti S., *Il rapporto giuridico unisoggettivo* in Diritto civile, Metodo Teoria Pratica, Milano, 1951

Pugliatti S., *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964

Pugliatti S., *Continuo e discontinuo nel diritto*, 1954, ora in Grammatica e diritto, Milano, 1978

Pugliatti S., *De cuius hereditate agitur*. Il regime romano delle successioni, Torino, 2016

Quadri E., *Matrimonio, unione civile, convivenze*, in NGCC n. 1/2020

Reali A., *Sull' attuale irrinunciabilità all' azione di restituzione* in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc. 1, 1 marzo 2020

Rescigno P., *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in Famiglia, 2002, 1

Rescigno P., *La famiglia tra autonomia e regole giuridiche*, in Studi in onore di Marco Comporti Vol. III, 2008

Rescigno P., *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Milano, 2010

Ricci F., *Corso teorico pratico di diritto civile*, vol. III, Torino, 1885

Robleda O., *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, II ed., Roma 1979

Rodotà S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* in Riv. dir.comm., 1967, I

Rodotà S., *La vita e le regole – Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2007

Rodotà S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e beni comuni*, Il Mulino, 2013

Rodotà S. e Rodotà C., *Il diritto di famiglia*, in Ritratto di famiglia degli anni '80, a cura di Acquaviva S., Roma-Bari, 1981

Romagno W. G., *Considerazioni riguardo alla posizione dei divieto di pesi e di condizioni nell' ambito del sistema di tutela dei diritti successori riservati* in Rivista del Notariato fasc. 3, 1 giugno 2018

Romagno W. G., *Il rapporto tra il divieto stabilito dall'art.549c.c. e l'azione di riduzione. Ricognizione del sistema alla luce dell'asserita autonomia del*

modo testamentario, in Riv. Trim. di Diritto e Procedura civile, fasc.4, 1 dicembre 2018

Romano C., *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in Notariato n. 6/2014

Romano C., *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in Notariato n. 4/2016

Romano C.- Mattera A., *"Cristallizzazione" della quota di riserva, rinuncia all'eredità e nuove ipotesi applicative*, in Notariato n. 5/2018

Rondinone N., *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003

Salvatore L., *Il trust nella legge del "Dopo di noi" e la tutela dei legittimari*, in Trusts e attività fiduciarie, Gennaio 2019

Sanfilippo C., *Istituzioni di diritto romano*, V ed. Catania, 1964

Santarcangelo G., *Gli accordi di reintegrazione di legittima*, in Notariato 2/2011

Santoro-Passarelli F., *Legato privativo di legittima*, in Riv. dir. civ, 1935

Santoro- Passarelli F., *Dei legittimari*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1941

Santoro- Passarelli F., *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in Riv. Dir. Civ., 1942

Scaglione F., *Trust e posizione contingente dei legittimari*, in Trusts e attività fiduciarie, Luglio 2018

Scalisi V., *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in Riv. dir. e proc. civile, 1989

Scalisi V., *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *Categorie e istituti del diritto civile dalla transazione al postmoderno*, Milano, 2005

Scalisi V., *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in Riv. dir. civ., 2010, 2

Scalisi V., *Dalla Scuola Messinese un contributo per l' Europa* in *Rivista di diritto civile* 1/2012

Scalisi V., *Conclusioni -Angelo Falzea: per un diritto al servizio dell' uomo* in *Rivista di diritto civile* 4/2017

Schiavone G., *Il legato in luogo di legittima: modalità di acquisto e ambito della funzione sostitutiva* in *Famiglia*, fasc. 2, 2006

Schiavone G., *Le disposizioni testamentarie dirette ai legittimari*, Milano, 2012

Schlesinger P. , *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Famiglia e diritto* 10/2016

Sciarrino V., *Famiglia e impresa: convivenza, conflitti e trapasso generazionale* in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc. 2, 1 giugno 2019

Scognamiglio C., *Regole di validità e di comportamento: principi e rimedi* in *Studi in onore di Marco Comporti*, Giuffrè Editore, , Vol. III, 2008

Semprini A., *La progressiva erosione della legittima in natura* in *Diritto di famiglia e delle Persone* (II), fasc.3, 1 settembre 2017

Sesta M., *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari* in *Famiglia e diritto* 3/2013

Sesta M., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Rivista di diritto civile* - 1/2014

Sesta M., *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto* 10/2016

Sicchiero G., *Contratti post mortem, patti successori ed art. 28 L.N.* in *Vita notarile Esperienze Giuridiche*, Palermo, n. 2/2018

Solmi A., *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma, 1937

Somma A., *Liberale in camicia nera. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*, in *Bol. Mex. Der. Comp.* vol. 38 no.112 México ene./abr. 2005

Spatuzzi A., *Verso una successione diversamente "necessaria"?*, in *Notariato* 4/2019

Stefanelli S., *Famiglia e successioni tra uguaglianza e solidarietà*, in *Vita Notarile, Esperienze Giuridiche*, Palermo, n. 1/2012

Tacconi U., *Prime osservazioni sul regolamento UE n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di successioni*, in *Vita Notarile Esperienze Giuridiche*, n. 2/2013 Gennaio- Aprile, Palermo

Tagliaferri V., *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2006, 2

Tassinari F., *Il Patto di Famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali. Il Patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari* in *I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato e-library*

Tatarano M., *L'art 448 bisc.c. tra norma e sistema*, in *Il testamento: fisiologia e patologia* - Atti del Convegno di Bari 24 novembre 2014, a cura di Volpe, ESI, 2015

Trimarchi M., *Unioni civili e convivenze*, in *Famiglia e diritto* 10/2016

Tuzio S., *La portata degli artt. 561 e 563 c.c. a 12 anni dalla loro modifica; aspetti sostanziali e pubblicità*, in *Rivista Notarile* 4/2017

Valia C., *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2002, II

Windscheid B., *Diritto delle Pandette*, III, trad. it. di Fadda e di Bensa, Torino, 1925

Zanchi G., *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in www.juscivile.it

Zanelli D., *La persistente e incessante imperatività del divieto dei patti successori* Nota alle sentenze della Cass. Civ., 15 luglio 2016, n. 14566 e 15 giugno 2018, n. 15919 in *Vita notarile Esperienze Giuridiche*, n. 1 Gennaio-Aprile 2019, Palermo

Zoppini A., *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da Sacco, Torino, 2002

Zoppini A., *L'emersione della categoria della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Atti dei Convegni tenutisi a Milano il 31 marzo, a Napoli il 12 maggio e a Palermo il 16 giugno 2006 (N. 2-3/2006), in *I Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*