



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Ivan Libero Nocera

LA TUTELA DEI CREDITORI DEL LEGITTIMARIO



G. Giappichelli Editore – Torino



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Terza Serie – 21

Ivan Libero Nocera

LA TUTELA DEI CREDITORI DEL LEGITTIMARIO



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3437-9

ISBN/EAN 978-88-921-8850-1 (ebook - pdf)

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

La pubblicazione di questo volume è stata subordinata alla valutazione positiva espressa da due docenti esterni anonimi, sorteggiati dalla Direzione scientifica all'interno del Comitato editoriale permanente, secondo il modello della 'revisione fra pari in doppio cieco'. I relativi giudizi sono conservati a cura della Direzione scientifica.

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Direzione scientifica:

Antonio Saccoccio, Aldo Andrea Cassi, Chiara Minelli, Valerio Pescatore

Comitato editoriale:

Gaetano Azzariti (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”); Vittoria Barsotti (Università degli Studi di Firenze); Roberto Bartoli (Università degli Studi di Firenze); Francesco Bestagno (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Paolo Biavati (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Raffaele Bifulco (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Geraldina Boni (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Franca Borgogelli (Università degli Studi di Siena); Marina Calamo Specchia (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Roberto Calvo (Università degli Studi della Valle d’Aosta); Cristina Campiglio (Università degli Studi di Pavia); Roberto Caranta (Università degli Studi di Torino); Antonio Carratta (Università degli Studi di Roma Tre); Riccardo Cardilli (Università degli Studi di Roma – “Tor Vergata”); Paolo Carnevale (Università degli Studi Roma Tre); Bruno Caruso (Università degli Studi di Catania); Pierluigi Chiassoni (Università degli Studi di Pisa); Giovanni Comandè (Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento “S. Anna” – Pisa); Daria Coppa (Università degli Studi di Palermo); Orazio Condorelli (Università degli Studi di Catania); Gabriella De Giorgi Cezzi (Università degli Studi del Salento – Lecce); Gian Paolo Demuro (Università degli Studi di Sassari); Francesco De Santis (Università degli Studi di Salerno); Maria D’Arienzo (Università degli Studi di Napoli – “Federico II”); Ettore Dezza (Università degli Studi di Pavia); Angelo Dondi (Università degli Studi di Genova); Vera Fanti (Università degli Studi di Foggia); Pierangela Floris (Università degli Studi di Cagliari); Gian Luigi Gatta (Università degli Studi di Milano Statale); Enrico Genta (Università degli Studi di Torino); Andrea Giussani (Università degli Studi di Urbino – “Carlo Bo”); Maurilio Gobbo (Università degli Studi di Padova); Donata Gottardi (Università degli Studi di Verona); Antonino Gullo (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Michele Graziadei (Università degli Studi di Torino); Fausta Guarriello (Università degli Studi di Chieti-Pescara – “G. d’Annunzio”); Andrea Lovato (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Giovanni Luchetti (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Susanna Mancini (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Michela Manetti (Università degli Studi di Siena); Venerando Marano (Università degli Studi di Roma – Tor Vergata); Silvio Martuccelli (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Luigi Melica (Università degli Studi del Salento); Remo Morzenti Pellegrini (Università degli Studi di Bergamo); Mario Notari (Università Bocconi di Milano); Paolo Pascucci (Università degli Studi di Urbino); Baldassarre Pastore (Università degli Studi di Ferrara); Claudia Pecorella (Università degli Studi Milano – “Bicocca”); Aldo Petrucci (Università degli Studi di Pisa); Valeria Piergigli (Università degli Studi di Siena); Maria Cristina Pierro (Università degli Studi dell’Insubria); Giorgio Pino (Università degli Studi di Roma Tre); Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia); Barbara Pozzo (Università degli Studi dell’Insubria); Roberto Pucella (Università degli Studi di Bergamo); Franco Randazzo (Università degli Studi Catania); Francesco Riccobono (Università degli Studi di Napoli); Dino Rinoldi (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Roberto Romboli (Università degli Studi di Pisa); Luigi Salamone (Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale); Aldo Schiavello (Università degli Studi di Palermo); Roberto Senigaglia (Università degli Studi di Venezia – “Ca’ Foscari”); Stefano Solimano (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Marco Saverio Spolidoro (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Emanuele Stolfi (Università degli Studi di Siena); Carmelo Elio Tavilla (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia); Antonio Felice Uricchio (Università degli Studi di Bari); Chiara Valsecchi (Università degli Studi Padova); Marco Versiglion (Università degli Studi di Perugia); Fabrizio Vismara (Università degli Studi dell’Insubria); Massimo Zaccheo (Università degli Studi di Roma – “La Sapienza”); Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno).

A Maria Cristina, mia creditrice

*Quando la morte mi chiamerà
Forse qualcuno protesterà
Dopo aver letto nel testamento
Quel che gli lascio in eredità
Non maleditemi non serve a niente
Tanto all'inferno ci sarò già*

F. De André, *Il testamento*, 1963

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Premessa: inquadramento del problema</i>	1

CAPITOLO I

LA QUESTIONE DELLA LEGITTIMAZIONE SURROGATORIA E L'EVOLUZIONE DELLA LEGITTIMA TRA QUOTA DELL'ATTIVO EREDITARIO E QUOTA D'EREDITÀ

1. Premessa	17
2. Le azioni a tutela della legittima	18
3. Il contenuto patrimoniale e il carattere personale dell'azione di riduzione	23
4. La problematica legittimazione dei creditori a promuovere l'azione in via diretta o surrogatoria	26
5. L'inerenza del diritto al debitore: la legittima tra <i>pars bonorum</i> e <i>quota hereditatis</i>	37
6. Dal principio di autonomia testamentaria alla <i>querela inofficiosi testamenti</i>	40
7. L'azione suppletoria del diritto romano giustiniano	45
8. Le evoluzioni del diritto giustiniano e la tradizione consuetudinaria	48
9. Dalla comproprietà familiare al sistema del <i>Pflichtteil</i> di tradizione tedesca	50
10. Le <i>coutumes</i> francesi	53
11. Dalla <i>réserve lignagère</i> alla <i>légitime de droit</i>	56
12. La <i>réserve</i> nel codice napoleonico	59
13. Considerazioni di sintesi: l'evoluzione storica della legittima e le sue implicazioni	65

CAPITOLO II
LA POSIZIONE GIURIDICA
DEL LEGITTIMARIO NEL CODICE CIVILE

1.	Premessa	67
2.	La legittima come quota di eredità nel codice Pisanelli del 1865	68
3.	La questione della collocazione sistematica della successione necessaria nel Codice del 1942	71
4.	La successione necessaria come successione “manutentiva” della volontà testamentaria	73
5.	La legittima come tutela dei singoli legittimari	79
6.	La legittima come <i>quota hereditatis</i> o <i>pars bonorum</i>	82
7.	La tesi del legittimario come successore a titolo particolare titolare di una <i>pars bonorum</i>	85
	7.1. Il riservatario quale legatario <i>ex lege</i>	85
	7.2. Il legittimario quale titolare di un <i>ius in re</i>	88
8.	La teoria di Cicu: la giustapposizione tra “quota di riserva” e “quota di legittima”	92
9.	<i>Segue.</i> ... e la sua critica	96
	9.1. I rilievi di carattere storico	96
	9.2. L'incompatibilità con la sistematica dei legittimari	98
	9.3. La figura del legittimario e le sopravvenute oscillazioni di valore dei beni	103
10.	La teoria del legittimario erede dopo il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione	104
	10.1. La sentenza che accoglie la domanda di riduzione comporta l'acquisto di una quota di eredità	104
	10.2. L'azione di riduzione come volta a rimuovere il diaframma che impedisce la vocazione necessaria	109
	10.3. La quota ereditaria riservata quale mezzo per ottenere la legittima	112
	10.4. Il fenomeno dell'elasticità della quota di riserva	115

CAPITOLO III
LE ASPERITÀ DEL RIMEDIO SURROGATORIO
NELL'AZIONE DI RIDUZIONE

1.	Premessa	119
2.	Il problema della legittimazione surrogatoria per l'azione di riduzione	120
3.	Il differente regime rimediale tra legittimario pretermesso e legittimario leso	127
4.	La recente giurisprudenza sulla tutela surrogatoria per i creditori del legittimario pretermesso	131
5.	L'esercizio dell' <i>actio interrogatoria</i> da parte dei creditori del legittimario leso	137

	<i>pag.</i>
6. L'inerzia del legittimario leso nell'accettare l'eredità	140
7. La rinuncia all'azione di riduzione quale atto gestorio idoneo a precludere la tutela surrogatoria	143
8. La tutela dei creditori in caso di inerzia del beneficiario di legato in sostituzione di legittima	151
8.1. Il meccanismo di operatività del legato tacitativo	151
8.2. La natura della rinuncia al legato tacitativo tra atto abdicativo e <i>omissio adquirendi</i>	153
8.3. L'inammissibilità della tutela surrogatoria in caso di legato tacitativo di valore inferiore alla legittima	157

CAPITOLO IV

LA TUTELA REVOCATORIA DEI CREDITORI DEL LEGITTIMARIO

1. Premessa	161
2. Il possibile utilizzo dell'azione revocatoria nei confronti della rinuncia all'azione di riduzione	162
3. Le differenti tipologie di rinuncia	164
4. Il rifiuto quale <i>omissio adquirenti</i>	171
5. La qualificazione della rinuncia all'eredità come rinuncia abdicativa o come rifiuto	175
6. La configurazione della rinuncia dell'azione di riduzione secondo le varie tesi sulla posizione giuridica del legittimario	180
6.1. La rinuncia all'azione di riduzione quale rifiuto impeditivo	180
6.2. La rinuncia all'azione di riduzione quale rinuncia abdicativa	182
6.3. La rinuncia all'azione di riduzione quale atto impeditivo alla reintegrazione dei diritti di riserva	183
7. I profili di criticità della revocatoria della rinuncia dell'azione di riduzione	186
8. Il caso del legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto un diritto di abitazione	190
9. Una possibile "via di fuga": l'ampliamento del perimetro degli atti revocabili	195
9.1. L'azione revocatoria come mezzo di tutela cautelare e conservativa del diritto di credito	195
9.2. L'interpretazione del concetto di "atti di disposizione del patrimonio"	199
9.3. L'inclusione della rinuncia all'azione di riduzione nel perimetro degli atti revocabili	204

CAPITOLO V

L'INDIVIDUAZIONE DI UN'ADEGUATA TUTELA
PER I CREDITORI DEL LEGITTIMARIO

1. Premessa	211
2. La natura dell'impugnazione della rinuncia <i>ex art.</i> 524 c.c.	214
3. Modalità processuali della tutela del creditore che impugna la rinunzia all'eredità	219
4. L'applicabilità dell'art. 524 c.c. all'ipotesi di infruttuoso decorso del termine <i>ex art.</i> 481 c.c.	223
5. Il confronto tra impugnazione della rinunzia e azione revocatoria ordinaria	226
6. Il confronto tra impugnazione della rinunzia e azione surrogatoria	233
7. Il presunto carattere eccezionale dell'impugnazione della rinunzia all'eredità	237
8. Analogia e norme eccezionali: una riflessione di teoria generale	242
9. L'applicazione analogica dell'art. 524 c.c. alla luce dell'interpretazione sistematica	247
10. La prospettiva assiologica: tutela dei creditori <i>versus</i> salvaguardia della <i>voluntas testantis</i>	253
11. L'art. 524 c.c. come rimedio funzionale all'effettiva reintegrazione satisfattiva dell'interesse creditorio	264
12. Considerazioni di sintesi: la concreta articolazione della tutela <i>ex art.</i> 524 c.c. nelle varie fattispecie	269
12.1. La tutela dei creditori del legittimario pretermesso	270
12.2. La tutela dei creditori del legittimario leso	270
12.3. La tutela dei creditori del legittimario destinatario di un legato tacitativo inferiore alla legittima	273
13. La tutela del curatore nel caso d'insolvenza del legittimario	275

CONCLUSIONI

LA TUTELA DEI CREDITORI DEL LEGITTIMARIO TRA DIRITTO POSITIVO E PROSPETTIVE DI RIFORMA	281
---	-----

<i>Riferimenti bibliografici</i>	291
----------------------------------	-----

PREMESSA: INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA

Nell'orditura del codice civile il pendolo del diritto successorio tende ad oscillare tra la tutela del legittimario¹, da un lato, e la tutela dell'autonomia testamentaria e, dunque, dei beneficiari delle disposizioni lesive della quota di legittima, dall'altro².

Il conflitto fra l'interesse del *de cuius* alla disposizione *post mortem* dei propri diritti e quello dei prossimi congiunti alla trasmissione familiare della ricchezza è risolto dall'art. 457, comma 3, c.c. che, in tema di delazione dell'eredità, stabilisce che le disposizioni testamentarie non possano pregiudicare i diritti che la legge riserva agli stretti congiunti del defunto, perciò definiti legittimari, i quali possono succedere anche qualora il *de cuius* abbia espresso una volontà contraria. La legge, pertanto, in ragione dell'esistenza di determinati vincoli familiari, segna un limite sia alla libertà di testare sia alla libertà di disporre in vita a titolo gratuito dei propri beni³, al fine di contrastare la "*Missbrauch der Testierfreiheit*" ossia l'abuso della libertà testamentaria.

¹ Si rammenta che ai sensi dell'art. 1, comma 21, legge 20 maggio 2016, n. 76, la disciplina dei legittimari si applica altresì alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Sul punto si vedano V. BARBA, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 111; A. GNANI, *La successione necessaria dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 526; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, *ivi*, 2019, p. 409.

² L'atto testamentario – nonostante l'affermazione secondo cui si manifesti "recessivo" a vantaggio di strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza familiare – sembra aver mantenuto un ruolo eminente all'interno delle dinamiche successorie. Si vedano in proposito le riflessioni di G. BONILINI, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento di principi*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Atti dell'undicesimo Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., 5-7 maggio 2016, Napoli, 2017, p. 17, il quale evidenzia la perdurante «vitalità di uno strumento insostituibile, qual è il testamento».

³ Per opinione pacifica si considerano imperative e cogenti le norme sulla vocazione dei legittimari mentre si reputano dispositive quelle relative alla vocazione legittima in senso stretto. Si richiama in proposito G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato Rescigno*, V, Torino, 1997, p. 424, secondo cui tali qualificazioni risultano corrette unicamente se si intendono riferite al rapporto delle due discipline con la volontà del *de cuius*, che può escludere l'applicazione della vocazione legittima ma non di quella necessaria. Al contrario, dalla prospettiva dei vocati sono derogabili pressoché tutte le norme in questione, essendo prevista la facoltà in capo ad essi di non venire alla successione o di rinunziarvi. L'unica norma cogente per il destinatario della vocazione e invece dispositiva per il *de cuius* è l'art. 586 c.c. secondo il quale in mancanza di altri successibili, l'acquisto dell'eredità ha luogo in favore dello Stato senza bisogno di accettazione e senza potersi farsi luogo a rinunzia.

Invero, la previsione di quote riservate incide sull'agilità dispositiva del *de cuius* così da sottrargli rilevanti margini di autonomia circa la valutazione sull'*an* e sul *quantum* di certe attribuzioni *mortis causa*⁴.

Si tratta di un tema classico del diritto privato che, a dispetto del limitato numero di disposizioni codicistiche che ne costituiscono la *sedes materiae*, è oggetto di approfonditi studi che hanno condotto a pregevoli risultati ermeneutici⁵, rinverditi dall'acceso dibattito sulla riforma della successione necessaria al fine di sovvenire le istanze sollevate dall'odierno contesto socio-economico⁶: se, da un lato, la successione necessaria tutela la famiglia,

⁴ Si veda G. AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 1197, il quale scrive: «non è più però ora possibile escludere dalla successione chi abbia diritto a quota di riserva, tanto vero che ove dal *de cuius* se ne faccia nel testamento diseredazione o preterizione, la legge interviene a garantire il soddisfacimento di quei diritti riservati con l'azione di riduzione che mira a far ridurre nei limiti della quota disponibile la devoluzione dei beni fatta ad estranei, ed a far prelevare dall'asse a quel modo devoluto la parte riservata da conseguirsi appunto *contra testamentum* dai legittimari». Giova osservare in proposito che la giurisprudenza ha già da tempo affermato che la disciplina di tutela dei legittimari non costituisce un principio di ordine pubblico internazionale, ammettendo l'applicabilità in Italia di leggi straniere che non contemplan a favore dei legittimari un livello di tutela o un livello di tutela corrispondente a quello nazionale: si veda Trib. Termini Imerese, 15 luglio 1965, in *Giur. siciliana*, 1965, p. 784; App. Milano, 4 dicembre 1992, in *Riv. dir. int. e priv. proc.*, 1994, p. 821; Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 164, con nota critica di E. CALÒ, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*.

⁵ In proposito, secondo G. GABRIELLI, *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, p. 117, la soluzione adottata dal nostro ordinamento si collocherebbe «sul gradino prossimo all'estremo della negazione della libertà di disporre». Per G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in *Trattato dir. successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 9, nel costante disegno di contemperamento degli interessi, perseguito dall'ordinamento giuridico, è presente l'esigenza di salvaguardare l'autonomia dei consociati ma, altresì, quella di proteggere i legami di famiglia, sicché l'autonomia testamentaria trova il primo, vero, limite nella necessità di non invadere le prerogative che la legge vuole inderogabilmente riservare ai legittimari. Si vedano sul punto altresì le riflessioni di A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009, p. 90.

⁶ Si vedano sul punto le approfondite riflessioni di A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimati)*, in *Pers. e danno*, 2007, 5, p. 1; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2007, I, p. 815; ID., *Scenari attuali in materia di tutela del legittimario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 57; M. PARADISO, *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, in S. PAGLIANTINI-E. QUADRIDI. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, Milano, 2008, p. 2055; G. AMENTA, *La successione necessaria: essere non essere*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 605; A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contr. impr. Eur.*, 2009, p. 427; L. GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam., pers. e succ.*, 2009, p. 540; M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 5, p. 493; P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1941; G. BONILINI, *Sulla novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Ricerche giuridiche*, 2013, 1, suppl., p. 283;

attuando così il principio di solidarietà, dall'altro lato, pare sacrificare la libertà di disporre, espressione del principio di autonomia, che pure rappresenta un fondamentale strumento di realizzazione della persona⁷.

Il legislatore appresta altresì alcune tutele a taluni soggetti sì estranei alla successione ma non totalmente immuni rispetto ai suoi effetti. Nello specifico i creditori del defunto sono salvaguardati attraverso il mantenimento in vita del rapporto di credito e debito, con la mera sostituzione *ex latere debitoris* tra il defunto e l'erede (realizzando «il trapasso della personalità giuridica di chi decede in una persona superstite, suprema esigenza di pubblico interesse»⁸). Il medesimo scopo è assolto dalla separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, per evitare ai creditori ereditari di dover concorrere con i creditori dell'erede per ottenere la soddisfazione del proprio credito (artt. 512 e ss. c.c.).

Ai margini di tale sistema normativo appaiono invece confinati i creditori dei legittimari rispetto ad atti variamente dismissivi o impeditivi dell'acquisto di diritti successori⁹. In particolare, se si esclude la possibilità

A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 1, p. 95; G. AMADIO, *La riforma della successione necessaria, Lezioni di diritto civile*, Torino, 2018, p. 327; A. SPATUZZI, *Verso una successione diversamente "necessaria"?*, in *Not.*, 2019, p. 401. In proposito, giova rammentare come L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, p. 190, con riferimento alle prospettive di riforma della successione necessaria già nel vigore del codice del 1865, descrivesse il dibattito «tra i liberisti ad oltranza [...] che auspicavano una illimitata disponibilità a favore del proprietario» e «coloro che sottolineavano la funzione sociale della famiglia e della proprietà»; «i primi [...] contendevano per una assoluta libertà di testare [...] gli altri invece negavano la disponibilità per testamento. E così esageravano gli uni e gli altri» (tali parole sono rievocate da G. AMADIO, *Le proposte di riforma della successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1942).

⁷ Con riferimento alla diseredazione del legittimario, invocando i principi costituzionali P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione «afflittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013, p. 131, afferma che la disposizione testamentaria lesiva della quota di legittima tende a eliminare in radice la vocazione del riservatario, «realizzando uno stridente contrasto con le norme inderogabili poste a presidio della successione necessaria e sul piano della meritevolezza, con i valori della solidarietà familiare presupposti dal sistema normativo, sicché la volizione del testatore deve intendersi integralmente nulla, sia sotto l'aspetto strutturale, sia sotto quello degli effetti che ne conseguono». Tuttavia, i principi costituzionali sono parimenti invocati in senso contrario da M. TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, Napoli, 2012, p. 180, secondo il quale allorché l'essenza di solidarietà familiare non soltanto venga meno, ma sia addirittura violata non si giustifica «il perché di un atteggiamento legislativo così garantista e paternalistico nei confronti del legittimario immeritevole», per cui la disciplina di tutela dei legittimari deve essere qualificata in termini di «strumento a mezzo del quale realizzare il fine costituzionale della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.», auspicandosi l'introduzione della diseredazione del legittimario per giusta causa, ossia del legittimario immeritevole.

⁸ Così, C. LOSANA, *Delle successioni legittime*, in *Digesto it.*, XXII, Torino, 1897, p. 493.

⁹ In proposito Pagliantini parla icasticamente in termini di «convitato di pietra» o «fantasma» che si aggirerebbe nel Libro secondo delle successioni (si veda S. PAGLIANTINI, *Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentitoria*, in *Dir. delle succ. e della fam.*, 2018, p. 495).

di agire con l'*actio interrogatoria* ex art. 481 c.c. (che reca l'ampia formula «chiunque ne abbia interesse») e l'espreso riferimento di cui all'art. 524 c.c. per il caso in cui il debitore vocato rinunci all'eredità, non pare che il codice riconosca adeguata tutela ai creditori personali del legittimario. Tale lacuna è vieppiù vistosa considerando che in conseguenza del pieno riconoscimento della quota di riserva vi sarebbe un'accresciuta garanzia patrimoniale e dunque l'apertura della successione che coinvolge il loro debitore legittimario sia idonea a riverberarsi positivamente sulla loro sfera giuridica in termini di tutela del credito.

Atteso che la successione necessaria si caratterizza per essere «una materia insanabilmente mal riuscita»¹⁰ e tormentata dalla continua ricerca di un assetto di interessi stabile, non stupisce che già vigente il codice del 1865 si registrasse il silenzio della dottrina sulle problematiche sollevate da tale tema, pregno di implicazioni tanto sistematiche quanto pratico-operative¹¹. La materia esige, invero, un'attenta ponderazione dei vari interessi ritenuti meritevoli di tutela che – com'è carattere del diritto ereditario – non possono essere soddisfatti in modo esclusivo¹².

La domanda se e in che modo i creditori del legittimario possono godere di protezione, sorge dal concreto svolgersi della realtà sociale¹³.

È, infatti, sempre più diffusa la tendenza a gestire la trasmissione del patrimonio familiare nel momento del passaggio generazionale, di talché l'ereditando, soprattutto nel caso in cui rivesta la qualifica di imprenditore, è portato a preservare l'integrità patrimoniale in vista dell'apertura della futura successione, a fronte del concreto pericolo di aggressione del compendio ereditario da parte dei creditori personali di uno dei legittimari¹⁴.

¹⁰ Così, F. SCHULZ, *Principi di diritto romano*, Firenze, 1946, p. 61.

¹¹ Si veda L. SALIS, *La successione necessaria nel diritto civile italiano*, Padova, 1929, p. 222.

¹² In proposito P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1972, p. 749 evidenzia che l'avocazione allo Stato dei compendi ereditari avrebbe l'effetto di incrementare i consumi e di scoraggiare la propensione al risparmio in spregio all'art. 47 Cost.; l'attribuzione del potere di determinare l'intero asse ereditario con una massima autonomia testamentaria, comporterebbe, da un lato, il rischio di scelte arbitrarie e di scarso valore sociale, e, dall'altro, la necessità di intervenire statale in ipotesi di assenza di testamento; la predisposizione di meccanismi procedurali cogenti a tutela dei creditori, sarebbe inutilmente dispendiosa e contraria all'esigenza di celerità.

¹³ Inevitabile è il riferimento ai saggi contenuti in B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004. In proposito si vedano le lucide riflessioni di M. GRONDONA, *Perché non possiamo non dirci "leoniani"*, I. *Il diritto come pretesa individuale: frammenti per una teoria (con uno sguardo su Tullio Ascarelli)*, in E. CATERINI-L. DI NELLA-A. FLAMINI-L. MEZZASOMA-S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, p. 865.

¹⁴ In proposito, S. PAGLIANTINI, *Legittimario pretermesso, fallimento e rinuncia all'azione di riduzione: spigolature sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tutela dei creditori*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, I, p. 53, ha osservato che «fattispecie come quella [di cui si discorre nel contributo], nelle quali la scheda testamentaria presenta un assetto devolutivo improntato ad una tutela del compendio ereditario in danno dei creditori personali del legittimario, sono sempre più frequenti».

In questa sede non si affronterà l'ipotesi in cui il testatore e il suo legittimario si accordino sulla successione futura del primo, patto che sarebbe nullo *ex art. 458 c.c.* con possibili riflessi sul testamento che, sostanzialmente, ne costituirebbe attuazione¹⁵, né si tratterà dei negozi c.d. *transmorte* che rispondono a finalità di pianificazione successoria¹⁶. La riflessione riguarderà invece l'ipotesi in cui il *de cuius*, lungi da lui qualsiasi volontà "punitiva" dei propri congiunti, al fine di salvaguardare il patrimonio ereditario dall'aggressione dei creditori personali di un proprio legittimario gravato da una forte esposizione debitoria personale, deliberatamente decida, con donazioni in vita o disposizioni testamentarie, di attribuirgli una quota notevolmente inferiore a quanto di sua spettanza o di lasciargli un legato in sostituzione della legittima o anche di escluderlo totalmente dalla successione, istituendo ad esempio eredi i figli del legittimario o un fratello¹⁷.

Tali condotte, pur non esaurendo le ipotesi di "frode per testamento"¹⁸

¹⁵ Si veda in proposito, *ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.2, Le successioni*, 5ª ed., Milano, 2015, p. 18 e in giurisprudenza, da ultimo, Cass., 21 novembre 2017, n. 27624, in *IlCaso.it*.

¹⁶ Sul punto si veda A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in *Trattato CNN*, Napoli, 2003, p. 8; ID., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983; V. SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1989, p. 387.

¹⁷ La questione dei conflitti d'interesse tra i legittimari, i componenti della famiglia e il *de cuius* sono esaminati diffusamente da N. CIPRIANI, *Potere di disporre mortis causa e libertà personale, interessi della famiglia e del testatore*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*. Atti dell'11° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 2017, p. 345. Si veda inoltre L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, Milano, 2000, t. II, p. 123. Per una fattispecie di totale premissione dei figli in favore di un nipote si veda Cass., 9 giugno 2009, n. 13271, in *LeggidItalia.it*.

¹⁸ Nell'ipotesi in cui un testatore simuli il soddisfacimento della legittima, dichiarando falsamente nel testamento di aver già soddisfatto i legittimari con delle donazioni in realtà mai effettuate, è pacifico che tale dichiarazione non è idonea a sottrarre al riservatario la quota di riserva «garantita dalla legge anche contro la volontà del "*de cuius*"; né tale dichiarazione può essere assimilata ad una confessione stragiudiziale opponibile al legittimario, essendo egli, nell'azione di riduzione, terzo rispetto al testatore» (così, in termini, Cass., 15 maggio 2013, n. 11737, in *CED Cassazione*, 2013, e in senso analogo 25 giugno 2010, n. 15346, in *CED Cassazione*, 2010). Pertanto, nonostante l'acquiescenza del debitore legittimario, in tale fattispecie i creditori potrebbero facilmente esperire l'azione di riduzione in via surrogatoria, giacché la prova dell'effettiva tacitazione del legittimario per via donativa cade sull'erede, anche qualora la dichiarazione del testatore riveste una forma notarile. Nella differente fattispecie in cui il testatore e il legittimario simulino delle donazioni in modo da attribuire apparentemente al terzo istituito erede unico una quota non superiore alla disponibile, i creditori potranno agire chiedendo di accertare la simulazione assoluta delle liberalità *inter vivos* per poi agire in riduzione sempre in via surrogatoria. Ancora, qualora il testatore dopo aver donato dei beni al legittimario lo diseredi espressamente ritenendolo tacitato, i creditori potrebbero chiedere la nullità della donazione o del testamento ovvero – nel caso si ritenesse valida una clausola diseredativa siffatta applicandosi analogicamente l'art. 551 (come sostenuto da L.V. MOSCARINI, *La donazione tacitativa di legittima*, in *Vita*

a danno dei creditori del legittimario, costituiscono quelle in cui la giurisprudenza e la dottrina sono giunte a conclusioni per nulla univoche.

In questa prospettiva, in particolare, il legato in sostituzione di legittima cambia ruolo: da tradizionale istituto privativo e “nemico” della legittima¹⁹ – perché, consistendo comunemente in un lascito di modesto valore, comporta la pretermissione del legittimario – diviene strumento utile a frustrare le ragioni dei creditori di quest’ultimo.

In proposito risulta icastica l’espressione di “pretermissione amica”²⁰, voluta cioè dal *de cuius* e accettata dal legittimario, se non palesemente concordata con quest’ultimo (privato consapevolmente della sua quota di riserva attesa la minaccia all’integrità dell’asse relitto) il quale, prestando piena ed integrale “acquiescenza”²¹ alla sua esclusione, si guarderà bene di agire in riduzione al fine di ottenere il riconoscimento dei diritti inderogabili riservatigli dalla legge²². Si realizzerebbe dunque un accordo fraudatorio volto a modellare la vicenda successoria in funzione dello scopo elusivo della garanzia generica del legittimario²³.

not., 2000, p. 701; si veda tuttavia l’opinione contraria di G. CATTANEO, *Imputazione del legittimario*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 357) nuovamente esperire l’azione di riduzione in via surrogatoria. Per una puntuale disamina di tali e di ulteriori ipotesi si rinvia a S. PAGLIANTINI, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 – Genova, 27 maggio 2016 – Vicenza, 1° luglio 2016, Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2016, p. 216.

¹⁹ Sul punto si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Legato privativo di legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 249.

²⁰ Tale formula è di S. PAGLIANTINI, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, Napoli, 2016, p. 94.

²¹ Questa espressione è utilizzata in senso atecnico giacché non è contenuta nel codice civile ma è presente invece nel codice di procedura all’art. 329 c.p.c. con riferimento alla rinuncia ad avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge. Valga comunque distinguere l’acquiescenza, la quale sottende la consapevole accettazione di effetti sfavorevoli, benché non mediante una dichiarazione di volontà a ciò finalizzata, dalla tolleranza che è invece atto di mera sopportazione e mancata reazione.

²² Fattispecie differente è la diseredazione del legittimario in modo da escluderlo dalla successione legittima, perché non si vuole correre il rischio che il soggetto istituito a titolo di erede non possa o non voglia accettare l’eredità e nel contempo ci si prefiguri che possano mancare i presupposti per l’operare *in consecutio* dei meccanismi di sostituzione, rappresentazione od accrescimento. In tale ipotesi il solo modo che residua è, appunto, confezionare una clausola di diseredazione espressamente preordinata a spogliare il legittimario della qualifica di successibile *ex lege*. Come nota acutamente L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit. p. 114, qui l’interprete si troverebbe al cospetto di una volontà testamentaria esprimente «un *plus* rispetto alla volontà negativa che caratterizza il legato tacitativo». Tuttavia, supponendo che il legittimario legatario *ex lege* non impugni siffatta clausola diseredativa, i creditori personali del legittimario potranno eccepire la validità della clausola o impugnarla ai fini della riduzione: quale delle due interpretazioni sia in concreto preferibile dipende dalla *vexata quaestio*, alla quale qui non si può neanche accennare, inerente alla nullità o inefficacia (ma *ope iudicis*) della diseredazione che abbia come soggetto passivo un legittimario.

²³ In argomento si vedano le acute considerazioni di S. PAGLIANTINI, *La frode per testa-*

In tali ipotesi, vi sarebbe astrattamente la possibilità di ricorrere all'art. 626 c.c., secondo cui il motivo illecito rende nulla la disposizione qualora risulti dal testamento e sia l'unico che abbia determinato il testatore a disporre²⁴. Tale rimedio è, tuttavia, di applicazione residuale giacché presuppone che il motivo illecito risulti *per tabulas* dalla scheda testamentaria e, soprattutto, che si tratti dell'unico che abbia determinato il testatore a disporre.

Non si può escludere che la fattispecie sopra descritta si possa giustificare con un atto di benevolenza del defunto nei confronti dei propri nipoti (figli del legittimario pretermesso) o di uno solo dei propri figli. Sarebbe, tuttavia, ineludibile la questione della responsabilità patrimoniale del legittimario incapace di consentire il soddisfacimento coattivo del creditore, il cui interesse non può essere escluso dall'orizzonte ermeneutico attraverso il quale svolgere i problemi del diritto ereditario, di talché l'applicazione dell'art. 588 c.c. non può essere funzionale ad eludere l'art. 2740 c.c., limitando oltremodo la responsabilità patrimoniale del legittimario.

Nel prosieguo della trattazione si dirà "pretermesso" il legittimario non chiamato come erede testamentario e che non abbia ricevuto donazioni in vita o legati, e "leso" il legittimario chiamato come erede per legge o per testamento che non abbia anche ricevuto donazioni in vita o legati, ed è stato beneficiato per una quota insufficiente a soddisfare la legittima, anche tenuto conto delle altre liberalità *inter vivos* o *mortis causa* effettuate dal defunto in favore di altri soggetti.

I creditori sarebbero pregiudicati qualora il legittimario pretermesso rinunziasse all'azione di riduzione o rimanga inerte, ovvero nell'ipotesi in cui il legittimario istituito erede in una quota inferiore alla legittima accettasse l'eredità senza promuovere l'azione di riduzione o espressamente rinunciandovi, o in tutte le ipotesi in cui il legittimario rimanga inerte sebbene sia stato istituito erede o chiamato per legge, ovvero ancora ove il legittimario legatario in sostituzione di legittima non esprima la sua preferenza per la quota di legittima rinunciando al legato di valore inferiore alla quota di riserva²⁵.

mento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori, cit., p. 209, secondo il quale «l'espressa esclusione del legittimario dalla successione non maschera, come si potrebbe pensare, una forma surrettizia di c.d. diseredazione perché il motivo unico e determinante della disposizione testamentaria, pur se non illecito ex art. 626 c.c., è tutt'uno col dare viceversa veste ad una modalità di divisione dell'asse ereditario tale da ripermire la responsabilità patrimoniale dell'escluso, legittimario caro e non invisato al testatore, per una qualche ragione versante in condizioni di più o meno grave illiquidità».

²⁴ In argomento, si veda S. PAGLIANTINI, *Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentitoria*, cit., pp. 500 e 513; ID., *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, cit., pp. 94 e 109.

²⁵ In proposito si vedano le riflessioni di M. CRISCUOLO, *La tutela dei creditori rispetto ad atti dispositivi della legittima*, in G. IACCARINO (a cura di), *Successioni e donazioni*, diretto da

Si tratta di fattispecie diverse dalla rinuncia all'eredità, atteso che il legittimario intenderebbe rinunciare esclusivamente ad ottenere quanto gli spetterebbe a titolo di legittima su una determinata successione, determinando quindi la perdita dei diritti di riserva previsti dalla legge e la stabilizzazione delle situazioni giuridiche derivanti dalle disposizioni lesive dei diritti del legittimario rinunziante. Si tratta di un effetto simile a quello che produrrebbe il fatto giuridico della c.d. "acquiescenza" alle disposizioni testamentarie lesive²⁶.

La rinuncia all'eredità da parte del legittimario leso implica invece l'automatica rinuncia non solo alla riserva, ma anche all'azione finalizzata ad assicurarne il conseguimento integrale, posto che la volontà del soggetto sarebbe definitivamente connotata da un intendimento negativo circa l'ottenimento della quota ereditaria riservata. Il legittimario pretermesso, invece, può rinunciare solo all'azione di riduzione, non configurandosi nei suoi confronti nessuna delazione attuale dell'eredità²⁷.

In aggiunta, l'ereditando potrebbe avvalersi di accorgimenti negoziali funzionali ad assicurare al legittimario i soli diritti reali non suscettibili di espropriazione, come l'uso o l'abitazione, ovvero ad attribuirgli una rendita limitata agli stretti bisogni alimentari del creditore, così determinandone parimenti l'impignorabilità (si veda art. 1881 c.c.).

Inoltre, è ben possibile utilizzare istituti di recente introduzione idonei a costituire utili strumenti di efficiente gestione della vicenda successoria quali il *trust*²⁸, il vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*²⁹, finanche il

G. Iaccarino, Milano 2017, I, p. 1480; S. PAGLIANTINI, *Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentitoria*, cit., p. 495; A. LEUZZI-C. CICERO, *La rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e i mezzi di tutela dei creditori e del curatore fallimentare*, in *Riv. not.*, 2018, p. 663; P. MAZZAMUTO, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, p. 22.

²⁶ Benché vi sia identità di effetti, l'acquiescenza a disposizioni testamentarie è strutturalmente differente dall'atto di rinuncia all'azione di riduzione in quanto il primo configura una condotta del titolare della situazione giuridica, che non deve essere confuso con comportamenti inerziali.

²⁷ In tale ipotesi, secondo L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 155, opererebbe la rappresentazione in quanto l'azione di riduzione rappresenta per il legittimario pretermesso la modalità di adizione dell'eredità. *Contra* Y. PANCRAZI, *La tutela dei legittimari*, in P. FAVA (a cura di), *Successioni e donazioni*, Milano, 2017, p. 2047, secondo il quale, ai sensi dell'art. 467 c.c., presupposto della rappresentazione è la rinuncia all'eredità che esige una delazione attuale.

²⁸ Si vedano in argomento si veda R. CALVO, *Il trust testamentario*, in R. CALVO-A. CIATTI CAIMI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato contr. Rescigno e Gabrielli*, XIX, Torino, 2014, p. 256; S.T. BARBARO, *La costituzione testamentaria di patrimoni separati*, Napoli, 2017, p. 109; M. SARACENO, *Destinazione di beni e tutela dei legittimari*, in *Riv. not.*, 2013, 4, p. 1047; R. FRANCO, *Trust testamentario e liberalità non donative: spiragli sistematici per una vicenda delicata*, in *Riv. not.*, 2009, p. 1460; S. BARTOLI, *La natura dell'attribuzione mortis causa al trustee di un trust testamentario – I Parte*, in *Trusts*, 2004, 1, p. 58. Sul *trust* con premissione del legittimario si vedano le riflessioni di E. MOSCATI, *I diritti dei legittimari. L'azione di riduzione e il trust*, in *Diritto successorio. Saggi*, Torino, 2004,

contratto di affidamento fiduciario riconosciuto dalla legge n. 112/2016³⁰ – costituiti per testamento – non tanto per pregiudicare il legittimario ma per evitare che i suoi creditori personali si possano soddisfare sulla quota di eredità riservatagli dalla legge³¹.

Nell'ipotesi in cui dal testamento emerge l'intento fraudatorio del testatore in accordo con il legittimario leso o pretermesso ai danni dei creditori personali di quest'ultimo, si porrebbe la questione del controllo di legalità da parte del notaio: tuttavia, in forza degli artt. 28 l. not. e 626 c.c., questi è tenuto a non ricevere il testamento pubblico solo qualora il motivo illecito gli venga rappresentato e sia l'unico che determini il testatore a

p. 123; M. GIULIANO, *Contributo allo studio dei trust "interni" con finalità parasuccessorie*, Torino, 2016, p. 373.

²⁹ Sull'ammissibilità della costituzione per testamento di un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. si vedano R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 786; C. ROMANO, *Il trust e l'atto di destinazione testamentario*, in S. BARTOLI-D. MURITANO-C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, p. 181; A. DE DONATO, *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 46; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 337. Per rilievi sistematici di ampio respiro si veda V. BARBA, *Disposizione testamentaria e destinazione*, in *Foro nap.*, 2016, 2, p. 325 e Id., *Negozi post mortem ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 49. Si segnala tuttavia una contraria giurisprudenza di merito: Trib. Roma, 18 maggio 2013, in *Fam. dir.*, 2013, p. 783 con nota di R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*.

³⁰ Tale disciplina ha reso il negozio di affidamento fiduciario – contratto nominato, anche se non tipico, dettando una disciplina condivisa con il *trust* ed i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c.: si veda, sul punto, M. LUPOI-G. CORASANITI-G. MARCOZ, *L'affidamento fiduciario nella vita professionale*, Milano, 2018, p. 214; S. BARTOLI, *Negozi destinatori e tutela dei legittimari. La legge 22 giugno 2016, n. 112 ("Dopo di Noi)*, in AA.VV., *La successione dei legittimari*, Milano, 2017, p. 410. Sul contratto di affidamento fiduciario prima della legge n. 112/2016 si veda M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

³¹ Si pensi, ad esempio, all'affidamento fiduciario che, pur indicando il legittimario quale beneficiario del reddito, preveda che il relativo diritto di credito si estingua, in tutto od in parte, o venga degradato a mera aspettativa, non appena sia stato oggetto di aggressione da parte dei creditori personali. Per evitare che tale costruzione negoziale configuri un'ipotesi di impignorabilità atipica dovrebbe essere limitata alla «porzione dell'erogazione spettante al beneficiario di reddito cui il giudice attribuisca natura e funzione effettivamente alimentari» (così, S. BARTOLI-D. MURITANO, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, in AA.VV., *I Trust interni e le loro clausole*, Roma, 2007, p. 144), applicandosi estensivamente l'art. 1881 c.c. (impignorabilità assoluta), in caso di rendita vitalizia costituita per testamento, ovvero direttamente l'art. 545, comma 1, c.p.c. (impignorabilità relativa, ossia pignorabilità solo per cause di alimenti), in caso di legato di alimenti ai sensi dell'art. 660 c.c. Si rinvia al c.d. *protective trust* in cui, come osservato da M. LUPOI, *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2010, p. 208, si assiste ad una posizione beneficiaria che «nasce con una inerente limitazione» che la rende «oggettivamente instabile». Si rammenti altresì la possibilità offerta dal reg. UE n. 650/2012, che, nell'assoggettare la successione alla legge del Paese di residenza, di fatto permette a un cittadino italiano residente in Germania di stipulare validamente dei patti successori.

disporre. Nelle più frequenti ipotesi in cui non risulti il riferito intento fraudatorio il notaio sarà invece tenuto a ricevere il testamento pubblico benché contenga disposizioni idonee ad arrecare pregiudizio alle ragioni dei creditori personali del legittimario³².

Tutte le fattispecie passate in rassegna, come qualsiasi ipotesi di disposizione testamentaria o donativa lesiva, ben potrebbero essere oggetto di azione di riduzione del legittimario leso o pretermesso, ponendosi al più la questione della corretta individuazione dei soggetti a cui spetti la relativa legittimazione passiva³³. Il legittimario, tuttavia, non avrebbe alcun interesse ad agire in riduzione qualora, ove venisse accolta, i beni che acquisterebbe sarebbero oggetto di aggressione da parte dei propri personali creditori. Pertanto, egli potrebbe lasciar decorrere il termine di prescrizione per l'esperimento dell'azione di riduzione o non adempiere alle condizioni della predetta azione (si pensi all'erede che abbia accettato l'eredi-

³² È noto invero che «non si ha violazione dell'art. 28 della legge notarile nell'ipotesi in cui il divieto di ricevere un atto non sia desumibile dall'espressa lettera della legge, ma sia ricavabile solo interpretativamente; ciò in quanto lo stesso art. 28 richiede che l'atto sia «espressamente proibito dalla legge»» (così, App. Torino, 17 luglio 1997, in *Riv. not.*, 1997, p. 1221, con nota di G. PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile. Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*. La corte, infatti, pur giungendo a ritenere l'atto sottoposto al suo giudizio nullo, non ritiene per ciò solo integrati gli estremi dell'illecito disciplinare del pubblico ufficiale rogante, stante la controversia che sulla questione regna in dottrina e giurisprudenza (in quel caso si trattava dell'ammissibilità della partecipazione di una società di capitali in una società di persone). Sul punto si vedano le lucide riflessioni di P. BOERO, *La legge notarile commentata*, sub art. 28, Torino, 1993, p. 176 e di A. FUSARO, sub art. 28, in P. BOERO-M. IEVA (a cura di), *La legge notarile*, Milano, 2014, p. 182. In generale, sul ruolo del notaio di controllo preventivo di legalità e di liceità del negozio, allo scopo di tutelare le parti dall'insorgenza di controversie, si veda F. LAZZARELLI, *Il ruolo del notaio nella legalità costituzionale*, in ID. (a cura di), *Studi di diritto notarile*, Napoli, 2017, p. 7.

³³ Giova segnalare che l'azione di riduzione promossa dal legittimario leso per effetto di un *trust* presenta problemi sotto il profilo della legittimazione passiva. Invero, un orientamento, sul presupposto che «il *trustee* non può essere considerato da nessun punto di vista un erede o un legatario del *settlor*», ritiene che «il soggetto passivo è da considerarsi il terzo indicato dal *de cuius* nonostante che non sia un avente causa diretto da lui», a meno che «il bene non sia stato ancora assegnato al beneficiario [...], [nel qual caso] il soggetto passivo dell'azione di riduzione [sarebbe invece] il *trust* stesso in persona del *trustee*» (E. MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari, Relazione al Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia"*, 19-20 novembre 1999, in *Il-trust-in-italia.it*). Un diverso indirizzo sostiene che legittimato passivo dell'azione di riduzione sarebbe, oltre al beneficiario, altresì il *trustee* atteso che «gli effetti della sentenza di riduzione [...] sono destinati a prodursi anche nella sua sfera giuridica» (così S. BARTOLI, *Trust, atto di destinazione e tutela dei legittimari*, in S. BARTOLI-D. MURITANO-C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, cit., p. 312; ID., *Negozi destinatori e tutela dei legittimari*, cit., p. 431). Più recentemente la legittimazione passiva del solo *trustee* è riconosciuta da L. SALVATORE, *Il trust nella legge del "Dopo di noi" e la tutela dei legittimari*, in *Trusts*, 2019, 1, p. 20; G. MERCANTI-G. RIZZONELLI, *Il legittimato passivo nell'azione di riduzione*, *ivi*, 2017, 6, p. 600 e – in giurisprudenza – da Trib. Lucca, 19 aprile 2017, in *Trusts*, 2017, 6, p. 645; Trib. Udine, 14 agosto 2015, in *IlCaso.it*; Trib. Torino, 27 dicembre 2011, in *Il-trust-in-italia.it*; Trib. Venezia, 4 gennaio 2005, in *Trusts*, 2005, p. 245; App. Firenze, 9 agosto 2001, *ivi*, 2002, p. 244.

tà con beneficio di inventario nell'ipotesi prevista dall'art. 564, comma 1, c.c.) ovvero rinunciare a tale rimedio espressamente o accettando la disposizione testamentaria di valore inferiore a quello della legittima, perdendo il diritto di conseguirla (si fa riferimento all'ipotesi di legato in sostituzione di legittima di valore inferiore a questa *ex art. 551 c.c.*).

Si tratta di fattispecie in cui il creditore è portatore dell'interesse proprio «di evitare un danno futuro che può derivare da un comportamento, positivo o negativo»³⁴ del debitore. Questi, infatti, nel trascurare l'esercizio dei propri diritti o ponendo in essere un'attività gestoria che riduce anziché incrementare il proprio patrimonio non realizza alcuna «lesione attuale del diritto»³⁵ del creditore ad ottenere un determinato bene, atteso che il debitore potrebbe pur sempre adempiere spontaneamente la prestazione dovuta o avere «nel momento in cui il creditore inizia l'esecuzione forzata, beni sufficienti ad assicurare la realizzazione coattiva del diritto di credito»³⁶.

La questione contempla due interessi contrapposti: quello del *de cuius* a tutelare il patrimonio ereditario dalle possibili aggressioni dei creditori personali del legittimario; quello dei creditori personali del legittimario a conservare la garanzia patrimoniale del loro credito. La problematica deve affrontarsi avendo ben chiare quali direttive di principio («la bussola, secondo la celebre metafora del giurista navigante in mare aperto»³⁷) i riferimenti costituzionali³⁸.

La Carta fondamentale in materia successoria, menziona espressamente all'art. 42, comma 4, la sola successione legittima e quella testamentaria. Il mancato riferimento alla successione necessaria ha indotto certa dottrina, supportata da una pronuncia di legittimità, a ritenerla non insopprimibile³⁹.

³⁴ In questi termini si è espresso R. NICOLÒ, *Azione surrogatoria e azione revocatoria*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 632, secondo il quale si potrebbe parlare di un danno attuale solo ammettendo «l'esistenza di un diritto di garanzia, di natura sostanziale, spettante al creditore sui beni del debitore», poiché «allora il comportamento del debitore che aliena i beni o omette di esercitare i suoi diritti rappresenterebbe una lesione attuale del diritto di garanzia e una violazione dell'obbligo correlativo a tale diritto. Ma l'esistenza di quel diritto di garanzia avente ad oggetto tutti i beni del debitore è una mera illusione».

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Così, U. BRECCIA, *La bussola e il compasso del giurista navigante in mare aperto*, in *Libri amicorum per Francesco Donato Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, p. 9.

³⁸ Del resto, anche L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 (ora in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 165) ricorda che i principi possono assumere la veste dogmatica di regole di decisione o il carattere retorico di una base di partenza per l'attività del giudice, come il riferimento alla giustizia della decisione o del contratto e del processo.

³⁹ In tal senso F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, p. 438. Analogamente, Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 1, p. 164, con nota di E.

È, tuttavia, possibile trarre indirettamente dal sistema un suo rilievo costituzionale. In particolare, le disposizioni di cui agli artt. 536 e ss. c.c., in quanto volte ad evitare che «i più stretti parenti del *de cuius*, quelli che hanno vissuto con lui, rimangano senza sostanza alcuna»⁴⁰, comunicano con le garanzie costituzionali riferite al riconoscimento dei diritti della famiglia (art. 29), al dovere dei genitori di mantenere i figli (art. 30), all'impegno dello Stato a favorire gli istituti a protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù (art. 31)⁴¹. Pertanto, trova tutela costituzionale quella che è stata definita "successione necessaria materiale" che assicura un opportuno sostegno patrimoniale al coniuge e ai figli minori del defunto, a prescindere dalla natura e dalla latitudine dei diritti attribuiti⁴².

Per contro il principio di responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. affermando che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri – tra i quali sarebbero compresi i beni del *de cuius* che costituirebbero la quota di legittima – è illuminato dal valore fondamentale dell'art. 24, comma 1, Cost., il quale predica l'effettività dei rimedi, attribuendo a chiunque la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

Al fine di fronteggiare una delle istanze che vanno levandosi nella presente realtà socio-economica, tale contributo, sul presupposto della meritevolezza dell'interesse dei creditori personali del legittimario (assiologicamente non deteriore rispetto a quello del *de cuius* di disporre del pro-

CALÒ, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*, ha esplicitamente affermato: «Ai legittimari non fa riferimento la Carta Costituzionale e la quota riservata ai medesimi rappresenta un limite della successione legittima ovvero delle disposizioni testamentarie, che il legislatore ordinario può modificare ed anche sopprimere».

⁴⁰ Così G. TAMBURRINO, *Successione necessaria (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1352.

⁴¹ Si veda V.E. CANTELMO, *L'istituto della riserva*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova 1994, p. 471, il quale osserva: «Il sistema di diritto positivo di attuazione dei diritti del legittimario trova fondamento nella norma costituzionale della tutela della persona e del matrimonio e realizza uno dei limiti alla successione per causa di morte in generale enunciati dalla previsione costituzionale nell'ultimo comma dell'art. 42 [Cost.]». Vedasi altresì anche E. GABRIELLI, *Rapporti familiari e libertà di testare*, in *Famiglia*, 2001, p. 11, secondo cui «Le norme costituzionali importano, in ogni caso, che il legislatore ordinario è tenuto: [...] a prescrivere limiti alla libertà di disporre per causa di morte in considerazione degli interessi dei componenti della famiglia legittima e dei figli naturali».

⁴² Sulla formula "successione necessaria materiale" si vedano le acute considerazioni di A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in R. SACCO (diretto da), *Tratt. di diritto comparato*, Torino, 2002, p. 91, il quale evidenzia così – in prospettiva comparatistica – «la convergenza delle regole strutturali dei sistemi giuridici a fronte del differente tenore delle regole enunciate». La dicotomia tra una successione necessaria materiale e una successione necessaria formale è propria della Pandettistica; in senso critico, si vedano le riflessioni di L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 1.

prio patrimonio per il tempo *post mortem* e a quello del legittimario di decidere se accettare o meno le disposizioni che pregiudicano il proprio diritto di legittima) si propone di identificare e analizzare i possibili mezzi di tutela contemplati dall'ordinamento a favore dei creditori dell'erede necessario nella fattispecie in cui il debitore dismetta i propri diritti successori, rinunciando a esercitare l'azione di riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della sua quota di riserva.

Il proposito è quello di offrire risposte a bisogni di tutela che riguardano interessi già giuridificati, nel tentativo di effettuare una ricerca interstiziale tra forme e tecniche rimediali nel "serbatoio" dell'ordinamento, trascendendo dall'analisi teorica alla valutazione pragmatica⁴³.

Analizzare i rimedi esperibili dai creditori del legittimario presuppone chiarezza intorno alla configurazione del diritto di legittima e dunque alla posizione giuridica dei legittimari, pregiudiziale per appurare l'ammissibilità degli strumenti di tutela a favore dei creditori danneggiati dalla rinuncia all'azione di riduzione.

Nel prisma delle ragioni creditorie, si esamineranno quindi dapprima le tradizionali azioni di conservazione della garanzia patrimoniale, verificando la loro concreta applicabilità a tale fattispecie per poi suggerire nuove ipotesi rimediali in modo da individuare possibili soluzioni alla lacuna rimediale che lascerebbe altrimenti privi di tutela i creditori personali del legittimario⁴⁴.

Occorrerà, dunque, appurare il possibile uso dell'analogia per colmare le lacune lasciate dal legislatore, nell'ambito di norme sì speciali ma che, proprio in quanto collocate all'interno di un plesso giuridico unitario, non possono ritenersi eccezionali, sempre alla non agevole condizione di ravvisare nella fattispecie non disciplinata quella *eadem ratio* che consente l'applicazione della medesima disposizione.

Si tratta di un tentativo di sistemazione che non ignora lo stretto mar-

⁴³ Giova, invero, rammentare come il compito della giurisprudenza sia quello «di comprendere il significato di testi normativi autoritativamente predisposti per dettare regola ai rapporti sociali. [...] [P]uò dirsi una scienza pratica nel senso particolare che ha la funzione di interpretare (ai fini dell'applicazione concreta) proposizioni che enunciano regole vincolanti di comportamento» (così, L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss., ora in *Id.*, *Diritto e valori*, Bologna 1985, p. 47). Si vedano, in senso analogo, le riflessioni di S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, 1950, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, 5, Milano 2011, p. 3.

⁴⁴ Come lucidamente osservato da V. SCALISI, *Dalla scuola di Messina un contributo per l'Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 26, «se è fuor di dubbio che nessun interprete può sostituirsi al legislatore con la formulazione di nuove norme giuridiche in base a proprie valutazioni sia pure tratte dalla realtà pratica ed empirica della vita associata, resta tuttavia altrettanto vero che, in caso di accertato e incolmabile e come tale irrimediabile profondo scarto tra valori sostanziali di una società e valori formali del suo sistema giuridico normativo, non potrebbe allora non far capo all'interprete l'irrinunciabile "dovere scientifico" di denunziare lo scarto riscontrato come pure le deviazioni e le irrazionalità insite nelle soluzioni legislative adottate».

gine ermeneutico lasciato all'interprete dal diritto successorio, che, a differenza di quello delle obbligazioni e dei contratti, evolve per lo più attraverso puntuali interventi del legislatore⁴⁵. Anche tale ambito non è, tuttavia, immune da revisione ermeneutica nel senso indicato da Gadamer per cui il testo normativo rinviene la propria compiutezza solo se immersa nel concreto della storia quotidiana: «l'applicazione costituisce, come la comprensione e la spiegazione, un aspetto costitutivo dell'atto interpretativo inteso come unità»⁴⁶.

La presente indagine si propone, pertanto, al fine di appurare l'operabilità dei principali mezzi che l'ordinamento giuridico riconosce al creditore a tutela della garanzia patrimoniale, in primo luogo di esaminare le ragioni storiche che possono aver condotto all'attuale disciplina della legittima e di ricostruire le varie posizioni dottrinali che hanno tentato di configurare la posizione del legittimario.

Atteso che l'esigenza di preordinare meccanismi regolativi del trapasso dei rapporti trasmissibili facenti capo al *de cuius* partecipa alle istanze che si levano dalla realtà socio-economica in perenne evoluzione, si cercherà di "tornare alle origini" di un dibattito, invero mai sopito, sulla natura della legittima, ricostruendo le criticità sistematiche relative alla posizione del legittimario. Quindi si verificheranno – con riferimento alla tessitura normativa ed alla sedimentazione giurisprudenziale – i possibili appigli sistematici utili a non rendere franca da qualsivoglia forma di tutela la volontà del legittimario che ponga nel nulla l'affidamento dei suoi creditori all'incremento della garanzia patrimoniale generica, in ragione dei diritti successori vantati dal loro debitore.

Si tratta di un'analisi che esige un metodo assiologico-pratico utile a ridurre la complessità del sistema e ad effettuare un'indagine che abbraccia il tema dell'effettività⁴⁷, pur mantenendo al centro della dinamica giuridica il rispetto del dato positivo⁴⁸. L'ordinamento si riflette, infatti, in

⁴⁵ Valga rammentare come N. LIPARI, in *Prospettive della libertà di disposizione testamentaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 804, abbia lucidamente osservato che «rispetto all'originario impianto codicistico, i due connotati caratterizzanti il diritto civile del postmoderno, la sua costituzionalizzazione e la sua giurisdizionalizzazione hanno inciso in maniera più diretta ed evidente sulla teoria del contratto che non su quella del testamento».

⁴⁶ Si veda H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. di G. Vattimo, Milano, 2000, p. 637. Si veda altresì H.G. GADAMER, *Emilio Betti und das idealistische Erbe*, in *Quaderni fiorentini*, VII, Milano, 1978, p. 5.

⁴⁷ Di "ermeneutica dell'effettività" parla infatti G. BENEDETTI, "Ritorno al diritto" ed *ermeneutica dell'effettività*, in *personaemercato.it*, 2017, p. 3, spec. p. 11, laddove richiama il pensiero di M. HEIDEGGER, *Ontologie (Hermeneutik der Faktizität)*, trad. it. (con il titolo *Ontologia. Ermeneutica dell'effettività*) di G. AULETTA, ed. a cura di E. Mazza, Napoli, 1992.

⁴⁸ Si vedano in proposito le approfondite riflessioni di U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 361.

maniera sempre rinnovata nella mente dell'interprete⁴⁹, il quale è chiamato a confrontarsi da un lato, con un sistema caratterizzato dall'incapacità del diritto positivo di adempiere – per opposti eccessi di astrazione o di particolarismo – alla funzione regolatrice di una realtà in crescente dinamismo, dall'altro, con l'emersione di nuove istanze economiche e sociali.

⁴⁹ Come affermava S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 123, «la legge in sé e per sé è inerte. Non ha una propria vita. È materia non anima. Un'anima ha invece l'ordinamento ove le leggi sono espressione del suo continuo mutamento delle forze vitali».