

Tommaso dalla Massara

(Prof. ord. nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre)

Azione di riduzione e altre tutele a favore dei legittimari: tradizione e innovazione

1. *Un discorso che si sviluppa tra piano sostanziale e piano processuale*

Desidero anzitutto esprimere un vivo ringraziamento alla Scuola Superiore della Magistratura e alla Fondazione del Notariato per l'invito che mi ha consentito di essere qui a discutere, nella convergenza di tante e differenti prospettive, delle non poche questioni che la tutela dei legittimari oggi pone.

Si tratta di un tema che risente di una profonda tensione di fondo, tra un impianto tradizionale – giacché tradizionale è l'istanza di solidarietà familiare che si rinviene alla base dell'idea stessa di assicurare tutela ai legittimari¹ – e una forte spinta verso l'innovazione. In relazione a quest'ultima spinta, fattasi via via più vigorosa, è sotto gli occhi di tutti il fenomeno di trasformazione che da tempo sta investendo la famiglia, come pure evidenti sono le esigenze di sicurezza che si collegano a una sempre più rapida circolazione della ricchezza, in specie immobiliare; proprio tali esigenze – lo si vedrà tra breve – sono quelle che in modo assai stringente sospingono verso una compressione della posizione dei legittimari.

Lo scenario è davvero assai complesso. Al suo interno si colloca una quantità di problemi nuovi, ai quali tanto il Legislatore quanto la giurisprudenza hanno tentato in questi ultimi anni di offrire risposte.

Particolare significato assume la dialettica che sembra contrapporre, da un canto, la meccanica – piuttosto lenta e complessa - che si collega alla tutela dei legittimari e, dall'altro canto, la dinamica che risulta imposta dalla circolazione della ricchezza immobiliare.

Proprio a fronte di questa dialettica, sempre più ardue sono le sfide che s'impongono all'attenzione dell'interprete, chiamato a individuare di volta in volta il punto di equilibrio più razionale.

In queste pagine andrò a proporre alcune notazioni, le quali saranno sviluppate sulla base di una premessa generale: il punto di osservazione prescelto – come già nel titolo ho cercato di evidenziare - è quello delle tutele spettanti ai legittimari.

Nell'evocare le tutele, è chiaro che intendo portare all'attenzione, anzitutto, il momento dell'azione: naturale che venga in rilievo l'azione di riduzione; fondamentali sono poi le azioni restitutorie che a quella si connettono. Tuttavia, come ben presto si avrà modo di vedere, oggi non meno rilevanti si rivelano non poche tutele stragiudiziali, pre-processuali, nonché *lato sensu* anticipatorie e prodromiche rispetto alla proposizione dell'azione di riduzione.

La gamma delle tutele, insomma, si è di molto allargata; e tale estensione sembra procedere in direzione del tempo che precede la morte dell'ereditando.

Se così è, mi sembra imprescindibile, per la comprensione dei problemi che si pongono in tema di protezione dei legittimari, uno sforzo di piena integrazione tra il piano sostanziale e quello processuale²; anzi, si potrebbe dire che entro il discorso si rende necessario un frequente trascolorare dall'uno all'altro

¹ Pur nella torsione semantica che si registra quando si segue la trasposizione dell'idea di *heres necessarius* dal diritto romano classico, e poi postclassico e giustiniano, nella pandettistica tedesca e poi fino al nostro codice civile: imprescindibile, sul punto, il rinvio a L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale (successione necessaria)*⁴, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2000, 1 ss.

² Integrazione di piani che rappresenta la premessa stessa per alcune considerazioni che, in una prospettiva parzialmente *de iure condendo*, ebbi modo di condividere proprio ponendo attenzione allo scenario generale della tutela dei legittimari a confronto con il principio di libertà testamentaria: cfr. C. Consolo - T. dalla Massara, *Libertà testamentaria, protezione dei figli e deflazione delle liti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 269 ss.

piano. Ampia è la scala di grigi e, come sempre accade quando si vada a guardare da vicino le questioni, ogni troppo netta distinzione finisce per apparire artificiosa.

2. Estensione nel tempo della vicenda giuridicamente rilevante: le tutele del legittimario 'in pectore'

Prendiamo le mosse da una constatazione banale: la proposizione dell'azione di riduzione, per opera del legittimario il quale reputi leso il proprio diritto, interviene a valle di una vicenda giuridicamente rilevante – in prima approssimazione la definisco così - che può essere ampia e complessa, nonché assai estesa nel tempo. Se il diritto di agire in capo al legittimario, oppure a loro eredi o aventi causa, sorge non prima dell'apertura della successione, la vicenda che occorre ricostruire ricomprende, in effetti, tanto le disposizioni *mortis causa* quanto le donazioni eventualmente realizzate in vita: ecco che l'arco di tempo da scrutinare potrebbe essere cronologicamente piuttosto largo.

L'esigenza viene a essere quella di comprendere l'entità di un patrimonio passando attraverso la ricostruzione - procedendo a ritroso - di vicende strutturalmente differenziate: a ben vedere, proprio alla stregua di vicende intimamente disomogenee erano trattate le donazioni, da un lato, e il testamento, dall'altro lato, da quella ben nota teoria dualista che, sotto il vigore del codice del 1865, dominava³.

È come se, con la proposizione dell'azione di riduzione, pertanto con il dischiudersi della dimensione propriamente giudiziale, venga ad accendersi un fascio di luce che può raggiungere atti risalenti e disomogenei; in effetti, soltanto dopo l'evento morte si attiva la macchina del processo, proprio con lo scopo di ricostruire *à rebours* l'entità del patrimonio del *de cuius*.

L'insegnamento classico è nel senso che, in presenza di donazioni, prima della morte del donante non possa dirsi sorto alcun diritto in capo a coloro che sono legittimari *in pectore*; quest'ultimi sono titolari di non più che un'aspettativa⁴.

Nella medesima prospettiva, si usa soggiungere che il diritto non è ancora entrato nel patrimonio dei legittimari. Al contempo, non si potrebbe negare che i diritti cui essi pretendono la loro ambizione siano prefigurabili; e ciò nel senso che, nella misura in cui il potenziale legittimario avesse già disposto del suo futuro diritto, così facendo egli avrebbe realizzato un patto successorio, in quanto tale vietato ai sensi dell'art. 458 c.c. Per quanto siano in agguato i rischi di un circuito logico, la sostanza del ragionamento, piuttosto chiara, è la seguente: il diritto di cui non è consentito disporre è proprio quello che non v'è; non si può rinunciare a ciò che vi potrà pur essere, ma non è certo che vi sarà.

Si deve allora ribadire che il legittimario *in pectore* gode di una visione puramente prospettica del diritto che, solo dopo la morte del disponente, potrà consolidarsi.

Rispetto a una rappresentazione del fenomeno in questi termini, è chiaro che un significativo tratto di discontinuità è stato segnato dal decreto c.d. competitività del 14 maggio 2005, n. 80⁵.

Per la prima volta, lì veniva riconosciuto ai legittimari, prima dell'apertura della successione, il diritto di trascrivere un atto stragiudiziale di opposizione ex 563, ult. co. c.c.⁶.

Com'è noto, si tratta di una trascrizione che sospende i termini di cui agli artt. 561 e 563 c.c.; risulta configurato *ex lege* un preciso diritto dell'opponente, che l'ultimo comma dell'art. 563 c.c. qualifica «personale e rinunziabile».

³ Si veda L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., 231.

⁴ Tra molti, cfr. P. Vitucci, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito. Per una lettura sistematica dei novellati artt. 561 e 563 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 555 ss.

⁵ Su cui la letteratura è sconfinata: basti qui il richiamo a P. Vitucci, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati*, cit., 555 ss., nonché a S. Delle Monache, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, 57 ss.

⁶ Per un inquadramento, A. Busani, *L'atto di 'opposizione' alla donazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 13 ss.

Trattasi di un diritto da concepirsi in stretta relazione logica con il diritto di agire in riduzione, sebbene l'opposizione operi sui termini dell'azione restitutoria; azione che – come meglio si vedrà – interviene in via sequenziale rispetto all'azione di riduzione⁷.

Un passaggio di particolare complessità, se si ha riguardo alle categorie del diritto processuale evocabili, è quello che si pone quando si tratti di analizzare la natura giuridica di una siffatta opposizione.

Per quanto detto poc'anzi, il legittimario *in pectore* altro non può vantare che un'aspettativa di fatto; il diritto è soltanto prefigurabile, giacché lo si può vedere in controluce, ma verrà a consolidarsi dopo l'apertura della successione.

L'opposizione ex art. 563 c.c., quasi che si trattasse di un avamposto del diritto di agire, evidenzia allora una natura che potrebbe definirsi conservativo-prenotativa.

Recentemente, ha tentato di mettere a fuoco le peculiarità di tale opposizione la pronuncia della Suprema Corte del 11 febbraio 2022, n. 4523. In essa si afferma che l'opposizione «rappresenta un rimedio a contenuto essenzialmente cautelare, finalizzato ad assicurare, in favore del legittimario pretermesso, o leso nelle sue aspettative ereditarie, la possibilità di esercitare, nella ricorrenza di una serie di condizioni previste dalla norma, il diritto di seguito sul cespite donato dal proprio dante causa. Con l'opposizione di cui all'art. 563 c.c., comma 4, in definitiva, il coniuge o parente in linea retta del disponente evita che sul bene conteso si possano, per effetto degli atti di disposizione compiuti dal donatario, consolidare diritti di terzi, acquirente di buona fede».

Se quella appena proposta è, con ogni probabilità, l'unica ricostruzione che paia consentita tratteggiare sulla base dei dati legislativi con i quali occorre confrontarsi⁸, resta però da comprendere quale strumentalità cautelare - per l'appunto - possa immaginarsi, perlomeno stando alle categorie tradizionali del diritto processuale civile, allorché a monte non abbia a ravvisarsi un diritto, né assoluto né di credito. Su ciò m'interrogo perché, come già a ridosso della riforma del 2005 non aveva mancato di osservare Paolo Vitucci, quel che si collega alla posizione del legittimario è semmai da intendersi in termini di onere⁹. Dove sarebbe, allora, il diritto strumentalmente tutelato?

La natura – nient'affatto perspicua, fors'anche ibrida - dell'atto di opposizione ex art. 563 c.c. emerge anche in un altro passaggio della medesima sentenza della Cassazione, ove si precisa che «essa non assicura alcuna tutela attuale al legittimario, ma gli consegna soltanto un risultato ipotetico e futuro».

Tanti sono gli elementi condizionanti rispetto all'esito rappresentato dalla riduzione nonché, in connessione inscindibile con ciò, dalla restituzione a vantaggio del legittimario delle liberalità realizzate dal *de cuius*.

La sentenza della Suprema Corte n. 4523 del 2022 interviene a chiarire anche un altro aspetto rilevante, in specie quando si tratti di comprendere la *ratio* che è sottesa all'opposizione ex art. 563 c.c.: alludo al tema della relazione intercorrente tra l'opposizione stessa e la domanda di simulazione.

I Giudici della Cassazione precisano che «per effetto della novella del 2005, che ha introdotto il predetto rimedio, il legittimario non dovrebbe più - come prima - attendere il decesso del proprio dante causa per far valere la natura simulata di un determinato atto di liberalità eseguito in vita dal genitore [donante] in favore di terzi, ma potrebbe attivarsi subito esercitando - e trascrivendo sull'immobile - tanto la domanda di simulazione, che l'opposizione di cui all'articolo 563 c.c.».

Si tratta di parole utili per comprendere come, nella concatenazione logica e cronologica che a questo punto viene a configurarsi in modo chiaro, la domanda di simulazione venga a rappresentare il presupposto rispetto all'opposizione di cui all'art. 563 c.c.¹⁰. Al contempo, siccome l'effetto recuperatorio finale

⁷ Sul punto, di recente, C. Consolo, *La tutela del (futuro) legittimario a fronte di donazioni (ancora solo potenzialmente) lesive proprio non funziona: l'opposizione ex art. 563, 4° comma, c.c. alla deludente prova del processo*, in *Giur. it.*, 2020, in specie 1123.

⁸ Entro uno scenario generale di anticipazione di effetti collegati alla successione: si veda G. Amadio, in *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, 653 ss.

⁹ P. Vitucci, *Tutela dei legittimari*, cit., 565 s.

¹⁰ In argomento, M. Criscuolo, *L'azione di simulazione del futuro legittimario*, in *Notariato*, 2019, 254 ss.

si realizza solo a condizione che sia accertata la natura donativa di un diverso negozio realizzato in vita dal *de cuius*, è consentito al legittimario introdurre la domanda di simulazione in una con l'atto di opposizione; più precisamente, si pone la necessità che entrambi gli atti – domanda e opposizione - siano trascritti, sempre in quella prospettiva conservativo-prenotativa della quale parlavo poc'anzi.

Per come i confini del campo appaiono ridefiniti per opera della giurisprudenza, la partita che può essere giocata sul piano delle tutele prima dell'apertura della successione risulta, oggi come non accadeva in passato, ampia e significativa.

L'introduzione di un'azione di accertamento della simulazione appare legata a doppio filo, giusta gli effetti della trascrizione, alle vicende eventuali e future che abbiano a connettersi alla riduzione e alla restituzione degli atti dispositivi compiuti in danno dei legittimari.

3. *L'opposizione di cui all'art. 563 c.c. e i suoi peculiari effetti nella giurisprudenza più recente*

Molte delle questioni di natura processuale che si connettono alla tutela dei legittimari vengono affrontate in un'altra recente decisione della Corte di Cassazione, quella del 9 settembre 2019, numero 22457.

In tale occasione, la domanda risultava diretta a far dichiarare la simulazione relativa di un atto di compravendita realizzato in vita dal donante; inoltre, la domanda era proposta unitamente all'atto di opposizione previsto dall'art. 563, comma 4, c.c.

Con riguardo ai profili dell'atto di opposizione, il pensiero della Corte appare del tutto in linea con quanto sin qui evidenziato: così, il ragionamento viene sviluppato a partire dalla premessa che l'opposizione è preordinata alla sospensione del termine per l'eventuale proposizione della domanda restitutoria nei confronti dei terzi e che essa non richiede, invece, l'accertamento dell'effettiva lesione delle ragioni del legittimario.

In altre parole, è come se l'azione restitutoria godesse di una tutela avanzata, per quanto sia chiaro che in tal modo venga a crearsi un disassamento rispetto all'azione di riduzione: ciò si dà precipuamente nel senso che soltanto dopo l'apertura della successione potrebbe esservi un accertamento in ordine alla lesione dei diritti dei legittimari.

Detto questo, è nel seguito del ragionamento che la decisione del 2019 della Suprema Corte scandisce alcuni passaggi che appaiono di sicuro interesse.

Si afferma, infatti, che l'azione di simulazione promossa con riguardo a un atto simulato il quale non abbia i requisiti di forma o di sostanza prescritti per l'atto dissimulato non sarebbe in grado di consegnare al legittimario *in pectore* il titolo che a lui risulterebbe essenziale in funzione della trascrizione. Mancherebbe, in altri termini, una posizione giuridica rilevante ai sensi dell'articolo 563 c.c.: questo accade perché, se l'atto di donazione (diretta) che si nasconde al di sotto del velo di una vendita simulata non esibisce i requisiti strutturali necessari per la validità dell'atto stesso, allora l'opposizione mancherebbe di sviluppare il proprio effetto conservativo-prenotativo.

In specie, nel caso giunto alla decisione dei Giudici, la dissimulata donazione si rivelava priva del requisito rappresentato dalla presenza dei due testimoni: e tanto bastava, inesorabilmente, perché venisse a interrompersi la concatenazione logico-giuridica tra l'azione per l'accertamento della simulazione, l'atto di opposizione e i successivi giudizi di riduzione e di restituzione.

Al nocciolo era quindi l'idea, determinante in quest'ordine del discorso, che la trascrizione dell'opposizione non avrebbe potuto fondarsi su un atto, quello di donazione, nullo.

Fermo quest'impianto, i Giudici, evidentemente mossi dall'idea di fondo di addivenire a un'equa composizione degli interessi confliggenti, si orientavano quindi a sviluppare il ragionamento nel modo seguente: se, per un verso, in forza della nullità dell'atto donativo, il bene donato deve ritenersi facente parte del patrimonio del donante (*rectius*, nel senso che esso non ne è mai uscito), per altro verso, siffatta

nullità merita di essere non più messa in discussione tra le parti del giudizio. Per tale ragione Giudici ritenevano di attribuire alla decisione, proprio su quel punto, forza di giudicato *inter partes*; era una decisione da ritenersi preclusiva rispetto a ogni diversa ricostruzione dell'asse ereditario.

L'architettura giuridica che viene proposta in questa decisione appare nient'affatto banale¹¹.

L'effetto rappresentato dal rientro del bene nel patrimonio del donante è tenuto ben saldo; come accennato, si tratta di un rientro di cui si può parlare in punto di fatto, quale conseguenza della pronuncia sulla simulazione; ma – giova insistere – viene in rilievo una nullità fatta valere entro la cornice della contesa tra le parti, proprio come se quella nullità fosse stata oggetto di una specifica domanda di accertamento. Il che, all'evidenza, non era accaduto per il semplice fatto che la domanda del futuro legittimario non poteva essere promossa, in relazione alla riduzione, in quanto quella domanda si mostrava sguarnita dell'interesse ad agire, per lo meno fino al momento dell'apertura della successione¹².

Questa è la ragione per la quale il seguito dell'argomentazione svolta dai Giudici virava nel senso dell'accreditamento di una concezione piuttosto innovativa e largheggiante – fondata sulla suggestione germanica del motivo portante della decisione – degli effetti preclusivi che abbiano a derivarsi da quanto sia stato conosciuto *incidenter tantum* in sede di motivazione della sentenza¹³. Si rammenti che la domanda, a monte, era quella diretta all'accertamento della simulazione.

Ma il fine giustifica i mezzi, si potrebbe dire.

Si comprende come il vero obiettivo qui sia quello di ottenere l'esito, utile a tenere in piedi l'edificio concettuale, rappresentato dalla preclusività degli effetti in punto di nullità.

Allorché si tenga conto anche dello sbarramento rispetto alla proposizione di domande nuove in grado d'appello, sarà evidente come quella nullità, rilevabile anche d'ufficio per la prima volta in secondo grado, debba restare indiscussa come se su di essa si fosse consolidato un *decisum*.

Costruzione audace, non v'è dubbio.

Si tratta di una costruzione che non manca di prestare il fianco a critiche, per lo meno se l'idea è quella di muoversi entro le coordinate di una concezione tradizionale del giudicato, nonché della sua confinazione¹⁴.

Altrettanto innegabile è che l'impostazione della Suprema Corte presenta il pregio di poggiare su un'idea di fondamentale buon senso. La *ratio* portante della decisione sembra in effetti difficilmente contestabile, nella misura in cui s'intende non mettere in crisi l'impostazione generale vista fin qui, ossia quella in base a cui la domanda di simulazione e l'opposizione ex 563 c.c., nella loro abbinata, si rivelano in grado di assicurare al legittimario *in pectore* una tutela complessivamente efficace e stabile nel corso del tempo.

Sulla scia di queste considerazioni occorre adesso sviluppare alcuni ulteriori ragionamenti.

4. *Altre recenti precisazioni giurisprudenziali in punto di tutela 'ante mortem' del legittimario*

In esordio ho evidenziato come, stando alla visione tradizionale, al legittimario *in pectore* non sia riconosciuta la titolarità di una posizione di diritto; egli può vantare soltanto un'aspettativa di fatto. Se si

¹¹ Per un'ampia discussione dei molti problemi implicati nella sentenza, M. De Cristofaro, *Azione di simulazione 'ante mortem', rilievo d'ufficio della nullità di donazione ed indebita evaporazione della tutela dei legittimari*, in *Corr. giur.*, 2020, 535 ss., nonché C. Consolo, *La tutela del (futuro) legittimario*, cit., 1122 ss.

¹² Pare a me che C. Consolo, *La tutela del (futuro) legittimario*, cit., 1124 s., colga il problema che si colloca al fondo, anzi al di sotto di tutte le questioni implicate dalla sentenza, quando rileva che il nodo sta nel modo di intendere l'operatività dell'art. 1421 c.c.: la nullità pronunciata d'ufficio «funziona solo se ci si trova dinnanzi ad una iniziativa che mira ad ottenere l'*enforcement* di quel contratto», mentre la dichiarazione di nullità non «risponde ad una stretta logica di 'resistenza-opposizione'». A monte, resta implicita la lezione di E. Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, 320 ss.

¹³ Sul punto, M. De Cristofaro, *Azione di simulazione 'ante mortem'*, cit., 536 s.

¹⁴ Particolarmente critico M. De Cristofaro, *Azione di simulazione 'ante mortem'*, cit., 537 ss.; non molto distante la posizione espressa da C. Consolo, *La tutela del (futuro) legittimario*, cit., in specie 1124.

ha riguardo a ciò, non poco innovativa rispetto ai profili dello scenario generale si rivela la scelta legislativa che fu compiuta attribuendo al legittimario il diritto di opposizione di cui all'art. 563 c.c.

Il realizzarsi di una sorta di condensazione normativa intorno alla posizione del legittimario *in pectore*, dunque *ante mortem*, appare il frutto di una solida linea di tendenza, segnata da prese di posizione sempre più nette della giurisprudenza.

Si pensi all'impatto che, rispetto alla circolazione dei beni immobili, può esplicare la decisione della Corte di Cassazione del 12 dicembre 2019, n. 32694.

In essa si è statuito che al promissario acquirente di un bene di provenienza donativa sia riconoscibile la facoltà di sollevare un'eccezione d'inadempimento ex art 1460 c.c., per l'ipotesi in cui quella provenienza donativa non sia stata comunicata al promissario acquirente dal promittente venditore.

In questo caso netta, dunque, appare la scelta dei Supremi Giudici nel senso che meriti di prevalere la tutela della dinamica della circolazione, per lo meno se in tal modo s'intende dire che il promissario acquirente vede espanso le proprie tutele, in specie attraverso il riconoscimento della facoltà di sottrarsi ai rischi che si collegherebbero al prevalere, tutt'al contrario, della protezione della statica – se si vuol evocare l'immagine dianzi proposta – cui si affida la protezione dei legittimari.

Qui fa premio, a un livello assiologico generale, l'esigenza di mettere al riparo una sicura circolazione della ricchezza.

Pur nella semplificazione di alcuni passaggi, il ragionamento sembra potersi presentare nei termini seguenti: il bene di provenienza donativa è, già in quanto tale, segnato da uno stigma negativo, il quale si concretizza nella possibilità da parte dei legittimari di esperire l'azione di riduzione avverso l'acquirente del bene. Proprio su queste basi poggia il riconoscimento dell'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del promissario acquirente.

Per inciso, si potrebbe argomentare nel senso che anche i legittimari abbiano a ricavare vantaggio da questo nuovo assetto giurisprudenziale, giacché nella misura in cui è tutelato il promissario acquirente è più probabile che il bene rimanga nel patrimonio del donante-testatore; in sostanza, sarebbe solo il promittente-venditore a vedere con certezza sacrificata la propria posizione.

La sentenza può rendersi bersaglio di più di una critica¹⁵.

Vale la pena vedere più da vicino la costruzione tratteggiata dalla Suprema Corte.

Sulla premessa della natura sinallagmatica del contratto preliminare di vendita, i Giudici hanno precisato che la provenienza donativa del bene non può essere intesa, in quanto tale, come rischio concreto e attuale di privazione del bene che si trovi a sopportare l'acquirente; si tratta, invece, di un rischio futuro ed eventuale. In effetti, non si potrebbe affermare esservi una meccanica corrispondenza tra la provenienza donativa e l'azione intentata da eventuali futuri legittimari; tuttavia, resta ferma la scelta della Corte di Cassazione nel senso di riservare una posizione di prevalenza alla tutela del promissario acquirente: e tale tutela viene a realizzarsi, per l'appunto, a mezzo dell'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento.

Viene in gioco un'eccezione che è pur sempre da sollevarsi in modo tale che siano temperate le esigenze di tutela del promissario acquirente con le istanze postulate dal principio di buona fede.

Com'è noto, ciascuna parte è tenuta a un dovere di collaborazione nei confronti dell'altra, con l'obiettivo di salvaguardare l'utilità del contratto.

La decisione della Corte di Cassazione appare un ulteriore indice della linea di tendenza che va nel senso di un'anticipazione degli effetti delle tutele connesse ai legittimari. Certo, va subito detto che in questo caso non è prospettata una tutela a vantaggio diretto dei legittimari, anche se è accordata una protezione che trova il suo fondamento concettuale nelle tutele poste a loro disposizione; però tale *ratio* appare piegata a vantaggio di colui che contratta con il promittente venditore l'acquisto di un bene di

¹⁵ Per una discussione delle premesse e degli esiti di tale sentenza, C. Consolo, *La Suprema Corte e la circolazione dei (tanti, o quanti ...) beni di provenienza donativa o successoria: quando la cura è (gran) peggio del male*, in *Corr. giur.*, 2020, 616 ss.; si veda inoltre R. Scotti, *Provenienza donativa e tutela dell'avente causa dal donatario*, in *Notariato*, 2020, 519 ss.

provenienza donativo; si potrebbe discorrere, in proposito, di una sorta di effetto esterno e indiretto della tutela dei legittimari.

Tornando a por mente a quanto avevo osservato sopra con attenzione all'opposizione ex art. 563 c.c., credo vi sia spazio per concludere nel senso che la linea dei rimedi poggiante sul regime dettato in materia di riserva di legittima ha condotto a esiti di progressiva estensione, e ciò proprio sul terreno *ante mortem*.

Sempre più lontana appare l'idea ortodossa stando alla quale i profili di tutela collegabili alla posizione dei legittimari iniziano a manifestarsi non prima dell'apertura della successione

I profili processuali, già *ante mortem*, sono molteplici e rilevanti.

Inoltre, merita evidenziare come gli spazi di tutela risultino tutt'altro che riducibili all'idea che vi sia un'azione – quella di riduzione – da esperire; piuttosto, il modello che si delinea è quello, alquanto articolato, di un set di rimedi pre-processuali, rispondenti a finalità genericamente conservative. Abbiamo visto fin qui tutele che assumono forme differenti: da un lato, l'opposizione ai sensi dell'art. 563 c.c.: come si è detto, si tratta di una tutela di natura para-cautelare, invero non strumentale rispetto a un diritto consolidato; dall'altro lato, l'eccezione d'inadempimento avverso il promittente venditore del bene di provenienza donativa.

Con specifico riguardo a quest'ultimo impiego dell'eccezione, molte sarebbero le questioni da approfondire.

Se ne possono elencare alcune, quasi in guisa di rapido appunto, magari utile per futuri approfondimenti.

Anzitutto, stando all'attuale impostazione della Suprema Corte, resterebbe da comprendere se sia configurabile un vero e proprio dovere di *disclosure* - per così dire – posto a carico del promittente venditore; si tratterebbe di un dovere di trasparenza da focalizzarsi nella comunicazione della provenienza donativa del bene.

Se così fosse, resterebbe poi da comprendere quale sia il fondamento di tale dovere: in specie, sarebbe da valutare se esso sia da leggersi in termini di dovere di protezione. Sorge quindi il dubbio se un tal quale dovere di comunicazione non sia piuttosto da porre in capo al mediatore, il quale è il soggetto professionalmente tenuto a svolgere tutti gli approfondimenti del caso sul bene oggetto dell'affare.

Seguitando ancora negli interrogativi, ci si potrebbe domandare, provocatoriamente, se abbia ancora un senso affermare che v'è un dovere di attenzione da porre in capo al compratore; in fin dei conti, è da chiedersi se sia obliterato l'antico brocardo *caveat emptor*.

Oltre a tutto ciò, è la valutazione caso per caso del preliminare di vendita del bene con provenienza donativa a portare con sé una cospicua serie di profili problematici. Intendo dire che, nel gioco di ponderazione che risulta imposto dall'art. 1460 c.c., tra l'eccezione di inadempimento dell'una parte e la *replacatio doli* dell'altra, non si potrebbe fare a meno di tenere in adeguata considerazione molti elementi: la capienza del patrimonio ereditario, il numero dei legittimari, l'ordine cronologico delle donazioni e finanche la reale intenzione di agire in riduzione, dal momento che tutti questi sono fattori concretamente in grado di incidere sul rischio che corre il promissario acquirente di vedersi privato del bene.

Rilievo assai condivisibile mi pare quello mosso da chi in letteratura ha fatto notare che, di fronte all'ipotesi della promessa di vendita del bene di provenienza donativa, potrebbe rinvenirsi un'opportuna via d'uscita nell'elaborazione di una cautela a favore del promissario acquirente sulla falsariga dell'art. 1481 c.c. Com'è noto, questa è la disposizione che prevede che il venditore del bene presti «idonea garanzia» di fronte al rischio di evizione¹⁶. Ecco allora che, a fronte del rischio di una futura azione di riduzione del bene promesso in vendita, sarebbe ragionevole richiedere al promittente venditore di offrire al promissario acquirente, proprio in analogia rispetto all'art. 1481 c.c., un'idonea garanzia.

¹⁶ In questo senso, C. Consolo, *La Suprema Corte e la circolazione dei (tanti, o quanti ...) beni di provenienza donativa*, cit., 616 ss.

Inoltre si tenga conto che, senza una strategia alternativa, l'affare rischia di precipitare in un'*impasse* totale, dal momento che l'eccezione – strumento per definizione dilatorio – non riuscirebbe a compulsare in alcun modo un comportamento di *dare* o *facere* dal lato di controparte: la provenienza donativa è una qualità del bene su cui ben poco può fare il promittente venditore.

5. *Il legittimario entro il tradizionale scenario 'post mortem'*

Lo spettro delle questioni processuali che si collegano alla tutela dei legittimari si dilata significativamente una volta che intervenga la morte del donatore-testatore.

Come detto, proprio da lì in poi si dischiude lo scenario che potrebbe dirsi classico, ossia quello caratterizzato dall'esperibilità dell'azione di riduzione.

Dopo il superamento di tale soglia, il linguaggio torna a essere a tutti gli effetti quello dell'azione. I profili delle molte questioni coinvolte si fanno più definiti e si entra nel terreno tradizionale della tutela dei legittimari.

Le azioni che occupano la scena sono – come detto – quella di riduzione e quella di restituzione: si tratta di azioni adiacenti l'una rispetto all'altra, e va detto che per più di un aspetto non appare facile la loro composizione sistematica.

La rappresentazione 'classica' dei problemi prevede che l'azione di riduzione sia diretta a dichiarare l'inefficacia della disposizione lesiva: in questo senso vale, anzitutto, la lezione mengoniana¹⁷.

Colpito l'atto dispositivo, si reputa che venga a realizzarsi un effetto caducatorio *ex tunc*¹⁸: *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, come si usa dire.

Quindi, sebbene in questo caso non siano ravvisabili vizi idonei a minare la validità dell'atto impugnato, la dinamica che si presenta appare analoga a quella che si sviluppa in presenza di un'impugnazione negoziale¹⁹.

A valle del giudizio di riduzione, una volta rientrato il bene nel patrimonio del disponente, si dischiude per conseguenza la via dell'azione restitutoria²⁰.

Quest'ultima è esperibile contro i beneficiari di liberalità eccedenti la disponibile, così come nei confronti dei terzi aventi causa.

Secondo l'opinione consolidata, l'azione di riduzione trova la sua *causa petendi* nella lesione della quota; inoltre, essa ha per *petitum* la dichiarazione di inefficacia.

Quindi, la sentenza con cui venga dichiarata l'inefficacia rappresenta la *causa petendi* che sostiene l'azione in restituzione contro beneficiari e terzi aventi causa; in tal caso, il *petitum* è rappresentato dalla restituzione.

Se poco fa ho descritto un sistema di azioni adiacenti, occorre adesso evidenziare come soltanto il passaggio in giudicato della sentenza con cui sia dichiarata l'inefficacia della disposizione fondi la pretesa, logicamente susseguente, volta alla restituzione.

Va detto che per molti versi non è facile oggi difendere l'architettura costitutivo-modificativa dell'azione di riduzione, a fronte di una spinta senza dubbio larga, nonché per tanti versi motivata, che va invece nel senso di un superamento di quel disegno.

Certo non potrei diffondermi in questa sede su scenari amplissimi.

Basti però dire che, in specie traendo sviluppo da premesse che potrebbero ritenersi poste già da Cicu²¹, molti sono i tentativi di rimodellare in profondità l'azione di riduzione.

¹⁷ Il rinvio è a L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., in specie 64 e 89 s.

¹⁸ L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., 232 ss.

¹⁹ Per una discussione delle questioni, S. Delle Monache, *Successione necessaria*, cit., 42 ss.

²⁰ Sul punto, S. Delle Monache, *Successione necessaria*, cit., 47 ss.

²¹ A. Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. comm. a cura di Cicu e Messineo*, Milano, 1961, in specie 269 ss.

Segnalo, in specie, come taluno abbia suggerito di ravvisare nel vittorioso esperimento dell'azione di riduzione il mero presupposto processuale per la proposizione di un'azione contro il terzo in restituzione²². In questo senso, l'azione di riduzione verrebbe a rappresentare lo strumento necessario per escutere una garanzia: e però sarebbe da intendere come una garanzia generica, ai sensi dell'art. 2740 c.c.; non ci si troverebbe invece a cospetto di una garanzia reale.

Anche un'indagine comparatistica potrebbe aprire lo sguardo verso modelli alternativi rispetto a quello ancor oggi prevalente nel nostro sistema²³; si scorgono modelli che, in linea generale, paiono orientati a utilizzare il linguaggio dei rimedi risarcitori e delle azioni di condanna.

Sol che si guardi poco più in là rispetto a tanti specifici problemi, quello che si intravede è un panorama vasto, entro cui si scorge chiaro il movimento verso una radicale ricollocazione della tutela dei legittimari; la loro protezione sarebbe dunque affidata a forme risarcitorie, frutto di giudizi di accertamento e condanna; così sarebbe percorsa, all'evidenza, un'opzione orientata in senso diametralmente opposto rispetto alla ricostruzione della tutela dei legittimari *à l'ancienne*, ossia nei termini di un riconoscimento di diritti potestativi e di giudizi di natura modificativo-costitutiva.

Come ho detto, il discorso è troppo ampio per essere anche solo iniziato in questa sede.

Almeno un cenno però merita la delega legislativa del 2019, quella che notoriamente avrebbe dovuto condurre alla riforma del codice civile: le linee programmatiche in materia successoria che in quella sede erano state definite segnavano una strada diretta nel senso appena descritto.

Vero è che oggi si è ormai persuasi che quell'iniziativa legislativa non darà esiti; d'altra parte, anche prima del 2019, non era mancato un certo fervore nel dibattito *de iure condendo*²⁴, senza che mai si sia addivenuti a esiti tangibili.

Ciò nondimeno, restano sotto gli occhi di tutti le difficoltà, teoriche e pratiche, che si legano al vecchio modello della tutela modificativo-costitutiva.

Tra i molti aspetti di farraginosità, si pensi al caso in cui l'azione di riduzione venga promossa in via prodromica rispetto all'instaurazione di un giudizio di divisione: si realizzerebbe, in tal caso, un cumulo oggettivo di azioni di natura costitutiva, sicché soltanto con il passaggio in giudicato in punto di riduzione sarebbe dato procedere alla divisione²⁵.

Inoltre, entro le logiche del modello modificativo-costitutivo continuano ad annidarsi dubbi di non poco conto: per esempio, dal momento che vengono in rilievo diritti potestativi, appare nient'affatto implausibile l'idea che i termini per agire possano intendersi come decadenziali, anziché prescrizione²⁶; chiaro è che, qualora invece si trattasse di diritti di credito, non vi sarebbero ragioni per dubitare della natura prescrizione di quei termini.

Tanto basta per dire che non poche sono le difficoltà che si collegano al modello modificativo-costitutivo: si palesa una contesa tra modelli teorico-concettuali, i quali portano con sé conseguenze di ordine pratico-applicativo, tutte immediate e ben tangibili.

6. Recenti interventi giurisprudenziali in punto di azione di riduzione

²² Il riferimento è alla posizione espressa da R. Lenzi, *La natura della azione di riduzione. Alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. notariato*, 2013, 261 ss.

²³ Si veda, soprattutto, A. Zoppini, *Le successioni in diritto comparato*, nel *Trattato dir. comp.* diretto da Sacco, Torino, 2002.

²⁴ Ne davamo conto in C. Consolo - T. dalla Massara, *Libertà testamentaria*, cit., 269 ss.

²⁵ C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Parte I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 246.

²⁶ Di recente torna su quest'aspetto, pur *en passant*, C. Consolo, *La tutela del (futuro) legittimario*, cit., 1122; in precedenza, si veda P. Vitucci, *Tutela dei legittimari*, cit., 565 e 571.

Per rimanere con lo sguardo all'interno dello scenario *post mortem*, quello entro cui al legittimario è riconosciuta la facoltà di esperire l'azione di riduzione, varie altre sono le considerazioni che mi pare utile tenere a mente. Si tratta di considerazioni tutte cooperanti alla rappresentazione di uno scenario complesso, con non poche zone grigie.

Per esempio, non è dubitabile la natura personale dell'azione di riduzione.

In modo esplicito, la pronuncia della Suprema Corte del 13 maggio 2021, n. 12872, afferma che «l'azione *ad supplendam aut implendam legitimam* di cui agli artt. 553 e ss. c.c. è un'azione personale, e non un'azione reale»²⁷.

Il giudizio, come detto sopra, si conclude con una pronuncia di natura costitutiva²⁸, la quale ha per effetto di «risolvere (con effetto limitato alle parti) le disposizioni testamentarie, i legati e le donazioni lesive della quota di legittima».

L'effetto rimane limitato alle parti: tuttavia, una tal quale natura personale dell'azione non è tale da giustificare la riconducibilità al modello dei diritti di credito.

In modo assai esplicito, lo ha precisato la sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 12 marzo 2021, con cui si è statuito che «l'azione di riduzione ha natura personale in quanto essa non mira a rivendicare il bene posseduto dal beneficiario dell'atto di liberalità, ma soltanto a far valere sul rispettivo valore le ragioni successorie spettanti al legittimario preterito, con la conseguenza che ad essa non corrisponde un obbligo di prestazione della controparte, anteriore alla iniziativa del legittimario».

Ciò detto, possiamo ora riportare l'attenzione a un aspetto nevralgico, ossia quello rappresentato dalla natura potestativa del diritto riconoscibile in capo al legittimario: il che è stato ribadito a più riprese dalla Suprema Corte; al pari, risulta del tutto consolidata in giurisprudenza la connessione tra il diritto potestativo e il giudizio modificativo-costitutivo, cui l'esercizio di quel diritto dà avvio.

Su tutti questi aspetti si conferma assai robusta l'eredità mengoniana, la quale ancor oggi plasma lo scenario giurisprudenziale.

Eppure, non poche sono le complessità che caratterizzano i profili di tale scenario, soprattutto quando si consideri che il diritto fatto valere è connotato in senso personale al punto tale da fondare una legittimazione che merita di essere definita individuale e divisibile.

In modo particolare, illuminante sul punto è la pronuncia della Cassazione del 5 novembre 2021, n. 32197, nella quale si è statuito che «l'azione di riduzione non dà luogo a litisconsorzio necessario, né dal lato attivo, né dal lato passivo»²⁹. Una tal quale azione può «essere esercitata nei confronti di uno solo degli obbligati alla integrazione della quota spettante al legittimario e spiegare effetto solamente nei suoi confronti in caso di accoglimento»³⁰. Conseguenze operative di ciò sono che «a) il legittimario, il quale non abbia attaccato tutte le disposizioni testamentarie lesive, non potrà recuperare, a scapito dei convenuti, la quota di lesione a carico del beneficiario che egli non abbia voluto o potuto convenire in riduzione [...]; b) il legittimario può pretendere dai donatari solo l'eventuale differenza fra la legittima, calcolata sul *relictum* e sul *donatum*, e il valore dei beni relitti [...]; c) il legittimario non può recuperare a scapito di un donatario anteriore quanto potrebbe prendere dal donatario posteriore»³¹.

Orientata nel medesimo senso appare l'ordinanza, di poco antecedente, emessa dalla Corte di Cassazione del 23 luglio 2020, n. 15706. In questa si è precisato che «l'azione di riduzione non spetta collettivamente ai legittimari, ma ha carattere individuale e compete in via autonoma al singolo erede che ritenga lesa la sua quota individuale di legittima». Dunque, l'accertamento della lesione e della sua entità non è da farsi con riferimento alla quota complessiva riservata a favore di tutti i legittimari, «ma solo riguardo alla

²⁷ Nell'affermare ciò, la Suprema Corte fa richiamo in specie ai precedenti rappresentati da Cass. 30 novembre 1963, n. 3077, e da Cass. 28 giugno 1968, n. 2202.

²⁸ Sul punto, la medesima sentenza si rifà ai precedenti: Cass. 9 febbraio 2006, 2859, e Cass. 10 novembre 1971, n. 3177.

²⁹ Il punto è consolidato in giurisprudenza: si veda Cass. 20 dicembre 2011, n. 27770; Cass. 27 settembre 1996, n. 8529.

³⁰ In precedenza, Cass. 28 luglio 1967, n. 2006.

³¹ In precedenza, Cass. 3 ottobre 2013, n. 22632; Cass. 22 ottobre 1975, n. 3500.

quota di coloro che abbiano proposto la domanda»; l'esito è quindi nel senso che «il giudizio non assume [...] carattere inscindibile neppure nell'ipotesi in cui la domanda sia rivolta verso più eredi, che non assumono la qualità di litisconsorti necessari».

Se si osserva quest'ambito di problemi sotto l'aspetto del giudicato, del tutto coerente è che esso produca un'efficacia relativa: pertanto, in nessun modo la decisione potrebbe estendersi a chi non abbia preso parte al giudizio.

Mi sono soffermato sui caratteri dell'azione di riduzione anche con l'obiettivo di delineare, *per differentiam*, alcuni dei caratteri che sono propri dell'azione di restituzione: senza dubbio, quest'ultima esibisce natura reipersecutoria.

Come detto sopra, l'azione di restituzione è connessa a quella di riduzione, tuttavia essa mantiene caratteri tutt'affatto autonomi.

Se così è, ha ragione di essere posta la domanda se l'azione di restituzione sia o meno rinunciabile senza che ciò integri la sostanza di un patto successorio rinunciativo, notoriamente vietato.

Anche su questo punto, il raggio delle questioni che risultano implicate è quantomai largo: non potendone trattare in questa sede, basti qui almeno fare richiamo alla pronuncia - piuttosto nota - del Tribunale di Torino del 26 settembre 2014, n. 2298³², perché quella presa di posizione dei Giudici fu assai chiara in senso favorevole alla rinunciabilità dell'azione di restituzione.

È utile tener presente che l'argomentazione impiegata in quel caso, onde addivenire all'esito dell'indipendenza delle due azioni, attingeva proprio dal rilievo della loro differente natura: in modo particolare, i Giudici rimarcavano il fatto che l'azione restitutoria esibisse natura reale, per un verso, e che, per altro verso, il diritto di agire fosse sottoposto a prescrizione ventennale; dell'azione di riduzione, invece, i Giudici affermavano la natura personale, precisando inoltre che in tal caso la prescrizione era quella decennale.

7. *Tra piano sostanziale e piano processuale: altre questioni recentemente affrontate in giurisprudenza*

Merita ora focalizzare l'attenzione sul punto di giunzione tra piano sostanziale e piano processuale, per osservare più da vicino alcuni profili specifici di una disciplina che si caratterizza per la centralità dell'idea - lo si è visto fin qui - di un diritto potestativo che, una volta azionato, dà vita a un giudizio modificativo-costitutivo.

Ebbene, giacché viene in gioco un diritto potestativo, del tutto chiara è l'assenza, sul lato del soggetto passivo, del comportamento dovuto; ancora una volta l'impostazione che traspare è quella mengoniana, stando alla quale, ben lungi dal riscontrare un rapporto di debito-credito, si è di fronte invece a un diritto potestativo a esercizio giudiziale necessario. Si rinviene l'impronta processuale francese, quella stando alla quale la caducazione del regolamento contrattuale passa per l'intervento del giudice³³.

Come già sopra accennato, il giudizio va costruito dunque in termini analoghi a quelli di un giudizio per impugnativa negoziale, sebbene gli atti di liberalità che si tratta di caducare non possano dirsi viziati.

È ora da dire che la configurazione delle regole concretamente applicabili è coerente con le premesse descritte.

Così, sotto il profilo dell'onere della prova, non sono invocabili le regole valedoli per l'ipotesi di un inadempimento contrattuale da intendersi ai sensi dell'art. 1218 c.c.; in effetti, non si potrebbe dire di essere a cospetto di un inadempimento rispetto al quale sul creditore venga a gravare un mero onere di allegazione e, invece, sul debitore pesi l'onere di fornire la prova liberatoria. Com'è noto, in questi termini

³² La si può leggere in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 262 ss.

³³ Cfr. L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., 23 ss., 228 ss. e in specie 231.

è rappresentabile – in estrema sintesi – l’architettura probatoria disegnata nella pronuncia a Sezioni Unite del 30 ottobre 2001, n. 13533³⁴.

Ben diversamente, è uno stringente onere probatorio quello che viene dislocato in capo al legittimario pretermesso. In specie, stando alla pronuncia della Corte d’Appello Napoli del 4 giugno 2021, n. 2060, «il legittimario che proponga l’azione di riduzione ha l’onere di indicare entro quali limiti sia stata lesa la sua quota di riserva, determinando con esattezza il valore della massa ereditaria nonché quello della quota di legittima violata dal testatore». A ulteriore chiarimento, la Corte ha precisato che «l’attore ha l’onere di allegare e comprovare tutti gli elementi occorrenti per stabilire se, ed in quale misura, sia avvenuta la lesione della sua quota di riserva (potendo solo in tal modo il giudice procedere alla sua reintegrazione), oltre che di proporre, sia pure senza l’uso di formule sacramentali, espressa istanza di conseguire la legittima, previa determinazione della medesima mediante il calcolo della disponibile e la susseguente riduzione delle donazioni compiute in vita dal *de cuius*». In quella stessa pronuncia si è aggiunto che «in relazione al principio sancito dagli artt. 555 e 559 c.c., l’attore deve altresì indicare il valore e l’ordine cronologico in cui sono stati posti in essere i vari atti di disposizione, non potendo l’azione di riduzione essere sperimentata rispetto alle donazioni se non dopo esaurito il valore dei beni di cui è stato disposto per testamento, e cominciando, comunque, dall’ultima, per poi risalire via via alle anteriori».

In altre parole, sul legittimario grava l’onere di provare l’an della lesione, ma anche la misura della lesione, come pure l’ordine cronologico delle donazioni.

La logica sottesa all’impianto probatorio appena descritto appare coerente con quella che si riscontra allorché il compratore faccia valere il diritto potestativo che gli spetta nel momento in cui promuove le cd. azioni edilizie avverso il compratore, per l’ipotesi in cui si sia manifestato un vizio nel bene venduto. In effetti, la pronuncia a Sezioni Unite del maggio del 2019 ha chiaramente affermato che la distribuzione dell’onere della prova, proprio in caso di garanzie della vendita, si sottrae alle regole generali valevoli in via generale per l’inadempimento di un’obbligazione³⁵.

Stando così le cose, mi pare non senza motivo chiedersi se, a fronte di un’analogia strutturata (in breve, quando il diritto potestativo dia vita a un giudizio modificativo-costitutivo), valgano per l’azione di riduzione le medesime regole in punto di interruzione dei termini. Si ricorderà che, in relazione alla vendita, le Sezioni Unite del luglio 2019 hanno stabilito che l’interruzione del termine di prescrizione di un anno dalla consegna del bene, di cui all’art. 1495 c.c., possa derivare dalla notifica di un atto stragiudiziale nelle forme di cui all’art. 1219 c.c.³⁶; sarebbe quest’ultimo, pertanto, un atto conformato al modello di un’intimazione ad adempiere, sebbene – per quanto detto – ci si trovi a cospetto di un diritto potestativo e, dunque, manchi a monte un comportamento di *facere* o di *dare* che il venditore abbia a pretendere³⁷.

Più esplicitamente, il dubbio che sorge è se anche in relazione al diritto potestativo riconosciuto in capo al legittimario, il quale reputi di aver subito una lesione dei suoi diritti, possa reputarsi sufficiente la notifica di un atto stragiudiziale, e ciò proprio in funzione di un’interruzione dei termini di prescrizione.

Il tema che ho testé sollevato non è stato (ancora) affrontato dalla giurisprudenza.

Per contenere entro i limiti di un cenno considerazioni che potrebbero di molto estendersi, sono dell’idea che non vi siano spazi per applicare al legittimario, in via analogica, le conclusioni raggiunte dalla

³⁴ Su questi aspetti, entro una prospettiva incentrata sul contratto di compravendita (su cui tornerò tra breve), mi ero soffermato in T. dalla Massara, *L’onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, in *Contratti*, 2019, 378 ss.

³⁵ Cfr. T. dalla Massara, *Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 969 ss.; inoltre, M. D’Onofrio, *Interruzione della prescrizione in caso di vizi della cosa venduta: occorre la domanda giudiziale?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1021 ss.

³⁶ Sul punto, Cass. 11 luglio 2019, n. 18672, in *Contratti*, 2019, 501 ss., con nota di M. D’Onofrio, *Le Sezioni Unite sull’interruzione della prescrizione in ipotesi di vizi della cosa venduta: è sufficiente l’intimazione stragiudiziale*, e di T. dalla Massara, *Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a Sezioni Unite in tema di vendita*.

³⁷ Sia consentito rimandare alla proposta ricostruttiva che avevo illustrato in T. dalla Massara, *Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto*, cit., 969 ss.

Corte di Cassazione in relazione al compratore del bene viziato. A ciò osta, quantomeno, il fatto che la posizione del legittimario non è quella di una parte contrattuale che faccia valere la propria pretesa nei confronti della controparte. Il legittimario, invece, invoca le proprie tutele nei confronti dei beneficiari delle disposizioni, degli eredi e degli aventi causa; dunque, qui non solo manca un comportamento dovuto che il creditore abbia a pretendere, ma *radicitus* non si rinviene una relazione contrattuale entro la quale inquadrare la messa in mora – per quanto del tutto *sui generis* – da parte del legittimario nei confronti di colui che si trovi a essere l'attuale titolare del bene.

A me pare che la via tradizionale, segnata dalla notifica dell'atto introduttivo del giudizio, meriti di permanere la più idonea ad assicurare l'effetto rappresentato dall'interruzione dei termini di prescrizione.

Per rimanere con lo sguardo focalizzato sul tema della prescrizione, occorre poi aggiungere che il termine applicabile al legittimario che faccia valere la lesione della propria quota è quello ordinario ex art. 2946 c.c.

Semmai, qualche dubbio insorge intorno al *dies a quo*.

Com'è noto, in passato si erano fronteggiati due orientamenti in sede di legittimità, l'uno nel senso che il termine decorresse dall'apertura della successione e l'altro nel senso che quel termine prendesse avvio dalla pubblicazione del testamento³⁸.

La linea ancor oggi prevalente è quella che fu segnata dalla pronuncia della Cassazione del 25 ottobre 2004, n. 20644, nella quale si precisava che «il termine prescrizione dell'azione di riduzione decorre dalla data di accettazione dell'eredità in base a disposizioni testamentarie lesive della legittima». Invero, mi pare che l'approdo sia ragionevole, giacché è al momento dell'accettazione dell'eredità che sorge il diritto, nonché quindi l'interesse ad agire, in capo al legittimario. Si deve tener conto, in effetti, che il chiamato potrebbe non accettare.

Naturalmente, diverse sarebbero le premesse se la lesione derivasse da donazioni, giacché in tal caso il *dies a quo* corrisponderebbe a quello dell'apertura della successione.

8. Una recente precisazione della Corte di Cassazione con riguardo al giudizio di simulazione

Si torni sull'azione di simulazione, per dedicarvi ancora un cenno, nella misura in cui ciò consenta di meglio definire ulteriori profili del connesso giudizio di riduzione.

Anzitutto è utile rammentare che l'azione di simulazione, in quanto azione di accertamento, è imprescrittibile.

Quanto al profilo probatorio, occorre notare che il legittimario leso è di per sé terzo rispetto al negozio simulato concluso dal *de cuius*; pertanto, il legittimario non è da ritenersi sottoposto ai limiti probatori di cui all'art. 1417 c.c.³⁹.

Su questi aspetti, è intervenuta Cass. 11 gennaio 2018, n. 536: «in tema di limiti alla prova testimoniale del negozio simulato posti alla parte (ovvero ai suoi successori universali) dall'art. 1417 c.c., l'erede che agisca per l'accertamento di dedotte dissimulate donazioni non è necessariamente terzo, assumendo tale qualità solo qualora, dopo aver esperito l'azione di riduzione per pretesa lesione di legittima, spenda la qualità di legittimario e non anche allorché agisca per lo scioglimento della comunione, previa collazione delle donazioni effettuate in vita dal *de cuius*; né consente il superamento, da parte dell'erede, dei suddetti limiti probatori il riferimento alla dispensa dalla collazione, trattandosi di istituto che opera solo dopo che sia stata accertata, in base alle previsioni di cui al cit. art. 1417 c.c., la natura di donazione dell'atto, ove la

³⁸ Cfr., nel senso della decorrenza dall'apertura della successione, Cass. 5 gennaio 2017, n. 138; il *dies a quo* è fissato nel giorno della pubblicazione del testamento per Cass. 15 giugno 1999, n. 5920.

³⁹ Per un quadro di sintesi, L. La Battaglia, *Diritto ereditario, la prassi e le prospettive di riforma (con speciale riguardo alla successione necessaria)*, 2198 ss.

parte abbia inteso far valere in giudizio anche la qualità di legittimaria e l'azione di simulazione sia strumentale al coevo esperimento di quella di riduzione».

Occorre tenere in adeguata considerazione, ancora una volta, la relazione tra l'azione di riduzione, il giudizio di simulazione e – non meno rilevante – il giudizio divisorio.

Tutto ciò può utilmente essere tenuto in conto ponendo mente alla complessa vicenda di cui si è detto prima, a partire da Cass. 9 settembre 2019, n. 22457. In un intrico assai complesso, anche dal punto di vista probatorio, sorge il dubbio che non sia così agevole distinguere l'ipotesi in cui l'erede agisca per l'accertamento di una simulazione relativa (di fronte all'apparenza di una vendita, ma la sostanza di una donazione), rispetto al caso in cui l'azione sia diretta alla dichiarazione di nullità del negozio simulato, ovvero sia l'azione sia diretta all'accertamento di una simulazione assoluta.

Siamo a cospetto, come detto, di molte azioni tra loro adiacenti e spesso risulta nient'affatto banale la ricostruzione di un quadro di razionalità.

9. *Le condizioni dell'azione di cui all'art. 564 c.c.: altre prese di posizione della Corte Suprema*

Un profilo processuale sul quale non si potrebbe mancare di portare l'attenzione è quello che si lega alla lettura dell'art. 564 c.c., rubricato «condizioni per l'esercizio dell'azione di riduzione».

Com'è noto, al comma 1 di quella disposizione si stabilisce che il legittimario che agisce per la riduzione di donazioni e legati è tenuto all'accettazione con il beneficio d'inventario, salvo che «le donazioni e i legati siano stati fatti a persone chiamate come coeredi, ancorché abbiano rinunciato all'eredità»; inoltre, si precisa che tale condizione «non si applica all'erede che ha accettato col beneficio d'inventario e che ne è decaduto».

Anche solo limitando lo sguardo a questa condizione dell'azione, il tema è vasto non meno che noto⁴⁰. La regola è che si eviti di richiedere la cautela che si lega all'accettazione con il beneficio d'inventario soltanto allorché l'azione coinvolga soggetti che si collocano all'interno della cerchia dei coeredi; in effetti, è proprio nella tutela dei soggetti esterni alla coeredità che si ravvisa la *ratio* della norma.

È da dire che quella dell'accettazione con il beneficio d'inventario è precisamente una condizione dell'azione, non già un presupposto processuale. Pertanto, la deduzione della mancanza di accettazione con il beneficio integra un'eccezione da non intendersi in senso tecnico: tale mancanza potrebbe essere rilevata anche d'ufficio, non però per la prima volta in Cassazione, giacché quella contestazione implica un esame di merito.

Come accennavo, la *ratio* della norma è da ravvisarsi nella tutela dei terzi, ossia di coloro che sono esterni alla cerchia dei coeredi: costoro, proprio in quanto esterni, non hanno la possibilità di accertare la reale consistenza del patrimonio relitto e quindi di evitare gli abusi che ai loro danni potrebbero essere perpetrati dai legittimari; al contrario, si reputa che il coerede abbia possibilità di tutelarsi.

Con riguardo a siffatta condizione dell'azione era stata sollevata, in passato, una questione di legittimità costituzionale⁴¹. In effetti, non mancano le ragioni per dubitare dell'opportunità di conservare un meccanismo che certamente contribuisce a rendere piuttosto complessa la tutela dei legittimari.

Alcune ulteriori osservazioni sparse possono contribuire a completare il quadro d'insieme.

Occorre dire che la promozione dell'azione comporta l'accettazione tacita di eredità ai sensi dell'art. 476 c.c.; inoltre, va precisato che il legatario in sostituzione di legittima non può mai considerarsi coerede.

In relazione all'accettazione con beneficio d'inventario, un problema che è stato affrontato a più riprese dalla giurisprudenza è quello che si pone allorché il legittimario risulti totalmente pretermesso.

Stando all'ordinanza Cass. 11 febbraio 2022 n. 4528, «il legittimario pretermesso è per definizione privo di una vocazione ereditaria e pertanto gli è preclusa la possibilità di accettare l'eredità (Cass.

⁴⁰ Cfr. L. La Battaglia, *Diritto ereditario, la prassi e le prospettive di riforma (con speciale riguardo alla successione necessaria)*, 2196 s.

⁴¹ C. Cost. 25 ottobre 1985, n. 235.

25441/2017; 30079/2019)»; dunque, «la preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario - richiesta dall'art. 564 c.c. per la proposizione dell'azione di riduzione delle donazioni e dei legati - non è richiesta per chi sia stato totalmente estromesso dall'eredità, neppure nel caso in cui abbia ricevuto beni dal *de cuius* a titolo di donazione, ovvero si sia impossessato, dopo la sua morte, di beni ereditari, potendo acquisire la qualità di erede soltanto a seguito del favorevole esercizio dell'azione di riduzione e del passaggio in giudicato della relativa sentenza (Cass. 12496/2007; Cass. 16635/2013)».

Il ragionamento sottostante è quindi nel senso che non sia richiesto che il legittimario *in toto* pretermesso accetti con beneficio d'inventario: in tal caso si tratterebbe, invero, di una condizione impossibile.

Per Cass. 19 novembre 2019, n. 30079, «il legittimario pretermesso non è chiamato alla successione per il solo fatto della morte del *de cuius*, potendo acquistare i suoi diritti solo dopo l'esperimento delle azioni di riduzione o di annullamento del testamento. Per l'effetto, la condizione della preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, ex art. 564, 1° comma, c.c., per l'esercizio dell'azione di riduzione, opera soltanto per il legittimario che abbia al contempo tempo la qualità di erede, e non anche per il legittimario totalmente pretermesso dal testatore».

Interessante è poi valutare l'interferenza del tema appena visto con quello della simulazione che il legittimario abbia interesse a far valere. Sul punto, è utile leggere l'ordinanza Cass. 11 febbraio 2022 n. 4528, già evocata in precedenza, nella quale si è precisato che il legittimario «ove pertanto impugni per simulazione un atto compiuto dal *de cuius*, a tutela del proprio diritto alla reintegrazione della quota di legittima, agisce, sia nella successione testamentaria che in quella *ab intestato*, in qualità di terzo e non in veste di erede, come tale, non è tenuto agli adempimenti prescritti dall'art. 564 c.c., né vi è tenuto quando agisca per far valere una simulazione assoluta od anche relativa, ma finalizzata a far accertare la nullità del negozio dissimulato. In queste ipotesi, l'accertamento della realtà effettiva consente al legittimario di recuperare alla massa ereditaria i beni donati, mai usciti dal patrimonio del defunto (Cass. 30079/2017; Cass. 16635/2013; Cass. 8215/2013)».

Mi sembra che un quadro piuttosto perspicuo delle questioni sia quello tracciato da Cass. 22 agosto 2018, n. 20971, ovi si è stabilito che «il legittimario totalmente pretermesso che impugna per simulazione un atto compiuto dal *de cuius* a tutela del proprio diritto alla reintegrazione della quota di legittima, agisce, sia nella successione testamentaria, che nella successione *ab intestato*, in qualità di terzo e non in veste di erede, la cui qualità acquista solo in conseguenza del positivo esercizio dell'azione di riduzione, e non è, come tale, tenuto alla preventiva accettazione dell'eredità con beneficio di inventario (Cass. n. 16635 del 2013; in senso conf., Cass. n. 12496 del 2007)»; in quella stessa decisione si aggiungeva che «viceversa, se si tratta di azione di simulazione relativa proposta da chi già è erede in ordine ad un atto di disposizione patrimoniale del *de cuius* stipulato con un terzo, che si assume lesivo della quota di legittima ed abbia tutti i requisiti di validità del negozio dissimulato (come una donazione in favore di un altro erede), l'ammissibilità dell'azione, proposta esclusivamente in funzione dell'azione di riduzione prevista dall'art. 564 c.c., è condizionata dalla preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario (Cass. n. 15546 del 2017)».

Dunque molti e interconnessi sono i profili processuali che presentano non esigue difficoltà di inquadramento riconducibili all'accettazione con beneficio d'inventario: quelle difficoltà in buona misura si collegano alla peculiare posizione del legittimario, giacché questi è un soggetto che si afferma tale, ma che legittimario può essere consacrato soltanto in esito al giudizio che lo riguarda, con le non poche interferenze che un giudizio di tal genere può esibire rispetto a simulazioni assolute o relative.

10. *L'esperibilità della riduzione in via surrogatoria: ancora un discorso che si snoda tra piano sostanziale e piano processuale*

In chiusura, almeno un cenno vorrei dedicare a uno scenario che senza dubbio meriterebbe uno specifico approfondimento: alludo ai problemi processuali posti dall'esperibilità dell'azione di riduzione da parte degli aventi causa del legittimario.

In prima battuta, ci si potrebbe chiedere fin già se i creditori del legittimario siano annoverabili tra gli aventi causa.

Di contro a risalenti opinioni, per molte ragioni è da credere che la risposta meriti di essere di segno positivo. In questo senso si è espressa di recente Cass. 20 giugno 2019, 16623, ove era esplicitamente confermata la facoltà del creditore di introdurre un'azione di riduzione in via surrogatoria, ai sensi dell'art. 2900 c.c., rispetto a legittimari totalmente pretermessi che siano rimasti del tutto inerti.

Non pochi sono gli interrogativi che permangono in campo: in specie, come possono i creditori surrogarsi in un atto - i cui effetti ridondano sul debitore-legittimario⁴² - che normalmente si qualifica di natura personale? Inoltre, se il creditore intendesse surrogarsi nella posizione di chi erede non è, in quanto pretermesso, mancherebbe di verificarsi quella condizione dell'azione che è rappresentata - come visto poc'anzi - dall'accettazione con beneficio d'inventario. *Quid iuris* in tal caso?

Lasciando a margine il dubbio, rilevante solo sul piano *de iure condendo*, che siffatta condizione possa avere ormai perso di senso, il percorso indicato dalla Suprema Corte con la sentenza 16623 del 2019 è il seguente: il creditore surrogante sarebbe in grado di produrre effetti in termini di accettazione dell'eredità, rispetto al surrogato, soltanto *quoad effectum*, ovvero sia se e nella misura in cui risulti esservi un attivo ereditario; e ciò precisamente nel senso che, se non si verifici «in concreto, l'acquisizione di beni, l'acquisto della qualità di erede non ha luogo».

La costruzione proposta in sentenza appare audace⁴³.

È dunque plausibile immaginare un'azione promossa dal legittimario che - per dir così - passi sopra la testa dell'erede? Si crede davvero che gli esiti, in termini di accettazione dell'eredità, scaturenti da questa peculiare forma di surroga possano collocarsi in dipendenza della presenza ovvero dell'assenza di un attivo ereditario?

Tanti sono i dubbi che restano aperti, ancor più quando il testamento evidenzia finalità *lato sensu* elusive rispetto alle aspettative dei creditori del legittimario⁴⁴.

Sarebbe davvero impossibile affrontare tante questioni in questa sede, però almeno ancora una considerazione vorrei esprimere, giacché essa si connette strettamente a quanto sopra rilevato, al contempo conducendo a una riflessione di ordine conclusivo e generale.

Al centro di tanti problemi è quello che si ravvisa nella peculiare giunzione tra il diritto di credito del surrogante, un passo a monte, e l'esercizio di un diritto potestativo riconosciuto in capo al legittimario, un passo a valle.

È proprio l'esercizio di quel diritto potestativo che si rivela in grado di aprire le porte al giudizio modificativo-costitutivo entro il quale abbiano a realizzarsi gli effetti caducatori che il legittimario intende perseguire, cosicché gli atti dispositivi realizzati in danno del legittimario siano dichiarati inefficaci; ciò rappresenta, per lo meno nella visione della Suprema Corte, un *prius* anche rispetto all'accettazione dell'eredità e al conseguimento dei beni che la compongono, fermo restando che tale accettazione potrebbe anche non darsi.

⁴² Cfr. G. Grosso - A. Burdese, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1977, 257.

⁴³ Per una discussione dei molti problemi implicati, A. Busani - A. Currao, *Legittimario pretermesso inerte e azione di riduzione in via surrogatoria*, in *Notariato*, 2019, 521 ss.; I.L. Nocera, *Esperibilità dell'azione di riduzione in via surrogatoria e acquisto della qualità di erede*, in *Corr. giur.*, 2020, 1353 ss.; A.L. Coggi, *L'esercizio dell'azione di riduzione tra scelta discrezionale del legittimario pretermesso e ragioni di tutela dei suoi creditori personali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 69 ss. Per una ricostruzione dei problemi che stanno in premessa, F. Realmonte, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, 631 ss.

⁴⁴ Penso, per esempio, al problema esplorato da S. Pagliantini, *Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentitoria*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 495 ss., ove al centro è il tema della frode che può realizzarsi per via testamentaria in danno dei creditori del legittimario, per effetto di una diseredazione nient'affatto ostile.

Per questa via si ritorna, in effetti, a uno snodo concettuale dell'intero impianto delle tutele disposte a favore dei legittimari: l'intera tessitura dei problemi che riguardano la posizione dei legittimari è comprensibile soltanto allorché non si manchi di concentrare l'attenzione sul momento in cui la posizione sostanziale viene a trascolorare in quella processuale; è lì, proprio in un territorio di grigi, che molti dei problemi della disciplina dei legittimari trovano il loro *Kernpunkt*.

In queste pagine ho cercato di mostrare come fin già la situazione nella quale versa il legittimario *in pectore* debba oggi ritenersi rilevante per l'ordinamento, come comprova il riconoscimento di talune tutele di natura pre-processuale, anticipatoria e prodromica; poi si è osservato come quella situazione vada ad assumere contorni più precisi una volta che, a seguito dell'apertura della successione, si diano i presupposti per l'esperibilità dell'azione di riduzione e, ancora un passo dopo, delle azioni restitutorie.

In definitiva, credo trovi conferma l'idea di partenza, secondo la quale questo complesso intrico di problemi non sia comprensibile in assenza di un profondo sforzo di integrazione tra la prospettiva sostanziale e quella processuale.