

rivista di diritto privato

2021

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Paolo Spada
Giuseppe Vettori

Direzione

Giorgio De Nova
Massimo Franzoni
Enrico Gabrielli
Pietro Antonio Lamorgese
Raffaele Lener
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Stefano Pagliantini
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 3/2021

Saggi e pareri

Collaterali finanziari, <i>lex argentaria</i> e <i>Brexit</i> <i>di Pierre de Gioia Carabellese</i>	327
Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio <i>di Fabrizio Volpe</i>	349
La validità del patto parasociale a voto corporativo immediato <i>di Luca Dambrosio</i>	379
Sulla natura dichiarativa o costitutiva della divisione <i>di Simona Cacace</i>	391
Approfondimenti sulla sostituzione ordinaria e sulla rappresentazione alla luce di una successione testamentaria transnazionale <i>di Alessio Reali</i>	425
Usura e interessi moratori nelle più recenti decisioni della Suprema Corte <i>di Maria Grazia Baratella</i>	455



Saggi e pareri



Collaterali finanziari, *lex argentaria* e Brexit

di Pierre de Gioia Carabellese*

Abstract. Nearly two decades on since the passing of the European Union Directive on financial collaterals, and few months after the effectiveness of the Brexit arrangements, the paper examines and re-assesses the main court decisions which have occurred in this intricate area of private law, particularly banking law. In discussing, also from an operational point of view, the commonest typologies of contracts connected with “collaterals”, the paper attempts to confute the assumption that these transactions originate from common law. Moreover, the contribution highlights future challenges within a contract law which, despite Brexit and, perhaps, thanks to it, verges towards an even more integrated EU framework of rules having their roots and thereafter developing in the *lex argentaria*.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina europea sui collaterali finanziari fra genesi e (possibile) necrosi. – 3. Il perimetro della disciplina delle garanzie finanziarie. – 4. Le operazioni finanziarie. – 4.1 La funzione economica delle garanzie finanziarie. – 4.2 Le principali operazioni di finanza collateralizzata. – 5. Gli obiettivi della Direttiva sulle garanzie finanziarie. – 5.1. L'assenza di formalità. – 5.2. Il diritto di uso. – 5.3. Riqualificazione e trasferimenti a titolo fiduciario. – 6. L'ambito della Direttiva e le specificità. – 7. Gli sviluppi legislativi. – 8. I casi giurisprudenziali fra common law ed equity. – 9. Conclusioni.

1. Annunciata come l'abbrivio nella disciplina bancaria e societaria di una nuova *lex mercatoria*, la Direttiva 2002/47/EC¹ (di seguito anche “Direttiva sulle Garanzie Finanziarie” ovvero “Direttiva”), implementata in Italia nel 2004, con il D.Lgs. n. 170 del 2004², ha appena perso uno degli ordinamenti giuridici, il diritto inglese, che l'aveva ispirata³. La Gran Bretagna ed i suoi tre sistemi giuridici lasciano l'Eu-

* Fellow of Advance HE (York, UK), Professor (full) of Business Law and Regulation in Australia (Edith Cowan University, Perth), Chair of Law in England and Wales (Huddersfield, 2017).

¹ “Direttiva 2002/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 giugno 2002, relativa ai contratti di garanzia finanziaria” (G.U. L 168 del 27/06/2002).

² In forma estesa, “Decreto Legislativo 21 maggio 2004, n. 170. Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria” (G.U. n. 164 del 15-7-2004). Per i commenti sull'articolato in parola ed in particolare sulle garanzie finanziarie, si rinvia per tutti a GABRIELLI (a cura di), *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano, 2018; GABRIELLI, *Contratto e contratti*, Torino, 2011, in particolare *Le garanzie finanziarie: profili generali*; sul tema generale delle garanzie finanziarie, si rimanda a GABRIELLI, LENER, *I contratti nel mercato finanziario*, 2° edizione, Torino, 2011. CANDIAN, *Garanzie finanziarie*, in *Enc. dir.*, vol. II, tomo 2, Milano 2008, p. 607 ss. In una prospettiva comunitaria, cfr. FERRARINI, GIUDICI, *Le garanzie su strumenti finanziari nel diritto comunitario: orientamenti e prospettive*, in *Fallimento*, 2002, p. 999 ss.

³ È in Italia che si rimarca molto l'influenza del *common law* nella disciplina delle garanzie finanziarie. In realtà, la domanda di ricerca di questo contributo è che la prassi degli affari e l'esigenza di speditezza hanno

ropa, quale entità giuridico-politica, per imbarcarsi in un cammino politico incerto e forse nemmeno tanto duraturo.

Il presente scritto mira ad esaminare l'evoluzione della disciplina dei "collaterali finanziari" nei quasi quattro lustri di emanazione della disciplina. Alla luce dei *dicta*, non molti, comunque di diritto inglese, che hanno inciso sulla *sedes materiae*, il lavoro mira ad individuare gli orizzonti futuri della *subiecta materia*.

Non solo: in una realtà bancaria e finanziaria che langue sempre di più ed in cui l'impresa bancaria sembra sotto attacco nella sua stessa esistenza, per effetto di provvedimenti (quali la direttiva sulle risoluzioni bancarie) che sembrano minare la stessa imprenditorialità della banca, ci si chiede se la Direttiva rappresenti uno *stepping stone*, una tappa intermedia, prodromica a forme *sui generis* di costituzione delle garanzie in ambito bancario ovvero, anche per effetto della Brexit, la UE ripiegherà verso forme più continentali o finanche verso un ripristino o ritorno a garanzie tradizionali nell'attività bancaria.

2. La Direttiva ha rappresentato un importante passo, da un punto di vista teorico, verso la definizione ed implementazione di un regime legale applicabile alle transazioni collateralizzate nell'Unione Europea. In generale, la Direttiva tende a ridurre ai minimi termini i requisiti formali richiesti al fine della fornitura dei collaterali. In aggiunta, lo stesso testo unionale armonizza e chiarisce la "piattaforma legale" in questa area del diritto finanziario, introducendo verosimilmente una *causa contractus* specifica diversa da quella del corrispondente tipo legale esistente in ciascun ordinamento dello Stato Membro. Inoltre, introduce un sistema di autotutela del creditore, il quale, visto proprio dal diritto italiano, si caratterizza per una forte novità rispetto al passato⁴.

ispirato la genesi della Direttiva in parola, più di una forse fantomatica *vis attractiva* del *common law*.

⁴ Attenta dottrina (GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie nel sistema delle garanzie del credito*, in *I contratti di garanzia finanziaria, Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, a cura di GABRIELLI, Milano, 2018, p. 44) sottolinea come il principio di escussione privata venga compensato da un criterio di "ragionevolezza", peraltro richiamato allo stesso art. 8 della Direttiva: "Le condizioni di realizzo delle attività finanziarie ed i criteri di valutazione delle stesse e delle obbligazioni finanziarie garantite devono essere ragionevoli sotto il profilo commerciale. È..]. Viene parimenti osservato che l'aver introdotto nel sistema italiano il criterio della ragionevolezza "rappresenta una novità, poiché sembra voler introdurre un'ulteriore clausola generale, il cui contenuto dovrà essere indicato dall'interprete, e segnatamente dalla giurisprudenza, quando di fronte al caso concreto sarà chiamata a decidere circa le condizioni di realizzo delle garanzie finanziarie" (GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 45). Una tale ragionevolezza, quale parametro, deve ritenersi applicabile non solo "al contenuto economico delle condizioni di realizzo" (GABRIELLI, *op. ult. cit.* 45), ma anche a tutte le altre condizioni contrattuali e processuali di escussione del credito (*ibidem*).

Più in generale sul tema, cfr. anche *ex plurimis* MURINO, *La lex mercatoria come modalità giuridica della globalizzazione: il caso della Direttiva Collaterale*, in *Disaggregazioni. Forme e spazi di governance*, a cura di TUCCI, MIMISIS, Milano, Udine 2013, pp. 121-122. Viene enfatizzato che si passa da "un sistema improntato [ad] un controllo necessario ex ante ad un sistema improntato [ad] un controllo eventuale ex post in cui, a presidio degli interessi del debitore e dei terzi, viene introdotto il criterio della «ragionevolezza com-

La Direttiva, inizialmente analizzata da una visuale più privatistica che bancaria⁵, ha invece rivelato tutta la sua valenza legale-finanziaria nel corso della sua vigenza, soprattutto dopo lo scoppio del caso Lehman Brothers. Tuttavia, anche più recentemente, con la Direttiva sulle risoluzioni bancarie (Direttiva 2014/59)⁶, l'armonizzazione dei collateral bancari realizzata dall'articolato unionale del 2014, si afferma sempre di più quale disciplina appartenente all'alveo gius-bancaristico⁷.

3. Come noto, nel 2009, circa sette anni dopo l'emanazione del testo di origine, la Direttiva sulle Garanzie Finanziarie è stata successivamente modificata dalla Direttiva 2009/44/EC⁸. In particolare, prima della novella, la Direttiva sulle Garanzie Finanziarie si applicava solo se il collaterale fornito consisteva in denaro ovvero in titoli⁹. Al fine di espandere il raggio d'azione della Direttiva e stimolare l'uso dei relativi accordi, le pretese creditorie (dunque, i *credit claims*) sono state aggiunte

merciale» alla stregua del quale l'autorità giudiziaria è chiamata a valutare se l'escussione in autotutela sia stata o meno pregiudizievole.”

⁵ Gli approfondimenti dottrinali in merito ai collateral sono vasti nella letteratura europea di lingua inglese. Si può fare riferimento a: PROCTOR, *The Law and Practice of International Banking*, 2nd edition., Oxford, 2015, pp. 642–647; HUDSON, *The Law of Finance*, 2nd edition, London, 2013, pp. 1237–1268; KEIJSER, *Financial Collateral Arrangements. The European Collateral Directive Considered from a Property and Insolvency Law Perspective*, Deventer 2006; WOOD, *Comparative Law of Security Interests and Title Finance*, 3rd edition, London, 2019; WOOD, *Law and Practice of International Finance*, London, 2008; YEOWART, PARSONS, AUSTIN, PATRICK, *Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral*, Cheltenham, 2016.

⁶ In inglese, “Directive 59/2014/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council” (L 173/190).

⁷ Seppur indirettamente, questo riecheggia in HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law 2° edn.*, Routledge, London, New York, 2020, pp. 229-246.

⁸ Per esteso, “Direttiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 maggio 2009 che modifica la direttiva 98/26/CE concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli e la direttiva 2002/47/CE relativa ai contratti di garanzia finanziaria per quanto riguarda i sistemi connessi e i crediti” (Gazzetta ufficiale n. L 146/37 del 10/06/2009).

⁹ Non solo per vezzo linguistico si rimarca che nell'inglese britannico e nel suo *common law* il termine collaterale non è percepito come parte della propria tradizione legale e della prassi. Il collaterale, *collateral*, assume un suo significato nel diritto inglese solo se si usa il lessema “*security*”, garanzia, quest'ultimo sì parte integrante del *common law* inglese. Il termine collaterale è dunque di derivazione della prassi degli affari, piuttosto che del diritto inglese e/o della cultura di Oltremarica. Ciò nondimeno, è indubbio che il diritto inglese esercita una certa influenza sulla Direttiva in parola, proprio nel modo in cui viene forgiato il contratto di garanzia finanziaria. Viene ricordato da attenta dottrina italiana (GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie*, cit., p. 14, nel richiamare G. Ferrarini e P. Giudici) che nel diritto inglese vi sono due figure, che sono codificate nella Direttiva sui Collaterali: i *security financial collateral*, “ossia le garanzie che non determinano il trasferimento della proprietà dei beni oggetto di garanzia” (ibid.): “i *title transfers financial collateral*, in cui vi è un trasferimento in funzione di garanzia” (ibidem).

quali collaterali finanziari idonei (*eligible financial collateral*)¹⁰⁻¹¹ L'uso delle pretese creditorie quali *eligible collateral* solleva una serie di questioni e tematiche di tipo anche pratico, e non solo teorico, come ad esempio la posizione delle parti quando i crediti collateralizzati sono pagati¹².

Una ulteriore tematica sollevata dalla Direttiva riguarda la possibilità di una interpretazione estensiva delle disposizioni in essa contenute, così da ammettere che un accordo collaterale su strumento finanziario (*“security financial collateral arrangement”*) possa essere pensato anche nel caso di transazioni che usano garanzie tradizionali, quali ad esempio il pegno senza diritto di uso¹³.

In aggiunta a ciò la Direttiva non specifica i propri confini territoriali. Ne discende che le corti dell'Unione Europea sono chiamate ad applicare le norme nazionali di risoluzione dei conflitti di legge, al fine di determinare se la Direttiva (come tuttavia implementata nelle leggi nazionali) si applichi o meno¹⁴. D'altro canto, lo stesso provvedimento unionale in esame fornisce una regola di conflitto di leggi, in particolare sugli aspetti di proprietà dei titoli che sono stati usati come collaterale ed accreditati ad un conto titoli (*securities account*): tali aspetti saranno governati dalla legge del Paese nel quale il relativo conto è mantenuto¹⁵.

Allorquando le parti stipulano una transazione di finanza collateralizzata, queste spesso usano contratti standardizzati. Tali contratti consistono solitamente di un “accordo-ombrello” (o *framework agreement*, detti più frequentemente *Master Agreement*, di seguito anche “MA”) il cui obiettivo è di coprire tutte le transazioni individuali collateralizzate, che siano intervenute¹⁶.

Gli MA contengono previsioni per cui, una volta che sono stati sottoscritti, per la singola transazione individuale occorre una sola esigenza di prova della stessa, sia

¹⁰ Art. 1(4)(a), Direttiva sulle Garanzie Finanziarie. Cfr. WIBIER, *Credit Claims Collateral: not as Straightforward as One Might Think*, in *Butterworths Journal of International Banking & Financial Law*, 2016, pp. 580-582.

¹¹ Più recentemente, poi, la Direttiva è stata incisa anche dalla disciplina delle risoluzioni bancarie, la quale attribuisce alla Autorità di risoluzione della istituzione creditizia assoggettata ad uno o più degli strumenti di risoluzione poteri specifici in merito alla regolamentazione del contratto di garanzia finanziaria e derivato qualora posto in essere con una controparte in bonis.

¹² Tali aspetti sono messi in luce, più recentemente, da HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, Capitolo 13. Sul tema delle “parti” del contratto di garanzia finanziaria, il beneficiario ed il datore della garanzia, si rimanda a AGNESE, *La fattispecie e la loro disciplina*, in *I contratti di garanzia finanziaria*, *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè Editore, 2018, pp. 59-60.

¹³ In merito agli scopi delle nuove regole in tema di accordi collaterali finanziari, si vedano, nella letteratura internazionale: CARTER, DODDS WALKER, *Financial Collateral Arrangements: Tricky Issues and Practical Considerations*, in *Butterworths Journal of International Banking & Financial Law*, 2018, pp. 684-686.

¹⁴ HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, Capitolo 13.

¹⁵ Art. 9, Direttiva sulle Garanzie Finanziarie.

¹⁶ A livello dottrinale (AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018 p. 76), in Italia, è enfatizzato che la standardizzazione è espressione del quarto fattore del diritto dei mercati, insieme ai contratti di massa, alla decodificazione, alle fonti europee, e coincide più precisamente con la progressiva diffusione di schemi contrattuali uniformati.

che essa sia conclusa al telefono e confermata a mezzo email ovvero definita attraverso un sistema di messaggistica, specificando i termini commerciali e finanziari, e, se necessario, deviazioni dagli stessi ovvero opzioni selezionate dal *MA*.

Le associazioni che rappresentano la relativa industria finanziaria hanno sviluppato accordi speciali standardizzati al fine di documentare *repurchase agreements*, *securities lending* e derivati. Una tale documentazione legale è finalizzata a contribuire ad un più ordinato mercato nel quale i rischi legali siano trasparenti e limitati il più possibile.

I *Master Agreements* più utilizzati sono: il *Global Master Repurchase Agreement (GMRA)* per i *repurchase agreements*; il *Global Master Securities Lending Agreement (GMSLA)* per i *securities lending*; *International Swaps and Derivatives Association's Master Agreement (ISDA Master Agreement)* per la documentazione di *derivatives transactions*¹⁷. Malgrado quanto detto, le parti stipulano ancora accordi *ad hoc* per la peculiarità dell'operazione ovvero perché preferiscono una documentazione che è tipicamente domestica ovvero della propria società.

4. La Direttiva sulle Garanzie Finanziarie si riferisce agli accordi di collateralizzazione (*collateralised finance arrangements*). Tali accordi sono tipicamente stipulati da banche commerciali o centrali e da altri principali operatori di strumenti finanziari, quali imprese di assicurazione, imprese di investimento, e taluni enti governativi¹⁸. Gli esempi più rilevanti e noti di accordi di finanza collateralizzata sono i *repurchase agreement* (accordi di riacquisto) e i *securities lending agreements* (accordi per prestito dei titoli).

Entrambi gli accordi mirano a fornire ad una parte una somma di denaro o titoli per un periodo fisso di tempo. In cambio l'altra parte riceve attivi, a titolo di collaterale (una garanzia, formalmente) per il medesimo periodo: questa seconda parte contraente, la parte ricevente, è dunque definita prenditore di collaterale o "*collateral taker*". Alla data di scadenza, il denaro o i titoli devono essere ripagati ovvero rivenduti al *collateral provider* dietro trasferimento del collaterale. Mercè tale collaterale, ed i relativi termini di natura contrattuale, le parti mirano a limitare i possibili rischi¹⁹.

¹⁷ Sull'*ISDA Master Agreement*, si veda HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, pp. 215-228.

¹⁸ La dottrina Italiana ha evidenziato, correttamente, una contraddizione nel fatto che la disciplina dei *collateral* nella versione finale del testo dell'UE, si applica anche al mercato *retail*. Ove l'oggetto della garanzia finanziaria sia rappresentato da attività finanziarie e la garanzia intercorra con persone diverse dalle persone fisiche e vi sia una controparte che sia ente finanziario o assicurativo, la Direttiva sulle Garanzie Finanziarie si applicherà. Viene ricordato (MURINO, *op. cit.*, pp. 123-124, che *ab imis* "la disciplina comunitaria fosse stata concepita limitatamente al *wholesale financial market* ed ai tipi di contratti che più spesso ricorrono in tale settore del mercato finanziario (specialmente quello interbancario)."

¹⁹ STEFFENONI, *Reducing Legal Risk within the Financial Sector: the European Approach on Financial Collateral Arrangements and its Limits*, in *Law & Financial Markets Review*, 2016, pp. 102-110.

4.1. Per il *collateral taker*, è essenziale che egli sia autorizzato a disporre del collaterale durante il contratto e fino alla scadenza delle operazioni, di guisa che lo stesso possa far uso per ulteriore negoziazione ed incrementare la profittevolezza di tali attivi.

Di conseguenza, dalla prospettiva del prenditore del collaterale, tale contratto da un lato rende gli accordi finanziari in parola più sicuri, dall'altro consente al prenditore di *collateral* di effettuare ulteriori negoziazioni. Pertanto, gli accordi di finanza collateralizzata riducono il costo del credito e allargano tanto la liquidità quanto i mercati degli strumenti finanziari²⁰.

Tuttavia, prima del 2002 questi accordi erano disciplinati principalmente da leggi nazionali relative tanto al diritto dei contratti che al diritto di proprietà, le quali intuitivamente potevano essere molto differenti a seconda della giurisdizione. È questa la filosofia sottostante volta a creare, in Europa, con la Direttiva, una uniforme struttura legale pan-Europea dei collateralizzati nelle operazioni finanziarie. Il suo obiettivo è di contribuire ad una più ampia integrazione ed efficienza dei mercati europei. Ovviamente la *ratio essendi* di questo disegno è che regole armonizzate sui collateralizzati dovrebbero ridurre la perdite sui crediti, incoraggiare l'operatività transnazionale e, dunque, incrementare la liquidità²¹.

4.2. Come sottolineato sopra, le due più importanti operazioni finanziarie che fanno uso di finanza collateralizzata sono i *REPOS* (*repurchase agreements*) e il prestito titoli (*securities lending agreement*). In realtà, il *collateral* è anche un importante elemento nelle operazioni su derivati²².

A. Repurchase agreement

Una operazione *repo* o pronti contro termine²³ può essere semplificata nel seguente modo: a un certo momento (T_0), il venditore (A) vende e trasferisce uno

²⁰ In Italia, vi è chi mette in evidenza come la prima funzione dei collateralizzati finanziari sia quella di aumentare la liquidità dei mercati finanziari. Cfr. MURINO, *L'escussione*, in *I contratti di garanzia finanziaria*, a cura di Gabrielli, op. cit. 178). Viene anche messo in luce che la deroga alle disposizioni tradizionali di tipo codicistico trova giustificazione, fra le due, in una circostanza: "i *financial collateral agreement* [intercorrono] tra soggetti che non dovrebbero subire una posizione di debolezza contrattuale nella negoziazione e la presenza del criterio di valutazione delle condizioni di realizzo [...]" (ibid.).

²¹ Gli accordi di collateralizzazione non sono stipulati soltanto da banche commerciali. Poiché sono anche strumenti di politica monetaria, gli stessi sono molto importanti per le banche centrali che possono usarli al fine della gestione di attivi costituiti da riserve in valuta straniera. Cfr. HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, op. cit., pp. 1-24. STEFFENONI, op. cit., pp. 102-110..

²² Per una analisi delle operazioni finanziarie collateralizzate, si veda WOOD, *Comparative Law*, cit.; WOOD, *Law and Practise*, cit.; KEIJSER, op. cit. Sui derivati usati quali *collateral* si rimanda, nella dottrina internazionale, HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, op. cit. In tema di relazione fra collaterale e disciplina sulle risoluzioni bancarie, si rimanda ad altro lavoro dell'autore di prossima pubblicazione.

²³ Nel diritto italiano, per una disamina dei pronti contro termine, cfr. BRESCIA MORRA, *Aspetti giuridici delle operazioni «pronti contro termine»*, in *R. d. comm.*, 1990, I, pp. 781 ss.; FAUCEGLIA, *Pronti contro termine*, in

specifico ammontare e tipologia di titoli al compratore (B) in cambio di un ammontare di denaro, il prezzo di acquisto (E_0). I termini dell'accordo sono che il compratore (B) rivenderà e ritrasferirà i titoli equivalenti (ad A) dopo uno specifico periodo (T_{0+x}), ad un prezzo che riflette il prezzo originale di acquisto aggiunto di una componente di interessi, dunque il prezzo di acquisto più l'interesse *repo* (E_{0+i})²⁴. Pertanto, un *repo* è effettivamente una combinazione di una vendita "spot" (immediata) e un riacquisto a termine (un "forward" *repurchase*) dei titoli, i quali nel complesso possono essere visti come *call option* per il venditore e *put option* per il compratore.

Dalla prospettiva del venditore, il bisogno di denaro è usualmente la ragione principale per cui un *repo* è stipulato, il denaro è il principale flusso e la principale ragione della operazione. Il flusso del collaterale è il flusso di titoli che vengono scambiati in cambio di tale flusso principale. Il venditore paga un interesse al compratore per l'uso del prezzo di acquisto fino alla scadenza dell'operazione. Il livello di interesse del *repo* che verrà ripagato è determinato da tre principali fattori: i tassi di interesse del mercato, il merito di credito del venditore e la qualità dei titoli connessi con l'operazione.

Sebbene il *repo* sia strutturato quale vendita e riacquisto di titoli, lo stesso può essere configurato, economicamente, quale operazione di finanziamento simile a quella di un prestito garantito di denaro (*secured loan*). Il *repo* consente al venditore di convertire titoli detenuti dallo stesso in denaro contro il pagamento di un tasso di interesse. Tuttavia, tale interesse è usualmente al di sotto del livello medio dei tassi interbancari, ciò alla luce della natura dell'operazione, la quale è garantita. In aggiunta a ciò, i venditori possono usare i *repo* per incrementare la profittevolezza del loro portafoglio di titoli. Ciò si applica specialmente agli investitori istituzionali, quali le compagnie di assicurazioni, i fondi pensione, i quali detengono larghi portafogli di titoli. I compratori sono usualmente banche commerciali, dipartimenti di tesoreria di multinazionali ovvero società di grandi dimensioni. Per tali parti il *repo* è tipicamente un mezzo per limitare il rischio di credito quando i soldi vengono prestati²⁵.

Le parti coinvolte nel contratto sono, di solito, solo il compratore ed il venditore sulla base di un accordo di riacquisto. In alcune circostanze, tuttavia, anche una terza parte viene coinvolta nell'operazione (*triparty repo*). Più specificamente, la parte terza è usualmente una banca che funge da custode ovvero una banca che effettua

Enc. dir., agg. V, Milano, 2001, pp. 864 ss.; PERNAZZA, *Il contratto di pronti contro termine*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, vol. II, Torino, 2004, pp. 1045 ss.

²⁴ HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, pp. 189-214.

²⁵ Vi è una varietà di forme di repos, i quali possono essere distinti in relazione alla scadenza, le parti coinvolte e l'oggetto del repo. Per quanto concerne la scadenza (o maturity), la gran parte dei repos sono conclusi per uno specifico periodo di tempo. Per esempio, i repos "intra-day" (entro la giornata) cessano lo stesso giorno in cui sono stipulati; gli "overnight" repos hanno una durata "notturna", laddove "term" o "open" repos sono conclusi con o senza una data fissa di scadenza. A volte, i repos hanno una data di scadenza fissa, ma con la possibilità per una o entrambe le parti di estendere questa scadenza ("rolling repos").

il *clearing* (liquidazione) delle operazioni in parola²⁶. Tale agente terzo funge da intermediario fra le due parti del *repo* ed è responsabile per l'amministrazione, il trasferimento e il pagamento della operazione, inclusi l'allocazione del collaterale, il *marking to market* (dunque, il bilanciamento del valore dei titoli e del prezzo di acquisto) e la sostituzione del collaterale²⁷.

Come sottolineato sopra, il collaterale serve da garanzia. Quando il collaterale consiste in titoli, le parti desidereranno minimizzare ogni esposizione causata dalla volatilità dei titoli. È facile intuire, dunque, perché i *bonds* sono più comunemente usati come collateral, più specificamente *bond tripla-A*, quali i *bond* governativi o *bonds* emessi da organizzazioni sovranazionali. Teoricamente, le parti possono concordare di concludere *repos* ove il collaterale è costituito da titoli rappresentativi del capitale (*equity repos*); tuttavia, questa tipologia di *repos* è più complessa da organizzare da un punto di vista documentale, soprattutto a causa dei numerosi eventi di tipo societario che possono verificarsi prima della scadenza del *repo*, e dei diritti di voto che possono essere esercitati²⁸.

A livello manualistico²⁹, viene affermato che, “per tutti gli altri diritti diversi da quelli sopra menzionati [diritto di voto e diritti di opzione], mentre nel caso di sequestro ne è sempre disposto l'esercizio a opera del custode, nell'ipotesi di pegno o usufrutto è previsto che spettino sia al creditore pignoratorio o all'usufruttuario, sia al socio.” Poiché nulla è stabilito come tale “azione congiunta” possa essere esercitata, la quale potrebbe senz'altro dar luogo a dilemmi operativi, viene affermato (*ibidem*, p. 315) che “l'esercizio dei diritti sociali da parte di uno dei legittimati non possa svolgersi in modo incoerente col comportamento tenuto dall'altro. Sicché, non sembra potersi consentire, ad es. che il titolare di certe azioni impugnì una delibera assembleare rispetto alla quale abbia votato a favore chi detenga l'usufrutto delle stesse.”

Nello *statute* britannico, ad accennare ad una analisi comparata, non vi è un tale dirigismo normativo. Il *Companies Act 2006*, nel silenzio normativo, lascia alle parti contraenti la decisione circa l'esercizio del diritto. Una previsione normativa, quella di cui alla *section 152*, prescrive, ad altri fini, i modi in cui l'esercizio del diritto vada comunicato, allorquando un soggetto detenga più azioni per conto di al-

²⁶ HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, pp. 229-246.

²⁷ Il *triparty collateral arrangement* è particolarmente presente in Gran Bretagna e, al di là di ciò, governato dal diritto inglese. Sulle possibili frizioni fra questa struttura e il diritto inglese, si veda GORDON-ORR, *The Benefits and Pitfalls of Triparty Collateral Arrangements*, in *Butterworths Journal of International Banking & Financial Law*, 2013, pp. 627-628.

²⁸ La corrispondente norma codicistica è quella di cui all'art. 2352, c.c., in particolare il comma 1 (“Nel caso di pegno o usufrutto sulle azioni, il diritto di voto spetta, salvo convenzione contraria, al creditore pignoratorio o all'usufruttuario. [...]”) e comma 2 (“Se le azioni attribuiscono un diritto di opzione, questo spetta al socio ed al medesimo sono attribuite le azioni in base ad esso sottoscritte. [...]”).

²⁹ GINEVRA, La partecipazione azionaria, in CIAN (a cura di), *Diritto commerciale, III. Diritto delle società*, Torino, 2017, pp. 314-315. Cfr. anche CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, 8° edizione (a cura di M. Campobasso), Milano, 2013, p. 238.

tri. Tuttavia, è ovvio che la norma abbia finalità diverse da quelle volte a dipanare il potenziale conflitto fra i paciscenti di un contratto di garanzia, incluse quelle di natura finanziaria³⁰.

Nel common law inglese fu statuito in passato³¹, e questo rimane ancora il *precedent*, che la *share*, l'azione, può essere classificata (Farwell J.) quale “*the interest of a shareholder in the company measured by a sum of money [..]*”.

A volte, vi è una distinzione fra operazioni *repurchase* e *reverse repurchase*. Tecnicamente parlando, non si tratta di una vera e propria distinzione, in quanto entrambi i termini si riferiscono esattamente allo stesso accordo: la duplice terminologia semplicemente riflette le diverse prospettive del compratore e venditore, rispettivamente. Nell'accordo di riacquisto o *repurchase agreement*, il venditore è obbligato a riacquistare un equivalente di titoli a T_{0+x} dal compratore e in un accordo “*reverse repurchase*” il compratore si obbliga a rivendere i titoli equivalenti a T_{0+x} al venditore. Dunque, il venditore che esegue la transazione descriverebbe questa operazione quale *repo*, mentre il compratore della medesima transazione descriverebbe la stessa quale “*reverse repo*”.

B. I *securities lending*

Il *securities lending* o prestito titoli è non “lontano” da una operazione *repos*. Laddove un *repo* è usato per fornire denaro al venditore, il prestito titoli è usato per fornire titoli al prenditore (o *borrower*). Come ricordato in dottrina³², un prestito di titoli semplificato si configura in questo modo. Ad un certo momento, (T_0), il prenditore o *borrower* (A) riceve specifici titoli (S_0) da un *lender* o creditore (B) in cambio di un ammontare di denaro o altri titoli quale collaterale. Allo stesso tempo, il *lender* e *borrower* medesimi si impegnano a ritrasferire titoli equivalenti e ripagare o ritrasferire il collaterale ad un momento successivo (T_{0+x}). A tale ulteriore momento, il *borrower* usualmente paga una componente di interesse in aggiunta al ri-trasferimento dei titoli presi a prestito (S_{0+i}).

Dalla prospettiva del *borrower*, il bisogno per lo specifico ammontare di titoli è la principale ragione per cui viene stipulata l'operazione di prestito. Tale bisogno può discendere da diverse ragioni. Ad esempio, il *borrower* potrebbe avere venduto i titoli a breve (“*short*”) senza averne il reale possesso, e deve consegnare tali titoli al momento dell'esecuzione dell'operazione (*settlement date*). Dunque, è chiaro che in tal caso l'adempimento delle obbligazioni contrattuali che il *borrower* ha assunto sulla scorta di un diverso contratto è la principale ragione dell'operazione con il *lender*. Il flusso di titoli dal *lender* al *borrower* è, dunque, il principale flusso (*principal flow*) laddove il flusso del collaterale (*collateral flow*) può essere definito quale il flusso di titoli e/o denaro nella direzione opposta.

³⁰ Cfr. *ex plurimis* DIGMAN, LOWRY, *Company Law, 10th edition*, Oxford, 2018, pp.163-175.

³¹ *Borland's Trustee v Steel Bros & Co Ltd.*

³² HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, p. 189-214.

I *lenders* sono usualmente investitori istituzionali, quali istituzioni di investimento, fondi pensione, e compagnie di assicurazione. Per le parti contraenti, le transazioni di prestito dei titoli rappresentano uno strumento per incrementare la profittabilità sul portafoglio di tali titoli. I prestatori sono solitamente banche o fondi speculativi (*hedge funds*). Per loro, il prendere a prestito titoli può essere un modo per prevenire l'inadempienza delle proprie obbligazioni contrattuali. Il *borrower* è facoltizzato a restituire i titoli dopo averli comprati nel mercato e può fare un profitto se il prezzo dei titoli è sceso fra T_0 e T_0+x .

La differenza fondamentale fra *repos* e *securities lending* è che in un *repo* il bisogno di denaro è usualmente la principale ragione per stipulare le operazioni, mentre nel caso di un *securities lending*, è il bisogno per specifici titoli che porta le parti a stipulare l'accordo. Altre differenze fra *repos* e prestito titoli discendono dalla principale ragione del contratto. Per esempio, nel *repo* il venditore (dunque, la parte che riceve denaro e che fornisce titoli come collaterale) è obbligato a pagare interessi, mentre nel caso di prestito titoli, il *borrower* (dunque, la parte che riceve titoli e fornirà denaro o titoli quale collaterale) usualmente paga un interesse.

5. La Direttiva sulle Garanzie Finanziarie ha avuto fin dall'inizio l'obiettivo di aumentare la liquidità dei mercati europei del denaro e dei titoli attraverso una armonizzazione delle previsioni in materia di proprietà e insolvenza³³. In tal senso il provvedimento legislativo unionale richiede che gli Stati Membri proteggano gli accordi collaterali finanziari da un numero di possibili conflitti con norme domestiche (incluse le leggi sulla insolvenza)³⁴. Le fondamentali protezioni sono riassunte in questo paragrafo.

5.1. Ai sensi della Direttiva, l'effettiva creazione ovvero escussione di un accordo collaterale finanziario non deve dipendere dalla esecuzione di atti formali, quali ad

³³ HINGSTON, *Controls on the Scope of the Financial Collateral Directive*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2016, pp. 525-526; CARTER, DODDS WALKER, *op. cit.*, pp. 684-686.

³⁴ Per commenti iniziali in tema di Direttiva sulle Garanzie Finanziarie, in lingua italiana, si rinvia a: FERRARINI, GIUDICI, *op. cit.*, pp. 1003 ss.; ANNUNZIATA, *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie. Dalla Convenzione dell'Aja alla Collateral Directive (Direttiva 2002/47/CE)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, pp. 213 ss.; CANDIAN, *Le garanzie finanziarie dopo il d.lgs. 170/2004*, in P. Perlingieri (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 30 ss.; SARTORI, *I contratti di garanzia finanziaria nel D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170: prime riflessioni*, in www.dirittobancario.it; MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria*, in M. Lamandini & C. Motti (a cura di), *Scambi su merci e derivati su commodities*, Milano, 2006, p. 768 ss.; GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria*, cit., pp. 509 ss.; TARZIA, *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)*, in *Fallimento*, 2005, p. 486 ss.; CARRIERE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, p. 184 ss.

Da una prospettiva più civilistica, cfr. NATOLI, *I contratti di garanzia finanziaria: normativa di settore o normativa di sistema?*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio, Milano 2008, p. 1887 ss.; MACARIO, *Contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 2003, p. 85; MACARIO, *op. cit.*, pp. 735 ss.

esempio la registrazione ovvero una notificazione ufficiale. Più specificamente, gli Stati Membri non possono far dipendere la creazione, la validità, il perfezionamento, l'esecuzione, o l'ammissibilità probatoria di un accordo su collateral finanziari, da un mero atto formale. In altre parole, il solo requisito di perfezionamento che la legge nazionale può imporre dovrebbe essere il requisito del possesso ovvero del controllo. La Direttiva sulle Garanzie Finanziarie proibisce tutti gli altri requisiti domestici, fra cui gli atti (*deeds*), le notarizzazioni, ed i testimoni³⁵.

5.2. Sulla base della Direttiva, le legislazioni nazionali degli Stati Membri devono impegnarsi a rendere effettivo il "diritto di uso", necessario qualora le parti contraenti di un accordo su collateral finanziari vogliano conferire tale diritto al prenditore del collaterale³⁶. Il diritto di uso comporta il diritto del prenditore del collaterale di disporre secondo gli accordi intervenuti, come se lo stesso ne fosse il proprietario³⁷. Questo diritto di uso costituisce una deroga alle leggi nazionali in tema di proprietà, in quanto ai sensi di quelle leggi il detentore di diritti di garanzia non ha, solitamente, alcuna proprietà piena e dunque, in linea di principio, non è legittimato all'uso e al trasferimento.

Quale conseguenza del diritto di uso ai sensi della Direttiva, il *collateral provider* ha meramente un diritto contrattuale al ri-trasferimento del collaterale, *enforceable* nei confronti del prenditore della garanzia. In questo scenario, il fornitore del collaterale, da un lato, è in grado di compensare la propria pretesa contro ogni altra obbligazione nei confronti del prenditore del collaterale, al fine di ripagare il debito collateralizzato. D'altro canto, una tale soluzione non è possibile nel caso in cui il valore del collaterale fornito al *collateral taker* cresca così tanto che la compensazione lascerà al *collateral provider* un'esposizione residua non garantita vis-à-vis il *collateral taker*.

Peraltro, l'armonizzazione creata dalla Direttiva sulle Garanzie Finanziarie non risolve appieno le questioni che, teoricamente, sorgono da questo tema. Ad esempio, nell'affermare che il prenditore della garanzia ha il possesso del collaterale, e dunque il pieno diritto di disporre, la Direttiva medesima si pone in teorico contrasto con ordinamenti, quali quello anglo-gallese, in cui il concetto di possesso è solitamente coincidente con quello della proprietà³⁸ e, più recentemente, nella dottrina più attenta, questo è stato rimarcato a chiare lettere³⁹.

Ciò diventa finanche ovvio quando il *collateral taker* è anche la banca del *collateral giver*. In tali casi il *collateral* è fornito a mezzo di un *security interest* e può consi-

³⁵ Ciò è chiaramente inferibile dagli artt. 3 e 4(4) della Direttiva sulle Garanzie Finanziarie.

³⁶ Art. 5, Direttiva sulle Garanzie Finanziarie.

³⁷ Art. 2(1)(m), Direttiva sulle Garanzie Finanziarie.

³⁸ GOLDSWORTHY, *Taking Possession and Control to Excess: Issues with Financial Collateral Arrangements under English Law*, in *Butterworths Journal of International Banking & Financial Law*, 2013, pp. 71-73.

³⁹ Cfr. per tutti HAENTJENS, *European harmonisation of intermediated securities law: dispossession and segregation in regulatory and private law*, in L. Gullifer and G. Payne (eds), *Intermediation and Beyond* (OUP 2019).

stere in cash e securities accreditate su conti detenuti dal *collateral giver* con la sua banca che è anche il *collateral taker*. Di solito, in tali circostanze, è affermato che il *collateral taker* può continuare ad usare gli attivi collateralizzati (*collateralised assets*), i.e. il cash ed i titoli accreditati sul suo conto.

Non solo: su tale punto la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta. Nel caso *Private Equity v Swedbank*, la Corte con sede a Lussemburgo ha ritenuto che tale accordo non si qualificasse quale possesso o controllo ("*possession or control*") come definito nella Direttiva sulle Garanzie Finanziarie, e che il testo legislativo unionale non coprisse le *collateralised transactions*⁴⁰.

5.3. Si è detto sopra che le transazioni di finanza collateralizzata hanno tanto una funzione di recupero (*recovery*) che di trasferimento. Quanto alla funzione di recupero, i contraenti di accordi di riacquisto dei titoli (*repurchase agreements*) e di prestito dei titoli (*securities lending agreements*) possono temere che un giudice riqualifichi un atto di trasferimento (*title transfer*) quale garanzia (*security interest*). In sostanza, le legislazioni nazionali sono preoccupate che un trasferimento diretto del titolo possa essere in realtà un atto di garanzia, piuttosto che un vero trasferimento a titolo definitivo.

Tale rischio è particolarmente avvertito in legislazioni nazionali che proibiscono trasferimenti della proprietà a scopo fiduciario o di garanzia, come nel caso dell'ordinamento italiano, sebbene ciò non sia necessariamente dovuto al fatto che l'Italia sia un ordinamento di *civil law*.

Lo scopo della Direttiva è proprio quello di minimizzare, anzi eliminare, il rischio di riqualificazione. Più precisamente la Direttiva sulle Garanzie Finanziarie ha l'obiettivo di proteggere la validità degli accordi su collateralizzati finanziari i quali sono basati sul trasferimento della piena proprietà del collaterale finanziario quale garanzia (*security interest*). La Direttiva prescrive che l'accordo di trasferimento del titolo del collaterale finanziario avrà effetto secondo i termini e le condizioni dello stesso⁴¹. Di conseguenza, gli Stati Membri, le cui leggi nazionali sulla proprietà proibiscono trasferimenti di tipo fiduciario, devono consentire una deroga per gli accordi finanziari collateralizzati come definiti nella Direttiva sulle Garanzie Finanziarie. È noto tuttavia che è stato dibattuto se questa protezione copra i trasferimenti che servono tanto il recupero quanto la negoziabilità del titolo ovvero quelli di tipo fiduciario che assolvono solo ad una funzione di recupero.

6. Lo scopo della Direttiva è limitato nel suo perimetro, in quanto si applica esclusivamente a taluni tipi di collateralizzati.

⁴⁰ Judgement of the Court (Fourth Chamber) of 10 November 2016, "Private Equity Insurance Group" SIA v "Swedbank" AS, Case C-156/15, ECLI:EU:C:2016:851.

⁴¹ Premessa 13 e art. 6, Direttiva sulle Garanzie Finanziarie.

Infatti, il testo legislativo in parola si applica soltanto se: (i) la transazione è conclusa fra specifici operatori del mercato, come ad esempio le autorità pubbliche, le banche centrali e le istituzioni finanziarie, e mai le persone fisiche⁴²; (ii) taluni requisiti formali sono rispettati, incluso il requisito che il collaterale fornito sarà nel possesso ovvero sotto il controllo del prenditore della garanzia (o *collateral taker*) ovvero della persona che agisce al suo posto⁴³; e (iii) la transazione riguarda o un accordo collaterale di trasferimento del titolo ovvero un accordo collaterale di trasferimento dello strumento finanziario⁴⁴.

Le leggi nazionali sull'insolvenza solitamente proibiscono la compensazione (*set-off*) nel caso di insolvenza di una delle parti e non consentono la cancellazione dei contratti, dovendo le procedure di insolvenza (o simili) essere parti contro uno di loro. Ai sensi della Direttiva sulle Garanzie Finanziarie, tuttavia, l'effettività delle clausole di "*close-out netting*" devono essere riconosciute, al fine di ridurre i rischi di controparte⁴⁵.

Inoltre, la Direttiva deroga alle norme tradizionali in tema di insolvenza quali ad esempio le previsioni in materia di revocatoria. Queste regole in altre parole non possono essere invocate al fine di invalidare un accordo finanziario collaterale stipulato o fornito, prima o in coincidenza con le procedure di insolvenza⁴⁶. Conseguentemente, la Direttiva sulle Garanzie Finanziarie esclude ogni effetto retroattivo dell'insolvenza e consente un livello di protezione in merito agli atti compiuti dal fallendo, ma solo dopo il momento della dichiarazione di insolvenza. Più specificamente, i trasferimenti di denaro o di titoli che sono stati effettuati il giorno della

⁴² Art. 1(2), Direttiva sulle Garanzie Finanziarie.

⁴³ Art. 1(5), Direttiva sulle Garanzie Finanziarie.

⁴⁴ Art. 2(1)(a), Direttiva sulle Garanzie Finanziarie.

⁴⁵ Art. 7, Direttiva sulle Garanzie Finanziarie.

Si nota che tutti i *Master Agreements* contengono previsioni relative agli eventi di inadempienza, o "*events of default*" che portano alla risoluzione anticipata o di una singola operazione o dell'intera relazione contrattuale esistente fra le parti. Vari "*events of default*" sono contemplati ai sensi della documentazione standardizzata, fra cui: la mancata osservanza di specifiche obbligazioni contrattuali ovvero l'insolvenza di una delle parti contraenti. Ai sensi del *GMRA* e del *GMSLA* un evento che comporta il *default* determina la risoluzione anticipata di tutte operazioni (ovvero *transactions*) esistenti fra le parti. Tuttavia, in talune circostanze, una sola operazione potrà essere risolta.

La "*early termination*" può avere effetto automaticamente al verificarsi dell'evento ovvero, come spesso le parti preferiscono dedurre in contratto, se vi è una "*previous notice*" (una "comunicazione preventiva").

È da sottolineare che la documentazione standardizzata dei REPO e dei Securities Lending usualmente contiene una previsione contrattuale di *close-out netting*. Quest'ultimo è connesso all'*event of default*, inclusa l'insolvenza (*insolvency*) o fallimento, ad usare un termine più italiano. Il processo negoziale di *close-out netting*, quale stabilito nel *GMRA* e nel *GMSLA* consiste di tre stadi: (1) risoluzione anticipata e accelerazione di tutti i diritti e obbligazioni che le parti hanno assunto reciprocamente (in modo automatico e dietro comunicazione preventiva); (2) la valutazione di tutti i diritti e obbligazioni e, se necessario, la *conversion* (o conversione) in una unica valuta; e (3) il *set-off* (o compensazione), che ridonda nella obbligazione monetaria unica di una parte all'altra.

⁴⁶ Art. 8, Direttiva sulle Garanzie Finanziarie.

dichiarazione di fallimento ma prima del momento di tale dichiarazione, sono effettivi (*enforceable*). Inoltre e forse in modo ancor più significativo, l'inizio o continuazione di una procedura di insolvenza non può fungere da impedimento all'escussione del collaterale finanziario, sia nel caso in cui il collaterale sia costituito a titolo di garanzia (*security interest*) ovvero quale trasferimento della proprietà (*title transfer*)⁴⁷.

Un fraintendimento in cui si potrebbe incorrere può derivare dal principio di cui all'art. 8 del Decreto Legislativo di implementazione della Direttiva, in base al quale il creditore deve agire secondo la ragionevolezza commerciale. Il criterio della "*commercial reasonable manner*" non è in realtà un parametro di *common law*, quanto meno di quello inglese e scozzese (quest'ultimo come noto *mixed legal system*), piuttosto è un canone di condotta che nei contratti finanziari internazionali, in particolare quelli di lingua inglese, viene inserito, ad esempio in relazione ad alcune clausole delicate, la cui attivazione potrebbe essere pregiudizievole per la controparte che la subisce.

Il *common law*, quello per antonomasia inglese, è sistema giuridico che usa l'idioma inglese ma che non va identificato con i *Master Agreements*, che sono sovranazionali. *Quod demonstrandum erat*: né fra i *precedents* del diritto inglese né nello *statute* di quell'ordinamento giuridico è stato mai riconosciuto il principio dell'agire con "*reasonable manner*". Piuttosto, una analisi più tecnica di un sistema di *common law* dovrebbe portare a considerare che l'assenza di *good faith* in buona parte dei sistemi di *common law* è compensata da altri strumenti, come quello dell'*estoppel*, che è proprio di origine del sistema dell'*equity*, ma ora integrato nel *common law*⁴⁸.

Nel passare in rassegna il *Master Agreement* in tema di *securities lending*, si è appurato, ad esempio, che il termine "*good faith*", buona fede, ricorre in tre occasioni, ma non quale principio generale che governa il contratto, ma solo quale paradigma comportamentale che deve guidare la parte in talune fasi tecniche del contratto. Ad esempio, in base all'art. 10, nel caso di *event of default*, le modalità attraverso cui la parte non inadempiente (*non-defaulting party*) deve procedere al realizzo dei titoli sarà appunto improntata al principio di buona fede⁴⁹.

7. Al momento in cui la crisi finanziaria del 2008 scoppiò, gli accordi di finanza collateralizzata avevano già guadagnato l'attenzione della classe politica. Sia a livello regionale, che a livello internazionale, vi furono istanze finalizzate a capire se, e come, questi accordi avrebbero dovuto essere regolati. Il *casus belli* fu Lehman Brothers. Infatti, una specifica tipologia di Repo fu individuata da Anton Valukas, il 'tecnico' nominato dalla corte fallimentare di New York al fine di scrivere un rappor-

⁴⁷ È finanche superfluo notare che i diritti relativi ai collateralizzati finanziari possono essere attivati senza alcun requisito, con la conseguenza che ogni intervallo di tempo aggiuntivo quale appunto il "*freeze period*" o periodo di sospensione deve essere intercorso.

⁴⁸ Cfr. TAYLOR, TAYLOR, *Contract Law*, 7th edition, Oxford, 2019, pp. 27-50.

⁴⁹ Da una prospettiva italiana e con specifico riferimento al diritto dei mercati, il principio di buona fede è esaminato da AMOROSINO, *op. cit.*, pp. 84-85.

to sulle cause della insolvenza di Lehman Brothers. La sventurata banca d'affari americana fu in grado, proprio attraverso l'uso dei così detti Repo 105, di fuorviare gli investitori e i legislatori al tempo stesso⁵⁰. Dunque, si può dire che vi era un problema di *disclosure* tanto al mercato che all'autorità di vigilanza, dell'esistenza reale dei *repos*.

Per di più, Lehman (ed una spiegazione simile può essere fornita anche per il fallimento di Bear Stearns) fu dichiarata insolvente in quanto fu costretta ad incrementare, mercè il pagamento di appositi margini, il collaterale che aveva indicato per i propri *repo*, mentre altre controparti collettivamente risolvevano i propri *repo* con la stessa Lehman e vendevano titoli che Lehman aveva fornito quale *collateral*⁵¹. Ovviamente questa vendita oceanica dei titoli collateralizzati, portava verso il basso il valore dei titoli medesimi, che portava a sua volta ad ulteriori richieste di incremento del collaterale alla Lehman⁵², con il conseguente dissanguamento delle sventurata banca d'affari americana.

Anche alla luce di queste esperienze, molti legislatori hanno ritenuto, a partire dal caso Lehman Brothers, che gli accordi di finanza collateralizzata costituissero una sorta di attività bancaria opaca o *"shadow banking"*⁵³ e che una regolamentazione di tale attività bancaria opaca potrebbe essere strumentale nell'evitare crisi finanziarie sistemiche nel futuro⁵⁴. A seguito della emanazione del Green Paper nel Marzo 2012, la Commissione Europea ha lanciato una consultazione pubblica al fine di avere una visione di insieme utile a formulare un quadro normativo esaustivo sul tema. A livello più globale, il *Financial Stability Board* ("FSB") pubblicò un rapporto dettagliato su questo tema nel 2011⁵⁵.

Il 29 gennaio 2014, la Commissione Europea pubblicò inizialmente una proposta, in inglese, *"Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council*

⁵⁰ Case No. 08-13555 (JMP) in *Re Lehman Brothers Holding INC., et al.*, Report of Anton R. Valukas, Examiner.

⁵¹ Per commenti sul caso "Lehmann Brothers", cfr. STAIKOURAS, *A novel reasoning of the UK Supreme Court decision in Lehman Brothers: the MiFID segregation rule from the angle of financial intermediation and regulation theory*, in *Journal of Business Law*, 2014, pp. 97-12.

⁵² Si veda European Parliament Report on Shadow Banking (2012/2115(INI)) 20 November 2012, p. 12 and FT, 'Vast market has weakness for withdrawals', 5 March 2013, p. 7.

⁵³ MUGASHA, *Securing effective Regulation of the Shadow Banking System*, in *European Business Law Review*, 2018, pp. 497-525.

⁵⁴ Si veda FSB, *Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation*, 27 October 2011; European Parliament Report on Shadow Banking (2012/2115(INI)) 20 November 2012; FSB, *Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking. A Policy Framework for Addressing Shadow Banking Risks in Securities Lending and Repos*, 18 November 2012; Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, *Shadow Banking – Addressing New Sources of Risk in the Financial Sector*, 4 September 2013, COM(2013)614 final.

In dottrina, cfr. TARNANIDOU, *EU Financial Collateral Arrangements and Re-Hypothecation in the Shadow of "Shadow Banking": to Further Regulate or not?*, in *Journal of Banking Regulation*, 2016, pp. 200-238.

⁵⁵ FSB, *Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation*, 27 October 2011.

*on reporting and transparency of securities financing transactions*⁵⁶. In questa, la Commissione segue le linee della FSB e si preoccupa in particolare dei requisiti di reportistica. Più specificamente, ai sensi della Proposta, le controparti di accordi di finanza collateralizzata (la proposta parla di “Securities Financing Transactions” o “Operazioni di Finanza su Strumenti Finanziari”) devono riportare i dettagli della transazione alle trade repositories. Inoltre, viene fatto obbligo ai gestori dei fondi di investimento collettivo di informare gli investitori degli accordi di finanza collateralizzata. Questa proposta è stata alla fine approvata dal Parlamento Europeo.

Sulla scorta della proposta, il legislatore unionale ha emanato un apposito testo legislativo, la così detta *Securities Financing Transactions Regulation* del 25 novembre 2015⁵⁷ (di seguito anche “*SFT Regulation*”).

L’art. 15 del Regolamento SFT richiede che negli accordi di finanza collateralizzata in cui un *security interest* sia stato creato ed il prenditore del *collateral* abbia anche un diritto di uso, il *collateral provider* deve essere debitamente informato per iscritto dalla parte ricevente dei rischi e delle conseguenze che possono essere connessi all’operazione⁵⁸.

In modo simile, sin dal 2016, l’art. 16(10) della MiFID II prescrive che alle imprese di investimento è proibita la conclusione di accordi di collateralizzati finanziari di trasferimento del titolo con clientela retail al fine di assicurare o coprire obbligazioni di tali clienti, siano tali obbligazioni presenti o future, attuali ovvero prospettiche.

8. A livello internazionale, il caso giudiziale che può ritenersi più significativo è quello *Cukurova Finance International Ltd v Alfa Telecom Turkey Ltd*⁵⁹, con la decisione adottata dal *Privy Council*, dopo oltre sei anni di battaglie giudiziarie. Sebbene non sia l’unica controversia giudiziale che sia nata dalla Direttiva⁶⁰, la relativa tematica, il *relief from redemption*, è attualmente il più significativo dei temi che, a livello internazionale, sono scaturiti dalla Direttiva in parola, più in generale connessi con l’*enforcement*⁶¹.

⁵⁶ COM(2014) 40 final, 2014/0017 (COD).

⁵⁷ “Regolamento (UE) 2015/2365 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 sulla trasparenza delle operazioni di finanziamento tramite titoli e del riutilizzo e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012”.

⁵⁸ HAENTJENS, DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, pp. 229-446.

⁵⁹ [2013] UKPC 2. Cfr. LEVY, WARENTS, *An Offer you Can’t Refuse? Relief from Forfeiture in the Privy Council*, in *Journal of International Banking & Financial Law*, 2014, pp. 21-24; CRINSON, *Cukurova: Appropriate at your Peril*, in *Insolvency Intelligence*, 2014, pp. 40-43; LEVY, WARENTS, *op. cit.*, pp. 21-24

⁶⁰ Ad esempio il tema dell’*equity of redemption* ha senz’altro costituito un importante terreno di analisi. Cfr. GIDDINS, *What is a Clog on the Equity of Redemption*, in *Butterworths Journal of International Banking & Financial Law*, 2014, pp. 90-97. Più in generale, DE IORIO, *Equity steps in to relieve from appropriation under the Financial Collateral Arrangements (No.2) Regulations*, in *International Corporate Rescue*, 2013, pp. 182-185.

⁶¹ KITCHENER, WALKER, *Enforcement of Share Charges: in Practice*, in *Butterworths Journal of International Banking & Financial Law*, 2013, pp. 74-76.

Data l'importanza del *decisum*, per diversi aspetti, non solo contrattuali e societari⁶², è utile ricordare i termini della controversia⁶³. Nel settembre 2005, Cukurova Finance International Limited (di seguito CFI) stipulò un contratto di finanziamento (o *facility agreement*) al fine di prendere a prestito \$ 1.352 miliardi da Alfa Telecom Turkey Limited (di seguito ATT). Il prestito era garantito da due *equitable mortgages* (pegni governati dal diritto dell'*equity*, piuttosto che dal *common law*) sulle azioni della stessa CFI e di un'altra società appartenente al gruppo Cukurova (insieme Cukurova Group). Il Cukurova Group deteneva una partecipazione nel più importante gestore di telefonia mobile in Turchia, Turkcell Iletisim Hizmetleri AS (Turkcell).

La proprietà in Turkcell era la fondamentale questione alla base di tale lunga controversia. I pegni legittimavano ATT ad esercitare il rimedio della escussione (*appropriation*) delle azioni ai sensi della Direttiva sulle Garanzie Finanziarie al fine di soddisfare le somme dovute a fronte della linea di credito. Ad aprile 2007, ATT arguì che inadempienze (*events of default*) si erano verificate in relazione al *facility agreement* e domandò l'immediato pagamento a Cukurova di tutte le somme dovute ai sensi dello stesso. Dieci giorni dopo, ATT affermò che aveva escusso le azioni su cui insisteva l'*equitable mortgage*. Meno di un mese dopo, CFI offrì il pagamento dell'intero ammontare del prestito, inclusi gli interessi moratori; tuttavia, ATT rifiutò di accettare il pagamento sostenendo che, quale creditore pignoratizio, era facoltizzato ad appropriarsi delle azioni. Nonostante ciò, CFI effettuò il pagamento, con accredito e accantonamento del relativo importo in un conto di garanzia, *escrow account*.

La disputa verteva dunque fundamentalmente attorno alla proprietà di Turkcell, per la quale si ebbero ben cinque decisioni del *Privy Council* ed anche una domanda di revisione giudiziale (*judicial review*). Nel frattempo vi furono due decisioni concernenti questioni preliminari⁶⁴.

Dopo la risoluzione delle questioni preliminari, il vero e proprio giudizio riguardò la questione se vi fosse effettivamente stata una violazione del *facility agreement*, per il fatto che ATT aveva chiesto il pagamento anticipato del prestito. Cukurova negò che tale violazione si fosse concretizzata, anzi oppose che, se anche si fosse verificata, la stessa era legittimata da un *relief from forfeiture* (una esenzione dalla azio-

⁶² LEVY, WARENTS, *Re-opening Pandora's Box: Cukurova, Collateral and Constitutionality*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2016, pp. 2008-2009.

⁶³ Cfr. DE IORIO, *op. cit.*, pp. 182,185. Sul concetto più generale di *appropriation*, si veda HODGSON, *The Appropriation Remedy*, (2013) *Recovery* 34,35.

⁶⁴ La prima decisione era del maggio 2009 (5 maggio 2009, n. 19). La *questio* sollevata da Cukurova era se le azioni di natura legale intraprese da ATT in aprile 2007 fossero adeguate e sufficienti a prendere possesso delle *shares*, in un contesto in cui il creditore non era *full owner*, ma titolare di un *beneficial interest*. In Italia cfr. MURINO, *Considerazione sull'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia mediante appropriazione o vendita alla luce di una recente pronuncia del Privy Council*, in *Banca, Borsa Titoli di Credito*, 2010, pp. 543-59..

ne). Cukurova vinse il giudizio ma perse l'appello, per cui si addivenì al giudizio finale dinanzi al *Privy Council*⁶⁵.

In relazione alla possibile frizione con la Direttiva, la primaria questione era se il testo unionale medesimo permettesse la sopravvivenza del rimedio del così detto *relief from forfeiture* alla luce di quanto stabilito dal Preambolo 17 della Direttiva. Quest'ultimo prescrive che la legislazione bilancia, da un lato, gli obiettivi di una rapida e non-formalistica procedura di escussione, dall'altra la protezione del fornitore del collaterale e della parte terza. In tal senso, prosegue il Preambolo 17, la Direttiva esplicitamente conferma la possibilità per gli Stati Membri di tenere o introdurre nella loro legislazione nazionale un controllo *a posteriori*, che le corti possono esercitare in relazione alla realizzazione o valutazione del collaterale finanziario, con la definizione delle relative obbligazioni finanziarie.

In tale caso il *Privy Council* statuí che il preambolo 17 riconosce che il potere della Corte di intervenire al fine di proteggere il fornitore di collaterale era e rimaneva una questione domestica. Alla luce di ciò la Corte prese in considerazione il fatto che il diritto inglese contempla effettivamente la possibilità di concedere un *relief against forfeiture*. *A fortiori*, in uno scenario post Brexit, in cui la Direttiva può essere abolita per mero atto del Parlamento sin d'ora, il rimedio del diritto inglese dovrebbe rimanere.

Diversa questione – e ciò fu esaminato immediatamente dopo dal *Privy Council* – era se il *relief from forfeiture* dovesse essere effettivamente disposto. In dottrina⁶⁶, si afferma in proposito che, anche se la corte ha un ampio potere discrezionale al fine di concedere un *relief from forfeiture*, in sostanza “*it is likely to be very difficult to establish a case for relief against forfeiture in a commercial context involving a freely negotiated contract. In such cases courts will place considerable emphasis upon the need for certainty.*”

Ad onta di ciò, sebbene il *Privy Council* riconobbe che il bisogno di certezza nelle operazioni commerciali è essenziale, concluse che il *relief* dovesse essere concesso. In particolare statuí che nel caso di Cukurova vi erano stati aspetti non usuali nella escussione della garanzia⁶⁷.

Inoltre, la valutazione delle azioni, concordata in anticipo, non obbligava ATT a pagare nulla per l'acquisizione del controllo di Turkcell dopo la loro possibile appropriazione.

⁶⁵ La terza e quarta decisione del *Privy Council* riguardò quattro decisioni chiave, la prima delle quali era se un “*event of default*” (dunque una causa di inadempimento ovvero insolvenza) si fosse verificato e ciò autorizzava ATT a chiedere l'adempimento del *loan* in anticipo. Il *Board* del *Privy Council* confermò che un tale event of default vi era stato e dunque ATT era legittimata ad appropriarsi delle azioni.

⁶⁶ Snell's Equity, 32 ed, para 13-01511.

⁶⁷ Fra tali fattori inusuali, vi era il fatto che sin dall'inizio la transazione prevedeva che Cukurova sarebbe rimasta nel controllo di Turkshell, laddove l'obiettivo vero di ATT non era quello di effettuare un finanziamento, quanto quello di acquisire il controllo di Turkcell. Dunque, ATT aveva una intenzione, malevola per dirla tecnicamente, affinché Cukurova divenisse inadempiente nelle proprie obbligazioni.

Sebbene non si potesse affermare, quanto meno formalmente, che ATT stesse agendo al di fuori dei suoi diritti, la condotta di ATT dimostrava che questa società si preoccupava più delle azioni che del proprio vero diritto (un mero diritto di garanzia su di un prestito). L'obiettivo di ciò, evidentemente, era semplicemente il controllo della società di telecomunicazioni di cui voleva diventare anche fornitore.

Inoltre, Cukurova non aveva volutamente violato il *facility agreement* e gli *events of default* non avevano minacciato o pregiudicato la posizione finanziaria di ATT. Cukurova offriva il pieno ripagamento entro un mese dalla *appropriation*, ma poiché la posizione relativa all'uso dei titoli appropriati ed il controllo di Turkcell erano stati sospesi sin dalla *appropriation*, il rimedio rimaneva in principio possibile e non pregiudicato.

Per concludere, pur se ATT asseriva con forza che bisognava far leva sul concetto di certezza dei rapporti commerciali, la Corte statuì che Cukurova aveva titolo al *relief from forfeiture* sulla base degli appositi termini contrattuali⁶⁸.

Fin dalla introduzione della Direttiva⁶⁹, pochi sono stati i casi di finanziatori (*lender*) che hanno utilizzato lo strumento della appropriazione previsto dal testo legislativo. Il giudizio in parola è importante perché, governato dal diritto anglo-gallese, dunque assoggettato alla disciplina UE in quanto al tempo dei fatti il diritto inglese era parte di uno Stato Membro, fornisce un rimedio di tipo equitativo (*equitable relief*) al convenuto contro l'azione della controparte. Il *relief against forfeiture*, come viene chiamato tecnicamente nel *law of Equity* inglese, è un rimedio discrezionale della corte e, per definizione, consente alla parte di agire al di fuori e al di là delle rigide restrizioni imposte dal contratto⁷⁰.

In secondo luogo, nel leggere i giudizi del *Privy Council*, tanto quello di maggioranza che quello di minoranza, l'interprete ha la distinta impressione che, malgrado l'apparente disaccordo sulla corretta base giurisprudenziale, la Corte non apprezzava il fatto che il *lender* era stato, fin dall'inizio, desideroso non tanto di prestare denaro alla controparte, quanto di ottenere una partecipazione (rispetto a cui la *datio* di denaro era solo secondaria) e stava semplicemente aspettando per un *event of default*. Ed infatti, la decisione del 9 luglio 2013 contiene numerosi riferimenti al fatto che ATT si era comportata in modo aggressivo, non cooperativo (*unpleasant*, nel sistema inglese della sentenza che in questa sede si vuole tradurre in modo non letterale) e secondo un freddo calcolo⁷¹.

⁶⁸ Sui termini di tale *relief from forfeiture*.

⁶⁹ E, per quanto riguarda la Gran Bretagna, il suo provvedimento di implementazione.

⁷⁰ In principio, ciò è possibile ed è evidenziato da uno dei cinque giudici del *Privy Council*.

Come Lord Sumption afferma nel richiamato *dictum*:

[...] a borrower can in principle be relieved from forfeiture of his security and allowed to redeem it, without rectifying the breach of contract which justified the forfeiture at law.

⁷¹ Questa è la terminologia adottata in dottrina da CRINSON, STERN, *Cukurova: Appropriate at your Peril*, in *Insolvency Intelligence*, 2014, pp. 40-43.

In definitiva, per un *lender* il quale volesse usare lo strumento della appropriazione come un modo per ottenere il pagamento del credito, i giudizi di cui in “*Cukurova*”, soprattutto nello scenario post-Brexit e ove il diritto inglese sia la *governing law* del contratto, servono quale campanello di allarme per il *lender* medesimo: una offerta di pagamento da parte del *borrower* (anche se tardiva) è da considerarsi in modo serio, in quanto il *lender*, altrimenti, rischia che il *borrower* promuova un *relief from forfeiture*, una esenzione dall’azione (con relativi costi). Per contro, per i *lenders* che adottano una strategia “*loan-to-own*” (dunque il prestito dei titoli, al fine di divenirne proprietari), i *decisa* potrebbero essere problematici⁷². Da un punto di vista dottrinale, e nell’ambito del *common law*, è sempre difficile cogliere quando e come la corte eserciterà tale potere discrezionale, anche se appare probabile che in futuro la corte avrà un’ampia discrezione nell’imporre un *relief from forfeiture*, anche quando lo stesso non sia strettamente connesso con il contratto sottostante.

Da ultimo, la Direttiva, sempre dalla prospettiva anglo-gallese, ha posto una ulteriore questione, affrontata a livello giudiziale. Si fa riferimento al caso Lehman Brothers, più precisamente *Lehman Brothers International (Europe) (In Administration)*⁷³, circa l’esistenza di *collateral arrangements* fra due società dello stesso gruppo, e se il *collateral taker* in questo caso avesse sufficiente possesso di modo che si potesse dire che l’accordo di costituzione del collaterale attraeva la protezione di cui alla Direttiva sulle Garanzie Finanziarie⁷⁴. La questione è complessa ed anche in questo caso connessa alla peculiarità del diritto inglese, circa la qualificazione giuridica del denaro detenuto da una banca. Nella insolvenza di *Lehman Brothers International (Europe)*, la *UK Supreme Court* decise in breve che anche quando i fondi non sono stati segregati operativamente dai conti propri della società, questi fondi sono sottratti alle azioni dei creditori propri dell’istituto di credito. Questo vuol anche dire che, se perdite ricorrono all’interno del trust formato con fondi dei clienti, queste perdite devono essere condivise fra i clienti, indipendentemente dal fatto che gli stessi siano stati segregati da un punto di vista operativo⁷⁵.

In modo simile, sebbene più connesso al concetto di controllo che di possesso, una più recente controversia, *Private Equity Insurance Group SIA v Swedbank AS*⁷⁶, sempre con riferimento al diritto inglese, in relazione alla Direttiva sulle Garanzie

⁷² Ad esempio, la corte adotterebbe questo approccio per tutte “*loan-to-own strategies*” oppure no? in questo secondo caso, la corte fu particolarmente incline ad accettare le tesi del *borrower* a causa del comportamento di ATT.

⁷³ [2012] UKSC 6 (SC) [2012]; EWHC 2997 (Ch).

⁷⁴ Per commenti nella letteratura internazionale in merito a tale decisione, si veda HILLIARD, *Financial Collateral Arrangements: a Lighter Shade of Gray*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, 2016, pp. 53-55.

⁷⁵ Re *Lehman Brothers International (Europe) (In Administration)*. Si rimanda, fra gli altri, a STAIKOURAS, *A Novel Reasoning of the UK Supreme Court Decision in Lehman Brothers: the MiFID Segregation Rule from the Angle of Financial Intermediation and Regulation Theory*, in *Journal of Business Law*, 2014, pp. 97-120; GRUYAERT, VAN LOOCK, *UK Supreme Court Decision on Lehman Brothers Client Money: Equity or Lottery*, in *European Review of Private Law*, 2014, pp. 217-249.

⁷⁶ [2016] 5 WLUK 142.

Finanziarie, affronta il tema del concetto di controllo. In questo caso, la questione era se il diritto del *collateral taker* a controllare le *securities* avesse precedenza rispetto al diritto dei creditori ai sensi della legge nazionale⁷⁷.

9. La Direttiva è prossima a spegnere venti candeline, anni durante i quali poche vicende ne hanno scalfito la coerenza e la sua portata innovativa. La dottrina italiana ha enfatizzato la portata “cataclismica” della Direttiva soprattutto in rapporto ad istituti consolidati del proprio diritto privato, quali il divieto del patto commissorio: istituto quest’ultimo la cui sacralità risulta, se non violata, quanto meno messa in dubbio dai meccanismi di tutela privata che vengono introdotti dalla disciplina in parola⁷⁸. Ciò è ancor più vero se si considera che viene ricordato⁷⁹ che “[..] il divieto del patto commissorio, posto dall’art. 2744 c.c., va interpretato non secondo un criterio formalistico e strettamente letterale [...]”. Peraltro, altri testi legislativi di tipo unionale, più recentemente, arrecano ulteriori attacchi al divieto⁸⁰.

Il presente contributo, nel ripercorrere i punti salienti tanto della disciplina sui collateralizzati finanziari quanto delle tematiche economiche sottese alla contrattualistica internazionale più invalsa nella prassi degli affari, ha dimostrato che tale testo legislativo non sia necessariamente un “prodotto” del *common law* traslato nell’ordinamento del *civil law*. È la prassi degli affari e i *contractual framework* che elaborano una *lex mercatoria*, non uno specifico ordinamento⁸¹. La *lex argentaria*, a definire meglio il *genus* più ampio, ha suggerito al legislatore dell’Unione Europea di elaborare concetti più dinamici rispetto a quelli tradizionali⁸². Si è poi articolato meglio nel *common law* non perché originato da quella tipologia di diritto, ma semplicemente perché ha lì trovato minori ostacoli⁸³.

⁷⁷ Per commenti su tale *dictum*, si veda HINGSTON, *op. cit.*, pp. 525-526.

⁷⁸ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile 49° edizione*, Milano, 2019, pp. 998-999. Per gli approfondimenti tematici, cfr. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957.

⁷⁹ TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 999.

⁸⁰ Il caso è la deroga al patto commissorio introdotto dalla Direttiva sui Mutui Residenziali. Per approfondimenti su tale ulteriore area regolamentare, si permette di rinviare in inglese a DE GIOIA CARABELLESE, *The Directive on the Credit Agreements for Consumers relating to Residential Immovable Property (Directive 2014/17): a Regulatory Explanation and a Private Law Analysis*, in *European Business Law Review*, 2018, pp. 33-57.

⁸¹ Ciò è stato lumeggiato abilmente dalla dottrina italiana, da tempo. Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, pp. 245.

⁸² Sul concetto di contratti del mercato, cfr. da ultimo AMOROSINO, *op. cit.*, pp. 69-85.

⁸³ Ciò correttamente accennato in DIURNI, *Le garanzie finanziarie nel diritto comparato*, in *I contratti di garanzia finanziaria, Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, a cura di E. Gabrielli, Milano, 2018, p. 495. L’Autore correttamente afferma quanto segue: “È, d’altronde, caratteristica dei sistemi di *common law* un approccio bottom-up, in cui è il diritto che nel tempo si adatta spontaneamente al mutare del contesto economico e sociale, essendo il suo andamento scandito dalle soluzioni rimediali che il formante giurisprudenziale crea per rispondere alle questioni giuridiche sollevate dalla prassi e che il medesimo conserva sulla base del principio del precedente vincolante [...]”.

Tuttavia, la *ratio essendi* di un istituto giuridico, al di là della bravura di chi lo abbia congegnato, dipende principalmente dalla sua utilità. Da questo punto di vista, più pratico, le garanzie finanziarie, le quali sono nate nel pieno della banca universale e globale, potrebbero essere fra gli strumenti contrattuali che, in auge nelle crisi del 2007/2008, troverebbero nuovo impulso, in uno scenario di nuove crisi, incluse le più recenti pandemie. Più in generale, alla stregua di quanto suggerito dalla dottrina internazionale⁸⁴, le garanzie finanziarie sembrano essere, fra i diversi istituti privatistici, quelle in cui più forte è la spinta operativa, la quale potrebbe in futuro portare – e ciò non sempre è un dato positivo – alla abdicazione da parte dello *jus positum*, incluso quello europeo, degli istituti più tradizionali, e all'adozione di meccanismi più "banali" e "semplificati", sotto la forte pressione di una "sub-prassi", piuttosto che di "prassi", di operatori e di privati.

⁸⁴ RILES, *Collateral Knowledge: Legal reasoning in the global financial markets*, Chicago, 2011.

Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio*

di Fabrizio Volpe**

Abstract. The essay aims to reconstruct the current identity of succession law, in the light of the profound change in the subject, due to the rapid evolution of social relations. The first part of the analysis focuses on the changes in inheritance law and its liberation from traditionally understood family values. In this context, inheritance law, from its historical ancillary role with respect to family law, rediscovers its functional identity in the realization of the principles of family solidarity, coming to elaborate real contractual figures. In this evolution of matter, the death event of the deceased begins to lose its centrality, and the idea of a hereditary planning that is also realized through *inter vivos* acts gains space. The analysis focuses, among other things, on the relationship between contract and succession, and in this context an in-depth reflection is dedicated to the role of the family pact, which becomes a sort of modern response to the prohibition of contractual disclosure. Furthermore, in this perspective, the right of the legitimate holders changes, to be understood no longer as a right in nature, but as a right to a value. Faced with this reform drive imposed by pressing social demands, even the values of the family in their traditional sense end up succumbing: that is, family solidarity is no longer a principle of public order, but becomes the occasion for an articulated contractual planning. Moreover, the relevance of the contractual moment in matters of succession can also be found in the innovations introduced by the EU regulations (Regulation 12/650 / EU), precisely in terms of succession agreements. The last reflection of the essay concerns the opportunity for a further and more radical evolution of the matter, linked to a new reading of the principles of public order, sensitive to social transformations and to a definitive emancipation of inheritance law from family solidarity.

SOMMARIO: 1. Identità del diritto delle successioni e sua graduale emancipazione dalla famiglia. – 2. Il diritto successorio e il principio di uguaglianza. – 3. L'evoluzione del diritto successorio in mancanza di una riforma organica. La funzione delle successioni a causa di morte rispetto alle nuove istanze sociali. Qualità produttiva dei beni e qualità dei soggetti. La negoziabilità del diritto successorio. – 4. Contratto e successioni. La contrattualizzazione della vicenda successoria e sua rilevanza sul piano interpretativo. La disponibilità dei rimedi. – 5. L'uniformazione del diritto successorio e l'apertura verso modelli concorrenti. – 6. Ordine pubblico e diritto delle successioni: il caso dei matrimoni poligamici.

* Lo scritto, con l'aggiunta delle note bibliografiche essenziali, riproduce la relazione su *Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio*, in occasione del Convegno «Integrazione, migrazioni e relazioni transnazionali. Governare il diritto ereditario dopo l'entrata in vigore del regolamento europeo sulle successioni» promosso dall'Università degli Studi di Firenze, con il coordinamento della Prof.ssa Sara Landini, svoltosi a Firenze il 5 dicembre 2018 presso Villa Ruspoli. Lo scritto è destinato agli Studi in memoria del Prof. R. Perchinunno.

** Professore associato di Istituzioni di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

1. Il presente saggio si prefigge lo scopo di ricercare un'identità attuale al diritto delle successioni, considerando che la disciplina in oggetto sta vivendo una fase di profondo cambiamento, che testimonia il necessario quanto difficile tentativo di adeguamento dell'ordinamento giuridico alla complessa evoluzione dei rapporti sociali, e che impone uno sguardo differente rispetto al modo in cui questa disciplina è stata tradizionalmente concepita, soprattutto nel sistema italiano delle fonti¹.

Lo studio delle successioni è caratterizzato da una rinnovata vivacità che colpisce non solo l'interprete, ma anche l'operatore del diritto, dovuta al fatto che il diritto ereditario sta vivendo negli ultimi anni – ma è giusto dire che è un'onda lunga che viene da lontano – una rivoluzione copernicana senza precedenti, dovuta sostanzialmente ad alcuni aspetti rilevanti che dirò in premessa, e che risultano fondamentali dal punto di vista dell'approccio alla materia².

Doveroso diventa poter preliminarmente concepire qual è oggi il ruolo del diritto delle successioni in un'esperienza giuridica che ormai non è più cristallizzata nel singolo ordinamento, non è più concepibile solo a livello domestico, anche per i settori più rispettosi delle singole tradizioni giuridiche (quali ad esempio il diritto ereditario), ma è caratterizzata da una complessità che connota tutto il vigente sistema ordinamentale, pur nell'unitarietà dell'ordinamento³; laddove per complessità si intende, in primo luogo, realizzare una concorrenza tra gli ordinamenti⁴, e quindi tra modelli giuridici apparentemente lontani, in una prospettiva evolutiva e promozionale degli istituti giuridici, ma anche sottoporre l'esperienza giuridica contemporanea – specie quella dei singoli ordinamenti – al vaglio di un rinnovato controllo sociale, al fine di portare evidentemente all'attenzione degli interpreti ulteriori istanze sociali che provengono dalla società civile, che meritano, se non sempre una tutela immediata, quanto meno una riflessione giuridica più ponderata⁵.

¹ Cfr. V. BARBA, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 333 ss.

² Avverte l'esigenza di un ripensamento della disciplina dell'atto a causa di morte, N. LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*. Atti del 11° Convegno Nazionale 5-6-7.05.2016, Napoli, 2017, p. 7; con riferimento al testamento G. BONILINI, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento dei principi*, *ivi*, p. 17; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, spec. p. 25 ss., nel suo pregevole contributo propone una rilettura del testamento, al fine di superare sia il pregiudizio che esso sia l'unico atto di ultima volontà, sia quello che vorrebbe legarne l'essenza al suo contenuto attributivo-patrimoniale.

³ Il tema dell'ordinamento giuridico nella sua complessità, dinamicità e unitarietà è oggetto delle riflessioni critiche di P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.; con particolare attenzione all'ermeneutica contrattuale v. M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 353 ss.; di recente C. CAMARDI, *Il diritto privato tra regole e principi. Uno sguardo sulla complessità giuridica, a partire da un volume recente*, in *Osserv. dir. civ. comm.*, 2019, p. 115; *Id.*, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, spec. p. 87 ss.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, pp. 32, 155.

⁴ N. LIPARI, *"Concorrenza" fra ordinamenti e sistema delle fonti*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, p. 30.

⁵ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 3; *Id.*, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

Questo si traduce in una concorrenza tra ordinamenti che sia qualitativamente considerata, che sia rivolta quindi soprattutto ad affermare la qualità dei modelli giuridici, non una concorrenza che conduca ad un processo di omologazione, in un percorso integrato fra leggi, Corti e diritti individuali⁶.

Una concorrenza che può portare poi ciascun ordinamento anche ad un processo evolutivo, specie nei settori – quale quello delle successioni – in cui si avverte ancora forte il peso delle singole tradizioni giuridiche⁷.

Il diritto delle successioni – quale segmento rilevante del diritto civile – ha avuto storicamente un ruolo ancillare rispetto al diritto di famiglia⁸, in virtù del fatto che sostanzialmente le trasformazioni sociali – che ovviamente sappiamo quanto incidano sulla costruzione dei modelli giuridici – hanno avuto sempre un impatto che si dimostrava più rilevante per le categorie sensibili del diritto di famiglia⁹, avvertito sia dalla scienza giuridica specie all'indomani della codificazione¹⁰, sia dagli operatori professionali interessati a dare voce concreta agli istituti giuridici attraverso il contributo della prassi negoziale¹¹.

Potremmo dire che il diritto civile concepiva l'evoluzione delle persone e della famiglia, sempre avendo come punto di riferimento quali fossero i valori in quel momento storicamente determinati della famiglia.

E, quindi, sappiamo quanto il diritto di famiglia del nostro ordinamento, più di altre settori del diritto civile, abbia risentito di continue riforme normative, di un'attenzione costante del legislatore preoccupato di tradurre in norme le richieste provenienti dal tessuto sociale¹², specie all'indomani dell'entrata in vigore della Carta

⁶ G.VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 1341; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

⁷ Un'esauritiva ed efficace ricostruzione, con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sull'evoluzione dell'ordinamento nel diritto civil-costituzionale, si trova in M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 840 ss, e in P. PERLINGIERI, A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novencento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 247 ss.

⁸ v. ora V. BARBA, *Storicità e modernità nel diritto delle successioni*, in G. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, vol. II, Napoli, 2019, p. 862 ss., in cui si commenta il pensiero di Emilio Betti in ordine alla «comunione patrimoniale della famiglia» come fondamento giustificativo della disciplina successoria.

⁹ Cfr. V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 513.

¹⁰ L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3^a ed., Milano, 1947, p. 3; E. BETTI, *Appunti di diritto civile*, 1928-1929, Anno VII, Milano, s.d., ma 1929, p. 12.

¹¹ Da ultimo, con particolare attenzione alle proposte avanzate dal notariato per conferire nuove potenzialità al diritto ereditario contemporaneo, l'interessante contributo di M. PALAZZO, *L'autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 524; nonché i contributi presenti in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. I Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2016.

¹² Cfr. F.D.BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1447, il quale ripercorre il lungo e convulso itinerario del diritto italiano della famiglia, dal disegno normativo edificato dalla Costituzione del 1948 alle recenti e recentissime riforme legislative, soffermandosi sull'analisi dei più significativi momenti dell'incessante evoluzione della realtà sociale e del loro

Costituzionale¹³.

Alla fine di un percorso evolutivo è giusto ricordare, per uno sforzo di sintesi: la storica riforma del diritto di famiglia del 1975 in cui cambiava il volto del primo libro del codice¹⁴; la riforma della filiazione che afferma lo stato unico di filiazione¹⁵, e la recente riforma delle unioni civili¹⁶, ma si tratta di un quadro normativo in continua evoluzione, dove l'intervento del legislatore potrebbe essere sempre più mirato a disciplinare aspetti della vita familiare un tempo lasciati alla libera autodeterminazione, ma che oggi meritano una regolamentazione specifica.

Si tratta, dunque, di una parte del diritto civile fortemente indiziata, sia per la sua rilevanza sociale, sia per la reazione che l'ordinamento produce a seguito di queste

riflettersi sulle posizioni dialettiche della dottrina e sui determinanti indirizzi giurisprudenziali, sempre più caratterizzati da un difficile impegno di integrazione delle fonti nel confronto tra i principi della tradizione costituzionale (personalismo, solidarietà) e quelli, tendenzialmente antinomici, introdotti dal diritto europeo (individualismo, liberalismo).

¹³ V. L. BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 245. Il contributo si propone di analizzare l'evoluzione che ha connotato il diritto di famiglia a far data dall'introduzione della Carta costituzionale.

¹⁴ Un'approfondita analisi della disciplina delle relazioni familiari nella travagliata fase storica che abbraccia il periodo compreso tra l'entrata in vigore della Costituzione e la Riforma del 1975 è condotta da P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, VI ed., Roma-Bari, 1999, p. 65 e, in tempi più recenti, da P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale*, Milano, 2011.

¹⁵ Ci si riferisce ovviamente alla l. n. 219 del 10 dicembre 2012, rubricata «*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*», e al d.lg. n. 154 del 28 dicembre 2013, per la «*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*»: sui quali tra i molti cfr. C.M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente legge n. 219 del 2013*, in *Giust. Civ.*, 2013, 5-6, p. 205; ID., *La legge italiana conosce solo i figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1; M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in C. M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 3 ss.; G. CHIAPPETTA, *I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio*, in *Lo stato unico di figlio*, (a cura di ID.), Napoli, 2014, p. 11 ss.; V. CARBONE, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 225; B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione. Una prima lettura*, in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 291; G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, p. 11; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 231; con riferimento ai riflessi successori M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1 ss.

¹⁶ Sulle unioni civili, con particolare riguardo alla disciplina recata all'art. 1, comma 20 della l. 76 del 2016, la bibliografia è molto vasta; si segnalano, tra i molti, V. BARBA, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretta da G. BONILINI, vol. V, Torino, 2017, p. 143.; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Addenda «*Unioni civili e convivenze*», Bologna-Roma, 2016, in <http://www.zanichelli.it>; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in www.juscivile.it; M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016; G. CASABURRI, I. GRIMALDI (a cura di), *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Lettura operativa e possibili soluzioni*, Pisa, 2016; con particolare attenzione al contratto di convivenza v. R. MAZZARIOL, *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Napoli, 2018; per i riflessi successori v. V. BARBA *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, in R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 111; G. BONILINI, *Unione civile, convivenza di fatto e successione mortis causa*, *ivi*, p. 143.

trasformazioni sociali per renderle giuridicamente traducibili in corpi normativi¹⁷, che conducono ad una sollecitazione del sistema¹⁸.

Il diritto delle successioni – frutto di una lunga tradizione giuridica – risentiva di riflesso di questa *supremazia* del diritto di famiglia, che recepiva le trasformazioni sociali e poi queste di riflesso si avviavano, a valle, verso il segmento successorio per essere metabolizzate anche in questo settore¹⁹.

Il rapporto tra la disciplina della famiglia e il settore delle successioni a causa di morte, quindi, ha sempre alimentato tra i giuristi un grande interesse critico, indipendentemente dal metodo utilizzato per la comprensione di questi fenomeni, soprattutto per la varietà degli interessi coinvolti che pongono in perenne conflitto la libertà di disporre del de cuius da una parte e gli interessi familiari dall'altra (si pensi in particolare alla successione necessaria)²⁰; però, il diritto delle successioni ha sempre ricercato quella centralità che, invece, ha avuto il diritto di famiglia e questo, non solo per la rilevanza sociale che aveva la famiglia, e non avevano le successioni *mortis causa*, ma anche per il modo in cui era concepito il fenomeno successorio, dove sostanzialmente la vicenda successoria era legata a dei parametri giuridici fissi, immutabili nel tempo, rappresentati sostanzialmente dalla centralità del negozio testamentario²¹ e poi dal principio della unitarietà della successione *mortis causa*, nel

¹⁷ N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*. Atti del 13° Convegno Nazionale 3-4-5.05.2018, Napoli, 2019, p. 95.

¹⁸ U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 563, il quale effettua una riflessione sul sistema del diritto di famiglia dopo un'intensa stagione delle riforme, per dare coerenza tra le innovazioni e le norme preesistenti. L'analisi delle nuove discipline è condotta sul piano della loro tenuta rispetto al dettato costituzionale e internazionale e della loro corrispondenza ai profondi mutamenti sociali che sono intervenuti in questi ultimi venti anni nella società italiana.

¹⁹ Cfr. circa il rapporto tra famiglia e successioni i contributi presenti in AA.VV., R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, cit., spec. p. 9.

²⁰ N. CIPRIANI, *Potere di disporre mortis causa e libertà personale, interessi della famiglia e del testatore*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 345.

²¹ Sulla centralità del negozio testamentario la letteratura è vasta e non potendo essere in questa sede menzionata adeguatamente, si rinvia da ultimo a G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 3 ss.; M.C. TATARANO, *Il testamento*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Tratt. dir. civ. CNN*, Napoli, 2004; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, Milano, 2005; V. CUFFARO, *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in P. RESCIGNO, M. IEVA (a cura di), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, vol. I, Padova, II ed., 2010, p. 797; S. PAGLIANTINI, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000; ID., *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 117 ss.; ID., *La c.d. forza di legge del testamento*, Napoli, 2016, p. 9; da ultimo G. BONILINI, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento dei principi*, cit., p. 17; in chiave critica V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, cit., p. 184, il quale sottolinea che «la perdita di centralità del testamento e, più estesamente, dell'atto di ultima volontà, che, innegabilmente, è fenomeno obiettivo, sebbene a mio credere suscettibile di una valutazione critica, riguarda, prevalentemente, il campo delle situazioni giuridiche patrimoniali e, meno, quello delle situazioni esistenziali, rispetto alle quali, all'esatto contrario, è possibile regi-

senso che la morte del *de cuius* si pone come fonte attrattiva di gran parte degli effetti della vicenda successoria²².

Sostanzialmente il diritto delle successioni si autorigenerava sempre preservandosi, cioè conservando nel tempo uno statuto normativo-ideologico che lo rendeva immune dai grandi mutamenti giuridici, pur risentendo anch'esso, seppur indirettamente, delle trasformazioni sociali in corso. A questo si accompagnava una lettura patrimonialistica del diritto successorio, con il negozio testamentario, in un'ottica di conservazione dei patrimoni familiari, proteso a realizzare essenzialmente un contenuto attributivo-patrimoniale²³.

Ovviamente l'aspetto socialmente rilevante del diritto, invadeva anche il campo delle successioni a causa di morte, ma sempre come effetto riflesso di una riforma o comunque di un intervento normativo sulla famiglia.

strare, anche a livello legislativo, un indirizzo inverso, complice anche la circostanza che la successione nelle ultime è avvertita, con considerevole intensità, soltanto in tempi più recenti e che al contratto è affidato, per antonomasia, il compito di regolare le situazioni giuridiche patrimoniali, mentre l'elaborazione del negozio tra vivi regolativo di situazioni esistenziali è conquista recente»; riflessione ulteriormente approfondita in V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., pp. 23, 146.

²² Sul rapporto tra morte della persona e vicenda successoria v. P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in P. RESCIGNO, M. IEVA (a cura di), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., p. 3. L'attuale diritto delle successioni è permeato, rispetto al passato, dall'esigenza di realizzare una sistemazione anticipata in vita delle vicende successorie, senza dover attendere necessariamente la morte del disponente per realizzare la pianificazione ereditaria. Si è gradatamente abbandonata l'idea, che ha sempre accompagnato lo studio sistematico di questa disciplina, secondo la quale l'atto di autonomia, per eccellenza, che ha la funzione di regolare la successione dei diritti di una persona per quando questa avrà cessato di vivere sia il testamento, tipico negozio a causa di morte. La tesi che vede nel testamento l'unico strumento a disposizione del privato per realizzare la finalità di disporre mortis causa del proprio patrimonio, ha contribuito a consolidare, nel tempo, l'idea di una tipicità giuridica di questo negozio nella trasmissione ereditaria, ma non ha potuto evitare che potessero emergere figure negoziali, e soprattutto contrattuali, in grado di realizzare una funzione di sistemazione patrimoniale transmorte. Questo ha determinato, sia nella prassi sia nella riflessione giuridica, una perdita di centralità del negozio testamentario, oltre alla valorizzazione di istitutivi alternativi (al testamento), specie di natura contrattuale, in chiave successoria, capaci di realizzare la stessa produzione di effetti. cfr. ampiamente A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in P. PERLINGIERI (diritto da), *Tratt. dir. civ. CNN*, Napoli, 2003, spec. p. 47; ID., *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 432; ma già ID., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983; ID., *Alternative testamentarie*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Trattato della successione e dei negozi successorii*, vol. II, Torino, 2012, p. 447; M. IEVA, *I fenomeni parasuccessori*, in P. RESCIGNO E M. IEVA (a cura di), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, cit., p. 59 ss.

²³ Questa prospettiva non più attuale, e definitivamente superata, viene criticata da V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., spec. p. 13; ID., *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 186, il quale afferma che ««successione a causa di morte» descrive il complesso delle vicende di rapporti giuridici, esistenziali e patrimoniali che, nella morte di un soggetto, trovano il loro fondamento causale, ossia che alla morte del soggetto si realizzano in via originaria, o ne traggono una loro autonoma qualificazione»; in linea con il pensiero di G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 s.; ID., *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 s.

Il libro secondo del codice civile, – soprattutto per la grande influenza culturale di giuristi di matrice cattolica, che ispiravano con la loro autorevolezza molte delle norme ancora oggi presenti nel codice civile²⁴ – risentiva di questa chiusura (nel senso di renderlo un micro-sistema impermeabile) e, sostanzialmente, diventava un *corpus* di norme fondamentalmente destinato a durare nel tempo fino al punto nel quale poi, invece, questo approccio è assolutamente venuto meno per i motivi che adesso saranno evidenziati e che giustificano questa riflessione²⁵.

2. Inizialmente, se potessimo individuare idealmente un punto di partenza della presente analisi, potremmo sostenere che il momento focale, che porterà il diritto delle successioni a caratterizzarsi nei suoi tratti identificativi fino alla evoluzione dei giorni nostri, è rappresentato dalla rivoluzione francese e dalla successiva codificazione napoleonica, in cui si afferma, in rottura rispetto alla tradizione giuridica precedente, un principio di uguaglianza per cui tutti i figli sono uguali davanti alla legge²⁶.

²⁴ Si pensi all'opera intellettuale di giuristi come Antonio Cicu, fautore di una concezione dell'istituto della famiglia, come struttura giuridica organica, a carattere pubblicistico. Ne deriva anche una costruzione dogmatica rigida, ma estremamente coerente, fondata sul principio della supremazia dell'interesse superiore su quello individuale, in cui però rimane ferma l'origine giusnaturalistica dell'istituto. Per il pensiero dell'autore v. Cfr. A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914; rist. Bologna, 2013, con Lettura di M. Sesta. Come sottolinea M. Sesta, *La famiglia tra funzioni sociali e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 567, «egli prende le mosse proprio dall'aforisma ciceroniano appena menzionato – che designa la famiglia quale cellula del corpo sociale, monade, nucleo irriducibile, unità organica, base, pietra angolare della società – per evidenziare il nesso tra società domestica e società politica, fra famiglia e Stato. Cicu sottolinea come la società familiare si differenzi dalle altre società di diritto privato che scaturiscono da un atto di autonomia privata. In esse, infatti, è garantita la libertà e l'autonomia di decidere del proprio interesse che, anche ove sia comune, resta sempre apprezzabile e tutelato nella dimensione individuale del privato. Diversamente, nella famiglia l'interesse di ciascun componente assume una valenza di interesse superiore, che trascende quello dei singoli individui, atteso che l'elemento su cui i rapporti familiari si fondano è quello del *dovere* e non quello del *diritto*. A differenza del contratto, il matrimonio si caratterizza per la sussistenza di un unico interesse superiore degli sposi che assorbe tutti gli altri interessi individuali siano essi contrapposti o comuni». Alla figura di Cicu e alla sua influenza sul diritto di famiglia sono dedicate le pagine di M. Sesta, *Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 805 ss.; ma già in passato autorevolmente F. MESSINEO, *L'opera di Antonio Cicu*, in A. CICU, *Scritti Minori*, I, Milano, 1965, p. IX ss.

²⁵ Una ricostruzione storica del libro delle successioni nel primo novecento si ritrova in G. CHIODI, *Una riforma originale nel solco della tradizione: il libro delle successioni e il testamento dagli autori ai primi interpreti*, in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, cit., p. 177.

²⁶ Cfr. l'attenta analisi di G. PANZA, *Il problema e la sua evoluzione legislativa*, in G. PANZA, F. PANZA, *Successioni in generale tra codice civile e Costituzione*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Tratt. dir. civ. CNN*, Napoli, 2004, p. 3 ss., 18 ss., nonché A. LISERRE, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, in RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, V, Torino, 1984, p. 7 ss.; Per una ricostruzione storica M.B. CAROSI, *L'autonomia del testatore e i suoi limiti nelle riforme dell'età napoleonica*, in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, cit., p. 192.

La codificazione e la tutela dei legittimari, nella materia successoria, rappresentano una dichiarazione di rottura verso gli istituti fortemente conservativi che avevano dominato la scena: pensiamo alla sostituzione fedecommissaria o a tutte quelle clausole successorie che tendevano a conservare il patrimonio familiare per poterlo poi attribuire soltanto ad un discendente²⁷.

Questo principio di unitarietà del patrimonio ereditario, che aveva accompagnato la tradizione giuridica medioevale, e che rispondeva all'esigenza fondamentale di non frammentare il patrimonio dei grandi proprietari latifondisti, sostanzialmente viene rigettata con il Codice Civile del 1804, e per la grande influenza che avrà il Codice Napoleonico, come sappiamo, anche sulla nostra tradizione giuridica, si afferma un principio di uguaglianza destinato ad avere una grande influenza nella materia successoria; codificando la legittima si afferma un criterio di indifferenza della materia successoria per gli aspetti soggettivi, quali la qualità dei beni, la condizione dei soggetti, la natura giuridica degli interessi coinvolti.

Insomma, le norme successorie sembrano, nella mentalità giuridica liberal-borghese, *resettare* la tradizione del passato, che era composta di privilegi, dacché a un certo punto il diritto successorio si afferma come una mannaia che contribuisce a realizzare nell'ordinamento giuridico del tempo i nuovi ideali per il tramite il principio di uguaglianza formale nella società civile, e si consolida, rispetto al passato, come un diritto capace di distribuire, in maniera equa, secondo parametri fissi, sostanzialmente solo interessi patrimoniali.

Non c'è ancora l'idea che anche gli interessi non patrimoniali possano essere oggetto di una vicenda successoria, nel senso che laddove presenti sono spesso delle clausole di stile.

Tendenzialmente, però, quello che pervade il diritto delle successioni all'indomani del codice napoleonico, è il fatto che, mentre prima il patrimonio ereditario – attraverso la vicenda successoria – si concentrava nelle mani di un solo soggetto, adesso invece c'è una distribuzione delle quote attraverso la legittima. Sappiamo, poi, quanto ha inciso la tradizione francese sui percorsi evolutivi della successione necessaria, che, nonostante le criticità che sono emerse nel corso del tempo, rimane ad oggi un istituto chiave del diritto successorio e identificativo del nostro libro secondo.

Si abbandona, quindi, progressivamente una concezione del diritto delle successioni come diritto della conservazione patrimoniale – a differenza del contratto che era l'istituto della circolazione giuridica per eccellenza – e, ovviamente, la vicenda *mortis causa* e il testamento concorrono, in maniera diversa rispetto al contratto, a realizzare una società, quella ottocentesca, che, a un certo punto, realizza nella codificazione un principio netto di uguaglianza per cui tutti i figli sono uguali, e legittimari davanti alla legge, in tendenza contraria rispetto a quell'autonomia privata che,

²⁷ Cfr. la ricostruzione di G. TUCCI, *La tutela del figlio disabile tra nuove "fiducie" e/o affidamenti fiduciari, trust e clausole testamentarie tradizionali*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 7.

invece servendosi della vicenda successoria, aveva tentato di consolidare il patrimonio ereditario nelle mani di un solo soggetto.

Questa dialettica pervade tutta la fase iniziale del moderno diritto delle successioni avviato dopo la codificazione francese, dove, sostanzialmente, come intuibile, c'è un conflitto tra l'autonomia testamentaria da una parte e i diritti dei legittimari dall'altra che, appunto, dovrebbero limitare l'autonomia testamentaria, evitando che questa sia illimitata, per affermare un principio di solidarietà familiare²⁸.

Le ideologie dei giuristi, la concezione etica e cattolica della famiglia, la tirannia di alcuni valori incideranno poi sull'affermazione di certe norme decretandone la fortuna, e sulla loro interpretazione addirittura trasformandole sul piano applicativo in principi generali; per esempio, fondando proprio sul solidarismo familiare, la successione necessaria e i diritti dei legittimari, a un dato momento storico, diventano quasi un principio di ordine pubblico che non è possibile derogare in alcun modo.

La norma diventa un principio, uno sbarramento, per cui l'autonomia privata testamentaria ha una grande campo di applicazione, ma non può limitare i diritti dei legittimari, e ovviamente la successione necessaria diventerà non soltanto, nella mente dei giuristi, uno dei tipi di successione o, comunque, un limite della successione testamentaria, ma condizionerà tutti i percorsi evolutivi della materia successoria, fino ai giorni nostri²⁹, specie sul piano interpretativo.

A questo si accompagna il peso di un altro vincolo, il divieto della delazione per contratto: il divieto dei patti successori³⁰, senza il quale il diritto delle successioni

²⁸ Da ultimo E. BILOTTI, *Fondamento costituzionale della tutela dei legittimari e prospettive di riforma*, in *Nuovo dir.*, 2019, p. 57 ss.

²⁹ La letteratura sulla successione necessaria è vastissima: in primo luogo v. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, 4^a ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2000; tra le tante opere dedicate ai legittimari si segnalano cfr. P. DE MARTINIS, *La legittima in danaro non ereditario*, Napoli, 2019; A. SEMPRINI, *La legittima per equivalente*, Napoli, 2019; F. MAGLIULO, *Intangibilità della legittima*, in G. IACCARINO (diretto da), *Successioni e donazioni*, Tomo II, 2017, p. 1334 ss.; E. DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Napoli, 2013; G. MARINARO, *Successione necessaria*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Tratt. dir. civ. CNN*, Napoli 2009; M. DOSSETTI, *Concetto e fondamento della successione necessaria*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. III, cit., p. 5 ss.; G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. notariato*, 2007, p. 812; M. IEVA, *La successione necessaria*, in *Dir. civ.* Lipari e Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. II, *Successioni, donazioni, beni*, tomo I, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, p. 51; F. PENE VIDARI, *La successione legittima e necessaria*, in vol. IV, *Le successioni*, *Tratt. dir. civ.* (diretto da) R. Sacco, Torino, 2009, p. 200 ss.; F. MAGLIULO, *La legittima quale attribuzione policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Riv. not.*, 2010, p. 533; ID., *I poteri del testatore nella composizione della legittima*, in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, cit., p. 82; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008; ID., *Abolizione della successione necessaria*, in *Riv. notariato*, 2007, p. 815; di recente per un quadro di sintesi delle tante problematiche ancora in discussione AA.VV., *La successione dei legittimari*, F. VOLPE (a cura di), Milano, 2017; C. CICERO, *Legittimari (tutele dei)*, in *Dig. civ.*, Agg., XI, Torino, 2018, p. 285 ss., ove è possibile rintracciare ulteriore bibliografia.

³⁰ sull'argomento si rinvia, fra i molti contributi in materia, in chiave critica a V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzione*, Napoli, 2015; ID., *I patti successori*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016. p. 273; ID., *Il divieto dei patti*

sarebbe profondamente cambiato, e sarebbe molto più vicino al diritto dei contratti, realizzano una pianificazione ereditaria, che si serve di una pluralità di modelli giuridici.

Il diritto delle successioni, quindi, si stratifica intorno a questo principio di uguaglianza, e la presenza della legittima diventa un peso ingombrante per il percorso evolutivo delle successioni a causa di morte, alla ricerca di una sua identità precisa e capace di emanciparsi dai valori del solidarismo familiare.

La solidarietà familiare, i valori della famiglia e della solidarietà familiare, diventano attrattivi del diritto delle successioni, tanto da condizionarne qualsiasi riforma.

Nella codificazione del 1942, ma direi per molti decenni, rimane ancora questa idea che il diritto delle successioni sia ancillare al diritto di famiglia, e soprattutto che la legittima non è semplicemente un istituto che limita l'autonomia testamentaria, ma diventa addirittura un *principio di ordine superiore*, in alcuni casi – pensiamo al 540 c.c., ai diritti del coniuge superstite – capace di creare anche dei *super legittimari*, che non trova corrispondenza in altri ordinamenti che disciplinano le legittime.

In questa traiettoria, che parte dalla tradizione francese e accompagna tutta la stagione del novecento, il diritto delle successioni cerca una sua identità, ma non la trova, anche perché non si tiene conto nella trama codicistica di aspetti che possono incidere in maniera rilevante sul piano della vicenda successoria, esaltando la pluralità degli interessi coinvolti, tipo le qualità soggettive dei beneficiari della disposizione testamentaria e, soprattutto, la natura dei beni coinvolti, specie se beni produttivi, fattori che evidentemente reclamano una diversa valutazione giuridica; non c'è spazio per un profilo evolutivo, perché non si tiene conto di queste distinzioni che si riflettono sul piano della tutela.

successori, ossia il divieto di negoziare la delazione, in Liber amicorum per Bruno Troisi, vol. I, Napoli, 2017, p. 65; D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012; ID., *L'atto di disposizione della successione futura tra effetto e funzione*, in G. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, vol. II, cit., p. 913; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in P. RESCIGNO, M. IEVA (a cura di), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., p. 25; ID., *I patti successori nel pensiero di Emilio Betti. Nota a margine della concezione bettiana della causa*, in G. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), op. ult. cit., cit., p. 931; L. BALESTRA-M. MARTINO, *I patti successori*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, Milano, 2009, p. 63; M. IEVA, *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Padova, 2007, p. 297; R. CALVO, *I patti successori*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, I, Napoli, 2008, p. 13; ma già M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli 1976, p. 1 ss.; P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita notarile*, 1993, p. 1218; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1209; M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. notariato*, 1997, p. 1371; C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in V. ROPPO (a cura di), *Interferenze*, vol. VI, in V. ROPPO (a cura di), *Tratt. del contratto*, Milano, 2006, p. 429.

Non c'è una adeguata e ragionevole valorizzazione dei diversi interessi coinvolti, non c'è un'idea che il diritto delle successioni possa essere capace di affermarsi come segmento del diritto civile con una sua autentica caratterizzazione, e non essere sempre eteroindotto dalla solidarietà familiare; quasi che il libro secondo dovesse rimanere eterno nella sua trama normativa, insensibile alle trasformazioni sociali, e impermeabile ai nuovi modelli giuridici concorrenti.

Il diritto dei contratti e il diritto delle obbligazioni, e, soprattutto, il diritto di famiglia vedono l'intervento continuo del legislatore, in un continuo processo di adattamento del fenomeno giuridico al costruito sociale; le successioni non registrano – salvo sporadici interventi – la stessa attenzione del legislatore.

3. Il legislatore, storicamente, non ha mostrato lo stesso interesse per la materia successoria, per cui non si registra una riforma organica del diritto delle successioni allo stato attuale, salvo sporadici interventi.

In senso inverso la dottrina più sensibile, che ha sollecitato una riflessione tesa a valorizzare una lettura degli istituti successori emancipata dal solidarismo familiare e proiettata ad esaltare il momento dell'autonomia negoziale³¹, il peso della pianificazione ereditaria³².

Ad oggi, incomincia, in mancanza di una riforma organica del diritto delle successioni, soprattutto nella mente dei privati e degli operatori professionali – i quali poi sono i veri protagonisti dell'autonomia privata e forgiando nuove figure giuridiche, nuovi modelli contrattuali – ad affermarsi l'idea che il diritto delle successioni debba invece avere in sé una capacità *autorigenerativa*, senza dover per forza attendere l'intervento del legislatore³³.

Incomincia a farsi strada la convinzione, innanzitutto, di una negoziabilità del diritto successorio, di una diversa valutazione dell'imperatività delle norme del diritto successorio; nel frattempo i valori dell'ordinamento – complessivamente considerati – sono cambiati e la solidarietà familiare è sempre più sfumata, mentre è aumentata nel frattempo la capacità di negoziare gli interessi non patrimoniali.

³¹ C. ROMANO, *Profili evolutivi dell'autonomia testamentaria*, in F. VOLPE (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, Napoli, 2015, p. 15 ss.

³² Sull'importanza del principio di solidarietà per una rilettura del diritto delle successioni, V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345 ss. Nel saggio l'A. vuole dimostrare che la tradizionale lettura del diritto delle successioni, come sistema votato all'esclusiva e necessaria realizzazione dell'interesse familiare non è coerente rispetto alla tavola dei valori normativi del nostro sistema ordinamentale. Se ne impone una nuova lettura, avendo riguardo all'esigenza di contemperare, di bilanciare l'interesse familiare, protetto anche dalla disciplina sulla successione necessaria, con la libertà della persona di autodeterminarsi, realizzato dalla libertà di disporre e, più esattamente, dall'atto di ultima volontà; discorso ripreso in V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 181.

³³ M. PALAZZO, *L'autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria*, cit., p. 524.

Il diritto successorio, quindi, per evitare di paralizzarsi (nel senso che possa realizzare nel momento attuale una funzione sociale³⁴) incomincia a creare figure modelli contrattuali, innanzitutto nella prassi, capaci di esprimere una negoziabilità, capaci di tutelare anche interessi non patrimoniali, per evitare poi che non possa essere in grado di reggere l'urto delle trasformazioni sociali.

Nella prassi incomincia a maturarsi l'idea che quel principio di uguaglianza assoluto che avevamo detto permeare la nascita del diritto successorio codificato non possa reggere l'urto di una società nuova, globalizzata, dove c'è una varietà di interessi per i quali non puoi trattare situazioni diverse in maniera standardizzata.

Incomincia a maturare la convinzione che il diritto delle successioni possa essere, invece, una settore rilevante dell'ordinamento per valorizzare, da una parte, i beni dell'impresa – per cui la qualità dei beni a un certo punto diviene strumento per cambiare sensibilmente una parte importante del diritto delle successioni e avviare ad i molteplici problemi legati alla trasmissione ereditaria dell'impresa³⁵ – e dall'altra parte, la qualità dei soggetti coinvolti nella vicenda successoria, e in grado di incidere sulla dinamica istituti successori³⁶.

Queste due variabili – qualità dei beni e qualità dei soggetti – determinano un profondo cambiamento innanzitutto nella prassi successoria, perché inizia ad affermarsi una negoziabilità di impresa – con causa anticipatoria della successione per evitare che si affidi poi la pianificazione ereditaria dei beni produttivi soltanto al testamento – e, inoltre, incomincia a perdersi quella centralità rappresentata dalla morte del *de cuius*, che diventa uno dei tanti momenti della vicenda successoria, non *il* momento decisivo; inoltre, si afferma l'idea che la qualità dei soggetti, la loro marcata fragilità, possa diventare uno strumento per rivoluzionare sensibilmente il diritto delle successioni.

Il testamento diventa uno strumento anche per difendere soggetti particolarmente deboli, bisognosi di protezione (pensiamo al testamento del figlio disabile), dove

³⁴ Per una rilettura, in questa prospettiva, della materia successoria, che sappia rintracciare una funzione sociale v. P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 135 (ora in *Studi in memoria di Giuseppe Panza* a cura di G. Tatarano e R. Perchinunno, Napoli, 2010, p. 591); ID., *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Padova, 2007, p. 317; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 146 (anche in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, C.A. GRAZIANI (a cura di), Napoli, 2007, p. 1159 ss.).

³⁵ A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 391; tra i tanti profili di discussione merita di essere considerato il problema della determinazione del valore dell'impresa ai fini del calcolo delle quote di legittima e della collazione ereditaria; V. la riflessione di M. NOTARI, *La trasmissione ereditaria di impresa*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 479; sui problemi connessi alla collazione d'azienda in particolare v. G. PERLINGIERI, *La collazione per imputazione e il criterio di stima «al tempo dell'aperta successione». La collazione d'azienda*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 85; nonché il contributo monografico recente di I. MARTONE, *Collazione e attività d'impresa*, Napoli, 2019.

³⁶ A. FUSARO, *Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 33.

si afferma una negoziabilità di protezione, capace di dare nuova linfa applicativa al testamento, che non è il negozio destinato solo a regolare rapporti patrimoniali, i cui effetti saranno poi successivi alla morte del *de cuius*.

A un certo punto, iniziano a valorizzarsi interessi non patrimoniali o, nella migliore delle ipotesi, gli interessi patrimoniali sono destinati in funzione della realizzazione di interessi non patrimoniali³⁷. Un esempio per tutti: il testamento a favore del figlio disabile³⁸, che può assumere la forma del *trust* testamentario³⁹, dove abbiamo una vicenda successoria che si serve dell'atto a causa di morte per eccellenza, ma che nei contenuti è permeato da interessi ulteriori rispetto al semplice passaggio generazionale, cioè quello di creare una vicenda gestoria in cui si realizza la tutela di interesse preminente non patrimoniale – la salute del figlio disabile – ma è presente anche la tutela del patrimonio in funzione della tutela della salute.

In questa figura, i genitori si pongono il problema del dopo di noi, di dover cioè tutelare, salvaguardare, un patrimonio che diventi funzionale alla tutela della salute del figlio disabile; cioè di realizzare una vicenda successoria che non abbia il patrimonio sempre al centro dell'interesse ma che vede, alcune volte, il patrimonio funzionale alla tutela di interessi esistenziali.

Questi due caratteri, qualità dei beni e qualità dei soggetti, iniziano a fermentare nella prassi, creando un diritto delle successioni più sensibile alle istanze sociali, capace di rispondere realmente ai problemi che pone la prassi.

Da una parte, l'esigenza che l'impresa conservi la sua utilità e non subisca, in termini di frammentarietà, la vicenda successoria, e quindi il non dover aspettare per forza la morte del *de cuius* ma decidere prima, se mai con il consenso di tutti i legittimari, quale sarà la sorte dei beni per evitare che ci sia il rischio di quella frammentazione e l'estinzione dei beni produttivi⁴⁰; d'altra parte, si registra una decisa

³⁷ Per tutti V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 186, «Il processo di revisione del concetto di successione è, inevitabilmente, correlato ad almeno due fondamentali circostanze: per un verso, il significativo mutamento delle fonti, con il conseguente cambiamento delle scelte assiologiche portanti del nostro ordinamento e il noto fenomeno di c.d. de-patrimonializzazione del diritto civile; per altro verso, la straordinaria rilevanza che le situazioni giuridiche esistenziali hanno conquistato nel nostro ordinamento giuridico, in uno con importati innovazioni tecniche, tecnologiche e biomediche. Senza dimenticare l'importanza che, a mano a mano, ha assunto nel nostro vivere il patrimonio digitale della persona e l'esigenza del trattamento dei dati personali». C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss.; P. PERLINGIERI, «*Depatrimonializzazione» e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

³⁸ di G. TUCCI, *La tutela del figlio disabile tra nuove «fiducie» e/o affidamenti fiduciari, trust e clausole testamentarie tradizionali*, cit., p. 7.

³⁹ G. PORCELLI, *Il trust a fini successori (Contributo allo studio del trust «interno»)*, in *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, 2010, p. 783.

⁴⁰ Già prima dell'entrata in vigore del patto di famiglia la dottrina aveva sollevato il problema del trasferimento dei beni produttivi senza dover attendere la morte del *de cuius*: Cfr. A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia (linea per la riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 255; E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. notariato*, 2001, p. 625; M. LEVA, *Il trasfe-*

valorizzazione degli interessi esistenziali, in linea con quel diritto della fragilità che oggi viene rivendicato specie a livello negoziale⁴¹, e che non è solo tipico della materia civilistica, ma è di tutto l'ordinamento nel suo complesso, ed è l'aspetto nuovo del diritto dei privati, per cui l'autonomia negoziale diventa lo strumento per tutelare la fragilità di componenti della comunità familiare⁴².

Inevitabile conseguenza è che la centralità della morte del *de cuius* perde quella rilevanza che aveva in passato. Il momento della vicenda successoria non rimane più il momento morte del *de cuius*, ma assistiamo a diversi momenti della vicenda successoria.

Abbiamo il momento di apertura della successione, ma, soprattutto, abbiamo un processo di attualizzazione degli interessi che viene in risalto prima della morte del *de cuius*⁴³, cioè viene realizza la negoziabilità di questi interessi, che può condurre anche alla loro eventuale rinunciabilità.

A un certo punto – ancor prima nella prassi, ma nel nostro ordinamento con l'istituto del patto di famiglia – si va a cancellare definitivamente l'idea che la vicenda successoria sia sempre soltanto legata alla morte del *de cuius*⁴⁴.

rimiento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori, *ivi*, 1997, p. 1371; C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 74; sul problema delle disposizioni in forma indiretta, ai fini dell'applicabilità della disciplina successoria, cfr. lo studio di F. PARENTE, *Le disposizioni in «forma indiretta» connesse alla morte*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 107 ss.; si veda, anche, A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 1102 ss.

⁴¹ F. MIGLIAZZO, *La questione del “dopo di noi” e il diritto a favore della fragilità*, in *Studium iuris*, 2017, p. 1299; con riferimento alle persone vulnerabili v. A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019; A. SPATUZZI, *Le ultime volontà del testamento anziano e vulnerabile*, in *Corriere giur.*, 2020, p. 209.

⁴² Si pensi alla l.112 del 22.6.2016 sul “Dopo di noi”, recante “*disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*”. Tale legge, in vigore dal 25 giugno 2016, si dichiara “volta a favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità”, nonché ad agevolare da un punto di vista fiscale la stipula di *trusts*, atti di destinazione e contratti di affidamento fiduciario (nonché l'apporto di beni in detti negozi da parte di soggetti diversi dal disponente) per proteggere il “superiore interesse delle persone con disabilità grave, non determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità, prive di sostegno familiare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire l'adeguato sostegno genitoriale, nonché in vista del venir meno del sostegno familiare, attraverso la progressiva presa in carico della persona interessata già durante l'esistenza in vita dei genitori” ed evitarne anche “l'istituzionalizzazione”: cfr. M. TATARANO, *La c.d. legge «Dopo di noi»: profili giusprivatistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1465; M. SORBILLI, *La c.d. legge “sul dopo di noi”: una nuova tutela delle fragilità sociali*, in *www.teoriaestoriadeldirittoprivato*, 2020, spec. p. 6.

⁴³ I legittimari sono spesso portatori di interessi rilevanti già prima della morte del disponente e dell'apertura della successione: F. VOLPE, *Una riflessione conclusiva: attualità degli interessi e tempo nella tutela dei legittimari*, in *Id.* (a cura di), *La successione dei legittimari*, cit., p. 359;

⁴⁴ La portata innovativa del patto di famiglia (su cui sia consentito rinviare a F. VOLPE, *Patto di famiglia*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*) consiste, in termini generali, nella creazione di uno speciale regime successorio finalizzato ad agevolare la trasmissione familiare dei beni «produttivi», in conside-

Si pensa alla pianificazione ereditaria, alla libertà di disporre, alla libertà di pianificare con il tempo gli effetti di una successione, cercando di realizzare gli interessi più diversi: evitare la frammentazione dell'impresa o servirsi di strumenti alternativi al testamento, ma in grado di realizzare la pianificazione ereditaria nella sesta maniera⁴⁵. Pensiamo al contratto a favore di terzi che può avere lo stesso una funzione successoria e rappresentare uno schema generale di alternativa testamentaria⁴⁶, o pensiamo alla distinzione tra contratti a causa di morte e contratti *post mortem*⁴⁷, cioè la morte non incide più sul profilo causale del contratto, ma diviene effetto e, quindi, si consente a questi contratti di non cadere nel divieto dei patti successori.

Si comincia a pensare alla vicenda successoria non più, unicamente, come una vicenda *post mortem*, ma si pensa ad una pianificazione ereditaria fatta invece attraverso atti *inter vivos* per sfuggire da quella concezione che vuole il diritto delle suc-

razione delle ragioni di utilità sociale che si connettono alla conservazione ed alla tutela della efficienza e funzionalità del bene «impresa»: l'istituto ha lo scopo di fornire all'imprenditore uno strumento giuridico adeguato per programmare per tempo non solo il passaggio generazionale, ma soprattutto la funzionalità futura delle aziende, con l'intento di evitare che le caratteristiche proprie di una donazione (ad esempio l'assoggettabilità del medesimo alla collazione ed eventualmente all'azione di riduzione) costituiscano, di fatto, un impedimento al trasferimento della ricchezza e, nel contempo, un pregiudizio per la continuità dell'impresa e per le ragioni dell'economia. Si consente, in altri termini, all'imprenditore di pianificare il passaggio generazionale della propria azienda, stipulando un accordo con il quale l'azienda o le partecipazioni sociali vengono attribuite ad uno o ad alcuni dei suoi familiari; i beneficiari sono obbligati ad una compensazione patrimoniale in favore dei familiari esclusi e, infine, si realizza un assetto destinato ad essere stabile e a non potere essere intaccato dall'esercizio dei diritti e delle azioni connesse ai diritti dei legittimari. Il legislatore, dunque, ha introdotto una normativa che permette una sorta di anticipata successione a titolo particolare, avente ad oggetto esclusivamente l'azienda o le partecipazioni sociali, regolata da un contratto che vede coinvolti tutti coloro che sarebbero legittimari ove si aprisse in quel momento la successione, al fine della regolazione dei rispettivi interessi successori. Di recente si segnalano i lavori di G.A.M. TRIMARCHI, *Il patto di famiglia*, in G. IACCARINO (diretto da), *Successioni e donazioni*, cit., p. 1938 ss.; M. TATARANO, *Il patto di famiglia tra fattispecie e fiducia*, Napoli, 2018; A. SEMPRINI, *L'equiparazione tra legittimari pretermessi e legittimari sopravvenuti nel patto di famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 469.

⁴⁵ V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 184.

⁴⁶ Sui contratti *post mortem* v. V. PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001; ID., *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 789 ss.; ID., *I contratti post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 768 ss.; ID., *Mandato post mortem e divieto di patti successori*, in *Obbl. e contratti*, 2012, p. 738; ID., *Il mandato post mortem*, in R. CALVO, A. CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (diretto da), *Tratt. dei contratti*, Torino, 2012, p. 378 ss.; ID., *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 137 ss.; ID., *Disposizioni mortis causa a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 787; sul mandato *post mortem* v. di recente V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 199, ed ivi bibliografia richiamata; ID., *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., p. 122.

⁴⁷ su cui ampiamente A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, cit., p. 8;

cessioni, spesso e volentieri, un segmento difficilmente permeabile ai cambiamenti giuridici⁴⁸.

Si sposta prima nel tempo la vicenda successoria per dare al diritto delle successioni quella capacità che non era in grado di esprimere solo attraverso il negozio testamentario.

4. Il passaggio da un sistema successorio unico, insensibile alle caratteristiche dei beni, alla qualità produttiva o no dei beni medesimi, alla qualità dei soggetti (basti pensare per esempio al tema, assai dibattuto, di garantire una successione adeguata al figlio disabile) – in cui si afferma come cogente il principio della unitarietà della successione – ad un sistema successorio più complesso ed articolato, in cui la adeguata valorizzazione degli interessi coinvolti realizza la funzione sociale degli acquisti *mortis causa*, segna la traccia nuova in cui si deve anche muovere un diverso rapporto tra contratto e successioni.

Il contratto diventa protagonista della vicenda successoria esattamente come lo è il testamento.

Il diritto successorio si sgancia finalmente da quella che era l'identità iniziale, per cui la morte diventa realizzativa sul piano degli effetti, e che vede poi il divieto dei patti successori invalidare tutti i contratti a causa di morte, capace di permeare tutto il diritto delle successioni dal punto di vista della delazione contrattuale, per cui tutto veniva rinviato alla morte del *de cuius*.

A un certo punto, succede che si anticipa il momento di rilevanza degli effetti della vicenda successoria, con notevoli conseguenze sull'impianto categoriale.

Il diritto delle successioni si serve del tipo contrattuale per rimettere in discussione il suo antico apparato concettuale e normativo.

La successione non si realizza attraverso solo il testamento, ma si compie attraverso altri istituti, che possono essere funzionali alla vicenda successoria, tanto da poter parlare anche di successione anticipata⁴⁹.

Il discorso dei beni produttivi, dell'azienda e delle partecipazioni societarie, ovviamente, è estremamente indicativo nel contesto di una riflessione più ampia che voglia cogliere l'aspetto evolutivo, nel senso che la presenza del patto di famiglia segna un momento fondamentale per la riflessione giuridica nel nostro ordinamento successorio, perché per quanto riguarda i beni aziendali, cioè i beni produttivi, abbiamo un diritto delle successioni che si è contrattualizzato, che si è emancipato

⁴⁸ nella rappresentazione di A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 95, ritroviamo, al contrario, un diritto successorio molto sensibile ai mutamenti di ordine sociale, economico e tecnologico.

⁴⁹ Di figura fondata sulla categoria della successione «anticipata» parlano, in particolare, G. AMADIO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa. I Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006, p. 73; ed A. ZOPPINI, *L'emersione della categoria della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, ivi, p. 274 ss.; F. VOLPE, *Patto di famiglia*, cit., p. 91.

da antiche concezioni. Abbiamo una contrattualizzazione della vicenda successoria che deroga sensibilmente alla capacità attrattiva del divieto dei patti successori.

Il patto di famiglia diventa la risposta moderna al divieto della delazione contrattuale e, soprattutto – nonostante le criticità dell'istituto testimoniate dal copioso denunciate dal copioso dibattito dottrinale⁵⁰, e che ha portato la dottrina a rivendere la natura procedimentale per consentirne una più efficace applicazione⁵¹ – l'importanza dell'istituto rimane per ciò che concerne il processo di emancipazione degli istituti successori dai valori familiari, i quali avevano monopolizzato la scena, ed avevano condotto verso una chiusura della riflessione giuridica.

La sua presenza ha portato di nuovo gli interpreti a porsi, in chiave critica, il problema del rapporto tra contratto e successioni⁵².

È questo credo il vero tratto caratterizzante del patto di famiglia, non tanto la circostanza che gli istituti – come spesso accade per gli istituti di nuovo conio – non trovino un immediato consenso in sede di applicazione pratica, se non quando penetrano nel nostro ordinamento in maniera permanente, ma perché ha definitivamente emancipato la vicenda successoria dal momento della morte del *de cuius*.

Per cui, noi assistiamo a una pluralità di momenti della vicenda successoria e, soprattutto, assistiamo di riflesso ad una attualizzazione degli interessi dei legittimari, i quali non è vero che sono portatori di interessi solo alla morte del *de cuius*, perché, questa contrattualizzazione della materia successoria trasforma radicalmente anche il diritto dei legittimari che si permea di questa negoziabilità, perché l'assetto di interessi che rivendica anche una tutela conservativa, a un certo punto, retrocede al momento della stipulazione del patto stesso.

A un certo punto nella riflessione giuridica, si inizia a porsi un quesito che segna il cambio di metodo: se lo statuto normativo dei diritti dei legittimari viene in essere solo al momento della morte del *de cuius*, perché prima di allora non sarebbe

⁵⁰ Un'efficace sintesi di tutte le problematiche legati all'applicazione del patto di famiglia si ritrovano ora in A. BUSANI, *Il patto di famiglia*, Padova, 2019.

⁵¹ In G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, cit., p. 166, a differenza di altri autori, l'istituto è ricostruito in chiave procedimentale: il patto di famiglia come atto a struttura variabile in considerazione del profilo funzionale e della varietà degli interessi coinvolti.

⁵² La dottrina da tempo sollecita una riflessione critica di quell'orientamento che vede nel contratto e nel testamento dei microsistemi non comunicanti: per tutti, G. PERLINGIERI, *Invaldità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 119 ss.; per A. M. BENEDETTI e S. PAGLIANTINI, *Le stagioni dell'invaldità testamentaria: lo scenario in atto*, in A. M. BENEDETTI, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Profili sull'invaldità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, Napoli, 2013, p. X: "regole del contratto che trascorrono in materia testamentaria ma anche principi o frantumi di norme che percorrono il cammino in senso inverso"; nella stessa direzione V. BARBA, *La condizione testamentaria meramente potestativa*, in F. VOLPE (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, cit., p. 89, il quale richiama il monito di M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 65 sulla applicazione della maggior parte delle norme collocate nel capo dedicato alla materia contrattuale anche alla materia testamentaria.

opportuno parlare di diritto alla legittima, oppure se esiste già un processo che conduca alla valorizzazione di queste posizioni prima dell'apertura della successione.

Il problema che si è posto in dottrina della eventuale rinunciabilità dell'azione di restituzione⁵³ oppure dell'azione di simulazione proposta dal legittimario prima della morte del *de cuius*⁵⁴, non sono altro che corollari di un diverso modo di pensare il fenomeno successorio.

Non bisogna aspettare la morte del *de cuius* per porsi il problema dell'eventuale legittimazione a far valere degli interessi meritevoli di tutela, che possono poi anche diventare diritti, ma il problema si pone prima, si realizza nel momento in cui questo piano di interessi si va a prospettare, fino a non dover aspettare poi la morte del *de cuius*, perché questo evento potrebbe arrivare molto dopo proietta nel tempo, quando già le situazioni giuridiche sono compromesse.

Nel caso della circolazione dei beni di provenienza donativa si potrebbe determinare già ancor prima della morte del disponente una consolidazione dei beni di provenienza donativa, mortificando e vanificando per sempre la tutela dei legittimari⁵⁵.

⁵³ In ordine alle altre azioni spettanti ai legittimari, diversamente dall'azione di riduzione – sulla cui configurabilità in termini di patto successorio rinunziativo non sembrano esservi dubbi, giusto il divieto esplicito di cui all'art. 557, 2° comma – la rinunciabilità dell'azione di restituzione, come eccezione al divieto dei patti successori, sembrerebbe trovare un terreno più favorevole sul piano argomentativo, come dimostrato da recenti arresti giurisprudenziali (Trib. Torino, III Sez. civ., dec. n. 2298 del 26 settembre 2014) in *Notariato*, 2015, p. 194, con commento di G. IACCARINO, *La rinuncia anticipata all'azione di restituzione*; in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 216, con commento di M. TATARANO, *Il cielo sopra Torino. A proposito di rinuncia anticipata all'azione di restituzione*, che ne mettono in discussione la nullità e da una riflessione giuridica, più ponderata, che tiene conto della evoluzione, nel frattempo maturata, nel diritto delle successioni. La previsione legislativa di una rinuncia all'opposizione, così consentendo che, dopo venti anni, dalla trascrizione della donazione stessa, quest'ultima possa dirsi consolidata, trascina con sé, inevitabilmente, pur nel silenzio sul punto del legislatore, il problema della legittimità della rinuncia all'azione di restituzione. La dottrina, specie quella notarile, auspicando una maggiore commerciabilità dei beni donati, spinge verso la piena legittimità di questa azione. Infatti, la possibilità per i legittimari di compiere legittimamente tale rinuncia prima che sia spirato il termine ventennale di cui all'art. 563, prima della morte del donante, stabilizzerebbe le provenienze donative, in linea con il principio ispiratore che ha animato il legislatore. In dottrina fra i tanti v. G. D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente del bene di provenienza donativa*, in *Riv. notariato*, 2011, p. 1293.

⁵⁴ Si pensi a quanto sia emblematica la questione della legittimazione a far valere l'azione di simulazione da parte dei riservatari prima della morte del disponente: A. MUSTO, *Simulazione presuccessoria e tutela dei legittimari*, Napoli, 2017; V. VERDICCHIO, *Donazione dissimulata e tutela anticipata della legittima*, in F. VOLPE (a cura di), *La successione dei legittimari*, cit., p. 359; ID., *Donazione dissimulata e immediata legittimazione dei riservatari in pectore all'accertamento della simulazione*, in P. POLLICE (a cura di), *Liber amicorum per Biagio Grasso*, Napoli, 2015, p. 620 ss.; ID., *Donazione dissimulata e attualità dei «diritti» del legittimario in pectore*, nota a Trib. Cagliari, 21 maggio 2015 [ma, *recte*, 2014], in *Dir. succ. fam.*, 2016, 757 ss.;

⁵⁵ Così la circolazione dei beni di provenienza donativa, attraverso atti posti in essere liberamente in vita dal disponente, rappresenta uno dei profili più problematici del diritto successorio odierno, non solo per la verifica concreta di quali diritti spettano ai legittimari sugli immobili donati dal *de cuius* – al netto della riforma prevista negli articoli 561 e 563 c.c. – ma anche per la capacità che ha il nostro ordinamento di rendere attuali e quindi tutelabili interessi già concretizzati prima della morte del disponente; sul tema

Quindi, a un certo punto, si pone un assetto di interessi nuovo che porta a ripensare il diritto delle successioni, e a sostenere che non è solo un diritto della conservazione patrimoniale, ma diventa diritto della pianificazione ereditaria.

Diventa un diritto della pianificazione ereditaria di impresa o diventa un diritto che vuole tutelare, attraverso lo strumento ereditario, gli interessi non patrimoniali, cioè quel diritto della fragilità affermato prima, spostando nel tempo, al momento del contratto, gli effetti che normalmente dovrebbero prodursi ad un momento successivo.

Il contratto e le successioni, che apparivano segmenti distanti, iniziano a dialogare molto più di quanto fosse accaduto in passato.

Ne consegue che abbiamo un contratto che realizza una vicenda successoria ma, di converso, si può avere anche un testamento che da vita ad una vicenda contrattuale, si pensi al legato di contratto⁵⁶ o ad un legato atipico che realizza effetti obbligatori⁵⁷, o dove ci possono essere disposizioni testamentarie affittive⁵⁸, vincolative per i rapporti degli eredi.

Il contratto diviene fonte della vicenda successoria, e il testamento diviene atto di impulso di rapporti contrattuali, in un circolo virtuoso che vede il libro secondo aprirsi alla attualità dei problemi giuridici, molto più del passato.

La incomunicabilità che esisteva prima, oggi viene definitivamente abbandonata, perché si impone una comunicabilità giuridica, con rilevanti riflessi sul piano interpretativo.

Questo diverso modo di pensare il rapporto tra il contratto e le successioni, ovviamente, non può che esser suscitatore di un cambio di metodo nella analisi della materia successoria.

Il diritto delle successioni ritrova l'identità che aveva smarrito nel tempo. Non è più settore ancillare al diritto di famiglia, ma diventa un diritto protagonista della sua identità non solo categoriale, ma anche funzionale.

ampiamente dibattuto dei beni di provenienza donativa cfr. V. VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Napoli, 2012; con specifico riferimento alla stabilizzazione degli acquisti di recente cfr. V. BARBA, *Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell'acquisto da parte di terzi*, in *Riv. giur. mol.*, 2018, p. 51.

⁵⁶ In ordine alla possibilità che il negozio testamentario possa essere veicolo ed affermazione di contenuti contrattuali leciti attraverso la capacità del testatore di imporre comportamenti contrattuali (per tutti il legato di contratto) cfr. F. VOLPE, *Le disposizioni testamentarie di contenuto contrattuale*, in ID. (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, cit., p. 131 ss.

⁵⁷ In dottrina si è escluso che al legato possa trovare applicazione la norma di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., ma, più drasticamente, che si possa concretamente discorrere di legati atipici: G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, p. 1 ss. Successivamente, ID., *I legati. Artt. 649-673*, in *Comm. Schlesinger*, 2a ed. Milano, 2006, p. 116 ss.; ID., *Testamento*, in *Dig. civ.*, XVII, Torino, 1999, p. 338 ss.

⁵⁸ R. LENZI, *Disposizioni affittive*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 293; L. NONNE, *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, Napoli, 2018.

Non che manchi il dialogo con la famiglia e i valori della famiglia, ma il diritto delle successioni, ritrovando quella negoziabilità che aveva smarrito, e che spesso e volentieri è una negoziabilità di protezione, recupera quella sua identità che lo aveva trasformato purtroppo in un sistema sensibile al solidarismo familiare.

Emergono, quindi, nuovi valori e nuovi assetti di interessi, quali la valorizzazione del consenso dei legittimari da una parte – si pensi al patto di famiglia in cui è richiesto il consenso dei legittimari – e la produzione di un immediato effetto traslativo dall'altra, in grado di determinare il trasferimento dell'impresa senza dover aspettare la vicenda *mortis causa*.

Se da una parte, per mano del legislatore, il patto di famiglia dovrebbe rappresentare la testimonianza più viva di come il contratto possa essere uno strumento di pianificazione ereditaria, alternativa al testamento, spostando quindi la disciplina degli effetti al momento del contratto, dall'altra parte la prassi, a un certo punto, conia delle nuove figure, dove c'è una perdita dell'effetto traslativo, ed ad una valorizzazione dell'effetto gestorio⁵⁹ e segregativo⁶⁰.

Precisamente, il patto di famiglia – quello che prima realizzava altro istituto (il testamento e la divisione del testatore) – vede l'effetto traslativo come momento rilevante (Tizio, disponente, trasferisce subito, con consenso dei legittimari, l'impresa familiare anticipando la vicenda) – nel frattempo, invece, la prassi negoziale, sia per tramite di atti *inter vivos* sia di atti *mortis causa*, in maniera virtuosa, comincia a forgiare figure negoziali dove non c'è effetto traslativo, ma c'è l'effetto gestorio, un programma da attuare, c'è una segregazione dei patrimoni.

Il patto di famiglia rappresenta l'ultimo modello nell'ottica delle liberalità non donative in cui si produce un immediato effetto traslativo in funzione successoria (anticipata); dall'altra parte si possono realizzare gli stessi profili funzionali anche con negozi che invece non hanno un immediato effetto traslativo, ma hanno un effetto segregativo, e quindi si realizza una causa di destinazione, oppure si realizza un negozio gestorio con un programma da attuare, si pensi al *trust*, in cui viene segregato un patrimonio dal *settlor* al *trustee* in chiave di protezione di determinati interessi, fino a concepire una *causa fiduciae*, si pensi ai contratti di affidamento fiduciario. In tutte queste ipotesi si arriva a svuotare l'effetto traslativo, che aveva caratterizzato invece le liberalità.

⁵⁹ R. CALVO, *Fiducia, situazioni gestorie e opponibilità. Contributo allo studio della proprietà destinata*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 43.

⁶⁰ Sui vincoli di destinazione la letteratura è vasta: fra i tanti G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 525 ss.; A. FEDERICO, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 563 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Il Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.; V. CORRIERO, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli, 2015; R. CALVO, *Vincoli di destinazione*, Bologna-Roma, 2012; di recente A. MORACE PINELLI, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, continuato da F. Galgano, diretto da G. De Nova, Bologna-Roma, 1997, sub art. 2645-ter.

La pianificazione successoria⁶¹, in alternativa alla possibilità di un atto di destinazione testamentario⁶², si realizza con negozi *post mortem* in cui si realizza l'effetto destinatorio voluto dal disponente⁶³.

Il piano degli interessi che si va concretamente a realizzare però è lo stesso, pur servendosi di strutture diverse⁶⁴.

Il profilo funzionale conduce alla valorizzazione degli interessi senza dover aspettare la vicenda, la morte del *de cuius*, come ultimo avamposto per la produzione degli effetti.

A un certo punto, si assiste ad una trasformazione, ad una rigenerazione del diritto delle successioni, attraverso una serie di modelli negoziali i quali vogliono realizzare qualcosa che, invece, non esisteva nel codice civile del '42: creare una pluralità di figure negoziali che siano destinate a realizzare e a valorizzare interessi diversi come il trasferimento del bene, la valorizzazione del bene impresa, la protezione del figlio disabile, la tutela di interessi non patrimoniali, ecc.

Succede che l'attenzione si anticipa ad un tempo precedente, perché non si discute più soltanto degli effetti al momento di apertura della successione, ma si parla

⁶¹ Su cui l'ampia riflessione di A.A. CARRABBA, *Pianificazione successoria, disposizioni testamentarie e destinazioni*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 433.

⁶² Su cui ora in dottrina A.A. CARRABBA, *Disposizioni testamentarie e destinazioni*, Napoli, 2020; ID., *Testamento e destinazione patrimoniale*, in F. VOLPE (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, cit., p. 199; S.T. BARBARO, *La costituzione testamentaria di patrimoni separati*, Napoli, 2017; ID., *Vincoli di destinazione e contenuto del testamento. Nel pensiero di Emilio Betti*, in G. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, vol. II, cit., p. 961; G. AMADIO, *Sui «vincoli di destinazione testamentaria» (in margine alla monografia di Sonia Tullia Barbaro)*, *ivi*, p. 977; la giurisprudenza di merito ha disatteso le indicazioni della dottrina circa la possibilità di realizzare un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* per via testamentaria, pronunciandosi per la inefficacia del vincolo: cfr. Trib. Roma, 18 maggio 2013, in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 783, con nota di R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*; E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 253 ss.; A. AZARA, *La disposizione testamentaria di destinazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2014, I, p. 86 ss.; F. SPOTTI, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 384; ID., *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Le disposizioni testamentarie*, dir. da BONILINI e coord. da V. BARBA, Torino, 2012, p. 163 ss.

⁶³ V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 7 ss.

⁶⁴ Il principio di variabilità delle strutture non significa variabilità arbitraria e soggettiva, bensì variabilità in funzione della natura e degli interessi rilevanti nel concreto rapporto, individuando le situazioni giuridiche soggettive che sono a fondamento del rapporto. Sulla variabilità della struttura, P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 138 ss. e *passim*; ID., *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 21 ss.; ID., *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, (1976), in ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 48 ss., spec. p. 51; ID., *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 61 ss.; ID., *Cessione dei crediti*, (1988), in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 179; ID., *Autonomia privata e diritti di credito*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 23 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3a ed., Napoli, 2006, pp. 324, 354 s., 369 ss., 409 ss., 604 s.

degli effetti della vicenda ereditaria ad un momento antecedente, al momento della stipulazione del patto.

Questo comporta che l'assetto d'interessi anche dei legittimari, per realizzare una legittimazione *in pectore*, si sposta prima, al momento del patto.

Nel patto di famiglia, come sappiamo, i legittimari non assegnatari vengono liquidati o dal disponente o dal legittimario assegnatario affinché siano tacitati nella loro quota di legittima, il ché porta a una conversione della quota di legittima in un valore di credito⁶⁵.

Il 768-*quater* c.c. assume un ruolo fondamentale nell'approccio verso una concezione evolutiva del diritto successorio⁶⁶, perché molte scelte prese dal legislatore in questa disposizione possono essere di ausilio interpretativo, anche per altre figure.

In questa prospettiva, il legittimario non può più pretendere un diritto in natura, ma ha diritto ad un valore. La norma in questione esprime una concezione nuova della legittima per equivalente⁶⁷.

Nell'attesa che in futuro si pronunci il legislatore su una possibile riforma organica delle successioni, la dottrina più avveduta ha da tempo avviato una riflessione

⁶⁵ La norma deputata a disciplinare, nell'ambito del patto di famiglia, la liquidazione delle quote dei partecipanti non assegnatari, è stata oggetto, sin dalla sua entrata in vigore, da parte della dottrina, di particolare attenzione: cfr. N. DI MAURO, in N. DI MAURO, E. MINERVINI, V. VERDICCHIO, *Il patto di famiglia*, Milano, 2006, p. 95 ss.; M. IEVA, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Il patto di famiglia*, in *Leggi civ. comm.*, 2007, p. 40; L. CAROTA, in *Comm. Cod. civ.*, (diretto da) E. GABRIELLI, *Delle successioni*, vol. III, Torino, 2009 p. 440 ss.; R. SICLARI, in *Comm. Cod. civ.*, (diretto da) G. PERLINGIERI, *Delle successioni*, II, 3° ed., Napoli, 2010, p. 745; G. AMADIO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 69; C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Notariato*, 2006, p. 295; S. DELLE MONACHE, *Funzione, contenuto, ed effetti del patto di famiglia*, cit., p. 361; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 221; B. INZITARI (a cura di), *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Torino, 2006, p. 55; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 67; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. notariato*, 2006, p. 435;

⁶⁶ Si rinvia per un maggiore approfondimento a F. VOLPE, *Patto di famiglia*, cit., p. 203 ss..

⁶⁷ La dottrina, avvertendo il problema, ha da tempo denunciato che quella dei legittimari deve considerarsi non più una tutela di tipo reale, bensì obbligatorio: G. AMADIO, *Azione di riduzione e proprietà del legittimario (sul c.d. principio della legittima in natura)*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 657; ID., *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima per equivalente)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 683 ss. ID., *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. notariato*, 2009, IV, p. 824 ss.; ID., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 69 ss. La tutela dei legittimari, con diritti «in natura» sul patrimonio ereditario, è in perenne conflitto con i contrapposti principi della libertà testamentaria, della sicurezza dei traffici giuridici e dell'affidamento dei terzi. Di recente, in prospettiva monografica, l'ampio lavoro di A. SEMPRINI, *La legittima per equivalente*, cit., spec. p. 219 il quale illustra le criticità operative del quadro normativo vigente, evidenziando la sua irragionevolezza nel mutato contesto economico e sociale. Viene sottolineata, al riguardo, la tendenza in atto presso tutti i formanti alla progressiva erosione del principio della «legittima in natura», con sempre più frequente riconoscimento di diritti di legittima «in valore», alla stregua di meri diritti di credito.

su quali istituti, tenendo conto dei cambiamenti sociali in corso, possano essere interessati da un intervento normativo⁶⁸.

Da parte di altri si sottolinea l'importanza dei principi generali, specie della ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni⁶⁹.

Così sotto la lente di ingrandimento sono state avanzate le seguenti proposte: depotenziare il divieto dei patti successori, allargare il più possibile il patto di famiglia, realizzare una circolazione dei beni di provenienza donativa che sia molto più equilibrata rispetto alla riforma precedente, ma soprattutto sostenere che i legittimari non hanno più diritto ad una quota in natura, ma hanno diritto ad un valore di credito, perché questo contribuisce alla certezza, alla stabilità dei rapporti giuridici.

La monumentale costruzione di Luigi Mengoni – idea per cui il legittimario agendo in restituzione nei confronti del terzo faccia valere un diritto di proprietà sul bene donato, conseguenza necessaria della ricostruzione classica degli effetti delle riduzioni e delle donazioni⁷⁰ – si ridimensiona rispetto alla evoluzione del diritto successorio, dove diviene fondamentale la ricerca di un punto di equilibrio tra istanze che sono tutte assolutamente meritevoli di tutela: da una parte, l'autonomia negoziale che si esprime attraverso le donazioni, anche dove possono essere al limite della lesione della quota di legittima, e, dall'altra parte, i diritti dei legittimari a rivendicare il bene non in natura, ma solo il diritto ad un valore.

Sostanzialmente, se si ha comprensione dell'art. 563 c.c., questo diritto dei legittimari a pretendere soltanto un diritto di credito, e quindi non un'azione reale, già esiste nel 563 c.c., come possibilità dell'avente causa del donatario di liberarsi pagando il valore e trattenendo il bene, però è un'eccezione nel panorama sistematico.

La dottrina più sensibile, da tempo, si è pronunciata a favore di una ripensamento della disciplina in questione, che conduca non alla cancellazione dei diritti dei legittimari, ma ad un sostanziale ridimensionamento, perché la solidarietà familiare (che anima molte delle scelte alla base della quota di legittima) non è più un principio di ordine pubblico⁷¹.

⁶⁸ G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione ed istanze di riforma*, in *Riv. notariato*, 2007, p. 803 ss.; A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., p. 95 ss.; S. DELLE MONACHE, *La legittima come diritto di credito nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuovo dir.*, 2019, p. 37.

⁶⁹ Secondo V. BARBA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, spec. p. 749, una valutazione d'assieme del diritto ereditario alla luce di tali criteri suggerisce sia di superare l'idea che nel conflitto tra interesse della famiglia e interesse del disponente debba sempre prevalere il primo, sia di superare quella concezione prettamente patrimonialistica del diritto ereditario e del testamento che ha storicamente prevalso.

⁷⁰ L'orientamento oggi dominante che al legittimario pretermesso riconosce la qualità di erede come conseguenza del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione la si trova in L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 60; sul punto cfr. G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima per equivalente)*, cit., p. 687.

⁷¹ V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, cit., p. 345 ss.

La famiglia, con i suoi valori, non è più in grado di esprimere il monopolio interpretativo del diritto delle successioni, per l'affermarsi di valori concorrenti che trovano, in alcuni casi, una maggiore legittimazione. Il diritto dei legittimari rivendica una riforma importante, così come la rivendica il divieto dei patti successori⁷², per essere in linea con le istanze sociali; inoltre, il divieto della delazione contrattuale e la solidarietà familiare, non possono essere addirittura elevati a principi di natura inderogabile, tali, quindi, da condizionare e chiudere il diritto successorio alla contaminazione di altri modelli giuridici.

Il diritto dei legittimari non scompare ma, non essendo concepibile un principio di ordine pubblico⁷³, perché – come è stato autorevolmente sottolineato – ancor prima del solidarismo esiste il personalismo⁷⁴, deve consegnarsi inevitabilmente ad una linea interpretativa che sia in linea con le trasformazioni sociali che si fanno strada nel diritto successorio.

Le successioni incominciano, finalmente, ad adeguarsi alle istanze sociali, cioè vengono concepite, in chiave evolutiva, non come un diritto che si rende immune

⁷² Per una rilettura critica del divieto dei patti successori, allo scopo di verificare quale estensione debba assumere, oggi, questa proibizione e quale importanza abbia nel sistema successorio fondamentale la lettura del contributo di V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzione*, cit., p. 13. L'A. sottolinea che l'indagine deve privilegiare l'analisi strutturale e funzionale del divieto, nella zona di confine tra il divieto e il permesso, senza indugiare nelle ipotesi più controverse, considerandone alcune come mero banco di prova. L'indagine preferisce verificare se sia possibile ricavare dall'analisi strutturale e funzionale del divieto, armonicamente coordinata con la disciplina successoria in generale, con specifico riguardo alla delazione, al concetto di successione e alla categoria dell'atto di ultima volontà, un principio capace di giustificare la norma e risolvere i casi dubbi. Il divieto dei patti successori ha storicamente condizionato la disciplina del diritto italiano. L'art. 458 ha avuto il merito non solo di aver regolato la materia in modo unitario, ma anche di aver riportato questa disciplina dal libro sul contratto al libro sulle successioni. In una sola disposizione di legge viene proibita non solo la stipulazione di patti istitutivi, ossia di accordi con i quali si conviene l'istituzione di erede o legatario, ma anche di patti dispositivi e rinunciativi. L'A. arriva alla conclusione che il divieto recato nella norma si deve considerare riferito al solo atto dispositivo della delazione, in guisa che il principio giustificatore del divieto è proprio l'indisponibilità, per atto tra vivi, della delazione. V. anche di recente A. SPATUZZI, *I patti successori. Su talune articolazioni e criticità del divieto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1014; D. ZANELLI, *La persistente e incessante imperatività del divieto dei patti successori*, in *Vita notarile*, 2019, p. 531.

⁷³ Su questo profilo le ampie riflessioni di V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 441; ID., *I nuovi confini del diritto delle successioni*, cit., p. 333 ss.; ID., *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, cit., p. 345 ss.; G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis e il diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 674 ss.

⁷⁴ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 39, «la Carta costituzionale ha modificato il concetto di solidarietà rispetto a quello del codice civile. Il principio solidaristico non è più soltanto economico, [...] ma ha fini politici, economici, sociali, la rilevanza dei quali risulta evidente se essi vengono collegati agli artt. 3 ss. Cost. È una solidarietà umana, cioè in funzione dell'attuazione della personalità, e non della proprietà o dell'impresa; solidarismo significa personalismo, ma non in senso dispregiativo e negativo, perché al centro del solidarismo – quindi del sistema giuridico costituzionale – si pone la tutela della persona». ID., *Mercato, solidarietà, diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.; ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 5 ss.; N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

rispetto al sociale, ma diventa, piuttosto, un diritto capace, indipendentemente dalle riforme normative che si prospettano, di potersi adeguare, per sopravvivere pena la sua obsolescenza, alle nuove trasformazioni sociali imperanti.

L'evoluzione della materia successoria passa attraverso l'abrogazione dei valori su cui si era costruita la disciplina. Innanzitutto, la solidarietà familiare o la solidarietà delle comunità familiari – per declinarla al plurale – non è più un principio di ordine pubblico.

Non c'è una copertura costituzionale della successione necessaria, gli articoli che si riferiscono alla successione testamentaria e alla successione legittima non affermano una rilevanza costituzionale del diritto dei legittimari.

Il diritto di famiglia storicamente ha inciso tanto sulle successioni da trasformare il diritto dei legittimari in un principio di ordine pubblico, quando, invece, la dinamica dei rapporti sociali ha segnato l'evoluzione in senso contrario; non è nemmeno un principio di ordine pubblico a livello internazionale perché ci sono ordinamenti che non hanno la quota di legittima o ci sono ordinamenti – penso a quello inglese – che, invece, depotenziano la tutela dei legittimari⁷⁵.

Quello che va evidenziato, in primo luogo, è che il diritto dei legittimari viene condizionato dalla rilevanza del contratto, perché il diritto della legittima diventa un diritto a carattere obbligatorio, e non a carattere reale. Il contratto diventa, nella materia successoria, un modello di circolazione dei rapporti giuridici.

5. La recente uniformazione del diritto successorio, operata per mano del legislatore europeo, ha contribuito a mutare il volto di questa disciplina, che pure era segnata da un profondo cambiamento⁷⁶.

⁷⁵ Per una comparazione con gli altri ordinamenti si rinvia a A. FUSARO, *I legittimari in Italia e negli ordinamenti stranieri. La riserva e altre tecniche di protezione successoria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 319; in giurisprudenza si segnala Cass., 30 giugno 2014, n. 14811, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 563 con nota critica di E. CALÒ, *La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario*.

⁷⁶ Ci riferiamo al Regolamento UE n. 650/2012 sulle successioni internazionali, particolarmente significativo per le scelte in materia di legittima e di patti successori. Su cui l'approfondita analisi di I. RIVA, *Certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Napoli, 2017; nonché V. PUTORTI, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del regolamento UE 650/2012*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 845. La letteratura sull'argomento è vasta: cfr. I. QUEIROLO, *Drafting normativo e competenza giurisdizionale nel regolamento (UE) n. 650/2012 in materia di successioni mortis causa*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2018, p. 870; D. BOGGIALI, *Il riconoscimento degli effetti reali dei legati nel regolamento successioni*, in *Riv. notariato*, 2018, II, p. 1251; P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori nel regolamento (UE) n. 650/2012*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2017, p. 12; C. BALDUS, *Erede e legatario secondo il Regolamento Europeo in materia di successioni*, in *Vita notarile*, 2015, p. 561 L. FUMAGALLI, *Il sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale e il regolamento (UE) n. 650/2012 sulle successioni. Spazi residui per la legge interna?*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2015, p. 779; F. BUONOMENNA, *Recenti sviuppi della disciplina successoria in base al Regolamento (UE) n. 650/2012*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 2015, p. 453; F. VISMARA, *Patti successori nel regolamento (UE) n. 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2014, p. 803; A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*,

La rilevanza del momento contrattuale nella materia successoria la ritroviamo, esattamente come è stata rappresentata, nella impostazione del diritto successorio uniforme – in tema di patti successori – nel recente Regolamento 12/650/UE alla luce del quale è concessa la possibilità a un cittadino italiano, che ha la residenza abituale in un determinato periodo in un altro paese, di poter confezionare patti successori validi destinati a condizionare la vicenda successoria anche quando l'italiano, residente all'estero abitualmente, ritornerà nel suo Paese di cui ha la cittadinanza, e potrà disporre di altri beni con gli strumenti che possiede secondo il nostro ordinamento⁷⁷.

Le norme di cui all'art. 25 del Regolamento, nella parte in cui stabiliscono che l'ammissibilità, la validità e l'efficacia di un patto successorio è regolata dalla legge applicabile alla successione del disponente al tempo della sua conclusione, non soltanto richiamano le nuove norme di regolazione della successione di cui agli artt. 21 e 22 del predetto regolamento, ma mutano il tema sui patti successori, lasciando ipotizzare, che un cittadino italiano possa stipulare, durante un periodo abituale di residenza in Germania, un valido *Erbvertrage*, destinato a valere e regolare la sua successione, ancorché al tempo della sua morte questi sia tornato a risiedere abitualmente in Italia.

Notevole l'impatto della disciplina uniforme dei patti successori, perché in altri termini si consente a un cittadino di attingere alla disciplina successoria del Paese nel quale abbia la residenza al momento di confezione dell'atto rilevante ai fini della propria successione, senza che rilevi che quella residenza sia conservata fino al tempo della morte.

Il Regolamento in questione, nel tentativo di uniformare il diritto delle successioni, creando un nuovo diritto internazionale privato delle successioni, realizza, innanzitutto, nel momento in cui è presente l'elemento di estraneità, la possibilità di rendere attuabile la delazione contrattuale, perché viene data la possibilità a un cittadino italiano – che ha la residenza abituale in un determinato periodo all'estero – di poter sfruttare quel momento realizzando patti successori validi destinati a condizionare la vicenda successoria anche quando il cittadino italiano (residente all'estero abitualmente) ritornerà nel suo Paese di cui ha la cittadinanza, e potrà disporre di altri beni con gli strumenti che possiede secondo il nostro ordinamento.

La residenza abituale, come criterio per la disciplina applicabile, emancipa il nostro ordinamento successorio dal divieto dei patti successori.

Il cittadino italiano potrà stipulare patti successori validi che saranno regolati dalla legge scelta nel momento in cui il soggetto contraente ha deciso di stipulare un patto successorio.

2013, p. 293; U. TACCONI, *Prime osservazioni sul regolamento UE n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di successioni*, in *Vita notarile*, 2013, p. 85; I. FERRETTI, *Successioni transfrontaliere e certificato successorio europeo: prime osservazioni Regolamento Ue 650 del 2012*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2013, p. 450.

⁷⁷ Su cui ampiamente V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, cit., p. 189 ss.

Notevoli le ricadute sul piano sistematico della scelta attuata dal diritto delle successioni uniforme: il cittadino italiano, nell'ambito del proprio ordinamento interno, se volesse orientare la delazione contrattuale si troverebbe davanti al divieto dei patti successori, per quanto ridimensionato nella sua attuale portata applicativa dalla riflessione dottrinale che ne denuncia le criticità (si pensi ai patti successori dispositivi e rinunciativi), ma appena dimostra di avere la residenza abituale in altro ordinamento che tollera la disciplina dei patti successori sarà legittimato a stipulare una delazione contrattuale, perché la presenza del criterio della residenza abituale ha la capacità attrattiva di rendere valido un patto successorio che da noi sarebbe nullo *ex art. 458 c.c.*

Ma quello che è ancora più importante, e che merita di esser valorizzato, è che il concetto di ordine pubblico muta⁷⁸: l'art. 35 del Regolamento diviene significativo da questo punto di vista perché, ovviamente, istituti successori rinvenienti da altre esperienze giuridiche penetrano nel nostro ordinamento, avendo superato il grado di compatibilità dell'ordine pubblico, in maniera diversa rispetto al passato perché, mentre prima trovavano un limite insuperabile – tutto ciò che non era attinente al nostro ordinamento non avrebbe mai trovato applicazione perché l'ordine pubblico internazionale⁷⁹, diversamente dall'ordine pubblico interno, gli poneva uno sbarramento –, oggi, invece, i modelli concorrenti del diritto successorio troveranno applicazione nel nostro ordinamento perché è cambiato il concetto di ordine pubblico internazionale, mettendo così in crisi le fondamenta su cui si poggiava l'esperienza giuridica passata.

L'ordine pubblico internazionale è sempre norma di diritto interno che funge da criterio di selezione di norme o sentenze che nel nostro ordinamento non possono sopravvivere perché contrarie ai principi fondamentali.

Il risultato è che quegli istituti – si pensi ai patti successori o altri istituti o alla tutela dei legittimari – che erano profondamente diversi dai nostri e non avrebbero mai trovato in passato attuazione oggi, invece, trovano immediata applicazione.

La comparazione con altre esperienze giuridiche, le trasformazioni sociali penetrano nel diritto successorio attraverso il diritto uniforme.

⁷⁸ Cfr. in chiave critica G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2018; nel contributo si esamina l'utilità della distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale, nonché le modalità operative di questa clausola generale, da intendere non più soltanto come limite alla libertà negoziale o alla recepibilità di leggi e atti stranieri, a garanzia dell'identità culturale nazionale, ma anche come insieme dei principi identificativi con funzione promozionale. Per tutti, sull'ordine pubblico come limite all'autonomia privata e per una sua differenza con norme imperative e buon costume, L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

⁷⁹ Su cui ora cfr. V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 403 ss.; nel presente contributo l'A., dopo aver affermato che l'ordine pubblico internazionale è un concetto di diritto interno, il quale funge da limite all'applicazione di una legge straniera nel singolo caso concreto, ne propone una definizione. È una clausola generale, in quanto tale relativa e storica, che funge da limite successivo, negativo, concreto, con funzione assiologica e di controllo.

Così come accaduto per la legittima, anche il tema dei patti successori – destinatario di forti critiche nel dibattito attuale per la presenza di un divieto di carattere generale reputato oramai anacronistico – si trova a dover operare nell’ambito di un ordinamento profondamente cambiato rispetto al passato, più dinamico e più sensibile alle influenze esterne, in cui il concetto di ordine pubblico internazionale è destinato a diventare – con la tecnica del bilanciamento – una clausola di apertura verso modelli giuridici concorrenti, in grado di influenzare positivamente l’evoluzione del nostro sistema giuridico⁸⁰, per cui in sede di applicazione della legge straniera o dell’atto straniero va verificato se la disciplina del singolo caso concreto sia rispondente ai principi fondamentali e irrinunciabili del nostro ordinamento o, più esattamente, ai principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana⁸¹.

6. Il rinnovato interesse per il concetto di ordine pubblico pubblico può rappresentare la strada più matura per una evoluzione del diritto delle successioni, che non si accontenta della via legislativa.

Il tema dei matrimoni poligamici, e i suoi riflessi successori, sono un osservatorio privilegiato di come il diritto delle successioni debba aprirsi a modelli concorrenti e rivedere la tavola dei valori su cui è stato costruito⁸².

Le trasformazioni sociali, culturali, in un contesto segnato dalla cosiddetta globalizzazione giuridica e da imponenti flussi migratori, l’incidenza della religione islamica e degli altri modelli familiari, profondamente differenti da quelli della nostra tradizione, sul nostro sistema giuridico trovano una diversa chiave di accesso: il processo di armonizzazione che contraddistingue l’attuale esperienza giuridica necessariamente incide sulle successioni ma, soprattutto, impatta sul concetto di ordine pubblico, da intendere non più soltanto come limite alla libertà negoziale o alla recepibilità di leggi e atti stranieri, a garanzia dell’identità culturale nazionale, per

⁸⁰ In maniera molto efficace V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 445, fa notare: «In questo senso è evidente che l’eccezione di ordine pubblico internazionale si risolve in una tecnica argomentativa di bilanciamento, finalizzata, nel conflitto tra ordinamento del caso concreto secondo la legge italiana e ordinamento del caso concreto secondo la legge straniera, a dare prevalenza a una delle due norme, senza che quella recessiva sia dichiarata invalida e nel presupposto che si tratti pur sempre di un bilanciamento caso per caso e mai di un bilanciamento definitivo.

L’ordine pubblico internazionale diventa, dunque, il criterio di ragionevolezza sulla base del quale s’istituisce la gerarchia assiologica, affermando che l’applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può e deve spingersi sino al punto di creare una frattura rispetto all’ordinamento del caso concreto derivante dall’applicazione della legge italiana, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunciabili del nostro sistema ordinamentale, ossia i principi identificativi, massime, ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana, che trovano una loro espressione normativa nell’art. 2 cost.»

⁸¹ V. BARBA, *op.ult.cit.*, p. 437.

⁸² Si rinvia al lavoro di M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Napoli, 2016, spec. p. 146 ss., per ciò che concerne i riflessi successori.

tutelare l'interesse generale della società, bensì chiamato a esprimere e garantire anche diritti e libertà delle persone⁸³, e capace di veicolare nel nostro ordinamento istituti già prima non preventivamente legittimabili.

Questo comporta una serie di riflessi importanti: non di chiusura aprioristica agli istituti civilistici (specie successori) che provengono da una cultura giuridica diversa dalla nostra, ma impone di verificare caso per caso se quell'istituto della famiglia o delle successioni possa avere un effetto utile nel nostro ordinamento, e soprattutto capace di attuare i valori già presenti nel nostro sistema giuridico.

Così per esempio, il tema dei matrimoni poligamici e dei suoi riflessi successori – che in questa sede è solo incidentalmente richiamato come esempio paradigmatico di un processo evolutivo che non può essere trascurato – si inserisce in un quadro più ampio in cui si registra da tempo la valorizzazione dei rapporti familiari non coniugali, nell'ottica di una sempre più decisa centralità della convivenza consensuale e di perdita di centralità dell'istituto matrimoniale.

Si tratta di una valutazione giuridica che si è posta – pur con le dovute differenze – frequentemente in passato, specie nella elaborazione giurisprudenziale in materia di famiglia di fatto, in cui emergeva la possibilità che due rapporti familiari, uno matrimoniale ed uno extramatrimoniale, potessero essere entrambi contemporaneamente rilevanti per il diritto, e tale presupposto ha quindi conosciuto ulteriori svolgimenti in tutte quelle situazioni che hanno posto il problema di una qualche interazione fra le due relazioni⁸⁴.

Il nostro ordinamento non ha ancora sviluppato, come in altre realtà giuridiche, un panorama di decisioni sulle successioni apertesesi in Italia con riguardo a beni relictati da uno straniero poligamo, lavoratore immigrato, oppure con riguardo all'analoga questione della pensione di reversibilità. Però, con riferimento all'unico caso di legittimità rintracciabile a livello casistico⁸⁵, è possibile dedurne che l'unica strada

⁸³ G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., p. 27.

⁸⁴ Secondo N. COLAIANNI, *Poligamia e principi del «diritto europeo»*, in *Quaderni ecl.*, 2002, p. 231, se ne può dedurre che «attualmente il principio monogamico risulta assicurato solo in relazione al matrimonio-atto e non anche al matrimonio-rapporto», senza che ciò determini un contrasto con qualche principio inderogabile, in quanto l'art. 29 Cost. non copre la monogamia così come non copriva l'indissolubilità e non è stato d'ostacolo all'introduzione del divorzio.

⁸⁵ Il tema è stato, però, già preso in esame da una pronuncia di legittimità che, pur dovendo decidere una vicenda successoria riferibile ad un italiano sposatosi in Somalia, e quindi legata ad un contesto postcoloniale più che immigratorio, ha comunque avuto modo di riprendere i principi elaborati dalla giurisprudenza francese in materia: il riferimento è a Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2695, con nota di L. DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, ed in *Quaderni ecl.*, 1999, p. 783, con nota di D. SCOLART, *La Cassazione e il matrimonio somalo*, che ha deciso la lite circa l'eredità di un de cuius italiano il quale, dopo essere rimasto vedovo, aveva sposato una somala secondo il rito locale in un contesto postcoloniale non così lontano da quello in cui era fiorito il madamato. Le figlie nate dal primo matrimonio sostenevano che la nuova unione non potesse essere considerata come un matrimonio ai fini dell'ordinamento italiano, essendo regolata dal diritto islamico che consente la poligamia ed il ripudio, ma il ricorso è stato

percorribile sarebbe quella di accogliere la cosiddetta concezione attenuata dell'ordine pubblico, per cui la permanente inammissibilità della costituzione di un rapporto matrimoniale in contrasto col principio monogamico, fondamentale per il nostro ordinamento, non impedirebbe di prendere in considerazione un siffatto rapporto, legittimamente costituitosi all'estero, ai soli fini di determinati effetti riflessi da collocare più nell'ambito delle successioni che in quello della famiglia in senso stretto⁸⁶.

Ne consegue, come sottolineato nella recente riflessione, «non già di valutare in astratto la rispondenza ai nostri canoni della regola straniera che ammette la poligamia, ma di ponderare in concreto l'ammissibilità dei singoli effetti che da tale coniugio si vogliono far derivare, secondo il classico modello del giudizio di conformità all'ordine pubblico proprio della tradizione del diritto internazionale privato»⁸⁷.

La presenza della seconda moglie non è scartata aprioristicamente dal diritto delle successioni, ma va temperata in relazione ai valori supremi che esprime un ordinamento, e se la dignità della persona è un valore non negoziabile del nostro ordinamento, non può essere respinto solo perché quella persona non è un legittimario.

In conclusione, il tema della poligamia insegna che mentre in passato il diritto delle successioni si chiudeva alle trasformazioni sociali, oggi assistiamo al contrario ad un'apertura di questo settore alle nuove istanze, ed ad una definitiva emancipazione dal solidarismo familiare, che non scompare, ma deve concorrere con altri valori presenti nel diritto successorio. Il raffronto con le altre esperienze giuridiche, specie in un'ottica di concorrenza tra i modelli giuridici, è in grado di incidere su tutti gli aspetti rilevanti dell'ordinamento, anche su quelli apparentemente più chiusi e legati alle singole tradizioni, perché l'alternativa sarebbe la stagnazione del diritto successorio, ossia avere un diritto che non serve a realizzare gli interessi prevalenti e, quindi, sostanzialmente verrebbe meno la funzione sociale del diritto.

rigettato dalla Suprema Corte, che ha invece ritenuto fondate le pretese successorie della moglie africana. In proposito si veda anche M. GRONDONA, *Il matrimonio poligamico*, in G. FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, Bologna, 2007, I, pp. 495-511.

⁸⁶ M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 151, il quale richiama Trib. Funzione Pubblica UE, 1 luglio 2010, F-45/07, caso *Mandt c. Parlamento europeo*, che ha già ammesso il riparto della pensione di reversibilità tra le due vedove di un funzionario europeo poligamo.

⁸⁷ M. RIZZUTI, *op. ult. cit.*, p.152 ss.

La validità del patto parasociale a voto corporativo immediato

di Luca Dambrosio*

Abstract. This study proposes to demonstrate the validity of the agreement with vote expressed immediately and irrevocably and with binding effect also for the company.

SOMMARIO: 1. Gli adempimenti di cui agli articoli 2341-ter c.c. e 122 t.u.f. come strumenti di efficacia corporativa del voto già espresso. – 2. I dogmi dell'effetto obbligatorio. – 3. L'ossimoro di un ordine pubblico a tutela dell'inadempimento del patto parasociale. – 4. Fruizione degli artt. 2341-ter, 1997 c.c. e 122, 83-octies t.u.f. ai fini dell'opponibilità del voto già espresso nel patto.

1. Si ritiene autorevolmente che l'inopponibilità del patto parasociale alla società dipenda da un'opzione legislativa e non da una necessità intrinseca dell'ente, tanto è vero che alcuni ordinamenti profilano un'efficacia "corporativa"¹.

A nostro avviso, la normativa che si è snodata nell'ultimo ventennio in Italia consente quest'ultima attribuzione per i sindacati di voto, ai quali si limita l'indagine per ragioni di praticità.

Infatti, la pubblicità dei patti parasociali (artt. 2341-ter c.c. e 122 t.u.f.) permette di opporre alla società un voto già espresso pattiziamente, senza affidarsi all'obbligo di renderlo in assemblea². I pattisti non si limitano a concordare il contenuto del

* Avvocato in Milano.

¹ In tal senso e con panoramica comparatistica PORTALE, *Patti parasociali con 'efficacia corporativa' nelle società di capitali*, Riv. soc., 2015, 5 ss. Egli richiama la normativa brasiliana (art. 118 Lei n. 6.404 del dicembre 1976, come novellata dalla Lei n.10.303 del 2001, vedi www.brasil.mylex.net) oltre a quella del 1993 della Florida (Sezione 607.0732, Capitolo 607, *Florida Business Corporation Act*, che dispone che un patto di un numero massimo di 100 soci è efficace in capo alla società ove a sua conoscenza e annotato sui titoli, se emessi, altrimenti su una dichiarazione informativa). L'art. 118 brasiliano cit. (che annovera undici paragrafi) prevede incisivamente, per esempio, che "Gli accordi degli azionisti in merito all'acquisto e alla vendita delle loro azioni, alla preferenza all'acquisto, all'esercizio dei diritti di voto o al potere di controllo devono essere rispettati dalla società quando depositati presso la propria sede legale [...] § 1. Gli obblighi o gli oneri derivanti da questi accordi possono essere opposti ai terzi solo dopo essere stati registrati nei registri e nei certificati azionari, se emessi [...] § 3. Alle condizioni previste nell'accordo, gli azionisti possono promuovere esecuzione specifica dei loro obblighi [...] § 8 Il presidente dell'assemblea o borgano collegiale della deliberazione della Società non calcolerà il voto espresso in violazione di un accordo tra gli azionisti debitamente depositato". Si vedano sulla legge brasiliana anche MACRÌ, *Patti parasociali e attività sociale*, Torino, 2007, 19-20; in termini critici OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, Riv. dir. civ., 1987, I, 529-530.

² "Le parti di un patto di voto possono stabilire che il voto debba essere espresso [n.d.s. in assemblea] in modo predeterminato (es. votare Tizio amministratore) oppure secondo certi criteri di determinazione (all'unanimità o

voto per poi esercitarlo, bensì votano immediatamente, come avviene nel voto per corrispondenza. Non si tratta di impegnarsi a votare per poi ricorrere a un'esecuzione coattiva, se ammissibile, nel frangente di inadempimento.

Questa nostra applicazione potrà, per esempio, venire utilizzata per votare contro un'azione di responsabilità.

Il voto che si concretizza prima, non costituisce, alla luce di quello per corrispondenza (art. 2370, 4° co. e 127 t.u.f.) oltre che di altri dati normativi di cui *infra*, un'inconcepibile violazione del metodo collegiale, vale a dire dell'esercizio del diritto in parola in assemblea e all'esito della discussione, proprio perché il primo risulta oggi fortemente eroso (per esempio, cfr. art. 138 t.u.f.)³.

La legge non prevede il voto immediato in aggiunta a quello ordinario, così come non dispone espressamente un patto a effetto obbligatorio. L'ammissibilità dell'efficacia corporativa può – tuttavia – venire letta nelle suddette norme pubblicitarie, senza necessità di una deroga aperta, opportuna – invece – in capo al voto per corrispondenza, che non troverebbe altrimenti norme di appoggio.

Ove i soci intendessero adoperarsi per vietare (ma è difficile dire perché dovrebbero farlo) l'effetto corporativo o altri patti *tout court*, si porrebbe il problema, che non si affronta in questa sede, della validità o meno di un divieto statutario degli accordi parasociali, prendendo spunto dall'art. 21.5 della l. 3-5-2004, n. 112⁴, che lo pone in seno alla R.A.I.⁵

Non è invece possibile un'utilizzazione indiscriminata del voto corporativo, a causa della necessità di individuare l'oggetto della delibera⁶, seppur non in senso formalistico⁷, anteriormente, in ipotesi e come pure deve ritenersi ammissibile, all'emissione dell'avviso di convocazione dell'assemblea, per il quale, nelle società per

a maggioranza dei parasoci, con rinvio al volere di una parte o di un terzo, ecc.), e possono altresì prevedere che l'obbligo di attenersi ai criteri definiti valga soltanto per determinate delibere o assemblee [...] Non di rado tuttavia le parti evitano di prefissare gli argomenti delle delibere [...] intendendo implicitamente o esplicitamente estendere il vincolo di voto a tutte le delibere da prendere" RESCIO, *I sindacati di voto*, in Tratt. Colombo-Portale, *Assemblea*, 3*, Torino, 1994, 540.

³ Per questi temi prima della riforma del 2003, si vedano, per esempio, ROSSI, *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, Milano, 1997 e dopo PETTIROSSI, *'Assembleare' ed 'extrassembleare' nella deliberazione della società per azioni*, Milano, 2019.

⁴ "Sono, inoltre, vietati i patti di sindacato di voto o di blocco, o comunque gli accordi relativi alla modalità di esercizio dei diritti inerenti alle azioni della RAI-Radiotelevisione italiana Spa, che intercorrano tra soggetti titolari, anche mediante soggetti controllati, controllanti o collegati, di una partecipazione complessiva superiore al limite di possesso azionario del 2 per cento, riferito alle azioni aventi diritto di voto, o la presentazione congiunta di liste da parte di soggetti in tale posizione". Il divieto è altresì previsto dall'art. 13 dello statuto della R.A.I., approvato con d.m. 8-10-2004.

⁵ Si esprime a favore della validità del divieto LIBERTINI, *Limiti di validità dei patti parasociali*, Paper N. 2013-7, *RULES Research Unit Law and Economics Studies*, Università Commerciale Luigi Bocconi, 19-20.

⁶ Che deve essere sufficientemente preciso e determinato, cfr. GRIPPO-BOLOGNESI, *L'assemblea nella società per azioni*, in Tratt. Rescigno, *Impresa e lavoro*, 15, t. terzo ***, Torino, 2011, 60.

⁷ Saranno – pertanto – superflui i requisiti di cui all'art. 2366 c.c., come il giorno e l'ora, il luogo dell'adunanza, la precisa coincidenza della materia da trattare, potendo – invece – bastare un'allusione più generica.

azioni (art. 2366), a differenza delle cooperative (art. 2538, 6° co.), non vi è un obbligo espresso di contenere per esteso il testo della deliberazione proposta⁸, anche nel caso in cui lo statuto ammetta il voto per corrispondenza.

La questione del voto immediato è diversa da quella dell'efficacia "reale" dell'impegno di votare, che si attuerebbe, a fronte dell'inadempimento, attraverso il ricorso all'art. 700 c.p.c., anche se è connessa alla medesima, poiché entrambe presuppongono che, concluso un patto, nessuno possa legittimamente pretendere di non adempierlo, in contraddizione con la sua validità⁹.

Per esempio, promovimento dell'azione di responsabilità in capo a Tizio e Caio, per il loro operato occorso nel tale periodo di tempo, piuttosto che al riguardo di specifiche operazioni.

⁸ Per la tesi che l'obbligo vigerebbe - invece - in seno a tutte le società per azioni, si vedano riferimenti, in GRIPPO-BOLOGNESI, (nt. 6), 94. L'art. 125 *bis*, 4° co., punto 4.d, t.u.f. prevede che l'avviso di convocazione debba indicare le modalità e i termini di reperibilità del testo integrale delle proposte di deliberazione oltre alle relazioni illustrative e i documenti che saranno sottoposti all'assemblea. Gli articoli 140 ss. (anche 143-ter per voto anticipato dato con mezzi elettronici) del Regolamento emittenti 11971/1999, disciplinano il voto per corrispondenza.

⁹ Si è opportunamente ritenuto che la coercibilità *ex art. 700 c.p.c.* consegua, oltre che dall'art. 614-*bis* c.p.c., dal riconoscimento normativo dei patti parasociali e si è giustamente considerata arcaica un'assunta discrezionalità di non adempiere, in ragione di una superiore libertà di determinarsi: "*considerata di per sé ammissibile, alla luce del condivisibile orientamento che da tempo ha chiarito la possibilità di emissione di condanna ad un facere infungibile (cfr., da ultimo anche in riferimento alla nuova norma di cui all'art. 614 bis cpc, Cass. n.19454/2011 e i precedenti ivi citati) e la conseguente possibilità di tutela cautelare atipica (anche in via preventiva) per l'esecuzione di obblighi contrattuali di fare infungibili. Quanto a tale ammissibilità va peraltro rilevato che nel presente procedimento la resistente ha ulteriormente eccepito che l'emanazione in via cautelare dello specifico ordine di voto richiesto dalla ricorrente [...] verrebbe a contrastare con la stessa struttura del patto parasociale in quanto tale, la cui validità presupporrebbe - in linea generale - la non coercibilità diretta del comportamento del pattista dedotto come obbligatorio nella convenzione, solo tale non coercibilità diretta (pur se accompagnata da obblighi risarcitori) potendo assicurare che le obbligazioni parasociali non vengano in contrasto con il principio generale della libertà in capo al socio di determinarsi riguardo alla espressione del proprio voto in assemblea. Tale ulteriore e più specifica eccezione di parte resistente non pare condivisibile al Tribunale, riecheggiando in realtà l'impostazione di orientamenti si è visto superati quanto alla coercibilità delle obbligazioni di facere infungibili per trarne conseguenze sulla liceità di patti che oggi sono espressamente riconosciuti dall'ordinamento (cfr. art. 2341bis cc), senza che dalla norma positiva che li contempla possano trarsi dirette conseguenze quanto alla loro non tutelabilità in via di cautela preventiva (volta ad assicurare futura condanna ad un facere infungibile)" Trib. Milano 13.12.2012, www.giurisprudenzadelleimprese.it. Nella stessa direzione favorevole alla tutela cautelare, Trib. Milano ord. 20.1.2009, *Soc.*, 9/2009, 1129, nota CARTOLANO e CELLA ha statuito che "non sussista alcun conflitto tra la disciplina legale e statutaria della formazione della volontà assembleare nell'ambito della società e il patto parasociale". Analogamente, richiamandosi alla riconosciuta validità *ex lege* dei patti di voto, Trib. Genova ord. 8.7.2004, *Soc.*, 10/2004, 1265; si veda anche Trib. Milano ord. 14.4.1989, *Giur. comm.*, 1990, II, 158, nota FARENGA, ma nel senso dell'ammissibilità del 700 ai fini dell'ordine al mandatario di un sindacato nullo di votare nel senso indicato da ciascun socio. *Contra* Trib. Belluno 27.3.2010, *Giur. comm.*, 2011, II, 1490, nota POMELLI, esclude la coercibilità del patto mediante misure cautelari atipiche, in ragione della sua natura meramente obbligatoria; Trib. Roma 20.12.1996, ord., *Giur. comm.*, II, 119, nota SONNINO, ritiene che i patti abbiano effetti obbligatori e, se disattesi, non incidano sulla validità della delibera, ferma la responsabilità per inadempimento; il socio può votare validamente infrangendoli e non è ammissibile il ricorso all'art. 700, poiché il primo è libero di determinarsi in assemblea. Per riferimenti, senza pretesa di completezza, DI GASPARE, *Patti parasociali e sindacati di gestione nei**

È altresì differente dal tema della costituzione di uno strumento (più costoso del patto corporativo e non instantaneo) volto a impedire l'inadempimento del sindacato, come il *trust*, la *holding*, il mandato collettivo irrevocabile (art. 1723 c.c.), l'intestazione a società fiduciaria, la comunione di azioni con patto di mantenimento (art. 1111 c.c.), tutti profili dei quali, in verità, riteniamo oggi non si possa dubitare in punto ammissibilità¹⁰.

Nemmeno riguarda la discussione sulla distinzione tra il "sociale" e il "parasociale", poiché non si scorge alcuna utilità per la prospettiva in esame, già avendone scarsa, per la società per azioni, in relazione a pattuizioni non inserite, nemmeno attraverso un procedimento viziato, nello statuto¹¹, laddove è ovvio che questi patti non ambiscano a divenirne parte.

2. Non vi sono divieti testuali di configurare un patto con un voto già assunto, indubbiamente più efficiente dell'accordo che – invece – si affida all'adempimento o all'art. 700 c.p.c.

mercati finanziari, s.d., www.comparazionediritto.civile.it; per una sintesi e conclusione sfavorevole alla prospettabilità della tutela di urgenza FIORIO, *I patti parasociali*, 67, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, commentario diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSI, MONTALENTI, Bologna, 2009. Per la non applicazione dell'art. 2932 c.c., si esprime SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, 249; si veda anche OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, 128 ss. che si può leggere in OPPO, *Diritto delle società, scritti giuridici*, II, Padova, 1992. Al riguardo, si è opportunamente osservato (BIAVATI, *La tutela giurisdizionale dei patti parasociali*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Numero speciale, *I patti parasociali*, 2014, 28 ss.), che il risarcimento del danno sia una tutela insufficiente e che abbia scarso senso ammettere i patti parasociali, senza accordarne l'effettività, che deve essere garantita – in via anticipatoria – con l'ordine di voto in capo al pattista recalcitrante, inoltre "Il parasocio che decide di non ottemperare all'ordine o di violare il divieto ne subirà le conseguenze, ma la vicenda resta pur sempre chiusa all'interno del gruppo dei parasoci. Non si travalica, dunque, il confine della tutela reale, per come sopra lo si è definito. Un'eventuale sospensione, invece, realizzerebbe esattamente un effetto reale, perché trascinerebbe l'inadempimento del parasocio a riverberarsi sulla dinamica della società in quanto tale, con conseguenze per tutti i soci e non soltanto per i parasoci" (32-33); al provvedimento anticipatorio ex art. 700 va poi raccordata, secondo l'autore (34), la condanna indiretta ex art. 614-bis c.p.c., la quale, seppur non in grado di garantire l'adempimento del patto, è tale da poter individuare una somma rilevante per ogni violazione, sì da costituire un deterrente. Sul tema si vedano anche COSTI, *Sociale e parasociale: una distinzione problematica?*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* cit., Numero speciale cit., 15. DE NOVA, *Il carattere vincolante dei patti parasociali*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* cit., Numero speciale cit., 5 ss. puntualizza le varie accezioni in cui è invocato l'assunto effetto obbligatorio o reale del patto: esso non segue l'azione, poiché è personale; la sua violazione non incide sull'atto a esso afferente; si denomina a effetto reale, il patto che prevede il proprio adempimento per mezzo di un terzo (es. *trust*), onde scongiurarne la mancata esecuzione; il mero effetto obbligatorio significa anche che l'accordo non produce effetto in seno alla società. Egli rileva anche che un effetto nell'ambito sociale si genera ai fini del controllo, del concerto, della soglia *et cetera*.

¹⁰ L'uso di molti dei suddetti accorgimenti ai fini di un "effetto reale" del patto sono – per esempio – illustrati da TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, Giuffrè, 2000, 125 ss. Con riferimento al *trust*, si veda PERRINO, in AA. VV., *Partecipazioni sociali e strumenti di finanziamento. Recesso e patti parasociali*, in *Società di capitali*, vol. II, trattato diretto da Rudolf, Milano, 2019, 554.

¹¹ Si veda, per esempio, RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, *Riv. soc.*, 1991, 596 ss., 601.

Per valutare altri possibili ostacoli, per poi passare alla *pars construens*, occorre richiamare le affermazioni che sono state storicamente poste a divieto dell'ammissibilità dei sindacati di voto *tout court*¹² e che si infrangono ormai sulle norme - via via introdotte - e non sui gusti dell'interprete.

Il taglio specialistico di questo saggio prevede un breve richiamo, senza un'esposizione *ex professo*, acquisibile già in altre sedi.

1) Un'assunta natura di *res extra commercium* del voto, che trova indiretta smentita in molte disposizioni, non potendo per l'effetto fare da sponda all'ipotetica affermazione di avere diritto di violare l'impegno di voto assunto col patto.

Infatti, vi sono i patti contrari sul voto di cui (i) all'art. 2352, 1° co., c.c. (voto in capo all'usufruttuario e al creditore pignoratizio, con salvezza di diverso accordo) (ii) all'art. 1550, 2° co., c.c. che attribuisce il diritto in parola al riportatore-acquirente, salvo diversa previsione.

Vi è il riporto nella c.d. forma del deporto, ove il riportatore paga un prezzo di restituzione maggiore di quello di acquisto, con l'effetto di generare una minusvalenza, che affronta per potere votare in ragione delle azioni di cui è temporaneamente titolare e con diritti patrimoniali che, contraddittoriamente, permangono in capo al riportato-venditore (art. 1550, 1° co.)¹³.

Va soggiunta la c.d. vendita del voto, con validità da accertarsi nel caso concreto, che consiste nell'espressione del primo dietro remunerazione, che può anche essere diretta a vantaggio dell'interesse sociale¹⁴.

Vi è una scissione tra titolarità giuridica (voto) e rischio economico, non solo in casi come quello del suddetto riporto, ma anche negli artt. 2351 c.c. (voto plurimo,

¹² Per ogni ragguglio *ex professo*, storico e tecnico, si vedano principalmente JAEGER, *Il problema delle convenzioni di voto*, *Giur. comm.*, 1989, I, 201; NUZZO, *Il vincolo di voto nella società per azioni*, *Riv. soc.*, 1991, 478; TORINO, *op. cit.*, 164 ss.; SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, Milano, Giuffrè, 2003 ove sono riportati i testi di 14 patti parasociali di società quotate; MACRÌ, (nt. 1).

¹³ Ci permettiamo di rinviare a DAMBROSIO, *Patti parasociali sull'azione di responsabilità reservation of voting rights clause e delibere di rinuncia*, Mantova, 2019, 117 ss.

¹⁴ Cass. 22.10.1996, n. 9191, *Giur. comm.*, 1997, II, 237 ha statuito: "L'accordo in base al quale un socio di società per azioni si impegna a votare a favore della 'ricapitalizzazione' della società, al fine di evitarne la liquidazione, ottenendo un corrispettivo economico, consistente nell'assegnazione al valore nominale di una parte delle azioni di nuova emissione, non può essere considerato nullo per illiceità della causa; anzi la legittimità di tale accordo non è, in linea di principio, esclusa". Per riferimenti alla giurisprudenza dei primi decenni del secolo scorso, in senso contrario alla validità, si veda criticamente WEIGMANN, *Concorrenza e mercato azionario*, Milano, 1978, 125, il quale osserva (129), con riferimento a un'ipotetica contrarietà alla morale (buon costume) della vendita del voto, che "il carattere personalissimo della partecipazione sociale [...] è antistorico. Personalissimo è l'atto di contrarre matrimonio o di far testamento. Ma il conferimento di danaro alla società [...] è per definizione una pura operazione finanziaria ed anzi la più impersonale che si riesca a immaginare". *Ex professo*, SCIMEMI, *La vendita del voto nelle società per azioni*, Milano, 2003; per altri riferimenti e nuove considerazioni DAMBROSIO, (nt. 13), 135. Sul problema, parallelo a quello della vendita del voto della partecipazione azionaria, si veda PRENESTINI, *La 'vendita del voto' nell'assemblea degli obbligazionisti*, *Giur. comm.*, 2019, I, 890.

scaglionato *et cetera*) e 127-*quinquies* (maggiorazione del voto) e *sexies* t.u.f.¹⁵, nella c.d. *record date* (art. 83-*sexies*, 2° co., t.u.f.) nel settore dei derivati e più in generale nel c.d. fenomeno dell'*empty voting*¹⁶.

Si pensi ancora al caso del venditore a termine di titoli azionari (art. 1531, 2° co., c.c.), che resta titolare del diritto di voto sino alla consegna dei titoli, ma che perde quelli patrimoniali a vantaggio dell'acquirente, dal momento della conclusione del contratto (artt. 1531-1533).

Infine, la stessa validità per legge dei patti parasociali pone termine a qualsiasi dissertazione.

2) Il c.d. metodo collegiale secondo cui il voto si forgerebbe solo in assemblea e grazie alla discussione; principio ridimensionato dal riconoscimento legislativo degli stessi patti parasociali e dal voto per corrispondenza, per non dire delle sollecitazioni alla raccolta di deleghe (art. 136 t.u.f.), delle stesse deleghe e del fenomeno dei c.d. *proxy advisors* (cfr. ora, Sez. I-*ter* t.u.f., art. 124-*quater*¹⁷), società di consulenza che hanno trovato un proprio mercato nella scarsità, in seno agli investitori istituzionali, di mezzi e di tempo per informarsi sugli argomenti di voto, tutti elementi che attestano la finzione della centralità del momento assembleare a fronte del complesso e costoso lavoro di decisione, di certo non elaborabile in una breve assemblea¹⁸.

3) L'assunta esistenza di un principio di ordine pubblico¹⁹ (a tutela dell'inadempimento di patti validi?), che consentirebbe di cambiare idea e infrangere l'obbligazione, per una propugnata libertà di voto, che nasce da un approccio inattuale²⁰, che si caratterizza per l'affermazione della violazione del suddetto valore, senza argomenti illustrativi, tanto più necessari in assenza di norme espresse, ma da dedurre. Su questo tema ci soffermeremo nel paragrafo 3.

Alla luce di queste considerazioni non sussistono divieti, riconducibili all'organizzazione della società, relativi al patto che proponiamo o i consueti strumenti di attribuzione di un'efficacia "reale" dell'accordo (per esempio, mandato collettivo

¹⁵ Riferimenti in DAMBROSIO, (nt. 13), 127.

¹⁶ Si veda SANDRELLI, *Innovazione finanziaria ed esercizio del diritto di voto*, Milano, 2017.

¹⁷ Introdotto dal d. lgs. 10.5.2019, n. 49 (attuazione direttiva 2017-828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che modifica la direttiva 2007-36-CE).

¹⁸ Su questi profili, rinviamo da ultimo a MARGLIULO, *Le nuove tecnologie informatiche ed il rispetto del metodo collegiale*, *Notariato*, 4/2019, 378; DAMBROSIO, (nt. 13), 117 ss. e, per riferimenti sui *proxy advisors*, 142.

¹⁹ COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958, 170-171 osserva, in adesione alla tesi di altri autori, che "Non esiste un principio di ordine pubblico che la volontà nel voto debba essere comunque libera e spontanea".

²⁰ "motivazioni ideologiche intese a difendere una concezione democratica della società anonima, che si vorrebbe centrata sulla 'spontaneità' del voto preso in assemblea" LIBONATI, *Riflessioni critiche sui sindacati di voto*, *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 518. Secondo NUZZO, (nt. 12), 480 la libertà di voto e di non adempiere il patto sarebbe garantita dalle norme assembleari, di natura procedurale, che consentirebbero alla minoranza di divenire maggioranza.

irrevocabile²¹). Pertanto, è solo ipotizzabile un'insufficienza di mezzi tecnici: per esempio, si vuole trarre la dimostrazione dalla sola previsione del voto per corrispondenza, che deve – tuttavia – essere consentita dallo statuto, sicché l'argomento non può essere invocato nel frangente di assenza.

3. Al riguardo di un assunto principio di ordine pubblico posto a presidio di una libertà di non adempiere, si è recentemente proposto²², nell'assenza di altre argomentazioni esplicitate, il dato introdotto nell'art. 2372, 3° co., dalla riforma del 2003, secondo il quale la delega di voto “è sempre revocabile nonostante ogni patto contrario”²³.

Sarebbe così irrilevante “la posizione del rappresentante quale titolare di un interesse proprio distinto da quello del delegante”, con conseguente illegittimità di ogni pattuizione, compreso il mandato collettivo, che escluda o renda gravosa la revoca, così garantendo “l'adozione di decisioni efficienti”²⁴ e la “correlazione tra decisioni di voto e rischio di investimento”²⁵.

Questa tesi non reca una dimostrazione della qualifica di ordine pubblico, adempimento tanto più necessario in presenza di una norma di legge, visto che il primo “traduce in norma un'esperienza preterlegale (altrimenti, avremmo a che fare con l'ipotesi di norme imperative, più che con quella dell'ordine pubblico)”²⁶. Sicché l'analisi deve arrestarsi all'esame dell'art. 2372, che non conduce all'accoglimento della tesi in parola, come illustreremo sotto.

La giurisprudenza tradizionale è costante, anche dopo il riconoscimento legislativo dei patti parasociali, nell'opinare che essi rivestano valore meramente obbligatorio, ferma la libertà del pattista di violare l'accordo col voto difforme, posizione

²¹ Contro l'ammissibilità di questi ultimi, si è osservato, tra altri, SEMINO, (nt. 12), 425 ss., che essi attuerebbero una vietata scissione tra voto e titolarità dell'azione che, in verità, non pare scorgersi, dal momento che il voto viene esercitato in ragione di istruzioni che il pattista ha condiviso, per non dire che lo stesso postulato di partenza è oggi del tutto discutibile.

²² FIORIO, in *Il Nuovo diritto societario*, diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, Bologna, 2004, tomo *, artt. 2325-2409 c.c., 574-575. Nello stesso senso si esprime BUSI, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in Tratt. Picozza-Gabrielli, Padova, 2008, 1100 il quale collega parimenti la revocabilità della procura a “il più generale principio di ordine pubblico economico della libertà del diritto di voto”, senza – tuttavia – spiegare quali sarebbero le ragioni per cui si tratterebbe di ordine pubblico, tanto più in presenza della norma. Diversamente e opportunamente, SBISÀ, *Sindacati di voto e rappresentanza in assemblea*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di BONELLI e JAEGER, Milano, 1993, 130.

²³ L'art. 135-novies, 8° co., t.u.f. (rubricato *Rappresentanza nell'assemblea*) dispone che “Resta fermo quanto previsto dall'art. 2372 cod. civ.”. Il Regolamento emittenti prevede (art. 141.4) la revocabilità, senza ulteriori precisazioni, del voto.

²⁴ Non pare dimostrato che l'inadempimento di un patto parasociale garantisca soluzioni più efficienti del medesimo.

²⁵ FIORIO, *op. cit.*, 575. La tesi del binomio voto rischio è oggi molto criticabile, vedi DAMBROSIO, (nt. 13), 117 ss. e, soprattutto, smentita da diverse norme.

²⁶ SACCO in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, IV ediz., Torino, 2016, 1024-1025.

che necessita – in realtà - di argomenti solidi dal momento che si tratta di accordi previsti dalla legge. Ma le sentenze si limitano meccanicamente ad affermare, ancora oggi, tale statuizione.

In un caso, ferme tali posizioni, si richiama l'ordine pubblico, per sua natura sfuggente e proprio per questa ragione da indicare in modo incisivo, senza fornire alcuna dimostrazione, anzi allegazione.

Così si afferma: *“Nel caso di specie non può ritenersi che sia stato violato un principio di ordine pubblico [...] il patto con cui alcuni soci si accordino per votare in una certa maniera non costituisce di per sé una violazione del principio di libertà di voto, poiché i soci sono comunque liberi di disporre del proprio voto [...] poiché il socio è libero di votare per il non rispetto del patto”*²⁷.

La decisione è inconsapevolmente ancorata a una vecchia giurisprudenza della prima metà del secolo scorso, secondo la quale il potere dell'assemblea deve essere esercitato anche nell'interesse pubblico, con libertà di voto; orientamento che, prima negava validità ai sindacati, poi ammetteva quella dei soli patti deliberanti all'unanimità, perché solo così si riteneva fosse regolare la successiva assemblea²⁸.

Del resto si osservava già nel 1991²⁹:

“La giurisprudenza ha costantemente affermato il principio secondo cui il socio deve rimanere libero di esprimere il proprio voto in assemblea. Non sempre detto principio è fondato su una regola inequivoca, in quanto spesso – come visto nelle decisioni esaminate, pur già depurate di ulteriori divagazioni – il punto centrale della motivazione è nascosto tra considerazioni socio-politiche oppure posto in secondo piano rispetto ai ponderosi obiter dicta. La regola assunta a fondamento della decisione non è in sostanza chiaramente affermata”.

Siamo dell'avviso dell'insussistenza di un ordine pubblico.

Al riguardo della giurisprudenza, è sufficiente osservare che la stessa non tiene conto delle norme dalle quali si deduce la commerciabilità del voto e che non identifica quali sarebbero le radici del preteso principio.

Forse il suffragio universale? Il diritto di voto *“personale ed eguale, libero e segreto. Il suo esercizio è dovere civico”* (art. 48 Cost.)? Oppure l'interesse superiore corporativo, che si legge nella Relazione al codice civile, libro V, del 1942?

In verità e come richiamato sinteticamente sopra, queste accennate concezioni del voto sono oggi smentite da più norme.

In merito all'art. 2372, si rammenti che:

²⁷ Così Cass. 28.4.2000, n. 10215, *Banca borsa*, 2012, II, 140. Cass. 25.1.1965, n. 136, *Giust. civ.*, 1965, I, 1452, asserisce che le norme regolanti le società sono di ordine pubblico e non di interesse privato, con nullità (art. 1418 c.c.) del patto parasociale di nomina degli amministratori.

²⁸ Si veda ampiamente, per esempio, TORINO, (nt. 10), 186 ss.

²⁹ NUZZO, (nt. 12), 516. L'Autore conclude contro (563, 566, 572, 584) uno sfuggente interesse pubblico a base del voto e a favore di un'assunta natura procedurale inderogabile delle norme a disciplina dell'iter assembleare e si esprime contro la validità dei sindacati di voto *“per violazione di norma imperativa”* (572).

“L’identità della norma nella molteplicità delle interpretazioni è assicurata dalla funzione paradigmatica del testo; il vincolo del testo garantisce la distinzione tra produzione del diritto e applicazione; tra legislazione e giurisdizione”³⁰.

Ora, la revoca è inserita in una previsione volta a colpire l’incetta di procure e non i sindacati di voto, verso i quali una sua estensione non è prospettabile, poiché l’asserita novità (i) sfocia nella riproposizione dell’art. 1723, 1° co., vale a dire la revocabilità del mandato nonostante - si noti - la clausola di irrevocabilità³¹ e (ii) nulla prevede sulla perpetuità *ex lege* del mandato collettivo, ove sarebbe stato sufficiente un cenno (“*nonostante ogni patto contrario o – diremmo – ogni contraria disposizione di legge*”).

La revocabilità come principio di ordine pubblico, non spiega peraltro il mancato richiamo della stessa in seno alla girata per procura (comma settimo).

Pertanto, l’affermazione della facoltà di scioglimento nonostante il patto contrario non dimostra di per sé quella del mandato collegiale, per non dire che la revoca di una procura non reca la liceità dell’inadempimento di un patto di voto, che preveda l’adempimento da parte del pattista, che si presenti di persona a votare in assemblea, senza conferimento di incarico a terzi.

Nell’ipotesi di applicazione del mandato collettivo, ravvisabile, se del caso, nel comma sesto dell’art. 2372, l’incarico sarà per l’appunto non revocabile e, all’opposto, caducabile nell’ipotesi di mero conferimento di più deleghe al medesimo soggetto.

L’art. 2372 non vieta, in ogni modo, il voto già espresso oggetto del presente saggio, poiché dalla revocabilità della procura non consegue il diritto revocare una volontà propria.

4. Il voto già espresso vale nei confronti della società, in ragione della comunicazione e dichiarazione del patto ai sensi dell’art. 2341-ter, poiché così intendono le parti e la legge consente che sia³² (non interessa in questa sede la questione di quali

³⁰ MENGONI, *Diritto e tempo, Jus*, 1986, 639. Recentemente, sull’interpretazione della legge, dall’esegesi alla *interessenjurisprudenz*, ROPPO, *Il racconto della legge*, Milano, 2019, 212. Cass. S.U. 22.3.2019, n. 8230 richiama in motivazione l’art. 12, 1° co., preleggi per sottolineare che esso non consente all’interprete di modificare il significato tecnico-giuridico delle espressioni che compongono il testo e ciò in quanto la finalità di una norma va individuata al seguito dell’esegesi della lettera e non nel più ampio complesso in cui è inserita. Si afferma inoltre – in adesione alla requisitoria del P.G. – che la lettera della norma costituisce il limite anche dell’interpretazione costituzionalmente orientata, dovendo – infatti – venir sollevato l’incidente di costituzionalità quando l’opzione ermeneutica supposta conforme a Costituzione sia incongrua rispetto al tenore letterale.

³¹ Resta da valutare se la revoca *ex art.* 2372 possa avere luogo senza alcun obbligo verso il delegato (compenso promesso), fermo il rimborso delle spese eventualmente sostenute, a differenza di quanto previsto nell’art. 1723 in ordine al risarcimento del danno.

³² COSTI, (nt. 9), 18-19, osserva “È questo un piano inclinato sul quale non è facile porre qualche limite certo; piano inclinato che appare particolarmente scivoloso quando si voglia attribuire al patto parasociale un’efficacia reale anche in assenza della pubblicità tipicamente prevista per lo statuto; il che credo rimanga vero anche per i

esattamente siano i patti incasellabili in questa norma)³³.

Non vi sono elementi per circoscrivere l'area agli accordi che preannunciassero il voto in una certa direzione, per poi attuarlo in assemblea oppure si limitassero a prevedere le modalità di decisione, da applicare di volta in volta *et cetera*.

Non si toccano – infatti - interessi dell'organizzazione societaria e degli altri soci.

Del resto, come accennato sopra, il dogma del metodo collegiale non è oggi proponibile come freno a manifestazioni di voto assunte fuori assemblea.

La fruizione di un patto a voto immediato si colloca parallelamente a quello per corrispondenza (anche elettronico) *ex art.* 2370 (4° co., riforma del 2003), già previsto in seno alle cooperative (vecchio art. 2532 ora art. 2538) e dall'art. 127 t.u.f.³⁴ (dall'art. 35-*sexies* per le Sicav), ma dal quale si differenzia (i) per essere irrevocabile, in ragione della reciprocità del vincolo (ii) per non richiedere la previsione statutaria ai fini della propria espressione, essendo la sua fruibilità insita nell'art. 2341-*ter* (iii) per non seguire, se del caso, un avviso di convocazione indicante gli argomenti da trattare (art. 2366). (Si rammenti – peraltro – che l'art. 2479, 3° co., c.c. dispone per la s.r.l. che l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano adottate, senza alcuna assemblea, per mezzo di consultazione scritta o sulla base del consenso dato per iscritto)³⁵.

L'art. 2341-*ter* esige la dichiarazione del patto in assemblea, a pena di non potere esercitare il voto e comunque dell'impugnabilità della delibera.

Esso va interpretato, in assenza di previsioni testuali, nel senso che tale incombente gravi sul Presidente dell'adunanza o sugli amministratori, che hanno contezza del patto, con onere dei pattisti, in ogni caso, di ricordarlo, pena le conseguenze suddette³⁶.

patti parasociali relativi alle società quotate che non acquistano efficacia reale per effetto della pubblicità alla quale sono sottoposti (deposito e non iscrizione)”.

³³ Cfr., per esempio, SBISÀ, *Società per azioni*, tomo I, Comment. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2006, 259; Lodo arb. 9 gennaio 2009, *Riv. dir. comm.*, 2010, II, 31; SAMBUCCI, *Patti parasociali e fatti sociali*, Milano, 2018.

³⁴ Si vedano al riguardo gli artt. 140 ss. Regolamento emittenti, delibera 11971/1999; l'art. 141.4 prevede la revocabilità del voto; l'art. 140.2 regola una scheda di voto che riporta la proposta di delibera.

³⁵ Si veda, per esempio, CIAN, in *Le decisioni dei soci le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata* diretto da Ibba e Marasà, Padova, 2009, 47.

³⁶ Sul tema si veda recentemente SAMBUCCI, (nt. 33). La maggior parte della dottrina ritiene che debbano procedere gli stessi organi sociali o il Presidente, si vedano, per esempio, MASSA FELSANI, *Il ruolo del presidente nell'assemblea della s.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2004, nota 43 a pg. 115; DONATIVI, *Società di capitali Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, vol. I, *Artt. 2325-2379 ter*, Napoli, 2004, 192; SBISÀ, *Comm. Scialoja-Branca, Società per azioni, Artt. 2325-2341 ter*, tomo I, Bologna-Roma, 2006, 266. Per SEMINO, (nt. 12), 358 l'onere grava sui pattisti ed è sufficiente la dichiarazione di uno di essi, che libera anche gli altri, come è prospettabile che l'adempimento venga attuato da un terzo delegato ove autorizzato a intervenire in assemblea. Nella relazione alla riforma, si osserva “*La pubblicità consiste nella comunicazione dei patti parasociali alla società e nella loro dichiarazione in apertura di ogni assemblea. L'omessa dichiarazione in assemblea (ma non anche l'omessa comunicazione alla società) comporta la conseguenza che i possessori delle azioni cui si riferisce il patto parasociale non possono esercitare il diritto di voto e che le deliberazioni assunte con*

Va – infine – soggiunto come sia doveroso che il voto già espresso venga annotato quale vincolo sui titoli e a libro soci (artt. 2421 n. 1³⁷, 2215-*bis*) e solo in quest'ultimo, nel frangente di mancata emissione dei primi, onde evitare questioni nel caso in cui un pattista cedesse la propria partecipazione con l'effetto di legittimare il terzo acquirente a partecipare all'assemblea, tanto più che l'art. 2341-*ter* non prevede alcuna forma di pubblicità dell'accordo prima della stessa e dispone la trascrizione a verbale della dichiarazione del patto e il successivo deposito presso l'ufficio del registro delle imprese.

Analogamente, è possibile prospettare la comunicazione alla società del patto parasociale *ex art.* 122, comma 1, lett. *d*) t.u.f. ai fini dell'effetto corporativo del voto, insieme agli altri adempimenti pubblicitari di cui al comma in parola, da annotarsi anche quale vincolo sulla partecipazione azionaria *ex art.* 83-*octies*³⁸, poiché esso ha espresso, consumandolo definitivamente, il diritto in questione, che non potrà essere fruito da successivi acquirenti.

Pensiamo – infine - che il voto quale vincolo risultante dal titolo sia ben prospettabile, anche in assenza di espressa previsione.

Infatti, gli articoli 1997 c.c.³⁹ e 83-*octies*, comma 1, t.u.f. prevedono rispettivamente che “*Il pegno, il sequestro e ogni altro vincolo sul diritto menzionato in un titolo di credito [...] non hanno effetto se non si attuano sul titolo*”⁴⁰ e “*I vincoli di ogni genere sugli strumenti finanziari [...] si costituiscono unicamente con le registrazioni in apposito conto tenuto dall'intermediario*”.

Si noti come si consideri il vincolo quale elemento atipico (“*ogni altro vincolo*” e “*I vincoli di ogni genere*”).

Si è osservato, quanto all'art. 1997:

il loro voto determinante sono annullabili”. L'art. 130 Reg. emitt. individua le informazioni essenziali sul patto da comunicarsi alla società e l'art. 85 rinvia all'allegato 3.E per gli elementi da inserire nel verbale di assemblea, tra i quali vi era il testo integrale del patto parasociale, cfr. CHIONNA, *La pubblicità dei patti parasociali*, Milano, 2008, 184; MASSA FELSANI, questa nt., 115 *ivi* nota 43) adempimento che non rileviamo nella versione vigente (aggiornamento alla delibera 21016 del 24 luglio 2019).

³⁷ “*il libro soci nel quale devono essere indicati per ogni categoria il numero delle azioni [...] i trasferimenti e i vincoli ad esse relativi*”.

³⁸ E ne si dà atto a libro soci, cfr. artt. 83-*novies*, lett. *g*); 83-*undecies* t.u.f. (cfr. anche artt. 51, n. 6, 56, Provvedimento Consob-Banca d'Italia sul *post-trading* del 13 agosto 2018).

³⁹ Secondo Cass. 20.1.2017, n. 1588 “*Dall'art. 1997 c.c., si evince che il pignoramento [...] (al pari [...] di ogni altro vincolo) non ha effetto se non si attua 'sul titolo'. Quanto alla nominatività dei titoli azionari, il regime giuridico generale trova riscontro nella legislazione speciale, posto che il R.D. n. 239 del 1942, art. 3, comma 3 (integrativo del R.D.L. 25 ottobre 1941, n. 1148, conv. nella L. 9 febbraio 1942, n. 96, [...] nominatività obbligatoria dei titoli azionari) dispone [...] che 'i pignoramenti [...] altre opposizioni debbono essere eseguiti sul titolo'. Entrambe le norme costituiscono un riflesso del principio generale di incorporazione, stante il quale [...] non è dato sottoporre a vincolo (giudiziale o convenzionale) un diritto cartolare se non attuando il vincolo sulla cosa materiale [...]. Secondo la giurisprudenza di questa Suprema corte, l'attuazione sul titolo postula inoltre la corrispondente annotazione di cui all'art. 2024 c.c., che integra per i titoli nominativi il disposto generale del predetto art. 1997, regolante tutti i titoli di credito*”.

⁴⁰ E nel registro dell'emittente, art. 2024 c.c.

“La norma esprime un principio di portata generale, nel duplice senso che essa si applica, per comune consenso, ad ogni tipo di credito e che concerne, accanto alle limitazioni ai poteri del titolare del diritto espressamente menzionate, ogni altra limitazione, indipendentemente dalla sua fonte, che può risiedere, oltre che in atti dell'autonomia privata, anche in provvedimenti dell'autorità giudiziaria o amministrativa”⁴¹.

Non pare invece possibile pensare ad ammettere il patto corporativo sulla sola base dell'apertura degli artt. 1997 e 83-*octies* a qualsiasi vincolo, poiché – trattandosi di diritto di voto – la legge richiede ulteriori norme di appoggio, come è dimostrato dalla necessità della previsione statutaria, in relazione al voto per corrispondenza e che vanno, a nostro avviso, rinvenute in quelle sulla pubblicità dei patti.

⁴¹ MARTORANO, *Titoli di credito*, Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 2002, 692, nt. n. 1. Il principio dell'atipicità del vincolo va richiamato di fianco a quello (cfr. 20 ss.), più che recepito, dell'atipicità degli stessi titoli di credito, desumibile *a contrario*, dall'art. 2004 c.c., che limita la tipicità ai soli titoli al portatore previsti dalla legge e la cui *ratio* dovrebbe essere quella di vietare l'adozione in massa di monete parallele, con effetti inflazionistici. Per recenti analisi, più in generale sui titoli e le azioni, si vedano SCARPA, *Titoli nominativi artt. 2021-2027*, in Comm. Schlesinger, Milano, 2016; FURGIELE, *Trasferimento della partecipazione sociale e legittimazione nelle società*, Torino, 2013; LUCANTONI, *Il voto in assemblea*, Torino, 2012; GARGANTINI, *Identificazione dell'azionista e legittimazione all'esercizio del voto nelle s.p.a. quotate*, Torino, 2012; De Luca, *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, Torino, 2007; BRIOLINI, *I vincoli sui titoli di credito*, Torino, 2002; POLI, *Il pegno di azioni*, Milano, 2000.

Sulla natura dichiarativa o costitutiva della divisione

di Simona Cacace*

Abstract. Art. 757 of the Italian Civil Code is either considered as a basis to maintain that the ownership division has a declarative nature or (Cass., S.U., 7.10.2019, n. 25021) just a mere reason of its retroactivity, and therefore it is compatible with its function of transferring rights and in line of continuity with the Roman law tradition. The aim of the study is to outline an ownership division-*genus* bearing a constitutive nature with a distributive function which could nonetheless match, in an harmonious way, the constitutive and declarative efficacy with regard to the protected interests and the parties position recognised by the law in the specific cases either within or outside the division itself. In order to pursue this aim, the study analyses the reasons of the Roman law view which considers the division as an instrument to transfer the rights and the reasons based on which such a view has been considered as outdated. It will be furthermore analysed the definition of the positions of the parties as well of efficacy of the transactions they may enter into during a joint-ownership relationship.

SOMMARIO: 1. La portata precettiva dell'art. 757 c.c. – 2. Le prime manifestazioni della natura dichiarativa della divisione. – 3. L'elisione della comunione. – 4. Gli atti dispositivi manente comunione. – 5. Funzione distributiva della divisione e coesistenza di efficacia dichiarativa e costitutiva.

1. Ai sensi dell'art. 757 c.c., rubricato *Diritto dell'erede sulla propria quota*, «ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari».

La disposizione riporta quasi testualmente la previsione dell'art. 1034 del Codice Pisanelli: «ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanti fra i coeredi, e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari», ma con un'estensione della portata applicativa della norma in due direzioni, una oggettiva, l'altra soggettiva.

Innanzitutto, la disgiuntiva («o a lui pervenuti dalla successione») indica che i beni in cui il coerede succede agli effetti previsti possono esorbitare dalla sua quota¹. In questo senso, la rubrica dell'art. 757 c.c. prelude ad una fattispecie più circoscritta.

* Ricercatore Universitario presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

¹ Si tratta della stessa soluzione già anticipata, in giurisprudenza, da Cass. Firenze, 23.3.1876, in *Legge*, 1876, I, 469: «ogni coerede si considera succeduto immediatamente al suo autore in tutti i beni che gli vengono assegnati dalla divisione senza distinguere se questi eguagliano o eccedono il valore della sua quota ereditaria».

ta rispetto a quella poi realmente disciplinata. La medesima possibilità di ottenere beni in misura superiore alla *pars quota* era contemplata nel c.c. del 1865 («o a lui pervenuti per incanti»), ma l'introduzione, nella versione del 1942, dell'inciso «*anche* per acquisto all'incanto» lascia intendere come le modalità di tale acquisto potrebbero essere diverse dalla licitazione ed ulteriori.

Inoltre, l'incanto da cui eventualmente derivi l'acquisto può aver coinvolto anche terzi, per l'espunzione della specifica «a lui pervenuti per incanti *fra i coeredi*». Tale limitazione soggettiva rappresenta peraltro l'unica modifica apportata dal codificatore del 1865 al testo dell'art. 883 *Code civil*, secondo il quale «chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession».

Il titolo della Sezione o del Capo in cui si collocano i tre articoli testé menzionati è, invece, il medesimo e richiama sempre gli «effetti della divisione» («les effets du partage»)².

Il carattere retroattivo dell'efficacia della divisione, pacificamente correlato alle disposizioni ricordate, non è mai parso sufficiente a chiarire quale natura abbia tale efficacia e, segnatamente, se essa possa dirsi solo dichiarativa o, al contrario, costitutiva e traslativa di diritti³. Infatti, delle due l'una: o dichiaratività e retroattività co-

² Section IV del *Code civil*, *Des effets du partage, et de la garantie des lots*; Sezione VI del Codice Pisanelli, *Degli effetti della divisione e della garanzia delle quote*; Capo IV del Codice civile italiano del 1942, *Degli effetti della divisione e della garanzia delle quote*. V. altresì, con minime variazioni rispetto al dettato francese, l'art. 1038 del Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, l'art. 803 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, l'art. 1105 del Codice civile per gli Stati di S.M. il re di Sardegna e l'art. 1111 del Codice civile per gli Stati estensi. Cfr. GROSSI, *Divisione (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 415 ss.

³ Cfr. BARASSI, *L'art. 2077 c.c. e la pretesa natura dichiarativa della divisione secondo l'art. 1034*, in *Foro it.*, 1901, I, 1370, nota di commento a Cass. Palermo, 5.2.1901, secondo il quale l'allora art. 1034 c.c. consterebbe di una parte «dogmatica» e di una «normativa»: «or, la mia ribellione può stare contro la prima, per la solita ragione che il legislatore in quanto si atteggi a dogmatico perde tutta la propria autorità. Ma si infrange contro la seconda: il legislatore *vuole* che la divisione ereditaria si tratti *come se* fosse dichiarativa; la ragione di questo «come se» non esiste, è una norma tirannica, ma *ita lex*. (...). L'ossequio alla legge è certo laudabile cosa, ma guai a eccedere (...). La legge può dir fin che vuole che la divisione retroagisca, ma non può fare che la divisione, per sé eminentemente attributiva, diventi a un tratto dichiarativa». *Contra*, COVIELLO, *Della trascrizione*, I, Napoli, 1907, 267: «la comunione è il diritto di proprietà che hanno più persone sulla stessa cosa materialmente indivisa, ma divisa astrattamente o in parti ideali. Sicché la divisione non viene a far altro che a tradurre in realtà l'astrazione, a rendere effettiva la ripartizione ideale preesistente. Con essa, così, si viene a riconoscere un diritto che già esisteva, sebbene l'oggetto non fosse materialmente determinato, non ad attribuire un diritto nuovo. L'acquisto del diritto per i diversi comproprietari sull'oggetto materialmente non diviso è avvenuto senza dubbio in un tempo anteriore, quando si aprì l'eredità, quando le cose furono messe in società, o, in generale, quando seguì il fatto o l'atto che produsse la comunione: la divisione concerne l'oggetto del diritto, non il diritto stesso, che non viene mutato né alterato, ma solo concretamente determinato». Similmente, in giurisprudenza, A. Genova, 27.11.1880, in *Giur. it.*, 1881, I, 2, 146; in *Legge*, 1881, I, 420; in *Eco giur.*, 1881, I, 38; in *Gazz. proc.*, (XVI) 1881-1882, 65, secondo la quale «la divisione ha sempre carattere dichiarativo e non attributivo, qualunque siano le modalità che l'accompagnano». Si tratta di semplice retroattività per CAPOZZI, *Successioni e donazioni*³, II, Milano, 2015,

stituiscono binomio inscindibile, poiché la prima implica la seconda (ma non viceversa), oppure la dichiaratività, immutata restando la realtà giuridica, rifiuta ed esclude il concetto stesso di retroattività degli effetti. La natura costitutiva, per converso, sarebbe compatibile con un'efficacia retroattiva, benché a questa non inscindibilmente connessa, così come altresì rilevato da una recente decisione delle Sezioni Unite, secondo la quale non hanno «effetto retroattivo le sentenze che accertano la nullità di un negozio, mentre hanno effetto retroattivo le sentenze che pronunciano l'annullamento o la risoluzione di un contratto»⁴.

Dinanzi alla difficoltà di negare il carattere modificativo e attributivo della divisione, s'è persino talora osservato come l'art. 757 c.c. contenga una finzione («ogni coerede è reputato (...) e si considera come se»), che ne consentirebbe e legittimerebbe la dichiaratività. Il tentativo di distinguere fra realtà e finzione pare però in punto di diritto per lo più inconsistente, rilevando giuridicamente i soli effetti che l'or-

1315. Cfr. altresì la ricostruzione operata da MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*², Torino, 1998, 131 ss., e da RAMPOLLA, *Sub art. 757 – Diritto dell'erede sulla propria quota*, in *Delle successioni*, III, Artt. 713-768 octies e leggi collegate, a cura di Cuffaro e Delfini, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2010, 287 ss. L'art. 757 c.c. contiene una norma di cui «non sembra vi sia alcuna necessità» per MIRABELLI, *Divisione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 36, «perché la maggior parte delle questioni, a risolvere le quali è tradizionalmente invocato il principio della dichiaratività, sono o risolte espressamente dalla legge vigente o risolvibili sulla base di principi diversi, deducibili dall'ordinamento». V. anche LOSANA, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il Codice Civile italiano*², Torino, 1911, 562 ss.; GAZZARA, *Divisione (diritto privato). Divisione della cosa comune*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 419; ID., *Divisione (diritto privato). Divisione ereditaria*, *ivi*, 429; PAVANINI, *Divisione (diritto privato). Divisione giudiziale*, *ivi*, 439; CASSONI, *La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato*, Milano, 1974, 155 ss.; BONILINI, *Divisione*, in *Dig. civ.*, VI, Torino, 1990, 487; DELLE MONACHE, *Divisione e patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 776.

⁴ Cass., S.U., 7.10.2019, n. 25021, in *Riv. notariato*, 2019, 1262, con commento di CICERO, LEUZZI, *Quando la divisione ereditaria di immobili equivale a una vendita. Osservazioni a margine di una sentenza-trattato*; in *Riv. giur. edilizia*, 2019, 1296, con commento di TREZZA, *La natura giuridica dell'atto di scioglimento della comunione ereditaria e le implicazioni sui beni immobili abusivi: atto inter vivos, nullità testuale, divisione ereditaria parziale ed espropriazione dei beni indivisi: il revirement sistematico-teleologico della Cassazione*; in *Notariato*, 2019, 649, con commento di ROMANO, *Natura giuridica della divisione ereditaria: la posizione delle Sezioni Unite*; in *Giustizia Insieme*, 8.11.2019, con commento di TREZZA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*; in *Vita notarile*, 2019, 1229 e 1257, con commenti rispettivamente di CERSOSIMO, *La divisione ereditaria: dalla natura dichiarativa a quella costitutivo-traslativa (prime impressioni e risvolti pratici)* e di LOPS, *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche*; in *Contr.*, 2019, 607, con commento di BAVA, *La divisione ereditaria quale atto inter vivos avente natura costitutiva*; in *Riv. dir. civ.*, 2020, 13, con commento di AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*; in *Foro it.*, 2020, I, 995, con commento di BONA, *1538-2019: si chiude la parentesi sulla «dichiaratività» della divisione?*; in *Dir. succ. fam.*, 2020, 301, con commento di CIANCIMINO, *La divisione della comunione ereditaria sull'immobile abusivo al vaglio delle Sezioni unite: la validità dello scioglimento fra normativa urbanistica e assiologia ordinamentale*. V. anche MIGLIACCIO, *Sulla natura e sugli effetti della divisione*, in *Dir. succ. fam.*, 2020, 135; e AMADIO, *Divisione ereditaria ed efficacia costitutiva: la fine del dogma della dichiaratività*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 696.

dinamento determina di attribuire all'atto o all'evento⁵. La *fiction* non opera qui, difatti, sul piano del reale, immaginando che, al posto di quanto è concretamente accaduto, si sia verificato accadimento diverso, onde applicare una determinata disciplina. Al contrario, se di artificio può parlarsi, questo si realizza tutto in un ambito meramente normativo, per il tramite di una formulazione senz'altro infelice: «come se non avesse mai avuto la proprietà» lascia ampiamente intendere che il coerede, «degli altri beni», proprietario invece è stato.

Nella pronuncia già menzionata, le Sezioni Unite, rivitalizzando il dibattito sul tema, distinguono fra efficacia e natura dell'atto e rinvencono nell'art. 757 c.c. la mera retrodatazione degli effetti, onde assicurare continuità tra la posizione giuridica del defunto e quella dell'erede proprietario del bene infine diviso. In assenza

⁵ Così BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*⁶, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, sub art. 1116, 343; MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, 40-41; EAD., *La divisione ereditaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da Rescigno, II, Padova, 2010, 34-35. Si tratta di mera finzione, per volontà del legislatore, per GABBA, *Intorno alla natura giuridica della divisione*, in *Foro it.*, 1903, I, 1413 ss., nota di commento a A. Casale, 21.4.1903; e DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 81. V. anche DEIANA, *Problemi e riforma in tema di divisione*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1946, I, 420. Similmente, cfr. FORCHIELLI, ANGELONI, *Della divisione. Art. 713-768*⁷, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2000, 58. V. inoltre BARASSI, *op. cit.*, 1369, per il quale «la teoria della divisione *dichiarativa*» è «la grande idra, le cui molteplici teste fanno capolino qua e là, un po' dappertutto, nella dottrina» e «prima della divisione bisogna sottostare alla finzione di credere sussistente lo stato di cose che si attuerà solo dopo convenuta o stabilita la divisione. (...) Quella finzione soggioga i cervelli e le menti fino a negare che durante lo stato di indivisione esista una situazione ben precisata dalla comunione, e di cui si può agevolmente determinare la portata economica in base alla proporzione delle quote: si deve passare sopra di essa, astrarre da essa, perché non può esservi se non lo stato di cose conseguente alla divisione, che sola impera tirannica anche prima di aver luogo. Questa costruzione giuridica, questa concezione è in una contraddizione così stridente con tutta la vita economica quotidiana, che davvero bisogna diventar sospettosi circa la portata (...) che la dottrina e la giurisprudenza unanimemente attribuiscono all'art. 1034». *Contra* CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, 1, 20: «La *fiction* (...) consiste nell'attribuzione a un fatto dell'effetto giuridico proprio di un altro fatto, la cui concomitanza al primo non è stabilita dall'esperienza (...). Con la finzione l'art. 1034 non ha proprio che fare. Codesta norma non finge nulla; ma solo attribuisce alla divisione un effetto, che può non corrispondere alla intenzione delle parti; né vi è bisogno di supporre tale intenzione, affinché il contratto spieghi un effetto, che la legge può farne derivare e ne deriva del tutto indipendentemente da quella. Tutto ciò che si può dire è che tale effetto può non corrispondere a tale intenzione; e perfino si può dubitare della sua convenienza tecnica; ma questo non richiama che assai impropriamente l'istituto della finzione». Mentre, infatti, «una legge fisica esprime veramente un rapporto causale, cioè un rapporto tra l'essere di un fenomeno e l'essere di un altro fenomeno», «una legge giuridica mette in rapporto l'essere di un fenomeno (...) col mero dover-essere (*Sollen, Sein-Sollen*) di un altro fenomeno»: v. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 437 (da cui le successive citazioni); e in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1999, 17. Quella di cui all'art. 757 c.c. è una «finzione di continuità» per LA TORRE, *La finzione nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 315. «La divisione dichiarativa è fondata su di una finzione e come tale non può avere la estensione dei principi giuridici, e per essa vi ha un limite, quello stesso dell'oggetto per cui è stata stabilita dal legislatore»: cfr. Cass. Palermo, 26.6.1902, in *Foro sic.*, 1902, 359; e in *Circ. giur.*, 1902, 233.

della previsione codicistica, «l'acquisto *ex divisione* avrebbe (...) effetti *ex nunc*, (...) dal momento del perfezionamento» della divisione, alla stregua di qualsivoglia altro contratto traslativo. La natura, dunque, è questione «logicamente precedente ed indipendente» rispetto all'efficacia e alle modalità di produzione degli effetti; d'altra parte, il mutamento della situazione giuridico-patrimoniale del comunista cui dà luogo la divisione «vale a determinare la natura costitutivo-traslativa» di quest'ultima⁶.

Il mutamento indotto dalla divisione, difatti, con la liquidazione della *pars quota* e il passaggio da questa alla *pars quanta*, forse non opera sul piano economico, poiché non v'è incremento o decremento in tal senso⁷, ma si compie senz'altro su quello giuridico: viene meno la contitolarità sui cespiti ed insorgono in capo ai conviventi singoli diritti di proprietà individuale⁸.

La disciplina codicistica della divisione rende scivoloso qualsivoglia tentativo definitivo e di riconduzione ad una categoria unitaria. La stessa retroazione degli ef-

⁶ Cass., S.U., 7.10.2019, n. 25021, cit. *Contra*, per la natura meramente dichiarativa della divisione, Cass., 13.8.1998, n. 7954, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Divisione*, n. 17; Cass., 29.3.2006, n. 7231, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1142 ss.; Cass., 31.5.2006, n. 13009, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Famiglia (regime patrimoniale della)*, n. 128, la quale ribadisce la natura dichiarativa anche nell'ipotesi di pagamento di conguaglio; Cass., 5.8.2011, n. 17061, in *Vita not.*, 2012, 641, con commento di CASTELLANO, *Acquisto di bene in sede di rimborso dei conferimenti e regime patrimoniale dei coniugi*; Cass., 10.1.2014, n. 406, in *Riv. notariato*, 2014, 523, ove «il principio della natura dichiarativa della sentenza di divisione opera esclusivamente in riferimento all'effetto distributivo, per cui ciascun convivente è considerato titolare, sin dal momento dell'apertura della successione, dei soli beni concretamente assegnatigli e a condizione che si abbia una distribuzione dei beni comuni tra i conviventi e le porzioni a ciascuno attribuite siano proporzionali alle rispettive quote; non opera invece, e la sentenza produce effetti costitutivi, quando ad un convivente sono assegnati beni in eccedenza rispetto alla sua quota, in quanto rientranti nell'altrui quota»; Cass., 10.3.2015, n. 4730, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 14; Cass., 7.11.2017, n. 26351, *ivi*, 2017, voce *Successione ereditaria*, n. 214, per la quale anche «lo scioglimento della comunione ereditaria con assegnazione di un bene ad un convivente non è qualificabile come atto di alienazione e, quindi, non viola il relativo divieto imposto dal testatore, in quanto l'effetto "dichiarativo-retroattivo" della divisione rende ogni comproprietario titolare di quanto attribuitogli fin dall'epoca di apertura della successione». V. anche, infine, TOSCHI VESPASIANI, *Comunione ereditaria di immobile abusivo e natura giuridica della divisione*, in *Contr.*, 2007, 771, commento a T. Marsala, 14.12.2006; MAGLIULO, SGOBBO, SUPINO, *La divisione: profili sostanziali, processuali e tributari*, in *Giur. it.*, 2014, 1768; FORINA, *Scioglimento contrattuale della comunione ereditaria nei confronti di un solo coerede*, *ivi*, 1356, commento a Cass., 9.10.2013, n. 22977.

⁷ Secondo la nota espressione di BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 770, ciascuno si ritrova con «né più né meno di quello che aveva prima». È comunque fatta salva la possibilità di esperimento dell'azione revocatoria, poiché il contratto di divisione è «atto di disposizione del patrimonio astrattamente suscettibile, pur nella sua efficacia dichiarativa, di arrecare pregiudizio alla garanzia patrimoniale del debitore» con una «alterazione del patrimonio del debitore di tipo qualitativo, tale da rendere più difficoltosa l'aggressione dei suoi beni», all'uopo invece non rilevando il requisito della *scientia damni*, per la natura c.d. neutra della divisione medesima: cfr. T. Roma, 22.3.1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 128; e in *Notariato*, 1995, 53; LENOCI, *La divisione*, Torino, 2006, 103. V. anche A. Milano, 3.2.1999, in *Foro it.*, 2000, I, 2980; e T. Pisa, 13.12.2019, n. 1281, in *De Jure*.

⁸ V. AVERSANO, *Le comunioni e il retratto*, in *Globalizzazione e pluralità delle fonti giuridiche: un duplice approccio*. Liber discipulorum, a cura di Ziccardi Capaldo, Napoli, 2012, 361 ss.

fetti, indubitabilmente attestata dal dato normativo, conosce eccezioni che necessitano d'indagine e chiarimenti. Quanto poi alla natura dichiarativa o costitutiva della divisione, neanche l'ultima statuizione – in senso costitutivo – delle Sezioni Unite⁹ sembra a chi scrive risolutiva, e non tanto per una supposta difficoltà esegetica e ricostruttiva della regolamentazione di interesse.

Parrebbe, difatti, che fulcro della questione sia diventata piuttosto la configurabilità di una natura ibrida, ove un medesimo negozio è suscettibile di concentrare in sé effetti riconducibili ora alla dichiaratività ora alla costitutività, senza che un ordine manicheo possa presentare una qualche utilità o apportare all'interprete maggiori spunti conoscitivi. Cade, dunque, così come accaduto in ambito di negozio d'accertamento¹⁰, la fiducia nella netta contrapposizione fra categorie: fra giudizio e comando, rappresentazione e precetto, dichiarazione di scienza e dichiarazione di volontà¹¹.

La *torbida* natura della divisione si spiega, peraltro, con la difficoltà finanche di pervenire ad una definizione, nel senso di una chiara delimitazione, del contratto di cui si tratta, del quale non v'è aspetto che non sia stato messo in dubbio¹²: in termini di sinallagma e di corrispettività, di sua onerosità o gratuità, di plurilateralità *ex art. 1420 c.c.* La previsione di cui all'art. 764 c.c., inoltre, conduce all'esito paradossale di una definizione inferita, *a contrario*, dall'estensione o meno di un particolare regime di invalidità quale è la rescissione per lesione *ultra quantum*. Il rompicapo degli atti «diversi» ma «equiparati» rende altresì incerta la stessa individuazione del-

⁹ Cass., S.U., 7.10.2019, n. 25021, cit.

¹⁰ Una puntuale analisi del tema è offerta, da ultimo, da L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucazione*, Napoli, 2018, 13 ss.

¹¹ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli, 1994, 149 e 151: «orbene, secondo che il contenuto sia socialmente destinato solo a informare o chiarire (*docere*), ovvero a dettar norma o statuire (*iubere*), destinato, cioè, nell'un caso, a enunciare alcunché di esistente ovvero, nell'altro, a disporre un dover essere per il futuro, la dichiarazione dovrà qualificarsi come enunziativa o puramente rappresentativa, quando *docet*, o rispettivamente come dispositiva o precettiva o ordinativa, quando *iubet*. (...) All'in fuori delle situazioni ora menzionate, il tenore letterale, per sé considerato, che la dichiarazione presenta, può anche essere quello di una dichiarazione rappresentativa (di scienza, come si usa dire); e ciò non ostante può darsi che, ove si guardi quanto vien dichiarato alla luce delle vedute sociali rispecchiate e fatte proprie dall'ordine giuridico, aderisca alla dichiarazione – in linea di coerente conclusione – una valutazione di dover essere per l'avvenire, che conduce (con una corretta interpretazione) a rinvenire in essa, sia pure implicito e non appariscente, un contenuto precettivo, e proprio il contenuto caratteristico del negozio giuridico».

¹² Cfr. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, cit., 89 ss., il quale sostiene onerosità e sinallagmaticità della divisione per l'interdipendenza dei reciproci vantaggi e riconoscimenti. «Se non che, pur essendo negozio bilaterale, dovrà considerarsi contratto plurilaterale anche quello che interviene fra due sole persone, purché le prestazioni di ciascuna di esse siano dirette al conseguimento di uno scopo comune, siano in altri termini moltiplicate solo quantitativamente, secondo il numero dei contraenti, ma qualitativamente identiche e comuni»: v. CASULLI, *Divisione ereditaria (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 44 e 54, secondo il quale la divisione è altresì «atto neutro», «non potendosi concepire una prestazione a carico del condividente che viene ad avere in concreto quanto gli spetta per legge e che già possiede in astratto» e dal momento che nessun condividente effettua «liberalità in favore degli altri, dovendosi assegnare a ciascuno in concreto una quota esattamente proporzionale, come valore, alla sua quota astratta sul patrimonio da dividere».

la causa e della funzione dell'atto¹³, alla ricerca di un equilibrio fra differenze e somiglianze di tipi contrattuali, diversi ma vicini, al fine di giustificare l'applicazione estensiva di una parte della disciplina codicistica, ma senza una chiara e preliminare definizione della portata di tale estensione.

Lo stesso ampliamento in senso oggettivo e soggettivo, riguardo ad una divisione che attenga o meno ai soli beni in comunione¹⁴, o che coinvolga o meno i soli soggetti partecipanti alla comunione medesima, inficia le certezze in termini definitivi e condiziona la risposta sulla natura del negozio. Per esempio, laddove il comunista sia assegnatario di un bene esorbitante dalla sua quota o addirittura estraneo alla comunione, si ritiene che non vi sia modo di negare la traslatività del contratto¹⁵. Il problema, allora, sarà di comprendere se si tratti ancora di divisione.

Si vede dunque come l'esegesi dell'art. 757 c.c. domini, peraltro con un ragionamento che rischia di rivelarsi fallace, l'intera logica del discorso.

¹³ Sulla funzione distributiva, cfr. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 78 ss. V. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, e AMADIO, *Funzione distributiva e tecniche di apporcionamiento nel negozio divisorio*, entrambi in *Contratto di divisione e autonomia privata*, Atti del Convegno Santa Margherita di Pula, Fortevillage, 30 e 31.5.2008, Milano, 2008, rispettivamente 8 ss. e 28 ss.

¹⁴ Cfr. TOTI, *Divisione in natura e proporzionalità quantitativa. Il ricorso a beni estranei alla comunione (artt. 720 e 728 c.c.)*, Milano, 2017, *passim*.

¹⁵ Cfr. già Cass., 18.10.1961, n. 2224, in *Foro it.*, 1962, I, 1549: «(...) il legislatore chiaramente definisce la divisione come negozio esclusivamente dichiarativo-retroattivo e, pertanto, ne nega la natura modificativa. Quindi, così come è concepita dal nostro legislatore, la divisione è un negozio di mero accertamento che vale soltanto ad eliminare la incertezza sui limiti di individuazione del diritto di ciascun compartecipe; essa non porta alcuna modificazione al rapporto reale preesistente. Conseguente che, ove in sede di divisione si verifichi una divergenza dal rapporto reale preesistente, si verifichi, cioè, che ad un compartecipe spettino beni non corrispondenti alla sua quota quale era fissata quantitativamente nel titolo costitutivo della comunione, il negozio viene ad assumere un contenuto modificativo del precedente rapporto, e, nei limiti della eccedenza della quota assegnata, opera un'attribuzione patrimoniale di non dubbio contenuto traslativo. È, pertanto, chiaro che (...) si decampa dal negozio di accertamento dichiarativo e si pone in essere un negozio che ha l'apparenza del negozio dichiarativo, ma la vera sostanza di un negozio traslativo (permuta)». V. inoltre Cass., 24.7.2000, n. 9659, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Divisione*, n. 13, secondo cui il principio di cui all'art. 757 c.c. opera «nei limiti in cui si abbia una distribuzione dei beni comuni tra i condidenti e le porzioni del complesso attribuite a ciascuno di essi siano proporzionali alle rispettive quote di partecipazione alla comunione, non anche ove all'uno dei condidenti venga assegnata, oltre a quella di sua pertinenza secondo il detto criterio, altresì la porzione corrispondente alla quota d'altro condidente in applicazione, nel caso particolare, dell'art. 720 c.c. In quest'ultima ipotesi, infatti, alla pronuncia stessa non può non riconoscersi effetto traslativo-costitutivo in relazione alla porzione dei beni comuni che il titolare della corrispondente quota sostanzialmente cede in cambio d'un equivalente in danaro». Trattandosi, dunque, di pronuncia traslativa-costitutiva con efficacia *ex nunc*, sia gli effetti reali sia quelli obbligatori conseguenti all'assegnazione ad uno dei condidenti di beni in eccedenza rispetto alla sua quota e rientranti nell'altrui quota si producono dal momento in cui la pronuncia medesima diviene definitiva o, comunque, esecutiva. Cfr. parimenti Cass., 29.4.2003, n. 6653, in *Riv. notariato*, 2004, 785; Cass., 10.2.2004, n. 2483, in *Arch. civ.*, 2004, 1449; e Cass., sez. trib., 15.6.2010, n. 14398, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Registro (imposta di)*, n. 100 («il principio dichiarativo comporta che ciascuno dei condidenti consegue, sotto altra veste, ciò che è già suo, senza che intervenga alcuna alienazione, realizzandosi solo una trasformazione dell'oggetto del diritto»).

2. La natura dichiarativa della divisione viene enunciata nel diritto intermedio per due ragioni molto pratiche: evitare di far pagare le tasse due volte (al momento dell'apertura della successione o della costituzione della comunione ordinaria e, successivamente, in sede di divisione); rendere inefficaci i diritti reali costituiti *manente comunione* da un dividente su beni poi assegnati ad altri consorti¹⁶.

Qualificata come mero atto ricognitivo, infatti, la divisione semplicemente dichiara il diritto parziario di ciascun coerede, già acquistato al momento dell'apertura della successione (*le mort saisit le vif*), così anche escludendo che il terzo creditore ipotecario possa far valere il suo diritto, dopo la divisione, «su ciascuna delle parti materiali assegnate ad ogni singolo dividente, nella porzione della porzione ideale spettante in essa parte al comunista suo autore»¹⁷, nonché, in ipotesi, sulla metà del fondo aggiudicato per intero ad uno dei due condomini, benché non debitore. La soluzione risiede o nell'invitare il creditore ad intervenire nella divisione, e allora l'ipoteca si trasferirà sulla parte del fondo assegnato al consorte debitore o si realizzerà sul prezzo¹⁸, oppure nell'istituire direttamente il giudizio di divisione contro il creditore dell'altro comproprietario. Questi rimedi apparivano però inefficaci a fronte di un sistema – quale quello prenapoleonico – di ipoteche generali ed occulte, in cui le divisioni ereditarie erano suscettibili d'impugnazione da parte di creditori via via emergenti, che non potevano essere prima chiamati in giudizio semplicemente perché ignoti¹⁹.

¹⁶ Cfr. GROSSI, *op. cit.*, 415, il quale, dopo aver ricordato che, nel diritto feudale, i trasferimenti di proprietà ed ogni mutazione del fondo servente erano tassati con il laudemio (*profit de vente*), spesso corrispondente alla quinta parte del prezzo (*profit de quint*) o del valore della quota ereditaria (*le quint*; talora *le requint*, se pari al doppio del quinto), fa risalire la prima enunciazione della dichiaratività della divisione ad un *arrêt* del Parlamento di Parigi del novembre del 1538, a proposito dell'ipoteca consentita dal condomino. Sul tema, cfr. anche VITUCCI, *Comunione*, in *Nuovo Dig.*, III, Torino, 1938, 557; e BIONDI, *Comunione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 855. Con specifico riguardo alla costituzione da parte di uno dei condomini di usufrutto o pegno sulla sua quota, SEGRÈ, *Corso di diritto romano. La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, 1931, 90 ss.

¹⁷ Così GABBA, *op. cit.*, 1419, il quale aggiunge: «di qui necessità di ricorsi del dividente o dei dividenti convenuti, benché non debitori, contro il dividente debitore, per essere assistiti nella lite e poi per esser rimborsati. Ricorsi spesse volte illusori, e da non tentarsi neppure ove il debitore sia diventato insolubile». È questa altresì la soluzione offerta da Antistio Labeone, contro l'opinione del suo maestro Trebazio Testa (riferita da Bleso), secondo la quale l'usufrutto si concentrerebbe per l'intero, invece, sulla sola porzione reale assegnata al costituente, quale surrogato della quota *pro indiviso* che egli non ha più: cfr. SEGRÈ, *op. cit.*, 92; Id., *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *Riv. it. scienze giur.*, (6) 1888, 353 ss.

¹⁸ Cfr. T. Roma, 17.3.2003, inedita: «Ove il bene indiviso, gravato da ipoteca costituita sulla propria quota da uno dei partecipanti alla comunione, sia stato assegnato ad un compartecipe diverso da quello che aveva costituito l'ipoteca, questa viene meno ed al suo posto sorge, a favore del creditore, un diritto di pegno sul conguaglio dovuto al dividente debitore in luogo dei beni in natura. Conseguentemente il provvedimento di assegnazione in favore del diverso dividente deve contenere l'ordine di cancellazione dell'ipoteca».

¹⁹ Per il diritto romano, i diritti reali consentiti da uno dei coeredi sulla cosa indivisa pregiudicano gli altri condomini, i quali ricevono libera la loro quota nel solo caso in cui la divisione si sia fatta in contraddittorio dei terzi interessati: Cass. Torino, 20.6.1875, in *Giur. tor.*, 1875, 653. Così, fino a che la divisione non sia stata trascritta, le ipoteche che colpiscono i beni della comunione continuano a rimanere efficaci anche su

La dichiaratività della divisione non è, dunque, principio già espresso in diritto romano.

Le fonti romanistiche si limitano difatti ad assimilare la divisione, volta a volta, alla permuta o alla vendita, così da assicurarle tutela, rispettivamente, con l'azione *praescriptis verbis* o con quella *ex empto*. Non pare, peraltro, che tale diversa ed alternativa qualificazione dell'istituto derivi dalla materiale divisione dei beni con essa operata (divisione in natura) o, per converso, dalla realizzazione di una divisione c.d. "civile", per esempio con l'aggiudicazione di un bene per l'intero ad uno dei condividenti, condannato a liquidare i consorti per l'equivalente della porzione che sarebbe loro spettata²⁰. Certo è solo che si tratta di un contratto di scambio riguardante la quota ideale di cui ciascun condomino è proprietario sui beni attribuiti agli altri. Il condividente non ottiene dunque la proprietà dell'intero bene di cui egli è assegnatario, onde aggirare il divieto di acquisto di cosa già propria, bensì consegue la proprietà delle quote che idealmente ed aritmeticamente gli mancano al fine di conseguire il diritto integrale su un oggetto materiale²¹.

In ordine alla divisione giudiziale, tuttavia, il diritto romano, che conosceva più azioni divisorie connotate dalla combinazione di *adiudicatio* e *condemnatio*²², confe-

beni divisi: Cass. Torino, 10.8.1866, in *Gazz. proc.*, 1866, I, 245; e in *Gazz. trib. Gen.*, 1866, II, I, 194; A. Modena, 6.8.1871, in *Legge*, 1871, I, 859.

²⁰ Cfr. DEIANA, *op. ult. cit.*, 38 ss. V. altresì la definizione datane da DUMOULIN, *Commentarii in Parisienses Totius Galliae Supremi Parlamenti Consuetudines* (Francoforti ad Moenum, 1597, Tit. I *De fiefs*, § XXIII, n. 74): «*est enim divisio contractus mixtus participans de distractu et contractu et de permutatione et de venditione et tamen propriam et distinctam habet naturam*». Lo stato di incertezza riguardo all'esatta natura della divisione si rinviene negli stessi responsi di Papiniano, che la definisce quale *permutatio rerum discernens communionem* (*Pap.*, 8 resp. D.31,77,18) ovvero *quasi permutatio* (*Ulp. 19 ad ed. D.10,2,20,3*), mentre in altre fonti coeve essa non manca di essere assimilata alla compravendita (C.3,37,3 Imp. Alex. Sev., a. 222 e C.3,38,1 Imp. Anton., a 211). V. RICCI, *Fondamento della massima, essere la divisione dichiarativa e non attributiva di proprietà*, in *Giorn. leggi*, (46) 1878, 361; e GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, VII, 1, Torino, 1937, 127. Non si deve peraltro dimenticare che, nel diritto romano, mancava l'idea di condominio siccome gruppo collettivo cui compete la proprietà: ciascun contitolare, difatti, serbava individualmente il suo diritto e ne esercitava in piena autonomia le facoltà divisibili *pro parte*, quali, a titolo esemplificativo, la percezione dei frutti, l'alienazione della quota o la costituzione di usufrutto su di essa. Non erano invece consentite al singolo condomino le facoltà indivisibili, le quali verrebbero ad esaurire l'altrui diritto, come l'alienazione di parti materiali e la costituzione di servitù prediali: cfr. BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, 293; e BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 2004, 348 ss.

²¹ RAMPONI, *Della comunione*, Napoli-Torino, 1922, 213 ss.

²² Le azioni divisorie comprendevano l'*actio familiae erciscundae*, per la comunione ereditaria, l'*actio communi dividundo*, per quella ordinaria, e l'*actio finium regundorum*, con cui si confermava o ridefiniva il vecchio confine: cfr. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, versione italiana, II, Venezia, 1824, 574; SALIS, *Sul carattere attributivo e traslativo ovvero dichiarativo e retroattivo delle divisioni*, in *Circ. giur.*, 1871, I, 121 ss.; SCIALOJA, *Diritto ereditario romano*, Lezioni redatte da Secchi e Biamonti, Roma, 1905, 404 ss.; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma, 1928, 652 ss.; SOLAZZI, «Societas» e «communio». (*A proposito di Gai. 3.154 a*), in *Id.*, *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 427 ss.; BURDESE, *Divisione (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 412; VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967, 733 ss.; DIAZ BIALET, «De finium regundorum». *CTh.* 2, 25, 1-5, in *Studi in onore di Giuseppe*

riva al giudicante un'elevata discrezionalità, legittimandolo a procedere all'assegnazione nel modo che egli riteneva più conveniente, benché sempre in ossequio all'equità quale attributo essenziale e avuto altresì riguardo all'impossibilità o all'inopportunità di una divisione c.d. "in natura": la causa mirava allo scioglimento della comunione mediante la creazione di un dominio assoluto ed esclusivo su parti materiali, certe e geometriche dei beni interessati e la conseguente eliminazione della situazione di comproprietà.

La divisione non serviva, dunque, ad eliminare una situazione di incertezza, essendo connotata da un titolo giuridico che doveva essere univocamente dimostrato dai singoli condividenti e da un oggetto egualmente univoco, perché identificabile con la parte aliquota d'un corpo, quale dominio astratto e non definito solo materialmente. Il suo carattere attributivo traeva conferma dal fatto che, ad esito della divisione, sorgeva un diritto nuovo, così da far assumere all'aggiudicazione il ruolo di uno speciale modo derivativo (per successione) di acquisto della proprietà²³.

L'incertezza contraddistingueva, tutt'al più, l'*actio finium regundorum*, non rivolta alla divisione di cose comuni, bensì diretta all'individuazione dei termini, confusi, di due o più fondi di proprietari diversi. Il proprietario, però, poteva rivendicare il terreno usurpato dal vicino (*rei vindicatio*), onde ottenerne la restituzione, a fronte di un suo pacifico ed esclusivo diritto sul bene. Se lo riteneva conveniente, il giudice (*arbiter*) aveva inoltre il potere di spostare i confini, benché certi e riconosciuti, in luogo diverso, procedendo all'*adiudicatio* di una porzione di *praedium*, previo pagamento, da parte dell'assegnatario, di una somma di danaro alla controparte (*condemnatio*). All'aggiudicazione si ricorreva altresì in tutti i casi in cui i *fines* non fossero chiaramente riconoscibili²⁴.

Grosso, II, Torino, 1968, 539 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 706; STOLFI, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio*, II, Milano, 2001, 361 ss.; VINCI, *Un esempio di 'causa mixta' nelle azioni divisorie: prime riflessioni sulla costituzione di pegnolipoteca su bene indiviso*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di Garofalo, II, Padova, 2011, 80 ss.; PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, 122 ss.; MÖLLER, *Il regolamento di confini*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di Corsi, II, Napoli, 2018, 449 ss.; GONZÁLEZ ROLDÁN, *Hereditas e interpretazione testamentaria in Nerazio*, Napoli, 2019, 81 ss.; VARVARO, *Alcune considerazioni sulla ricostruzione delle formule delle azioni divisorie*, in *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone*, a cura di D'Angelo, De Simone e Varvaro, Torino, 2019, specie 294 ss.

²³ Cfr. per tutti MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 315 s.

²⁴ Cfr. SALIS, *op. cit.*, 123. In POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, cit., 570-572, si legge, in ordine all'azione in esame, che con essa «si agirà non solamente per li Confini, cioè per lo spazio di cinque piedi, ma eziandio talvolta anche pel luogo, nel caso che l'una delle parti pretendesse che il suo vicino gli avesse usurpato qualche porzione di fondo e volesse farsela restituire. *Pe.* Se una inondazione cagionata dal ribocco di un fiume avesse confuso i Confini, e per conseguenza avesse dato occasione a qualcuno di usurpare qualche porzione di terreno senz'averne il diritto, il Preside della provincia lo farà lasciare; l'obbligherà a restituire al proprietario ciò che gli appartiene; e comanderà che un agrimensore regoli i confini (...). Se dopo fatta la misura, e dopo esaminati i monumenti e gli altri documenti il giudice non può riconoscere chiaramente i confini, in tale caso è permesso al giudice della contestazione relativa ai confini,

Non si trattava, dunque, di una vera e propria divisione, perché non vi era alcuna comproprietà dei *praedia*, ma l'esigenza di definire l'estensione di singole proprietà aveva, di fatto, condotto all'elaborazione di un apparato rimediabile comunque correlato all'aggiudicazione, ancorché realizzata a beneficio del fondo e solo indirettamente del suo titolare²⁵.

Questa stessa aggiudicazione, peraltro, presentava natura dichiarativa o costitutiva a seconda del grado di certezza delle indicazioni offerte in ordine all'ampiezza dei fondi: l'attribuzione di un diritto nuovo o la dichiarazione e l'accertamento di un diritto già esistente coesistevano, volta a volta, nel medesimo rimedio, delineando quella dicotomia che ancora oggi alimenta il dibattito sulla funzione della divisione²⁶.

3. Nel superare la concezione traslativa del diritto romano, una divisione dichiarativa sembrava offrire migliori soluzioni applicative, perché le alienazioni delle cose indivise e i pesi impostivi continuano a sussistere soltanto riguardo ai beni poi conferiti all'erede che ne è stato autore. Gli altri cespiti, invece, sono esenti e pervengono all'assegnatario nello stato in cui si trovavano all'apertura della successione o al momento della costituzione della comunione²⁷.

se non può fissare quali siano, di togliere la controversia mediante l'aggiudicazione. Ed anche nel caso che i confini fossero riconosciuti se, per togliere qualunque difficoltà in avvenire, il giudice vuole trasportare i confini in luogo diverso da quello ov'erano prima, potrà farlo mediante l'aggiudicazione e la condanna. Nel quale caso è necessario che sia ad una delle parti aggiudicata una porzione del predio dell'altra, e che sia condannato quello a cui fu aggiudicata, a pagare una certa somma in compensazione di quanto gli fu aggiudicato. Ma ei può togliere anche la controversia sulla proprietà di un solo luogo, aggiudicandolo per porzioni alle parti in proporzione del diritto di proprietà, che al giudice sembrasse che ciascheduna avesse sopra quel luogo. Queste aggiudicazioni si riguardano fatte al fondo, anziché alla persona che ne ha la proprietà». Fa riferimento ad una incertezza «oggettiva» e «soggettiva» SALARIS, *Azioni a difesa della proprietà*², in *Tratt. Rescigno*, VII, 1, Torino, 2005, 820 ss.

²⁵ L. RAMPONI, *op. cit.*, 231: «(...) la confusione dei confini non implica nessuna parziale comunione dei fondi, perché la separazione giuridica di questi sussiste malgrado la fisica indeterminatezza di quelli» e la dichiarazione del giudice retroagisce per tutto il tempo durante il quale l'incertezza è durata. In merito al «conflitto tra fondi» e al «conflitto tra titoli», v. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del «conflitto tra fondi»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 161 ss.

²⁶ V. ampiamente VINCI, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004, 293 ss. Cfr. altresì ID., *L'azione di regolamento di confini in America Latina. La coerenza del sistema giuridico latinoamericano ed il superamento dello «snaturamento dommatico» dell'azione: gli esempi del Brasile e dell'Argentina*, in *Roma e America*, 2007, 31 ss.; ID., *'Demonstratio finium' e compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di Garofalo, 2, Padova, 2007, 411. Per MARRONE, *op. cit.*, 2004, 316, l'*adiudicatio* è costitutiva anche nell'*actio finium regundorum*, perché i confini che con essa il giudice stabiliva, «e quindi la situazione dei luoghi, venivano fissati in modo incontrovertibile».

²⁷ Cfr. MARCHESINI, *La teoria della retroattività delle leggi applicata alla divisione*, in ID., *Studi di diritto civile e penale*, Bologna, 1882, 238-240: «la legislazione francese, cui la nostra si è uniformata, non ha, propriamente parlando, mutata la natura della divisione, se non in quanto ha modificato gli effetti della successione ereditaria e l'indole del condominio che ne deriva. Essa ha reso risolubile il condominio dei coeredi, che

La comunione sembrerebbe dunque uno stato precario e per lo più transitorio, suscettibile d'essere superato ed eliso dalla divisione. La dichiaratività realizza questa elisione accertando situazioni giuridiche soggettive già esistenti senza operare un acquisto e una perdita di diritti: non v'è alcuna successione fra compartecipi, perché il coerede non è mai stato proprietario dei beni assegnati agli altri consorti.

Tale rilievo dà sufficiente conto della formulazione letterale dell'art. 757 c.c., nella parte in cui precisa che l'assegnatario non è semplicemente considerato proprietario dei beni acquistati fin dal momento dell'apertura della successione, bensì è reputato solo ed immediato successore del defunto in tutti i beni componenti la sua quota. Il dettato normativo non parrebbe allora predisporre un meccanismo di mera retroattività, diretto ad anticipare il momento dell'acquisto rispetto alla data di perfezionamento della divisione: al contrario, sembra essere *tout court* attestata la natura dichiarativa del negozio medesimo²⁸.

È pur vero che l'art. 521 c.c. si esprime analogamente («chi rinuncia all'eredità è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato») e la rubrica della norma dichiara una mera retroattività, in maniera speculare a quanto disposto riguardo all'accettazione dell'eredità *ex art.* 459 c.c.²⁹.

La retroattività della rinuncia non estingue le azioni possessorie o le altre azioni esperite dal chiamato, né priva d'efficacia gli atti di conservazione, di vigilanza e di amministrazione temporanea da questi compiuti ai sensi degli artt. 460 e 486 c.c., perché il rinunziante viene al riguardo *ex post* considerato un *negotiorum gestor*³⁰.

per diritto romano non fu mai un diritto risolubile, ma alienabile per via di permutazione o di vendita anche nella divisione medesima. Ecco perché la divisione era pei romani traslativa o attributiva di proprietà, ed è solamente dichiarativa pei francesi e pei loro imitatori (...). Tizio coerede che per diritto romano aveva un diritto assoluto sopra ciascun fondo ereditario in proporzione della sua quota di interessenza nella eredità dell'autore comune, diritti che nessuno potea togliergli senza il suo concorso, e ch'egli poteva vendere, ipotecare ed obbligare come meglio gli piacesse: per diritto francese invece non ha che un diritto eventuale, risolubile (...). Il condominio alienabile posseduto prima dai coeredi si convertirebbe in condominio risolubile. Le ipoteche, le servitù da alcuno di loro imposte sulla parte indivisa di uno ad altro fondo, si risolverebbero se quel fondo in divisione non gli toccasse e non solo le ipoteche e le servitù, ma la vendita stessa che egli della sua comproprietà avesse fatta, in nulla si risolverebbe, perché il fondo non gli è toccato». Più recentemente, torna sul tema VINCI, *Un esempio di 'causa mixta' nelle azioni divisorie: prime riflessioni sulla costituzione di pignolipoteca su bene indiviso*, cit., 93-94.

²⁸ Così DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, cit., 71.

²⁹ Secondo MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, 306, «la regola retroattiva altro non si presenta se non come un principio del nostro sistema successorio». Il passaggio è ripreso e sviluppato anche in ID., *La divisione. Effetti, garanzie, impugnative*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, 48 ss.

³⁰ Cfr. SCIARRINO, RUVOLO, *La rinuncia all'eredità*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2008, 215-216; PERLINGIERI, *Rinuncia all'eredità*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*², a cura di Calvo e Perlingieri, I, Napoli, 2013, 327 ss.; nonché, per un più attento coordinamento tra gli artt. 521 e 525 c.c., dal quale si fa discendere l'attribuzione alla rinuncia di una portata esclusivamente procedimentale e non sostantiva, BARBA, *La rinuncia all'eredità*, Milano, 2008, 22 ss.

Parimenti, rientra nell'ambito della gestione di affari la locazione o il comodato della cosa comune da parte di uno dei comproprietari senza la concorrente volontà degli altri comunisti³¹.

L'elisione della comunione opera dunque in ordine all'acquisto della titolarità dei beni assegnati e all'effetto distributivo – l'apporzionamento – proprio della divisione; non opera, invece, nel senso di cancellare completamente gli effetti della comunione ovvero al punto di modificare le situazioni giuridiche attive e passive eventualmente acquisite dal contitolare o dai terzi in costanza di comunione³².

³¹ Cfr. Cass., S.U., 4.7.2012, nn. 11135-11136, in *Imm. e propr.*, 2012, 527, con annotazioni di MONEGAT; in *Corriere giur.*, 2012, 1441, con commento di CARBONE, *Le Sezioni Unite sulla disciplina applicabile alla locazione della cosa comune da parte di uno dei comproprietari*; in *Corriere mer.*, 2013, 47, con commento di TRAVAGLINO, *La locazione di immobile da parte di un solo comproprietario*, la quale dirime il contrasto giurisprudenziale in merito all'alternativa configurabilità di un mandato disgiuntivo presunto ovvero di una gestione d'affari nell'interesse comune; e Cass., 10.9.2019, n. 22450 (ord.), in *C.E.D. Cassazione* 2019. Cfr. altresì PELLEGRINI, *Alienazione di quota indivisa dell'immobile locato e prelazione urbana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 647 ss., commento a Cass., S.U., 14.3.2007, n. 13886; CAPRA, *Comunione di diritti di proprietà industriale e prerogative del singolo comunista*, in *Riv. dir. industriale*, 2013, 57; CORDOPATRI, *Atto dispositivo del comunista e rappresentanza implicita*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 856; MAFFEIS, *Quando non dovrebbe essere applicato, e quando invece è prezioso, l'istituto della gestione di affari altrui*, in *Corriere giur.*, 2015, 1506, commento a Cass., 26.6.2015, n. 13203. Riguardo agli atti di amministrazione della cosa comune, cfr. Cass., 28.2.2017, n. 5014, in *C.E.D. Cassazione* 2017; e Cass., 4.7.2019, n. 1793, inedita. Infine, sulla concessione a terzi del diritto di installare sul lastrico solare impianti di trasmissione radiotelefonica, v. Cass., 29.3.2019, nn. 8943-8944 (ord.), in *Contr.*, 2019, 647, con commento di PAROLA, *La concessione del lastrico solare per l'installazione di impianti di radiotelefonica*; e in *Imm. e propr.*, 2019, 488, con commento di LAURINO, *La «concessione ad aedificandum» sul suolo comune: gli impianti di radiotelefonica alle Sezioni Unite*. Quanto alla legittimità della cessione gratuita od onerosa, da parte di un solo condomino, del godimento, anche a titolo di locazione, della cosa comune o di una quota ideale di questa (determinata nel suo contenuto con riferimento agli utili e ai frutti), hanno evidenziato che si tratta di atto di ordinaria amministrazione che si presume compiuto nell'interesse di tutti i comproprietari, salvo prova contraria, ed è dunque realizzabile anche senza l'espreso assenso degli altri condividenti Cass., 4.7.1953, n. 2102, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce *Comunione e condominio*, nn. 32-34; Cass., 29.5.1954, n. 1768, *ivi*, 1954, voce *cit.*, nn. 26-27; Cass., 28.7.1956, n. 2916, e 9.10.1956, n. 3439, entrambe *ivi*, 1956, voce *cit.*, nn. 40 e 23; Cass., 19.5.1962, n. 1133, *ivi*, 1962, voce *cit.*, n. 37.

³² Cfr. DE CESARE, GAETA, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, 25; CAPRA, *op. cit.*, 98 ss.; nonché Cass., 2.4.1965, n. 575, in *Foro it.*, 1965, I, 1220, secondo cui la natura dichiarativa della divisione «non riguarda la locazione, giacché essa è un atto di amministrazione, e non di disposizione, della cosa comune» e il principio di dichiaratività rappresenterebbe «non solo una norma del tutto particolare, ma una vera finzione legale, giacché lo stato di indivisione, pur considerandosi a determinati effetti come non mai sorto, in realtà ha avuto esistenza giuridica, per cui gli atti di amministrazione delle cose comuni (...) non possono essere considerati inefficaci, sol perché i suddetti beni non siano assegnati nella divisione al condividente medesimo». Muovendo da identico apparato argomentativo, si è altresì sostenuto che la costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accessione, ai sensi dell'art. 934 c.c., di proprietà comune agli altri contitolari del suolo: cfr. Cass., S.U., 16.2.2018, n. 3873, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 847 e 895, con commenti di TORMEN, *Accessione e alterità soggettiva tra proprietario e costruttore: il chiarimento delle Sezioni Unite*; e di GUARNERI, *Costruzione su suolo comune senza il consenso dei comproprietari: accessione o comunione?*; in *Foro it.*, 2018, I, 1200, con commento di BONA, *Accessione, comunione e Verwirkung*; in *Giur. it.*, 2018, 2349, con commento di CICERO, *Lac-*

La sospensione dell'usucapione o della prescrizione di diritto indivisibile quale la servitù, per esempio, è fatta salva anche qualora il bene sia poi assegnato a condividente diverso da colui a tutela del quale tale sospensione ha operato *ex art.* 2942 c.c.³³.

Inoltre, i frutti naturali della cosa comune, già separati al momento della divisione, confluiscono nella comunione e non competono all'assegnatario del bene che li ha prodotti³⁴, mentre i condividenti sono tenuti a reciproca garanzia per molestie ed evizioni derivanti da causa anteriore alla divisione, *ex artt.* 758-759 c.c.³⁵.

Le ultime menzionate sono eccezioni, invero, solo apparenti, che trovano spiegazione nell'esigenza di osservare l'apporzionamento e il valore proporzionale dei lotti, onde ristabilire l'eguaglianza e porre rimedio al disequilibrio economico che si è

cessione della costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune; in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1403, con commento di ABATANGELO, *Principio di accessione e comunione: un «ritorno al passato» da parte delle Sezioni Unite*; in *Notariato*, 2018, 287, con commento di CIMMINO, *Immobile edificato su suolo comune da uno solo dei comproprietari*; in *Dir. famiglia*, 2018, 466; in *Corriere giur.*, 2019, 191, con commento di CARBONE, *Per le Sezioni Unite l'accessione si applica anche al suolo comune*; in *Giur. it.*, 2019, 300, con commento di ZANCHI, *Altruità del bene e applicabilità della disciplina sull'accessione*.

³³ V., per esempio, MORA, *Il contratto di divisione*, cit., 352-353, al quale «pare che la retroattività, essendo disposta in favore del solo condividente, non possa giovare anche al terzo possessore, le cui vicende restano comunque al di fuori degli interessi sottostanti all'effetto retroattivo della divisione». *Contra*, BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Vassalli*, XII, 5, Torino, 1980, 203.

³⁴ Cfr. per tutte Cass., 20.3.1991, n. 2975, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Divisione*, n. 23, secondo la quale «l'entità che (...) spetta sui frutti naturali prodotti e separati durante la comunione ereditaria non va ricollegata al criterio dell'efficacia retroattiva della divisione in forza del principio posto dall'art. 757 c.c., ma deve essere commisurata al rapporto di compartecipazione della predetta al complesso dei beni in comunione», e Cass., 10.2.2004, n. 2483, cit.: «gli interessi sul conguaglio, che sono di natura corrispettiva, decorrono soltanto dal momento in cui (...) è cessato lo stato di indivisione delle cose comuni, in pendenza del quale i frutti maturati fino al momento della divisione spettano ai comunisti in proporzione delle rispettive quote di partecipazione. Pertanto non è configurabile a favore del condividente non assegnatario il diritto agli interessi compensativi sul capitale – la cui corresponsione postula il mancato godimento dei frutti della cosa propria – atteso che anche nel caso in cui il bene sia assegnato a colui che durante la comunione ne aveva il possesso, gli altri condividenti – in quanto esclusi dal godimento – avranno diritto, per il periodo precedente il provvedimento di scioglimento della concessione, soltanto al rendiconto della gestione e alla corresponsione degli interessi corrispettivi sulle somme loro eventualmente dovute in relazione ai frutti maturati e non percepiti». V. altresì Cass., 5.3.1987, n. 2320, in *Nuova giur. comm.*, 1987, I, 456, con annotazioni di PADOVINI, che conferma come il principio di retroattività non operi per gli incrementi oggettivi dei beni ereditari, verificatisi in costanza di comunione, laddove i frutti maturati siano già separati al momento della divisione. *Contra* Cass., 16.3.1961, n. 590, in *Foro it.*, 1962, I, 558, per cui ciascun coerede ha diritto ai frutti dei beni compresi nella sua quota dalla data dell'inizio della comunione; difatti, in ragione del principio dichiarativo della divisione e della conseguente sua efficacia retroattiva, ciascun consorte, essendo reputato fin dal sorgere della comunione unico titolare dei beni componenti la quota a lui assegnata, ha diritto alla percezione di tutti i frutti che quei beni abbiano prodotto.

³⁵ Cfr. in particolare DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, 507 ss.

verificato. È la causa stessa della divisione, la quale non può essere contraddetta: lo scioglimento della comunione nel rispetto delle quote³⁶.

4. Con la divisione il diritto sulla quota ideale si trasforma in un diritto di proprietà esclusiva su uno o più beni materiali, equivalente al valore di tale medesima quota ideale. V'è da chiedersi, allora, se gli atti *manente comunione* restino ancorati all'oggetto e al diritto interessati al momento della loro realizzazione o se questi seguano, invece, l'evolversi della vicenda divisoria.

L'art. 1103 c.c. evidenzia come gli atti di disposizione non possano che attenersi al mero diritto sulla quota («ciascun partecipante può disporre del suo diritto ... nei limiti della sua quota»). La divisione, invece, ove successivamente intervenuta, rinvia la propria causa proprio nel superamento del disagio giuridico ed economico di un diritto condiviso. Di ciò già dava conto il previgente art. 679 c.c. del 1865, il quale disponeva che ciascun partecipante potesse «liberamente alienare, cedere o ipotecare» la propria quota, di cui, per l'appunto, aveva «piena proprietà», aggiungendo, però, che «l'effetto dell'alienazione o dell'ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione», così da delineare un diritto reale inerente più al soggetto che all'oggetto del negozio³⁷.

Potrebbe allora sostenersi che gli effetti della divisione operano, appunto, proprio come se la contitolarità non fosse mai esistita, anche se, più correttamente, sono gli atti *manente comunione*, a séguito dell'avvenuta divisione, a trasformarsi, a causa della costituzione di un diritto nuovo (sulla *pars quanta*) e per l'estinzione del diritto (sulla *pars quota*) che ha legittimato la disposizione. Se poi a questa trasformazione si attribuisce un'efficacia *ex tunc*, l'esito è evidentemente il medesimo di una contitolarità mai esistita.

La divisione specifica l'oggetto dell'atto di disposizione, economicamente già determinato: il diritto reale continua ad essere inerente all'oggetto, ma fino alla sua

³⁶ Il passaggio è puntualmente sintetizzato da Cass., 24.7.2000, n. 9659, cit., secondo la quale, «persino nell'ipotesi di pronunzia dichiarativa, per quanto possa operare la *factio* della retroattività posta dall'art. 757 c.c. e lo stato d'indivisione debba considerarsi come non mai sorto, la comunione è stata, tuttavia, per tutto il tempo della sua durata, una realtà, di fatto e di diritto, per la quale si sono prodotti effetti materiali e giuridici la cui rilevanza non può essere pretermessa (...). Per il che è a tale realtà che deve farsi riferimento, al momento dell'adozione dei detti provvedimenti, onde regolare le situazioni accessorie quali la resa dei conti, i crediti da miglioramenti, la ripartizione dei frutti, la valutazione dei pesi gravanti su ciascun bene in forza di atti posti in essere durante lo stato di comunione». Si spiega così anche l'irrilevanza, in ambito divisionale, dell'errore quale vizio della volontà: cfr. FALZONE CALVISI, Sub art. 761 – *Annullamento per violenza o dolo*, in *Delle successioni*, a cura di Cuffaro e Delfini, III, cit., 321 ss.; ACHILLE, *Contratto di divisione ereditaria, rilevanza dell'errore e diritto di ritenzione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 252, commento ad A. Palermo, 17.5.2010; nonché CAPOZZI, *op. cit.*, 1349 ss., il quale evidenzia il diverso fondamento giustificativo dei rimedi ex artt. 762 e 763 c.c.

³⁷ Lo rileva con chiarezza VINCI, *Un esempio di 'causa mixta' nelle azioni divisorie: prime riflessioni sulla costituzione di pegno/ipoteca su bene indiviso*, cit., 93, secondo il quale «il paradosso è la 'personalizzazione' del diritto reale che segue non la *res*, ma la *persona*».

individuazione e funzionalmente a questa resta altresì inscindibilmente connesso al soggetto autore dell'atto di disposizione e partecipante alla divisione.

Proprio per questo, con l'art. 2825 c.c. la necessità di rendere inopponibili le ipoteche concesse da un condividente su beni poi assegnati ad altro comunista è soddisfatta con la c.d. surrogazione reale in favore del creditore ipotecario, la quale si estende altresì alle somme dovute in guisa di conguaglio al condividente debitore o sul danaro attribuitogli in luogo di beni in natura³⁸. A ciò si associ, ai sensi dell'art. 2646 c.c., l'introduzione dell'onere di trascrivere la divisione, seppur con effetti diversi da quelli previsti dall'art. 2644 c.c. (*prior in tempore potior in iure*) e ai fini della continuità delle trascrizioni ex art. 2650 c.c., nonché di trascrivere l'opposizione di cui all'art. 1113 c.c. Per inciso, la stessa predisposizione di siffatta disciplina *ad hoc* ex art. 2646 c.c. è ritenuta dalla dottrina indice, fra gli altri, dell'assenza d'effetti traslativi³⁹.

Il già richiamato art. 2825 c.c., inoltre, assicura al creditore ipotecario una tutela amplissima, che opera, con la surrogazione di cui sopra, non soltanto nell'ipotesi di costituzione di ipoteca sulla quota del debitore compartecipe, ma altresì laddove il diritto reale di garanzia sia fatto impropriamente gravare su un bene determinato

³⁸ Cfr. And. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, Pisa, 2017, 52 ss.

³⁹ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*², Napoli, 1975, 293: «il negozio veramente retroattivo non è soggetto a trascrizione, giacché retroattività assoluta e pubblicità dichiarativa si escludono reciprocamente. Così la divisione, unico negozio con retroattività assoluta nel nostro ordinamento, deve essere trascritta, ma per effetti diversi». Una prima indicazione di tali effetti è offerta da AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice civile*, Napoli, 1990, 618-619, secondo il quale la trascrizione è indicata «perché la divisione possa spiegare gli effetti che le sono propri anche rispetto ai terzi che a qualunque titolo abbiano acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi, che altrimenti la divisione si ha per essi come non avvenuta (art. 2644)». Secondo CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, 724-725, la trascrizione è qui richiesta «al più modesto fine della garanzia di coloro che, avendo acquistato diritti su bene da dividere da singoli partecipanti alla comunione, abbiano trascritto il titolo prima dell'atto di divisione o della domanda giudiziale, per modo che la divisione non ha effetti nei loro riguardi, ove essi non siano chiamati a intervenire (...) come aventi diritto su beni in essa compresi (...). Quindi, la trascrizione serve a far sapere quali terzi devono intervenire nell'atto o esser chiamati in giudizio». Così anche CASULLI, *op. cit.*, 44. Ma non mancano altri interpreti favorevoli ad attribuire alla trascrizione della divisione il compito di rafforzare l'inefficacia della stessa ove perfezionata in assenza di tutti coloro che dovrebbero validamente intervenire nella medesima: cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 25 s.; ID., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da Gabrielli e Gazzoni, I, 2, Torino, 2012, 237 s.; FERRI, ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*³, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1997, 220; ZACCARIA, TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*², Torino, 2008, 89 s.; FRANCESCA, *Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 21 ss.; TRIOLA, *Della tutela dei diritti: la trascrizione*², in *Tratt. Besone*, IX, Torino, 2012, 148 ss.; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2012, 108 ss.; SICLARI, *Spigolature in tema di trascrizione illegittima di domande giudiziali, divisione e collazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 599; Cass., 4.5.1985, n. 2800, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Trascrizione*, n. 10; Cass., 25.1.2000, n. 821, in *Giur. it.*, 2000, 1360 ss., e in *Vita notarile*, 2000, 300 ss.

della comunione, in un momento successivo assegnato, in sede di divisione, ad altro consorte non debitore. Onde soddisfare e conciliare le ragioni del creditore e dei comunisti terzi, dunque, la trasformazione e la specificazione dell'oggetto operano comunque, anche ad ulteriore discapito della realtà del diritto.

Non tutti gli atti di disposizione possono vantare una simile 'elastica resistenza' alla divisione.

In primo luogo, e anche *manente comunione*, la servitù concessa da uno dei comproprietari a carico del fondo servente indiviso non è costituita, ai sensi dell'art. 1059 c.c., se non quando pure gli altri consorti l'abbiano concessa. L'indivisibilità del diritto di servitù impedisce che questa possa essere frazionata per quota: poiché dunque l'atto di disposizione non può che riguardare l'intero, non è consentito prescindere dal consenso degli altri comunisti⁴⁰.

Qualora, invece, i condividenti abbiano costituito una servitù per destinazione del padre di famiglia, questa non è travolta dall'applicazione dell'art. 757 c.c., in ossequio al quale dovrebbe ritenersi che i fondi siano sempre appartenuti a proprietari diversi, e mai al medesimo⁴¹.

Parimenti, è inefficace l'alienazione di un bene determinato della comunione o di una sua quota ideale qualora, in sede di divisione, questo non sia assegnato all'a-

⁴⁰ Cfr. GROSSO, DEIANA, *Le servitù prediali*³, I, in *Tratt. Vassalli*, V, 1, Torino, 1963, 425 s.; BURDESE, *Servitù prediali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1974, 149 s.; BRANCA, *Delle servitù prediali*⁶, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987, p. 292 s.; COMPORI, *Servitù (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 304 s.; NATUCCI, *Le servitù*, in GALLO, NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Tratt. Bessone*, VII, 2, Torino, 2001, 162 s.; TAMBURRINO, GRATTAGLIANO, *Le servitù*³, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 2002, 96 s.; nonché, per la prima manifestazione della regola già nel diritto romano (*ius prohibendi*), BONFANTE, *Il ius prohibendi nel condominio*, in *Id.*, *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino, 1926, 382 ss.; PETRUCCI, *op. cit.*, 123; EVANGELISTI, *Riflessioni sulla natura e l'evoluzione del ius prohibendi*, in *KOINONIA*, (41) 2017, 423 ss.; e, in giurisprudenza, Cass., 9.12.1982, n. 6724, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Servitù*, n. 8; Cass., 22.12.1986, n. 7840, *ivi*, 1986, voce *cit.*, n. 4, secondo cui «come le parti possono, con il contratto di divisione, manifestare volontà contraria al sorgere della servitù per destinazione del padre di famiglia a favore e, rispettivamente, a carico dei singoli cespiti componenti il compendio comune e che vengono a ciascuna assegnati, analogo potere è esercitabile dal giudice»; Cass., 16.8.2000, n. 10822, *ivi*, 2000, voce *cit.*, n. 34; Cass., 12.2.2016, n. 2853, in *Foro it.*, 2016, I, 1249 ss.

⁴¹ Cfr. DEIANA, *Destinazione del buon padre di famiglia (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 323 s.; BURDESE, *op. ult. cit.*, 154 s.; BRANCA, *op. ult. cit.*, 325 s.; COMPORI, *op. cit.*, 306 s.; NATUCCI, *op. cit.*, 176; TAMBURRINO, GRATTAGLIANO, *op. cit.*, 344 s.; MORA, *La divisione. Funzione, natura, effetti, atti equiparati alla divisione*, in *Tratt. Bonilini*, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, 170; Cass., 29.7.1955, n. 2457, in *Giust. civ.*, 1956, I, 66, secondo cui, in ordine alla costituzione di tale servitù, deve aversi riguardo solo «alla situazione di fatto posta in essere o lasciata dall'unico proprietario o dai comproprietari realmente esistente al momento in cui uno dei fondi o parte dell'unico fondo passa a un diverso proprietario o in esclusiva proprietà di uno dei condividenti, non potendo, tale situazione di fatto, ritenersi successivamente modificata e capovolta, nel caso in cui la separazione dei fondi avvenga per scioglimento di una comunione, dalla divisione, che rappresenta un *posterius* e che inoltre ha effetti dichiarativi e retroattivi solo entro particolari e determinati limiti»; Cass., 7.3.2001, n. 3314, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, I, 571 ss., e in *Riv. notariato*, 2001, 1179 ss., con nota di MUSOLINO, *La costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia*; Cass., 17.5.2018, n. 12113, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Servitù*, n. 25.

lienante (vendita dell'esito divisionale)⁴²: l'efficacia reale è subordinata alla condizione sospensiva dell'attribuzione del bene, con effetto traslativo differito ed effetti obbligatori immediati⁴³.

⁴² La conclusione si era già imposta sotto il vigore del c.c. del 1865: cfr. Cass. Roma, 27.3.1877, in *Legge*, 1877, I, 305; A. Venezia, 13.12.1883, in *Temi veneta*, 1884, 568; Cass. Napoli, 18.3.1884, in *Temi romana*, 1884, 252; A. Palermo, 24.10.1885, in *Circ. giur.*, 1886, II, 93 ss.; Cass. Palermo, 20.8.1887, in *Legge*, 1888, I, 375; A. Milano, 18.7.1888, in *Monitore tribunali*, 1888, 809; Cass. Napoli, 23.11.1889, in *Gazz. proc.*, (XXIV) 1890-1891, 293; A. Roma, 30.12.1895, in *Temi romana*, 1896, 279; Cass. Napoli, 4.9.1897, in *Foro napoletano*, 1897, 269; Cass. Napoli, 16.2.1899, in *Giur. it.*, 1899, I, 1, 139; in *Foro napoletano*, 1899, 34; in *Dir. e giur.*, 1899, 352; A. Venezia, 20.4.1899, in *Temi veneta*, 1899, 394; Cass. Roma, 20.4.1900, in *Temi romana*, 1900, 485; e in *Corte supr. Roma*, 1900, II, 66; A. Bologna, 28.5.1907, in *Temi*, 1907, 510; Cass. Torino, 16.7.1909, in *Monitore tribunali*, 1910, 366; Cass. Roma, 5.11.1906, in *Giur. it.*, 1907, I, 1, 88; in *Foro it.*, 1907, I, 90; in *Pal. giust.*, 1907, 64; in *Legge*, 1906, 2302.

⁴³ Cfr. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, 47 ss.; BILOTTI, *Appunti sulla divisione testamentaria (artt. 734 e 735 c.c.)*, in *Riv. notariato*, 2002, 687; TEDESCO, *Sul litisconsorzo necessario nei giudizi divisorii riguardo ai creditori oppositori*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3258, commento a Cass., 4.4.2001, n. 4948; POLIMENO, *Approfondimento su alcune ipotesi di ipoteca su beni condominiali*, in *Riv. notariato*, 2005, 1533; RECINTO, *Vendita di quota indivisa e di bene comune da parte del coerede*, in *Notariato*, 2010, 431; FURGIUELE, *La donazione di cosa altrui. Note in tema di atto dispositivo e titolo astrattamente idoneo*, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2609, commento a Cass., 5.5.2009, n. 10356; PASTORE, *Donazione di quota di bene ereditario e donazione di cosa altrui*, in *Riv. notariato*, 2014, 1210, commento a Cass., 23.5.2014, n. 11545; MAZZARIOL, *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, Napoli, 2016, 52 ss.; Id., *La vendita del bene ereditario prima della divisione: conferme e distinguo dopo le Sezioni Unite*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 909, commento a Cass., 19.2.2019, n. 4831 (ord.); Id., *Comunione ereditaria e proprietà dei beni indivisi*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 762; LA PORTA, *Sulla donazione di «quota» su bene facente parte di più ampio compendio comune e la donazione di «cosa» altrui*, *ivi*, 2017, 97; CELLI, *La donazione di cosa altrui*, in *Riv. notariato*, 2017, 451; PALAZZO, *Donazioni e liberalità tra novità normative e stasi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1115; GALLELLI, *Divisione parziale dell'eredità consenso di tutti i coeredi*, in *Notariato*, 2017, 648, commento a Cass., 10.7.2017, n. 17021 (ord.); GIANOLA, *La donazione di bene altrui (e futuro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1596; ORLANDO, *La donazione di bene putativamente proprio e la donazione di bene in comunione ereditaria*, *ivi*, 2017, 1503; FORINA, *La donazione di quota indivisa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 349; BULLO, *Titolarità e legittimazione a disporre nelle comunioni «civilistiche»*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1455; CORRADI, *Legato di «quotina»: note sulla disposizione testamentaria avente ad oggetto un bene che fa parte di una più ampia massa comune*, in *Famiglia e dir.*, 2019, 412, commento a T. Brescia, 1.3.2018, n. 635; Cass., 13.7.1983, n. 4777, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1786, e in *Riv. notariato*, 1983, II, 1225; Cass., 10.3.1990, n. 1966, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Divisione*, n. 36, per la quale la cessione a terzi estranei di diritti su singoli immobili ereditari non comporta lo scioglimento neppure parziale della comunione ereditaria, «ma i diritti ceduti continuano a far parte della stessa comunione, restando l'acquisto del terzo subordinato all'avveramento della condizione che essi, in sede di divisione, siano assegnati al coerede che li abbia ceduti»; Cass., 30.10.1992, n. 11809, *ivi*, 1992, voce cit., n. 12; Cass., 9.4.1997, n. 3049, *ivi*, 1997, voce cit., n. 10; Cass., 22.4.2000, n. 5281, in *Giur. it.*, 2001, 1894, con commento di GANDIN, *Uno per tutti e tutti per uno: comunione di brevetto e istruzioni per l'uso di un precedente della Suprema Corte (ovvero: il – resistibile – fascino della disciplina codicistica)*; Cass., 1.7.2002, n. 9543, in *Foro it.*, 2004, I, 237, con commento di CHIAROLLA, *Comunione ereditaria e disciplina della circolazione dei beni ereditari*; Cass., 11.3.2004, n. 4965, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Vendita*, n. 58; Cass., 15.2.2007, n. 3385, *ivi*, 2007, voce *Divisione*, n. 11; Cass., S.U., 15.3.2016, n. 5068, in *Foro it.*, 2016, I, 2081, con commento di DE STEFANO, *Donazione di quota di bene indiviso: nulla per mancanza di causa?*; in *Famiglia e dir.*, 2016, 1050, con commento di AMBANELLI, *Donazione di bene indiviso, e donazione di bene altrui*; in *Nuo-*

Per converso, il principio della libera disponibilità della quota *ex art.* 1103 c.c. consente di attribuire, *manente comunione*, efficacia reale immediata all'alienazione della quota stessa (ma anche a parte di tale quota), a prescindere dal risultato del successivo apporzionamento. L'acquirente, in particolare, subentra nella medesima posizione giuridica del suo dante causa, il quale ultimo 'esce' dalla comunione e nemmeno avrà più titolo per partecipare o intervenire alla divisione.

Pare invero d'interesse soffermarsi sulle ragioni dell'inefficacia dell'alienazione di un bene determinato della comunione o di una quota ideale di tale bene, qualora, in sede divisionale, questo non sia assegnato all'alienante.

Nell'ipotesi di alienazione di un bene determinato della comunione, si è soliti richiamare gli artt. 1478 e 1480 c.c., con esiti però insoddisfacenti e difficilmente conciliabili con la stessa affermazione della natura dichiarativa o costitutiva della divisione.

Un inquadramento in termini di vendita di cosa altrui attribuisce al negozio un'efficacia meramente obbligatoria: il compratore diventa proprietario soltanto se e quando la divisione si realizza favorevolmente, nel senso dell'acquisto, in capo al venditore, di un diritto esclusivo su quel bene determinato.

A differenza della già menzionata vendita dell'esito divisionale, sospensivamente condizionata, si dovrebbe dunque qui individuare un obbligo di «procurare l'acquisto al compratore», ai sensi degli artt. 1476, n. 2, e 1478, 1° co., c.c. e all'esito dell'interpretazione della «comune intenzione» delle parti al momento della conclusione del contratto.

Non si tratta di una differenza marginale: la vendita dell'esito divisionale è realizzata *a domino* grazie alla retroattività del meccanismo condizionale, mentre il negozio di cui all'art. 1478 c.c. è tale proprio perché compiuto da colui che proprietario non è e presuppone, dunque, riferito alla materia oggetto della presente analisi, la completa estraneità del compartecipe alla titolarità del bene in comunione e compravenduto. Negata, tuttavia, la stessa esistenza del diritto del consorte *manente comunione* (assenza di diritto), resterebbe da decidere a chi spetti la proprietà di quel bene «altrui».

va giur. comm., 2016, 1020, con commento di BALLERINI, *La donazione (dispositiva) di bene altrui è nulla: così le Sezioni Unite*; in *Notariato*, 2016, 242, con commento di PIRONE, *L'intervento delle Sezioni Unite sulla donazione di quota di un bene facente parte di una massa comune*; in *Dir. succ. fam.*, 2017, 187, con commento di ROMAGNO, *La legittimazione del coerede a disporre di singoli beni ereditari. Brevi riflessioni a margine della recente decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 5068 del 2016*; in *Rass. dir. civ.*, 2017, 759, con commento di AMADIO, *Coeredità e atti di disposizione della quota*; in *Riv. dir. econom. trasp. amb.*, 2017, 103, con commento di ALLOTTA, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla donazione di cosa altrui: riflessioni a margine di Cassazione 15 marzo 2016 n. 5068*; in *Notariato*, 2017, 250, con commento di PASTORE, *Ancora su donazione di cosa altrui e donazione di quota di un bene ereditario*; Cass., 23.2.2018, n. 4428, in *Riv. notariato*, 2018, 757, con commento di TORRONI, *La Cassazione torna sull'alienazione della quotina. Alla ricerca della ratio della qualifica giurisprudenziale come alienazione dell'esito divisionale e di soluzioni di tecnica contrattuale*.

Peraltro, mentre nel caso di vendita dell'esito divisionale il trasferimento della proprietà si realizza, in virtù della retroattività descritta, al momento dell'atto di disposizione stesso, il meccanismo delineato dal primo capoverso dell'art. 1478 c.c. parrebbe ricondurre tale trasferimento ad un momento addirittura anteriore al negozio medesimo, corrispondente all'apertura della successione o alla costituzione della comunione ordinaria.

Disponendo che «il compratore diventa proprietario *nel momento in cui* il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa», l'art. 1478 c.c. sembrerebbe accordare all'acquisto del compratore la medesima retroattività di quello del venditore *ex art.* 757 c.c., riportando alla successione, normativamente imposta senza soluzione di continuità, fra *de cuius* e coerede. Per converso, il trasferimento della proprietà nell'ipotesi 'ordinaria', fuori comunione, della vendita di cosa altrui non contempla un meccanismo né di semplice retroazione né, tantomeno, di siffatta ultra-retroazione dell'acquisto.

Se dunque si assume che la divisione abbia natura dichiarativa, così da considerare la contitolarità come mai esistita, il bene potrà essere qualificato come «altrui» esclusivamente laddove la divisione non venga realizzata o qualora la cosa sia assegnata ad altro compartecipe: in questo ordine di ipotesi, però, la compravendita *ex art.* 1478 c.c. non produrrà i suoi effetti. Per contro, qualora la divisione si compia favorevolmente, la compravendita realizzerà sì i suoi effetti, ma la cosa non sarà mai stata «altrui» e l'art. 1478 c.c. non potrà ritenersi direttamente applicabile alla fattispecie.

Anche una concezione della divisione in senso modificativo-costitutivo parrebbe però sfavorevole al richiamo della norma appena citata. Accordare allo scioglimento della comunione effetti estintivi, traslativi ed attributivi mal si coniuga, difatti, con una idea di altruità e di completa estraneità del bene, *manente comunione*, rispetto a ciascun consorte, a meno che non s'intenda prendere le mosse da una qualificazione della comunione che, disattendendo l'idea prevalente secondo cui essa integrebbe un diritto unitario, esteso su tutto il bene e su tutti i beni in comunione, ancorché limitato alla misura della quota dal concorrente diritto degli altri consorti, non esiti a considerarla frazionabile in tanti diritti di proprietà esclusiva sulla quota stessa quanti sono i comproprietari⁴⁴.

⁴⁴ È la vecchia concezione della comunione come proprietà plurima parziaria espressa da POTHIER, *Traité du droit de domaine et de propriété*, in *Oeuvres complètes de Pothier*, Paris, 1830, 145 ss. Cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 432 ss., il quale definisce la comunione come l'insieme di più proprietà concettualmente uguali nella loro essenza ma limitate nel loro esercizio per la concorrenza delle altre proprietà. Per una puntuale indicazione delle ragioni che inducono a superare tale concezione e a ricondurre la comunione entro i confini di un'unitaria situazione giuridica soggettiva è sufficiente rinviare a PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Id.*, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 156 ss., spec. 165; e in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, 1947-1957, Milano, 2010, 900 ss., spec. 917, secondo cui si assiste alla contemporanea titolarità del diritto sulla medesima cosa in capo a più persone e alla pluralità di soggetti corrisponde dunque l'unitarietà della situazione giuridica soggettiva di riferimento, perché «affermando che il potere del condomino è *minore* di quello del proprie-

Una siffatta ricostruzione della comunione, tuttavia, mal si concilia con il costante orientamento favorevole all'usucapione della quota di un bene comune ad opera del comproprietario che abbia, per il tempo previsto dalla legge, esercitato un potere di fatto sul bene in termini di esclusività⁴⁵.

tario unico, si esprime in termini di quantità una differenza che si lascia intuire come qualitativa»; NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*², I, Milano, 1976, 177 ss., secondo cui la comunione è una nuova forma di proprietà collettiva; nonché, per un richiamo alla pluralità di quote ideali di proprietà sulla cosa: CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*², in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLII, Milano, 1961, 289 ss.; ID., *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo Codice Civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, 1 ss., spec. 7 (da cui la successiva citazione), e in ID., *Scritti minori*, II, Milano, 1965, 209 ss., spec. 216, secondo il quale anche il diritto del condomino, come il diritto del proprietario, «ha per contenuto tutte le possibili utilità della cosa. Il concorso del diritto di altro condomino limita solo quantitativamente, non qualitativamente il diritto del primo, e ne è limitato. Come la natura della proprietà non vien meno per il concorso sulla cosa di un diritto reale limitato, così a maggior ragione per il concorrere di un pari diritto di proprietà, che a sua volta ne resta limitato, ma non snaturato». V. altresì ALPINI, *Regresso e surrogazione. Rimedi non alternativi*, Napoli, 2014, 114: «la contitolarità rappresenta il legame tra una pluralità di titolari e una situazione soggettiva e si traduce nella disciplina della coesistenza di più poteri, facoltà etc. concorrenti e di identico contenuto». Infine, «la quota non è oggetto di un diritto di proprietà, ma solo la misura ed il parametro di alcune delle facoltà del comproprietario» per GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1990, 260. Sul tema, cfr. ancora BUSNELLI, *Comunione ereditaria*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 277; GUALAZZINI, *Comunione (diritto intermedio)*, *ivi*, 240; GUARINO, *Comunione (premesse generali e diritto romano)*, *ivi*, 246; ID., *Comunione (diritto civile)*, *ivi*, 251; COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, 268 ss.; PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, 51 ss.; FAVALE, *La comunione ordinaria*, Milano, 1997, 185 ss.; DINACCI, *Natura del fondo comune e vincolo di destinazione allo scopo*, in *Domenico Rubino*, a cura di Perlingieri e Polidori, II, Napoli, 2009, 57 ss.; GIUSTI, *La comunione, in Successioni, donazioni, beni*, a cura di Baralis, Francario, Furguele, Giusti, Masi, Palermo e Scozzafava, II, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, 258; TOMMASINI, *La quota di possesso a non domino. Alla radice della giuridicità del comproprietario*, Milano, 2012, 22 ss.; CERVALE, *La proprietà «plurale»: un itinerario tra condominio e multiproprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 358; e, sui contenuti e l'oggetto del diritto di proprietà, ADDIS, *Sui limiti verticali della proprietà fondiaria*, in *Scritti in onore di Marco Comperti*, a cura di Pagliantini, Quadri e Sinesio, I, Milano, 2008, 19; e ID., *Valore economico della garanzia ipotecaria tra suddivisione e frazionamento*, in *Pers. merc.*, 2015, I, 76; e in *Scritti in memoria di Michele Costantino*, a cura di Macario, Addante e Costantino, I, Napoli, 2019, 21.

⁴⁵ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Possesso e usucapione nella comunione*, in ID., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, 235; e in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, a cura di Carpino, Napoli, 1989, 1009; ZORTEA, *Possesso di quota indivisa*, in *Giur. di Merito*, 2001, 1188; PATTI, *L'usucapione del coerede*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., 125 ss.; Cass., 13.2.1967, n. 358, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Usucapione*, n. 14; Cass., 23.10.1990, n. 10294, in *Arch. loc.*, 1991, 300 ss., e in *Arch. civ.*, 1991, 302 ss.; Cass., 8.6.1994, n. 5559, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 8; Cass., 25.11.1995, n. 12231, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Comunione e condominio*, n. 96; Cass., 26.5.1999, n. 5127, in *Riv. giur. edilizia*, 1999, I, 963; Cass., 14.6.2000, n. 8122, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Usucapione*, n. 13; Cass., 20.8.2002, n. 12260, in *Riv. notariato*, 2004, 141 ss.; Cass., 11.8.2005, n. 16841, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Usucapione*, n. 16; Cass., 28.4.2006, n. 9903, *ivi*, 2006, voce *Usucapione*, n. 19; Cass., 20.9.2007, n. 19478, in *Foro it.*, 2008, I, 1160; Cass., 25.3.2009, n. 7221, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Usucapione*, n. 14; Cass., 23.7.2010, n. 17322, *ivi*, 2010, voce *Comunione e condominio*, n. 148; Cass., 10.11.2011, n. 23539, *ivi*, 2011, voce *Usucapione*, n. 14; Cass., 6.12.2011, n. 26241, *ivi*, 2011, voce *Usucapione*, n. 30; Cass., 20.9.2012, n. 15845, in *Foro it.*, 2013, I, 582; Cass., 31.8.2015, n. 17321, in *Dir. e*

Per consentire tale conclusione, infatti, si esclude che il comproprietario debba esercitare una vera e propria interversione del titolo del possesso mediante comportamento oppositivo, essendo sufficiente la prova del fatto di aver goduto del bene medesimo in modo inconciliabile, apertamente contrastante ed inoppugnabilmente incompatibile con la possibilità di godimento altrui, così da dar conto dell'inequivoca volontà di possedere *uti dominus* e non più *uti condominus*.

Consentire l'usucapione della quota di un bene comune – sul presupposto, evidentemente, dell'altruità e della individuabilità della quota medesima – richiede quantomeno un coordinamento in ordine all'applicabilità o meno dell'art. 1480 c.c. all'alienazione di un bene determinato della comunione, nonché riguardo alla disciplina dell'efficacia dell'alienazione di una quota ideale di un bene comune⁴⁶.

In prima battuta, oltre a quanto già rilevato rispetto alla vendita di cosa altrui, è possibile considerare che il terzo potrebbe ottenere l'immediato trasferimento della titolarità della parte già di proprietà dell'alienante, con una circoscritta efficacia reale del negozio considerato. Dall'eventuale assegnazione in sede divisionale verrebbe, invece, il trasferimento della proprietà della parte residua, come da effetti obbligatori della compravendita di bene altrui. Alle perplessità già sopra manifestate si aggiunge qui la considerazione secondo cui il trasferimento delle 'parti' di proprietà si realizzerebbe – con esiti paradossali – a decorrere da momenti diversi: dalla compravendita per la quota dell'alienante, dalla instaurazione della comunione per le quote altrui, secondo il ventilato meccanismo, di cui sopra, della ultra-retroattività.

Per converso, l'immediata efficacia reale dell'alienazione della quota del bene di cui è titolare il disponente può più opportunamente coniugarsi – senza il rilevato falsamento temporale in punto di acquisto della proprietà – con gli effetti obbligatori della vendita dell'esito divisionale.

L'inefficacia dell'alienazione di quota ideale di un bene determinato della comunione, laddove questa non rappresenti l'intera quota di cui sia titolare il consorte e qualora il bene non sia assegnato al venditore in sede divisionale, può rinvenire spiegazione soltanto nella natura del diritto di cui il comproprietario è titolare.

giustizia, 31, 2015, 6, con commento di ACHILLE, *Azione di rivendicazione e azione di restituzione: la Cassazione chiarisce il discrimen*; Cass., 14.6.2018, n. 15619, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Usucapione*, n. 20; Cass., 9.9.2019, n. 22444, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 1323. In particolare, come la proprietà e gli altri diritti reali possono spettare a una sola o anche a più persone in comune, così il possesso può consistere nell'esercizio di fatto delle facoltà che competono all'unico titolare oppure al contitolare di quei diritti e portare, in tale ultimo caso, ricorrendone le condizioni, al loro acquisto per usucapione *pro quota*, secondo Cass., 1.10.1997, n. 9557, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 10. Non sussiste peraltro un'ipotesi di litisconsorzio necessario nel caso in cui l'usucapione abbia ad oggetto un immobile del quale più persone siano proprietarie in ragione di quote fisicamente bene individuate, non potendo in tal caso la pronuncia resa nei confronti di uno solo dei proprietari ritenersi *inutiliter data*: così Cass., 18.2.1995, n. 1800, *ivi*, 1995, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 15; e Cass., 29.12.2011, n. 29792, *ivi*, 2012, voce *Usucapione*, n. 10.

⁴⁶ Cfr. FILOGRANO, *Quota e bene comune nella comunione ordinaria*, Napoli, 2011, 146 ss.

Le soluzioni ispirate all'immediatezza dell'effetto traslativo anche nell'ipotesi di alienazione di una quota di un determinato bene (la c.d. «quotina») – e non solo nel caso di alienazione della quota o di una frazione della quota quale misura del diritto di proprietà del consorte sulla totalità dei beni – non sono invalse in giurisprudenza e a ciò non basta addurre il moltiplicarsi delle comunioni e la maggiore difficoltà della divisione, se acquirente è un terzo, quali fattori deterrenti.

Siffatta limitazione del potere di disporre del proprio patrimonio può solo motivarsi, difatti, con l'inesistenza stessa del diritto di cui si vorrebbe disporre: ovvero con l'insussistenza, in capo a ciascun dividendo, della titolarità esclusiva di una parte, benché astratta, del bene, proporzionalmente corrispondente alla misura (alla quota) del suo diritto di proprietà su tutti i beni in comunione⁴⁷.

È un diritto che non attiene al singolo bene fino al momento della divisione. E il bene, fino a quel momento, par'essere di tutti e di nessuno.

Riguardo però all'usucapione del bene comune *ex* artt. 714 e 1102 c.c., è necessario sottrarre idealmente la parte del bene già riconducibile alla quota del consorte che usucapisce, affinché possa mantenersi fermo il requisito dell'altruità. Il possesso, rilevante ai fini dell'usucapione medesima, non può che riguardare il bene o una parte del bene: in quest'ultimo caso, dovrà poi proporzionalmente risalirsi alla proprietà la cui titolarità è stata acquisita per la quota corrispondente.

La possibilità di frazionare e di individuare, ai fini dell'usucapione, singole proprietà concorrenti su un bene determinato della comunione pare contraddire la teorica dell'efficacia meramente obbligatoria dell'alienazione della c.d. «quotina». Siffatta contraddizione è però solo apparente: oggetto di possesso può essere unicamente il bene, per il tramite di un'estensione del potere di fatto su quest'ultimo, mai la quota⁴⁸. Grazie all'esercizio di tale potere su un bene fisicamente determinato o su una sua porzione materiale e in maniera inconciliabile con la comproprietà si perviene, dunque, ad un acquisto *uti dominus* e alla fuoriuscita del cespite dalla situazione di contitolarità. Solo in un momento successivo si tornerà a ragionare a livello di quota: essendosi ridotta la massa della comunione e ferme restando in termini percentuali le quote dei dividendi, bisognerà ricalcolare la quantità di beni necessari e sufficienti a comporle e a soddisfarle.

⁴⁷ Cfr. Cass., 16.8.1990, n. 8315, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Comunione e condominio*, n. 30: «l'alienazione che il comproprietario faccia del suo diritto determina l'ingresso dell'acquirente nella comunione soltanto nel caso in cui l'alienazione riguardi la quota o una frazione di questa, con la conseguenza che l'acquirente quale successore a titolo particolare dell'alienante è legittimato a domandare lo scioglimento della comunione a norma dell'art. 1111 c.c. nell'assunta qualità di partecipante. Qualora, invece, il comproprietario disponga di un singolo bene, o di una frazione di esso, tra quelli compresi nella comunione, l'alienazione ha efficacia non reale, bensì solo obbligatoria, con la conseguenza che della comunione continua a far parte il disponente, il quale resta pertanto titolare dell'azione di cui all'art. 1111 c.c., potendo l'avente causa soltanto avvalersi dei diritti accordatigli dall'art. 1113 c.c.».

⁴⁸ Cfr. Cass., 12.10.2016, n. 20565, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Usucapione*, n. 13: l'esercizio del possesso *ad usucapionem* «non è configurabile in modo diverso su quote ideali indivise dello stesso bene».

È solo in questo senso, dunque, che la giurisprudenza riconosce la possibilità, per il consorte, di «usucapire la quota degli altri»; financo di acquistare per usucapione «la quota di uno soltanto degli altri eredi»⁴⁹.

Nell'usucapione come nella divisione è insita l'idea della specificazione del bene, della sua materiale individuazione. Mentre con la prima da un potere di fatto si perviene al diritto (benché pieno e non più misurato e limitato dalla quota), con la seconda si realizza, da un diritto soltanto ideale, l'apprensione materiale e giuridica del bene. Come detto, peraltro, l'usucapione impedisce la divisione, che per il bene usucapito naturalmente non potrà più operare, e ne contrasta la stessa retroattività⁵⁰.

Al dividendo o al terzo, dunque, non è in ipotesi consentito d'acquistare con efficacia reale la proprietà del bene o della parte di bene in comunione, perché non esiste in capo al singolo consorte il diritto corrispondente e a ciò atto; gli è però possibile acquistarla per usucapione a titolo originario.

Coerentemente, la giurisprudenza esclude che la divisione si traduca in un'alienazione o in una reciproca cessione di quote fra dividendi. Per converso, la divisione opererebbe una vera e propria trasformazione dell'oggetto «del diritto di ciascuno, da diritto sulla quota ideale a diritto su un bene determinato»⁵¹.

⁴⁹ «(...) nel caso in cui il coerede abbia posseduto *animo domini* detto compendio, in modo incompatibile con la possibilità di godimento di uno o di alcuni soltanto degli altri partecipanti alla comunione, fermo restando il compossesso dei restanti coeredi, limitatamente alle rispettive quote»: così Cass., 13.10.1975, n. 3282, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Usucapione*, n. 4. V. anche Cass., 20.5.2008, n. 12775, *ivi*, 2008, voce cit., n. 14, la quale ha ritenuto acquistata per usucapione la proprietà di una quota di un edificio in comunione, ricostruito a seguito di perimento totale, da parte dei soli comproprietari che, fin dalla edificazione della nuova costruzione, avevano occupato interamente i tre piani del palazzo, nel totale disinteresse dell'altro comunista.

⁵⁰ Cfr. Cass., 13.6.2018, n. 15504, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Usucapione*, n. 24: «il compartecipe, il quale si ritenga proprietario per usucapione di un bene in comunione, non può iniziare il giudizio di divisione e, qualora sia stato in questo convenuto (...), deve fare valere l'avvenuta usucapione in tale giudizio poiché la divisione, accertando i diritti delle parti sul presupposto di una comunione di beni indivisi, presuppone il riconoscimento dell'appartenenza delle cose in comunione; ove egli, al contrario, non contesti il diritto alla divisione di quel determinato cespite o resti contumace, non può opporre successivamente l'usucapione al dividendo cui detto bene sia stato assegnato o al terzo aggiudicatario dello stesso in seguito a vendita all'incanto, salvo che non possa impugnare la divisione contestandone il presupposto e deducendo un titolo di possesso diverso da ogni altro che possa derivargli dalla disciolta comunione».

⁵¹ Così Cass., 15.4.1987, n. 3724, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Appello civile*, n. 11; Cass., 25.10.2005, n. 20645, *ivi*, 2005, voce *Divisione*, n. 10 (laddove «uno dei dividendi non sia, in realtà, titolare del diritto oggetto della comunione, il relativo negozio divisionale non è semplicemente annullabile per errore, bensì è nullo per difetto di causa, individuabile nello scopo di ottenere lo scioglimento della comunione»); e Cass., 28.5.2020, n. 10067, *ivi*, 2020, voce *Comunione e condominio*, n. 75 (ai fini della prova della proprietà, peraltro, non è «sufficiente un atto di divisione, che, per il suo carattere dichiarativo e non costitutivo di diritti, non ha di per sé solo forza probante nei confronti dei terzi del diritto di proprietà attribuito ai dividendi, occorrendo dimostrare il titolo di acquisto della comunione, in base al quale il bene è stato attribuito in sede di divisione»). Riguardo all'inidoneità a fornire la prova della proprietà, cfr. altresì Cass., 13.4.1987, n. 3669, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 9; Cass., 18.5.1994, n. 4828,

Si trasforma nell'oggetto, dunque, il diritto di proprietà sulla quota: è un diritto di proprietà piena ed esclusiva di cui, s'è visto, il consorte può liberamente disporre. L'esito di tale disposizione è una successione nella comunione, con ripercussioni sul momento divisorio riguardo, eventualmente, all'identità dei partecipanti, al numero di costoro o all'entità della quota di cui sono titolari⁵². Grazie all'alienazione della quota, la comunione si scioglie riguardo al venditore, con effetti dunque estintivi, ma a mancare però è la distribuzione propria dell'apporzionamento, che invece è peculiarità della divisione e richiede l'assenso di tutti i consorti.

Il diritto di comproprietà sui beni in comunione, invece, con la distribuzione e con l'attribuzione si specifica e si determina; è un diritto di proprietà limitato, non una proprietà frazionata, su tutti i beni e su ciascun singolo bene. Il condividente può disporre con efficacia reale non liberamente, bensì in subordine al consenso di tutti gli altri contitolari. Il vincolo dell'altrui consenso si spiega con un'interferenza nel merito del meccanismo divisorio ed, in ipotesi, con l'anticipazione – insita nell'eventuale alienazione – della volontà divisoria di matrice contrattuale. La disposizione della «quotina», difatti, attiene al singolo bene, è *reale*: si è già discesi nella fase 'specificatoria', caratteristica della divisione e non ancora della comunione.

La divisione è funzionale a sciogliere la limitazione della comproprietà e a frazionare un diritto altrimenti non suscettibile di partizione.

L'impossibilità di un'efficacia traslativa immediata non dipende dalla sussistenza di una condizione – l'assegnazione al cedente in sede divisionale – al cui avveramento sia subordinato il trasferimento del diritto. Dipende, invece, dalla natura del di-

ivi, 1994, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 4; nonché Cass., 24.6.1974, n. 1901, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1378, secondo cui «se ciò è esatto nei confronti dei terzi estranei alla divisione, nel caso, invece, che la controversia sorga tra i condividenti (o i loro aventi causa) deve pervenirsi a diversa conclusione, non già perché ricorra tra loro quella traslazione che è esclusa dalla natura dell'atto divisionale, bensì perché la divisione, accertando i diritti delle parti nel presupposto di una comunione dei beni divisi, presuppone l'appartenenza dei beni alla comunione». La natura dichiarativa della divisione impedisce, peraltro, che da questa si possa acquistare la proprietà per usucapione decennale (per la quale si richiede, invece, come titolo astrattamente idoneo all'acquisto della proprietà, un atto traslativo *a non domino* a titolo particolare): v. Cass., 21.3.1983, n. 1976, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Usucapione*, n. 7.

⁵² Cfr. Cass., 28.5.2020, n. 10067, cit.: «la chiamata dei creditori iscritti e degli aventi causa di uno dei compartecipi non è condizione di validità della divisione, ma un onere che i compartecipi debbono assolvere se ed in quanto si voglia che la relativa decisione faccia stato nei loro confronti». Così anche Cass., 21.7.1981, n. 4703, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Divisione*, n. 50, e Cass., 28.6.1986, n. 4330, *ivi*, 1986, voce *Comunione e condominio*, n. 26: «il contraddittorio, invero, è necessario sol quando il terzo abbia acquistato una quota di tutte le cose comuni, per cui agli originari comproprietari se ne aggiunga un altro; non quando, come nella specie, abbia acquistato da uno dei comproprietari un diritto su una soltanto delle cose comuni, perché in tal caso egli non è parte nel rapporto unitario di comunione del quale si chiede lo scioglimento, ma è comunista soltanto di una delle molte cose comuni. Onde le parti del rapporto unitario di comunione saranno tenute a chiamarlo in giudizio per rendere opponibile a lui la sentenza; altrimenti il terzo (ovviamente, se danneggiato dalla ripartizione) potrà pretendere che si proceda ad una nuova divisione».

ritto, che per trasformarsi necessita della volontà positiva di tutti i contitolari, la cui sede deputata è proprio l'accordo divisionale.

5. Le considerazioni svolte dimostrano che il legislatore ritiene il condividente «solo e immediato successore» altresì in ipotesi certamente riconducibili ad atti traslativi, purché si tratti di beni di cui egli sia stato comproprietario. Anche quando si esorbita dalla quota, infatti, si è comunque all'interno della logica divisoria, contraddistinta dallo scioglimento della comunione per il tramite dell'apporzionamento, ovvero della distribuzione di beni in misura proporzionale alle rispettive quote.

Qualora i beni assegnati, per converso, siano estranei alla comunione o qualora i beni della comunione siano assegnati a terzi non comunisti, l'atto traslativo posto in essere non può beneficiare della retroattività di cui all'art. 757 c.c., con cui la contitolarità viene elisa a favore della titolarità.

Devono dunque al contempo ricorrere gli elementi soggettivi ed oggettivi della comunione disciolta, unitamente al rispetto delle porzioni, che è modo e fine della divisione⁵³.

Se con la mera retroattività, benché ad efficacia assoluta, la successione e gli effetti dell'acquisto sono ricondotti ad un momento anteriore alla divisione che realizza la successione e determina l'acquisto, la natura dichiarativa nega l'una e l'altro.

Nella rimozione del periodo di comproprietà all'insegna del *favor divisionis* è implicita una scarsa considerazione della comunione medesima, oggetto di scotomizzazione giuridica perché intesa in termini di nebulosa di diritti concorrenti, quale mero accidente o φαινόμενον di hegeliana memoria.

Ammesso, tuttavia, che ciò possa valere per la comunione ereditaria, stante l'accidentalità del suo fenomeno costitutivo, non vi sono argomenti per sostenere eguale conclusione per la comunione ordinaria, avuto riguardo alla volontarietà della sua nascita. Nondimeno, ambedue sono suscettibili di durare indefinitamente, né sono dominate dall'incertezza, né possono ritenersi soltanto tese alla divisione o addirittura un'anticipazione di questa⁵⁴.

⁵³ Cfr. VERDE, *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli, 1964, 199 ss.; BONSIGNORI, *Pignoramento*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, 85; ID., *Gli effetti del pignoramento*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2000, 62 ss.; MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, 65 ss.; CAPPONI, *Pignoramento*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1991, 19; MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*², in *Tratt. Rescigno*, XX, Torino, 1997, 252; PALAZZO, *Le successioni*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000, 990; Cass., 17.6.1985, n. 3648, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1213, che, muovendo da questo argomento, hanno escluso che la divisione, benché realizzata dopo la trascrizione del pignoramento, possa essere opposta al creditore pignorante, non sottostando alla previsione di cui all'art. 2913 c.c.

⁵⁴ Così invece CARUSI, *Osservazioni in tema di comunione ed efficacia dichiarativa della divisione*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1948, I, 385-386, secondo il quale il diritto sulla quota, ovvero su una parte solo algebrica della cosa, è mera «potenza di un diritto». Ma un'efficace replica era già stata sviluppata da M. PESCATORE, *Vera interpretazione di un principio fondamentale in tema di divisione*, in *Giorn. leggi*, (25) 1875, 193: «il dominio indiviso è un diritto chiarissimo e determinatissimo ne' suoi effetti, ma imperfetto, in quanto che nel dominio indiviso i due diritti rivali su certi punti si limitano a vicenda (*mutuo se impediunt*), e la

Rinviene incertezza nella comunione chi riconosce alla divisione un compito maieutico: il merito della rivelazione del proprietario⁵⁵. Per converso, all'affermazione dell'autonomia della comunione corrisponde la semplice constatazione della problematicità dell'esercizio del medesimo diritto da parte di più soggetti sullo stesso bene.

Il problema è comprendere se le trasformazioni giuridiche insite nella divisione siano compatibili con una sua efficacia soltanto dichiarativa *ex art. 757 c.c.* A tal fine, dovrebbe trattarsi di mutamenti che si inseriscono in maniera coerente nella linea originaria di sviluppo della situazione giuridica preesistente, la quale rimarrebbe intatta nel suo contenuto strutturale e sostanziale⁵⁶.

La specificazione è un'ipotesi di svolgimento interno e a carattere meramente dichiarativo, cui corrisponde, quanto a trasformazioni esterne di natura costitutiva, la modificazione. Il passaggio dal piano generico della situazione giuridica a quello specifico non fa altro che svolgerne il contenuto nel rispetto del suo alveo originario. Con ciò si ottiene la soddisfazione dell'interesse e la compiuta realizzazione della situazione giuridica: è l'ipotesi del rapporto di lavoro o di mandato, riguardo ai quali la prestazione del debitore non può di solito essere interamente predeterminata al momento costitutivo, con la necessità, dunque, di meglio definire il comportamento dovuto nella successiva fase di attuazione, in relazione agli eventi che vanno via via definendo le esigenze del creditore⁵⁷.

Una costruzione di tal genere non è estendibile alla comunione, per la quale non può accogliersi l'idea apodittica di interesse ancora insoddisfatto, di situazione monca, *en attendant que*. L'incompiutezza, se così si vuol definire, del diritto del consorte si manifesta solo laddove questi disponga di qualcosa di cui non è titolare: l'efficacia dell'atto sarà allora rinviata al momento della divisione a prescindere dalla sua natura dichiarativa o costitutiva.

Una vera elisione dello stato di contitolarità avrebbe comportato l'inefficacia *tout court* degli atti di disposizione *manente comunione*. Al contrario, s'è visto come, e con efficacia immediata, il consorte sia libero di concedere la quota in godimento

divisione, pur valendosi della mutazione, o vicendevole permutazione di parti, come di strumento a' suoi fini, si propone però quest'unico intento di procacciare a ciascuno dei dividendi il fatto suo in stato giuridico più libero, pieno, e perfetto». Cfr. altresì TARTUFARI, *Sulla natura della divisione in diritto romano e in diritto odierno considerata in ordine alla trascrizione*, in *Arch. giur.*, 1875, 436, e CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, cit., 1 ss.

⁵⁵ È la posizione espressa, in Francia, da L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1929, 31, per il quale compito dell'atto dichiarativo «*est comparable à celui d'un révélateur, qui, sur une plaque photographique obscure, fait apparaître l'image encore invisible, mais déjà imprimée; révéler; faire apparaître et préciser des contours incertains, ce n'est pas les créer*». Similmente, Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*², IV, *Les biens*, Paris, 1938, 703 s., ritiene che condizione dell'atto dichiarativo sia «*un droit antérieur, préexistant d'une façon latente, mais manquant de certitude ou de consistance*».

⁵⁶ Così FALZEA, *op. cit.*, 492 ss.

⁵⁷ FALZEA, *op. cit.*, 497.

(laddove naturalmente sia possibile un godimento *pro quota*) e in garanzia, nonché di alienarla. Il diritto di prelazione in ambito ereditario rappresenta l'unico limite a tale libertà, che però non condiziona l'efficacia della disposizione, bensì riguarda la mera individuazione della controparte⁵⁸. Il comunista difatti interferisce con il momento divisorio solo nei limiti di quanto già evidenziato e dispone di un diritto di cui egli è pieno ed unico proprietario.

I diritti reali costituiti sulla quota si concentreranno poi sull'esito divisionale: parimenti accade per il trasferimento della proprietà della quota o di parte di questa.

Quando oggetto della disposizione è invece la «quotina», l'efficacia è sospesa per difetto di titolarità del diritto in capo al concedente: l'interesse non è subito soddisfatto non per insufficiente specificazione dell'oggetto, che invece è ben determinato, ma per carenza di legittimazione del disponente. L'ordinamento non appronta allora una piena tutela, ma riconosce comunque rilevanza giuridica al fatto in sé: così si spiega la previsione *ex art.* 1113 c.c. dell'intervento del cessionario in sede divisoria.

A mancare è un elemento strutturale della fattispecie, la cui integrazione è rimessa all'esito divisionale e all'acquisto della titolarità del bene. In assenza di questi elementi, la fattispecie è parziale e priva della sua efficacia tipica e fondamentale⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. ALPINI, *La prelazione nelle comunioni*, Napoli, 2010, 74-75: «se il proprietario alienasse il bene (o una quota di esso) ad un soggetto diverso da quello 'preferito' non otterrebbe alcun particolare vantaggio per se stesso, mentre impedirebbe il conseguimento di un risultato socialmente utile. (...) L'obbligo dell'alienante di comunicare la proposta di vendita al prelazionario non toglie al disponente la possibilità di alienare ma soltanto riconosce all'altro un diritto. Con ciò non si può dire che vi sia un vincolo alla facoltà di disposizione perché il proprietario può validamente alienare nonostante la prelazione». L'Autrice ritiene peraltro che il diritto di prelazione dovrebbe sussistere altresì in ipotesi di comunione ordinaria, perché funzionale a preservare l'unità della situazione giuridica e del rapporto nell'interesse del gruppo, nonché a semplificare le stesse operazioni divisionali». V. anche SIRGIOVANNI, *Prelazione legale e acquisto della proprietà*, Milano, 2012, spec. 19 ss.; e BELLANTE, *Retratto successorio e alienazione di quota di singoli beni ereditari*, in *Giur. it.*, 2012, 2534, commento a Cass., 19.1.2012, n. 737.

⁵⁹ Cfr. BETTI, *op. cit.*, 508-509: «si differenziano, infine, dalla condizione altre circostanze, oggettivamente distinte dal negozio, che esiste senza di loro, ma che, quantunque posteriori in ordine cronologico, costituiscono gli antecedenti logici del negozio per la sua stessa natura e configurazione tipica. (...) A circostanze siffatte si addice pure, in senso lato, la qualifica di presupposto legale e di *condicio iuris*; ma qui essa assume un significato diverso. Vi è fra esse e il negozio un nesso oggettivo di subordinazione logica, perché il loro sopravvenire è immanente al tipo di negozio, elemento inseparabile della sua funzione tipica (causa), ovvero (...) elemento indispensabile del disposto regolamento d'interessi, che non è attuabile senza che venga in essere il soggetto contemplato. Ma qui non è in questione la «validità» del negozio, bensì il vigore e la immutabilità (art. 162, co. 2°; 587, co. 1°) del precetto in esso contenuto, ovvero la stessa ragione di essere del disposto assetto d'interessi. E qui vale in tutto il suo rigore il principio della irretroattività dei fatti giuridici, per cui il regolamento d'interessi avuto di mira col negozio non viene in essere finché non sopravviene il fatto che ne è l'antecedente logico. Il che tuttavia non significa che qui sia impropria la qualifica di *condicio iuris*, dacché non è requisito concettuale né carattere costante della condizione la retroattività (il trattamento del diritto romano insegna il contrario); ma importa solo che da quella qualifica non può l'interprete trarre la illazione pratica di un'applicazione per analogia del regime della condizione, salva sempre una contraria statuizione della legge». Riguardo all'irretroattività della *condicio iuris*, «elemento della fattispecie

Ciò che l'art. 757 c.c. vuole storicamente evitare è che la disposizione della quota si ripercuota poi, in sede divisoria, sugli altri dividendi, in assenza dell'*escamotage* della surrogazione reale, che 'concentra' il diritto trasferito. A tale inconveniente soccorrono però autonomamente gli artt. 1113 e 2825 c.c.

La posizione dei terzi, dunque, è parimenti tutelata dalla natura dichiarativa ovvero da una mera retroattività con efficacia assoluta, normativamente disposta e compatibile con la costitutività del contratto di divisione.

La differenza fra dichiaratività e costitutività si misura allora nell'interesse dei dividendi e nel rapporto che fra questi intercorre. La dichiaratività di cui all'art. 757 c.c. è, difatti, comunque relativa, perché non elide gli atti di disposizione compiuti *manente comunione*, il cui destino discende soltanto e direttamente dalla natura del diritto trasferito, che si trasforma in maniera coerente con lo svolgersi del meccanismo divisionale.

Un'efficacia meramente specificativa lascia immutato l'interesse originario e la precedente situazione giuridica, che conserva la medesima struttura e lo stesso contenuto sostanziale. Non è questo il caso della divisione, riguardo alla quale si potrebbe piuttosto controversare se si tratti di effetti solo modificativo-costitutivi o addirittura estintivo-costitutivi, a seconda della ritenuta o meno radicalità dell'innovazione apportata⁶⁰.

L'intervento delle Sezioni Unite non pare aver messo fine alla disputa, se un anno e mezzo dopo gli stessi giudici di legittimità riferiscono, ai fini della prova della proprietà, del «carattere dichiarativo e non costitutivo di diritti» dell'atto di divisione⁶¹.

L'eterna questione della natura dichiarativa o costituiva della divisione potrebbe allora tramutarsi in un falso problema.

In questa direzione, lo stesso riferimento alla supposta finzione veicolata dall'art. 757 c.c. è suscettibile d'assumere un significato diverso. Il legislatore potrebbe difatti così consacrare l'efficacia dichiarativa di un atto a struttura costitutiva⁶², riguardo alla produzione o meno di alcuni effetti e per garantire determinati effetti⁶³.

(...) non arbitrario e contingente, (...) ma necessario e costante» v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1966, 196. Sulla retroattività legale cfr. altresì SCALISI, voce *Inefficacia (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 321; in ID., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 377; e in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 34; CIATTI, *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2007, 35 ss.; CARLEO, *L'esecuzione anticipata del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, 2008, 283; GRANDI, *La modernità del dogma retrospettivo nel sistema dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 835.

⁶⁰ Una puntuale delimitazione teorico-concettuale di tale efficacia è svolta da V. PESCATORE, *Reviviscenza. Vi-cenda di obbligazioni e garanzie*, Milano, 2013, 89 ss.

⁶¹ Cass., 28.5.2020, n. 10067, cit.

⁶² È l'«atto di disposizione senza attribuzione patrimoniale» di cui parla LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1 ss.

⁶³ VETTORI, *Contratto e rimedi*², Padova, 2017, 585-586, definisce l'efficacia quale «capacità espansiva e (...) proiezione effettuale che, al di là delle parti, il contratto può avere» e quale «rilevanza (...) nei confronti dei

Invero, la stessa individuazione e qualificazione della struttura della divisione pare obiettivo di poco momento, là dove si sia infine accolta l'idea e accettata la realtà di una coabitazione fra effetti costitutivi ed effetti dichiarativi⁶⁴.

Il medesimo sincretismo effettuale è stato rilevato in dottrina in relazione ad atti tradizionalmente dichiarativi quali il negozio di accertamento, la transazione, la lettera di conferma, sulla scorta di considerazioni simili a quelle già svolte in merito all'*adiudicatio* successiva all'esercizio di una *actio finium regundorum*⁶⁵. Non tutte le ipotesi enumerate sono volte all'eliminazione di una incertezza, e lo stesso può dirsi – s'è visto – per la divisione: tuttavia, è stato ampiamente dimostrato come il dichiarante manifesti la sua volontà senza peraltro che quanto dichiarato debba necessariamente conformarsi alla preesistente situazione giuridica. È un'efficacia né

terzi», mentre gli effetti *ex art.* 1372 c.c. «sono una conseguenza logica dell'essere il negozio un regolamento d'interessi e si producono quindi solo fra le parti» (da cui la relatività degli effetti del contratto).

⁶⁴ Accogliendosi così anche la divisione delle c.d. masse plurime e superando le perplessità sollevate, ad esempio, da GIANATTASIO, *Delle Successioni. Divisione – Donazione*, in *Commentario del codice civile Utet*, II, 3, Torino, 1961, 160-161, secondo il quale «così com'è concepita dal nostro legislatore, la divisione è un negozio di mero accertamento, che non porta alcuna modificazione al rapporto reale preesistente. Conseguenze che, ove in sede di divisione si verifichi una divergenza dal rapporto reale preesistente, si verifichi, cioè, che ad un compartecipe spettino beni non corrispondenti alla sua quota, quale era fissata quantitativamente nel titolo costitutivo della comunione, il negozio viene ad assumere un contenuto modificativo del precedente rapporto e, nei limiti della eccedenza della quota assegnata, opera un'attribuzione patrimoniale di contenuto traslativo. Tale fenomeno, che in ipotesi di divisione di una massa costituita in base ad un unico titolo, dà luogo, per la eccedenza di quota (plusvalenza), ad una cessione, in ipotesi di divisione di beni provenienti da titoli costitutivi diversi, e cioè in ipotesi di masse plurime, può dar luogo sia ad una cessione (caso di mera plusvalenza quantitativa), sia ad una permuta (caso di assegnazione ad un condividente su una sola massa della somma delle singole frazioni di diritti che gli spettavano rispetto alle singole masse). (...) È pertanto chiaro che anche in caso di uguaglianza delle quote dei condividenti su tutte e su ciascuna massa, si decampa dal negozio di accertamento dichiarativo e si pone in essere un negozio che ha l'apparenza del negozio dichiarativo, ma la vera sostanza di un negozio traslativo (permuta)». Sul tema, tornano, più recentemente, BUSONI, *Il problema delle masse plurime*, in *Nuova giur. comm.*, 2000, II, 17; AVERSANO, *La costituzione contrattuale della comunione. Lo scopo di godimento e le masse plurime*, Napoli, 2005, 101 ss.; TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, Milano, 2009, specie 215 ss.; SCALISI, *Sulla divisione delle masse plurime*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 150, commento a Cass., 5.9.2016, n. 17576.

⁶⁵ Cfr. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, 226 ss.; ID., *Conferma*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, 303 ss., ove è altresì suggestivamente richiamato il paradossale nietzschiano del «vorrò ciò che fu». Riferisce di «opinioni ispirate ad un certo sincretismo» VENOSTA, *Le successioni. 2. La divisione*, Torino, 2014, 28. V. altresì MELILLO, *Transazione (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 771; DEL PRATO, *Transazione (diritto privato)*, *ivi*, 822; F. SALVATORE, *Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione*, in *Riv. notariato*, 1996, 211; S. D'ANDREA, *Transazione su titolo nullo*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 601; ID., *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, *ivi*, 2000, I, 31; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, spec. 185 ss.; CICERO, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2014, spec. 81 ss.; AZARA, *Accordi sulla legittima*, Milano, 2018, 24 ss.; MINERVINI, *Profili del negozio di accertamento*, in *Autonomia negoziale e risoluzione dei conflitti*, Incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, a cura di G. Perlingieri e Tartaglia Polcini, Napoli, 2019, 293 ss.

dichiarativa né costitutiva, bensì preclusiva, ond'evitare di accordare diversa efficacia allo stesso atto, solo in ragione della sua ritenuta innovatività o meno⁶⁶.

In ambito divisorio, le eccezioni alla dichiaratività sono – s'è visto – svariate e i tentativi di riconduzione a ragione della supposta schizofrenia normativa paiono, in ossequio ad un unico dogma e ad una sola categoria, inutilmente faticosi.

Che ciascun condividente non possa considerarsi avente e dante causa degli altri è normativamente disposto: la conseguenza di tale previsione può però non essere necessariamente una definizione monolitica. L'accettazione della coesistenza di effetti diversi è peraltro tipica del diritto tributario ed è quantomeno curioso ricordare che il dogma della dichiaratività si è imposto proprio per risolvere un problema ed evitare un'iniquità di natura fiscale. Sia pure con una buona dose di semplificazione indotta dai limiti del presente contributo, è possibile osservare che, quanto a tassazione, la divisione è dichiarativa per i cespiti riguardo ai quali sia stata rispettata la proporzionalità con il valore della quota e diventa costitutiva per ciò che invece esorbita dalla quota stessa, oltre un certo margine di tolleranza⁶⁷.

Lo stesso art. 764 c.c. in tema di atti diversi dalla divisione pare così suscettibile di una più agevole lettura.

Il previgente art. 1039 c.c. del 1865 menzionava gli atti che avessero «per oggetto» la cessazione della comunione, facendo ad essi seguire un'elencazione («atto [...] qualificato con titoli di vendita, di permuta, di transazione, od in qualunque altra

⁶⁶ Riguardo all'effetto preclusivo della sentenza passata in giudicato, cfr. FALZEA, *Accertamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 214; e in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, cit., 211 s., secondo il quale questa rifugge dalle unilaterali teorie dichiarativa o costitutiva, così come da una teoria per così dire combinata, poiché «un fatto, il cui effetto giuridico resta egualmente valido tanto se è conforme quanto se è difforme dalla situazione giuridica anteriore, e per il quale, dunque, è del tutto indifferente verificare il rapporto di conformità o di difformità, va qualificato in funzione di questa sua capacità, di abbracciare entrambe le ipotesi dell'alternativa, e non può essere definito in funzione di una verifica *a posteriori* che non ha alcuna giuridica rilevanza, ed alla cui irrilevanza giuridica, anzi, la sua funzione è predisposta». V. anche SIRENA, *La teoria dell'efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1011 ss.; e, con più ampio riferimento all'efficacia preclusiva, BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, specie 207 ss.; RUPERTO, *Efficacia giuridica. Appunti per una lezione di diritto privato*, in *Jus*, 2007, 389; BOTTONI, *Ricognizione di diritti reali: vecchi timori e spunti normativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 467; L. FOLLIERI, *op. cit.*, 37 ss.

⁶⁷ Cfr. CAPELLO, *Divisione (diritto tributario)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 38; ARMATI, *La disciplina tributaria della divisione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, cit., 389 ss.; PETTERUTI, *Il valore attribuito ai diritti assegnati tra diritto tributario e impugnative negoziali*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., 199 ss.; FORMICA, *La divisione nel diritto tributario*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da Rescigno, II, cit., 661 ss.; CONTRINO, *Note sulla nozione di «atto di natura dichiarativa» nel tributo del registro*, in *Rass. trib.*, 2011, 662; PISCHETOLA, *La divisione contrattuale. Profili civilistici e fiscali*, Roma, 2015, 69 ss.; BULGARELLI, *Imposte sui trasferimenti ed effetti «dichiarativi» della divisione: problematiche aperte*, in *Notariato*, 2016, 397; TASSANI, MARTELLI, *La fiscalità della divisione dopo le SS.UU. 25021/2019: prime riflessioni*, in *www.fiscalitapatrimoniale.info*; PETTERUTI, PISCHETOLA, *L'incidenza della sentenza della Cassazione n. 25021/19 sul trattamento fiscale della divisione*, Consiglio Nazionale del Notariato, studio n.183-2019/T, approvato dalla Commissione Studi Tributari il 12.12.2019, in *www.notariato.it*.

maniera») inevitabilmente destinata a sollevare delicate questioni ermeneutiche in ordine al suo valore tassativo o esemplificativo⁶⁸.

L'art. 764 c.c. del 1942, invece, si limita a richiamare gli atti che abbiano «per effetto» la cessazione della comunione, così da lasciare univocamente intendere che quest'ultima non può rappresentare conseguenza giuridica meramente occasionale. Si è così definitivamente esclusa la natura divisoria di fattispecie quali la rinuncia abdicativa al diritto di uno dei due consorti, il perimento della cosa comune, la donazione della quota o l'acquisto della stessa per successione *mortis causa* tra coeredi, l'accrescimento, l'usucapione del diritto da parte di un contitolare o di un estraneo, la vendita separata delle quote ad uno dei partecipanti⁶⁹.

A mancare, in queste ipotesi, è la realizzazione di un apporzionamento proporzionale alla quota, per il tramite della distribuzione quale strumento caratterizzante il negozio divisionale⁷⁰.

L'assegnazione proporzionale al valore della quota contraddistingue invece gli atti diversi *ex art. 764 c.c.* e motiva l'estensione della disciplina di cui all'art. 763 c.c.: si attua la divisione, dunque, per il tramite di un altro tipo negoziale, il quale però beneficia del medesimo regime di favore in punto di invalidità. La natura sostanzialmente divisionale dell'atto diverso è talmente pervasiva da trasfigurare il tipo contrattuale: emblematico è il caso della transazione, la quale da irrescindibile per lesione *ultra dimidium ex art. 1970 c.c.* diviene addirittura rescindibile per lesione *ultra quartum*.

L'atto diverso diventa dunque divisione, perché a questa viene equiparato condizionandone il risultato: ovvero condividendone l'«effetto» di cui all'art. 764 c.c. e la modalità con cui all'effetto si perviene, quale è la distribuzione *pro quota*⁷¹.

⁶⁸ Sul punto cfr. ampiamente SESTA, *Comunione di diritti. Scioglimento. Lesione. Dalla coeredità alle comunioni, ordinaria e speciali: la tutela del dividendo*, Napoli, 1988, 97 ss.; MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 1 ss.; MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 cod. civ.*, Milano, 1995, 25 ss.

⁶⁹ Cfr. MIRABELLI, *op. cit.*, 37; MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 533 ss.; e in ID., *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti minori*, II, Milano, 2001, 891 ss.; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., 237 s.; MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, 26 s.; MOSCATI, *Divisione*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988, 5 s.; FORCHIELLI, ANGELONI, *op. cit.*, 744 s.; FALZONE CALVISI, *Diritto successorio. Temi e problemi*, I, Milano, 2012, 77 ss.

⁷⁰ Cfr. LUONGO, *Attribuzioni divisionali e autonomia privata*, in *Notariato*, 2012, 333, per il quale «il confine del tipo divisione è dato essenzialmente dal rispetto della finalità distributiva secondo un criterio proporzionale, mentre è indifferente, ai fini della qualificazione, la tipologia degli effetti giuridici che si innestano sul tradizionale risultato distributivo/attributivo della divisione»; Cass., 18.9.2009, n. 20256, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 604, con nota di BONAMINI, *Sulla distinzione fra divisione transattiva e transazione divisoria*; Cass., 13.8.2012, n. 13942, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Divisione*, n. 11.

⁷¹ Non è così, invece, nel caso di c.d. transazione divisoria e di vendita *ex art. 765 c.c.*: cfr. BIGIARI, *Divisione transattiva o transazione divisoria*, in *Temi emiliana*, 1930, I, 1, 121; MIRABELLI, *Transazione e divisione*, in *Foro it.*, 1952, I, 39, commento a Cass., 18.6.1951, n. 1617; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*⁷, Padova, 1979, 739 ss.; BURDESE, *op. ult. cit.*, 239 s.; MIRAGLIA, *Gli atti estintivi della comunione ex art. 764 cod. civ.*, cit., 66 ss.; MORELLI, *op. cit.*, 220 ss.; FORCHIELLI,

S'avvalora così la tesi di un *genus*-divisione a struttura costitutiva, la cui funzione distributiva è però suscettibile di coniugare armonicamente efficacia costitutiva e dichiarativa, in relazione agli interessi tutelati e alle posizioni giuridiche, endo o esodivisionali, di volta in volta considerate⁷².

ANGELONI, *op. cit.*, 754 s.; G.A.M. TRIMARCHI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, cit., 155 ss.; E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, 325 ss.; CENINI, *Divisione transattiva, transazione divisoria e accordi paradivisori*, in *Familia*, 2020, 156.

⁷² Trova dunque conferma l'intuizione di IRTI, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 434; e in *Id.*, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011, 18 s.: «funzione — è il caso di avvertire — non è scopo: lo scopo è scelto e voluto e perseguito da ciascuno di noi; la funzione appartiene all'oggettività di uno strumento, di un congegno, di un meccanismo che sta dinanzi a noi, «esteriore — diceva Scialoja — di fronte all'animo dell'agente». La funzione appartiene allo strumento, e dunque a tutti coloro che lo utilizzano; lo scopo appartiene soltanto a me, ossia a chi lo sceglie e persegue. Lo scopo, mirato dalla volontà del soggetto, può essere raggiunto o no; la funzione è un carattere tecnico dell'oggetto, qualcosa che ci sta di fronte, e attende soltanto di svolgersi e compiersi. La funzione esprime adeguatezza tecnica (...)».



Approfondimenti sulla sostituzione ordinaria e sulla rappresentazione alla luce di una successione testamentaria transnazionale

di Alessio Reali*

Abstract. First of all, the essay delivers both an abstract and a case-law construction of section 688, par. 2, of the Italian Civil Code (ICC), on domestic substitutory provisions, which states, in a broad way, that if a testator provides in her will for a substitution for just one of the two situations when the appointed heir or legatee can't, or does not want to, receive her heirship or legacy, then the substitution is supposed to be applied to the other one too. All the above to prove that the presumption of said rule of law is not applicable, under the circumstances, to an English-styled will, drafted in Italian and subject to the Italian private law, which provides for a substitutory provision for the devisee untimely death.

Secondly, the essay focuses on the interpretation of the ICC's provisions on the subjective field of application of the Italian legal instrument called *rappresentazione*, to display that they should be applied to all descendants of the appointed son, brother or sister who still can't, or does not want to, receive his/her heirship or legacy. That, despite an apparent reinforced judicial opinion of the Italian Supreme Court which affirms a strict construction of sections 468-469 ICC and accordingly limits the application of *rappresentazione* to the sole direct descendants of the aforementioned son, brother or sister. All the above, once again, to prove that eventually, under the circumstances, a niece, designated heir of the testator, could validly renounce to her heirship on behalf of her children, against, in addition to a *trustee* of a *trust* set up *inter vivos* by the testator herself (appointed as substitute if the niece should predecease), another heir of the *de cuius*, who claimed that niece's heirship should be his own too, in case of renunciation.

SOMMARIO: 1. Premessa: descrizione di una successione testamentaria che stimola l'analisi di problemi giuridici multidisciplinari. – 2. Brevi cenni sulle questioni di diritto internazionale privato emergenti dalla fattispecie. – 3. Sulla sostituzione ordinaria e sull'interpretazione del testamento de quo, in ossequio alla substitutory provision predisposta dalla testatrice, ai fini della soluzione del problema relativo all'applicabilità, nella circostanza, dell'art. 688, co. 2, c.c. – 4. Sulla quaestio del campo di applicazione soggettivo dell'istituto della rappresentazione. – 5. Conclusioni sintetiche sul caso di specie.

1. La realtà globalizzata in cui viviamo impone anche ai giuristi un attento, continuo e crescente studio di un numero sempre maggiore di aree del diritto. Aree che sono spesso interconnesse, per natura, sul piano pratico, e che nondimeno sono

* Ricercatore nell'Università Carlo Cattaneo di Castellanza.

comunemente giudicate, a livello accademico e professionale, autonome e di competenza specialistica.

L'occasione per riflettere è, nella circostanza, quella che nasce da una fattispecie in cui una cittadina inglese, residente da tempo in Italia, redige quivi un testamento olografo, scritto in lingua italiana, con cui ella:

- a) dispone, *apertis verbis*, dei suoi soli beni situati sul territorio, creando due lasciti, a favore di due persone fisiche, aventi ad oggetto, rispettivamente:
 - il primo, tutti i suoi beni immobili¹;
 - il secondo, tutto il denaro depositato in un istituto di credito;
- b) inserisce, ai fini della mera disposizione immobiliare, una sostituzione, per l'ipotesi in cui la nipote, beneficiaria del lascito, le premuoia; e al riguardo,
- c) designa, quale parte c.d. sostituita, il *trustee* estero di un *trust* da lei istituito, in precedenza, in Inghilterra.

La nipote sopravvive alla testatrice, deceduta in Italia, e decide di rinunciare al lascito previsto a suo favore, perché esso sia assegnato, per rappresentazione, ai suoi figli.

Successivamente, però:

- i) da un lato, il *trustee* le manifesta l'intenzione di impugnare, nel nostro Paese, l'atto di rinuncia, per asserita violazione dell'art. 688, co. 2, c.c.; e
- ii) dall'altro, il beneficiario del lascito in denaro, venuto a conoscenza della diffida del *trustee*, dopo averle rilevato che la predetta norma è, dal suo punto di vista, da ritenersi inapplicabile:
 - le eccepisce che la disciplina della rappresentazione, di cui agli artt. 467 c.c. e ss., è stata indebitamente utilizzata; e per l'effetto,
 - le segnala che, se il *trustee* dovesse agire in giudizio, interverrebbe nel procedimento per chiedere che anche il lascito immobiliare fosse, piuttosto, attribuito a lui, in qualità di (co)erede designato per *institutio ex re certa*.

2. Il fatto che, oggi, un cittadino straniero rediga il suo testamento nello Stato in cui risiede, seguendone perfino il formalismo legislativo, non può più dirsi un fenomeno atipico.

Tuttavia, la vicenda descritta in premessa merita attenzione perché:

- solleva la disamina di almeno due questioni peculiari del diritto italiano delle successioni *mortis causa*, una pressoché inedita e l'altra alquanto dibattuta; e
- postula, oltre a un intuitivo studio preliminare del caso alla luce del diritto internazionale privato (volto a capire se, e su che basi legali, un giudice inter-

¹ Dei quali viene altresì espressamente richiamato in testamento quello in cui risiede, che sarà, poi, di fatto, l'unico a permanere nel patrimonio locale della testatrice al momento della sua morte.

no possa pronunciarsi su di esso), anche l'utilità di fare comparazioni tra ordinamenti nell'ambito dei ragionamenti propri del diritto privato.

Siccome la fattispecie presenta un chiaro elemento di transnazionalità, qual è, per l'appunto, la cittadinanza della *de cuius*, il giurista italiano deve innanzitutto volgere la sua attenzione alle *regulae iuris* del diritto internazionale privato interno; e nello specifico, ai nostri giorni, al Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4-7-2012, n. 650, *relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo* (di seguito, il "reg. 650/2012"), entrato in vigore sul territorio con effetti a decorrere dal 17-8-2015.

Reg. 650/2012 che contiene una disciplina sulle successioni per causa di morte che, "in virtù delle regole che sovrintendono ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, prevale su quella della legge n. 218 del 1995"² (vale a dire, la l. 31-5-1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato)³.

Pertanto, detto giurista, tenendo presenti le norme del reg. 650/2012, deve chiedersi, nell'ordine:

² MOSCONI - CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, 5^a ed., 2, Torino, 2019, 297. Conformi, nella letteratura di d.i.p. e di diritto privato, su tutti: i) FRANZINA, *Ragioni, valori e collocazione sistematica della disciplina internazionalprivatistica europea delle successioni mortis causa*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, a cura di Franzina e Leandro, Milano, 2013, 2 (dove già a quel tempo si rilevava che "[i]n Italia, la nuova disciplina è destinata a sostituire, con limitate eccezioni, le previsioni di cui agli articoli da 46 a 50 della Legge di riforma del diritto internazionale privato e a rendere inapplicabili in ambito successorio alcune delle disposizioni di parte generale stabilite dalla stessa legge come quella di rinvio (art. 13) e quella relativa all'accertamento del titolo di giurisdizione (art. 11)"); ii) CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4^a ed., 2, Milano, 2015, 1686.

³ Anche se, ferma restando la prevalenza del reg. 650/2012 sulla l. 218/1995, desta curiosità che, sempre per una successione *mortis causa* di un cittadino inglese, la Corte di Cassazione abbia deciso, con l'ordinanza del 3-1-2020, n. 18, che fosse "opportuno rimettere gli atti al Presidente della Corte di Cassazione per l'eventuale rimessione alle sezioni unite delle seguenti questioni di massima di particolare rilevanza: a) se, in virtù del combinato disposto della l. n. 218 del 1995, art. 13, comma 1, art. 15 e art. 46, comma 1, la qualificazione degli istituti e delle materie, ai fini dell'individuazione delle norme sostanziali applicabili nei singoli casi, debba operarsi in base all'inquadramento effettuato dall'ordinamento straniero o in base alle norme e alle qualificazioni della lex fori; b) se l'operatività del rinvio l. n. 218 del 1995, ex art. 13, comma 1, sia esclusa allorché la legge straniera richiamata sia in contrasto con il principio di universalità e unitarietà della successione receptio nella l. n. 218 del 1995, art. 46; c) qualora debba tenersi conto delle norme di rinvio contenute nella legge straniera e queste ultime contemplino il sistema della scissione, se, in quali limiti e con quali modalità, detto rinvio investa anche la validità ed efficacia del titolo successorio, e se quindi possa operare in modo parziale (relativamente a taluni soltanto dei cespiti inclusi nell'asse); d) se il rinvio alla lex rei sitae, oggetto della norma straniera richiamata, comporti - invece - unicamente l'applicabilità delle norme concernenti le modalità di acquisto dei beni ereditari" (Cass., 13.1.2020, n. 18, in *Dir. e giustizia*, 2020, 7 gennaio, con nota di Tantalò). Decisione assunta per una successione apertasi nell'anno 2000, ben prima dell'entrata in vigore del reg. 650/2012, ma altresì emessa dopo che la Corte Suprema ha dichiarato che "comunque, il Regno Unito non ha esercitato (rispetto a tale regolamento, n.d.r.) il diritto di opt-in ai sensi del protocollo 21, allegato ai Trattati istitutivi dell'Unione Europea".

- a) se un giudice italiano potrebbe decidere un'eventuale controversia sollevata in relazione al testamento di cui in premessa; e in caso di risposta positiva a questa domanda,
- b) quale diritto applicherebbe, costui, per valutare, in primo luogo, la validità formale del testamento e, poi, una volta giudicatolo formalmente valido, per interpretare, sul piano del diritto sostanziale, le disposizioni in esso contenute.

Nel merito, va subito evidenziato che l'art. 4 reg. 650/2012 prevede che «[s]ono competenti a decidere sull'intera successione gli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte»⁴. Cosicché, alla domanda *sub a)* si può senza indugio rispondere che, se del caso, un giudice italiano sarebbe pienamente legittimato a dirimere una causa nascente dal testamento in oggetto.

Per quanto concerne, invece, la seconda domanda, relativa alla legge ai sensi della quale il giudice incaricato dovrebbe prima di tutto vagliare la validità formale del testamento, va detto che l'art. 27 reg. 650/2012 stabilisce che «[u]na disposizione a causa di morte fatta per iscritto è valida quanto alla forma se questa è conforme alla legge: a) dello Stato in cui la disposizione è stata fatta [...]; o [...] c) di uno degli Stati in cui il testatore [...] aveva il domicilio al momento in cui la disposizione è stata fatta [...], o al momento della morte; o d) dello Stato in cui il testatore [...] aveva la residenza abituale al momento in cui la disposizione è stata fatta [...], o al momento della morte; o e) per quanto riguarda i beni immobili, dello Stato in cui i beni immobili sono situati»⁵.

Quindi, anche se il diritto inglese dispone che per la validità di un testamento è necessaria la forma scritta e la presenza di almeno due testimoni⁶, nel caso di specie, poiché si ha a che fare con un testamento validamente steso *ex art.* 602 c.c., sussistono più elementi di collegamento in virtù dei quali si può affermare che non ricorrono problemi di validità formale per il negozio in questione.

Infine, per quanto riguarda la legge ai sensi della quale dovrebbe essere esaminata, nella sostanza, la successione *de qua*, si deve osservare che l'art. 21 reg. 650/2012, allineandosi con il già menzionato art. 4 reg. 650/2012, statuisce, al paragrafo 1, che, salvo quanto sia diversamente ed eccezionalmente previsto nel regolamento

⁴ Reg. 650/2012, Capo II («Competenza»), art. 4 («Competenza generale»).

⁵ Reg. 650/2012, Capo III («Legge applicabile»), art. 27 («Validità formale delle disposizioni a causa di morte fatte per iscritto»).

⁶ Wills Act 1837, section 9: «No will shall be valid unless – (a) it is in writing, and signed by the testator, or by some other person in his presence and by his direction; and (b) it appears that the testator intended by his signature to give effect to the will; and (c) the signature is made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses present at the same time; and (d) each witness either – (i) attests and signs the will; or (ii) acknowledges his signature, in the presence of the testator (but not necessarily in the presence of any other witness), but no form of attestation shall be necessary».

medesimo⁷, «la legge applicabile all'intera successione è quella dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte»⁸.

Art. 21, par. 1, reg. 650/2012, nel solco del quale, per quanto attiene, nel dettaglio, all'analisi del contenuto del testamento in disamina e delle problematiche giuridiche ad esso correlate:

- da un lato, l'art. 23, par. 2, reg. 650/2012 precisa che la legge che disciplina l'intera successione «regola in particolare [...] l'individuazione dei beneficiari» della successione, «la capacità di succedere» (compresa quella per rappresentazione) e «il trasferimento agli eredi e, se del caso, ai legatari, dei beni, dei diritti e delle obbligazioni che fanno parte del patrimonio ereditario, comprese le condizioni e gli effetti dell'accettazione dell'eredità o del legato ovvero della rinuncia all'eredità o al legato»⁹; e
- dall'altro, il combinato disposto degli artt. 24, co. 1, e 26, co. 1, reg. 650/2012 assicura che siano governate sempre dall'unica legge regolatrice della successione, *ex multis*, l'interpretazione dei testamenti e delle clausole in essi contenute¹⁰.

Ragion per cui, in estrema sintesi, si può concludere che tutte le *quaestiones* riasunte in premessa possono (e devono) essere analizzate, da un giudice italiano, alla luce del diritto privato interno.

3. Fermo quanto sopra, circa il fatto se si possa applicare l'art. 688, co. 2, c.c. al lascito immobiliare predisposto dalla testatrice (a favore di sua nipote, con la previsione della sostituzione della beneficiaria del lascito, per il caso della premorienza di parte istituita), si segnala quanto segue.

Innanzitutto, è bene ricordare:

- a) che l'art. 688 c.c., sulla sostituzione c.d. ordinaria, stabilisce, al comma 1, che «[i]l testatore può sostituire all'erede istituito altra persona per il caso che il primo non possa o non voglia accettare l'eredità»; e prevede, al comma 2, che «[s]e il testatore ha disposto per uno solo di questi casi, si presume che egli si sia voluto riferire anche a quello non espresso, salvo che consti una sua diversa volontà»; e
- b) nel presunto dubbio che il lascito testamentario qui in discussione possa configurare un legato¹¹, che l'art. 691 c.c. dispone che le due norme sopra citate si applichino, oltre che agli atti di disposizione a titolo di eredità, «anche ai legati».

⁷ In particolare, all'art. 21, par. 2, e all'art. 22, sulla c.d. «scelta di legge».

⁸ Reg. 650/2012, Capo III («Legge applicabile»), art. 21 («Criterio generale»).

⁹ Reg. 650/2012, Capo III («Legge applicabile»), art. 23 («Ambito di applicazione della legge applicabile»).

¹⁰ Reg. 650/2012, Capo III («Legge applicabile»), artt. 24 («Disposizioni a causa di morte diverse dai patti successori») e 26 («Validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte»).

¹¹ Dubbio, in verità, di facile risoluzione che, nondimeno, si preferisce accantonare, per il momento, rimandandone lo scioglimento al paragrafo 5.

Poi, va sottolineato che l'art. 688, co. 2, c.c. crea, come emerge già dal suo testo, una presunzione *iuris tantum*, che opera “*in funzione interpretativo-integrativa della volontà del testatore*”¹², intervenendo, cioè, quando si deve interpretare/integrare un testamento¹³. Fattore, in forza del quale – si è scritto – “*si esclude che possa trattarsi di una norma dispositiva*”¹⁴ (anche se si può eccepire che non abbia un gran senso ragionare, in sé, sulla disponibilità di una norma che stabilisce una presunzione); e che comporta, in ogni caso, sul piano pratico, che la prova contraria consista nella “*dimostrazione dell'assenza di una volontà del testatore nella direzione in cui essa si presume dalla legge*”¹⁵.

Si deve inoltre aggiungere che sempre l'art. 688, co. 2, c.c. sancisce la presunzione di cui sopra per l'ipotesi in cui il testatore abbia previsto, nella loro integrità:

- tutti i casi in cui l'erede o il legatario primo istituito non può accettare l'eredità o il legato (i c.d. *casus impotentiae*¹⁶); oppure,
- tutti i casi in cui l'erede o il legatario primo istituito non vuole accettare l'eredità o il legato (i c.d. *casus noluntatis*¹⁷).

Mentre, esso non la prevede anche (o in alternativa) qualora il testatore abbia contemplato uno solo (o più) tra i vari fatti giuridici riconducibili ad uno dei due gruppi di casi genericamente indicati all'art. 688, co. 1, c.c.¹⁸. Là dove, alle voci *casus impotentiae* e *casus noluntatis* vengono comunemente richiamati:

- i) per quanto attiene alla prima, i fenomeni della premorienza, commorienza, assenza e scomparsa, la dichiarazione di morte presunta, e i casi dell'indegnità,

¹² TALAMANCA, *Successioni testamentarie (art 679-712)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1965, 243. Conforme CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1, 749.

¹³ Sulle norme interpretativo-integrative, ivi analizzate ai fini dell'accrescimento ex art 674 c.c. e ss. (e in particolare degli artt. 674, co. 3, c.c. e 675 c.c.), v. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, Milano, 1953, 124 ss.

¹⁴ TALAMANCA, *op. cit.*, 243. Perché, si prosegue, “*è evidente – a parte il fortissimo argomento letterale («si presume») – che il legislatore intende qui determinare, anche in via d'integrazione interpretativa, il valore e la portata di una data disposizione negoziale, onde si è fuori dal campo di applicazione della norma dispositiva*” (Id., *op. cit.*, 243-244, nt. 5).

¹⁵ *Idem*, 244, dove l'A. ha anche detto che “*se si fosse trattato di una norma dispositiva, si sarebbe dovuta dare la prova che il testatore avesse positivamente escluso gli effetti di tale norma, e non sarebbe stata sufficiente la prova dell'assenza, nel testatore, della volontà presunta dalla legge*”. Conviene ALBANESE, *Della revocazione delle disposizioni testamentarie - Delle sostituzioni - Degli esecutori testamentari (art. 679-712)*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Bologna-Roma, 2015, 175.

¹⁶ GANGI, *La successione testamentaria (nel vigente diritto italiano)*, 2ª ed., 2, Milano, 1952, 258 ss.; TALAMANCA, *op. cit.*, 239 ss.; TERZI, *Sostituzione semplice e sostituzione fedecommisaria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, 1, Padova, 1994, 1155 ss.; ALBANESE, *op. cit.*, 170 ss.

¹⁷ Si vedano gli stessi AA. di nota 16.

¹⁸ Perché “[*a]nche se l'inciso «ha disposto per uno soltanto di questi casi» (contenuto nell'art. 688, co. 2, c.c., n.d.r.) potrebbe, in astratto, venir riferito ad uno soltanto dei casi ricompresi nei due gruppi ricordati al 1° comma dell'art. commentato, [...] l'ulteriore dizione del 2° comma: «si presume che egli si sia voluto riferire anche a quello non espresso» [...] fa palese che, nel linguaggio del legislatore, col termine «caso» ci si voleva riferire ai gruppi di casi, previsti dal 1° comma*” (TALAMANCA, *op. cit.*, 244).

dell'incapacità a succedere e della nullità, annullabilità o inefficacia dell'istituzione o del legato del primo chiamato¹⁹. Oltre che, per alcuni autori, l'evento che concretizza il verificarsi di una condizione risolutiva o il mancato avverarsi di una condizione sospensiva²⁰; e

ii) per quanto concerne la seconda, il fatto/atto della rinuncia e la prescrizione o la decadenza dal diritto di accettare²¹.

Peraltro, nella contingenza, il problema dell'applicabilità della presunzione di cui all'art. 688, co. 2, c.c. si pone in rapporto a uno solamente dei casi di impossibilità a succedere tra quelli ritenuti rientranti nel campo di operatività dell'espressione normativa «*non possa succedere*»; ovverosia, quello della premorienza alla testatrice della beneficiaria del lascito immobiliare.

Cosicché, la *quaestio* relativa al fatto se la rinuncia al lascito, effettuata dalla beneficiaria, possa far scattare (quale atto fonte di un *casus noluntatis*), al pari della sua premorienza (quale evento fonte di un *casus impotentiae*), la devoluzione del lascito medesimo, in via sostitutiva, al *trustee* del *trust* posto in essere (al pari del testamento) dalla testatrice, può e deve essere affrontata su un duplice piano.

Innanzitutto, essa può e deve essere affrontata, in astratto, sul piano dell'analisi del problema se la circostanza che un qualsivoglia testatore abbia previsto una soltanto (o più, in senso numerico) tra le varie ipotesi, in cui l'erede non può o non vuole accettare l'eredità o il legato, sia da considerarsi di per sé idonea o meno a far sorgere la presunzione di cui all'ormai più volte citato art. 688, co. 2, c.c.²².

Problema con riferimento al quale, un autore, che l'ha attentamente trattato, ha affermato che, se “[l]a ratio iuris della presunzione va ricercata nella considerazione che il testatore abbia previsto solo quella possibilità che appariva più verisimile, senza però intendere di escludere l'altra possibilità, in quanto la sua volontà va intesa come diretta a chiamare comunque, in ordine graduato, l'istituito ed il sostituito”²³, allora “il fondamento per una tale valutazione viene a mancare nel caso che il testatore abbia provvedu-

¹⁹ TERZI, *op. cit.*, 1155; BONAVIDA, *sub art.* 688, in *Comm. Perlingieri*, Napoli, 2010, 521; ALBANESE, *op. cit.*, 170.

²⁰ ALBANESE, *op. cit.*, 170; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1010-1011 (dove non sono, per contro, menzionati la nullità, l'annullamento e l'inefficacia dell'istituzione del primo chiamato). Il tema è stato, invece, presentato come controverso (ma poi risolto, argomentando caso per caso) da TALAMANCA, *op. cit.*, 241-242 (con nt. di richiamo), e TERZI, *op. cit.*, 1155-1156.

²¹ TERZI, *op. cit.*, 1156; BONAVIDA, *op. cit.*, 521; ALBANESE, *op. cit.*, 170. Si noti che la giurisprudenza ha affiancato ai vari *casus impotentiae* e *noluntatis* di cui al testo anche quello della risoluzione della disposizione testamentaria posta in essere a favore del primo istituito per inadempimento dell'onere apposto a suo carico (Cass., 27.6.1974, n. 1921, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1375 ss.: “Nella sostituzione ordinaria, la chiamata del sostituto diviene operante anche quando la disposizione in favore del primo istituito venga meno perché giudizialmente risolta, ai sensi dell'art. 648 comma 2 c.c., per inadempimento del modus appostovi”).

²² Questione che, tra l'altro, allo stato dell'arte, “si potrà averare soltanto per i *casus impotentiae*. Nei *casus noluntatis*, oltre alla rinuncia, rientrano soltanto le cause di decadenza dal diritto di accettare, del cui ricordo non si può far carico al testatore” (TALAMANCA, *op. cit.*, 244, nt. 3).

²³ TALAMANCA, *op. cit.*, 245.

to a specificare il singolo *casus impotentiae in ordine al quale (sia esso la premorienza, l'incapacità, l'indegnità, etc.) egli dispone la sostituzione*²⁴.

Inoltre, se si ragiona sempre sul piano dei singoli casi in cui l'istituito potrebbe trovarsi a non poter succedere, e si rivolge l'attenzione al *casus impotentiae* dell'indegnità, di cui agli artt. 463 c.c. e ss., si deve osservare che l'attribuzione dello *status* di indegno allo stesso istituito (così come, in verità, a un qualsiasi chiamato per successione *mortis causa*) non dipende da valutazioni del testatore. Bensì, essa è il frutto dell'emanazione di un provvedimento (segnatamente, secondo l'opinione prevalente, una sentenza costitutiva, pronunciata su domanda di parte, che rimuove *ope iu-*

²⁴ *Ibidem*. Convengono TERZI, *op. cit.*, 1156; AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 4^a ed., Padova, 1963, 516 (“*se [invece] la sostituzione sia espressamente limitata ad uno solo dei casi (non possa o non voglia) o comunque risulti tale intenzione del testatore, allora non può valere la presunzione di legge*”). Contra, CICU, *Testamento*, 2^a ed., Milano, 1951, 215; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie (art. 587-712)*, in *Comm. De Martino*, Roma, 1973, 500; PALAZZO, *Le successioni*, 2^a ed., 2, Milano, 2000, 775. Tutti AA. che, peraltro, dopo aver dato atto del testo dell'art. 688, co. 2, c.c., si sono limitati: i) il primo ad asserire che “*poiché vari sono i casi in cui il primo chiamato non può (premorienza, indegnità, assenza) anche se la sostituzione è disposta per uno di detti casi, es. la premorienza, si intenderà operante anche per gli altri*”; ii) il secondo a dire che “[*s*e, pertanto, il testatore ha previsto la sostituzione solo nel caso di rinuncia da parte dell'istituito, il sostituito succederà anche se l'istituito non possa accettare per incapacità o altra causa” e viceversa; iii) il terzo ad affermare che “[*c*osì, ad es., se il testatore, istituendo erede Primus, abbia disposto la sua sostituzione con Secundus solo per il caso di indegnità di Primus, in mancanza di diversa volontà del de cuius, si verificherà egualmente la sostituzione anche nel caso di mera rinuncia di Primus all'eredità”. Sicché, detti AA. non hanno motivato sul fatto che l'art. 688 c.c. appare riferirsi, al primo e al secondo comma, a tutti i *casus impotentiae* e *noluntatis* soltanto globalmente considerati. Ciò, mentre, in altre due occasioni: i) da un lato, si è scritto che “[*è*] discusso, poi, in dottrina se la norma (l'art. 688, co. 2, c.c., n.d.r.) trovi applicazione nell'ipotesi in cui il testatore abbia fatto riferimento non a tutti i casi previsti in uno dei due gruppi dell'art. 688 (ossia tutti i casi del «non possa» ovvero a tutti i casi del «non voglia»), ma soltanto alcuni di essi”; e dopo che si è riportato che “[*a*]lcuni autori negano che nei casi come quello in esame, possa operare la sostituzione ordinaria, affermando che il 2° comma dell'art. 688 va interpretato restrittivamente”, e che “[*a*]ltri autori sostengono, invece, che la sostituzione ordinaria operi anche qualora il testatore abbia contemplato soltanto uno specifico caso (nel nostro esempio l'indegnità) e non tutte le ipotesi”, si è concluso asserendo che “[*q*]uest'ultima teoria è preferibile, in quanto trova conferma nel principio stesso su cui si fonda la sostituzione ordinaria, vale a dire la tutela della volontà del testatore” (CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1012); ii) dall'altro, si è anche qui riferito che “[*n*]on è chiaro se la presunzione valga anche quando il testatore abbia espressamente enunciato non, genericamente, la «non volontà» o la «non possibilità» di accettare, ma semplicemente uno solo dei casi rientranti in questi due gruppi (ad esempio: incapacità). Dovrà allora presumersi l'operatività della sostituzione anche se l'istituito non può o non vuole accettare per cause diverse (ad esempio: rinuncia)?”; e si è concluso che “[*g*]li studiosi si dividono tra chi, escludendo ogni interpretazione analogica, avalla un'interpretazione restrittiva della disposizione, e chi, basandosi sulla ratio dell'istituto, di tutela della volontà del testatore, propende per la soluzione affermativa” (ALBANESE, *op. cit.*, 175). Nondimeno, con riguardo a quanto scritto da Capozzi ed Albanese si leggano le osservazioni di cui *infra* alla nota 28. Infine, erroneamente è stato talora indicato dalla dottrina quale A. favorevole alla tesi contraria a quella esposta nel testo Gangi. Il quale, invece, si è anch'egli limitato a riportare il testo dell'art. 688, co. 2, c.c. e a notare che questa norma “*riproduce sostanzialmente l'art. 896 del codice previgente*” e che essa “*è esplicitamente ammessa anche da altre moderne codificazioni, così, in particolare, dal codice prussiano [...], dal codice sassone [...], e dal codice germanico*”, mentre “[*i*]l codice austriaco [...] l'ha espressamente esclusa” (GANGI, *op. cit.*, 260).

dicis l'acquisto del chiamato²⁵), rimesso alla decisione di soggetti terzi²⁶. Sicché, muovendo dalla prospettiva del testatore, considerare questo *casus impotentiae* come un qualcosa di confrontabile o parametrabile a uno dei singoli *casus noluntatis* (o anche soltanto alla voce «*non voglia accettare*», di cui all'art. 688, co. 1, c.c.), ai fini della presunzione prevista dall'art. 688, co. 2, c.c., e/o dell'accertamento di una sua volontà in senso contrario²⁷, appare essere, oggettivamente, piuttosto discutibile.

Così, in sintesi, già in virtù di quanto è stato fin qui esposto, è ragionevole sostenere, anche argomentando solo in astratto, che la presunzione disposta dall'art. 688, co. 2, c.c. non possa/debba essere applicata nell'ipotesi in cui un testatore abbia contemplato, in testamento, uno soltanto (o più, numericamente parlando) dei vari casi di impossibilità o non volontà a succedere, dell'erede/legatario primo istituito, riconducibili al testo dell'art. 688, co. 1, c.c.²⁸.

²⁵ Cass., 29.3.2006, n. 7266, in *Giust. civ.*, 2007, I, 939 ss., con nota di Vidiri; Cass., 5.3.2009, n. 5402, in *Riv. notariato*, 2010, 216 ss.: “*L'indegnità a succedere di cui all'art. 463 c.c. pur essendo operativa ipso iure, deve essere dichiarata con sentenza costitutiva su domanda del soggetto interessato, atteso che essa non costituisce un'ipotesi di incapacità all'acquisto dell'eredità, ma solo una causa di esclusione dalla successione*”.

²⁶ Tanto è vero che “[n]ella ipotesi d'indegnità dell'istituito, poiché l'indegno non è dalla legge considerato incapace, ma è soltanto escluso dalla successione, la sostituzione naturalmente non ha luogo se non quando intervenga la pronunzia giudiziale, e frattanto l'istituito, che sia indegno, ha diritto di apprendere i beni, salvo a doverli poi restituire al sostituito” (AZZARITI, *op. cit.*, 516). Si veda infine Trib. Macerata, 26.3.2003, in *Riv. notariato*, 2003, 1294, con nota di Musolino: “*L'indegnità costituisce non una causa di incapacità a succedere, ma di esclusione dalla successione e la sentenza che la pronunzia provoca una situazione analoga a quella del primo chiamato, che non può o non vuole accettare l'eredità, che, ove ne ricorrano i presupposti, viene devoluta per rappresentazione o, in difetto, a favore dei chiamati in subordine. Da ciò discende che, qualora l'indegno muoia dopo l'apertura della successione, ma prima di accettare l'eredità, il diritto di accettare si trasmette ai suoi eredi ex art. 479 c.c., contro i quali, perciò, può utilmente essere proposta l'azione di indegnità, essendovi un evidente interesse ad agire*”.

²⁷ Vale a dire, ai fini di sostenere che, ad esempio, il testatore *de quo*, richiamando in testamento il caso della rinunzia, da parte dell'istituito, all'eredità o al legato, intendesse altresì riferirsi al caso che costui risultasse indegno.

²⁸ A titolo di chiusura si osservi che, per quanto attiene alle opinioni di Capozzi e Albanese qui riportate in nota 24: *i*) nel primo caso, nel passaggio in cui l'A. ha segnalato che la tesi che sostiene che la sostituzione ordinaria operi anche quando il testatore contempla uno qualsiasi soltanto dei casi in cui l'istituito non vuole o non può accettare sarebbe quella preferibile, in quanto essa troverebbe conferma “*nel principio stesso su cui si fonda la sostituzione ordinaria, vale a dire la tutela della volontà del testatore*” (CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1012), lo stesso A. non tiene conto del fatto che proprio la tutela della volontà del testatore, sia pur da interpretarsi, appare chiaramente essere ciò che ha spinto Talamanca ad affermare il contrario; *ii*) nel secondo caso, là dove si riferisce, come già scritto, che “[g]li studiosi si dividono tra chi, escludendo ogni interpretazione analogica, avalla un'interpretazione restrittiva della disposizione, e chi, basandosi sulla ratio dell'istituito, di tutela della volontà del testatore, propende per la soluzione affermativa” (ALBANESE, *op. cit.*, 175), si dimentica, oltre a quanto appena esposto *sub i*), che sempre Talamanca (ivi indicato, nella nt. 44, quale A. favorevole a un'interpretazione restrittiva dell'art. 688, co. 2, c.c.) ha raggiunto la sua conclusione, richiamata nel testo, proprio ragionando nel solco di un procedimento analogico (TALAMANCA, *op. cit.*, 244: “[v]a dunque risolto sotto il profilo dell'interpretazione analogica il problema [...] se l'estensione possa avvenire anche quando il testatore abbia espressamente previsto uno soltanto dei casi rientranti nei due gruppi di cui al 1° comma dell'art. in esame”).

Con la conseguenza che si potrebbe già affermare che, nel caso di specie, la nipote della testatrice poteva liberamente rinunciare al lascito immobiliare, senza far scattare la sua sostituzione con il *trustee* del *trust* istituito, in vita, prima del testamento, dalla *de cuius*.

Tuttavia, non è detto che “*allo stesso risultato cui perviene la presunzione legislativa non si possa pervenire in sede di interpretazione complessiva del testamento*”²⁹.

Perciò, ragionando in concreto, appare più che opportuno interpretare altresì il testamento *de quo*. Sempre, peraltro, tenendo conto che la prova contraria alla presunzione di cui all'art. 688, co. 2, c.c. consiste – come riferito – nella mera dimostrazione dell'assenza di una volontà del testatore che vada nella direzione in cui essa è data per presunta dalla legge.

Nello specifico, la domanda che l'interprete deve porsi è la seguente: ci sono elementi che emergono dal testamento e, se del caso, da altri atti o fatti giuridici ad esso correlati³⁰, ai sensi dei quali si può asserire che la testatrice, nel caso in cui sua nipote non avesse voluto succedere nel lascito immobiliare, avrebbe inteso assegnarlo, in via sostitutiva, all'ormai più volte citato *trustee*?

Orbene, se si guarda il negozio in esame alla luce dei canoni ermeneutici considerati utilizzabili in materia, e se si tiene presente che mentalità e cultura di chi ha redatto un testamento sono due fattori che l'interprete può e deve talvolta valutare³¹, nel solco di ciò, si può rilevare che, nella fattispecie, vi sono elementi per sostenere addirittura il contrario.

²⁹ TALAMANCA, *op. cit.*, 245. Perché, ha aggiunto l'A., “*anzi, se in tal sede si possa accertare che, al di là delle espressioni usate, il testatore avesse voluto disporre una sostituzione per tutte le singole cause d'impossibilità, non v'ha dubbio che scatterebbe la presunzione di cui al comma in esame*”. Come potrebbe essere il caso “*in cui il testatore abbia analiticamente previsto i più importanti casus impotentiae*” (ID., *op. cit.*, 245, nt. 3).

³⁰ Con i secondi che devono essere valutati, però, solo in via sussidiaria, in virtù delle regole di interpretazione da applicarsi in materia di testamenti (v. in dottrina RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952; GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa*, in *Nov. Dig. it.*, VII, Torino, 1962, 907 ss.; AMADIO, *L'oggetto della disposizione testamentaria*, in *Vita notarile*, 1993, 455 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie (art. 587-600)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1993, 112 ss.; DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali (artt. 587-590)*, in *Comm. Schlesinger*, diretto da Busnelli, Milano, 2005; MUSOLINO, *L'interpretazione del testamento fra regole generali e criteri peculiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 467 ss.; CARLEO, *L'interpretazione del testamento*, in *Tratt. Bonilini*, Milano, 2009, 1475 ss.; e in giurisprudenza, Cass., 19.7.1986, n. 4660; Cass., 22.7.2004, n. 13785, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2691 ss.; Cass., 19.10.2005, n. 20204).

³¹ BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 116. In giurisprudenza, Cass., 18.11.1986, n. 7025; Cass., 28.12.1993, n. 12861, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3183, con nota di Costanzo: “*L'interpretazione del testamento è caratterizzata, rispetto a quella contrattuale, da una più penetrante ricerca, al di là della mera dichiarazione, della volontà del testatore, la quale, alla stregua delle regole ermeneutiche di cui all'art. 1362 c.c. (applicabili, con gli opportuni adattamenti, anche in materia testamentaria), va individuata sulla base dell'esame globale della scheda testamentaria, con riferimento, essenzialmente nei casi dubbi, anche ad elementi estrinseci alla scheda, come la cultura, la mentalità e l'ambiente di vita del testatore*”; Cass., 3.12.2010, n. 24637, in *Giust. civ.*, 2011, 354 ss.; Cass., 7.5.2018, n. 10882, in *Riv. notariato*, 2019, II, 425 ss.; Cass., 31.5.2018, n. 13868, in *Riv. notariato*, 2018, II, 1216 ss.

Infatti, riflettendo nell'ottica di una *de cuius* nata e cresciuta in un ordinamento di *common law*, qual è quello inglese, nella circostanza va evidenziato quanto segue.

La testatrice ha disposto *expressis verbis*, con il testamento, dei suoi soli beni situati in Italia; creando così l'apparenza che ella, partendo dalla *policy* scissionista del diritto internazionale privato successorio inglese – in forza della quale le persone fisiche titolari di diritti su più beni che si trovano in Stati differenti, soprattutto se immobili, tendono a redigere più testamenti, ciascuno per ogni Stato in cui detti beni sono localizzati³² – stesse ragionando nella logica del diritto delle successioni *mortis causa* vigente in Inghilterra. Il quale è un diritto che, nell'ambito di un ordinamento in cui le situazioni di appartenenza sui beni sono tradizionalmente orga-

³² Va infatti ricordato il d.i.p. inglese predilige, ai fini delle successioni *mortis causa*, invece della devoluzione dell'intera successione a un'unica legge, di principio, la sua devoluzione a leggi differenti, a seconda dei beni (mobili o immobili) da essa interessati. Si vedano *ex multis*: i) ANTON, *Private International Law (A treatise from the standpoint of Scots Law)*, 2nd ed., 1990, Edinburgh, 667: “The rules of choice of law and, indeed, of jurisdiction governing succession are complicated by the cleavage between the rules relating to succession to movables and those relating to succession to immovables. Very generally, while moveable succession is governed by the law of the testator's domicile, succession to immovables is a matter for the *lex situs*. Many systems repudiate this distinction – the principle of “scission” – and hold that the deceased's entire estate should devolve in accordance either with the law of the deceased's last domicile or with his national law”; ii) Dicey, *Morris and Collins on The Conflict of Laws*, a cura di Lord Collins of Mapesbury, 15th ed., 2, 2012, London, 1426 ss., dove, per il caso in cui (come nella fattispecie) il *de cuius* sia deceduto lasciando testamento, si riporta che: 1) «[t]he material or essential validity of a will of movables [...] is governed by the law of the testator's domicile at the time of his death» (1426, 27R – 044; Rule 154); 2) «[t]he material or essential validity of a will of immovables [...] is governed by the law of the country where the immovables are situated (*lex situs*)» (1430, 27R – 054, Rule 155). Per inciso, per quanto concerne i concetti di *movables*, *immovables* e *domicile*, si noti che: a) “se la distinzione tra mobili e immobili è ignota alla *common law*, essa è ammessa, invece in diritto internazionale privato inglese, in cui si parla di *movables* e *immovables* nello stesso senso della *civil law*. Infatti, essa è adottata dal giudice inglese «out of international comity» solo per decidere questioni tra un cittadino britannico e stranieri che appartengono a paesi che non adottano la distinzione tra *real* e *personal property*. In tal caso, il giudice inglese – allo scopo di stabilire un criterio comune sulla base del quale decidere questioni di diritto internazionale privato – adotta, in effetti, una distinzione ignota alla *common law*” (DE FRANCHIS, *Law dictionary*, 1, Milano, 1984, 1029-1030, con nt. di richiamo). Così, nel d.i.p. inglese è la legge dello Stato in cui il bene si trova a stabilire se esso sia un bene mobile o immobile (Dicey, *Morris and Collins on The Conflict of Laws*, cit., 1279, § 22R – 001, Rule 128); b) quello di *domicile* è “uno dei concetti più complessi dell'ordinamento inglese e della *common law* in genere”, che “può indurre erroneamente a ritenere che esso corrisponda al concetto di domicilio dell'ordinamento italiano e della *civil law* in genere”. Mentre, in realtà, “non indica né il domicilio, né la residenza, giacché l'ordinamento inglese non conosce l'idea del domicilio in un posto particolare nell'ambito dello stesso paese”, ma individua “un rapporto con un *law district*, ossia con un territorio soggetto a un determinato ordinamento giuridico” (DE FRANCHIS, *op. cit.*, 664). Così, il *domicile* “nel sistema del diritto privato internazionale inglese e nordamericano costituisce un fattore di collegamento”, in virtù del quale “è la legge del domicilio, e non già quella della nazionalità, come negli ordinamenti di *civil law*, che regola in via generale lo stato, la capacità, i rapporti di famiglia e la successione delle persone” (ID., *op. cit.*, 664-665, con nt. di richiami). Sul *domicile* v. anche Dicey, *Morris and Collins on The Conflict of Laws*, cit., 131 ss.; ANTON, *op. cit.*, 121 ss.

nizzate su base temporale³³, è disciplinato in modo alquanto difforme dal diritto delle successioni *mortis causa* italiano³⁴; ed è altresì un diritto in cui, in particolare, la preoccupazione principale del testatore/disponente *family-oriented* (ovverosia interessato a tutelare gli interessi patrimoniali dei suoi prossimi congiunti, tramite i vari strumenti per il passaggio intergenerazionale dei beni ivi accessibili) è quella di non lasciare lacune dispositive (o di lasciarne il meno possibile) in relazione all'assegnazione, nel tempo, delle varie *properties* oggetto di disposizione³⁵. Talora perfino andando oltre i limiti della ragionevolezza³⁶, a supporto dei quali entrano in gioco le *rules against perpetuities* (o *remoteness of vesting*), *inalienability and accumulations*³⁷, applicabili sia agli atti *inter vivos*, come gli *express trusts*³⁸, sia agli atti *mortis*

³³ HARPUM – BRIDGE – DIXON, *Megarry & Wade – The Law of Real Property*, London, 2008, 23-24, §§ 2-005/2-006: “Whatever the tenure, the land might be held for different periods of time. [...] There are [...] two fundamental doctrines in the law of real property: (i) the doctrine of tenures: all land is held of the Crown, either directly or indirectly, in one or other of the various tenures; and (ii) the doctrine of estates: land held in tenure is also held for an estate, that is to say for some period of time”.

³⁴ Si veda, da ultima, la *Response of the Government of the United Kingdom to the Green Paper on Succession and Wills*, in *ec.europa.eu*, dove si è scritto (quando il Regno Unito era parte dell'Unione Europea) che “the differences in the approaches taken by Member States to the transfer of property on death are fundamental. Some Member States, such as the UK, favour freedom of testamentary disposition, whilst others provide for reserved heirship. Some allow property to pass direct to the heirs, but the UK and others operate a court-based system, which, on the death of the deceased, gives ownership of the deceased's property to a third party. This third party is entrusted with the administration of the estate of the deceased and its distribution to his or her beneficiaries. Some, including the UK, define the estate as the property of the deceased at the date of death, others include gifts made by the deceased during his or her life. This diversity [...] reflects the differing approaches adopted by different societies within the European Union to questions about the nature of ownership and about family obligations”.

³⁵ MERRYMAN, *Policy, autonomy, and the numerus clausus in Italian and American property law*, in [1963] *AJCL* 224, 229-230: “Our property system places substantially less emphasis on family. The owner is generally quite free to disinherit his children, if he so desires, as well as all others except his surviving spouse. [...]. Although the law is not family-directed, donors frequently are, and a property system which allows children to be disinherited can be expected to stimulate attempts by donors to control the future in such a way as to keep the property in the family. It is undoubtedly true that much of our law of future interests and trusts is the product of the operation of such forces”.

³⁶ Perché “at the heart of a liberal property system lies a basic paradox that [...] may be put shortly, if rather simply, as follows. If in a pure liberal or market society the market is to carry out its function of allocation of resources amongst various uses, property must be freely alienable. This seems to require individual freedom of disposition of property, so a pure market society will require a system of property law designed to sustain freedom of disposition. But if freedom of disposition conferred on a person disposing of property means that he or she can regulate the circumstances in which, and the extent to which, the recipients can deal with the property, the recipients do not have freedom of disposition. In this sense unrestricted freedom of disposition cannot logically be permitted and fully maintained. The paradox can be summarised as follows: «if the donor of a property interest tries to restrict the donee's freedom to dispose of that interest, the legal system, in deciding whether to enforce or void that restriction, must resolve whose freedom it will protect, that of the donor or that of the donee»” (GARTON, *Moffat's Trusts Law*, 6th ed., Glasgow, 2017, 292).

³⁷ GARTON, *op. cit.*, 344 ss.; *Black's Law Dictionary*, a cura di Garner, 7th ed., Dallas, 1999, 1331.

³⁸ *Sugli express trusts v. OACKLEY, Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, 9th ed., London, 2008, 40, § 2-003; PENNER, *The Law of Trusts*, 7th ed., New York, 2010, 15; GARTON, *op. cit.*, 3.

*causa*³⁹; o ancora, come avviene sempre per gli *express trusts*, la *rule Saunders v Vautier*⁴⁰. In ogni caso, tutte norme da vedersi nella loro veste di strumenti posti a garanzia del fatto che la libertà di disporre del testatore/disponente, pur se attuata a beneficio delle generazioni future a costui strettamente legate, non sia tale da limitare la libertà di disposizione altrui, ovverosia quella dei beneficiari prescelti⁴¹.

Dunque, *vis-a-vis* l'apparenza documentale di cui sopra, è alquanto difficile pensare, e dare oltretutto per provato (dovendosi agire nel contesto del regime probatorio di cui si è dato atto in precedenza), che la testatrice avesse inteso disporre del lascito immobiliare nella logica propria dell'art. 688 c.c.

Anche perché poi, *ad abundantiam*, per un ipotetico testatore *family-oriented*, una disposizione con cui si attribuiscono beni *mortis causa* a determinati beneficiari, e si prevede la loro sostituzione in caso di premorienza, corrisponde, nel diritto successorio inglese, a una clausola che è diretta a evitare il problema, ivi noto, della c.d. *failure of legacies and devises*⁴². La quale dà vita al fenomeno giuridico del *lapse*⁴³, che può essere evitato proprio inserendo in testamento una *substitutory provision* come

³⁹ MELLOWS, *The Law of Succession*, London, 1970, 183: "A gift in a will does not take effect if it contravenes the perpetuity and accumulations rules"; MARSHALL, *Theobald on Wills*, 12th ed., London, 1963, 500, § 1471: "A testator cannot give directions which will make his property useless to anyone for a term of years [...]. But subject to this restriction he has a large power of tying up his property, limited only by the rules against remoteness of vesting, indefinite duration and accumulations".

⁴⁰ *Saunders v Vautier* (1841) 4 *Beav.* 115. Sulla *rule v. THOMAS & HUDSON*, *The Law of Trusts*, 2nd ed., Oxford, 2010, 161, § 7.05: "Under this rule, an adult beneficiary (or a number of adult beneficiaries acting together) who is (or are) of full legal capacity and has (or between them have) an absolute, vested, and indefeasible interest in the capital and income of trust property may terminate the trust and require the trustee to transfer the property to him (or them)"; OAKLEY, *op. cit.*, 843, § 21-001.

⁴¹ MERRYMAN, *op. cit.*, 225-226, comparando il sistema italiano con quello degli Stati degli U.S.A., ha infatti evidenziato che "[i]f one is to speak of individual autonomy in property matters it is obvious that he must specify whose autonomy is in question. The owner of property is only one of the parties concerned. The more power of dead hand control he is given the less autonomy is enjoyed by subsequent generations with respect to that property. If the term «autonomy» is to mean anything in this context it must be treated as power to create binding arrangements, and to the extent that they are binding they limit what others can do. Although the problem may not arise (or be recognized) so often in a contract context, dead hand control would seem to involve the same questions whether put in terms of property or contract. Both liberty of alienation and liberty of contract are general principles, generally accepted. Both must be limited in many ways, and one purpose of limitation must be to preserve the liberty of others". Dopodiché l'A. ha aggiunto – nel solco di quanto qui anticipato nel testo e in nota 36 – che "[t]he power of the present owner to control the future use and enjoyment of wealth is greater in the United States (rispetto all'Italia, n.d.r.) because he is given more opportunity to create legally binding restraints on the use and alienation of property. He can do this through conditions, future interests and the trust".

⁴² PARRY, *The Law of Succession (Testate and intestate)*, 4th ed., London, 1961, 81 ss.

⁴³ *Idem*, 81: "Testamentary gifts are liable to fail on account of one or more of a number of reasons. First, the beneficiary may renounce or disclaim the legacy or other benefit offered to him by the testator. Secondly, a testamentary gift may fail by reason of the death of the donee in the lifetime of the testator. Such a failure is known as «lapse»"; MARSHALL, *op. cit.*, 679, § 2021: "Doctrine of lapse. Portions of a testator's property may be undisposed of, either because the disposition attempted by him has failed, or because non disposition has been attempted. A devise or legacy lapses by the death of the devisee or legatee before the testator, or even before the date of the will".

quella di cui in premessa⁴⁴. Pena, altrimenti, il rischio che il lascito (sia esso un *devise*, concernente *real properties*, piuttosto che un *legacy o bequest*, avente ad oggetto *personal properties*) decada⁴⁵, con conseguente passaggio dei beni da esso interessati, in prima istanza, nel lascito c.d. *de residuo (residuary gift)*⁴⁶ e, in mancanza di quest'ultimo, nel regime della successione *ab intestato (intestacy)*⁴⁷.

Così, tornando alla fattispecie, è ragionevole pensare che la testatrice, muovendo dalla sua mentalità (e cultura) di persona nata e cresciuta nel contesto di un ordinamento, come quello inglese, in cui il diritto delle successioni *mortis causa* è strutturato diversamente da quello italiano (anche perché è strettamente interconnesso a strumenti e regole per l'attribuzione delle situazioni di appartenenza sui beni disallineati dai nostri), intendesse semplicemente evitare il decadimento del lascito in discussione e nulla di più; e quindi, che ella non si preoccupasse affatto dell'ipotesi della rinunzia, *ex art. 688, co. 2, c.c.*, da parte della nipote, al lascito stesso. *Rectius* – muovendo sempre dalle *policies* generali del diritto successorio di *common law*, in

⁴⁴ MELLOWS, *op. cit.*, 167: “Gifts are most frequently prevented from lapsing [...] because the testator has expressly provided what is to happen in the event of predecease of the beneficiary”.

⁴⁵ BAILEY, *The Law of Wills*, 5th ed., London, 1959, 79: “A legatee or devisee who outlives the testator is entitled to the legacy or devise even if he dies before the executors distribute the property [...]. On the other hand, no person who died before the testator can ordinarily acquire any benefit under the testator's will, since he is non-existent when the will takes effect [...]. Thus, a legacy or devise to X is said to lapse if X predecease the testator; and, generally speaking, neither the fact that X left children who outlive the testator nor the use of phrases such as «to X his executors, administrators, and assigns» is effective to preserve the gift from destruction”; MELLOWS, *op. cit.*, 162: “Until the testator dies, his will has no effect. If the beneficiary is no longer alive at the date of the testator's death, the beneficiary's estate will not in general take any benefit under the will, and the gift in the will is of no effect. Although the will may contain alternative provisions providing what is to happen on the predecease of a beneficiary a mere declaration against lapse will be of no effect”; PARRY, *op. cit.*, 81 (v. qui nota 43); MARSHALL, *op. cit.*, 679, § 2021 (v. qui nota 43).

⁴⁶ MELLOWS, *op. cit.*, 156: “A residuary gift is a gift of such of the testator's property which he has not purported to dispose of by specific gifts. If the will itself does not dispose of the whole of the testator's property, that part which is not disposed of devolves in accordance with the intestacy rules. Provided that words of the gift are sufficient, and no contrary intention is shown, a residuary gift will include all property which is not effectively otherwise disposed of, or of any interest in property”; BAILEY, *op. cit.*, 84: “Finally it should be noted that wills commonly conclude with a residuary gift – e.g. «I devise and bequeath all the residue of my property to X». Unless a contrary intention is shown, such a residuary gift includes all property of the testator which has not been effectively disposed of by the other clauses in his will. It therefore covers not only property which he has made no attempt to devise or bequeath specifically, but also any property comprised in an attempted devise or bequest which has failed”.

⁴⁷ PARRY, *op. cit.*, 88: “In those cases in which a devise or bequest does lapse the effect is as follows: First, unless a contrary intention appears by the will, property comprised in a specific devise which lapses falls into the testator's residuary real estate; if the will contains no residuary devise, the beneficial interest in the property devolves upon the testator's statutory next-of-kin. Secondly, if a specific, demonstrative or pecuniary legacy or annuity lapses, the property therein comprised passes under the testator's residuary bequest, and if there is no residuary bequest, the property comprised in the lapsed legacies will devolve upon the testator's statutory next-of-kin”; BAILEY, *op. cit.*, 84: “If [...] there is no residuary gift, such property is undisposed of; it will, therefore, devolve upon the persons entitled by the intestacy rules. A like result occurs also if a residuary gift itself fails – e.g. by lapse”; MELLOWS, *op. cit.*, 162: “Where a legacy other than a gift of residue lapses the property which is the subject of that gift falls into residue, and where a gift of residue lapses, the property devolves as on intestacy”.

cui tutti i soggetti interessati dalla successione *de qua*, siano essi eredi, *devisees o legatees*, ricevono i beni loro assegnati solo dopo la procedura, c.d. di *probate*, di liquidazione e pagamento dei debiti – che la *de cuius* non si crucciasse dell'eventuale rifiuto di tale lascito. Soprattutto se si considera che il rifiuto è, *in rerum natura*, un qualcosa di pressoché insignificante quando ciò che è destinato a pervenire a colui che potrebbe esprimerlo è un *quid* depurato da tutte le possibili criticità facenti capo al bene della vita cui l'atto suscettibile di rifiuto attinge. Come avviene, per l'appunto, nel diritto delle successioni inglese, in cui i problemi che gravano sul patrimonio successorio *vis-a-vis* i terzi vengono eliminati a monte, per ciascun avente causa. Fermo restando che, anche in quel diritto, si può sempre rifiutare/rinunciare a un lascito⁴⁸, talvolta perfino per riottenere il bene in esso contemplato a diverso titolo, libero da eventuali oneri imposti dal *de cuius*⁴⁹.

Pertanto, in definitiva, alla luce di tutto quanto esposto, si conferma:

- a) che non ricorrono, anche in concreto, i presupposti per l'applicazione, alla fattispecie, della presunzione di cui all'art. 688, co. 2, c.c.⁵⁰; e perciò,
- b) che la nipote della testatrice poteva:
 - rinunciare al lascito immobiliare, senza far scattare la sua sostituzione con il *trustee* del *trust* istituito, in vita, dalla *de cuius*; e

⁴⁸ PARRY, *op. cit.*, 82: "A beneficiary can refuse or renounce the gift to him. [...] Such disclaimer, as it is called, may be made by deed, or even by conduct. Prima facie it operates from the time of the testator's death and, for certain purposes, makes the gift void ab initio"; MELLOWS, *op. cit.*, 413: "A beneficiary cannot be forced to accept a gift under a will or part of the estate of an intestate. If authority for this obvious proposition is needed, it is provided by Abbot, C.J. in *Towson v. Tickell* where he said: «The law is not so absurd to as to force a man to take an estate against his will»".

⁴⁹ MELLOWS, *op. cit.*, 416: "If the beneficiary is entitled both to a specific legacy, and also to the residue, or on intestacy, it is sometimes in his interest to disclaim the specific legacy and to take under the residuary gift or the intestacy rules. This can be a particularly useful way of obtaining free of conditions property which is left in the will subject to conditions. It is clear that the beneficiary may disclaim where he intends to take in this way".

⁵⁰ Riassumendo, sia perché, in generale, partendo dal fatto che la testatrice aveva disposto *mortis causa* dei suoi soli beni italiani, muovendosi così, come detto, nella logica del principio scissionista, tipico del d.i.p. delle successioni inglese, sussiste già un elemento probatorio ai sensi del quale si può asserire, ragionando *ad excludendum*, che ella non si fosse determinata ad agire, in sede di stesura del testamento, seguendo il nostro diritto e, *a fortiori*, seguendo il nostro diritto privato, nel quadro della presunzione di cui all'art. 688, co. 2, c.c. Sia perché, in particolare, visto che le *substitutory provisions* sono dirette a risolvere un problema peculiare del diritto successorio di *common law*, qual è quello illustrato nel testo, anche se era stato previsto un sostituto (il *trustee*), per il caso della premorienza della nipote, vi è un ulteriore elemento probatorio in forza del quale si può escludere che la *de cuius* avesse testato secondo i criteri delle successioni *mortis causa* propri del nostro diritto privato e, nel dettaglio, nell'ottica della già citata presunzione di cui all'art. 688, co. 2, c.c. Dovendosi oltretutto provare, *a contrariis* – stante il regime istruttorio da applicarsi sul punto – tramite espressioni contenute nel testamento o altri mezzi di prova, sussidiari, altrove reperibili, che la volontà della testatrice fosse stata quella di far valere il meccanismo della sostituzione della nipote con il *trustee*, programmato *expressis verbis* per la mera premorienza della prima, anche nel caso in cui quest'ultima avesse inteso rinunciare al lascito. Mentre, la rinuncia a un lascito testamentario è, per un testatore di matrice anglosassone, un qualcosa che costui, di base, nemmeno contempla, quando redige testamento.

- far entrare in gioco (almeno sul piano della logica giuridica in senso stretto, per i motivi di cui *infra*) la disciplina della rappresentazione, di cui agli artt. 467 c.c. e ss.

Infatti, per quanto concerne quest'ultimo istituto, che «*fa subentrare i discendenti nel luogo e nel grado del loro ascendente, in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità o il legato*»⁵¹, va ricordato che l'art. 467, co. 2, c.c. prevede che «*[s]i ha rappresentazione nella successione testamentaria quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'istituto non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato (e sempre che non si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di natura personale)*». E al riguardo è già stato rilevato che «*[l]'esclusione della rappresentazione, ai sensi dell'art. 467 2° comma, avviene nei limiti della portata della sostituzione disposta*»⁵². Cosicché, «*[q]uando, potendosi provare la diversa volontà del testatore, la sostituzione vada ristretta ai soli casus impotentiae od ai soli casus noluntatis*»⁵³ – come nella vicenda in esame, in cui ci si trova in presenza, per testamento, di un *casus impotentiae* – «*la rappresentazione varrà per i casus scoperti*»⁵⁴. Come, per l'appunto, quello delineato dalla volontà della nipote della testatrice di declinare il lascito a lei attribuito.

4. L'attuata rinuncia al lascito predisposto a suo favore, posta in essere dalla nipote della testatrice, fa peraltro sorgere, nella circostanza, un ulteriore problema giuridico, legato al campo di applicazione soggettivo della rappresentazione. Istituto, le cui norme stabiliscono, sul punto, rispettivamente:

- i) all'art. 468, co. 1, c.c., che «*[l]a rappresentazione ha luogo, nella linea retta, a favore dei discendenti dei figli anche adottivi, e, nella linea collaterale, a favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto*»; e
- ii) all'art. 469, co. 1, c.c., che essa «*ha luogo in infinito, siano uguali o disuguali il grado dei discendenti e il loro numero in ciascuna stirpe*».

Per inciso, va giusto ricordato che la disciplina della rappresentazione – che opera sia nella successione legittima, sia in quella testamentaria – si trova nel capo IV del titolo I del libro sulle successioni, tra le «*[d]isposizioni generali sulle successioni*»⁵⁵;

⁵¹ Art. 467 c.c. («Nozione»), comma 1.

⁵² TALAMANCA, *op. cit.*, 248.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Codice civile (Libro Terzo) - Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, Roma, 1937, sezione «Relazione», 13-14, pt. 21: «Il Progetto preliminare disciplinava l'istituto della rappresentazione con gli articoli da 112 a 115 in tema di successioni legittime e con l'art. 281 nel campo delle successioni testamentarie. È sembrato più rispondente ad una logica sistemazione unificare in un capo autonomo i due gruppi di disposizione in materia e collocare questo capo nella parte generale del libro, trattandosi di un istituto che sostanzialmente funziona tanto nelle successioni legittime quanto nelle testamentarie». Di seguito, la relazione mette in rilievo che la nuova collocazione sistematica dell'istituto avrebbe aiutato «ad eliminare tutte le questioni» del tempo che – a fronte del fatto che esso era disciplinato, per quanto concerneva i suoi rapporti con la successione legittima e il suo regime di applicazione soggettivo, agli artt. 729-735 c.c. 1865 – erano insorte, «a causa del ri-

e che i soggetti da essa interessati sono comunemente chiamati, in dottrina e in giurisprudenza, “rappresentato” (termine che identifica chi, ex art. 467, co. 1, c.c., non può o non vuole accettare l’eredità o il legato, e fa subentrare in successione, per rappresentazione, uno o più discendenti, in sua vece) e “rappresentante” (termine che individua chi subentra nella successione per rappresentazione)⁵⁶.

Ora, proprio per quanto attiene alla determinazione del campo di applicazione soggettivo della rappresentazione, gli autori e i giudici sono alquanto divisi, in particolare (muovendo dalla fattispecie in esame) tra:

- coloro che affermano che “[l]’istituto della rappresentazione si applica, in linea collaterale, non solo quando il rappresentato, che non voglia o non possa accettare l’eredità (o il legato n.d.r.), sia fratello o sorella del de cuius, ma anche quando sia un nipote”⁵⁷; e

chiamo alla rappresentazione contenuta nell’art. 890 del codice vigente” (ovverosia in una norma dettata per la successione testamentaria), per tutto ciò che atteneva, invece, agli eventi idonei a determinarne l’operatività sul piano oggettivo. “La portata generale, infatti – si prosegue nella relazione – così assunta dall’istituto pone più chiaramente in luce che esso opera in tutti i casi di premorienza, assenza o indegnità della persona a cui favore l’eredità o il legato sarebbe stato devoluto, sempre quando tra la persona stessa e il de cuius esista un determinato rapporto di parentela”. L’innovazione non ha però risolto, bensì, forse, addirittura accentuato, la *quaestio*, anch’essa presente nel codice civile del 1865, del predetto campo di applicazione soggettivo della rappresentazione, che è anche in parte connessa, come si vedrà, alle tipicità dei due tipi di successione di specie. *Quaestio*, ai fini della quale, nell’ordinamento abrogato: i) si partiva da norme che, di base, stabilivano: 1) che «[l]a rappresentazione nella linea retta discendente ha luogo in infinito e in tutti i casi» (art. 730 c.c. 1865); 2) che «[t]ra gli ascendenti non vi ha rappresentazione: il prossimo esclude gli altri» (art. 731 c.c. 1865); 3) che «[n]ella linea collaterale la rappresentazione è ammessa in favore de’ figli e discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto» (art. 732 c.c. 1865); 4) che, in caso di successione testamentaria, «[i] discendenti [...] dell’erede o del legatario premorto o incapace sottentrano nell’eredità o nel legato nei casi, in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentazione se si trattasse di successione intestata» (art. 890, co. 2, c.c. 1865); ii) l’approccio della giurisprudenza era sempre stato per un’interpretazione estensiva della parola «discendente» (Cass., 26.6.1911, in *Giur. it.*, 1911, I, 1, 780 ss.; Cass. Palermo, 13.3.1913, in *Foro it.*, 1913, I, 757 ss.; App. Napoli, 1.12.1913, in *Foro it.*, 1914, I, 118 ss.; Cass. Regno, 1.7.1926, in *Foro it.*, 1927, I, 156 ss.: “Premorto al testatore il nipote ex fratre istituito erede, succedono per diritto di rappresentazione i figli e discendenti di questo, ancorché sianvi altri successibili proximiori al de cuius”).

⁵⁶ FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni (artt. 456-511)*, 3^a ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, 1997, 225. Si noti che: i) i due termini sono mutuati dal linguaggio del codice civile del 1865 (art. 729 c.c. 1865: «La rappresentazione ha per effetto di far entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado e nei diritti del rappresentato»); ii) «la rappresentazione non ha alcuna parentela con la rappresentanza in senso proprio» (FERRI, *op. cit.*, 215).

⁵⁷ App. Milano, 24.11.1992, in *Foro it.*, 1993, I, 946 ss., con nota di Lorusso, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 26-30, con nota di Contavalli, e in *Giust. civ.*, 1993, 182 ss. Conformi App. Firenze, 1.9.1959, in *Foro it.*, 1960, I, 301 ss. (“Nella successione testamentaria la rappresentazione ha luogo a favore dei discendenti del nipote ex fratre del testatore”); App. Messina, 31.10.2003, in *Il merito*, 2004, 7-8 (“In tema di successione per rappresentazione, l’art. 468 delimita i limiti soggettivi di operatività dell’istituto e per quel che riguarda la successione in linea retta statuisce che essa può avere luogo a favore dei discendenti dei figli del defunto. Tale norma peraltro si limita ad indicare la qualità soggettiva del c.d. rappresentante e nulla dice sul rappresentato; pertanto l’istituto della rappresentazione si applica, in linea retta, non solo quando il rappresentato che non voglia o non possa accettare l’eredità, sia figlio del de cuius, ma anche quando sia nipote”). In dottrina concordano, su tutti, PINO,

- coloro che sostengono che così non può essere, perché “[l]’art. 468 c.c. circoscrive i limiti di applicazione dell’istituto della rappresentazione, sia nella successione legittima sia in quella testamentaria, nel senso che essa ha luogo a favore dei discendenti legittimi del chiamato che, nella linea retta, sia figlio e, in quella collaterale, fratello o sorella del defunto”⁵⁸.

Il dibattito ruota, in particolare, attorno al confronto tra un’asserita interpretazione letterale/formale degli artt. 467-468 c.c. – dai quali, secondo alcuni interpreti, si desumerebbe “chiaramente che il rappresentato dev’essere figlio o fratello del de cuius”⁵⁹ – e un’interpretazione, invece, estensiva/sostanziale della disciplina della rappresentazione, globalmente intesa, volta ad evitare “soluzioni irrazionali e contra-

Limiti di applicazione del diritto di rappresentazione, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, 323 ss.; GANGI, *op. cit.*, 427, § 640; CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1961, 113; GROSSO - BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, XII, Torino, 1977, 176; PALAZZO, *Le successioni*, cit., I, Milano, 1996, 227; FERRI, *op. cit.*, 227. Conformi, a più ampio spettro, ragionando sul piano del diritto costituzionale, DE CUPIS, *Diritto di rappresentazione e legittimità costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1977, I, 112 ss. (che ha parlato dell’esistenza di “un gravissimo problema di giustizia” in materia); MOSCATI, *I limiti della successione per rappresentazione nella linea collaterale (profili storici e costituzionali)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 518 ss.

- ⁵⁸ Cass., 28.10.2009, n. 22840, in *Vita notarile*, 2010, 59 ss., con nota di Bollea (che ha cassato App. Messina, 31.10.2003, cit.): “L’art. 468 c.c. circoscrive i limiti di applicazione dell’istituto della rappresentazione, sia nella successione legittima sia in quella testamentaria, nel senso che essa ha luogo a favore dei discendenti legittimi del chiamato che, nella linea retta, sia figlio e, in quella collaterale, fratello o sorella del defunto. Sono, pertanto, esclusi dalla rappresentazione i discendenti del nipote ex filio”. Conformi: i) Cass., 18.7.1946, n. 911, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, 323 ss., con la nota (critica) di Pino di cui qui alla nota 57, e in *Foro it.*, 1947, I, 780-781 (“Anche nella successione testamentaria la rappresentazione non ha luogo a favore dei discendenti del nipote ex fratre del de cuius”); ii) Cass., 28.4.1962, n. 836, in *Foro it.*, 1962, I, 1308 ss.; iii) Cass., 11.4.1975, n. 1366, in *Giust. civ. mass.*, 1975, 621-622; iv) Cass., 6.10.1976, n. 3300, in *Giust. civ.*, 1977, I, 111 ss., anche qui con la nota (critica) di De Cupis di cui alla nota 57; v) Cass., 30.5.1990, n. 5077, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce «Successione ereditaria», n. 62 (che ha cassato App. Firenze, 1.9.1959, cit.): “L’indicazione dei soggetti a favore dei quali ha luogo la successione per rappresentazione, quale prevista dagli art. 467 e 468 c.c., è tassativa essendo il risultato d’una scelta operata dal legislatore, sicché non è data rappresentazione quando la persona cui ci si vuole subentrare non è un discendente, fratello o sorella del defunto, ma il coniuge di questi”; vi) Cass., 5.4.2012, n. 5508, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1197 ss.; vii) Cass., 8.11.2013, n. 25240, in *Guida dir.*, 2013, 48, 47 ss., con nota di Leo. In dottrina v. su tutti GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Commentario del Codice Civile*, 2ª ed., II, I, Torino, 1971, 84-85; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 72, nt. 141; DE MARCHI, *Sui limiti della rappresentazione in linea collaterale*, in *Riv. notariato*, 1962, III, 633 ss.; ID., *La rappresentazione nella successione legittima e in quella testamentaria: diversità di presupposti o solo di disciplina?*, in *Riv. notariato*, 1994, 491 ss.
- ⁵⁹ DE MARCHI, *op. ult. cit.*, 492. *Contra* però App. Milano, 24.11.1992, cit., 28: “Rileva la Corte che l’art. 468 c.c., dal punto di vista letterale, non limita al figlio o al fratello-sorella del defunto la categoria dei rappresentanti in quanto non stabilisce che la rappresentazione può avere luogo solo se il chiamato all’eredità sia uno dei soggetti sopra indicati. La norma, invece, precisa solo che l’istituto della rappresentazione opera in favore dei discendenti dei figli o fratelli-sorelle del de cuius”; FERRI, *op. cit.*, 227: “Il legislatore stabilisce che alla successione per rappresentazione sono ammessi i discendenti dei figli o dei fratelli del de cuius, ma non stabilisce che il «rappresentato» debba essere inderogabilmente il figlio o il fratello”; PINO, *op. cit.*, 329, dove si illustra “come anche il legislatore abbia riguardato i soggetti a favore dei quali va l’istituto, e non i soggetti che ne traggono giovamento:

rie allo spirito della norma ed ai principi che regolano, in via generale, le successioni”⁶⁰. Come, su tutte, quella di determinare un diverso trattamento tra:

- a) il/la pronipote *ex fratre* (o *ex sorore*) o *ex filio* (o *ex filia*) di un/una *de cuius* deceduto/a *ab intestato*, che, in caso di premorienza del relativo ascendente⁶¹ (nipote *ex fratre*, *ex sorore*, *ex filio* o *ex filia* del/della *de cuius*), potrebbe succedere per rappresentazione; e
- b) il/la pronipote *ex fratre* (o *ex sorore*) o *ex filio* (o *ex filia*) di un/una *de cuius* deceduto/a facendo un valido testamento, che, per contro, nell’ipotesi in cui il suo ascendente premorto (sempre nipote *ex fratre*, *ex sorore*, *ex filio* o *ex filia* del/della *de cuius*) fosse stato espressamente istituito, per testamento, erede o legatario di tale *de cuius*, non potrebbe succedere per rappresentazione⁶².

Diverso trattamento che un autore ha giustificato mettendo in rilievo come la difformità deriverebbe, per l’occasione, dalla “*regolamentazione concreta dei due casi, quale discende necessariamente dal meccanismo della vocazione ereditaria*”⁶³; perché – prendendo come esempio la rappresentazione *ex fratre* – basterebbe “*invero riflettere che nella successione legittima, il rappresentato non può essere che il fratello che non può o non vuole accettare, perché sempre costui è il chiamato; mentre nella successione testa-*

«La rappresentazione ha luogo nella linea retta a favore dei discendenti ... e, nella linea collaterale, a favore dei discendenti»”.

⁶⁰ App. Milano, 24.11.1992, cit., 28-29.

⁶¹ *Rectius*, ascendente in linea retta di primo grado, altresì suo dante causa per successione legittima.

⁶² Si vedano, per il caso del pronipote *ex fratre*: *i*) Cass., 18.7.1946, n. 911, cit.; *ii*) App. Firenze, 1.9.1959, cit.; *iii*) Cass., 28.4.1962, n. 836, cit.; *iv*) App. Milano, 24.11.1992, cit., 29. Mentre, per il caso del pronipote *ex filio*, App. Messina, 31.10.2003, cit., e Cass., 28.10.2009, n. 22840, cit. Infine: *i*) Cass., 30.5.1990, n. 5077, cit.; *ii*) Cass., 5.4.2012, n. 5508, cit.; *iii*) Cass., 8.11.2013, n. 25240, cit., riguardano tutte, invece, il tema dell’applicabilità della rappresentazione al coniuge del *de cuius*, sul quale si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, che ha statuito che “[e] manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli art. 467 e 468 c.c., nella parte in cui non stabiliscono la capacità di rappresentazione a favore del coniuge del soggetto che non abbia potuto accettare l’eredità o, in subordine, nella parte in cui non statuiscano la capacità di rappresentazione a favore del coniuge del soggetto che non abbia potuto accettare l’eredità, in assenza di discendenti dei figli legittimi, legittimati, adottivi o naturali del *de cuius*, in riferimento all’art. 3, comma 1, cost.” (Corte Cost., ord., 20.1.2006, n. 15, in *Riv. notariato*, 2006, 1410 ss.). Mentre, sempre su quest’ultimo tema, Cass. n. 3051/1994 aveva prima giudicato “manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 468 c.c., in relazione all’art. 3 cost., nella parte in cui non include i figli legittimi, di primo letto, del coniuge premorto tra i soggetti che possono subentrare per rappresentazione nel luogo e nel grado del loro ascendente a norma del precedente art. 467 c.c., in quanto l’istituto della rappresentazione la cui ratio si è progressivamente spostata dalla tutela della famiglia del defunto a quella della famiglia del mancato successore - ha carattere eccezionale, operando in deroga ai principi generali sull’ordine dei successibili, ed esprime, così, una valutazione squisitamente discrezionale - riservata al legislatore e non sindacabile dalla Corte Costituzionale -, la quale non dà luogo, comunque, ad un’ingiustificata disparità di trattamento, attesa l’evidente disomogeneità della situazione dei figli di primo letto del coniuge premorto rispetto alle altre previste dagli art. 467 e 468 c.c. agli effetti della successione rappresentazione” (Cass., 29.3.1994, n. 3051, in *Foro it.*, 1994, I, 2739 ss.).

⁶³ DE MARCHI, *op. ult. cit.*, 492.

*mentaria, essendo solo il fratello rappresentabile, occorre che costui, e non suo figlio, sia istituito*⁶⁴.

Senonché, al rilievo *de quo* si può replicare osservando che il ragionamento appena illustrato – dove identifica il fratello quale rappresentato, nel caso della successione legittima, e quale rappresentabile, nel caso della successione testamentaria – non fa altro che:

- i)* da un lato, riportare il discorso *in fieri* al punto di partenza, appalesando, in modo tautologico, l'assioma da cui muove detto autore, e cioè quello che il testo dell'art. 468 c.c. individua, in senso tassativo e restrittivo, la categoria tanto dei rappresentanti quanto dei rappresentati, piuttosto che descrivere, come hanno sostenuto altri giuristi⁶⁵, il mero campo di operatività dell'istituto⁶⁶;
- ii)* dall'altro lato, introdurre e associare al concetto, meramente definitorio – e quindi superfluo, ai fini di specie – di rappresentato, un ulteriore concetto, parimenti inutile, nella circostanza, e oltretutto fuorviante, qual è quello di "rappresentabile".

Mentre, nel dubbio, se è vero che il diritto delle successioni *mortis causa* è strutturato, a livello di sistema, su *regulae iuris* che privilegiano l'applicazione del regime della successione testamentaria, rispetto a quello della successione legittima, a tutela della volontà del testatore⁶⁷, allora andrebbe evidenziato che si allinea a questa logica giuridica anche, nello specifico, la disciplina della rappresentazione⁶⁸; il cui intento è quello di beneficiare la progenie dei parenti più stretti del *de cuius*⁶⁹, che nella

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ FERRI, *op. cit.*, 227 (v. qui nota 59); GROSSO - BURDESE, *op. cit.*, 176; CICU, *op. cit.*, 113; PINO, *op. cit.*, 329 (v. qui nota 59); App. Milano, 24.11.1992, cit., 28 (v. qui nota 59); App. Messina, 31.10.2003, cit. (v. qui nota 57).

⁶⁶ Cosicché non può valere a "liquidare" la *quaestio* affermare, immediatamente a seguire, che "se la successione è legittima è chiaro che la rappresentazione opera all'infinito. Ma se la successione è testamentaria, occorre distinguere: se istituito è un fratello [...], la rappresentazione opererà ovviamente all'infinito, perché rappresentato è una delle persone che l'art. 468 prevede possano essere, appunto, rappresentante. Se invece istituito è un nipote ex fratre, la rappresentazione non avrà modo di operare, salvo che il medesimo risultato venga conseguito dal testatore attraverso lo strumento della sostituzione" (DE MARCHI, *op. ult. cit.*, 493).

⁶⁷ BIN, *La diseredazione (Contributo allo studio del contenuto del testamento)*, Torino, 1966, 74 ss.; CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni (artt. 456-461)*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, 66 ("[l]e regole della successione testamentaria [...] quali norme speciali si applicano in deroga alle regole generali della successione legittima"). Conviene, per assurdo, in merito, perfino nel contesto della disquisizione in corso, anche DE MARCHI, *op. ult. cit.*, 493.

⁶⁸ Per inciso, si giunge allo stesso risultato anche se si parte dall'opinione per cui "[n]el diritto moderno la prevalenza della vocazione testamentaria esprime soltanto il riconoscimento di un potere di deroga all'ordinamento successorio legale" (MENGONI, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, Milano, 1999, XLIII, 1, 7).

⁶⁹ PINO, *op. cit.*, 325.

successione testamentaria sono spesso scelti da quest'ultimo⁷⁰. Fattore cui aderisce, a sua volta, il già citato art. 469, co. 1, c.c., là dove prevede che «*la rappresentazione ha luogo in infinito*».

Sicché, in sintesi, non ha un gran senso che, in presenza di un dubbio interpretativo circa i soggetti “passivi” ed “attivi” dell'istituto, si penalizzi fortemente – negandogli la qualifica di rappresentante – ad esempio, il pronipote/discendente, avente causa in linea retta di un successibile (il nipote/premorto), espressamente scelto e designato suo erede (o legatario), via testamento, da un determinato *de cuius*, rispetto al pronipote/discendente, sempre avente causa in linea retta di un successibile (nipote/premorto) dello stesso *de cuius*, divenuto erede di quest'ultimo – e riconosciuto, per l'effetto, rappresentante – solo *ex lege*, all'esito della morte di detto *de cuius*. Perché questo significa, di fatto, non solo interpretare “formalmente” il campo di applicazione soggettivo della rappresentazione, ma perfino rovesciare, nella circostanza, la *policy* di sistema su cui si regge l'intero diritto delle successioni *mortis causa*⁷¹.

Nondimeno, un altro motivo di contrasto tra le due tesi volte a limitare piuttosto che ad estendere la categoria dei beneficiari dell'istituto – enfatizzato in particolare nelle decisioni della Corte di Cassazione che appaiono aver approfondito la disamina della *quaestio* di cui *infra*⁷² – è quello legato al fatto che, nei lavori preparatori al codice civile del 1942, si era verificato un avvicendamento di opinioni al riguardo. Avvicendamento che, per essere più precisi – hanno riportato da ultimo i giudici di legittimità, citando testualmente una vecchia sentenza⁷³ – si era concretizzato nel seguente evento: “*mentre «il progetto preliminare aveva, nella successione testamentaria, ammesso la rappresentazione anche a favore dei discendenti dell'erede o legatario “istituito”, non solo se fratello o sorella, ma anche se discendente di costoro (...), la innovazione non passò nel codice, essendo – si è scritto – sembrato “inopportuno ampliare il campo di applicazione dell'istituto nella linea collaterale” (Relazione ministeriale al progetto definitivo, n. 22)»*”⁷⁴.

⁷⁰ In quest'ottica v. anche GANGI, *op. cit.*, 427, § 640, là dove l'A. ha scritto che “*quando l'istituto è legato al testatore da stretti vincoli di parentela, e più precisamente quando l'istituto è un figlio o un fratello o una sorella del testatore, si può fondatamente ritenere che questi, accomunando nello stesso affetto l'istituto e i discendenti di lui, abbia implicitamente sostituito questi ultimi al primo per il caso che egli venga a mancare; e questa ragione sussiste evidentemente nel caso che l'istituto sia non già un figlio o un fratello del testatore ma un nipote ex filio o ex fratre*”.

⁷¹ Proprio quando, ironia della sorte – com'è noto – “[l]a disputa di valore tra successione legittima e successione testamentaria [...] si pone riguardo alle ipotesi in cui la vocazione testamentaria coincide con la vocazione legale” (PALAZZO, *op. ult. cit.*, 191).

⁷² Cass., 18.7.1946, n. 911, cit.; Cass., 28.4.1962, n. 836, cit.; Cass., 28.10.2009, n. 22840, cit.

⁷³ Segnatamente, Cass., 18.7.1946, n. 911, cit., vale a dire la prima delle tre sentenze richiamate nella nota 72, di cui le altre due hanno, di fatto, semplicemente ripreso le argomentazioni sostanziali.

⁷⁴ Cass., 28.10.2009, n. 22840, cit., 66.

Cosicché, l'evento *de quo* dimostrerebbe – per la Suprema Corte – *a fortiori*, e *a latere* del problema dell'apparente “facile leggibilità” del testo dell'art. 468 c.c., che quest'ultimo sia da interpretarsi in senso restrittivo.

Se, però, ci si intende rifare ai citati rapporti tra il progetto preliminare e il codice civile, allora si deve altresì riflettere sul fatto che nella menzionata relazione ministeriale al progetto definitivo si era anche sottolineato, *apertis verbis*, che la rappresentazione sarebbe stata “*mantenuta entro i limiti tradizionali [...] nella linea retta discendente*”⁷⁵.

Limiti tradizionali dettati, naturalmente, dal rispetto delle norme del codice civile del 1865⁷⁶, le quali, mentre stabilivano che, nella linea collaterale, la rappresentazione fosse «*ammessa in favore de' figli e discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto*»⁷⁷, disponevano che, nella linea retta discendente, essa avesse «*luogo in infinito e in tutti i casi*»⁷⁸.

Perciò – come testimonia il corrispondente art. 11 del predetto progetto definitivo – appare chiaro che il legislatore stesse scindendo, in quel frangente, la disciplina soggettiva della rappresentazione, per quanto attiene alla discendenza in linea retta, da quella relativa alla discendenza in linea collaterale⁷⁹.

Tuttavia, è un dato oggettivo che gli artt. 467-469 c.c. sono, per lingua, contenuto e struttura, differenti dagli artt. 10-12 del progetto definitivo⁸⁰; e in particola-

⁷⁵ Codice civile (Libro Terzo) – Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on Solmi, cit., sezione «Relazione», 14, pt. 22. Il testo integrale del passaggio citato, unito a quello di Cass. n. 22840/2009, è il seguente: “22. La rappresentazione viene mantenuta entro i limiti tradizionali e cioè nella linea retta discendente (perché l'art. 731 c.c. 1865 la vietava già per gli ascendenti, n.d.r., v. qui nota 55), e nella collaterale soltanto a favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto. Vero è che l'art. 281 del progetto preliminare, in tema di successione testamentaria, aveva ammesso la rappresentazione anche quando l'istituto fosse discendente da fratello o sorella del testatore, ma è sembrato inopportuno ampliare il campo di applicazione dell'istituto nella linea collaterale”.

⁷⁶ E, se del caso, della loro interpretazione, attuata fin lì dalla giurisprudenza, comunque esercitata, a quel tempo, in modo alquanto estensivo, ai fini della determinazione del concetto di «discendente» (v. qui nota 55).

⁷⁷ Art. 732 c.c. 1865: «Nella linea collaterale la rappresentazione è ammessa in favore de' figli e discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto, sia che essi concorrano alla successione coi loro zii o zie, sia che essendo premorti tutti i fratelli e le sorelle del defunto, la successione sia devoluta ai loro discendenti in gradi eguali od ineguali».

⁷⁸ Art. 730 c.c. 1865: «La rappresentazione nella linea retta discendente ha luogo in infinito e in tutti i casi, sia che i figli del defunto concorrano coi discendenti di altro figlio premorto, sia che tutti i figli del defunto essendo mancati di vita prima di lui, i discendenti di detti figli si trovino fra loro in gradi eguali od ineguali, e quantunque in parità di grado vi sia disuguaglianza di numero in alcuna stirpe di essi».

⁷⁹ Codice civile (Libro Terzo) – Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on Solmi, cit., sezione «Progetto», 6, art. 11 («Estensione del diritto di rappresentazione»): «La rappresentazione è ammessa nella linea retta discendente e nella linea collaterale soltanto a favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto. La rappresentazione ha luogo in infinito sia uguale o disuguale il grado dei discendenti e il loro numero in ciascuna stirpe. Nel caso di unicità di stirpe in linea retta, pur avendo luogo la rappresentazione, il discendente non è tenuto all'imputazione delle donazioni fatte al suo ascendente, prevista dall'art. 105».

⁸⁰ Tant'è che, *ad abundantiam*, l'art. 10 prog. def. non prevedeva l'atto di rinuncia «della persona a cui si sarebbe devoluta l'eredità o sarebbe spettato il legato», tra gli eventi idonei a far scattare la rappresentazione, mentre

re, che il testo dell'art. 468 c.c. è, ai fini di specie, ben diverso da quello dell'art. 11 del progetto definitivo.

Quindi, volendo sempre ragionare nel quadro dei lavori preparatori al codice civile – in ossequio a quanto avanzato dalla Suprema Corte – si dovrebbe innanzitutto riconoscere che l'argomento volto a sostenere l'interpretazione restrittiva dell'art. 468 c.c. anche in virtù di quanto accaduto durante detti lavori preparatori, potrebbe al più valere per il caso della rappresentazione in linea collaterale; dovendo, invece, restare escluso quello della rappresentazione in linea retta. Il quale, viceversa, è proprio quello interessato dalla sentenza in cui si trova il passaggio, sopra riportato – sui rapporti tra il progetto preliminare e il codice civile – che ha sancito, per l'appunto, anche alla luce di ciò, l'inapplicabilità dell'istituto al nipote *ex filio*⁸¹.

Poi, per quel che possono valere i suddetti lavori preparatori⁸², se il testo dell'art. 468 c.c. è, come si è potuto comprendere, diverso da quello dell'art. 11 del progetto definitivo, esso, che è tale sia per la parte che concerne la disciplina soggettiva della rappresentazione in linea retta, sia per la parte che riguarda la disciplina soggettiva della rappresentazione in linea collaterale⁸³, non può che esserlo, per ragionevolezza delle cose, in un'unica direzione. Ovverosia, nel solco dell'indirizzo, indicato come “*tradizionale*” nella relazione ministeriale al progetto definitivo (e tipico del codice civile del 1865), che prevedeva l'estendibilità dello strumento in questione, all'infinito, a favore dei discendenti in linea retta. Questo perché, nel silenzio della successiva relazione, finale, di presentazione del codice civile al Re, l'attuata equiparazione della disciplina soggettiva della rappresentazione in linea retta con quella della rappresentazione in linea collaterale, per quanto attiene alla loro premessa operatività «*a favore dei discendenti*», è stata contestualmente accompagnata:

- a) dalla sostituzione, posta in essere a beneficio di ambedue le *species* di rappresentazione, dell'espressione (a effetti applicativi), di tenore più costrittivo, «*è ammessa*», con l'omologa espressione, dal lessico più aperto, «*ha luogo*», esplicitamente già contemplata nell'art. 730 c.c. 1865, ai fini della rappresentazione in linea retta discendente⁸⁴, e, in piena conformità con questa norma,

lo contempla, oggi, l'art. 467 c.c. (si confrontino tra loro: 1) *Codice civile (Libro Terzo) – Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on Solmi*, cit., sezione «*Relazione*», 14, pt. 21; e 2) *Codice civile (Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli, Grandi, presentata nell'udienza del 16 marzo 1942 per l'approvazione del testo del Codice civile)*, Roma, 1943, § 234, 130-131 – di seguito, nel testo, la “*relazione al Re*”).

⁸¹ Cass., 28.10.2009, n. 22840, cit.

⁸² *Contra* DE MARCHI, *op. ult. cit.*, 492, dove l'A. ha scritto che “*è inutile rifarsi all'interpretazione storica derivante dall'analisi dei lavori preparatori, che lascia il tempo che trova sia che la si voglia impiegare a favore della tesi restrittiva – come si fa tradizionalmente – sia che la si invochi in senso opposto [...]: quello che conta è la legge positiva*”.

⁸³ Le quali sono state, alla fine, uniformate, quanto all'inciso che l'istituto opera «*a favore dei discendenti*», senza alcuna menzione in merito.

⁸⁴ *Vis-a-vis* l'art. 732 c.c. 1865 che invece diceva: «*[n]ella linea collaterale la rappresentazione è ammessa in favore de [...]*».

- nell'art. 11, co. 2, prog. def., ai fini dell'estendibilità dell'istituto per grado e stirpe⁸⁵, oggi prevista, negli stessi identici termini, all'art. 469, co. 1, c.c.; e
- b) dalla cancellazione, attivata "in danno" della rappresentazione in linea collaterale, dell'avverbio, parimenti costrittivo, «*soltanto*», presente nell'art. 11, co. 1, prog. def.⁸⁶.

Quanto sopra, mentre, argomentando *a contrariis*, sarebbe stato alquanto irragionevole, sempre nel silenzio della relazione al Re, allineare i due tipi di rappresentazione e reprimere, viceversa, al contempo, l'allora vigente (oltre che ordinario) campo di applicazione soggettivo della rappresentazione in linea retta, senza dare di quest'ultima, possibile ma peculiare, presa di posizione, alcun, sia pur minimo, riscontro.

Sicché, riassumendo, anche se si analizza, *ad abundantiam*, la *quaestio* in esame nell'ottica dei lavori preparatori al codice civile (come ha fatto – si ripete – talora la Suprema Corte di Cassazione), sembra appropriato:

- in primo luogo, ritenere (a dispetto di quanto ha fin qui statuito la giurisprudenza di legittimità) che l'art. 468 c.c. non faccia altro che descrivere il campo di applicazione dell'istituto della rappresentazione; e
- in secondo luogo, e *de relato*, pensare che il termine «*discendenti*», ivi previsto, debba essere interpretato in senso estensivo⁸⁷.

Last but not least, valga anche la seguente riflessione.

Dottrina autorevole in materia ci ricorda:

- i) in alcune occasioni, che coloro che succedono per rappresentazione non esercitano, per venire all'eredità, un diritto altrui, bensì un diritto proprio, perché "è la legge che interviene a conferir loro il diritto a succedere"⁸⁸. Anche se, a differenza di quanto avviene nella successione *jure proprio*, in cui la chiamata è immediata, "nella successione *jure repraesentationis* la vocazione ereditaria è [...] mediata o indiretta, nel senso che ha luogo solo quando il primo chiamato si trovi nella impossibilità di acquisire l'eredità"⁸⁹; e

⁸⁵ Sia pur, quivi, in subordine all'allora diverso campo di ammissibilità della rappresentazione in linea collaterale, di cui all'art. 11, co. 1, prog. def.

⁸⁶ Cancellazione sottolineata anche da App. Milano, 24.11.1992, cit., 30.

⁸⁷ Si noti infine che, sempre in questa prospettiva, un chiaro indice che la parola «*discendenti*» possa essere pacificamente interpretata in senso estensivo lo si trova, oltre che in tema di successione legittima (nel testo dell'art. 565 c.c., se si legge questa norma insieme ai successivi artt. 566-586 c.c.), in materia di assenza e morte presunta (v. artt. 48 c.c. e ss.). Là dove, in particolare, l'art. 53 c.c. (sul godimento dei beni dell'assente), letto in combinato disposto con l'art. 50 c.c. (sull'immissione nel possesso temporaneo degli stessi beni), non può che rivolgersi a «*discendenti*» intesi in senso lato.

⁸⁸ AZZARITI, *op. cit.*, 66 (v. BARTOLO, L. 93 D. XXIX, 2: "quod filius succedat in locum patris non habet a patre sed ex dispositione legis").

⁸⁹ *Ibidem*.

ii) in altre circostanze, che “*la delazione a favore del «rappresentante», anche se oggettivamente immutata, deve essere considerata una nuova delazione*”⁹⁰, rispetto a quella del rappresentato.

Fattori, quelli appena richiamati, che, per tale dottrina, spiegano, ciascuno per proprio conto, perché, ai sensi dell’art. 468, co. 2, c.c., «*[i] discendenti possono succedere per rappresentazione anche se hanno rinunciato all’eredità della persona in luogo della quale subentrano, o sono incapaci o indegni di succedere rispetto a questa*»⁹¹.

Poi, nel solco di quanto riferito, la stessa dottrina sottolinea che la successione per rappresentazione dev’essere distinta dalla successione per «*trasmissione del diritto di accettazione*», che ha luogo, ex art. 479 c.c., quando un’eredità viene accettata dagli eredi del chiamato che sia morto senza averla accettata⁹². Questo perché essa rileva:

i) che “*quegli che succede jure transmissionis succede non per diritto proprio od originario, ma per diritto derivatogli da colui al quale l’eredità era stata devoluta, e che non ancora l’aveva accettata. Giacché il diritto di accettare la eredità entra qui a far parte del patrimonio del de cuius, e quindi anche del compendio ereditario che si devolve ai suoi eredi*”⁹³; e

ii) che “*il fatto che la delazione a favore del rappresentante sia da considerare una nuova delazione (nuova perché diversa nei suoi dati soggettivi), serve a mettere in luce la differenza fondamentale esistente fra la successione per rappresentazione e la successione per trasmissione della delazione, prevista dall’art. 479, nella quale la delazione passa dal trasmittente al trasmissario, restando identica, sia nei presupposti oggettivi, che in quelli soggettivi*”⁹⁴.

Ora, metabolizzate queste affermazioni di principio, l’interprete deve però porsi, innanzitutto, una domanda: dato che gli artt. 467-469 c.c. si trovano tra le disposizioni generali sulla successione, e contemplano, insieme all’istituto dell’eredità, anche il legato, mentre l’art. 479 c.c. ricade tra le norme sull’accettazione dell’eredità (il cui meccanismo acquisitivo è regolato in modo ben diverso da quello del legato⁹⁵), ha realmente senso comparare tra loro i due tipi di successione *de quibus*?

⁹⁰ FERRI, *op. cit.*, 215.

⁹¹ AZZARITI, *op. cit.*, 67; FERRI, *op. cit.*, 214.

⁹² ART. 479 c.c. («*Trasmissione del diritto di accettazione*»): «1. Se il chiamato all’eredità muore senza averla accettata, il diritto di accettarla si trasmette agli eredi. 2. Se questi non sono d’accordo per accettare o rinunciare, colui che accetta l’eredità acquista tutti i diritti e soggiace a tutti i pesi ereditari, mentre vi rimane estraneo chi ha rinunciato. 3. La rinuncia all’eredità propria del trasmittente include rinuncia alla eredità che al medesimo è devoluta».

⁹³ AZZARITI, *op. cit.*, 67.

⁹⁴ FERRI, *op. cit.*, 216: “*Nella successione per trasmissione si può veramente dire che il trasmissario subentra nella delazione quale si era concretata a favore del trasmittente, e si vale, in tutto, del diritto di succedere che aveva quest’ultimo*”.

⁹⁵ Considerato che, ex art. 649 c.c., «*[i]l legato si acquista senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare*».

Nel presupposto che un senso vi sia, si confronteranno qui, per l'appunto, le due forme di successione *mortis causa* di specie nell'ipotesi in cui esse abbiano entrambe ad oggetto soltanto atti di disposizione, patrimoniale, a titolo universale.

Ciò detto, si deve peraltro tener presente che:

- nel caso dell'art. 479 c.c., ci si trova sempre in presenza, con riguardo alla figura del destinatario finale della successione *mortis causa* del c.d. "originario *de cuius*"⁹⁶, di due delazioni di eredità. Segnatamente, quella dell'eredità di tal originario *de cuius* e quella dell'eredità del *de cuius*/chiamato che non ha accettato; mentre,
- nel caso della rappresentazione, ci si trova di regola in presenza di una sola delazione di eredità⁹⁷.

Sicché, posto che si intende fare un confronto che abbia rilievo pratico ai fini di specie, per quanto attiene alla rappresentazione, si assumerà quale parametro di riferimento la premorienza del rappresentato. Evento in cui si configurano, anche in capo al rappresentante, due delazioni di eredità; e che, tra l'altro, è l'unico elemento che accosta e unisce, senza soluzione di continuità, sul piano fenomenico, le due discipline in esame, giacché:

- ai fini della rappresentazione, si ha a che fare con la morte di una persona (l'«*ascendente*» o rappresentato o primo chiamato all'eredità, come sopra indicato) deceduta prima del *de cuius*; mentre,
- ai fini della trasmissione del diritto di accettare l'eredità, si ha a che fare con il decesso di una persona (il «*chiamato all'eredità*» in senso stretto o "trasmittente"⁹⁸) morta dopo il *de cuius* (*rectius*, l'originario *de cuius*) ma prima di poterne accettare l'eredità.

Ebbene, nella circostanza – come anticipato – se ci si pone nella prospettiva del destinatario finale della successione *mortis causa* del *de cuius* (per la rappresentazione) o dell'originario *de cuius* (per la trasmissione del diritto di accettare l'eredità), costui (sia egli un rappresentante o un "trasmissario"⁹⁹) si trova di fronte, in ambedue i casi di successione in disamina, a due delazioni, parallele, di eredità, *ex art.* 457 c.c., che richiedono entrambe un atto, distinto, di accettazione¹⁰⁰. Ovverosia, una

⁹⁶ Sul concetto di "originario *de cuius*", v. *ex multis* Cass. 19.4.1944, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1944, 547; AZZARITI, *op. cit.*, 93, nt. 180; FERRI, *op. cit.*, 298; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 110.

⁹⁷ Così è, almeno, nell'ipotesi della rinuncia, dell'incapacità e dell'indegnità, di cui al citato art. 468, co. 2, c.c.

⁹⁸ FERRI, *op. cit.*, 300; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 111.

⁹⁹ Si vedano, sull'uso del termine *de quo*, gli stessi AA. di nota 98.

¹⁰⁰ Nel caso della rappresentazione, perché le due delazioni sono autonome "per natura", dato che – come si è visto – il rappresentante è sempre titolare di un diritto proprio (AZZARITI, *op. cit.*, 66), o comunque la sua delazione è una nuova delazione rispetto a quella del rappresentato (FERRI, *op. cit.*, 215). Nel caso della trasmissione del diritto di accettare l'eredità, perché, nonostante, *ex art.* 479, comma 3, c.c., «[l]a rinuncia all'eredità propria del trasmittente include rinuncia alla eredità che al medesimo è devoluta», viceversa, come ha statuito la Suprema Corte, anche "[i]n caso di trasmissione del diritto di accettare l'eredità, il trasmissario deve compiere due distinti atti di accettazione, essendo chiamato a succedere in due eredità, quella originaria e quella

delazione facente capo al suo diretto dante causa (l'ascendente/rappresentato/primo chiamato all'eredità o il trasmittente/«chiamato all'eredità» in senso stretto), e una delazione facente capo al suddetto *de cuius*/originario *de cuius*.

Così, in quest'ottica, se si guarda adesso alla sola delazione dell'eredità del *de cuius*/originario *de cuius* – oggettivamente identica, come si è compreso, sia nel regime della rappresentazione che in quello della trasmissione del diritto di accettare l'eredità – si può notare che essa, nel caso dell'art. 479 c.c., passa sempre, immutata, al trasmissario (nello specifico, in qualità di «erede» del «chiamato all'eredità», morto prima di aver accettato l'eredità dell'originario *de cuius*), qualunque sia il tipo e il grado di parentela (rilevante ai fini successori) che lega il suo dante causa/trasmittente all'originario *de cuius*, e sia che la stessa delazione riguardi una successione legittima o una successione testamentaria. A differenza di quanto dovrebbe avvenire, invece, nel caso della rappresentazione – come si è già visto, in concreto, per l'ipotesi del pronipote *ex filio/filia* (o *ex fratre/sorore*) del *de cuius* – ai sensi di quell'orientamento peculiare che:

- i) riconosce costui rappresentante o meno, a seconda che egli sia, per successione legittima, un discendente avente causa da un nipote successibile, in linea retta o collaterale, di secondo grado del *de cuius*, piuttosto che, per successione testamentaria, un discendente di un nipote designato direttamente erede testamentario da tal *de cuius*; e
- ii) prevede, per l'effetto, che tale pronipote non possa, nella seconda ipotesi, ricevere il passaggio della delazione del *de cuius*, ex artt. 467-469 c.c.

Inoltre, se si aggiunge che “*la trasmissione [...] prevale sulla rappresentazione nel senso che la prima ha luogo anche se il trasmittente ha discendenti diretti, fatto sempre salvo, naturalmente, il diritto alla legittima che può spettare a questi ultimi*”¹⁰¹, allora, non si capisce proprio perché, sul piano della logica giuridica, nella circostanza, all'interno di un regime successorio subordinato, qual è, tra i due in questione, quello della rappresentazione (per di più riconducibile a norme comuni alle successioni legittime e testamentarie), si possa giungere ad avere, in via interpretativa, una differente assegnazione soggettiva finale di una determinata delazione ereditaria, a seconda che essa abbia ad oggetto una successione legittima o una successione testamentaria, rispetto a quanto avviene nel contesto del regime, prevalente, di cui all'art. 479 c.c. Nel quale è invece prevista, in modo cristallino e a matrice legislativa, un'uniforme assegnazione soggettiva della stessa delazione ereditaria, ai fini di ambedue le successioni, legittima e testamentaria.

Tutto questo – si noti bene – tra l'altro, a fronte della circostanza che l'unico, vero, elemento distintivo sostanziale tra i due regimi in discussione, per come qui

del trasmittente, sicché l'acquisto della qualità di erede del trasmittente non implica automaticamente anche l'acquisto dell'eredità alla quale quest'ultimo era chiamato” (Cass., 2.8.2017, n. 19303, in *Giust. civ. mass.*, 2017).

¹⁰¹ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 223.

comparati, consiste nel fatto che, *vis-a-vis* un medesimo dante causa, sia esso *de cuius* od originario *de cuius*, la morte del rappresentato avviene, sul piano temporale, prima della morte del *de cuius*, mentre la morte del chiamato all'eredità avviene dopo la morte dell'originario *de cuius* ma, in ogni caso, prima di averne accettato l'eredità. Morte che, però, è un fenomeno fisico in presenza del quale:

- i) nella prima ipotesi, nell'ambito del regime della rappresentanza, si verifica, in capo al rappresentato, un evento fonte di un caso di impossibilità oggettiva di accettazione dell'eredità del *de cuius*; e,
- ii) nella seconda ipotesi, nel contesto del regime della trasmissione del diritto di accettare l'eredità, si verificherebbero, in assenza di quanto previsto dal testo dell'art. 479, comma 1, c.c., in capo al chiamato all'eredità, nel dubbio circa le sue volontà in punto di accettazione o rinuncia dell'eredità dell'originario *de cuius*:
 - ancora una volta, un evento fonte di un caso di impossibilità oggettiva di accettazione dell'eredità di tal originario *de cuius*¹⁰²; oppure,
 - un evento idoneo a far scattare il regime, per l'occasione denegato *ex lege*, nonché subordinato sul piano logico-giuridico, della rappresentazione, posto che la rinuncia è, come si è visto, *ex art. 467, co. 1, c.c.*, un atto fonte di rappresentazione¹⁰³.

Cosicché, da quanto sopra esposto, emerge, sul terreno di una comparazione *ad hoc*, l'incongruenza che risulta, in rapporto all'evento morte del *de cuius* (qualificato "originario", ai fini dell'art. 479 c.c.), tra la disciplina della trasmissione del diritto di accettare l'eredità e quella degli artt. 467-469 c.c., alla luce dell'interpretazione formale/restrittiva del campo di applicazione soggettivo dell'istituto della rappresentazione.

Ragion per cui, per chiudere, anche quanto appena illustrato dovrebbe chiarire che l'art. 468 c.c. si limita a descrivere il campo di applicazione soggettivo dell'istituto della rappresentazione e che il termine «*discendenti*», in esso contemplato, deve essere interpretato in senso estensivo.

5. Tornando a esaminare la fattispecie, si possono, a questo punto, formulare alcune conclusioni con riferimento ad essa.

In breve, se, in linea con quanto è stato evidenziato nel paragrafo precedente, si ritenesse che la disciplina della rappresentazione debba essere applicata – contro l'orientamento ad oggi apparentemente consolidato della Corte di Cassazione – anche ai discendenti di un nipote espressamente designato erede o legatario di un determinato *de cuius*, allora si potrebbe concludere che la nipote della testatrice abbia,

¹⁰² Il chiamato avrebbe voluto accettare l'eredità, ma non ha potuto accettarla, perché è deceduto prima di poterla accettare.

¹⁰³ Il chiamato avrebbe voluto rinunciare all'eredità, ma non ha potuto rinunciarvi, perché è deceduto prima di potervi rinunciare.

nella circostanza, validamente posto in essere l'atto di rinuncia al lascito immobiliare, predisposto a suo favore, a beneficio dei suoi figli.

In caso contrario, si porrebbe, invece, un'ultima questione giuridica che, innanzitutto, porterebbe l'interprete a dover analizzare di nuovo il testamento *de quo*. Infatti, nello specifico, occorrerebbe capire se la rinuncia fatta dalla beneficiaria del lascito testamentario immobiliare sia da considerarsi una rinuncia all'eredità piuttosto che una rinuncia a un legato.

Ora, senza entrare troppo nel merito della questione, si ritiene che la testatrice avesse inteso designare la nipote quale sua erede, e non quale "semplice" legataria, allorché le aveva assegnato tutti i suoi beni immobili italiani¹⁰⁴. Anche se, redigendo la disposizione, ella aveva menzionato, *apertis verbis*, di voler lasciare alla predetta nipote un immobile in particolare (rimasto poi, di fatto, l'unico a far parte del patrimonio della *de cuius*, al momento della sua morte).

Infatti, la disposizione in questione può essere agevolmente qualificata, ai sensi dell'art. 588 c.c., come un caso di *institutio ex re certa*¹⁰⁵. Così come l'ulteriore disposizione, concernente tutto il denaro depositato presso un istituto di credito italiano, attuata a favore di un diverso beneficiario ed esaustiva, insieme alla prima, quantomeno nelle intenzioni della testatrice, del patrimonio locale di quest'ultima.

Ciò, con la conseguenza, in conclusione, che:

- a) la rinuncia al lascito immobiliare, compiuta dalla nipote della *de cuius*, concretizzerebbe, per l'occasione, una rinuncia all'eredità; e
- b) il beneficiario del lascito di denaro potrebbe reclamare, a titolo di coerede, anche il lascito immobiliare, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 523 c.c.¹⁰⁶ e 674 c.c.¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Vedendo sempre la questione dalla prospettiva di una persona nata e cresciuta in un sistema giuridico di *common law*, che, sulla base di ciò, ha disposto per testamento, sul nostro territorio, dei suoi soli beni situati in loco.

¹⁰⁵ Sull'*institutio ex certa*, v. in dottrina, su tutti, gli AA. qui già citati in nota 30. In giurisprudenza v. invece, da ultime, Cass. 1.3.2002, n. 3016, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 365-366: "In materia di distinzione tra erede e legatario, l'assegnazione di beni determinati deve interpretarsi, ai sensi dell'art. 588 c.c., come disposizione ereditaria (*institutio ex re certa*), qualora il testatore abbia inteso chiamare l'istituto nell'universalità dei beni o in una parte indeterminata di essi, considerata in funzione di quota del patrimonio relitto, mentre deve interpretarsi come legato, se abbia voluto attribuirgli singoli individuati beni. L'indagine diretta ad accertare se ricorra l'una o l'altra ipotesi, si risolve in un apprezzamento di fatto, riservato ai giudici del merito, ed è, quindi, incensurabile in sede di legittimità se conseguentemente motivato"; Cass., 10.10.2012, n. 17266, in *Dir. e giustizia online*, 2012, 11 ottobre; Cass., 25.10.2013, n. 24163, in *Giust. civ. mass.*, 2013, 1073; Cass., 11.6.2015, n. 12158, in *Dir. e giustizia*, 2015, 12 giugno, con nota di Achille; Cass., 4.3.2016, n. 4312, in *Guida dir.*, 2016, 21, 59; Cass., 6.10.2017, n. 23393, in *Giust. civ. mass.*, 2017.

¹⁰⁶ Art. 523 c.c. («Devoluzione nelle successioni testamentarie»): «Nelle successioni testamentarie, se il testatore non ha disposto una sostituzione e se non ha luogo il diritto di rappresentazione, la parte del rinunziante si accresce ai coeredi a norma dell'articolo 674, ovvero si devolve agli eredi legittimi a norma dell'articolo 677».

¹⁰⁷ Art. 674 c.c. («Devoluzione nelle successioni testamentarie»): «1. Quando più eredi sono stati istituiti con uno stesso testamento nell'universalità dei beni, senza determinazione di parti o in parti uguali, anche se determinate, qualora uno di essi non possa o non voglia accettare la sua parte si accresce agli altri. 2. Se più eredi sono stati

Difatti, ragionando ai fini dell'art. 523 c.c.:

- *in primis*, anche se la testatrice aveva previsto l'inserimento di un beneficiario sostitutivo, per il suddetto lascito immobiliare, per il caso della premorienza della nipote, poiché non si potrebbe applicare – come si è visto in precedenza – la presunzione di cui all'art. 688, co. 2, c.c., il meccanismo della sostituzione potrebbe considerarsi, nella circostanza, come «*non disposto*»; e
- *in secundis*, poiché non avrebbe «*luogo il diritto di rappresentazione*», non scarterebbe la devoluzione del lascito ai figli della rinunciante, ex artt. 467-469 c.c.

Sicché, in definitiva, si determinerebbe, per l'appunto, ai sensi dell'art. 674, co. 1, c.c., l'accrescimento della parte del patrimonio relitto oggetto di rinuncia a favore del beneficiario dell'altra parte di esso (non rinunciata), nel suo ruolo di (co)erede della *de cuius*.

istituiti in una stessa quota, l'accrescimento ha luogo a favore degli altri istituiti nella quota medesima. 3. L'accrescimento non ha luogo quando dal testamento risulta una diversa volontà del testatore. 4. È salvo in ogni caso il diritto di rappresentazione».

Usura e interessi moratori nelle più recenti decisioni della Suprema Corte

di Maria Grazia Baratella*

Abstract. This essay analyzes the latest Supreme Court's judgments related to usury and default interest. In particular, the study offers a critical review of judgment no. 9597/2020, by which the Joint Sections confirmed the applicability of the rules on usury to default interest: the latter indeed can be qualified as the object of a penalty clause and, as such, should be entirely regulated by articles 1224 and 1382-1384 of the Italian Civil Code. Consequently, the *reductio ad aequitatem* provided by art. 1384 c.c. should be the remedy for manifestly excessive default interest.

SOMMARIO: 1. Il definitivo diniego del Supremo Collegio al cumulo degli interessi (corrispettivi e moratori) al fine di verificare il superamento del c.d. tasso soglia usura. – 2. La disciplina in materia di usura e gli interessi moratori: la c.d. tesi restrittiva e la c.d. tesi estensiva. – 3. Segue. Il recentissimo intervento “chiarificatore” delle Sezioni Unite: la assoggettabilità degli interessi moratori alla disciplina repressiva dell’usura, in ragione della «ratio del divieto di usura e delle finalità che con esso si siano intese perseguire». – 4. Segue. La nullità della clausola che prevede interessi moratori usurari e i conseguenti effetti: l’applicazione dell’art. 1815, 2° co., c.c. «in una lettura interpretativa che preservi il valore del danaro». – 5. Segue. Gli interessi moratori quale prestazione oggetto di una clausola penale. Dalla usurarietà degli interessi moratori alla loro manifesta eccessività; la eventuale riducibilità degli stessi – anche d’ufficio – da parte del giudice, ex art. 1384 c.c.

1. Alcune delle molteplici e affatto secondarie questioni in materia di interessi moratori e usura, oggetto di vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale nell’ultimo decennio, sembrerebbero – il condizionale è d’obbligo – trovare “composizione” oggi, a seguito di alcuni particolarmente significativi interventi, anche a Sezioni Unite, del Supremo Collegio¹.

Accanto all’annosa problematica concernente la assoggettabilità degli interessi moratori convenzionali alla disciplina antiusura, si ripropone la *vexata quaestio* relativa alla cd. cumulabilità degli interessi corrispettivi e di quelli moratori in sede di verifica del superamento del c.d. tasso soglia usura, ex l. 7.3.1996, n. 108².

* Dottore di ricerca in Diritto civile e Avvocato.

¹ Il riferimento è, in particolare, alle seguenti pronunce: Cass., 30.10.2018, n. 27442, in *Banca borsa*, 2019, I, p. 1; Cass., 17.10.2019, n. 26286, in *Guida dir.*, 2020, p. 251; Cass., 22.10.2019, n. 26946, in *Foro it.*, 2019, XI, p. 3473; Cass., S.U., 18.9.2020, n. 19597, in *www.dirittobancario.it*.

² Sul punto, preme ricordare come, ai sensi dell’art. 2, 4° co., l. 7.3.1996, n.108, gli interessi siano usurari ove superiori al c.d. tasso soglia, *id est* al «... tasso medio risultante dall’ultima rilevazione pubblicata nella Gaz-

Come noto, la *querelle* fu originata da una decisione della Suprema Corte risalente al 2013³ o, meglio, dalla fuorviante lettura che di essa venne proposta da talune isolate pronunce di merito: nonostante, infatti, tale sentenza si limitasse ad affermare il carattere potenzialmente usurario di qualsivoglia tipologia di interessi a qualsiasi titolo promessi e/o convenuti, non mancò chi la ritenne “legittimare” il cumulo degli interessi corrispettivi e di quelli moratori, al fine di valutare il superamento della c.d. soglia usura⁴.

Tale interpretazione, immediatamente criticata dalla prevalente giurisprudenza di merito⁵, è stata oggi definitivamente respinta dalla Suprema Corte, in ragione delle ontologiche e funzionali differenze riscontrabili tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori⁶.

zetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali».

Il tasso soglia è, dunque, computato assumendo come base del calcolo il Tasso Effettivo Globale Medio (c.d. T.E.G.M.), variabile in ragione sia della tipologia di operazione creditizia eseguita, sia del lasso temporale di riferimento, in quanto soggetto a rilevazioni trimestrali.

³ Cfr. Cass., 9.1.2013, n. 350, in *Foro it.*, 2014, I, p. 128, ove si afferma che: «Ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, 2° co., c.c. si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori». Si precisa come, nella fattispecie sottoposta all'esame della Cassazione, il tasso di mora fosse stato pattuito quale maggiorazione percentuale del tasso corrispettivo; di conseguenza, in quel caso, per procedere alla valutazione di usurarietà degli interessi moratori sarebbe stato preliminarmente necessario quantificare la misura di tali interessi, sommando gli interessi corrispettivi con la maggiorazione pattuita: l'espressione «maggiorazione di tre punti in caso di mora», riportata nella citata pronuncia, va dunque intesa in tal senso e non come affermazione di principio circa la necessità di cumulare il tasso corrispettivo e quello moratorio, al fine di valutare l'eventuale superamento della c.d. soglia usura. Sul punto, cfr. Trib. Milano, 28.1.2014, in *www.diritto bancario.it*; Trib. Napoli, 15.4.2014, in *www.cloudfinance.it*; Trib. Bologna, 6.3.2019, in *www.ilcaso.it*.

⁴ In tal senso, cfr. Trib. Torino, 14.5.2015, in *www.diritto bancario.it*; Trib. Prato, 11.6.2016, n. 651, in *Redazione Giuffrè*, 2016. Si evidenzia come una simile lettura, ove accolta, avrebbe condotto ad un'esplosiva ed incontrollata proliferazione di contratti usurari.

⁵ Cfr. Trib. Treviso, 11.4.2014, in *Giur. comm.*, 2015, IV, p. 849, che argomenta la esclusione del cumulo tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori in sede di valutazione di usurarietà «...dai diversi valori cui vanno rapportati i due tassi: mentre, infatti, gli interessi corrispettivi si calcolano sul residuo capitale dovuto, quelli moratori si applicano solo alle rate non pagate». Nella stessa direzione, si veda Trib. Santa Maria Capua Vetere, 23.2.2016, in *Banca borsa*, 2017, VI, p. 735; Trib. Milano, 8.3.2016, n. 3012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Catania, 28.2.2018, n. 957, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Trib. Siena, 4.10.2018, n. 1137, in *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Brindisi, 18.10.2018, n. 1518, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Trib. Palermo, 6.12.2018, in *Redazione Giuffrè*, 2019, ove si chiarisce che: «Gli interessi moratori rientrano nel novero delle prestazioni accidentali (e perciò meramente eventuali) sinallagmaticamente riconducibili al futuro inadempimento e destinate ad assolvere, in chiave punitiva, alla funzione di pressione finalizzata alla realizzazione del corretto adempimento del contratto. Da ciò la diversità ontologica e funzionale delle due categorie di interessi corrispettivi ed interessi moratori che non ne consente, pertanto, il mero cumulo ai fini della valutazione di usurarietà del finanziamento»; Trib. Sassari, 24.12.2018, n. 1365, in *Redazione Giuffrè*, 2019.

⁶ Cfr. Cass., 17.10.2019, n. 26286, cit., che esclude il cumulo tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori, essendo differenti causa, funzione, nonché «i presupposti per la percezione» degli uni e degli altri. Inoltre,

Uniformandosi ai più risalenti insegnamenti giurisprudenziali⁷, il Supremo Collegio ha, infatti, ribadito la qualificazione degli interessi corrispettivi quale «controprestazione del mutuante» con funzione di remunerazione per il godimento del capitale altrui; la rilevanza degli interessi moratori quale danno minimo indefettibilmente conseguente all'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria, con funzione risarcitoria; la riconducibilità degli interessi moratori di fonte negoziale alla «clausola penale, in quanto costituiscono una predeterminazione anticipata, presuntiva e forfettaria del danno risarcibile»⁸.

Alla luce di tali premesse, si è, dunque, escluso il cumulo tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori in sede di verifica di usurarietà, in quanto: «... gli interessi corrispettivi e quelli moratori contrattualmente previsti vengono percepiti ricorrendo presupposti diversi ed antitetici, giacché i primi costituiscono la controprestazione del mutuante e i secondi hanno natura di clausola penale, in quanto costituiscono una determinazione convenzionale preventiva del danno da inadempimento. Essi, pertanto, non si possono cumulare»⁹.

Viceversa, nessun cumulo sarebbe configurabile in ipotesi di tasso moratorio convenzionalmente determinato quale sommatoria tra il tasso corrispettivo e un ulteriore *spread* aggiuntivo¹⁰, così come in ipotesi di inadempimento da parte di un cliente moroso, già sollecitato al pagamento dalla banca, la quale tuttavia non abbia esercitato il recesso dal contratto, provocando la definitiva cessazione del rapporto.

In entrambe le eventualità, infatti, gli interessi dovrebbero essere considerati integralmente – e non solo in parte – moratori: nel primo caso, computati maggiorando il tasso degli interessi corrispettivi con lo *spread* convenzionalmente fissato dai contraenti¹¹; nel secondo caso, dovuti per essere il cliente in mora, *ex art.* 1224 c.c.,

il cumulo tra interessi corrispettivi e interessi moratori finirebbe per rimettere alla discrezionale volontà del debitore il superamento del c.d. tasso soglia.

⁷ In tal senso, tra le più risalenti, cfr. Cass., 13.4.1944, n. 241, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1944, p. 228; Cass., 16.5.1960, n. 1167, in *Foro padano*, 1961, I, p. 1120; Cass., 18.3.1971, n. 780, in *Rep. Foro it.*, 1971.

⁸ Si coglie, dunque, sul punto, una importante rivisitazione – o forse solo una consapevole “indifferenza” nei confronti – della ricostruzione operata neppure un anno prima da altra decisione della medesima sezione della Cassazione (la terza), che, anche alla luce di un'articolata e complessa indagine storico-sistematica, aveva ritenuto gli interessi corrispettivi e quelli moratori accomunati da una medesima funzione: quella di remunerare il mancato godimento di un capitale, identificandosi, in ultima analisi, il danno che gli stessi sarebbero volti a risarcire «...nella perdita possibilità per il creditore di investire una somma dovutagli e trarne lucro finanziario». Cfr. Cass., 30.10.2018, n. 27442, cit. In dottrina, circa la unitarietà di funzione degli interessi, si veda più ampiamente *sub nota* 30.

⁹ Cfr. Cass., 17.10.2019, n. 26286, cit. Sul punto, cfr. BENCINI, *Interessi convenzionali di mora: applicazione degli artt. 1815, c. 2, e 1384 c.c.*, in *Dir. e giustizia*, 2019, p. 188; DONATO, *Sull'usura nei contratti bancari*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 955; PINCIONE, *Il calcolo del “tasso di soglia” tra usura e interessi di mora*, in *Banca borsa*, 2017, VI, p. 741.

¹⁰ Tale “modalità” di quantificazione del tasso di mora risulta, invero, alquanto diffusa in ambito bancario, ove spesso tale tasso viene indicato come pari a quello corrispettivo, aumentato di x punti percentuali.

¹¹ Più precisamente, il tasso moratorio sarebbe integrato non già dai soli punti percentuali aggiuntivi, bensì dal valore complessivo della indicata sommatoria, sì che a tale valore dovrebbe essere rapportata ogni valutazio-

per effetto del solleccito di pagamento, nonostante la pendenza del rapporto bancario.

Le conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte in ordine alla esclusione di qualsivoglia forma di cumulo in sede di usurarietà tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori, sembrerebbero, del resto, ulteriormente confermate dalle marcate differenze – di presupposti, di struttura e di funzione – riscontrabili tra gli interessi moratori legali e quelli convenzionali, tali da rendere ancor più netta la distanza tra gli interessi corrispettivi, da un lato, e quelli moratori, dall'altro¹².

Mentre, infatti, gli interessi moratori legali, di fonte normativa e di misura legislativamente definita, sarebbero volti a ristorare il danno minimo, forfettariamente e preventivamente determinato dal legislatore, necessariamente conseguente al ritardato adempimento dell'obbligazione pecuniaria¹³; gli interessi moratori convenzionali integrerebbero una sanzione di fonte negoziale o, meglio, una pena privata sostitutiva dell'ordinario rimedio risarcitorio, espletante una funzione duplice e complessa¹⁴: da un lato, di tutela del creditore, dall'altro, di sanzione del debitore

ne in materia di usurarietà. Sul punto, la divisata decisione Cass., 17.10.2019, n. 26286, cit., precisa che: «...qualora il contratto preveda che il tasso degli interessi moratori sia determinato sommando al saggio legale degli interessi corrispettivi previsti dal rapporto un certo numero di punti percentuale, è al valore complessivo risultante da tale somma, non solo ai punti percentuali aggiuntivi, che occorre aver riguardo al fine di individuare il tasso degli interessi moratori effettivamente applicati». In tal senso, cfr. anche Trib. Parma, 25.7.2014, in *Foro it.*, 2014, XII, p. 3601; Trib. Siena, 5.12.2019, n. 1215, in *Redazione Giuffrè*, 2019; App. Genova, 12.8.2020, n. 782, in *www.diritto.it*.

¹² Gli interessi moratori legali e quelli convenzionali, pur avendo entrambi titolo nella mora del debitore, si distinguono, infatti, in ragione sia della fonte (normativa per i primi, convenzionale per i secondi), sia della misura (pari al saggio legale per gli uni, liberamente fissata dai contententi per gli altri) sia della funzione. Inoltre, l'art. 1224 c.c., compiutamente disciplinando gli interessi moratori legali, si limita a sancire in relazione a quelli convenzionali il divieto di cumulo con il maggior danno.

¹³ In un sistema ad economia capitalizzata, il danaro viene, infatti, in rilievo quale bene di per sé produttivo di ricchezza, sì che la mancata disponibilità di esso nei termini stabiliti arrecherebbe necessariamente un danno minimo al creditore, ristorato dagli interessi moratori legali.

Conferme in ordine alla funzione risarcitoria degli interessi moratori legali sembrano giungere, del resto, oltre che dalla rubrica dell'art. 1224 c.c., dal 2° co. della medesima disposizione, che accorda al creditore, che dimostri di aver patito un maggior danno rispetto a quello ristorato dagli interessi moratori, il risarcimento dell'intero pregiudizio patito.

In tal senso, si vedano, tra gli altri, ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 4, Bologna-Roma, 1963, p. 518; BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, 5, Milano, 2002, p. 193, il quale ritiene gli interessi moratori integrare una «...liquidazione forfettaria minima del danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie»; CANTILLO, *Le obbligazioni*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da BIGIAVI, 2, Torino, 1992, p. 1451; EROLI, *Maggior danno risarcibile e interessi legali*, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 1981; DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 43; GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, II,1, Padova, 1999, p. 82; INZITARI, *Interessi*, in *Digesto pubbl.*, 9, Torino, 1993, p. 579; SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, p. 3; TRABUCCHI, *Istituzione di diritto civile*, Padova, 2001, p. 578.

¹⁴ Per una prima ricognizione in materia di pene private, cfr. AA.VV., *Le pene private*, a cura di BUSNELLI-SCALFI, Milano, 1985; BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, p. 26; CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Politica del diritto*, 1979, p. 149; GALGANO, "Penale" e "civile"

inadempiente¹⁵. Il patto che li prevede, infatti, in quanto i) collegato ad un contratto principale di finanziamento, fonte di un'obbligazione pecuniaria; ii) volto a disciplinare le conseguenze del ritardato adempimento dell'obbligazione principale; iii) fonte – a sua volta – di un nuovo rapporto obbligatorio, che si affianca a quello originario, sembra riconducibile allo schema legale della clausola penale per il ritardo, della quale presenta tutti gli elementi caratterizzanti e condivide la funzione¹⁶.

Gli interessi corrispettivi, quelli moratori legali e quelli moratori convenzionali opererebbero, dunque, quali rimedi eterogenei su tre “piani” differenti, alternativi, giammai cumulabili, sì da doversi negare la sommatoria degli uni con gli altri anche

nella legislazione valutaria, in *Politica del diritto*, 1976, p. 567; GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; MOSCATI, *Pena privata (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, 32, Milano, 1982, p.770; PATTI, *Pena privata*, in *Digesto. civ.*, 13, Torino, 1995, p. 349; PONZANELLI, *Pena Privata*, in *Enc. Giur.*, 22, Roma, 1990, p. 1; ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai “punitive damages” di “common law”*, in *Giur. it.*, 1895, IV, p. 12.

¹⁵ Sul punto, cfr. BLANDINI, *Clausola penale e interessi moratori superiori al tasso legale*, in *Banca borsa*, 1993, II, p. 191; D'AVINO, *Clausola penale: profilo strutturale ed operativo*, in *Vita notarile*, 1997, II, p. 1049; GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 901; GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistica*, Milano, 1955; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di BUSNELLI-SCALFI, Milano, 1985, p. 259; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 167.

In particolare, le funzioni della clausola penale sarebbero interdipendenti ed attuabili l'una per il tramite dell'altra, per essere l'interesse del creditore salvaguardato attraverso la convenzionale ed anticipata previsione di una sanzione a carico del debitore inadempiente, svincolata dal danno patito dal creditore.

¹⁶ In ordine alla funzione della clausola penale e, conseguentemente, degli interessi moratori convenzionali, si registrano tuttora voci discordanti in dottrina: rinviando ad altra sede ogni più opportuno approfondimento al riguardo, e senza, dunque, alcuna pretesa di esaustività, ci limitiamo ad unicamente ricordare come, accanto a chi – come visto – qualifica la clausola penale quale patto sanzionatorio di fonte negoziale, a tutela del creditore e sostitutiva dell'ordinario rimedio risarcitorio, non manca chi intende la clausola penale come volta ad assolvere ad una funzione unicamente risarcitoria (cfr., tra gli altri, BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964; BIANCA, *Divieto di patto commissorio*, Milano, 1957, p. 22; DE RUGGERO, *Istituzioni di diritto civile*, 2, Messina, 1926, p. 151; GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 206; MESSINEO, *Dottrina generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, p. 131). Accanto a chi, poi, assegna al patto in esame funzione di preventiva e forfettaria determinazione del danno (cfr. CARRARO, *Recessione a Trimarchi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 189; DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1980, p. 520; GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, 1, Firenze, 1948, p. 537; GORLA, *op. cit.*; SCONAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, 16, Torino, 1969, p. 20), vi è chi ad esso attribuisce funzione unicamente punitiva (cfr. MATTEI, *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1996, p. 603; PARDOLESI, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, Napoli, 1989, I, p. 522). In particolare, la funzione coercitiva della clausola penale è stata propugnata dai fautori della cd. analisi economica del diritto, che hanno inteso la penale quale forma di assicurazione del rischio di inadempimento della prestazione, individuando nel debitore il miglior garante del proprio adempimento e ritenendo l'assunzione del rischio compensata dall'aumento dei costi a carico del creditore).

in sede di valutazione di usurarietà, ove si imporrebbero, tutt'al più, verifiche disgiunte¹⁷.

2. Questione differente, e a ben vedere prodromica rispetto a quella sin qui esaminata, concerne l'assoggettabilità degli interessi moratori convenzionali, *ex se* considerati, al vaglio di usurarietà¹⁸. La disamina volge in duplice direzione, da un lato, stimolando riflessioni in ordine alla rilevanza "usuraria" di un'obbligazione pecuniaria meramente eventuale, originata non – già o non – solo dal contratto di finanziamento, ma – altresì – da un fatto imputabile al debitore, quale il suo inadempimento¹⁹; dall'altro, ponendo interrogativi in ordine alla sanzione comminabile a fronte di interessi moratori usurari, ove ritenuti rilevanti *ex l.* 7.3.1996, n. 108.

Se a più riprese la Cassazione civile non ha esitato ad affermare l'applicabilità di tale disciplina anche agli interessi moratori²⁰, non sono mancate decisioni di merito

¹⁷ In tal senso, si è pronunciata anche la più recente giurisprudenza di merito, orientata a sottoporre a separate indagini di usurarietà ciascuna categoria di interessi, proprio in ragione della diversa natura e funzione degli stessi. Cfr., sul punto, Trib. Roma, 24.1.2020, n. 1640, in *Redazione Giuffrè*, 2020, ove si precisa: «La verifica di usurarietà deve essere compiuta disgiuntamente per ciascuna categoria di interessi, data la diversa natura e funzione degli stessi, riferiti a basi di calcolo differenti (il tasso corrispettivo si applica, infatti, al capitale residuo al fine di determinare la quota di interessi della rata di ammortamento, mentre il tasso di mora si calcola sulla singola rata, nel caso in cui questa non sia pagata alla scadenza) ed in ragione del fatto che in ipotesi di applicazione degli interessi moratori questi ultimi si sostituiscono e non si sommano ai primi». Analogamente, cfr. Trib. Latina, 27.1.2020, n. 198, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Trib. Roma, 25.2.2020, n. 4056, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Trib. Campobasso, 26.3.2020, n. 158, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Trib. Tivoli, 5.5.2020, n. 675, in *Redazione Giuffrè*, 2020.

¹⁸ E' bene precisare come la questione concernente la cumulabilità degli interessi in sede di valutazione di usurarietà (esaminata al precedente paragrafo) neppure si porrebbe, ove si intendesse la disciplina antiusura riferibile ai soli interessi corrispettivi e non applicabile a quelli moratori.

¹⁹ O, meglio, dalla costituzione in mora del debitore.

²⁰ Sul punto, cfr. Cass., 22.4.2000, n. 5286, in *Banca borsa*, 2000, II, p. 620; Cass., 4.4.2003, n. 5324, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 4; Cass. 9.1.2013, n. 350, in *Dir. e giustizia*, 2013; Cass., 6.3.2017, n. 5598, in *Giust. civ. mass.*, 2017, rv 643977-01; Cass., 4.10. 2017, n. 23192, in *Banca borsa*, 2019, II, p. 1; Cass., 13.9.2019, n. 22890, in *www.ilsocietario.it*; Cass., 17.10.2019, n. 26286, cit. Si veda, anche Cass., 30.10.2018, n. 27442, cit., ove si precisa che: «La legislazione antiusura si applica agli interessi moratori convenzionali» sì che «...è nullo il patto con il quale si convengono interessi convenzionali moratori che, alla data della stipula, eccedano il tasso soglia di cui alla l. 7.3.1996, n. 108».

In dottrina, in tal senso, cfr. DI MAJO, *Debito di interessi e inadempimento*, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1442; DONATO, *op. cit.*; FAUSTI, *L'accertata natura usuraria del tasso di mora comporta la nullità della pattuizione degli interessi*, in *Banca borsa*, 2019, I, p. 18; GIOIA, *Difesa dell'usura?*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 504; GIOIA, *La disciplina degli interessi divenuti usurari: una soluzione che fa discutere*, in *Corriere giur.*, 2000, p. 878; LAMORGESE, *Interessi moratori e usura*, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1084; MARCELLI, *Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni*, in *www.diritto.it*, il quale non dubita che: «Con la legge 108/96 si è individuato un limite entro il quale ricomprendere ogni forma di remunerazione del credito, a prescindere dalla natura corrispettiva, compensativa o risarcitoria degli interessi»; RAPISARDA, *Interessi usurari e meritevolezza delle clausole di riequilibrio nel contratto di leasing immobiliare*, in *Giur. comm.*, 2015, p. 851; RIZZO, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa*, 2018, I, p. 359; SALANITRO, *Usura e interessi moratori: ratio legis e disapplicazione del tasso soglia*, in *Banca*

di segno contrario²¹, salutate con il favore di attenta dottrina²².

Entrambe le ricostruzioni poggiano su argomentazioni degne di nota, seppur da più parti ritenute non decisive.

Così, al fine di negare l'applicabilità della normativa in materia di usura agli interessi moratori, si è soliti invocare la lettera dell'art. 644 c.p., nella parte in cui qualifica come usurari gli interessi o i vantaggi ottenuti quale «corrispettivo» di una prestazione in danaro, in tal modo circoscrivendo il reato di usura ai soli interessi remunerativi del capitale, che troverebbero la propria causa nel finanziamento, vale a dire gli interessi corrispettivi²³. Spunti in tal senso sono stati desunti altresì dalla

borsa, 2015, VI, p. 740, il quale ritiene che: «Le logiche del sottosistema spingono nel senso dell'estensione anche al momento patologico del rapporto di quei criteri di garanzia e di rigore che il legislatore ha considerato necessari per regolare il settore creditizio».

²¹ Sul punto, si vedano, tra le altre, Trib. Napoli, 5.5.2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 1665; Trib. Roma, 1.2.2001, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1082; Trib. Vercelli, 16.11.2011, in *Giur. di Merito*, 2012, p. 2037; Trib. Trento, 6.7.2017, n. 723, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Trib. Bologna, 20.2.2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Trib. Bologna, 6.3.2018, n. 2022, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Trib. Roma, 5.7.2018, n. 13912, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Trib. Milano, 30.1.2019, n. 956, in *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Milano, 10.4.2019, n. 3542, in *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Roma, 19.9.2019, n. 17801, in *Redazione Giuffrè*, 2019.

²² Sul punto, si ricordano CARBONE, *Usura civile: individuato il tasso soglia*, in *Corriere giur.*, 1996, p. 510; DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, in *Banca borsa*, 2000, II, p. 627; GUIZZI, *La Cassazione e l'usura... per fatto del debitore ("Aberrazioni" giurisprudenziali in tema di interessi di mora e usura)*, in *Corriere giur.*, 2019, p. 153; MOLITERNI-PALMIERI, *Tassi usurari e razionamento: repressione e prevenzione degli abusi nel mercato del credito*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 1024; MOREIRA, *Interessi pattuiti, interessi corrispettivi, tasso "soglia" e ... usurario sopravvenuto*, in *Banca borsa*, 1998, II, p. 519; OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale, tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 534; PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, Napoli, 2003, 228; REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in materia di usura e tutela civilistica della vittima da reato*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1997, I, p. 772; ROBUSTELLA, *La dibattuta questione della rilevanza degli interessi di mora ai fini dell'applicazione della disciplina antiusura*, in *Jus civile*, 2016, p. 3, la quale giunge a concludere che: «La pattuizione relativa agli interessi di mora assume rilievo in relazione a fenomeni giuridici e sociali del tutto eterogenei rispetto a quelli disciplinati con la l. n. 108/996, alla cui operatività sono quindi del tutto estranei»; SCOZZAFAVA, *Gli interessi moratori*, Napoli, 1984, p. 211, il quale desume la irrilevanza usuraria degli interessi moratori anche dalle origini del divieto di usura, introdotto non già al fine di contenere le pretese risarcitorie del creditore in caso di inadempimento del debitore, ma al fine di limitare una eccessiva remunerazione a fronte della dazione a terzi del godimento del danaro; TAVORMINA, *Banche e tassi usurari: il diritto rovesciato*, in *Contr.*, 2014, p. 84; TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2001, p. 680; VOLPE, *Interessi moratori e usura*, in *Contr.*, 2015, I, p. 31.

²³ L'art. 644 c.p. prescrive che: «Chiunque, fuori dei casi preveduti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000».

In tal senso, cfr. TAVORMINA, *op. cit.*, p. 85.

In giurisprudenza, si veda Cass. pen., 25.10.2012, n. 5683, in *Foro it.*, 2013, II, p. 484, nonché Cass. pen., 13.2.2018, n. 29010, in *Dir. e giustizia*, 2018, ove si precisa che: «Il dato testuale dell'art. 644 c.p., pone in stretta correlazione diretta gli interessi o i vantaggi (usurari) conseguibili dall'*accipiens* con la prestazione da quest'ultimo effettuata (dazione di danaro o di altra utilità). Il collegamento che il legislatore, ex art. 644 c.p.

peculiare collocazione del 2° co. dell'art. 1815 c.c. in un più ampio articolo recante, al 1° co., disciplina riferibile ai soli interessi corrispettivi (posti a carico del mutuatario a fronte della concessione di una somma di danaro da restituire al mutuante)²⁴.

Su opposto fronte, i fautori della c.d. tesi estensiva si appellano al tenore dell'art. 1815, 2° co., c.c.²⁵, dell'art. 2, 1° co., l. 7.3.1996, n. 108 in materia di usura²⁶, nonché dell'art. 1 d.l. 29.12.2000, n. 394²⁷ (convertito con modifiche in l. 28.2.2001, n. 24), di interpretazione autentica della citata legge in materia di usura: tali disposizioni, nel genericamente riferire di «interessi», «remunerazione a qualsiasi titolo», «interessi ...promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo» non parrebbero, infatti, distinguere tra differenti tipologie di interessi, sì da doversene affermare l'applicabilità a tutte indistintamente²⁸. A definitivo suggello di tale ricostruzione si è soliti richiamare la Relazione governativa al menzionato d.l. 394/2000, nella parte

pone tra le prestazioni, rispettivamente dovute dall'*accipiens* e dal *solvens*, con l'uso del termine "*corrispettivo*", rende evidente come il "*pagamento*" (usurario) debba trovare causa e relazione diretta con quanto dato dal soggetto attivo»; Trib. Roma, 5.7.2018, n. 13912, in *Redazione Giuffrè*, 2018, ove si specifica che: «Il fenomeno usurario che la legislazione nazionale intende contrastare sia quello che si concreta nella fissazione, a carico di una delle parti negoziali, di una prestazione del tutto sproporzionata rispetto alla controprestazione dovutale dall'altro contrente sicché è proprio alla prestazione originariamente prevista in contratto che deve essere circoscritto lo scrutinio di usurarietà e non già a quella dovuta quale risarcimento del danno da ritardo cagionato alla parte non inadempiente»; Trib. Brescia, 23.1.2020, n. 133, in *Redazione Giuffrè*, 2020.

²⁴ In tal senso, cfr. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 631, il quale precisa come: «Nel microsistema proposto dalla norma dell'art. 1815 la ricostruzione del comma 2 non può prescindere, naturalmente, dalle indicazioni fornite dal comma 1. E non v'è dubbio che quest'ultima disposizione indirizzi univocamente nel senso dei soli interessi compensativi: unicamente per questi ha senso discorrere di gratuità od onerosità».

²⁵ L'art. 1815, 2° co., c.c. stabilisce che: «Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi».

²⁶ L'art. 2, 1° co., l. 7.3.1996, n. 108 prevede che: «Il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura».

²⁷ L'art. 1, 1° co., d.l. 29.12.2000, n. 394 (convertito dalla l. 28.2.2001, n. 24) dispone che: «Ai fini dell'applicazione dell'art. 644 del codice penale e dell'art. 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento».

²⁸ In tal senso, cfr. anche C. Cost., 25.2. 2002, n. 29, che – seppur a livello di *obiter dictum* – così precisa: «Va in ogni caso osservato – ed il rilievo appare in sé decisivo – che il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 394 del 2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" rende plausibile l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori».

Nella stessa direzione, si ricorda anche la Circolare della Banca d'Italia, 3.7.2013, recante «Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura», a mente della quale: «...anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa antiusura».

in cui espressamente riferisce la disciplina in materia antiusura a qualsivoglia tipologia di interesse «sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio»²⁹.

A chi, poi, argomenta l'assoggettabilità degli interessi moratori alla disciplina antiusura dalla sostanziale equivalenza funzionale di tali interessi e di quelli corrispettivi, in quanto tutti volti, in ultima analisi, a remunerare il capitale non goduto dal creditore – vuoi volontariamente, vuoi involontariamente³⁰ –, si è obiettato come la funzione risarcitoria/sanzionatoria degli interessi moratori differisca da quella remunerativa propria degli interessi corrispettivi³¹.

Non mancano, infine, decisioni di merito³², così come dell'Arbitro Bancario Finanziario³³, che hanno sottratto gli interessi moratori al vaglio di usurarietà, in ragione della loro irrilevanza ai fini della determinazione del Tasso Effettivo Globale Medio (il c.d. T.E.G.M.), trimestralmente pubblicato nei Decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in attuazione dell'art. 2, 1° co., l. 7.3.1996, n. 108³⁴.

²⁹ In tale direzione, cfr. DONATO, *op. cit.*, p. 966, il quale, anche alla luce del citato d.l. 29.12.2000, n. 394 e della relativa Relazione, giunge ad affermare che: «La portata dello sbarramento imposto dal legislatore sembra, infatti, indirizzata a garantire anche una funzione calmierante nella determinazione del costo del danaro, in una prospettiva unitaria ed indipendente dalla qualificazione formale delle componenti accessorie, come attestato dalla considerazione dell'usura indipendentemente dal titolo delle obbligazioni accessorie...»; MARCELLI, *op. cit.*; RAPISARDA, *op. cit.*

In senso contrario, cfr. DOLMETTA, *op. cit.*, il quale evidenzia come il passo della Relazione del Guadasigilli al progetto ministeriale «...non possiede il supporto del dato positivo»; DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca borsa*, 2013, V, p. 501.

³⁰ In tale direzione, cfr., in particolare, Cass., 30.10.2018, n. 27442, cit. In dottrina, circa la unitarietà di funzione assolta dagli interessi corrispettivi e da quelli moratori, cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 146; INZITARI, *La moneta*, in Tratt. Galgano, 4, Padova, 1983, p. 206; LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. Dir.*, 22, 1971, p. 96; NICCOLÒ, *Gli effetti della svalutazione delle moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro it.*, 1944-46, IV, 44; QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in Tratt. Rescigno, 9, Torino, 1984, p. 538; RIZZO, *op. cit.*

³¹ Sul punto, cfr., tra le altre, Trib. Bologna, 6.3.2018, n. 2022, cit.; Trib. Roma, 5.7.2018, n. 13912, cit.; Trib. Milano, 30.1.2019, n. 956, cit.; Trib. Milano, 10.4.2019, n. 13912, cit.; Trib. Roma, 19.9.2019, n. 17801, cit.

³² Cfr. Trib. Trento, 6.7.2017, n. 723, cit.; Trib. Milano, 5.4.2019, n. 3400, in *Redazione Giuffrè* 2019.

³³ Sul punto, cfr. A.B.F., coll. coord., 28.3.2014, n. 1875, in *Contr.*, 2015, p. 25; A.B.F., coll. coord., 30.4.2014, n. 2666, in www.arbitrobancarioefinanziario.it; A.B.F., coll. coord., 23.5.2014, n. 3412, in www.arbitrobancarioefinanziario.it.

³⁴ Il T.E.G.M., infatti, indica il costo medio di mercato di un determinato rapporto creditizio, sì che ad esso risultano necessariamente estranee voci di costo del finanziamento c.d. "patologiche", di applicazione meramente eventuale, quali gli interessi moratori, dovuti unicamente in ipotesi di inadempimento.

In tal senso, oltre ai citati Decreti ministeriali, anche la Circolare della Banca d'Italia, 3.7.2013, pur assoggettando – come visto – gli interessi moratori alla normativa repressiva dell'usura, ha escluso il costo ad essi relativo dal computo del T.E.G.M., così precisando: «Gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG, perché non sono dovuti dal momento dell'erogazione del credito ma solo a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente. L'esclusione evita di considerare nella media operazioni con andamento anomalo. Infatti, essendo gli interessi moratori più alti, per compensare la banca del mancato adempimento, se inclusi nel TEG medio potrebbero determinare un eccessivo innalzamento delle soglie, in danno della

In punto, si evidenzia come un'eventuale comparazione tra il T.E.G.M., ottenuto senza computare il costo medio degli interessi moratori, e il T.E.G. del singolo rapporto, che per contro li conteggia, comporterebbe una violazione del cd. principio di "simmetria", risolvendosi tale operazione in un raffronto tra elementi di comparazione disomogenei, con conseguente erroneità del risultato ottenuto³⁵.

Analoga problematica si era posta in precedenza in relazione alla commissione di massimo scoperto – la cd. C.M.S. –, quale voce anch'essa estranea al T.E.G.M. sino all'entrata in vigore del d.l. 29.11.2008, n. 185³⁶. Da più parti si era, dunque, contestata la comparabilità tra la C.M.S. e il tasso soglia derivato dal T.E.G.M., siccome operazione violativa del principio di simmetria³⁷. Intervenute per dirimere il contrasto giurisprudenziale registratosi in materia, le Sezioni Unite avevano ancorato la valutazione di usurarietà della C.M.S. alla c.d. "C.M.S. soglia", ottenuta applicando le maggiorazioni di legge alla C.M.S. media, riportata quale autonoma voce nei menzionati decreti ministeriali attuativi dell'art. 2, 1° co., l. 7.3.1996, n. 108, sebbene non computata nel T.E.G.M.³⁸.

Espressamente richiamando tale *dictum* ed ispirandosi al criterio metodologico ivi proposto, di recente la Suprema Corte, nel confermare la rilevanza usuraria degli

clientela». Al riguardo, si veda DOLMETTA, *A commento della comunicazione della Banca d'Italia 3.7.2013: usura e interessi moratori*, in www.ilcaso.it.

³⁵ In tale direzione, si veda in particolare Trib. Milano, 30.1.2019, n. 956, cit., a mente del quale: «Il parametro oggettivo del Tasso Soglia Usura come introdotto dalla L. 108/1996 (quale soglia oltre la quale "scatta" in sede civile come penale la usurarietà del tasso contrattualmente negoziato) è determinato sulla base della rilevazione trimestrale del T.E.G.M. ... E' verosimile ritenere che analoga rilevazione non sia stata effettuata con riferimento agli interessi di mora, in considerazione della loro differente natura di prestazione non necessaria, ma solo eventuale, in quanto destinata a operare solo in caso di inadempimento dell'utilizzatore, nonché in ragione della funzione non corrispettiva, ma risarcitoria del danno derivante dall'inadempimento e, quindi, di una funzione che può portare a quantificare la pattuizione in forza di variabili e di componenti estremamente eterogenee e non strettamente e direttamente collegate al costo del denaro e all'erogazione del credito. Ne consegue l'impossibilità stessa di effettuare, in base all'ordinamento positivo vigente, una valutazione di usurarietà oggettiva degli interessi moratori in assenza del parametro di riferimento... Se invece per tale verifica si procedesse al raffronto con il tasso soglia utilizzato per gli interessi corrispettivi si giungerebbe ad una rilevazione priva di qualsiasi attendibilità scientifica e logica, prima ancora che giuridica, in quanto si finirebbe per raffrontare fra di loro valori disomogenei».

Per una critica al c.d. principio di simmetria, cfr. D'AMICO, *"Principio di simmetria" e legge anti-usura*, in *Contr.*, 2017, V, p. 501, il quale ritiene che il meccanismo della legge antiusura «...non si basi nei suoi elementi strutturali su un preteso principio di simmetria tra T.E.G. e T.E.G.M.», non essendo stata affatto immaginata dal legislatore «...una necessaria corrispondenza tra gli elementi che concorrono alla determinazione del T.E.G.M. e quelli che rilevano ai fini del calcolo del T.E.G. del singolo rapporto».

³⁶ L'art. 2 bis l. 28.1.2009, n. 2 esplicitamente chiarisce, infatti, che la C.M.S. sia rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 c.c. e che di essa si debba tener conto nella rilevazione del T.E.G.M.

³⁷ In tal senso, cfr. Cass., 22.6.2016, n. 12965, in *Banca borsa*, 2018, I, p. 28; Cass., 3.11.2016, n. 22270, in *Giust. civ. Mass.*, 2017, rv 642644-01. In senso contrario, si ricorda, Cass. pen., 19.2.2010, n. 12028, in *Riv. pen.*, 2010, X, 1003. Sul punto, cfr. STILO, *Ancora sulla pretesa sommatória degli interessi moratori e degli interessi corrispettivi*, in *Contr.*, 2018, p. 153.

³⁸ Cfr. Cass., S.U., 20.6.2018, n. 16303, cit.

interessi moratori, è giunta a ricavare il c.d. tasso soglia al quale parametrare la verifica di usurarietà di tali interessi dal loro valore medio, così come periodicamente rilevato a fini meramente statistici dalla Banca d'Italia³⁹.

3. A fronte delle divergenti interpretazioni sopra ricordate, la questione, ritenuta di «particolare importanza», è stata di rimessa alle Sezioni Unite⁴⁰, le quali hanno ribadito l'orientamento tradizionalmente espresso in ordine all'assoggettabilità anche degli interessi moratori alla disciplina in materia di usura alla luce della *ratio* del divieto normativo, nonché delle finalità con esso perseguite⁴¹.

Più precisamente, tale pronuncia, nel prendere le distanze sia dalla c.d. tesi restrittiva sia da quella c.d. estensiva, in quanto ritenute equivalenti quanto a persuasività e a (non) definitività, individua una pluralità di c.d. *rationes legis* sottese alla normativa antiusura, quali «la tutela del fruitore del finanziamento», «la repressione della criminalità economica», «la direzione del mercato creditizio» e «la stabilità del sistema bancario», sì che la repressione dell'usura concorrerebbe ad assicurare la stabilità ed il corretto funzionamento del mercato del credito, quale superiore interesse di rango pubblicistico, attraverso la tutela del soggetto finanziato debole⁴².

Le «superiori finalità» perseguite dalla normativa antiusura giustificerebbero, dunque, i limiti normativi imposti all'autonomia negoziale, vietando pattuizioni creditizie rischiose, implicanti l'applicazione di tassi di interesse fuori mercato⁴³.

³⁹ Cfr. Cass., 17.10.2019, n. 26286, cit., ove si legge: «...poiché la Banca d'Italia provvede comunque alla rilevazione della media dei tassi convenzionali di mora (solitamente costituiti da alcuni punti percentuali da aggiungere al tasso corrispettivo), è possibile individuare il "tasso soglia di mora" del semestre di riferimento, applicando a tale valore la maggiorazione prevista dall'art. 2, comma 4, della legge n. 108 del 1996».

⁴⁰ Cfr. Cass., 22.10.2019, n. 26946, cit., che ha rimesso al Primo Presidente della Corte di Cassazione la trattazione delle seguenti questioni giuridiche per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite: «Se la disciplina antiusura sia riferibile anche agli interessi moratori, dovendosi in particolare valutare, anche alla stregua del tenore letterale dell'art. 644 c.p. e dell'art. 2 della legge n. 108 del 1996, se il principio di simmetria consenta o meno di escludere l'assoggettamento degli interessi di mora alla predetta disciplina, in quanto non costituenti oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del tasso effettivo globale medio; qualora si opti per la soluzione contraria, se, ai fini della verifica in ordine al carattere usurario degli interessi, sia sufficiente la comparazione con il tasso soglia determinato in base alla rilevazione del tasso effettivo globale medio di cui al comma 1 dell'art. 2 cit., o se, viceversa, la mera rilevazione del relativo tasso medio, sia pure a fini dichiaratamente conoscitivi, imponga di verificare l'avvenuto superamento nel caso concreto, e con quali modalità debba aver luogo tale riscontro, alla luce della segnalata irregolarità nella rilevazione».

⁴¹ Cfr. Cass., S.U., 18.9.2020, n. 19597, cit.

⁴² Si legge, sul punto, nella decisione in parola: «Sulla base del diritto positivo antiusura... da un lato non è smentita la logica dell'autonomia contrattuale, dall'altro viene confermato il fine di assicurare la "sana e prudente gestione" del soggetto bancario negli impieghi (cfr. d.lg. n. 58 del 1998 art. 5), prevenendo la conclusione, ad opera delle banche, di operazioni creditizie rischiose, al punto tale da rendere necessaria la pattuizione di tassi d'interesse "fuori mercato". Nella normativa antiusura si possono rintracciare una pluralità di *rationes legis*, quali la tutela del fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema bancario».

⁴³ La sentenza in commento così specifica: «Sanzionare le pattuizioni inique estranee alla logica concorrenziale perseguite, nel contempo, le finalità d'interesse pubblicistico, volto all'ordinato funzionamento del merca-

E «pattuizioni creditizie rischiose» – secondo le Sezioni Unite – potrebbero essere sia quelle relative agli interessi corrispettivi, sia quelle concernenti gli interessi moratori, applicabili in ipotesi di eventuale inadempimento, allorquando l'esigenza primaria di non lasciare il debitore alla mercé del finanziatore diverrebbe ancor più penetrante⁴⁴.

In tale prospettiva, dunque, gli interessi moratori non potrebbero risultare estranei alla disciplina antiusura, punita severamente dal legislatore con la nullità, *ex art.* 1815, 2° co., c.c., nonostante essi differiscano da quelli corrispettivi per struttura e funzione: di conseguenza, l'ammontare degli interessi moratori, di solito più elevato di quelli corrispettivi anche in ragione della più elevata intensità del rischio creditizio⁴⁵, non potrebbe superare la c.d. "soglia usura"⁴⁶.

Confermata la «piena razionalità» del principio di simmetria, le Sezioni Unite determinano, quindi, la "soglia" cui rapportare la valutazione di usurarietà, applicando le maggiorazioni *ex lege* al tasso medio degli interessi moratori praticato dagli operatori professionali, rilevato dalla Banca d'Italia a fini meramente statistici e dal 2003 periodicamente pubblicato nei decreti ministeriali, attuativi dell'art. 2, 1° co., l. 7.3.1996, n. 108⁴⁷. Viene, così, accolta una soluzione prossima a quella adottata due anni prima con riferimento alla C.M.S., valorizzando dati ritenuti oggettivi e privi di discrezionalità, che consentirebbero di individuare in modo uniforme le

to finanziario, ed alla protezione della controparte dell'impresa bancaria». Quanto alla nozione di «pattuizione creditizia rischiosa», cfr., in particolare, SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato creditizio*, in *Banca borsa*, 2017, II, p. 207, la quale chiarisce come: «Il tasso usurario sopra soglia è un tasso fuori mercato... costituisce, da un punto, di vista economico, la spia di una altissima rischiosità dell'operazione per la banca. Il rischio in sostanza è quello di inadempimento del cliente, quale proiezione futura della probabilità che costui ha di non rispettare il piano di rientro del finanziamento».

⁴⁴ La divisata pronuncia sul punto recita testualmente: «Esiste l'esigenza primaria di non lasciare il debitore alla mercé del finanziatore: il quale, se è subordinato al rispetto del limite della soglia usuarica quando pattuisce i costi complessivi del credito, non può dirsi immune dal controllo, quando scaduta la rata o decorso il termine pattuito per la restituzione della somma, il danaro non venga restituito e siano applicati gli interessi di mora, alla cui misura l'ordinamento e la disciplina *ad hoc* dettata dal legislatore ordinario non restano indifferenti».

⁴⁵ In ipotesi di inadempimento del debitore, diviene, infatti, incerto sia il c.d. *an* sia il c.d. *quantum* della restituzione delle somme di danaro oggetto di prestito/finanziamento.

⁴⁶ Più precisamente, si legge nella sentenza delle Sezioni Unite in esame: «La disciplina antiusura intende sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto, quale corrispettivo per la concessione del danaro, ma altresì degli interessi moratori, che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato».

⁴⁷ Secondo le Sezioni Unite, in relazione al periodo antecedente al d.m. 25.3.2003, in mancanza delle rilevazioni da parte della Banca d'Italia in ordine al tasso medio degli interessi moratori, il raffronto andrebbe operato tra il T.E.G.M. e il T.E.G. del singolo rapporto, sebbene il primo non computi il costo degli interessi moratori: il margine intercorrente tra il T.E.G.M. e il c.d. tasso soglia (ottenuto applicando le maggiorazioni di legge al primo) consentirebbe, infatti, un ampio spazio di tolleranza, in cui gli interessi moratori risulterebbero lecitamente applicati.

pattuizioni usurarie, in quanto concernenti interessi moratori «fuori mercato», ossia superiori rispetto alla media praticata per omologhe pattuizioni⁴⁸.

Infine, la valutazione di usurarietà dovrebbe intervenire tra il tasso soglia (computato nei termini sopra indicati) esistente al momento della conclusione del contratto, da un lato, e il tasso effettivamente applicato a prescindere dalla sua coincidenza con quello negozialmente pattuito, dall'altro lato. A seguito dell'inadempimento, infatti, l'unico tasso rilevante sarebbe quello applicato in concreto, caducando l'interesse ad agire del debitore, *ex art.* 100 c.p.c., al fine di ottenere l'accertamento della eventuale illegittimità del tasso astratto e non applicato⁴⁹.

4. Riconosciuta la rilevanza usuraria degli interessi moratori, le Sezioni Unite si soffermano ad indagare in ordine alle sanzioni comminabili in ipotesi di superamento dello specifico tasso soglia ad essi riferibile.

La tematica, affatto nuova, era già stata oggetto di disamina in seno alla giurisprudenza, ove si declinavano differenti interpretazioni: accanto a pronunce che, in ragione del dato letterale e delle differenze ontologiche e funzionali tra interessi moratori e corrispettivi, limitavano gli effetti della nullità prescritta dall'art. 1815, 2^o co., c.c. alla sola clausola concernente i primi, con conseguente debenza dei secondi⁵⁰, si annoveravano decisioni di segno contrario, che estendevano la nullità a

⁴⁸ Più precisamente, prevede sul punto la decisione in commento: «L'esigenza del rispetto del principio di simmetria, fatto proprio dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 16303 del 2018, ben può essere soddisfatta mediante il ricorso ai criteri oggettivi e statistici, contenuti nella predetta rilevazione trimestrale, ove essa indichi i tassi medi degli interessi moratori praticati dagli operatori professionali».

L'introduzione di un tasso soglia specifico per gli interessi moratori, differente da quello utilizzabile gli interessi corrispettivi è stata criticata, in quanto ritenuta violativa della legge antiusura, che prevede un unico tasso soglia "variabile", tutt'al più, in ragione del tempo e della tipologia di operazioni creditizie, mai in ragione delle voci del costo del finanziamento. Sul punto, cfr. RIZZO, *op. cit.*, p. 360; SALANITRO, *op. cit.*

⁴⁹ Sul punto, così si legge nella pronuncia in esame: «Realizzatosi l'inadempimento, rileva unicamente il tasso che di fatto sia stato richiesto ed applicato al debitore; cade l'interesse ad agire per l'accertamento della eventuale illegittimità del tasso astratto non applicato; i parametri di riferimento dell'usurarietà restano quelli esistenti al momento della conclusione del contratto che comprende la clausola censurata».

La sentenza in parola riconosce, comunque, espressamente l'interesse ad agire, *ex art.* 100 c.p.c., in capo al debitore adempiente al fine di ottenere l'accertamento della nullità della clausola che preveda un tasso degli interessi moratori superiore al c.d. tasso soglia. Tale sentenza di mero accertamento, tuttavia, non legittimerebbe il debitore all'inadempimento e a pretendere lo "esonero" dalla corresponsione degli interessi moratori: a detta delle Sezioni Unite, infatti, «L'effetto di rendere dovuto solo un interesse moratorio pari al tasso degli interessi corrispettivi lecitamente pattuiti ... si potrà verificare solo alla condizione ... che quello previsto in contratto sia stato in seguito il tasso effettivamente applicato, o comunque, che, al momento della mora effettiva, il tasso applicato sulla base della clausola degli interessi moratori sia sopra soglia».

⁵⁰ In tal senso, cfr. Trib. Treviso, 9.12.2014, in *www.cloudfinance.it*; Trib. Reggio Emilia, 24.2.2015, n. 304, in *www.ilcaso.it*; Trib. Santa Maria Capua Venere, 23.2.2016, cit.; Trib. Catania, 28.2.2018, n. 957, cit.; Trib. Bologna, 20.9.2018, n. 20774, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Pistoia, 24.1.2020, n. 142, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Bologna, 15.6.2020, n. 898, in *Redazione Giuffrè*, 2020, che così dispone: «Il fatto che l'ammontare degli interessi moratori, assoggettati anch'essi alla disciplina antiusura dalla prevalente giurisprudenza, superi il tasso soglia usura, non determina automaticamente che le pattuizioni di tutti gli

qualsivoglia pattuizione in materia di interessi, con conseguente gratuità del mutuo⁵¹.

Nel variegato panorama giurisprudenziale, si registrava, poi, la voce di chi, pur affermando la nullità della convenzione sugli interessi moratori usurari, negava tuttavia l'applicabilità della sanzione prescritta dall'art. 1815, 2° co., c.c., in quanto ritenuta riferibile ai soli interessi corrispettivi, per riconoscere al creditore danneggiato gli interessi al saggio legale⁵².

Condividendo – quantomeno parzialmente – la più restrittiva lettura sopra ricordata, le Sezioni Unite giungono ad affermare la nullità/inefficacia, ex art. 1815, 2° co., c.c. della sola clausola in materia di interessi moratori usurari e la conseguente non debenza di questi ultimi, in quanto «illeciti e preclusi». Tale nullità, limitata al solo «tipo di interessi che quella soglia abbia superato», non colpirebbe dunque gli interessi corrispettivi, se lecitamente pattuiti.

Tuttavia, in presenza di interessi moratori usurari troverebbe applicazione l'art. 1224 c.c., quale regola generale in materia di risarcimento del danno da inadempimento di un'obbligazione pecuniaria: il debitore inadempiente sarebbe, quindi, te-

interessi, a qualunque titolo richiesti, vadano dichiarate automaticamente nulle: infatti la declaratoria di nullità della sola clausola degli interessi moratori non determina la nullità anche delle clausole previste per gli interessi corrispettivi, ove correttamente pattuiti. Ciò in ragione della pacifica diversità di funzioni che assolvono le due tipologie di interessi menzionati, nonché del dato letterale dell'art. 1815, 2° co., c.c., disposizione che utilizza il termine singolare “clausola” cioè una “statuizione contrattuale avente effetti dispositivi autonomi”».

In tal senso, si ricorda anche la già citata Cass., 17.10.2019, n. 26286, la quale riteneva il rimedio della nullità della clausola, ex art. 1815, 2° co., c.c. cumularsi con quello differente della *reductio ad aequitatem*, ex art. 1384 c.c.: più precisamente, la violazione del tasso soglia determinerebbe «...la totale caducazione della pattuizione degli interessi oltre soglia», mentre la pattuizione di un tasso moratorio eccessivo (sia esso usurario o meno), ne consentirebbe la riduzione da parte del giudice.

Sul punto, cfr. FALABELLA, *L'usura, gli interessi moratori e i nodi da sciogliere*, in *Riv. dir. bancario*, 2019, p. 523.

⁵¹ Sul punto, cfr. App. Venezia, 18.2.2013, n. 342, in *www.ilcaso.it*; Trib. Padova, 13.5.2014, n. 2348, in *cloudfinance.it*, ove si precisa che: «La pattuizione del tasso degli interessi moratori usurari deve ritenersi nulla ex art. 1815, 2 comma, c.c., con la conseguenza che nessun interesse è dovuto; ritenuta l'infondatezza della tesi sostenuta, secondo cui la nullità dovrebbe colpire solo la clausola relativa agli interessi moratori e non invece quella relativa agli interessi corrispettivi che pertanto sarebbero comunque dovuti dato che il tasso per gli stessi pattuito non era usurario; rilevato invero che da un lato la formula della legge “se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi” non consente di effettuare alcuna distinzione tra interessi corrispettivi ed interessi moratori, né tra le corrispondenti pattuizioni, e dall'altro che il tasso moratorio pattuito, in quanto composto dallo stesso tasso degli interessi corrispettivi al quale va aggiunta una determinata maggiorazione, ove usurario non può che travolgere necessariamente nella sanzione di nullità tutti i suoi componenti e quindi anche il tasso corrispettivo». Analogamente, anche Trib. Pesaro, 25.11.2016, n. 889, in *www.lexform.it*; Trib. Bari, 11.1.2018, in *Banca borsa*, 2018, IV, p. 428; Cass., 13.9.2019, n. 22890, cit.

⁵² Cfr. Cass., 30.10.2018, n. 27442, cit., ove si legge: «E' ragionevole, in presenza di interessi moratori usurari, di fronte alla nullità della clausola, attribuire secondo le norme generali al danneggiato gli interessi al tasso legale».

nuto a corrispondere al creditore gli interessi moratori nella misura di quelli corrispettivi, dovendosi a tale misura parametrare, *ex art. 1224 c.c.*, il danno patito dal creditore. Gli interessi moratori, non dovuti nella misura fissata dai contraenti in quanto usurari e, dunque, «illeciti e preclusi», sarebbero dovuti *ex art. 1224 c.c.* nella più esigua misura degli interessi corrispettivi⁵³.

In sintesi, dunque, da un lato, si afferma la nullità *ex art. 1815, 2° co., c.c.* della clausola relativa agli interessi moratori usurari e astrattamente si derivano da tale nullità gli effetti particolarmente stringenti ed incisivi prescritti dal medesimo articolo; dall'altro, tuttavia, «recuperando» *ex art. 1224 c.c.* il tasso degli interessi corrispettivi stabilito dalle parti, si giunge a concretamente applicare una sanzione differente e meno severa rispetto all'unica tipizzata dal legislatore in materia di usura: la riduzione della misura degli interessi moratori a quella dei corrispettivi, in luogo della non spettanza dei primi⁵⁴.

Sul punto, sembra, dunque, registrarsi un ripensamento da parte delle Sezioni Unite. Quasi che, in ipotesi di inadempimento del debitore, la sanzione della non debenza degli interessi moratori fosse avvertita come eccessivamente rigorosa e si rendesse necessario mediare tra interessi contrapposti, tutelando, da un lato, il debitore vittima di usura, dall'altro, il creditore danneggiato dall'inadempimento, riequilibrando l'operazione di finanziamento⁵⁵.

⁵³ La divisata decisione così argomentava sul punto: «...caduta la clausola degli interessi moratori, resta un danno per il creditore insoddisfatto, donde l'applicazione della regola comune, secondo cui il danno da inadempimento di obbligazione pecuniaria viene automaticamente ristorato con la stessa misura degli interessi corrispettivi, già dovuti per il tempo dell'adempimento in relazione alla concessione ad altri della disponibilità del danaro».

A detta delle Sezioni Unite, peraltro, la lettura proposta risulterebbe suffragata anche dal diritto comunitario e, più precisamene, sia dalla Direttiva 93/13/CEE, sia da talune decisioni della Corte di Giustizia. L'una e le altre, invero, relative alla valenza – non già usuraria, bensì – abusiva della clausola sugli interessi moratori.

⁵⁴ In tal senso, cfr. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1997, p. 725, ove si precisa che: «... il contratto... resta valido ed efficace... non si può quindi applicare l'art. 1419 I comma che consente al giudice di valutare se il contratto, mutilato, sarebbe stato concluso egualmente dalle parti in assenza della clausola nulla. Ciò significa altresì che la clausola nulla non può essere sostituita di diritto da norme imperative in quanto espressamente la nuova disposizione stabilisce che “non sono dovuti interessi”: l'esclusione della debenza dei soli interessi implica che non si possano riconoscere al creditore neppure gli interessi legali...»; DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, in *Banca borsa*, 2000, II, p. 627, che evidenzia come: «Una volta che si sia affermata l'equiparazione dei moratori ai compensativi in punto di fattispecie usuraria, non risulta possibile, di fronte all'attuale dato normativo, pensare che diverse siano le rispettive discipline effettuali»; PASCUCCI, *L'accertata natura usuraria del tasso di mora comporta la nullità della pattuizione degli interessi*, in *Banca borsa*, 2019, I, p. 43, la quale evidenzia come: «La riduzione degli interessi moratori ... si appalesa conseguenza rimediata *ultra* (per non dire *contra*) *legem*. Il legislatore dell'usura ha invero contemplato e tipizzato l'unica sanzione della non debenza».

⁵⁵ Sul punto, si legge nella decisione in esame: «Giova considerare che la regolamentazione del mercato del credito, la quale si giova di plurime tutele generali e speciali previste dal diritto positivo, non può ragionevolmente condurre a premiare il debitore inadempiente, rispetto a colui che adempia ai suoi obblighi con puntualità: come avverrebbe qualora, all'interesse moratorio azzerato, seguisse un costo del danaro del tutto nullo (inesistente), con l'obbligo a carico del debitore di restituire il solo capitale, donde un pregiudizio

Tuttavia, proprio un siffatto “intento” di economicamente riequilibrare il rapporto di finanziamento, indubbiamente confacente all’originaria disciplina codicistica in materia di usura, difficilmente si accorda con la nuova e più severa normativa introdotta dalla l. 7.3.1996, n. 108, volta a rigorosamente stigmatizzare l’illecito usurario, in quanto avvertito come particolarmente riprovevole: da un lato, “oggettivizzando” tale fattispecie, svincolandola da elementi soggettivi attinenti allo stato di bisogno/soggezione del debitore, dall’altro, sostituendo con la più onerosa sanzione della non debenza degli interessi usurari quella originaria della loro riduzione alla misura del saggio legale⁵⁶.

La ricostruzione proposta dalle Sezioni Unite rischia, infatti, di privare di contenuto tale riforma, per divenire addirittura “falciante” ove le parti non abbiano convenzionalmente fissato il tasso degli interessi corrispettivi: in tal caso, infatti, applicandosi *ex art.* 1224 c.c. il saggio legale degli interessi, si addiverrebbe ad una “riesumazione” del rimedio previsto dalla formulazione originaria dell’art. 1815, 2° co., c.c., con sostanziale abrogazione interpretativa di quella attuale.

5. La decisione in esame, sebbene orientata dal pregevole intento di tutelare il creditore danneggiato dall’inadempimento, evitando soluzioni premiali per il debitore e, comunque, inadempimenti privi di “sanzione”⁵⁷, sembra, dunque, porsi in contrasto con la *ratio* della riforma in materia di usura, forzosamente “recuperando” da una norma generale ciò che la norma speciale non prevede, sì da superare lo “scomodo” dettato di quest’ultima⁵⁸.

Altro e tipico rimedio consentirebbe, per contro, di parimenti tutelare i superiori interessi di rango pubblicistico sottesi alla divisata normativa e richiamati dal

generale all’intero ordinamento sezionale del credito (cui si assegna una funzione di interesse pubblico), nonché allo stesso principio generale di buona fede, di cui all’art. 1375 c.c.».

⁵⁶ Sul punto cfr. QUADRI, *La nuova legge sull’usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. comm.*, 1997, p. 62, il quale chiarisce come l’art. 1815 c.c., nella sua formulazione originaria, nel prevedere la sanzione della riduzione a quella del tasso legale, fosse volto a «...mediare, attraverso l’eliminazione del ventaglio usurario, gli interessi in gioco, rendendo compatibile la tutela del debitore...con una normalizzazione dell’affare. Prevale, in una simile prospettiva, insomma, l’esigenza di recuperare l’operazione sul piano economico, una volta riequilibrati i relativi termini»; PINCIONE, *op. cit.*, la quale evidenzia come lo scopo principale perseguito dalla disciplina previgente alla l. 108/1996 fosse «...quello di tentare di riequilibrare o comunque normalizzare il profilo economico dell’operazione, tutelando *in primis* le ragioni del contraente debole e riportando la prestazione pattuita al tasso di interesse legale... con la riforma... il legislatore ha seguito una strada ben diversa rispetto al passato. ...Alla precedente finalità di esclusiva tutela delle ragioni del contraente debole ora si affianca dunque la volontà di colpire duramente chi pratica l’usura, introducendo così anche in ambito civile una logica eminentemente sanzionatoria afflittiva di stampo penalistico»; PORCELLI, *op. cit.*, p. 228.

⁵⁷ Sul punto, cfr. PASCUCCI, *op. cit.*, la quale riteneva comunque apprezzabile il tentativo già condotto da Cass., 30.10.2018, n. 27442 di ridurre gli interessi moratori usurari alla misura del saggio legale, in quanto volto ad evitare di «...lasciare sfornito di sanzione l’inadempimento, se non addirittura premiarlo».

⁵⁸ L’art. 1224 c.c., inoltre, si limita a disciplinare i presupposti e la misura degli interessi moratori, senza regolare la eventuale invalidità della clausola che li preveda. Esprime delle riserve in ordine alla applicabilità di tale disposizione agli interessi moratori fissati dalle parti in misura eccessivamente elevata, PASCUCCI, *op. cit.*

Supremo Collegio, senza incorrere nelle antinomie e nelle forzature insite in una lettura dell'art. 1815, 2° co., c.c. «che preservi il prezzo del danaro».

La questione concernente la usurarietà degli interessi moratori sembra, dunque, evocare e forse risolversi nell'altra, ad essa connessa, relativa al corretto inquadramento della clausola contrattuale che tali interessi preveda, da più parti – e anche dalla stessa decisione in esame – ricondotta allo schema legale della clausola penale, della quale presenta tutti gli elementi caratterizzanti⁵⁹.

Questa, infatti, è qualificabile quale negozio autonomo sebbene collegato ad un contratto principale di finanziamento, volto ad introdurre un rimedio alternativo a quello risarcitorio, di ammontare liberamente fissato dai contraenti e tale da tutelare il creditore attraverso la previsione della sanzione a carico del debitore inadempiente⁶⁰.

A fronte di interessi moratori usurari, vale a dire in presenza di una clausola penale manifestamente eccessiva, risulterebbe, dunque, invocabile, in luogo della nullità punitiva ex art. 1815, 2° co., c.c., la cd. *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1384 c.c., quale forma ordinaria di controllo dell'ordinamento sugli atti di autonomia contrattuale, volta a garantire l'equilibrio del rapporto negoziale e l'adeguatezza della sanzione o, meglio, della pena privata⁶¹.

⁵⁹ Uniformandosi in punto all'orientamento giurisprudenziale dominante, la decisione in esame ha inquadrato «il patto sugli interessi moratori nella clausola penale, ex art. 1382 c.c. ... strutturandosi il patto sugli interessi moratori come un tipo di clausola penale». Circa la riconducibilità degli interessi moratori alla clausola penale, cfr. Cass., 10.7.1996, n. 6298, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 1257; Cass., 8.4.1998, n. 3641, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 768; Cass., 18.11.2011, n. 23273, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 11, p. 1464; Cass., 17.10.2019, n. 26286, cit.

⁶⁰ La cogenza della convenzione sugli interessi moratori (così come di qualsivoglia clausola penale) è rimessa alla volontà delle parti, variando in ragione del contenuto della prestazione pattuita: più incisiva, ove particolarmente onerosa per il debitore; meno efficace, ove non impegnativa per quest'ultimo.

⁶¹ In tal senso, cfr. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, cit., il quale conclude che: «Le linee del sistema indirizzano senz'altro verso l'applicazione – nel caso di riscontro di eccessività – della struttura rimediaria della riduzione ad equità di cui all'art. 1384 c.c. ... Pure qui, come altrimenti, la conseguenza della nullità punitiva sancita dall'art. 1815, comma 2°, c.c. si palesa disciplina inadeguata, lasciando il fatto dell'inadempimento senza conseguenze di sorta. D'altro canto, la natura di clausola penale del patto di interessi moratori elimina ogni problema per la relativa applicazione della norma dell'art. 1384 c.c.»; GUIZZI, *op. cit.*, p. 161, che ritiene che il rischio che il creditore «nel fissare la misura dell'interesse moratorio, possa agire imponendo una maggiorazione esorbitante rispetto al tasso corrispettivo già pattuito... può essere tranquillamente governato dal giudice senza dover evocare lo spettro dell'usura, ma semplicemente giudicando della equità della misura di tale maggiorazione, ed allora eventualmente, ove la valuti iniqua, riducendola anche d'ufficio ai sensi dell'art. 1384 c.c.»; VOLPE, *op. cit.*, p. 39.

In giurisprudenza, cfr. Trib. Napoli, 12.2.2004, in *Giur. napoletana*, 2004, p. 137; Trib. Roma, 14.1.2019, n. 909, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Trib. Livorno, 4.4.2019, n. 383, in *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Milano, 5.4.2019, n. 3400., cit., ove si precisa che: «La funzione degli interessi di mora, quale strumento risarcitorio del danno in misura predeterminata, ne consente l'assimilazione all'istituto della clausola penale, con la conseguente possibilità di una sua riduzione ai sensi dell'art. 1384 c.c., prospettandone i presupposti di manifesta eccessività riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento»; Trib. Roma, 19.9.2019, n. 17801, in *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Brescia, 23 gennaio 2020, n.133, cit.

In particolare, gli interessi moratori superiori alla soglia individuata dalle Sezioni Unite potrebbero essere considerati *ex se* sintomatici della manifesta eccessività della penale e, come tali, equitativamente riducibili anche d'ufficio dal giudice⁶². Essi rileverebbero, tuttavia, non già quali interessi usurari, bensì quale penale manifestamente elevata.

Il giudice ne modulerebbe, peraltro, il contenuto avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, potendo, dunque, ridurre il tasso degli interessi moratori vuoi alla misura del tasso soglia, vuoi a quella degli interessi corrispettivi, vuoi persino a quella del saggio legale, con conseguente maggiore valorizzazione delle peculiarità del caso concreto. Proprio quel rimedio, dunque, invisibile alle Sezioni Unite perché potrebbe «...consentire una riduzione casistica e difforme sul piano nazionale», sembra risultare, per contro, il più idoneo a reprimere interessi moratori di gran lunga superiori a quelli normalmente praticati, riequilibrando il rapporto negoziale. Esso, infatti, in quanto esperibile anche d'ufficio dal giudice, appare di più certa applicazione; in quanto rapportabile all'interesse del creditore a ricevere l'adempimento, più idoneo a garantire l'effettività della sanzione, anche mediante il sostanziale riequilibrio dello specifico rapporto negoziale.

Gli interessi moratori, quale prestazione oggetto di una clausola penale, riceverebbero, dunque, compiuta disciplina agli artt. 1224 e 1382-1384 c.c., sì da non risultare ai medesimi applicabile la normativa repressiva dell'usura, da integralmente circoscrivere ai soli interessi corrispettivi.

Tale lettura, coerente con la tradizionale distinzione tra interessi corrispettivi e moratori⁶³, appare meglio esprimere e confacersi alla *ratio* della riforma in esame: decisamente reprimere la manifesta sproporzione tra le corrispettive prestazioni oggetto del finanziamento, sulla quale non inciderebbero le voci di costo estranee al sinallagma contrattuale, quali gli interessi moratori⁶⁴.

⁶² Gli interessi moratori superiori al tasso medio degli interessi moratori praticato dagli operatori professionali (così come trimestralmente rilevato dalla Banca d'Italia e dal 2003 periodicamente pubblicato nei Decreti ministeriali, attuativi della l. 7.3.1996, n. 108), aumentato con le maggiorazioni *ex lege*, parrebbero rivelatori di una penale manifestamente eccessiva, *ex art.* 1384 c.c.

⁶³ Anche la esaminata decisione delle Sezioni Unite afferma, del resto, a chiare lettere la distinzione tra le due tipologie di interessi, precisando che: «...non vi è dubbio che le categorie degli interessi corrispettivi e degli interessi moratori siano distinte nel diritto delle obbligazioni».

⁶⁴ In tal senso, cfr. CARBONE, *op. cit.*, p. 508, il quale ritiene che la disciplina in materia di usura «...non intenda incidere sull'inadempimento o sul ritardo delle obbligazioni pecuniarie e cioè su un aspetto funzionale del vincolo obbligatorio, ma solo sulla innaturale fruttuosità del danaro e cioè sul piano strettamente genetico della nascita o del rinnovo del vincolo obbligatorio»; ROBUSTELLA, *op. cit.*; TAVORMINA, *op. cit.*, p. 90, il quale ritiene che, ancor prima della *ratio*, lo stesso dato testuale porterebbe ad escludere gli interessi moratori dall'ambito di applicazione della legge antiusura; VOLPE, *op. cit.*, p. 35, il quale chiarisce come: «...sia la legge di riforma dell'usura sia la legge di interpretazione autentica sembrerebbero esaltare il momento funzionale del sinallagma contrattuale, lasciando fuori la funzione risarcitoria, assolta dagli interessi moratori...»; tale impostazione risulta «...maggiormente rispettosa della tradizionale distinzione tra interessi moratori e interessi corrispettivi... e sembra più aderente alla *ratio* della disciplina antiusura che è quella di colpire i soli interessi che costituiscono il corrispettivo di una prestazione di danaro (id est, i c.d. interessi

Del resto, proprio la *ratio* di efficacemente contrastare il «fenomeno» dell'usura è stata invocata dalle stesse Sezioni Unite, al fine di riconoscere rilevanza ai soli elementi di costo riconducibili alla sfera di controllo/imputabilità del creditore⁶⁵, per escludere la sanzionabilità della c.d. usura sopravvenuta, in quanto provocata da un imprevedibile andamento del mercato finanziario non imputabile – al pari dell'inadempimento del debitore – al creditore⁶⁶.

corrispettivi) i quali trovano il proprio titolo direttamente nel contratto di mutuo, a differenza degli interessi di mora il cui titolo è rappresentato dalla situazione di ritardo del mutuatario».

In punto, risulta particolarmente significativo il già ricordato orientamento espresso dalla Cassazione penale, la quale è giunta a negare la riconducibilità alla nozione di «corrispettivo» ex art. 644 c.p. della clausola penale, originata – non già dall'obbligazione principale, bensì – dall'inadempimento del debitore, in quanto in essa difetterebbe quella «stretta correlazione» tra gli interessi/vantaggi conseguibili dall'*accipiens* e la prestazione da quest'ultimo effettuata (la dazione di danaro o altra utilità) prescritta, per contro, dall'art. 644 c.p. Sul punto, cfr. Cass. pen., 25.10.2012, n. 5683, cit., ove si prevede che «...il pagamento (usurario) deve trovare causa e relazione diretta con quanto dato dal soggetto attivo»; Cass. pen., 13.2.2018, n. 29010, cit.; nonché Trib. Roma, 5.7.2018, n. 13912, cit.; Trib. Brescia, 23.1.2020, n. 133, cit.

⁶⁵ Tra tali elementi non sarebbero annoverabili gli interessi moratori, in quanto riconducibili alla sfera di controllo/imputabilità del debitore.

⁶⁶ Cfr. Cass., S.U., 19.10.2017, n. 24675, in *Foro it.*, 2017, p. 3274, ove si precisa che: «Va però osservato che la *ratio* delle nuove disposizioni sull'usura consiste invece nell'efficace contrasto di tale fenomeno, come si legge nella relazione illustrativa del disegno di legge e come ha affermato anche la Corte Costituzionale nella sentenza sopra richiamata. Il meccanismo di definizione del tasso soglia è basato infatti – lo si è accennato più sopra – sulla rilevazione periodica dei tassi medi praticati dagli operatori, sicché esso è configurato dalla legge come un effetto, non già una causa, dell'andamento del mercato. Con tale *ratio* è senz'altro coerente una disciplina che dà rilievo essenziale al momento della pattuizione degli interessi, valorizzando in tal modo il profilo della volontà e dunque della responsabilità dell'agente». Sul punto, cfr. anche DONATO, *op. cit.*, che così afferma: «la prospettiva ermeneutica determina l'estraneità al fenomeno dell'usura c.d. originaria delle ipotesi in cui il superamento del tasso soglia dipenda da eventi estranei alla sfera di controllo delle parti o meglio del creditore. La *ratio* della disposizione preclude, infatti, l'applicabilità della sanzione ivi prevista alle ipotesi di usura sopravvenuta, la quale è, in tal guisa prodotta da sopravvenienze riconducibili all'andamento, non prevedibile, del mercato finanziario e, dunque, ad eventi in alcun modo afferenti alla sfera di imputabilità/responsabilità dell'intermediario... la eventuale rilevanza della c.d. usura sopravvenuta... indurrebbe a carico del creditore conseguenze di eventi imponderabili e non governabili dall'intermediario finanziario, in contrasto anche con il fondamento giustificativo».

Da ultimo, si evidenzia come la esclusione degli interessi moratori dalla disciplina in materia di usura non sembri confutabile in ragione della locuzione «a qualunque titolo», prevista dal d.l. 29.12.2000, n. 394, in quanto da intendere riferita a qualsiasi voce di costo e/o onere, a qualunque titolo introdotto dalle parti nel regolamento negoziale e riconducibile alla più ampia nozione di corrispettività. In tal senso, cfr. Trib. Roma, 5.7.2018, n. 13912, cit.; Trib. Brescia, 23.1.2020, n. 133, cit. In dottrina, cfr. SALANITRO, *op. cit.*, che riferisce la citata locuzione al titolo (contratto, atto unilaterale) che prevede gli interessi usurari.

In tal senso sembrano, altresì, orientare i «lavori preparatori» al menzionato d.l. 29.12.2000, n. 394: le relative premesse, nel testualmente disporre che: «Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di tassi d'interesse usurari, anche in considerazione degli effetti che la sentenza della Corte di cassazione n. 14899/2000 può determinare in ordine alla stabilità del sistema creditizio nazionale», evidenziano, infatti, come tale intervento normativo fosse stato dettato dalla necessità di puntualmente definire il momento in cui effettuare la verifica di usurarietà degli interessi, evitando eccessive applicazioni

Ove, poi, gli interessi moratori fossero previsti in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore e la relativa clausola fosse stata unilateralmente predisposta dal primo, essa, in quanto vessatoria, sarebbe nulla, *ex artt.* 33 e 36 d.lg. 6.9.2005, n. 206⁶⁷. Tale nullità, prescritta nel solo interesse del consumatore, integerebbe, tuttavia, un rimedio speciale sostitutivo di quello ordinario della *reductio ad aequitatem*, *ex art.* 1384 c.c.: in tale eventualità, infatti, al controllo dell'ordinamento volto ad assicurare la proporzionalità e l'adeguatezza degli interessi moratori negoziati dai contraenti in posizione paritetica, si sostituirebbe quello volto a reprimere l'abuso del professionista a danno del consumatore⁶⁸.

In conclusione, dunque, le forzature interpretative e le possibili antinomie insite nella lettura dell'art. 1815, 2° co., c.c. «che preservi il prezzo del danaro», proposta dalle Sezioni Unite al fine di mediare tra l'esigenza di severamente reprimere l'usura e quella opposta di sanzionare il debitore inadempiente, potrebbero essere evitate circoscrivendo la portata della normativa in materia di usura ai soli interessi corrispettivi, per ritenere gli interessi moratori convenzionali compiutamente disciplinati dagli artt. 1224 e 1382-1384 c.c., in quanto oggetto di una clausola penale.

In luogo del rimedio punitivo della nullità *ex art.* 1815, 2° co., c.c., opererebbe, dunque, quello della *reductio ad aequitatem ex art.* 1384 c.c., sì che al depennamento assoluto degli interessi – evitato dalle Sezioni Unite, “recuperando” *ex art.* 1224 c.c. il tasso degli interessi corrispettivi pattuiti dalle parti –, si sostituirebbe la loro riducibilità anche d'ufficio da parte del giudice, avuto riguardo all'interesse del creditore a ricevere l'adempimento.

della normativa *sub specie* di usura sopravvenuta, ritenute particolarmente insidiose per la stessa stabilità del sistema creditizio nazionale.

⁶⁷ L'art. 33 d.lg. 6.9.2005, n. 206, nel riproporre la formulazione dell'art. 1469 *bis*, 3° co., c.c. prescrive che: «Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, ... di imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di danaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo».

In materia di clausole abusive, cfr. AA.VV., *Clausole vessatorie e abusive: gli artt. 1469 bis e ss. c.c.*, a cura di RUFFOLO, Milano, 1997; AA.VV., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori: commentario agli artt. 1469 bis-1469 sexies del codice civile*, a cura di ALPA, PATTI, Milano, 1997; ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Milano, 1997; TOGLIATTO, *Penale, clausola vessatoria e poteri del giudice*, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 48.

⁶⁸ La dottrina è solita ritenere che, ove la clausola penale inserita in un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore sia stata oggetto di trattative individuali, trovi applicazione la disciplina ordinaria, e che, dunque, tale clausola se manifestamente eccessiva sia riducibile, *ex art.* 1384 c.c. Sul punto, cfr. ATELLI, *Chi troppo vuole ottiene (appena) il dovuto più faticosamente: per un'ipotesi di coordinamento degli artt. 1384 e 1469 bis co. 3 n. 6 c.c.*, in *Danno e resp.*, 1998, I, p. 205; LA TORRE, *Interferenze tra disciplina ordinaria e tutela del consumatore ex l. n. 52 del 1996 in tema di clausola penale e clausole vessatorie*, in *Giur. di Merito*, 1998, II, p. 953; STEFINI, *Alcuni problemi applicativi in materia di clausola penale*, in *Nuova giur. comm.*, 2000, p. 511.

Una ricostruzione di tal fatta permetterebbe, peraltro, di valorizzare il c.d. “tasso soglia” ritenuto dalle Sezioni Unite operare in relazione agli interessi moratori⁶⁹: esso, tuttavia, non rileverebbe quale parametro cui rapportare la verifica di usurarietà, ma quale indice oggettivo e non discrezionale per la valutazione giudiziale in ordine alla eventuale manifesta eccessività degli interessi moratori.

⁶⁹ Vale a dire il tasso medio degli interessi moratori praticato dagli operatori professionali, così come trimestralmente rilevato sebbene a fini meramente statistici dalla Banca d'Italia (e solitamente costituito da alcuni punti da aggiungere al tasso medio degli interessi corrispettivi), aumentato delle maggiorazioni *ex lege*.



rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTERESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/5214220, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA





CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175

