



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali (SPGI)

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN : Diritto Internazionale e diritto privato e del lavoro.

INDIRIZZO: Diritto privato nella dimensione europea.

CICLO XXV

LA POSIZIONE DEL LEGATARIO IN RAPPORTO AL PASSIVO E AI PESI EREDITARI:

DEBITO E RESPONSABILITÀ DEL LEGATARIO

Direttore della Scuola : Ch.mo Prof.ssa Manuela Mantovani

Coordinatore d'indirizzo: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio

Supervisore: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio

Dottorando : Alessandro Benni de Sena

LA POSIZIONE DEL LEGATARIO IN RAPPORTO AL PASSIVO E AI PESI EREDITARI: DEBITO E RESPONSABILITÀ DEL LEGATARIO.

(Alessandro Benni de Sena)

INDICE

PARTE I - IL FENOMENO SUCCESSORIO *MORTIS CAUSA* E IL LEGATO¹

1. Introduzione. Principi del sistema successorio a causa di morte. Proprietà, persona e libertà nel sistema giuridico italiano e nella dimensione europea.	1
2. Il sistema successorio <i>mortis causa</i> : successione testamentaria e autonomia testamentaria... 10	
3. Il sistema successorio <i>mortis causa</i> : disposizioni a titolo universale e a titolo particolare. Criteri distintivi.....	14
3.2. (segue) L'usufrutto universale.....	23
3.3. (segue) L'usufrutto universale. Considerazioni finali.	28
3.3.2. (segue) Abuso del legato di usufrutto.....	35
3.3.3. (segue) Legatario legittimario e cautela sociniana.	37
3.4. (segue) Presunzione di legato ed usufrutto universale nelle esperienze giuridiche europee.	38
4. Legatario: struttura, funzione e disciplina. Legato come peso dell'eredità.....	40
5. Le obbligazioni successorie: la posizione dei successori nei confronti del passivo ereditario, con particolare riferimento al legatario. Regola generale e sue eccezioni.	47
5.1. (segue) L'adempimento di un <i>modus</i> testamentario e di un sub-legato.	53
5.2. (segue) Autonomia testamentaria e successione nei debiti. Rilevanza interna o esterna del riparto dei debiti. L'imposta di successione, cenni.	55
5.3. (segue) Adempimento del legato e pesi sopportati dal legatario (art. 668 cod. civ.).	58
5.4. (segue). Azione ipotecaria e separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede e rapporto dei creditori con i legatari (artt. 756 e 512 cod. civ.).	60

5.4.2 (segue) Separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede e rapporto dei creditori con i legatari (art. 512 cod. civ.).	62
5.5. (segue). Assegno vitalizio a favore di figlio naturale non riconoscibile (art. 594 cod. civ.).	66
5.6. (segue). Accettazione con beneficio di inventario ed esaurimento dell'asse ereditario (art. 495 comma 2 cod. civ.).	68
5.6.2 (segue). Beneficio di inventario: liquidazione, rapporto con i legati e problematiche generali. Cenni.	72
5.7. (segue). Eredità giacente e rinvio all'art. 495 codice civile.	76
5.8. (segue). Legato e azienda (art. 2560 comma 2 cod. civ.). Legato e qualità di socio in società di persone. Legato e mezzadria (art. 2160 comma 2 cod. civ.).	77
5.8.2. (segue) Legato di azienda e debiti tributari. Cenni.	88
5.9. (segue). Scoperta di un testamento di cui non si aveva notizia al tempo dell'accettazione (art. 483 comma 2 cod. civ.).	90
5.10. (segue). L'azione di riduzione. Riducibilità di oneri e su-legati.	94
5.11. (segue). L'usufrutto di eredità. Legatario e cautela sociniana, rinvio.	96
5.12. (segue). Successione nel rapporto di locazione e rapporti con le cooperative edilizie.	98
5.12.2. (segue) Rapporti con le cooperative edilizie.	104
5.13. (segue). Legato, comunione e condominio (art. 63 comma 2 disp. att. cod. civ. e artt. 1104 e 1139 cod. civ.).	107
6. Responsabilità <i>intra vires</i> e <i>cum viribus</i> del legatario. Portata dell'art. 671 codice civile. Valore della cosa legata.	110
7. La posizione del legatario nei confronti del passivo ereditario. Prime considerazioni: regola generale e sue (rilevanti) eccezioni.	118
8. Distinzione tra <i>subire</i> e <i>non rispondere</i> dei debiti e dei pesi ereditari da parte del legatario.	121
PARTE II – DEBITO E RESPONSABILITÀ NELLA TEORIA GENERALE DELL'OBBLIGAZIONE	125
1. Il concetto di obbligazione in senso funzionale e in senso strutturale. Differenze da altre posizioni giuridiche soggettive.	125
2. La concezione unitaria di obbligazione di origine romanistica.	129
3. Gli studi sul concetto di <i>obligatio</i> romana dei romanisti tedeschi di fine '800. La distinzione tra debito (<i>Schuld</i>) e responsabilità (<i>Haftung</i>).	132

4. La distinzione tra debito e responsabilità dal diritto romano a quello moderno. Il problema del'oggetto dell'obbligazione.....	133
4.1. La teoria c.d. personale o soggettiva.	138
4.2. La teoria c.d. patrimoniale dell'obbligazione.....	140
4.3. La teoria processualista.	144
4.3.2 La teoria di Carnelutti.....	149
5. Considerazioni conclusive. La teoria teleologica. La nozione di credito e il rapporto tra garanzia ed <i>actio</i>	151
6. Casi di debito senza responsabilità e casi di responsabilità senza debito.....	162
§ 6.2. (segue) Un caso particolare di rilevanza della distinzione: il credito "subordinato". Rapporto tra Avviso di accertamento dell'Agenzia delle Entrate e credito previdenziale.....	170
PARTE III – DIRITTO DELLE SUCCESSIONI E DIRITTO DELLE OBLIGAZIONI. DEBITO E RESPONSABILITÀ DEL LEGATARIO NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO	177
§ 1. Collocazione sistematica del problema della posizione del legatario rispetto ai pesi ereditari.	177
§ 1.1. (segue) Prima macro-area. Obbligazioni successorie del legatario: sub-legato, <i>modus</i> , autonomia testamentaria nel riparto dei debiti, oneri gravanti sulla cosa legata. Distinzione tra obbligazioni del legatario e successione del legatario nei debiti ereditari.....	180
§ 1.2. (segue) Seconda macro-area. Distinzione tra subire e rispondere dei debiti e dei pesi ereditari: azione di riduzione, assegno vitalizio a favore di figlio naturale non riconoscibile, separazione dei beni del defunto, eredità giacente, accettazione con beneficio di inventario ed esaurimento dell'asse ereditario.	182
§ 1.3. (segue) Terza macro-area. La responsabilità patrimoniale del legatario: azione ipotecaria e scoperta di testamento.	187
§ 1.4. (segue) Quarta macro-area: debito e responsabilità etero-determinati: legato di azienda, legato di partecipazione societaria, legato di mezzadria, legato di usufrutto, successione nel rapporto di condominio, nel contratto di locazione e nelle società cooperative.....	196
§ 2. Separazione dei beni del defunto e responsabilità del legatario.....	201
§ 2.1. Separazione dei beni ereditari immobili.....	202
§ 2.2. Separazione di beni ereditari mobili.....	203
§ 2.3. Separazione dei beni ereditari ed attuazione del vincolo. La responsabilità del legatario per fatto proprio.....	204

§ 3. Considerazioni conclusive: conferma dei principî cardine degli artt. 756 e 671 cod. civile. Altre ipotesi di obbligazioni del legatario nei confronti dell'onerato. Legato di eredità..... 207

PARTE IV – IL LEGATO IN ALCUNI ORDINAMENTI GIURIDICI EUROPEI

.....	211
1. Il legato nel diritto austriaco: oggetto e differenza dall'eredità.....	211
1.2. Il legato e successione a titolo particolare. Legato, <i>modus</i> e condizione.	213
1.3. Acquisto del legato e posizione del legatario rispetto ai debiti ereditari.....	214
1.3.2. (segue) La riduzione del legato (§§ 692 e 783 ABGB).....	216
1.3.3. (segue) Legato e adempimento del sub-legato (§ 650 ABGB).....	219
1.3.4. (segue) Eccezionale diritto di successione ereditaria del legatario (§ 726 ABGB).....	220
1.3.5. (segue) Legato e impresa commerciale.	221
1.3.6. (segue) Legato e contratto di locazione di abitazione.	223
2. Il legato nel diritto tedesco.	224
2.1. (segue) Legato. Acquisto e responsabilità per i debiti ereditari.	226
3. Il legato nel diritto francese. Cenni.	229

BIBLIOGRAFIA

GIURISPRUDENZA

ABSTRACT

PARTE I - IL FENOMENO SUCCESSORIO *MORTIS CAUSA* E IL LEGATO

1. Introduzione. Principî del sistema successorio a causa di morte. Proprietà, persona e libertà nel sistema giuridico italiano e nella dimensione europea.

Un problema che ha da sempre attanagliato l'uomo è quello della morte, in tutti i suoi aspetti e in tutte le sue implicazioni. Di fronte a tale fatto o momento (ineluttabile) l'uomo di ogni tempo ha cercato di sondare ciò che non era noto, alla ricerca di risposte, dando vita a profonde discussioni non solo teologiche, ma in senso più ampio filosofiche, involgendo l'esistenza e l'essenza dell'essere umano.

Rispetto a tali dimensioni e problematiche il Diritto è quasi estraneo, ma non indifferente.

Disse quel filosofo: *dunque il male che più ci fa rabbrivire, cioè la morte, è nulla per noi, dal momento che quando noi viviamo la morte non c'è, quando invece c'è la morte, allora non siamo più noi. Dunque la morte non ci riguarda, né quando siamo vivi, né quando siamo morti, perché per i vivi essa non c'è, i morti, invece, non sono più*¹.

Se tale impostazione edonista può apparire, in un primo momento, un porto rassicurante per l'inquietudine esistenziale, non è altrettanto soddisfacente per il sistema economico-sociale-giuridico. Il momento della dipartita produce conseguenze nel mondo-comunità, che, invece, continua ad esistere, operare ed interagire.

Dal mero punto di vista patrimoniale-economico, i diritti e gli obblighi, che fanno capo ad un soggetto, possono, di regola, sopravvivere al titolare e vi è la necessità di regolarli.

In tal senso, il Diritto si preoccupa di ordinare aspetti dell'evento morte, solo ad una prima analisi, più "triviali", legati alla sistemazione del patrimonio del defunto.

¹ EPICURO, *Lettere e massime*, traduzione di A. Carretta e L. Samarati, Editrice La Scuola, Brescia.

In realtà, tali aspetti sono densi di significato, perché possono involgere non solo la sistemazione di interessi meramente economici, ma direttrici fondamentali come la famiglia, la proprietà privata, la libertà individuale.

Gli interessi privatistici-individuali sono intrecciati con gli interessi generali di certezza e di continuità dei traffici economici. Il loro bilanciamento dipende da precise impostazioni sociali, politiche e culturali.

Nonostante la morte della persona fisica, alcuni rapporti, soprattutto quelli a carattere patrimoniale, permangono e in linea teorica, con riguardo alla loro sorte, sono ipotizzabili almeno tre diverse soluzioni:

- 1) alla morte del soggetto lo Stato raccoglie il contenuto di questi rapporti, o
- 2) i beni che ne formano oggetto diventano *res nullius*, oppure
- 3) i rapporti stessi sono trasmessi ad altro soggetto, che ne diventa titolare nella stessa posizione del defunto.

Delle tre soluzioni, l'ordinamento italiano ha accolto l'ultima: l'istituto della successione rimane congegnata come manifestazione del diritto di proprietà, escludendo l'attribuzione alla collettività dei rapporti vacanti a seguito della morte del loro titolare, se non in ipotesi estrema e residuale².

La possibilità che il patrimonio venga trasferito ad altri soggetti, magari della cerchia familiare (piuttosto che divenire *res nullius* o essere acquisito dallo Stato), dovrebbe essere di stimolo e di incentivo per lo sviluppo e l'incremento del patrimonio stesso, a vantaggio non solo del singolo, ma, in un'ottica di più ampio respiro, dell'intera comunità economico-sociale fino allo Stato³.

Nel nostro ordinamento l'art. 47 Cost. sancisce che la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme, scopo tradito se si ammettesse la perdita o la dispersione del patrimonio a seguito dell'evento morte, non essendo tutto ciò di stimolo alla conservazione e all'incremento della ricchezza.

È così rintracciabile l'esigenza sociale di conservazione e continuazione dei rapporti giuridici, assicurando dunque le legittime posizioni dei creditori e più in generale di evitare non solo una verosimile distruzione o immobilismo di ricchezza (una sorta di "mano morta"), ma anche il disordine nei rapporti giuridici (se il patrimonio andasse disperso divenendo *res nullius*), riconoscendo meritevole di tutela

² NICOLÒ R., voce *Erede (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, pag. 196; De CUPIS A., voce *Successione ereditaria (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, pag. 1258.

³ KOZIOL-WELSER, *Bürgerliches Recht*, Band II: *Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 13. Auflage, Manz, Wien, 2007, pag. 441 e ss.].

anche l'autonomia privata del disponente. Uno degli scopi fondamentali della Legge è assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la loro ordinata disciplina, quindi la pace sociale tra i consociati⁴.

Invero, poi, il Diritto non è completamente indifferente ad aspetti che trascendono il campo economico-sociale, per afferire ad aspetti più "umani", espressione di una *pietas* che esula da considerazioni patrimonialistiche.

Il Legislatore assicura e tutela la volontà del *de cuius* circa la destinazione delle proprie spoglie mortali. Si pensi ai principî fissati dall'art. 3 della L. 30 marzo 2001 n. 130 sulle Disposizioni in tema di cremazione e dispersione delle ceneri.

A livello penale, il Legislatore ha previsto i delitti contro la pietà dei defunti agli artt. 407-413 cod. pen. (violazione di sepolcro, violazione delle tombe, turbamento di un funerale o servizio funebre, vilipendio di cadavere, distruzione, soppressione o sottrazione di cadavere, occultamento di cadavere, uso illegittimo di cadavere), peraltro procedibili d'ufficio. In tali casi, non è riscontrabile un interesse privato sulle proprie spoglie (di un soggetto che ormai non c'è più), ma sembra rilevare la *pietas* che involge l'entità che rivestì la persona⁵.

Non si può sottacere, poi, che nel nostro ordinamento il testamento, per quanto rappresenti il veicolo principe per disporre delle proprie sostanze per il tempo successivo alla propria morte, non lo si può immiserire a tale visione, bene essendo consentito regolare una pluralità di interessi a carattere non patrimoniale.

Come noto, il testamento è un negozio giuridico unilaterale non recettizio, formale, revocabile, personale, unipersonale, a titolo gratuito e tendenzialmente patrimoniale. A' sensi dell'art. 587 cod. civ., è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse. Aggiunge il capoverso che le disposizioni di carattere patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che

⁴ NATALE A., *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009, pagg. 4 e ss.; BONILINI G., *Nozioni di diritto ereditario*, Torino, 1993, pag. 16-17; NICOLÒ, *Erede cit.*, pag. 196; De CUPIS, *Successione cit.*, pag. 1258; TATARANO M.C., *Il testamento*, v. VIII, t. 4, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingeri, Napoli, 2003, pagg. 2-4, nonché pagg. 13-16; Delle MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, pagg.8-11.

Non si dimentichi che il sistema prevede che un successore universale, che conservi e gestisca il patrimonio, vi sia sempre, tale essendo in via residuale in assenza di altri successibili lo Stato stesso.

Anche nell'ordinamento tedesco da tempo si guardava al diritto successorio come un problema social-politico, oltre che di diritto: BOEHMER G., *Erbfolge und Erbenhaftung*, Max Niemeyer Verlag, 1927, pagg. 3 e ss., nonché pag. 9.

⁵ TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, pag. 271.

ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale. Emerge, così, il carattere della *tendenziale patrimonialità* del negozio *mortis causa*.

Proprio il riconoscimento della volontà concernente non solo i beni, ma anche interessi non patrimoniali, induce a ritenere (anche se non in modo pacifico) che l'accezione di testamento, accolta dal legislatore, non sia solo il concetto ristretto (espressione della volontà dispositiva dei beni, comma 1, art. 587), ma anche quello ampio (possibilità di racchiudere disposizioni di ultima volontà che possono anche non ripercuotersi sui beni): testamento come nozione unitaria di negozio volto a regolare una pluralità di interessi, patrimoniali e non, *post mortem*⁶.

Circa l'importanza di tali disposizioni non patrimoniali, si pensi alle disposizioni sulla propria sepoltura, al riconoscimento di figlio naturale (art. 254 cod. civ.), alla dichiarazione di volontà di legittimare un figlio naturale (art. 254 comma 2 e art. 285 comma 1 cod. civ.), alla designazione del tutore del protutore (artt. 348 comma 1, 355 e 345 comma 1 cod. civ.) o del tutore dell'interdicendo e del curatore dell'inabilitando (artt. 424 comma 3 cod. civ.), alla dichiarazione di riabilitazione dell'indegno (art. 466 comma 1 cod. civ.), piuttosto che alla confessione (art. 2735 cod. civ.), per non parlare delle decisioni sul diritto morale di autore, delle sorti della corrispondenza e di altri scritti di carattere personale e confidenziale del defunto.

Quale strumento di attuazione e di valorizzazione di interessi variegati *post mortem*, il testamento costituisce un istituto socialmente rilevante, ove il legame volontà-sentimento dell'uomo è quanto mai presente, forte e rilevante⁷.

Nel sistema codicistico la successione è un modo di acquisto (a titolo derivativo) della proprietà (art. 922 cod. civ.), coerentemente col concetto di diritto di godere e disporre della cosa in modo pieno ed esclusivo (art. 832 cod. civ.).

A livello Costituzionale l'art. 42 co. 4 Cost. demanda al legislatore ordinario la regolamentazione della successione legittima e di quella testamentaria: si profila, così, l'istituto della successione per causa di morte, istituto che, da un lato, presuppone l'altro

⁶ BONILINI, *Nozioni di diritto ereditario*, 2^a ed., Torino, 1993, 87-98. Quanto al concetto ampio di testamento, che può raccogliere disposizioni di ultima volontà dispositive e meno dei beni, non è questa la sede per affrontare lo specifico problema. Siano consentiti i primi riferimenti: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, pagg. 96 e ss.; BONILINI, *Nozioni cit.*, pagg. 87-98; TRABUCCHI, *Istituzioni cit.*, pag. 418; ZATTI, *Manuale di diritto civile*, Padova, 2009, pag. 1149, che parla, con riferimento al contenuto patrimoniale, di funzione primaria dell'atto. *Contra*, nel senso di testamento come negozio a causa di morte con esclusiva natura patrimoniale, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. 1, Milano, 2009, pagg. 745-746.

⁷ BONILINI, voce *Testamento*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999, 340

istituto della proprietà e, dall'altro, si ricollega all'istituto familiare, nonché al rispetto dell'ultima volontà del defunto, sullo sfondo rimanendo la particolare e residuale ipotesi della successione dello Stato⁸.

Infatti, ammesse la proprietà privata, la trasmissione ereditaria e la libertà testamentaria, quest'ultima non è assoluta, essendo temperata dal principio della successione familiare, prevista e disciplinata dal Legislatore ordinario. Il solidarismo familiare impone di riservare una parte del patrimonio ai congiunti più stretti (con imputazione di quanto ricevuto dal *de cuius* in vita per donazione).

Anche la successione legittima mira a destinare la ricchezza a favore della cerchia familiare, coniuge e parenti prossimi. Ancora a titolo esemplificativo, si pensi alla revocazione di diritto del testamento per sopravvenienza di figli (art. 687 cod. civ.) oppure all'assegno spettante ai figli naturali non riconoscibili (artt. 580 e 594 cod. civ.).

La molteplicità degli interessi sottostanti il diritto ereditario ripropone la dialettica tra libertà e norma⁹.

Il delicato bilanciamento di tutti gli interessi finora esposti (peraltro, convergenti ed armonizzati) entra, forse, in una nuova dimensione in seno all'Unione Europea, quasi di evoluzione dall'ottica patrimoniale-individuale, passando per la visione sociale del fenomeno successorio.

A livello europeo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea di Nizza del 2000 all'art. 17 sul diritto di proprietà e sotto il Titolo dedicato alle *Libertà* espressamente afferma che ogni individuo ha il diritto di godere dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Dunque, pare affermato un nuovo collegamento tra *proprietà e libertà*, un'idea di proprietà quale espressione di libertà, frutto di un percorso evolutivo europeo, di innovazione rispetto al secolo precedente e al concetto di diritto sociale.

La nostra Costituzione del 1948 annovera la proprietà nel Titolo III della Parte I sui "Rapporti economici", significativamente così collocando la proprietà nel nuovo contesto dei rapporti economici facendo leva sul riconoscimento della sua "funzione

⁸ MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, IX ed., Milano, 1962, pag. 3; CARAMAZZA G., *Delle successioni testamentarie, Libro II art. 587-712*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da Vittorio De Martino, Novara, 1973, pag. 4; *amplius*, BONILINI G., *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009, pagg.30-40, nonché D'ALOIA A., *La successione mortis causa nella Costituzione*, ibidem, pagg. 43 ess].

⁹ NATALE, *Autonomia cit., passim*.

sociale”, contesto diverso dalle precedenti esperienze: l’art. 544 del *Code Napoleon* affermava che *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements*, non diversamente dalla Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 e poi dalla Costituzione del 1791, secondo le quali la proprietà era proclamata *droit inviolable et sacré*. Tale concezione fu ripresa dal nostro codice del 1865, ove all’art. 436 la proprietà era definita come il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti.

Addirittura nel 1919 l’art. 153 della Costituzione di Weimar era giunto a stabilire che “la proprietà obbliga” (*Eigentum verpflichtet*) e “il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune”. Si è in presenza di una trasformazione dei diritti da individuali a sociali, nel contesto di revisione della semplice consacrazione e riconoscimento dei diritti da parte dello Stato, che si affida all’iniziativa degli individui, anzi alla lotta, che si risolve nella schiavitù del più debole e non nell’uguaglianza. La trasformazione in senso sociale dei diritti mirava a dare concretezza agli stessi oltre la formale enunciazione, prevedendo doveri degli individui verso la società e viceversa¹⁰.

Il nuovo collegamento tra proprietà e libertà, affermato dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, è l’evoluzione di un principio già *in nuce* non tanto nella CEDU (del 4 novembre 1950, ratificata in Italia con L. 4 agosto 1955 n. 842 ora “comunitarizzata” dal Trattato di Lisbona *ex artt. 6 e 47*), la quale si limita a riconoscere il diritto alla libertà e alla sicurezza, i diritti di libertà individuale e collettiva senza menzionare espressamente il diritto di proprietà, quanto nel primo Protocollo aggiuntivo del 20 marzo 1952 art. 1, ove si legge *ogni persona fisica o morale ha diritto pieno al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà salvo che per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto intenzionale*.

Qui l’ottica era nel rapporto proprietà-libertà, quindi come limite all’espropriazione. Nella Carta di Nizza si sviluppa l’idea di proprietà espressione di libertà. Non si tratta di un ritorno ad un’idea liberal-ottocentesca di proprietà come libertà. Non si tratta di fondamentalizzare i diritti soggettivi, rendendoli tutti fondamentali (così anacquandoli), ma di bilanciarli. Oggi la proprietà nel diritto europeo non è libertà, ma strumento di

¹⁰ Per una prima analisi, BATTAGLIA F., voce *Dichiarazione dei diritti*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pag.409 e ss. e pag. 417.

libertà, da bilanciare con altri diritti fondamentali (non a caso una norma rilevante a tal fine è il divieto di abuso di diritto sancito dall'art. 54 della Carta).

Interessante è contestualizzare la concezione della proprietà privata (come di qualsiasi altro istituto giuridico, piuttosto che evento storico) nel contesto sociale e culturale in cui si inserisce: dalla concezione egoistica dei rapporti economici di fine '700 primi '800 (si pensi all'egoismo come mano invisibile evocato da Adam Smith), si passa alla nascita dello Stato sociale a cavallo tra '800 e '900. Forse il segnale proveniente dal diritto europeo segna oggi un nuovo mutamento, che si ripropone nel passaggio da un secolo all'altro.

Di regola, tornando all'argomento principale, si trasmettono i soli diritti patrimoniali. A questi, poi, fanno eccezione alcuni diritti patrimoniali intrasmissibili (ad esempio i diritti reali di uso o abitazione legati alla vita del titolare; i rapporti *intuitus personae* come il contratto di mandato, di lavoro subordinato e d'opera; i rapporti patrimoniali legati allo *status* familiare, come il diritto agli alimenti)¹¹.

Vi sono, poi, posizioni attive che si estinguono con la morte del loro titolare, come i diritti della personalità e i rapporti e gli stati familiari¹².

Cosa diversa è che l'erede o il successore particolare acquistino diritti a titolo originario, che non esistevano nel patrimonio del defunto. Si tratta di quei diritti originari che nascono per la prima volta in capo all'erede in quanto tale e che, quindi, non trovano nella morte del *de cuius* la causa dell'acquisto, ma solo il momento del loro venire ad esistenza (si pensi a quanto venga acquistato *iure proprio*, in base ad un contratto condizionato alla morte di una persona)¹³.

L'erede acquista, inoltre, alcuni diritti a titolo originario che non esistevano nel patrimonio del defunto: pensiamo al diritto di acquistare l'eredità, o a rinunziarvi; al diritto a richiedere la riduzione, se legittimarii; al diritto di rappresentazione o di accrescimento¹⁴. Per non tacere, poi, degli obblighi che nascono *ex novo* (ad esempio,

¹¹ Diffusamente, BONILINI G., *Introduzione a l'oggetto della successione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009, pagg. 295 e ss.].

¹² Apparenti eccezioni sono la tutela del diritto morale di autore affidata ai congiunti prossimi (in quanto tali, a prescindere dalla qualità di erede) *ex artt.* 20 e 20 L. 22.4.1941 n. 633, nonché le azioni di stato di disconoscimento di paternità (art. 246 c.c) o di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per violenza o interdizione (art. 267 cod. civ.): in realtà in queste ipotesi i congiunti agiscono *iure proprio* e non *iure hereditatis*.

¹³ BURDESE, voce *Successione, II) Successione a causa di morte*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, pag. 2.

¹⁴ Per quanto riguarda la tutela della posizione dell'erede, in generale, possiamo distinguere, da una parte, una tutela derivata, nel senso che l'erede può esercitare tutte le azioni che già competevano al *de cuius*

l'obbligo di pagare le spese di amministrazione dell'eredità sostenute dal curatore dell'eredità giacente o dall'esecutore testamentario, rispettivamente *ex artt.* 531 e 712 cod. civ.; il rimborso delle spese sostenute dal chiamato, rinunziante all'eredità *ex art.* 461 cod. civ.; i diritti – legati *ex lege* – spettanti ai figli naturali non riconosciuti, *ex artt.* 580 e 594 cod. civ.)¹⁵.

Diversa è l'ipotesi di continuazione in un diritto: tale è il caso del possesso, in cui il successore non subentra al *de cuius*, ma ne continua solo l'esercizio (art. 1146 cod. civ.)¹⁶. In questa ipotesi, tuttavia, si hanno sempre due possessori.

Da quanto detto si può concludere che funzione pratica della successione è di provvedere alla sorte del patrimonio che permane, nonostante la morte del suo titolare.

Dal punto di vista giuridico, invece, essa si riallaccia alla figura della successione in generale, importando il subentro di un determinato soggetto in uno o più rapporti che restano oggettivamente immutati¹⁷.

L'immutabilità oggettiva dei rapporti che si trasmettono *mortis causa* può dirsi fenomeno pacifico nella dottrina¹⁸, solo una voce si è levata contro in quanto un valente Autore¹⁹ ha affermato che l'erede acquisterebbe rapporti nuovi, pur se d'identico

(azioni contrattuali di adempimento, risoluzione e rescissione, azione di risarcimento del danno, azione a difesa dei diritti reali *etc.*), e dall'altra, una tutela nuova, nel senso che non spettava al defunto (l'azione di riduzione contro la lesione di legittima, l'accettazione con beneficio d'inventario, l'azione di collazione, l'azione di divisione e la petizione d'eredità, che rappresenta la sua più rilevante tutela).

Quanto, poi, ai legittimari, il codice prevede una tutela specifica, denominandola "della reintegrazione della quota riservata ai legittimari" o azione di riduzione.

¹⁵ BURDESE, *op. cit.*, pag. 11 e 12; MESSINEO, *op. cit.*, pagg. 15-21.

¹⁶ CORAPI G., *Il possesso*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009, pagg. 339 e ss.].

¹⁷ MESSINEO, *op. cit.*, pag. 4. Il concetto di successione per causa di morte, poi, non coincide e non è coperto dal concetto di successione in generale, sol pensando che:

- il successore potrebbe non essere destinatario di un trasferimento o titolare di un acquisto (ad esempio nel legato di rimessione di debito, legato di cosa dell'onerato, legato che abbia ad oggetto un *facere* o un *non facere* dell'onerato);
- a rigore nel caso di acquisto derivativo-constitutivo non si verifica una successione traslativa;
- il successore può trovarsi a dover adempiere ad obbligazioni alle quali il defunto non era tenuto (i c.d. debiti dell'eredità, piuttosto che gli obblighi imposti dal testatore);
- in generale nella successione *mortis causa* non si verifica un'alienazione da parte del dante causa, piuttosto un trasferimento o trasmissione, che non implica un atto del titolare originario (potendo operare la successione *ex lege*) e non integra un atto *inter vivos*.

¹⁸ Per tutti, v. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1971. pag. 89 e ss.; ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino, 1939, pag. 39; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, vol. I: parte generale, Napoli 1959, tomo I pag. 34; BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, vol. II, Torino, 1962, pag. 858-859; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 4.

¹⁹ NATOLI, *L'Amministrazione dei beni ereditari*, vol. I, Milano 1968, pag. 88 e ss.

contenuto di quelli del defunto. Questa teoria, tuttavia, non è accettabile: a parte, infatti, la considerazione che non ve n'è traccia nella legge, ove si ammettesse una trasformazione nei rapporti stessi, dovrebbe anche ammettersi il venir meno delle garanzie ad essi inerenti (arg. *ex art.* 1275), il che, almeno secondo il nostro ordinamento, è inconcepibile.

Cosa diversa è l'acquisto di diritti a titolo originario, che non esistevano nel patrimonio del *de cuius*, cui si è accennato poco sopra.

Da quanto detto si può affermare che la morte non è solo quell'evento naturale a cui si ricollega l'apertura della successione, ma è il fatto giuridico, il titolo cui si ricollega la successione stessa²⁰.

E' chiaro che la morte di cui abbiamo fin qui discorso è quella intesa in senso naturalistico, delle persone fisiche.

Diverso ragionamento bisogna fare per le persone giuridiche: esse, infatti, non hanno capacità di testare, per cui non è applicabile la successione testamentaria; ma non è applicabile neppure la successione *ex lege*, che si riallaccia all'istituto della famiglia, estraneo alle persone giuridiche. Al riguardo, la legge prevede una diversa figura, la devoluzione, che però è successione a titolo particolare (art. 31 cod. civ.).

Altra cosa ancora sono la fusione e la trasformazione. Alla tesi che ha cercato di configurare la fusione tra società (disciplinata dagli artt. 2501 e ss. cod. civ.) come successione universale *inter vivos*, si è obiettato che l'atto di fusione determina e non presuppone l'estinzione della persona giuridica, di talché si conferma che l'unica forma di successione universale è quella *mortis causa*²¹.

²⁰ MESSINEO, *op. cit.*, pag. 6-7.

E' chiaro che la morte di cui abbiamo fin qui discorso è quella intesa in senso naturalistico, delle persone fisiche.

Diverso ragionamento bisogna fare per le persone giuridiche: esse, infatti, non hanno capacità di testare, per cui non è applicabile la successione testamentaria; ma non è applicabile neppure la successione *ex lege*, che si riallaccia all'istituto della famiglia, che non è applicabile alle persone giuridiche. Al riguardo, la legge prevede una diversa figura, la devoluzione, che però è successione a titolo particolare (art. 31 cod. civ.).

Altra cosa ancora sono la fusione e la trasformazione. Se non è, quindi, ammissibile la successione a persona giuridica, è, tuttavia, ammissibile la successione di persona giuridica.

²¹ BONILINI G., *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009, pag.7; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, t. 1, Milano, 2009, pagg. 8-13, il quale osserva come la modifica introdotta dal legislatore del 2003 (D. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6) ha profondamente inciso sul dibattito sulla natura giuridica della fusione, poiché l'art. 2504 bis cod. civ. non fa più riferimento alle "società estinte", ma alle "società partecipanti alla fusione", col che inquadrando il fenomeno tra quelli modificativi della società.

In Giurisprudenza è ricorrente l'affermazione che la fusione tra società realizza una successione a titolo universale: *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 11 luglio 2011 n. 15180, in *Giust. Civ. mass.*, 2011, f. 7-8,

Se non è, quindi, ammissibile la successione a persona giuridica, è, tuttavia, ammissibile la successione di persona giuridica.

2. Il sistema successorio *mortis causa*: successione testamentaria e autonomia testamentaria.

L'oggetto del presente lavoro consiste nel verificare se il principio, in forza del quale il legatario non risponde dei debiti del *de cuius* (e nel caso ne risponda ciò avvenga nei limiti di quanto ricevuto), sia effettivamente generale oppure se esistano ipotesi (normative) nelle quali il legatario sia chiamato a rispondere e, si aggiunga, pur in assenza di un debito a lui imposto, quindi le eventuali conseguenze o implicazioni a livello di teoria generale dell'obbligazione con particolare riferimento ai concetti di debito e responsabilità.

Prima di procedere ad analizzare questi specifici principi è necessario premettere alcune osservazioni di carattere generale sulle disposizioni testamentarie e sulla posizione dei successori nei confronti del passivo ereditario, in quanto rappresentano “la stella polare” di riferimento per comprendere, dapprima, le specifiche regole sul legato, che andremo ad analizzare, e, successivamente, per verificare la compatibilità con l'ordinamento e la fondatezza delle ipotesi di lavoro.

L'art. 457 comma 1 cod. civ. dispone che l'eredità si devolve per legge o per testamento²².

1044; Cass. civ., sez. I, 19 maggio 2011 n. 11059, in *Giust. Civ. mass.*, 2011, f. 5, 771; Cass. civ., sez. I, 29 ottobre 2007 n. 22658, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 10; Cass. civ., sez. I, 11 aprile 2003 n. 5716, in *Giust. Civ. mass.*, 2003, 4.

La stessa Suprema Corte, tuttavia, ha riconosciuto che la riforma del 2003 ha avuto la conseguenza di configurare la fusione come una vicenda evolutiva-modificativa del medesimo soggetto giuridico, senza alcun effetto successorio ed estintivo. Da ultimo, *la fusione attuata prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario (1 gennaio 2004) ha l'effetto di estinguere le società fuse o incorporate, con fenomeno riconducibile alla successione universale. La norma dalla quale si desume il carattere meramente modificativo, e non estintivo, della fusione (art. 2504, comma 2, c.c.) non ha, infatti, carattere interpretativo, ma innovativo, ed è applicabile alle sole fusioni attuate dopo l'entrata in vigore della riforma* (Cass. civ., sez. un., 14 settembre 2010, n. 19509, in *Giur. comm.* 2011, 4, 888, nonché Cass. civ. sez. III, 28 febbraio 2007 n. 4661, in *Dir. e giust.*, 2007).

²² La successione dei legittimari, poi, non si pone come *tertium genus*, ma rappresenta, insieme alla successione legittima, un'ipotesi di successione “per legge”, come limite alla volontà di disposizione del testatore. CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 20; BONILINI, *Concetto cit.*, pag. 18; ZATTI, *Manuale di Diritto civile*, IV ed., Padova, 2009, pag. 1139; FRANCESCHELLI, *Diritto privato*, vol. I, *Personae, famiglia, successioni, diritti reali*, IV ed., Milano, 2010, pag. 353; *amplius*, TAMBURRINO G., voce *Successione*

Centrale è il testamento, ossia l'atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse (art. 587 comma 1 cod. civ.). Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale (art. 587 comma 2 cod. civ.).

Interessante è apprezzare, come accennato nel paragrafo precedente, la rilevanza sociale del testamento, quale strumento idoneo non solo alla trasmissione della ricchezza, ma anche a perseguire interessi non patrimoniali: esso è un negozio giuridico tipico la cui funzione è la regolamentazione di interessi *post mortem*²³.

Riconosciuta la proprietà privata, necessario corollario è ammetterne la trasmissione anche *mortis causa*. Vista la centralità della persona umana nella Costituzione, ulteriore corollario è che il legislatore appronti un valido mezzo giuridico con cui realizzare tale autonomia dei privati²⁴.

Fondamentale è il potere di disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui non si sarà più. Questa è l'autonomia testamentaria. Lo strumento basilare ed elementare è il testamento, al di là della sensazione diffusa di lento declino di questo istituto, tra vecchie e nuove problematiche o punti deboli²⁵.

necessaria (dir priv), in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, pagg. 1351 e ss., in particolare pag. 1353; Delle MONACHE, *op. cit.*, pagg. 20-25.

²³ BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. notariato*, 2000, 790 e 793; TATARANO, *op. cit.*, pagg. 16-21.

²⁴ BONILINI, *Testamento cit.*, pag. 340; LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970 passim.

²⁵ Vista la centralità e l'importanza dell'istituto, che involge principî massimi di sistema, non se ne può ridurre la portata solo per un senso di inadeguatezza dello strumento, nato indubbiamente in altro contesto storico-culturale-economico, quello dell'economia rurale e della proprietà immobiliare, preferendo i consociati cercare di indirizzare già con atti *inter vivos* la distribuzione della ricchezza, magari anche cercando di contenere l'imposizione fiscale. Evoluzione non significa declino. Il testamento rimane formidabile strumento a disposizione delle persone per soddisfare i loro più vari interessi e desideri. Nel senso di inadeguatezza dello strumento, FRANCESCHELLI, *op. cit.*, pag. 352-353; BIANCA C.M., *Diritto civile, 2. La famiglia, le successioni*, III ed., Milano, 2001, pagg. 467 ess.; RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, vol. IV, *Proprietà e diritti reali di godimento. Famiglia. Successioni*, II ed., Milano, 2007, pagg. 141-142; IEVA M., *Circolazione e successione mortis causa*, in *Riv. not.*, 2012, 72, che evidenzia "inefficienze funzionali", quali l'inadeguatezza del Registro Generale dei Testamenti, la mancata pubblicazione perché il notaio depositario non ha consonanza dell'avvenuta morte del testatore o perché il successore reputa non conveniente procedere alla pubblicazione oppure l'impossibilità di procedere alla comunicazioni ex art. 623 cod. civ. da parte del notaio.

Sul piano fenomenologico, la funzione tipica della vocazione ereditaria risiede nell'escludere, in tutto o in parte, il sistema di devoluzione legale del patrimonio ereditario²⁶.

Sul piano economico, la funzione primaria del testamento è di indirizzare la vocazione nei beni ereditari, ovvero di assicurare a determinati soggetti una disposizione che li favorisca a discapito di altri, con ciò evidenziandosi il carattere di liberalità.

Tuttavia, l'istituzione di erede e la designazione di legatari non esauriscono la funzione e il contenuto del testamento, il quale è strumento idoneo a conseguire altri risultati: si pensi alle dichiarazioni di volontà e di scienza o a disposizioni per realizzare interessi non patrimoniali (*supra* § 1).

Ancora. Il testamento è atto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico (art. 1173 cod. civ.), basti pensare ai legati obbligatori e al *modus*.

Per quanto ci interessa, oggetto di legato può essere tutto quanto abbia una valore patrimoniale (dunque, una cosa corporale, individualmente o genericamente determinata, un complesso di cose, un diritto reale piuttosto che un diritto di credito, la liberazione da un debito, etc.), con i limiti della possibilità giuridica e della liceità giuridica e morale²⁷.

Ciascuno può decidere se testare o meno, di modellare il contenuto del testamento, indirizzando la successione nei propri beni (in tutto o in parte) secondo le proprie previsioni, decidendo chi ed in quale misura favorire, attraverso le c.d. disposizioni testamentarie atipiche. Dunque, un'autonomia ampia, ma non illimitata: non può pregiudicare i diritti dei legittimari; non può limitare o pregiudicare l'altrui libertà testamentaria; non può conseguire risultati riprovevoli per l'ordinamento, ovvero prevedere disposizioni illecite o impossibili²⁸.

²⁶ BALDISSERUTTO G. - BELLONI PERESUTTI G.P. - GIACOMELLI U. - MAGAGNA M. - VINCENTI U.- ZANON U., *La ricostruzione della volontà testamentaria . Il contenuto, i vizi, la simulazione, l'interpretazione*, a cura di VINCENTI U., Padova, 2005, pag. 9-10.

²⁷ GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. II, Milano, 1964, pagg. 56 e ss.].

²⁸ Al di là di specifici divieti (si pensi all'intangibilità della quota di riserva, al divieto dei patti successori sancito dall'art. 458 cod. civ. o al divieto di fedecommissario di cui all'art. 692 o al divieto di concedere ipoteca per testamento di cui all'art. 2821 comma 2 cod. civ.) il possibile contenuto del testamento è amplissimo.

Tipiche disposizioni patrimoniali testamentarie sono l'istituzione di erede, di legato, nonché il *modus*. Si tratta, peraltro, di strumenti duttili, che si prestano ad essere modellati e congegnati dal

testatore al fine di soddisfare un bisogno od un interesse del testatore medesimo, calibrando o indirizzano le attribuzioni testamentarie.

Nel testamento vi possono essere disposizioni non patrimoniali: il riconoscimento di figlio naturale (art. 254 cod. civ.), le disposizioni attinenti alla sepoltura, piuttosto che alla cremazione o al prelievo di organi.

Ancora. Possono essere presenti disposizioni patrimoniali non attributive come il riconoscimento di debito.

Non si può, poi, ignorare la possibilità delle c.d. “disposizioni negative”, ossia delle disposizioni che non attribuiscono o riconoscono alcunché, ma contemplano un divieto. Si pensi ai divieti, non sempre efficaci, di alienazione, di concorrenza, di licenziare i dipendenti, di prime o nuove nozze etc. e alle disposizioni testamentarie punitive, il cui limite generale lo si può individuare nella liceità dei motivi sottostanti. Sulle disposizioni sanzionatorie, da ultimo, MAZZARESE S., *Autonomia testamentaria e disposizioni sanzionatorie*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, t. II, Milano, 2008, pagg. 1801 e ss.].

Ancora si pensi alla diseredazione, disposizione con la quale il testatore priva un soggetto della chiamata ereditaria: ferma l'intangibilità dei diritti dei legittimari e la diversità dai casi di indegnità a succedere, la sola disposizione può avere efficacia, in quanto, se riferita ad un successibile *ex lege*, avrebbe l'effetto di rimuovere tale possibilità e lascerebbe operare i criteri di chiamata *ex lege*; nel caso, invece, di diseredazione accompagnata dalla previsione di chiamata all'eredità di altro soggetto, vi è l'analoga volontà di impedire ad un soggetto, che sarebbe successibile per legge in assenza di testamento, di succedere, con contestuale previsione, però, di altro soggetto cui rivolgere l'eredità. In questo secondo caso, la diseredazione è in pratica priva di utilità, in quanto si rivolgerebbe ad un soggetto che in forza della seconda disposizione (che indica il chiamato in luogo del successore legale) non verrebbe chiamato a succedere. L'attenzione, allora, si potrebbe spostare sulla diversa valutazione della volontà di diseredazione sorretta da un intento odioso nei riguardi del diseredato.

Ad ogni modo, la disposizione di diseredazione è ritenuta valida: BONILINI, *Testamento cit.*, pagg. 344-345; CARAMAZZA, *op. cit.*, pag. 10; TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 48 e ss.; ZATTI, *op. cit.*, pag. 1140, Delle MONACHE, *op. cit.*, pag. 13-14; *contra*, CAPOZZI, *op. cit.*, pagg. 197 e ss., con ampia esposizione delle diverse opinioni. In giurisprudenza, alcune pronunzie di merito sanciscono la nullità della disposizione di diseredazione (Corte d'App. Catania, 28 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2004, 15; Trib. Reggio Emilia, 27 settembre 2000, in *Vita Not.*, 2001, 694), altre ne riconoscono la validità (Corte d'App. Genova, 16 giugno 2000, in *Giur. merito*, 2001, 937; Trib. Catania, 28 marzo 2000, in *Famiglia*, 2001, 1210; Corte d'App. Cagliari, 12 gennaio 1996, in *Riv. giur. sarda*, 1998, 1). La giurisprudenza di legittimità tende a riconoscere validità alla disposizione: Cass. sez. II, 14 dicembre 1996 n. 11195, in *Giust. Civ. mass.*, 1996, 1748, che specifica che la diseredazione al pari dell'indegnità a succedere non impedisce l'operare del meccanismo della rappresentazione a favore dei discendenti del diseredato, Cass. sez. II 23 novembre 1982 n. 6339, in *Foro it.*, 1983, I, 1652 e Cass. 18 giugno 1994 n. 5895, in *Notariato*, 1995, 11, che seguendo la teoria dell'istituzione implicita, fanno salva la disposizione di carattere negativo, individuando in essa attraverso l'interpretazione un'istituzione implicita. Da ultimo, Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2012 n. 8352, in *Giust. Civ.*, 2012, 5, 1164.

L'ordinamento tedesco riconosce espressamente la possibilità per il testatore di escludere dalla successione legittima un parente, il coniuge o il convivente, senza dover prevedere anche un'istituzione di erede (§ 1938 BGB).

L'accorto testatore, che nutra qualche dubbio sull'esecuzione delle proprie volontà da parte dei successori, può prevedere degli strumenti di stimolo e di pungolo all'esecuzione di tali volontà. Soprattutto in presenza di disposizioni “deboli”, non assistite da una tutela normativa forte, il testatore potrebbe prevedere una sorta di penale, costruita come imposizione all'erede o al legatario, in caso di inadempimento dell'obbligazione imposta col testamento, di una certa prestazione a favore di un successore o di un terzo. Tralasciando, comunque, il problema dell'ammissibilità di una penale testamentaria, il testatore potrebbe prevedere una clausola di decadenza o di risoluzione della

In altre parole e per quanto ci interessa, il testatore può prevedere più o meno complesse disposizioni testamentarie con le quali attribuisce i propri beni, anche a più soggetti, imponendo anche obblighi (*in primis* attraverso l'onere testamentario) o prevedendo a carico del beneficiario l'obbligo di pagare taluni debiti piuttosto che il diritto di stipulare un contratto (legato di contratto), ossia indirizzando, calibrando e limitando la disposizione.

Consegue che la posizione dei chiamati all'eredità verso il passivo ereditario può essere estremamente varia.

Nel paragrafo che segue vedremo chi possono essere questi chiamati e successivamente la loro posizione in generale rispetto ai debiti ereditari.

3. Il sistema successorio *mortis causa*: disposizioni a titolo universale e a titolo particolare. Criteri distintivi.

In tema di disposizioni testamentarie, la successione *mortis causa* può avvenire a titolo universale (attribuendo la qualità di erede) oppure a titolo particolare (attribuendo la qualità di legatario), a' sensi dell'art. 588 Codice Civile. Naturalmente,

disposizione testamentaria: lo strumento tecnico è quello della condizione risolutiva prevista dall'art. 638 codice civile. Del pari, è previsto che, in caso di inadempimento dell'onere, l'autorità giudiziaria possa pronunciare la risoluzione della disposizione testamentaria, se la risoluzione è stata prevista dal testatore oppure se l'adempimento dell'onere ha costituito il solo motivo determinante della disposizione (art. 648 cod. civ.).

Utile o opportuna è la designazione di un esecutore testamentario.

Non si può escludere la previsione di una disposizione di compromettere in arbitri. Fermo il forte dubbio sulla liceità dell'imposizione di un dato arbitro da parte del testatore e fermo che la disposizione non potrebbe gravare sui diritti dei legittimari giusta la previsione dell'art. 549 cod. civ. (con la conseguenza che solo per la quota disponibile potranno essere tenuti al rispetto della previsione testamentaria), si può discutere se il potere di autonomia testamentaria sia idoneo a sottrarre alla giurisdizione ordinaria la soluzione della controversia che si lega alla successione per testamento a favore dell'arbitro.

Tecnicamente tale volontà del testatore potrebbe essere racchiusa in una condizione dell'istituzione testamentaria non illecita ex art. 634 cod. civ., che potrebbe addirittura essere vantaggiosa per i successori e comunque non pregiudizievole dei loro diritti. La qualificazione giuridica della previsione della soluzione arbitrale delle controversie successorie potrebbe qualificarsi in termini di legato di contratto oppure di *modus*. Come esattamente osservato, questa seconda qualificazione sarebbe da preferire, avendo a mente la funzione perseguita, ossia il perseguimento di un interesse del testatore: BONILINI, *Autonomia negoziale cit.*, pag. 806-807.

Sul valore delle disposizioni testamentarie che non si risolvono in una divisione, ma in direttive agli eredi per procedere a divisione, NATALE, *Autonomia cit.*, pagg. 28 e ss. con ampie note, nonché sui casi testé accennati, diffusamente pagg. 123 e ss.].

sullo sfondo rimane il dibattito se, accanto all'istituzione di erede e legato, possa riconoscersi un ulteriore meccanismo successorio, intendendo, in particolare, il *modus* non come elemento accidentale ed accessorio, ma autonomo²⁹.

Sul piano pratico la differenza tra erede e legato non è sempre chiara e netta, in quanto la definizione legislativa (l'art. 588 cod. civ.), usando il metodo me-ontologico, qualifica in negativo le disposizioni a titolo particolare come tutte le altre disposizioni che non siano quelle a titolo universale, ossia quelle che, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal legislatore, non comprendono l'universalità o anche solo una quota dei beni del testatore.

È affermazione ricorrente che, mentre l'erede succede nell'*universum ius*, il legatario succede a titolo particolare in uno o più dati diritti reali o in uno o più rapporti determinati anche se rappresentino la parte cospicua del patrimonio ereditario (invero, come vedremo nel successivo § 4. tale ultima concezione deve essere specificata, in quanto descrive solo una parte, sia pure normale, del fenomeno successorio del legatario).

Tuttavia, il capoverso dell'art. 588 cod. civ. specifica che l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del

²⁹ Fornendo in questa sede solo le prime indicazioni, l'opinione prevalente e tradizionale ritiene che l'onere testamentario costituisca una disposizione accessoria di una liberalità, che si attegga, sotto il profilo strutturale, come elemento accidentale del negozio, ovvero che può accedere ad un'attribuzione principale, di cui costituisce una limitazione. CICU, *Il testamento*, Milano, 1947, pag. 206; GANGI, *op. cit.*, vol. II, pag. 228; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine cit.*, pag. 207; ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, pag. 109; MESSINEO, *op. cit.*, VI, pag. 193-195; TAMBURRINO, *Testamento (dir. Priv.)* in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, pag. 487, il quale osserva che non esiste nel nostro ordinamento altro atto *mortis causa* al di fuori del testamento e che il testamento non è solo forma o documento, che possa contenere un qualsiasi negozio di disposizione testamentaria (come ritiene, invece, LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, pag. 70 e ss.), onde anche il modo rientra nel contenuto sostanziale (accidentale e non essenziale) del testamento. In giurisprudenza, Trib. Matera, 18 aprile 1978, in *Giur. It.*, 1979, I, 2, 173; Cass. civ. 18 marzo 1999 n. 2487 in *Giust. Civ.*, 2000, I, 3307, in diritto, invero senza motivazione, limitandosi ad aderire alla teoria prevalente; più di recente, Cass. civ. 21 febbraio 2007 n. 4022, in *Giur. It.*, 2007, 12, 2697.

Contra, si ritiene che l'onere testamentario costituisca un'autonoma disposizione *mortis causa*. Tale corrente sembra trovare sempre più consenso in dottrina, ma non altrettanto in giurisprudenza. GIORGIANNI, *Il "modus" testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, pag. 889 e ss.; CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, pag. 197 e ss.; LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, pag. 159 e ss.; BIN, *La diseredazione: contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, pag. 245 e ss.; COSTANZO, *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, II, 294; G. PASQUALINI, *Le disposizioni modali e la tutela del legittimario*, in *Riv. Notariato*, 4, I, 1997, pagg. 784 e ss.; MORA A., *Il comodato modale*, Milano, 2001, pagg. 77 e ss. e *passim*.

patrimonio. Si tratta di quella che viene usualmente chiamata *institutio ex re certa*: il testatore non determina direttamente la quota del beneficiario, ma questa è indirettamente determinabile in rapporto al valore dei singoli beni rispetto all'intero patrimonio ereditario; il testatore, avendo presente l'intero suo patrimonio, ha assegnato singoli beni intendendoli come quota dell'intero, il che implica una vera e propria istituzione di erede³⁰.

Non si tratta di una contraddizione tra il comma 1 dell'art. 588 (che farebbe riferimento ad un criterio distintivo di natura meramente obiettiva, quale la totalità dei beni del testatore o una quota di essi, per quanto riguarda l'erede, e i rapporti determinati, per quanto riguarda il legatario) e il comma 2 del medesimo articolo (che introduce un elemento soggettivo, quale la volontà del testatore): anche l'*institutio ex re certa* costituisce una concreta modalità di attuare la vocazione a titolo universale, in quanto il testatore provvede a concretizzare la quota spettante all'erede con il riferimento ai beni determinati e quindi a realizzare una funzione di

³⁰ *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. sez. II, 1 marzo 2002 n. 3016, in *Giust. Civ. mass.*, 2002, 365).

Avverte, tuttavia, AMADIO G., *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, pagg. 6-9 sulla differenza con la figura dell'*heredis institutio ex re certa* della tradizione romanistica. Il diritto ereditario romano, infatti, presupponeva la formale attribuzione del titolo di erede, appunto l'*heredis institutio*, quale *caput et fundamentum totius testamenti*. Se, quindi, la disposizione aveva la funzione di attribuire la qualifica di successore universale cui devolvere l'eredità o quota di essa, evidenti devianze erano costituite dalle disposizioni testamentarie che, pur attribuendo formalmente il titolo ereditario, si riferissero espressamente ad una *res certa*, sia nel senso di escluderla dalla successione (*heredis institutio detracta certa re*), sia nel senso di farne oggetto esclusivo della chiamata (*heredis institutio ex certa re*).

Se nella prima ipotesi la limitazione si considerava non apposta, nel secondo caso l'attribuzione formale del titolo di erede collideva con la limitazione dell'efficacia acquisitiva del titolo alla sola *res* indicata, escludendosi l'attitudine espansiva tipica del concetto di quota ed impendendo le conseguenze proprie e necessarie della *successio in universum ius defuncti*. La soluzione a tale contraddizione fu considerare non apposta la menzione della *res*. Conseguente che la figura esaminata, rispetto al nostro ordinamento, si pone in termini problematici completamente diversi. TATARANO, *op. cit.*, pag. 358; BONILINI G., *Institutio ex re certa e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. II, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pag. 240.

Per una prima ricognizione, MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, pagg. 652 e ss., nonché pag. 649 per l'eccezionalità della *heredis institutio ex re certa* nel caso del *testamentum militis*.

“apporzionamento” dell’istituto³¹. Il momento istitutivo e quello divisorio sono racchiusi nell’unica assegnazione, senza che l’apporzionamento venga disposto dopo una preventiva chiamata in quote astratte cui segue una disposizione in funzione meramente distributiva, diversamente che nell’istituto della divisione ereditaria³².

Consegue che la distinzione non risiede in criterî di natura obiettivo-contenutistica, ma si fonda, in ultima analisi, sull’elemento soggettivo della volontà del testatore.

Si tenga presente che non è richiesto l’impiego di formule rigide per l’attribuzione formale del titolo di erede (ad esempio, le espressioni “nomino” o “istituisco erede ...”), ben potendo il testatore esprimersi liberamente (ad esempio, “lascio i miei beni a ...”).

D’altra parte, l’utilizzo di certe espressioni non è vincolante per l’interprete, per cui il designato, pur chiamato “erede” dal testatore, può essere qualificato, invece, come legatario³³.

³¹ BALDISSERUTTO G. - BELLONI PERESUTTI G.P. – GIACOMELLI U. - MAGAGNA M. – VINCENTI U.- ZANON U., *op. cit.*, pag. 11-12.

³² AMADIO, *op. cit.*, pag. 16; MENGONI L., *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, pagg. 3 e ss.; TATARANO, *op. cit.*, pag. 363-364, che rileva come i due istituti (divisione testamentaria ed *institutio ex re certa*) non coincidono, essendo diverso il procedimento attraverso cui si realizza il programma del testatore. Nella divisione il procedimento è deduttivo, in quanto il disponente prima enuncia le quote in astratto e poi le soddisfa in porzioni. Nell’*institutio ex re certa* il procedimento è induttivo, poiché il testatore attribuisce beni determinati, che risultano all’interprete intesi come quota nella rappresentazione mentale del testatore.

Senza considerare il profilo della *vis* espansiva in relazione ad eventuali beni non considerati dal testatore, come regolato dall’art. 734 comma 2 cod. civ., in forza del quale se nella divisione effettuata dal testatore non sono compresi tutti i beni lasciati al tempo della morte, è da ritenersi che gli stessi spettino all’erede legittimo ove non risulti una diversa volontà del testatore, in considerazione della funzione soddisfattoria della *res* materiale assegnata.

Nel caso di disposizione *ex re certa*, invero, la sorte dei beni non menzionati non è pacifica, ma è da ritenere che l’idea di quota porti con sé la necessaria *vis* espansiva. *Amplius*, BONILINI, *Institutio cit.*, pagg. 239 e ss.].

³³ MESSINEO, *op. cit.*, pag. 24 BONILINI, *Concetto cit.*, pagg. 13-14.

Se il lessico adoperato dal testatore non può ritenersi decisivo, un qualche spazio potrebbe, tuttavia, sussistere, ove si accerti la perfetta padronanza dei termini giuridici da parte del testatore: BONILINI G. – BASINI G.F., *I legati*, in *Tratt. di dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlinger, v. VIII, t. 6, Napoli, 2003, pag. 27; GIORDANO – MONDELLO, voce *Legato (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, pag. 729; CARAMAZZA, *op. cit.*, pagg. 25-26.

In sé, poi, l’attribuzione del solo *nomen heredis* non è decisivo e vincolante. Si pensi all’ipotesi tra contraddizione tra istituzione formale di erede ed assegnazione dell’universalità dei beni ad altro soggetto (es. nomino erede Gastone e attribuisco l’intero mio patrimonio a Mafalda), ove il riconoscimento meramente formale della qualità ereditaria sarà irrilevante. AMADIO, *op. cit.*, pag. 5.

Occorre specificare che il concetto di *universalità* non deve essere inteso nel significato tradizionale, ossia come complesso di beni costituito in unità (la c.d. *universitas*), bensì come totalità del patrimonio del *de cuius*: così si ha contezza della ragione in forza della quale la caratteristica della figura di erede risiede nella universalità del titolo di acquisto, ossia di titolo astrattamente idoneo a far acquistare tutti i beni dei quali il testatore non abbia altrimenti disposto. Nel legato manca tale capacità di estensione ad altri beni che non siano quelli concretamente indicati dal testatore³⁴.

Infatti, anche nell'ipotesi di più istituiti, il titolo mantiene pienamente il suo carattere universale, traducendosi nell'astratta idoneità a far acquistare a ciascun chiamato *pro quota* tutti i beni ereditari, sui quali verrà a costituirsi automaticamente una comunione, della quale si può procedere a divisione e così giungere all'attribuzione a ciascun erede di beni determinati.

In concreto, tuttavia, può rimanere il problema di distinguere se la disposizione testamentaria sia a titolo universale o a titolo particolare.

Si pensi alla disposizione dell'unico bene del *de cuius* o del bene di rilevantissimo valore³⁵.

³⁴ BALDISSERUTTO G. - BELLONI PERESUTTI G.P. – GIACOMELLI U. - MAGAGNA M. – VINCENTI U. - ZANON U., *op. cit.*, pag. 13; BIANCA, *op. cit.*, pag. 681; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. 1, Milano, 1964, pag. 370.

Sullo sfondo deve, pertanto, rimanere la questione, non affrontabile in questa sede, se l'eredità possa essere definita o meno come una *universitas*, in specie *iuris*, come tale idonea a ricomprendere tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi. Siano consentiti solo degli essenziali primi riferimenti. Contrari a considerare l'eredità come una universalità di diritto, CICU, *Successioni per causa di morte*, pt. generale, *Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1954, pag. 11 e 19; FERRI, *Successioni in generale*, art. 456-511, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1968, pag. 11; NATOLI, *op. cit.*, t. I, pag. 88 e ss.; NICOLÒ, *Erede cit.*, pag. 197; CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, pag. 126 e ss.; GAZZANTI PUGLIESE di COTRONE, *La successione per causa di morte, parte generale*, Torino, 2009, pagg.49-51; De MARTINO F., *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, artt. 978-1026, III ed., Bologna-Roma, 1978, pagg. 311-312.

Nel senso di universalità di diritto, C. GANGI, *La successione cit.*, vol. 1, pagg. 366-370; BARBERO, *op. cit.*, pag. 249 e ss.; CAPOZZI, *op. cit.*, t. 1, pag. 70; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 25 e ss.; De CUPIS, *op. cit.*, pagg. 1261 e ss., il quale riconosce che *non è possibile considerare la successione nell'eredità come una successione in una preesistente universitas iuris*, tuttavia attribuisce *alla stessa eredità tale qualifica consequenzialmente alla successione nelle fasi attraverso le quali si realizza*, ove emergerebbe l'unità e l'inscindibilità dell'eredità.

Proprio per tali osservazioni, invero, sembra preferibile la prima tesi, dovendosi distinguere la natura della universalità dagli effetti collegati alla disciplina della successione, specie nella successione nei rapporti giuridici passivi.

³⁵ È riconoscibile la natura testamentaria di una lettera se olografa, datata e sottoscritta dal "de cuius", quando costui, anche sommariamente, vi esprima la volontà di attribuire, all'apertura della propria

Astrattamente non si può escludere che la successione a titolo particolare giunga ad assorbire l'intero asse ereditario in favore di uno o più soggetti, tanto più che, come ricordato *supra* alla nota n. 30, nel nostro ordinamento non è più essenziale l'*heredis institutio* a differenza che nel diritto romano³⁶.

Come anticipato, il criterio distintivo è affidato, nella non vincolatività delle espressioni utilizzate dal testatore (art. 588 cod. civ.), all'interpretazione della volontà contenuta nel testamento. Il criterio fondamentale è solo la reale volontà del testatore³⁷.

Ciò potrebbe risultare tautologico o privo di utilità pratica per l'interprete, in quanto non si abbia a riferimento la funzione propria delle disposizioni a titolo universale e a titolo particolare, funzione che deve guidare la ricerca della reale volontà del testatore.

Infatti, la differenza tra erede e legatario non è meramente quantitativa, ma più pregnante e riguarda la qualità e la natura stessa della disposizione. La differenza risiede nella diversità funzionale delle due disposizioni: come visto *supra* nel paragrafo 1, il subingresso di un erede al *de cuius* risponde primariamente (ma non solo) all'esigenza obiettiva di interesse generale che vi sia un soggetto che assicuri la sistemazione e la continuazione dei rapporti giuridici che non si sono estinti con la morte del titolare; al contrario, la previsione del subingresso del legatario in un diritto specificamente determinato assicura, di regola, il soddisfacimento non di un'esigenza obiettiva di interesse generale, ma il soddisfacimento di un'esigenza soggettiva del *de cuius* di attribuire un certo vantaggio con effetto *post mortem* ad un certo soggetto³⁸.

Il legato svolge una funzione che non è quella di dare al defunto un successore alla sua posizione giuridica oggettivamente immutata, ma di favorire una persona o

successione, un immobile al figlio, configurandosi disposizione di erede, non di legato, se lo stesso cespite sia parte rilevantissima dell'eredità, costituita anche da terreni (Corte d'App. Trento, 19 dicembre 1998, in *Nuovo dir.*, 1999, 849).

³⁶ GIORDANO – MONDELLO A., *op. cit.*, pag.721.

³⁷ BONILINI, *Nozioni cit.*, pag. 7; BALDISSERUTTO G. - BELLONI PERESUTTI G.P. – GIACOMELLI U. - MAGAGNA M. – VINCENTI U.- ZANON U., *op. cit.*, pag. 12.

³⁸ BONILINI, *Nozioni cit.*, pag. 7; ID., *Concetto cit.*, pag. 15; BARBERO, *op. cit.*, pagg. 859-860; GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 722; TATARANO, *op. cit.*, , pag. 3. L'interesse del testatore non si limita a dare assetto alle proprie sostanze per il tempo in cui non sarà più, ma può involgere l'interesse a beneficiare taluni soggetti mediante attribuzioni successorie di segno positivo, definibili *liberalità successorie*, non sorrette tuttavia dal medesimo spirito di liberalità che contraddistingue la donazione, quanto meno perché il testatore non subisce l'attualità dello spoglio, ma pone in essere una programmazione.

comunque di perseguire un interesse “alieno” all’ambito dell’esigenza generale di un continuatore, attribuendo una posizione giuridica nella quale, altrimenti, senza il legato, succederebbe l’erede.

La successione dell’erede risponde a necessità oggettive e di rilevanza generale che trascende gli interessi privati, ossia impedire la vacanza di titolarità di quei rapporti che non si estinguono con la morte del titolare, quindi garantire la certezza dei rapporti giuridici e la pace sociale. Nel legato sfuma questa dimensione pubblicistica che connota l’istituzione di erede, per lasciare spazio alla volontà del testatore e all’autonomia privata, di disporre dei propri beni, di imporre obblighi e di costituire diritti in modo ampio.

Sul piano fenomenologico fa rispondera a questa considerazione il fatto che l’istituzione ereditaria è caratterizzata dal subentro soggettivo in un patrimonio che rimane staticamente fermo; nel legato, invece, prevale il momento attributivo. Riprova né è il fatto che il legato può aver ad oggetto un bene altrui; che può essere meramente liberatorio; che il rapporto con il creditore ipotecario è assimilabile a quello dell’acquirente per atto tra vivi. Si pensi ancora alla differente ripartizione dei “pesi” tra legatario ed erede ai sensi dell’art. 668 cod. civ.: gli oneri inerenti il fondo rimangono a carico del primo, mentre i debiti rimangono in capo all’erede.

Se determinante è la volontà del testatore, la *quaestio voluntatis* non può risolversi nella ricerca dei cangianti ed innumerevoli moti interiori del disponente. Al contrario, sulla base del dato positivo e del coordinamento delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 588 cod. civ., l’elemento soggettivo si configura come intenzione (o almeno consapevolezza) di assegnare beni determinati come “quota” del patrimonio, ossia in un’ottica di “rapporto” tra una parte ed il tutto, di tal ché si risolve nel concepire la *certa res* come rappresentativa di una frazione dell’intero asse³⁹.

³⁹ AMADIO, *op. cit.*, pag. 22; TATARANO, *op. cit.*, pag. 359-361, 362 e ss.].

In giurisprudenza, Cass. sez. II, 6 novembre 1986 n. 6516, in *Giust. Civ. mass.*, 1986, f. 11. Cass. sez. II, 1 marzo 2002 n. 3016, in *Giust. Civ. mass.*, 2002, 365, secondo cui *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’istituito 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.* Valorizzando sia il contenuto dell’atto sia l’intenzione del testatore, Cass. sez. lav. 12 luglio 2001 n. 9467, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 90, secondo cui *al fine di distinguere tra disposizioni testamentarie a titolo universale - che, indipendentemente dalle espressioni e dalle denominazioni usate dal testatore, sono attributive della qualità di erede - e disposizioni a titolo particolare - che, invece, attribuiscono la sola qualità di legatario - il giudice deve compiere sia*

Come esattamente osservato, “come in tutti gli atti di autonomia, anche nel testamento l’autore dell’atto ha di mira un risultato pratico, ed è la legge che collega a tale volontà effetti giuridici corrispondenti”⁴⁰.

In punto di fatto, l’indagine sarà condotta sulla scorta non tanto del “valore” del patrimonio, ma della rappresentazione che di esso aveva il testatore, in vista dell’interesse ad assegnare i beni secondo criteri di opportunità (desunti dalla loro natura, destinazione, rapporto di parentela, convivenza, etc.), nonché di conformità della disposizione agli effetti tipici della chiamata ereditaria rispetto alle passività. La volontà del testatore deve essere intesa come volontà di assegnare ad una certa persona una parte del proprio patrimonio che aveva idealmente diviso, considerandola quindi come uno dei suoi successori come tale obbligato al pagamento dei debiti ereditari oppure come volontà di assegnare singoli beni (da ricevere dagli eredi) senza intenzione di imporre l’obbligo del pagamento dei debiti ereditari, attribuendo un legato⁴¹.

Tale indagine potrà essere condotta sulla base di vari elementi, desunti non solo dalla scheda testamentaria, ma anche da elementi ad essa estranei⁴².

Ipotesi interessante è quella del lascito dell’intero patrimonio depurato dai debiti, che dovrebbe considerarsi legato, in quanto non comprende l’universalità del patrimonio⁴³.

un'indagine di carattere oggettivo riferita al contenuto dell'atto, sia un'indagine di carattere soggettivo, riferita all'intenzione del testatore. Ne consegue che soltanto a seguito di tale duplice indagine - che è di competenza del giudice di merito ed i cui risultati non sono censurabili in sede di legittimità se congruamente motivati - può stabilirsi se attraverso l'assegnazione di beni determinati il testatore abbia inteso attribuire una quota del proprio patrimonio unitariamente considerato (sicché la successione in esso è a titolo universale) ovvero abbia inteso escludere l'istituzione nell'universum ius (sicché la successione è a titolo di legato), nonché Cass. sez. lav. 5 novembre 1987 n. 8123, in Giust. Civ. mass., 1987, f. 11 e Cass. sez. II, 21 gennaio 1978 n. 269, in Giur. it., 1979, I, 1, 178.

⁴⁰ ZATTI, *op. cit.*, pag. 1163.

⁴¹ GANGI, *Successione cit.*, vol. 1, pag. 377.

⁴² GANGI, *Successione cit.*, vol. 1, pagg. 378.

⁴³ TRABUCCHI, voce *Legato (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, pag. 609; De CUPIS, *op. cit.*, pag. 1261 nota n. 10; GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 729; GANGI, *La successione cit.*, pag. 370 e ss. e pag. 371 nota n. 15, che avverte delle differenze con altra ipotesi, ossia quella di lascito dell’intero patrimonio ad una determinata persona con nomina di un esecutore testamentario per il pagamento dei debiti (pag. 371): in questo diverso caso l’onorato del lascito è un vero e proprio erede, poiché la nomina dell’esecutore testamentario non esclude che sia solo l’onorato a succedere anche nei debiti con relativa responsabilità, mentre l’esecutore testamentario deve solamente provvedere al pagamento degli stessi.

In tal caso il successore non acquista immediatamente la proprietà di tutti i beni compresi nell'eredità e, quindi, non succede nei debiti. Egli acquista solo il diritto nei confronti degli eredi a ricevere il residuo attivo una volta pagati i debiti. Questa impostazione è sostenuta anche negli ordinamenti di matrice germanica⁴⁴.

La differenza tra erede e legatario rimane, anche in questi casi, fondamentale: il chiamato a succedere in veste di erede (istituito per testamento anche se senza attribuzione di beni o per legge) ad una prima analisi finisce per svolgere in concreto la funzione di liquidatore del patrimonio ereditario. Tuttavia e sibbene ipotesi non così frequente, egli rimane pur sempre successore a titolo universale, con la conseguenza di rimanere responsabile per i debiti ereditari e che a lui solo passa la proprietà e il possesso dei beni ereditari⁴⁵.

Altra ipotesi particolare è quella del lascito di usufrutto con facoltà di vendere, in qualche caso, ma non sempre, sul presupposto dello stato di bisogno del beneficiario.

Al riguardo si possono formulare diverse teorie. Soprattutto se viene prevista una mera facoltà di vendere non collegata a particolari condizioni, giustamente si può ritenere che in realtà sia stato previsto un lascito di proprietà, in quanto la facoltà concessa è incompatibile, comunque estranea, con la natura di diritto limitato. L'ulteriore passo sarebbe, poi, verificare se si possa ancora parlare di legato, piuttosto che di lascito a titolo di erede, secondo la volontà del testatore⁴⁶.

⁴⁴ Proprio perché la distinzione tra eredità e legato risiede nella volontà del testatore e non nelle sue parole, la disposizione di dare tutta oppure un terzo dell'eredità depurata dai debiti (*des reinen Nachlass*) ovvero la disposizione che qualcuno debba ricevere un quarto della *Nachlassaktiven*, costituisce un legato. Nel primo caso, il legato è determinato dal saldo, che rimane dopo il pagamento dei debiti ereditari. Nel secondo caso, è determinato dal patrimonio ereditario, mentre gli eredi devono sopportare i debiti dai rimanenti tre quarti.

Nel diritto austriaco, in particolare, KRALIK W., *Das Erbrecht, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4. Buch, Wien, 1983, 204; BARTSCH, *Das österreichische allegemeine bürgerliche Gesetzbuch*, 4. Teil, Erbrecht (hrsg von Swoboda), 1942,51; RAPPAPORT, *Kommentar zu den §§ 604-694 ABGB in Klang II/1*, 1935, 416.

⁴⁵ BONILINI, *Concetto cit.*, pagg. 12-13.

⁴⁶ De BELVIS, *Lascito di usufrutto universale e titolo della vocazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, pag. 959; CARAMAZZA, *op. cit.*, pagg. 29-30.

In Giurisprudenza, Cass. civ. 19 febbraio 1970 n. 329, in *Giust. Civ.*, 1970, I, 1031; Cass. sez. II, 21 febbraio 1985 n. 207, in *Riv. notariato*, 1985, 487; Trib. Venezia 9 ottobre 2001, in *Familia*, 2002, 567, secondo cui *ricorre un'istituzione di erede con sostituzione fedecommissaria vietata qualora il testatore, pur adoperando la terminologia corrispondente ad un'attribuzione separata di usufrutto e nuda proprietà, abbia attribuito al legatario di usufrutto poteri incompatibili con la qualità di usufruttuario (come la facoltà di alienare liberamente i beni ereditari), oppure abbia condizionato l'acquisto della qualità di erede da parte del secondo chiamato alla sua sopravvivenza al primo.*

D'altra parte, si potrebbe anche sostenere, in presenza di una chiara volontà del testatore di attribuire solo un diritto di usufrutto, quindi salvo abbia voluto attribuire la piena disponibilità del bene, l'incompatibilità della facoltà di vendere con tale diritto e quindi negare ogni facoltà di alienazione⁴⁷.

Si è, peraltro, obiettato che, a parte il profilo di una condizione meramente potestativa, anche il generale richiamo allo stato di bisogno non soddisfacerebbe il requisito di necessaria determinatezza della condizione richiesto dal nostro ordinamento⁴⁸.

Secondo i più e secondo la giurisprudenza, se la facoltà viene prevista condizionata allo stato di bisogno del beneficiario, sono individuabili due legati, l'uno avente ad oggetto il diritto di usufrutto, l'altro condizionato sospensivamente allo stato di bisogno, avente ad oggetto il diritto di proprietà⁴⁹.

Infine, l'importanza di distinguere e di qualificare una disposizione testamentaria come istituzione di erede oppure come legato si pone anche nell'ipotesi di usufrutto universale disposto per testamento sui beni ereditari.

Il problema merita un separato accenno.

3.2. (segue) L'usufrutto universale.

⁴⁷ TRABUCCHI, *op. ult. cit.*, pag. 614-615; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 522.

⁴⁸ TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 614-616 e nota n. 2.

⁴⁹ Cass. sez. II, 20 febbraio 1993 n. 2088, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 221, secondo la quale, con riferimento alla particolare ipotesi di attribuzione della facoltà di vendere non senza alcuna limitazione, ma solo in caso di bisogno, *Al fine di stabilire se il testatore, attribuendo ad un soggetto l'usufrutto sui beni costituenti la massa ereditaria e ad un altro soggetto la nuda proprietà degli stessi beni, abbia inteso nominare erede universale il beneficiario dell'usufrutto, con la conseguenza che l'ulteriore disposizione in favore dell'altro soggetto vada riguardata come una sostituzione fedecommissaria da considerare nulla in quanto vietata dalla legge (art. 692 c.c.), assume rilievo decisivo la circostanza che il testatore abbia attribuito al beneficiario il potere di disporre dei beni costituenti la massa ereditaria senza alcuna limitazione (perché il potere di alienazione è incompatibile con il contenuto proprio del diritto di usufrutto), mentre, quando sia stato attribuito all'istituto il potere di alienare, solo in caso di bisogno, uno od alcuno di detti beni, restano configurabili due legati, uno concernente l'usufrutto, e l'altro, sospensivamente condizionato al verificarsi della situazione di bisogno, avente ad oggetto i beni da vendere per sopperire alla situazione stessa. In tale particolare caso, quindi, si individuano due legati, uno avente ad oggetto il diritto di usufrutto, l'altro sospensivamente condizionato allo stato di bisogno, avente ad oggetto la piena proprietà dei beni di cui disporre. TATARANO, *op. cit.*, pagg. 450-451; GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 729; CARAMAZZA, *op. cit.*, pagg. 29-30.*

Oggetto di vivace discussione è la questione della qualificazione giuridica della disposizione con cui si attribuisce l'usufrutto di tutti o di una quota dei beni ereditari, ovvero se essa dia luogo alla assunzione della qualità di erede oppure di legatario.

Storicamente il problema è nato prevalentemente rispetto alla posizione del coniuge superstite, quando, prima della riforma del diritto di famiglia, era solo usufruttuario *ex lege*. Al di là di questo, il testatore potrebbe attribuire ad un soggetto l'usufrutto generale sui beni ereditari o su una quota di essi.

Dottrina dominante⁵⁰ e parte della giurisprudenza⁵¹ riconoscono la natura di legato alla disposizione attributiva dell'usufrutto non solo della cosa singola, ma anche sulla totalità o su una quota dell'eredità. Nel 2002 il Giudice di legittimità ha ripreso, come vedremo nel prosieguo, l'idea minoritaria che la disposizione *de quo* integri, al contrario, una istituzione di erede. Tuttavia, la dottrina prevalente sottopone a revisione critica tale interpretazione e continua a ritenere trovarsi di fronte ad un caso di legato⁵².

⁵⁰ SANTORO-PASSARELLI, *Legato di usufrutto universale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1940, 201; MESSINEO, *Manuale cit. vol. VI*, pag. 524, nonché pagg. 309 e ss. con riferimento all'usufrutto uxorio, oggi abrogato; PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, v. IV, t. 5, II ed., Torino, 1972, pagg. 214 e ss.; GANGI, *La successione testamentaria cit.*, vol. I, pagg. 370 e 383-386; GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 729; TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 614, secondo il quale, tuttavia, potrebbe aversi una diversa soluzione “quando l'interpretazione della volontà testamentaria mostrasse che l'usufrutto fu costituito in funzione di una quota di eredità, quale forma cioè di istituzione *in re certa*”; De CUPIS, *op. cit.*, pagg. 1263-1264; De MARTINO, *op. cit.*, pag. 312; CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, t. II, pagg. 16 e ss.; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 48; LOSANA C., voce *Successioni testamentarie*, nel *Digesto it.*, XXII, 4, Torino, 1893-1902, 11.

⁵¹ Per la giurisprudenza di merito, Trib. Cosenza, 14 ottobre 2004 n. 625, in *Corti calabresi*, 2005, 1, 145 con riguardo proprio al coniuge superstite usufruttuario *ex lege ante* riforma del diritto di famiglia; Corte d'App. Cagliari, 14 ottobre 2003, in *Riv. giur. sarda*, 2004, 405.

Per la giurisprudenza di legittimità, Cass. civ. 30 marzo 1951 n. 716, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1041; Cass. civ. 17 marzo 1980 n. 1758, in *Mass. Giur. it.*, 1980.

⁵² AMADIO, *op. cit.*, pag. 26; GAZZANTI PUGLIESE di COTRONE, *op. cit.*, pag. 54-56; PERRECA M., *Lascito dell'usufrutto universale al coniuge e della nuda proprietà all'estraneo: il problema dell'operatività del divieto di cui all'art. 692 c.c.*, in *Riv. giur. sarda*, 2004, 411; De BELVIS, *op. cit.*, 955; UNGARI TRANSATTI, nota a Cass. 12.9.2002 n. 13310, in *Riv. not.*, 2003, 238; BALDISSERUTTO G. - BELLONI PERESUTTI G.P. - GIACOMELLI U. - MAGAGNA M. - VINCENTI U. - ZANON U., *op. cit.*, pag. 40-41; TATARANO, *op. cit.*, pag. 370-371; BERTOTTO A., *Legato di usufrutto universale*, in *Vita notarile*, 2007, pag. 1333 e ss.: il quale, è da notare, critica i capisaldi della teoria tradizionale, ossia l'incompatibilità dell'usufrutto con la perpetuità dell'istituzione ereditaria, distinguendo tra perpetuità del titolo e perpetuità del diritto l'uno non involgendo necessariamente il secondo, e la diversità della posizione giuridica del *de cuius*, ma giunge egualmente ad affermare la natura di legato dell'usufrutto generale sulla scorta di argomentazioni pratiche, circa la divisibilità e l'assenza di comunione con l'erede. CATERINA, *I diritti reali, 3, Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2009, pagg. 53-55 e 124 si limita a dare conto del contrasto e comunque ritiene che le conseguenze pratiche della configurazione del

A sostegno della tesi tradizionale si osserva, in primo luogo, che l'usufruttuario di un'eredità è obbligato, ai sensi dell'art. 1010 comma 1 cod. civ., a pagare per intero o in proporzione della quota le annualità e gli interessi dei debiti o dei legati da cui l'eredità stessa sia gravata. Pertanto, risponde dei debiti ereditari solo in questi limiti, diversamente dall'erede, che risponde, di regola, illimitatamente.

Tale norma, lo si anticipa, è stata considerata come una deroga al principio, di cui ci occuperemo in seguito, in forza del quale il legatario non risponde dei debiti ereditari⁵³.

In secondo luogo, si rileva che il beneficiario della disposizione non succede nell'identica posizione giuridica del defunto (aspetto essenziale per riconoscere una istituzione di erede) e che il diritto di usufrutto è per sua stessa natura temporaneo, dunque incompatibile col principio *semel heres, semper heres* di cui all'art. 637 codice civile.

In terzo luogo, si osserva che il beneficiario non ha il possesso dei beni, ma deve richiederlo al nudo proprietario, in conformità a quanto previsto dagli artt. 982 e 1002 ult. comma cod. civ. che sanciscono che ha il diritto di conseguire il possesso della cosa purché abbia prima adempiuto agli obblighi di inventario e garanzia previsti dall'art. 1002. Se fosse erede dovrebbe, al contrario, conseguire immediatamente il possesso ai sensi dell'art. 1146 comma 1 codice civile.

Nella pratica, poi, il testatore può prevedere la dispensa dall'obbligo di garanzia e di rendiconto. Tutto ciò non toglie, tuttavia, che a livello normativo sia previsto un meccanismo di conseguimento del possesso non coerente con la figura dell'erede.

Altra parte della dottrina⁵⁴ non condivideva tale orientamento e riconosceva la qualità di erede al beneficiario. La giurisprudenza di legittimità recente sembrava aver mutato indirizzo ed aver abbracciato questa interpretazione minoritaria⁵⁵. Altrettanto di

negozio come legato o come istituzione di erede non siano drammatiche, soprattutto alla luce della disciplina dettata dall'art. 1010 codice civile.

⁵³ De MARTINO, *op. cit.*, pag. 313.

⁵⁴ CICU, *Successioni cit., parte generale*, pag. 26 e ss.].

⁵⁵ Cass. civ. sez. II, 24 febbraio 2009 n. 4435, in *Guida al dir.*, 2009, f. 15, 66; Cass. civ. sez. II, 12 settembre 2002 n. 13310, in *Fam e dir.*, 2003, 79.

recente, tuttavia, si ritrova l'affermazione, sempre in giurisprudenza, della natura di legato dell'usufruttuario generale⁵⁶.

Innanzitutto, si ritiene che l'art. 1010 comma 1 cod. civ. valga proprio a provare la qualità di erede dell'usufruttuario, in quanto, di regola, il legatario non risponde dei debiti ereditari (artt. 668 e 756 cod. civ.), mentre l'art. 1010 cod. civ. prevederebbe una responsabilità per debiti, sia pure quantitativamente limitata in ragione della particolare natura del diritto di usufrutto.

In realtà, la norma non esprime né la direzione (interna tra usufruttuario e nudo proprietario, piuttosto che esterna verso i creditori), né la misura (*intra vires* o meno) di tale responsabilità: oggettivamente la disciplina fa riscontro all'attribuzione del solo diritto reale limitato. La soluzione dipende proprio da come si interpreta la natura dell'attribuzione⁵⁷.

Invero, proprio questa precisazione dovrebbe coordinarsi col dato positivo che ricorrono ipotesi nelle quali il legatario risponde dei debiti-pesi gravanti sulla cosa legata (entro il valore del bene legato, c.d. responsabilità *intra vires*). Detto altrimenti, proprio questa norma sembra fondare una delle eccezioni, normativamente previste e di cui tratteremo, al principio in forza del quale il legatario non risponde dei debiti del *de cuius*. Conseguenza che non può trarsi argomento decisivo a smentire la tesi tradizionale.

Al contrario, l'oggettiva limitazione di responsabilità dell'usufruttuario è indice dell'intima contraddittorietà dell'argomento a favore della qualità di erede.

In secondo luogo, si prosegue osservando che, quanto al fatto che l'usufruttuario non subentrerebbe in una posizione identica a quella facente capo al *de cuius*, anche quella del nudo proprietario sarebbe situazione nuova e che, dunque, sarebbe da considerare legato. In ogni caso, non sempre l'eredità implica una successione in senso

⁵⁶ Infatti, in tema di divisione tra coeredi, la Cassazione ha escluso che l'usufruttuario testamentario (nel caso la moglie usufruttuaria *ex lege* pre-riforma) acquisti la qualità di erede e che, pertanto, nei suoi confronti sussista un litisconsorzio necessario (Cass. sez. II 26 gennaio 2010 n. 1557, in *Giust. Civ. mass.*, 2010, 1, 99; in precedenza, Cass. sez. II 15 febbraio 1979 n. 986, in *Giust. Civ. mass.*, 1979, f. 2). Più specificatamente, la Suprema Corte, di recente, è stata chiamata a dirimere la questione dell'interpretazione della disposizione testamentaria che attribuiva al marito i beni ereditari, alla morte del quale da liquidare a favore dei nipoti: la Corte ha confermato la decisione di secondo grado impugnata, che aveva riconosciuto nelle disposizioni un'attribuzione di legato e non una vietata sostituzione fedecommissaria. In particolare, si trattava di un legato in sostituzione di legittima, consistente nel diritto di usufrutto: Cass. civ., sez. II, 31 gennaio 2011 n. 2172, in *Riv. not.*, 2012, 139.

⁵⁷ BERTOTTO, *op. cit.*, pag. 1347, secondo il quale, tuttavia, l'usufruttuario è obbligato direttamente verso i creditori e legatari alla luce di un'interpretazione storica e sistematica.

tecnico e ristretto, ben potendosi verificare delle modificazioni dei rapporti, come nel caso di coeredità.

In terzo luogo, si nega l'applicabilità dell'art. 1002 cod. civ. all'usufruttuario di eredità, ritenendo tautologico affermarne l'applicabilità e quindi argomentando per la qualità di legatario. Tuttavia, questo è il dato normativo; pur sempre di usufrutto si tratta; la disciplina non è incompatibile col meccanismo successorio, tale da impedirne l'applicabilità.

In quarto luogo, quanto alla temporaneità del diritto di usufrutto, si distingue tra irretrattabilità dell'accettazione dell'eredità e perpetuità o meno del diritto così acquistato, rischiando altrimenti di negare la qualità ereditaria a chi acquisti per successione beni consumabili.

Rimane, però, sempre il divieto, di cui all'art. 637 cod. civ., di apporre un termine ad una disposizione a titolo universale, coerentemente con l'indefettibile carattere di perpetuità della qualità di erede, legata alla struttura e alla funzione della successione ereditaria, in particolare con il carattere personale della responsabilità per debiti ereditari, e non certo in funzione della natura dei singoli beni oggetto di successione⁵⁸.

Neppure vale obiettare che la richiesta di immissione nel possesso sancita dalla legge varrebbe solo nei rapporti interni tra nudo proprietario ed usufruttuario, in quanto è affermazione autopostulante ed arbitraria: la vocazione ereditaria attribuisce di diritto il possesso dei beni ereditari al chiamato al momento della delazione, anche ove manchi la materiale apprensione. D'altra parte, il possesso, come tale, o sussiste oppure no, non può esserci per alcuni rapporti-soggetti e contemporaneamente non esserci per altri⁵⁹.

Infine, si osserva che il titolo di erede consente potenzialmente di subentrare in tutti i rapporti giuridici trasmissibili del *de cuius*. Pertanto, le due disposizioni (nuda proprietà ed usufrutto universale), essendo complementari, comprenderebbero l'universalità dei beni, con ripartizione del tutto senza indicazione di beni determinati.

In realtà, come anticipato, l'orientamento tradizionale sembra più aderente ai dati normativi ed il tentativo di capovolgimento della qualificazione appare stravolgerli.

⁵⁸ SANTORO-PASSARELLI, *Legato di usufrutto cit.*, pag. 206, sia pure con riferimento all'analogia norma del codice previgente.

⁵⁹ SANTORO-PASSARELLI, *Legato di usufrutto cit.*, pagg. 206-207; BERTOTTO, *op. cit.*, pag. 1350, che rileva che proprio nella critica si annida la duplice petizione di principio e circa la qualità di erede dell'usufruttuario e della specialità delle norme successorie su quelle dell'usufrutto.

In concreto, poi, occorre tener conto della reale funzione realizzata dall'usufrutto, che è pur sempre un diritto limitato, nelle facoltà e nel tempo, diritto che, come visto (*supra* § 3), di regola realizza interessi non generali (tipici dell'istituzione di erede), ma particolari del testatore (tipici del legato).

3.3. (*segue*) L'usufrutto universale. Considerazioni finali.

Non sembra peregrino mantenere distinto l'usufrutto generale da altre figure o ipotesi, quanto meno per delinearne la funzione, anche in relazione all'asse ereditario e all'*universitas*, e così valorizzarne l'intima essenza-natura.

La disposizione testamentaria di usufrutto universale, preliminarmente, va tenuta distinta dalla sostituzione fedecommissoria vietata *ex art. 692 ult. comma cod. civ.*, anche se dal punto di vista empirico non corre molta differenza tra l'istituzione di erede con l'obbligo di conservare e restituire i beni alla sua morte ad altro soggetto e l'assegnazione dell'usufrutto universale al primo soggetto con contestuale istituzione ereditaria del secondo.

Invero, la differenza è strutturale, tanto che la disposizione viene, appunto, considerata valida.

In primo luogo, nell'usufrutto universale le delazioni, che pure hanno ad oggetto la medesima entità patrimoniale, sono contestuali, immediate ed attuali e non in ordine successivo come nel fedecommissario.

In secondo luogo, nell'usufrutto universale vengono attribuiti dei diritti attuali (usufrutto e, soprattutto, nuda proprietà), mentre nel fedecommissario l'istituto vanta solo un'aspettativa di diritto.

In terzo luogo, nell'usufrutto generale il meccanismo di acquisto della piena proprietà è di tipo generale e non tipicamente successorio, in quanto la consolidazione dell'usufrutto alla morte del suo titolare è una conseguenza dell'elasticità del diritto di proprietà, a differenza che nel fedecommissario, ove opera un meccanismo successorio di istituzione e sostituzione secondo un ordine successivo⁶⁰.

In quarto luogo, le situazioni finali non sono sovrapponibili, in quanto in caso di premorienza del nudo proprietario all'usufruttuario, la successione si produce comunque a favore degli eredi del nudo proprietario, visto che alla morte dell'usufruttuario il

⁶⁰ BERTOTTO, *op. cit.*, pag. 1335-1336. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. civ., sez. II, 31 gennaio 2011 n. 2172, in *Riv. not.*, 2012, 139.

diritto reale limitato si estingue e non forma oggetto di trasmissione ereditaria, ma si consolida. Al contrario, nel fedecommesso la premorienza del sostituito all'istituito fa sì che saranno gli eredi legittimi dell'istituito a raccogliere l'eredità, senza che i successori del sostituito possano vantare alcuna sostituzione a loro favore⁶¹.

Dunque, l'usufrutto generale è ammissibile, tanto più se l'usufruttuario venga considerato un legatario, difettando in tal modo la duplicità di istituzioni di erede, tipica del fedecommesso. Naturalmente questa è una conseguenza della qualificazione giuridica della disposizione.

Altra ipotesi differente è quella nella quale il testatore abbia previsto per l'onorato la facoltà di vendita dei beni compresi nell'usufrutto, di cui si è già fatto cenno al § 3.

Di converso, l'assegnazione separata della nuda proprietà ed usufrutto su tutti (o parte dei) beni è spesso sorretta dalla finalità di mantenimento di soggetti in avanzata età.

Si pensi, ancora, all'ipotesi dei coniugi, senza altri eredi legittimari e legittimi, che vogliono lasciare i propri beni ad un certo ente di beneficenza, avendo però bene a mente di non doversi dimenticare l'uno dell'altro. Il meccanismo dell'usufrutto universale permetterebbe di istituire (chiaramente in distinte schede testamentarie) erede l'ente prescelto, salvaguardando le esigenze del coniuge sopravvissuto, assicurandosi che alla sua dipartita i beni si consolideranno in capo all'erede-nudo proprietario (rimanendo sullo sfondo eventuali aspetti di lesione della quota di legittima, non potendosi, peraltro, escludere il reciproco spontaneo rispetto delle ultime volontà⁶²).

Il meccanismo posto in essere soddisfa, quindi, esigenze ed interessi specifici del testatore, tipici del legato e non dell'istituzione di erede.

In tal senso, tutte le considerazioni circa la temporaneità del diritto e circa la diversa posizione giuridica derivata, nonché tutte le altre argomentazioni, valgono a porre in evidenza che, di regola, l'usufrutto generale ha una natura ed una struttura incompatibile con la figura dell'erede.

In via generale si può concordare sulla necessità di mantenere distinti la perpetuità della qualità di erede dalla perpetuità dei diritti acquistati, tuttavia, nel caso

⁶¹ BERTOTTO, *op. cit.*, pag. 1338-1339.

⁶² Per quanto la considerazione possa essere ritenuta "empirica", non si può ignorare che a mente dell'art. 590 cod. civ. la nullità della disposizione testamentaria, per qualunque causa, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa di nullità, ha, dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione.

dell'usufrutto la distinzione non appare convincente, in quanto la natura del diritto reale limitato rimane strutturalmente e funzionalmente incompatibile con l'istituzione di erede⁶³. D'altra parte, ove il testatore prevedesse espressamente un termine all'usufrutto, allora solo in via meramente formale il limite riguarderebbe il contenuto del diritto e non la pretesa qualità di erede.

Circa la diversa posizione giuridica derivata, se è superata la concezione della proprietà come una somma di facoltà scindibili, il cui smembramento darebbe vita al diritto reale minore, che sarebbe meglio spiegato col ricorso all'idea di limite, non si può concordare sull'infondatezza dell'argomentazione tradizionale sulla diversa posizione giuridica derivata dell'usufruttuario per giustificare la qualità di legatario⁶⁴.

Infatti, se è vero che l'argomentazione rischia di offrire il fianco alla considerazione che anche la posizione del nudo proprietario sarebbe diversa da quella originaria, la bontà intrinseca dell'argomentazione non è scalfita.

Occorre interrogarsi su quale sia il vero centro di interessi, ovvero la funzione realizzata dalla disposizione di ultima volontà, in ossequio al criterio di legge della volontà del testatore.

Per quanto l'usufrutto possa essere economicamente rilevante, la vera trasmissione di ricchezza rimane in capo al nudo proprietario, destinato a vedere riespanso il suo diritto in ultima battuta, che si contrappone alla positiva limitazione di responsabilità nei confronti del passivo ereditario di cui gode l'usufruttuario⁶⁵. Allora solo la posizione del nudo proprietario realizza la genuina funzione della successione universale, come visto (*supra* §§ 1 e 2). Al contrario, la posizione giuridica, economica, sociale e funzionale dell'usufruttuario è incompatibile con la qualità ereditaria.

Il meccanismo posto in essere soddisfa esigenze ed interessi specifici del testatore, tipici del legato e non dell'istituzione di erede. Nella previsione del diritto di

⁶³ AMADIO, *op. cit.*, pag. 26, che ribadisce la struttura del diritto di usufrutto, che si costituisce per effetto del lascito al momento dell'apertura della successione, esclude sia il carattere derivativo dell'acquisto, sia la perpetuità del relativo titolo. *Contra*, De BELVIS, *op. cit.*, pag. 958-959.

⁶⁴ BERTOTTO, *op. cit.*, pag. 1342-1343.

⁶⁵ In astratto, non si può escludere, oltre alle finalità di assistenza e mantenimento, che il testatore avesse voluto attribuire l'usufrutto ad una persona capace proprio perché si serva e curi la cosa e per lasciarla, alla fine, all'erede-nudo proprietario, magari non altrettanto capace o interessato, ma che alla fine ne raccoglie l'utilità. Quasi una finalità conservativa a favore dell'erede, che non può integrare gli estremi di una istituzione ereditaria.

usufrutto prevale il momento attributivo al destinatario e non quello successorio, tipico, invece, dell'istituzione di erede⁶⁶.

Non da sottovalutare, infatti, è anche l'obbligo di non mutare la destinazione economica in capo all'usufruttuario (art. 987 cod. civ.), che pone un penetrante limite (assieme al divieto di alienazione), che, però, indica la direzione finale della vera trasmissione della ricchezza, che è tutelata.

In sé, poi, lo stesso usufrutto è concetto estraneo alla nozione di quota di eredità: l'acquisto dell'usufruttuario si colloca solo in una generica accezione di successione *mortis causa* tipica dell'eredità⁶⁷. L'usufrutto generale non può essere considerato come una frazione dell'universalità del patrimonio, non fosse altro che il beneficiario non riceve una frazione ideale ed astratta del patrimonio del defunto, non succede in tutti i suoi diritti ed obblighi, ma riceve un diritto limitato, risponde dei debiti nei limiti dell'art. 1010 codice civile⁶⁸.

Detto altrimenti, l'errore di fondo della tesi della qualità di erede risiede nel confondere il titolo della vocazione (che è legato alla natura dell'oggetto di essa, vale a dire alla natura del diritto di usufrutto) con l'oggetto del diritto stesso (*rectius*, con le modalità di determinazione dell'oggetto del diritto): è evidente che per determinare l'oggetto del diritto di usufrutto (generale) occorre riferirsi alla c.d. *universitas*, ma ciò non si risolve in un diritto sull'*universitas* stessa⁶⁹.

Il tema si intreccia sulla disputa accennata (*supra* nota n. 34) sulla natura giuridica della eredità come *universitas iuris*: tutti gli effetti tipici (successione nel

⁶⁶ Nei casi ricorrenti accennati, vi è la volontà di favorire persone di età avanzata. Si pensi anche all'esempio dei coniugi che vogliono lasciare i loro beni, non avendo eredi legittimari (a parte se stessi), ad un certo ente di beneficenza: il destino, se non è beffardo, almeno spesso non "asseconda" le nostre esigenze, quindi sarebbe vano predisporre due testamenti a favore dell'ente prescelto, confidando nella commorienza. Escluso che si possa obbligare il sopravvissuto a lasciare tutti i beni all'ente, utile strumento rimane, appunto, la previsione di istituire erede l'ente e prevedere il diritto di usufrutto generale in favore del coniuge, che sarebbe, dunque, un legatario. Così, il legatario potrà continuare, senza difficoltà, a vivere nella casa coniugale, passare le vacanze nella casa al mare e in montagna, fino a continuare a fare le cose più banali (utilizzare l'autovettura, etc.). Tutto ciò, però, rimane un'attribuzione particolare, essendo in ultima analisi la reale funzione successoria prevista ed operante solo per il nudo proprietario-erede. Questo è stato voluto dal testatore, questa è la funzione e la natura del diritto di usufrutto, che si conferma valido strumento per realizzare quegli interessi particolari estranei alle già ricordate esigenze oggettive e generali di provvedere alla sistemazione del patrimonio e all'individuazione di un successore.

⁶⁷ De CUPIS, *op. cit.*, pag. 1264.

⁶⁸ GANGI, *La successione testamentaria cit.*, vol. 1, pag. 383-384.

⁶⁹ De BELVIS, *op. cit.*, pag. 957; PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 218.

possesso, nei debiti, etc.) si riconnettono esclusivamente alla tendenziale universalità della successione *mortis causa*, da tenere nettamente distinta dall'oggetto in cui si subentra⁷⁰. Non è l'oggetto che determina il titolo della successione, ma la volontà (o almeno la rappresentazione) del testatore di realizzare la funzione oggettiva tipica della successione universale.

Di regola, quindi, l'usufrutto generale è una disposizione di legato, conformemente ai criteri interpretativi offerti dall'art. 588 cod. civ.: soddisfa interessi specifici del testatore, consistendo nell'attribuzione di un diritto limitato, temporaneo, con obbligo di mantenere la destinazione economica, destinato a riespandersi in favore del nudo proprietario.

Oltre a ciò si possono rinvenire ulteriori argomentazioni dal diritto positivo e da alcune problematiche.

In materia di legato di usufrutto il legislatore esclude espressamente la rappresentazione (art. 467 comma 2 cod. civ.), quanto meno in considerazione della personalità del diritto e del problema di definire la durata del diritto⁷¹.

In fin dei conti, il riferimento al patrimonio per intero o per quota (necessario per delimitare l'usufrutto) non è altro che, come già detto, una modalità di individuare l'oggetto della disposizione stessa, operante su un altro piano rispetto al titolo della chiamata.

Giuridicamente, poi, non si può affermare che avvenga la compenetrazione dei patrimoni del *de cuius* e dell'usufruttuario, sia per la particolare disciplina del rapporto col passivo ereditario, sia perché con la morte dell'usufruttuario il diritto non si trasmette ad altro erede, ma si consolida⁷².

D'altra parte, a livello tributario a mente dell'art. 61 D. lgs. 31 ottobre 1990 n. 346, non è dovuta l'imposta relativa alla riunione dell'usufrutto alla nuda proprietà (comunque diversa dall'imposta di successione) successivamente all'entrata in vigore del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 637, vale a dire che il fenomeno non è disciplinato alla stregua di un passaggio ereditario.

⁷⁰ GAZZANTI PUGLIESE di COTRONE, *op. cit.*, pag. 50.

⁷¹ GAZZANTI PUGLIESE di COTRONE, *op. cit.*, pagg. 55 e ss., nonché pagg. 94 e ss., il quale, in particolare a pag. 56, avverte del rischio della deriva della tesi meno tradizionale, che, evidenziando una sempre maggiore osmosi tra diritti reali e personali di godimento, potrebbe portare all'affermazione di una istituzione ereditaria tramite l'attribuzione di un diritto personale di godimento generalizzato sul patrimonio.

⁷² *Contra* BERTOTTO, *op. cit.*, pag. 1339 e ss.].

Si noti un'ulteriore rilevanza pratica sul piano tributario della qualifica dell'usufruttuario generale come erede o come legatario: secondo l'art. 36 D. lgs citato gli eredi sono obbligati solidalmente al pagamento dell'imposta nell'ammontare complessivamente dovuto da loro e dai legatari (comma 1). I legatari, invece, sono obbligati al pagamento dell'imposta relativa ai rispettivi legati (comma 2).

Ancora. Nel caso che nell'eredità vi sia il diritto di accettare un'eredità devoluta al *de cuius* (art. 479 cod. civ.), esercitare detto diritto spetterà solo all'erede-nudo proprietario⁷³.

Se si continuasse a qualificare l'usufruttuario generale come erede e, quindi, a riconoscergli il diritto di accettare l'eredità devoluta, ai sensi dell'art. 479 comma 2 cod. civ., resterebbe ferma la possibilità che l'erede-nudo proprietario possa rinunciare a tale diritto.

Ebbene, innanzitutto, ci si troverebbe dinnanzi al problema di regolare il rapporto dell'usufruttuario preteso "erede" con i debiti ereditari, che dovrebbe essere, salvo contraddirsi, di responsabilità diretta ed *ultra vires*, contrariamente al titolo di usufruttuario di eredità così come regolato dal codice civile, che prevede, appunto, una oggettiva limitazione di responsabilità. Una divergenza di disciplina vi sarebbe anche nel caso si procedesse con accettazione beneficiata.

In secondo luogo, accettata l'eredità dal solo usufruttuario, alla sua morte cosa succede all'eredità, soprattutto alle passività pregresse? Se i debiti in linea capitale non spettavano all'usufruttuario, non si trasmettono ai suoi eredi. Se nessuno ha accettato al posto del nudo proprietario ed esauriti tutti i meccanismi di sostituzione e rappresentazione, in ultima istanza sarà chiamato lo Stato, *intra vires*.

Tutto ciò salvo ritenere che "l'erede" usufruttuario non abbia il diritto di accettare un'eredità, non consentendoglielo il suo titolo. Allora sarebbe evidente la contraddizione in termini: l'erede non può essere tale solo per alcuni aspetti.

La figura dell'usufruttuario si conferma incompatibile con la natura, la funzione e la struttura dell'istituzione ereditaria, non risolvendosi in un diritto all'*universitas* con tutte le conseguenze e gli obblighi connessi.

Sul piano sistematico, poi, se l'usufruttuario generale fosse erede, bisognerebbe ammetterne la legittimazione ad instaurare o ad intervenire nel giudizio di divisione.

Ebbene, a parte la difficoltà di quantificare la quota dell'usufruttuario, difficoltà pure paventata,⁷⁴ rimane un ulteriore profilo critico: si sarebbe in presenza di coeredità

⁷³ BERTOTTO, *op. cit.*, pag. 1351.

senza comunione, la quale presuppone facoltà eguali ed omogenee. Non essendo tali proprietà ed usufrutto, non è possibile procedere a divisione con l'usufruttuario⁷⁵.

Si aggiunga che la c.d. cautela sociniana (art. 550 cod. civ.) espressamente prevede che nel caso di esercizio del diritto di scelta da parte del legittimario leso di abbandonare la nuda proprietà della porzione disponibile, il legatario usufruttuario, per quanto ci interessa, non acquista la qualità di erede, pur conseguendo la disponibile abbandonata. Tale dato normativo dovrebbe essere raccordato con il caso dell'usufrutto generale, argomentando a favore della sua natura di legato⁷⁶.

Argomento si può trarre anche dall'art. 698 cod. civ., che vieta l'usufrutto successivo, vale a dire che il Legislatore non favorisce i limiti temporalmente troppo estesi al diritto di (nuda) proprietà e, quindi, considera l'usufrutto una sorta di peso per l'erede e non attribuzione ereditaria essa stessa.

Ulteriore argomento a favore della natura di legato si rinviene anche dal confronto con un'altra disciplina di potenziale conflitto, oltre al già accennato istituto della sostituzione fedecommissoria: il rapporto con i diritti dei legittimari. Occorre distinguere.

Una prima fattispecie è quella di istituzione di un *extraneus* come erede e di attribuzione dell'usufrutto generale ad uno più legittimari.

Sia nel caso di usufrutto su uno o più beni, sia nel caso di usufrutto generale, questo si deve considerare un legato in sostituzione di legittima⁷⁷. La tesi dell'usufrutto generale come eredità si presta, si badi, ad essere estesa e a considerare erede anche l'ipotesi di usufrutto "semplice" in sostituzione di legittima eccedente la parte riservata, che per legge è e rimane un legato (art. 551 cod. civ.).

Una seconda fattispecie è rappresentata dal caso di attribuzione dell'usufrutto ad un *extraneus*, comunque a non legittimario, e istituzione di un legittimario come erede.

⁷⁴ BERTOTTO, *op. cit.*, pag. 1344, secondo il quale la quota dell'usufruttuario non sarebbe quantificabile, dovendosi capitalizzare l'usufrutto attraverso un calcolo probabilistico o assai aleatorio, quale quello della durata della vita dell'usufruttuario.

⁷⁵ BERTOTTO, *op. cit.*, pag. 1346. In giurisprudenza, la Cassazione ha escluso il litisconsorzio necessario nel giudizio di divisione con l'usufruttario generale, proprio qualificandolo legatario e non erede (Cass. sez. II 26 gennaio 2010 n. 1557, in *Giust. Civ. mass.*, 2010, I, 99).

⁷⁶ AMADIO, *op. cit.*, pag. 26; BERTOTTO, *op. cit.*, pag. 1344.

⁷⁷ BERTOTTO, *op. cit.*, pag. 1352; CICU, *Successioni per causa di morte, Successione necessaria*, XLIII, t. 2, in Tratt. di diritto civile e commerciale diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1967, pag. 391.

In tal caso trova applicazione l'art. 550 cod. civ., in forza del quale, come poco sopra visto, il legatario pur conseguendo la disponibile abbandonata non acquista la qualità di erede.

Considerare l'usufruttuario erede, dunque, significa forzare il sistema, che dimostra come tale figura sia strutturalmente e funzionalmente incompatibile con la qualità ereditaria.

3.3.2. (*segue*) Abuso del legato di usufrutto.

Se, di regola, nell'attribuzione dell'usufrutto su tutto o parte del patrimonio dovrebbe riconoscersi la volontà del testatore di disporre un legato, non di meno in alcuni casi potrebbe individuarsi un diverso disegno del testatore.

Si è detto che, in coerenza con la funzione della disposizione a titolo particolare e con la natura e il contenuto del diritto di usufrutto, normalmente il testatore dovrebbe aver perseguito un suo interesse specifico, con prevalenza del momento attributivo al beneficiario rispetto a quello successorio, tipico dell'istituzione di erede.

Tuttavia, il meccanismo si potrebbe prestare ad usi deviati. Allora, la volontà del testatore (comunque unico criterio di riferimento) potrebbe disvelare il diverso intento di porre in essere, indirettamente, una disposizione successoria in senso proprio.

Tale diversa volontà potrebbe essere sorretta dallo scopo avvantaggiare il destinatario, recando pregiudizio o frodando i legittimarî oppure i creditori, non potendosi revocare in dubbio che una siffatta disposizione comprime notevolmente i diritti di queste due categorie di soggetti.

Si pensi al caso di attribuzione al figlio dell'usufrutto generale di un patrimonio, più o meno, fortemente gravato da debiti.

Quanto ai rapporti con i legittimarî (ammesso il loro interesse ad acquistare un'eredità potenzialmente dannosa), l'argomento è già stato trattato alla fine del paragrafo precedente: nel caso di attribuzione del diritto di usufrutto ad un legittimario, questo si considererà un legato in sostituzione di legittima ai sensi dell'art. 551 cod. civ.; se a favore di un estraneo, si applicherà l'art. 550 cod. civ. e non si esperirà

l'azione di riduzione, che sconterebbe il rischio e l'incertezza della capitalizzazione, trattandosi di eccedenza di *reddito* della porzione disponibile⁷⁸.

Il rimedio previsto dall'art. 550 cod. civ. è ontologicamente differente dall'azione di riduzione: quest'ultima presuppone il conseguimento da parte del legittimario di un *valore* inferiore alla quota di legittima e mira a reintegrare il valore della quota di legittima, riducendo la disposizione lesiva; l'altra prescinde dalla lesione quantitativa e mira a far conseguire al legittimario la quota di riserva in piena proprietà. Per tali ragioni si tende a negare l'ammissibilità di un concorso di azioni⁷⁹.

Nei rapporti con i creditori, evidentemente danneggiati dalla diminuzione del reddito, non vi è una disposizione normativa specifica.

Alla luce dei principi generali, come già visto (*supra* §2), l'autonomia testamentaria incontra dei limiti espressi o meno: i divieti di ledere i diritti dei legittimari o limitare l'altrui volontà testamentaria o di perseguire risultati riprovevoli per l'ordinamento, ovvero prevedere disposizioni illecite o impossibili.

Ebbene, i creditori, in assenza di specifiche comminatorie di ragioni di nullità o annullabilità, potrebbero far valere la nullità della disposizione sorretta da motivo illecito, costituente il solo motivo determinante della disposizione (art. 626 cod. civ.).

In concreto questa strada potrebbe non essere percorribile, non fosse altro che la norma richiede che il motivo risulti dal testamento e, probabilmente, il testatore non sarà stato così sprovveduto da palesare lo scopo fraudolento.

Più agevole potrà essere la possibilità di esperire l'azione pauliana (art. 2901 cod. civ.), dimostrando, oltre che il proprio credito, il pregiudizio alle proprie ragioni e la *scientia damni* del testatore. Anche la sola variazione qualitativa del patrimonio, che renda più difficile la soddisfazione del credito, può integrare la consapevolezza richiesta dalla norma. Basti pensare al rischio dell'invenduto nel caso di esecuzione immobiliare sull'appartamento gravato da usufrutto a favore del (giovane) figlio del testatore.

⁷⁸ Diffusamente sull'argomento, TULLIO A., *La cautela sociniana*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, pagg. 483 e ss. In effetti, il legittimario, al quale fosse attribuita una quota gravata dal legato di usufrutto, potrebbe agire in riduzione, se non vi fosse l'art. 550 cod. civile. Bisognerebbe, però, capitalizzare l'usufrutto, allo scopo di accertare la lesione quantitativa della quota di legittima. È di tutta evidenza, a questo punto, il problema della determinazione di tale capitalizzazione, in quanto questa va commisurata alla vita del beneficiario, la cui durata è per sua natura incerta. In tal senso è impossibile o rischioso attribuire un valore certo all'usufrutto.

⁷⁹ TULLIO, *op. cit.*, pagg. 492-494.

3.3.3. (*segue*) Legatario legittimario e cautela sociniana.

Tornando al tema principale del nostro percorso, ossia l'approfondimento della posizione del legatario nei confronti dei pesi dell'eredità, occorre dare conto di una disputa particolare.

È assai controverso, infatti, se l'art. 550 cod. civ. si riferisca al solo caso in cui il legittimario sia comunque erede, oppure si riferisca anche all'ipotesi di legittimario legatario. Detto altrimenti, è il caso di attribuzione al legatario-legittimario del diritto di usufrutto e istituzione di erede nella nuda proprietà (comunque nella parte eccedente la quota disponibile) dell'*extraneus*.

Secondo alcuni, a mente dell'origine storica dell'istituto, nonché del tenore letterale della norma, l'art. 550 cod. civ. non è applicabile al caso di erede-estraneo e legatario-legittimario-usufruttuario. Trattasi, invece, di legato in sostituzione di legittima, con conseguente applicazione dell'art. 551 cod. civ. e della possibilità di scelta ivi previsti per il legittimario⁸⁰. In questo caso, come sancito dall'art. 551 comma 2 cod. civ., il legatario, rinunciando al supplemento e conseguendo il legato, non acquista la qualità di erede, dunque non risponde dei pesi ereditari⁸¹.

Altri, invece, estendono la cautela sociniana anche al caso in cui il legittimario sia solo legatario, argomentando che il comma 2 dell'art. 550 cod. civ. non opera distinzione, concedendo senza eccezioni la scelta, con la conseguenza che il legittimario diventa erede col conseguimento della piena proprietà della propria quota di legittima⁸². Si aggiunge, inoltre, che per riconoscere un legato in sostituzione di legittima, secondo la giurisprudenza, non è sufficiente la mera disposizione di legato fatta al legittimario, ma occorre la manifestazione di una volontà satisfattiva non equivoca, espressa o risultante dal complesso delle disposizioni testamentaria. In difetto la disposizione è da considerare legato in conto di legittima⁸³.

⁸⁰ MENGONI L., *Successioni per causa di morte, Parte speciale, Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XLIII, t. 2, Milano, 1967, pagg. 390 e ss.].

⁸¹ MESSINEO, *Manuale cit.*, vol. VI, pag. 531.

⁸² CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 488.

⁸³ CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 489. Per la posizione della giurisprudenza, recente, Cass. civ. 9 settembre 2011 n. 18583, in *Riv. notar.*, 2012, f. 2, 461.

Invero, sembra preferibile aderire alla prima opinione, non solo per il dato letterale, difficilmente estendibile, del comma 1 dell'art. 550 cod. civ., ma anche perché il comma 2 sembra riferirsi ad un'ipotesi più specifica, ossia quella in cui il legato sulla nuda proprietà intacca la nuda proprietà della legittima⁸⁴. La "stessa scelta" che spetta ai legittimarî (di dare esecuzione o meno alla disposizione di nuda proprietà), di cui all'art. 550 cod. civ., non può che essere rapportata al legittimario in quanto erede accettante⁸⁵. Insomma, l'art. 550 cod. civ. presuppone l'istituzione di erede.

Senza poterci ulteriormente addentrare nella questione, se si applica l'art. 551 cod. civ. il legatario (legittimario) conseguendo il legato rimane legatario e subisce il peso imposto dell'usufrutto.

Si tratta di un modo particolare di atteggiarsi della imposizione, da parte del testatore, di un peso al legatario, sia pure come legittimario.

Se, invece, si ritiene applicabile l'art. 550 cod. civ., il legittimario, conseguendo la piena proprietà della legittima, diventa erede e, quindi, la fattispecie non riguarderebbe il nostro campo d'indagine, che su concentra sul legatario.

3.4. (*segue*) Presunzione di legato ed usufrutto universale nelle esperienze giuridiche europee.

Indubbiamente l'interpretazione della volontà testamentaria può risultare in alcuni casi non facile.

Nel nostro ordinamento manca una norma che preveda una presunzione a favore della figura del legato. Tale norma esiste, invece, nell'ordinamento tedesco. In particolare il § 2087 BGB prevede che se il testatore ha attribuito al beneficiario il suo patrimonio o una sua quota, allora la disposizione è da considerare come istituzione di erede, anche se il destinatario non è indicato come erede. Prosegue il § 2087 al capoverso, se vengono attribuite solo singole cose, allora nel dubbio non bisogna interpretare che debba essere erede, anche se è stato indicato come erede⁸⁶.

⁸⁴ MESSINEO, *op. ult. cit.*, pag. 532.

⁸⁵ MENGONI, *op. ult. cit.*, pag. 391.

⁸⁶ Testualmente il § 2087 BGB:

(1) *Hat der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchteil seines Vermögens dem Bedachten zugewendet, so ist die Verfügung als Erbeinsetzung anzusehen, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist.*

(2) *Sind dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet, so ist im Zweifel nicht*

Nel nostro ordinamento si è, tuttavia, argomentando che, pur in assenza di una presunzione, la circostanza che occorra provare la precisa intenzione del testatore di attribuire una quota dell'eredità, dovrebbe far pensare che anche nel nostro ordinamento viga un normale criterio di interpretazione a favore del legato, con la possibilità di superarlo, provando appunto la speciale intenzione del testatore⁸⁷.

Storicamente, d'altra parte, l'art. 141 del progetto preliminare del nuovo codice del '42 prevedeva, al contrario, espressamente che "in caso dubbio della disposizione testamentaria il chiamato è considerato erede". Tale presunzione, venne tuttavia, soppressa e non ve ne è traccia dell'art. 131 del progetto definitivo, perché ritenuta contrastante col principio che l'attribuzione di bene determinati sia di regola un legato⁸⁸.

Anche nell'ordinamento austriaco manca una norma come quella dell'BGB e, del pari, si ritiene operante comunque una presunzione a favore del legato: nei casi dubbi l'attribuzione di cose o diritti deve ritenersi un legato⁸⁹.

Per quanto riguarda l'usufrutto universale, a livello europeo generalmente si ritiene debba qualificarsi come legato.

Iniziando dalle soluzioni positive del legislatore, il Codice Civile della Confederazione Elvetica, adottato il 10 dicembre 1907 ed entrato in vigore dal 1912, considera espressamente l'usufrutto generale come un legato all'art. 484 comma 2. A mente di tale norma, il testatore può assegnare al legatario una determinata cosa spettante all'eredità, o l'usufrutto dell'eredità o di una sua parte.

anzunehmen, dass er Erbe sein soll, auch wenn er als Erbe bezeichnet ist.

⁸⁷ TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 609; GANGI, *Successioni cit.*, vol. 1, pag. 383; GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 728; BONILINI – BASINI, *op. cit.*, pag. 27; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 46.

In giurisprudenza, *contra* Trib. Roma 12 febbraio 2003, in *Arch. Civ.*, 2004, 488: *qualora il testatore abbia disposto di alcuni suoi beni con clausole testamentarie atecniche, per appurare se trattasi di chiamata in successione a titolo universale o particolare, occorre vagliare tali disposizioni e, nel dubbio circa la natura giuridica del lascito di beni determinati, si deve propendere per la vocazione a titolo universale, posto il carattere residuale della qualità di legatario*.

⁸⁸ Per tale prima ricognizione storica, GANGI, *La successione testamentaria cit.*, v. 1, pagg. 364-365.

⁸⁹ KRALIK W., *Erbrecht*, Wien, 1983, pag. 204; APATHY P., *Kommentar zu §§ 531-694 ABGB* (Koziol, Bydlinski, Bollenberger Hrsg.), Wien, 2007, pag. 506; GRUBER M. – SPROHAR-HEIMLICH H. – SCHEUBA E-, *Erbeinsetzung und Vermächtnis*, in *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, (GRUBER M., KALSS S., MÜLLER K., SCHAUER M. hrsg), Springer Wien New York, 2010, pagg. 490-491.

Diversamente nell'ordinamento francese, ove l'usufruttuario della totalità di beni ereditari è considerato successore a titolo universale. MALAURIE P. – AYNÈS L., *Le successions, les libéralités*, 4^o édition, Defrènois, 2010, pag. 292; SÈRIAUX A., *Les successions, Les libéralités*, puf, 1993, pag. 169.

Va, peraltro, segnalato che il Codice Civile svizzero fu ripreso praticamente integralmente nel 1926 dalla Turchia (e riformato nel 2001).

Il Codice Elvetico è stato influenzato dal *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) tedesco, il quale, però, non contiene una specifica previsione sull'usufrutto generale. Tuttavia, è opinione dominante tra gli Autori che vada considerato come legato.

Potrebbe essere interessante domandarsi come interpretare la scheda testamentaria di un cittadino italo-svizzero, con riferimento al legato di usufrutto.

In particolare, fermo che non interessa il caso di successione/testamento sottoposto ad una legge diversa da quella italiana, se l'utilizzo di espressioni tecniche è, di regola, irrilevante nel processo di qualificazione delle disposizioni e nell'attribuzione della qualità di erede o di legatario, non si può escludere che tale utilizzo possa acquistare spazio, se il testatore fosse persona esperta e avesse padronanza dei concetti giuridici (cfr. supra nota 33). Si badi che, in tal caso, nell'interpretazione diverrebbe punto di riferimento non la normativa straniera (svizzera) in quanto tale, ma la conoscenza che di essa aveva il testatore nel redigere la scheda testamentaria, dunque sempre e comunque in ultima analisi la sua volontà.

4. Legatario: struttura, funzione e disciplina. Legato come peso dell'eredità.

La parola "legato" ha essenzialmente due accezioni: una identifica l'atto di attribuzione *mortis causa* ovvero il negozio o la dichiarazione che costituisce il fondamento della chiamata; l'altra indica il titolo di colui che acquista, ossia il tipo di successione a causa di morte.

Sotto quest'ultimo aspetto, è affermazione ricorrente che il legatario sia un successore a titolo particolare *mortis causa*, ovvero, come detto, comprendente ogni acquisto che non abbia il carattere della universalità. L'espressione è utile e chiara, a condizione di essere consapevoli della sua parzialità.

Invero, la formula deve essere subito specificata ed integrata, in quanto non comprende tutti gli aspetti del fenomeno successorio. Essa è pienamente riferibile alle ipotesi tipiche, classiche, normali, nelle quali il legato si sostanzia nell'attribuzione della titolarità di un dato bene (o di alcuni beni determinati) già del *de cuius*. In tali casi "normali" si è in presenza, effettivamente, di un'immediata successione tecnica nel diritto.

Detto altrimenti, mentre l'istituzione di erede comporta sempre una successione (a titolo universale) dell'erede al defunto, il legato comporta una successione (a titolo particolare) del legatario al *de cuius* solo quando l'oggetto del legato sia una cosa individualmente determinata o un diritto appartenente al testatore al momento della sua morte.

Il nostro ordinamento prevede, infatti, numerose ipotesi di legato al di fuori del concetto tecnico di successione. Se, di regola, la disposizione a titolo particolare attua una successione (ad esempio legando la titolarità proprietaria di un certo bene), nondimeno vi possono essere ipotesi nelle quali non si verifica una successione in senso proprio, come nel caso di legato di contratto, piuttosto che di legato di rimessione di un debito, di legato di cosa che non appartiene al *de cuius* o che appartiene al legatario⁹⁰.

In questi casi non ricorre il concetto tecnico di successione, poiché il diritto viene acquistato *ex novo* o, comunque, l'acquisto non è collegato da un nesso di derivazione immediata dalla posizione giuridica del testatore. Difetta il requisito della "medesimezza del diritto", essenziale nel concetto tecnico di successione⁹¹.

Da questo punto di vista, correttamente il Codice non definisce direttamente il legato, ma utilizza la tecnica definitoria residuale o in negativo, in forza della quale è legato ogni acquisto *mortis causa*, che non rientri nella figura dell'acquisto a titolo di erede (art. 588 cod. civ.).

In effetti, il legatario può subentrare in un diritto che, per volontà del testatore o per legge, non fa parte di quanto va in capo all'erede: ciò nondimeno, è legatario anche colui al quale viene attribuito un diritto estraneo alla massa ereditaria (c.d. legato di cosa altrui, delineato all'art. 651 cod. civ.).

⁹⁰ GIORDANO – MODELLO, *op. cit.*, pagg. 721-722; GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pagg. 36 e ss.; CAPOZZI, *op. cit.*, t. 1, pag. 72; BARBERO, *op. cit.*, pagg. 861-862; BONILINI G. - BASINI G.F., *op. cit.*, pagg. 19-20; BONILINI, *Concetto cit.*, pag. 9, il quale evidenzia come il concetto tecnico di successione lascia il posto ad un concetto economico di successione, "nel senso che il diritto attribuito al legatario trova pur sempre, sullo sfondo, il patrimonio del testatore, da cui dipende la sua esecuzione"; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. II, Milano, 1964, pagg. 36 e ss.; AZZARITI G., *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, pagg. 475-476; BALDISSERUTTO G. - BELLONI PERESUTTI G.P. – GIACOMELLI U. - MAGAGNA M. – VINCENTI U.- ZANON U., *op. cit.*, pag. 14 nota n. 30; PEREGO, *I legati*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol.6, Torino, II ed., 1997, pag. 195; CAMPAGNOLO R., *Le successioni mortis causa*, Torino, 2011, pag. 563.

⁹¹ GIORDANO – MODELLO, *op. cit.*, pag. 722; PUGLIATTI S., *Acquisto del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, pag. 513 e ss.].

Nei casi nei quali il legato non importa una successione a titolo particolare, difettando il nesso di derivazione immediata dalla posizione del *de cuius*, il concetto tecnico-giuridico di successione sfuma e lascia il posto ad un concetto economico di legato, inteso come attribuzione che deve pur sempre trovare riscontro nel patrimonio del testatore e dal quale dipende la sua esecuzione⁹².

Pertanto, il legato può essere passato, economicamente, come un onere o un debito dell'eredità, non a caso parlando anche la legge di erede "onerato" (art. 649 comma 3 cod. civ.)⁹³.

Invero, il legatario è trattato dal legislatore in diversi modi, ora come successore, ora come donatario rinviando alle norme sulla donazione, ora alla stregua di un creditore dell'ereditando⁹⁴.

Anche dal punto di vista tributario il legato si configura come un peso per gli eredi, tenuti al pagamento dell'imposta di successione: l'art. 8 comma 3 D.Lgs. 31 ottobre 1990 n. 346 prevede che il valore dell'eredità e/o delle singole quote è determinato *al netto dei legati* (e degli altri oneri) che le gravano.

Pertanto, il legato tende ad essere configurato come un peso, una passività, un debito per l'eredità.

Portato all'estrema conseguenza, tale approccio ha finito anche per negare l'esistenza di un ulteriore tipo di successione oltre a quella universale, unica e vera successione in senso tecnico⁹⁵.

L'avvicinamento della figura del legatario alla figura del creditore ereditario, tuttavia, non rende assolutamente identiche e sovrapponibili le rispettive situazioni

⁹² BONILINI – BASINI, *op. cit.*, pag. 20.

⁹³ BARBERO, *op. cit.*, pag. 862 e pag. 997; GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pag. 95.

⁹⁴ Chiaramente il legatario, *in primis*, è chiamato alla successione, tanto che ai sensi dell'art. 623 cod. civ. gli deve essere data notizia delle disposizioni testamentarie che lo riguardano al pari di un erede, ai sensi dell'art. 625 cod. civ. si possono correggere gli errori di indicazione; ai sensi dell'art. 554 cod. civ. le disposizioni che eccedono la quota disponibile si riducono senza distinzione tra eredi e legatari.

Altre volte, il legatario è trattato come un creditore. Basti pensare, come vedremo meglio in seguito, alle norme in materia di accettazione con beneficio di inventario (art. 495 cod. civ.) e di eredità beneficiata (art. 530 cod. civ.), piuttosto che al dover chiedere il possesso ex art. 649 cod. civ. della cosa legata.

Altre volte ancora, al legatario vengono applicate le norme sulle donazioni (ad esempio, l'art. 560 cod. civ. sulla riduzione delle disposizioni lesive che riguardino beni immobili). TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 609; AZZARITI, *Le successioni e donazioni cit.*, Padova, pag. 487.

⁹⁵ MENGONI, *La divisione cit.*, pag. 10-11; STOLFI G., *Note sul concetto di successione*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1949, 538.

giuridiche. Come vedremo nel prosieguo, i diritti del legatario sono post-posti a quelli dei creditori ereditari, nei casi di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario (art. 495 cod. civ.), piuttosto che nel caso di separazione dei beni (art. 514 cod. civ.).

D'altra parte, il nome "creditore" è riservato a colui che ha un titolo fra vivi, mentre il legato, quand'anche si risolve in un diritto di credito, ha titolo *mortis causa*, con la conseguenza che tale carattere determinerà la prevalenza del primo tipo di titolo sul secondo, non potendosi, appunto, compiere atti di generosità se prima non si ha saldato i propri debiti. Il legatario non è terzo rispetto ai creditori⁹⁶.

Come già anticipato, la differenza tra erede e legatario non è meramente quantitativa, ma qualitativa e di natura, svolgendo il legato una funzione che non è quella di dare al defunto un successore alla sua posizione giuridica oggettivamente immutata, ma di favorire una persona o comunque di perseguire un interesse "alieno" all'esigenza di rilevanza generale che trascende gli interessi privati (ossia impedire la vacanza di titolarità di quei rapporti che non si estinguono con la morte del titolare, quindi garantire la certezza dei rapporti giuridici e la pace sociale). Nel legato sfuma questa dimensione pubblicistica, che connota l'istituzione di erede, a favore della volontà del testatore e dell'autonomia privata di disporre dei propri beni, di imporre obblighi e costituire diritti in modo ampio⁹⁷.

L'interesse del testatore non si limita a dare assetto alle proprie sostanze per il tempo in cui non sarà più, ma può involgere l'interesse a beneficiare taluni soggetti mediante attribuzioni successorie di segno positivo, definibili *liberalità successorie*, non sorrette tuttavia dal medesimo spirito di liberalità che contraddistingue la donazione, quanto meno perché il testatore non subisce l'attualità dello spoglio, ma pone in essere una programmazione, e che, senza il legato, dette attribuzioni successorie andrebbero a favore dell'erede.

La differente posizione del legatario rispetto a quella dell'erede è rivelata anche dalla diversa disciplina.

Basti in questa sede accennare alla circostanza che il legato si acquista *ipso iure* al momento dell'apertura della successione (salvo sottoposizione della disposizione a condizione sospensiva o termine iniziale) senza bisogno di accettazione, salva rinuncia (art. 649 cod. civ.), norma giustificata dalla regola che il

⁹⁶ BARBERO, *op. cit.*, pag. 999; GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 735.

⁹⁷ BARBERO, *op. cit.*, pagg. 859-862; GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 722; BONILINI, *Nozioni cit.*, pag. 7; TATARANO, *op. cit.*, pag. 3.

legatario non risponde dei debiti ereditari e non è quindi esposto al rischio di una perdita economica (art. 756 cod. civ., come vedremo meglio nel paragrafo successivo)⁹⁸, diversamente dall'erede, che può accettare e risponde illimitatamente anche con il proprio patrimonio dei debiti ereditari, salvo abbia accettato con beneficio di inventario.

Non è consentito apporre un termine all'istituzione di erede (art. 637 cod. civ.).

Sotto altro aspetto, il legatario deve domandare all'erede il possesso della cosa legata, anche quando ne fosse stato espressamente dispensato dal testatore, sempre in forza dell'art. 649 codice civile⁹⁹.

⁹⁸ TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 615-616.

⁹⁹ Se l'acquisto di diritto è comune a qualsiasi specie di legato, occorre distinguere circa il passaggio della cosa legata dal testatore al legatario.

Nel legato di specie (l'oggetto del legato è una cosa o diritti determinati del testatore) la proprietà o il diritto si trasmettono *recta via*, direttamente ed immediatamente dal testatore al legatario. In tal caso, il legato non ha efficacia obbligatoria, ma reale, non occorrendo un apposito negozio di trasmissione dall'onerato all'onorato.

Nel legato di genere l'acquisto del legato fa sorgere un diritto di credito in capo al legatario verso l'erede o l'onerato.

In tutti i casi, ad ogni modo, il legatario deve domandare all'onerato il possesso della cosa legata, anche quando ne sia stato espressamente dispensato dal testatore (art. 649 ultimo comma cod. civ.).

Tecnicamente, infatti, se il passaggio di proprietà avviene per i legati di specie direttamente ed immediatamente, una simile trasmissione di diritto non ha luogo in relazione al possesso, che è passato all'erede. Invero, poi, il possesso va richiesto all'onerato, non all'erede in sé, previsione questa coerente con l'esigenza di garanzia delle eventuali ragioni dell'onerato verso disposizioni invalide: GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 749.

È discusso se il legatario debba chiedere il possesso della cosa legata anche nell'ipotesi che la possieda già ad altro titolo (ad esempio, a titolo di comodato o locazione). Appare preferibile la tesi secondo la quale il legatario debba comunque richiedere il possesso, considerando, oltre che l'inderogabilità della norma, che si tratta di situazioni diverse e che possono rimanere distinte, ad esempio nel caso in cui il legatario volesse rinunciare al legato, ma continuare a possedere il bene in forza del contratto di comodato. In tal senso, non si può non ricollegare all'obbligo di chiedere il possesso all'onerato un'esigenza di tutela dell'erede. AZZARITI, *Successioni e donazioni cit.*, Padova, pag. 486; MASI, *Dei legati*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, *Libro secondo: Successioni*, art. 649-673, Bologna-Roma, 1979, pag. 31-32; GIORDANO- MONDELLO, *op. cit.*, pag. 749; GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pagg. 129 e 132-133.

Contra, BIANCA, *op. cit.*, pag. 694-695 MESSINEO, *op. cit.*, pag. 501; CARAMAZZA, *op. cit.*, pag. 347. In passato la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi nel senso della non necessità di richiesta del possesso nel caso il legatario fosse già nel possesso della cosa legata: Cass. civ. 10 giugno 1968 n. 1799, in *Mass. Foro it.*, 1968; Cass. civ. 3 ottobre 1957 n. 3595, in *Foro pad.*, 1958, I, 166.

Nel caso in cui, poi, la cosa si trovasse in possesso di un terzo, il legatario, anche fosse a conoscenza di ciò, dovrebbe sempre rivolgersi all'onerato. AZZARITI, *op. ult. cit.*, pag. 487 nota n. 3; GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pagg. 129 e 132-133; MASI, *op. cit.*, pag. 33.

Contra in giurisprudenza, Trib. Roma 13 giugno 2000, in *Arch. civ.*, 2001, 989, secondo cui *qualora venisse lasciata, in legato di specie, la proprietà di un bene, che si trovi nella disponibilità di un*

Quanto alla *ratio* dell'obbligo per il legatario di chiedere all'onerato il possesso della cosa legata, essa può essere rintracciata non solo e non tanto nel principio generale che il possesso di tutti i beni ereditari passa dal defunto all'erede, quanto anche nell'interesse dell'erede stesso (magari anche quale legittimario) a trattenere la cosa legata almeno fin quando non sia accertata la validità del legato, nonché, in generale, in relazione ad un'eventuale riduzione a tutela della quota di riserva¹⁰⁰.

Del pari, il legatario non è tenuto alla collazione; non succede di diritto nel possesso dei beni ereditari; non partecipa, di regola, alla comunione ereditaria e non ha il diritto di chiedere la divisione.

Si può, poi, ricordare che l'erede continua il possesso del defunto (art. 1146 comma 1 cod. civ.), mentre il legatario inizia un nuovo possesso (art. 1146 comma 2 cod. civ.).

A livello tributario, gli eredi sono obbligati in solido al pagamento dell'imposta di successione, mentre il legatario è tenuto solo al pagamento dell'imposta relativa ai rispettivi legati (art. 36 D. lgs. 31 ottobre 1990 n. 346).

Non si deve, poi, dimenticare la netta distinzione sul piano degli effetti tra legato e successione a titolo di erede, sotto un duplice profilo¹⁰¹.

terzo, il legatario può agire per la consegna nei confronti del detentore "sine titulo", non rilevando l'obbligo di richiedere all'erede il possesso della cosa legata.

Infine, per il caso che il legatario non chieda nel termine ordinario di prescrizione il possesso della cosa legata, si è affermato che egli non perde il diritto a conseguirlo, in quanto la sua inerzia non incide sull'acquisto del diritto che opera di diritto, con la precisazione che, se l'onerato abbia alienato a terzi la cosa oggetto di legato, costui può usucapire ed il legatario avrebbe contro di lui un'azione per l'indennizzo: AZZARITI, *op. ult. cit.*, pag. 487.

In Giurisprudenza, *poiché il legato si acquista senza bisogno di accettazione, non viene a crearsi rispetto alla condizione giuridica del bene o del diritto che ne è oggetto quella situazione di incertezza o, comunque, di pendenza che caratterizza l'eredità fino alla accettazione del chiamato e per far cessare la quale il legislatore ha previsto la prescrizione del diritto di accettazione, nonché l'"actio interrogatoria" ex art. 418 c.c.; nè è configurabile, alla stregua dell'art. 649, comma 3 c.c., un diritto autonomo, soggetto a prescrizione, a richiedere il possesso della cosa legata, configurandosi tale richiesta come un onere del beneficiario, rispetto al quale è estranea la prescrizione, che colpisce, a norma dell'art. 2934 c.c., i diritti soggettivi; ne consegue che nel caso in cui il legato abbia per oggetto un diritto non soggetto a prescrizione, come il diritto di proprietà su di un bene, il beneficiario non perde la (non esercitata) facoltà di chiederne la consegna nei confronti del detentore, sia esso o no l'erede, fino a quando non abbia perso il diritto di proprietà in conseguenza del suo acquisto da parte di un terzo secondo uno dei modi stabiliti dalla legge (Cass. civ., sez. II, 28 maggio 1993 n. 5982, in Nuova giur. civ. commentata, 1994, I, 729).*

¹⁰⁰ GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pagg. 128-129; MASI, *op. cit.*, pagg. 29-31; GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 749.

¹⁰¹ TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 609; BONILINI – BASINI, *op. cit.*, pag. 25.

In primo luogo, la capacità espansiva, ossia l'idoneità a comprendere nell'acquisto ereditario anche elementi patrimoniali non previsti o addirittura inesistenti al momento della confezione del testamento, è esclusiva della successione a titolo di erede¹⁰².

In secondo luogo, radicalmente differente è la responsabilità per i debiti ereditari, illimitata eventualmente *pro quota* per gli eredi, come vedremo nel paragrafo successivo.

Da ultimo e solo per completezza, si può solo accennare alla differenza tra la figura del legato e quella dell'onere o *modus*.

Il modo viene definito tradizionalmente come un peso o una clausola accidentale (ed accessoria, per i più), consistente in una limitazione patrimoniale ad una disposizione testamentaria o ad una donazione (art. 647 e 793 cod. civ.) in forza di un motivo particolarmente rilevante: è una prestazione di dare, fare o non fare imposta al beneficiario dell'atto di liberalità¹⁰³.

L'onere può avere un beneficiario determinato e, in tal caso, presenta forti analogie con il legato, ponendo, talvolta, problemi di interpretazione del testamento.

Di regola, il *discrimen* lo si può individuare in relazione al soggetto il cui interesse è stato preso in considerazione dal testatore: nel legato il beneficiario è sempre persona determinata o determinabile; nel modo, invece, sono genericamente individuabili i soggetti ai quali può andare a beneficio.

Detto altrimenti, nel legato la volontà testamentaria tende a conferire in via principale e diretta un vantaggio economico al destinatario; nel modo il vantaggio economico ad un soggetto è solo eventuale e comunque secondario (il *modus* soddisfa un interesse del testatore, quindi il vantaggio conseguito dal terzo è strumentale)¹⁰⁴.

¹⁰² TRABUCCHI, *Legato cit.*, pagg. 609-610; BONILINI – BASINI, *op. cit.*, pag. 25, con la conseguenza che dovrebbe considerarsi legato il lascito di una quota di beni individuati con espressa esclusione dell'estensione ad altri beni.

¹⁰³ CICU, *Il testamento*, Milano, 1947, pag. 206; MESSINEO, *op. cit.*, pagg. 190 e ss.; CARAMAZZA, *op. cit.*, pagg. 308-309. Circa il dibattito sulla natura accessoria o meno del *modus*, si veda *supra* nota n. 29.

¹⁰⁴ BONILINI, *Nozioni cit.*, pag. 142; BONILINI – BASINI, *op. cit.*, pag. 20-23; MUSOLINO G., *Sublegato e legato modale: i limiti ex lege agli obblighi imposti al legatario*, in *Riv. Notariato*, 2008, f. 4, 936 e ss.; CARAMAZZA, *op. cit.*, pagg. 310 e ss.; CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 904; ZATTI, *op. cit.*, pag. 1167.

In giurisprudenza, secondo Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 1983 n. 812, in *Giust. Civ. mass.*, 1983, f. 1, *la natura di legato di una disposizione testamentaria non è esclusa per il fatto che esso sia gravato di un onere che assorba per intero il valore dei beni legati, poiché l'unico limite previsto dalla legge è*

Questa differenza spiega la diversa disciplina in ordine all'azione di adempimento: essendo il legato volto principalmente a beneficiare il legatario, la sua esecuzione è questione che riguarda solo l'avente diritto (in caso di inadempimento, il legatario è il solo legittimato ad agire nei confronti dell'obbligato); la mancanza di un beneficiario diretto spiega, invece, la regola che legittima qualsiasi interessato ad agire per l'adempimento dell'onere.

5. Le obbligazioni successorie: la posizione dei successori nei confronti del passivo ereditario, con particolare riferimento al legatario. Regola generale e sue eccezioni.

Nell'eredità possono esservi compresi, in diversa misura, non solo diritti o poste attive, ma anche obblighi o poste passive, di diversa natura:

1. vi possono essere i veri e propri debiti ereditari, ossia quelli contratti dal *de cuius* (*Erblasterverbindlichkeiten* per usare la terminologia germanica);
2. vi sono i debiti dell'eredità (*Erbfallsverbindlichkeiten*), come i costi per l'inventario, le spese funerarie, le imposte di successione, precisando così la distinzione tra pesi ereditari, che sorgono in conseguenza dell'apertura della successione, e i debiti esistenti in capo al *de cuius*, entrambi gravanti sugli eredi per effetto dell'acquisto dell'eredità e concorrendo a costituire il passivo

riferito alla responsabilità del legatario, il quale è tenuto ad eseguirlo solo nei limiti del valore della cosa legata (art. 671 c.c.). Pertanto, anche se la disposizione testamentaria imponga all'onerato l'obbligo di destinare l'intera somma legata alla erezione di una fondazione avente gli scopi indicati dal testamento, essa comporta sempre un'autonoma e diretta attribuzione patrimoniale a favore del legatario, il quale, perciò, è il solo avente causa del de cuius, mentre la fondazione da costituire, pur essendole attribuita l'intera somma legata, è semplicemente destinataria di una liberalità indiretta, che consegue attraverso un'obbligazione imposta all'onerato ed è, quindi, avente causa di quest'ultimo e non del testatore.

Invero sono state formulate anche altre teorie.

Vi è la teoria dell'acquisto diretto ed indiretto, che valorizza la volontà del testatore, a seconda che questi abbia voluto far acquistare direttamente (legato) o indirettamente (*modus*) al beneficiario l'attribuzione patrimoniale. TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 610, che parte dal riconoscere il legato come diretta disposizione di carattere successorio, quindi la determinatezza del beneficiario, dunque, infine, carattere principale e non accessorio. In giurisprudenza, Cass. 13 marzo 1970 n. 645, in *RFI*, 1970, voce *Successione*, c.2357, n. 36.

Si è proposto anche di fare riferimento alla natura autonoma o non autonoma della disposizione, nel senso che il legato, quale atto autonomo, è indipendente dall'eventuale istituzione di erede, mentre l'onere sarebbe clausola accessoria, dipendente dal negozio cui accede. CICU, *Testamento cit.*, pag. 206; GANGI, *La successione cit.*, vol. 2 pagg. 34 e ss., che non manca di sottolineare che il legato è una disposizione autonoma consistente in un'attribuzione patrimoniale a favore di persona determinata.

ereditario¹⁰⁵; in tale categoria rientrano anche i rapporti di natura ereditaria e familiare che sorgono in occasione della successione (diritti alla quota di legittima, diritti del coniuge e dei figli)¹⁰⁶, ossia le c.d. obbligazioni successorie *ex lege* (si pensi anche ai conguagli dovuti *ex lege* nei rapporti tra conviventi, art. 728 cod. civ., al diritto di prelazione del coerede previsto dall'art. 732 cod. civ.)¹⁰⁷;

3. bisogna, poi, considerare l'insieme di diritti e doveri che perdurano (ad esempio derivanti da un contratto di locazione) e sorgono fino alla morte del *de cuius* (*Dauerschuldverhältnisse* contrapposti ai *Zielschuldverhältnisse* di cui ad esempio da un contratto di vendita), dei quali l'erede egualmente risponde illimitatamente come per un debito proprio quando subentra al *de cuius*.

Bisogna, poi, dare atto che nel nostro ordinamento conosciamo anche un piccolo e residuale gruppo di "obbligazioni successorie assistenziali", come l'assegno di cui all'art. 580 cod. civ. al figlio naturale non riconoscibile oppure l'assegno al coniuge separato con addebito (art. 548 comma 2 cod. civ.) e all'ex coniuge divorziato (art. 9 bis della legge sul divorzio). Queste si differenziano dalle precedenti obbligazioni

¹⁰⁵ Cass. 3 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 1843; CAMPAGNOLO, *op. cit.*, pag. 652; FERRI L., *Successioni in generale*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, *libro II*, art. 512-535, Bologna-Roma, 1970, pag. 23; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 24-25.

Per il riferimento alla terminologia e disciplina austriaca, LINDER F., *Erbenhaftung*, in *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, (GRUBER M., KALSS S., MÜLLER K., SCHAUER M. hrsg), Springer Wien New York, 2010, pag. 320 ed è da notare che per gli obblighi di mantenimento (*Unterhaltsschulden*) la responsabilità è limitata al valore del lascito (*stets nur wie ein bedingt erbserklärter Erbe*), ossia come se l'erede avesse effettuato una forma di *Erbserklärung* con riserva (*bedingt*), una sorta di accettazione con beneficio di inventario nel nostro ordinamento. KRALIK W., *Das Erbrecht*, in *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (Ehrenzweig hrsg), 4. Buch, Wien, 1983, 346-347.

Per l'ordinamento tedesco, STÜRNER R., *BGB Kommentar*, JAUERNIG O. Hrsg., 10. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2003, pag. 1676., che distingue *Erblässerschulden*, *Erbfallschulden* e *Erbschaftsverwaltungsschulden*.

¹⁰⁶ KRALIK, *op. cit.*, pag. 347.

¹⁰⁷ Vi sarebbe anche da ricordare la responsabilità dell'esecutore testamentario prevista dall'art. 709 comma 2 cod. civ., ove la colpa è da ricollegare all'art. 703 comma 4 cod. civ., in forza del quale l'esecutore testamentario deve amministrare con la diligenza del buon padre di famiglia. La sua responsabilità non è ristretta al caso in cui abbia l'amministrazione della massa ereditaria, ma risponde per colpa anche con riguardo all'espletamento degli incarichi non connessi con la gestione del patrimonio ereditario e con riguardo all'infedele adempimento dell'incarico testamentario di procedere alla divisione dei beni.

Invero, tale regola pur speciale dovrebbe coordinarsi con le regole generali, in quanto compatibili, trattandosi pur sempre di obbligazione conseguenza di un comportamento dannoso.

dell'eredità, in quanto trovano titolo nella legge e si costituiscono *ex novo* con l'apertura della successione in capo agli interessati, oltre che essere sorrette da specifiche esigenze assistenziali e da un particolare rapporto instauratosi *ante mortem* tra il *de cuius* e il destinatario.

Un'ultima categoria la possiamo individuare nelle obbligazioni testamentarie propriamente dette, ovvero quelle nascenti *ex novo* da una disposizione del *de cuius* (legato, sub-legato, *modus*, oppure le obbligazioni c.d. secondarie o accessorie previste dagli artt. 664 e 665 cod. civ. in ordine alla scelta della cosa legata, e dall'art. 672 cod. civ. in ordine al pagamento delle spese per l'esecuzione della prestazione principale)¹⁰⁸.

Nel nostro ordinamento la disciplina sui debiti ereditari è contenuta negli artt. 752-756 cod. civ., oltre che in alcune disposizioni sulle fasi della divisione (in particolare sul concreto riparto dei debiti fra i condividenti, cfr. artt. 719 e 723).

A' sensi dell'art. 752 cod. civ., i debiti e i pesi dell'eredità gravano sugli eredi, i quali rispondono senza vincolo di solidarietà e in ragione delle quote loro attribuite¹⁰⁹. Tale principio della limitazione della responsabilità per debiti non opera nel caso che

¹⁰⁸ Diffusamente sul tema delle obbligazioni testamentarie, BONILINI G., *Le obbligazioni di fonte successoria*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009, pagg. 475 e ss.].

¹⁰⁹ La norma fa salva la possibilità per il testatore di disporre diversamente, quindi ripartire diversamente l'onere del pagamento di uno o più debiti (s'intende sempre salvo il rispetto della quota di legittima). Si ritiene che tale disposizione abbia valore nei soli rapporti interni tra i coeredi e non nei confronti dei creditori, i quali potranno agire in giudizio per ottenere il soddisfacimento del proprio credito verso ogni coerede ciascuno in proporzione della rispettiva quota. Cionondimeno, ove il testatore avesse disposto in favore dei creditori la solidarietà passiva tra i coeredi, si potrebbe agire per l'intero nei confronti di ciascuno dei coeredi. CAMPAGNOLO, *op. cit.*, pag. 652. *Infra* § 5.2.

In giurisprudenza, la clausola di un contratto concluso dal "de cuius" in un contratto riconducibile alla norma dell'art. 1341 cod. civ. (nella specie un contratto di conto corrente bancario), con la quale si pattuisce che per le obbligazioni derivanti dal contratto siano solidalmente responsabili gli eredi del debitore, non può ritenersi di natura vessatoria, non rientrando fra quelle tassativamente indicate dall'art. 1341 cod. civ., giacché, se da un lato la deroga a un principio di diritto non costituisce parametro di configurazione delle clausole vessatorie, dall'altro la ripartizione dei debiti fra gli eredi è prevista dalla disposizione dell'art. 752 cod. civ. "salvo che il testatore abbia disposto diversamente", potendo il debitore apporre ai suoi beni i carichi che più gli aggradano, salva agli eredi la facoltà di sottrarsi a quei vincoli, rinunciando all'eredità o accettandola con il beneficio d'inventario (Cass. sez. II, 7 aprile 2005 n. 7281, in *Riv. notariato*, 2006, 557, nonché Corte d'App. Napoli, 6 maggio 2002, in *Nuovo dir.*, 2002, 858 e Cass. sez. II, 25 ottobre 2000 n. 14063, in *Giust. Civ. mass.*, 2000, 2176).

l'obbligazione abbia ad oggetto una prestazione indivisibile *ex art. 1316 cod. civ.*¹¹⁰. Naturalmente vi è sempre la possibilità, per gli eredi, di limitare l'adempimento del passivo all'attivo ricevuto mediante l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario.

In forza dell'art. 756 cod. civ. i debiti ereditari, invece, di regola non gravano sul legatario: la norma, infatti, sancisce che il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditari, salve le eccezioni che vedremo di seguito.

Il legatario non è erede, ma avente causa, poiché succede a titolo particolare, peraltro in forza di un atto di liberalità successoria; come tale, egli non risponde, di regola, dei debiti ereditari, neppure entro i limiti dei beni attribuitigli ed, in genere, non è investito della c.d. rappresentanza ereditaria (attribuita, invece, all'erede)¹¹¹.

Di più. Il legatario può essere soggetto ai pesi imposti sul legato, tuttavia in questo caso risponde *intra vires*, ovvero nei limiti del valore di quanto ricevuto¹¹². L'art. 671 cod. civ. sancisce, infatti, che il legatario è tenuto all'adempimento del legato e di ogni altro onere a lui imposto entro i limiti del valore della cosa legata.

Questa diversa posizione rispetto al passivo ereditario costituisce una conseguenza importante che differenzia la figura dell'erede da quella del legatario, differenza che attiene alla diversità funzionale e strutturale della successione a titolo universale e quella a titolo particolare: la successione a titolo universale ha il precipuo scopo di assolvere all'oggettivo interesse (anche della comunità) di assicurare la continuità della titolarità dei diritti dal *de cuius* all'erede e, quindi, la certezza dei traffici.

Pertanto, salvi ad esempio e come vedremo gli effetti della separazione e del beneficio di inventario, i beni, oggetto di legato, sfuggono alla responsabilità per debiti, che inerisce ai beni ereditari e che incombe sull'erede.

¹¹⁰ CAPOZZI, *op. cit.*, t. 2, pag. 1327; PATTI S., *I debiti*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 20098, pagg. 453 e ss.; CAMPAGNOLO, *op. cit.*, pag. 654, che ricorda ulteriori deroghe, ossia quando uno dei coeredi posseda il singolo bene oggetto del debito (art. 1315 cod. civ. a mente del quale "il beneficio della divisione non può essere opposto da quello tra gli eredi del debitore, che è stato incaricato di eseguire la prestazione o che è in possesso della cosa dovuta, se questa è certa e determinata") oppure quando il debito ereditario sia garantito da ipoteca, nel qual caso il coerede cui sia attribuito il bene sarà indotto a pagare oltre la parte su di lui gravante per evitare l'esecuzione ipotecaria. Ai sensi dell'art. 754 cod. civ. il coerede che abbia pagato oltre la parte a lui incombente avrà diritto di ripetere dagli altri coeredi la loro quota cui devono contribuire ai sensi dell'art. 752.

¹¹¹ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni cit.*, Padova, pag. 476 e pag. 494; MESSINEO *op. cit.*, pag. 44 e 505.

¹¹² GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pag. 102.

Infatti, anticipando quando vedremo poco oltre, i creditori ereditari possono soddisfarsi anche sul legato di specie in due casi specificatamente previsti dalla legge: nel caso di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario ed insufficienza dell'asse ereditario, i creditori rimasti insoddisfatti hanno azione di regresso contro i legatari nella misura in cui siano già stati pagati (art. 495 comma 2 cod. civ.); egualmente i creditori possono esercitare il diritto di separazione anche rispetto ai beni che hanno formato oggetto di legato di specie (art. 513 cod. civ.).

Da qui, si ritiene, anche se non unanimemente, che i legati di specie sarebbero estranei, di principio, alla garanzia patrimoniale dei crediti ereditari, ad eccezione, appunto, dei due casi testé richiamati: in assenza di accettazione con beneficio di inventario o di esercizio del diritto di separazione dei beni, mai i creditori potrebbero rivalersi sui beni lasciati in legato¹¹³. In effetti, il tenore letterale delle norme sulla responsabilità per debiti ereditari e lo specifico ambito di applicazione dei due istituti appena ricordati non lasciano molto margine a diverse interpretazioni.

Ad ogni modo, il principio secondo cui i legatari sono dispensati dall'adempimento dei debiti e dei pesi ereditari non è assoluto, in quanto nello stesso sistema codicistico si possono rinvenire alcune disposizioni derogatorie, sia pure col limite generale di responsabilità *intra vires*, che impongono una rimediazione (o una specificazione) del principio generale, anche se, secondo alcune ricostruzioni, come vedremo, il legatario potrebbe rispondere in casi eccezionali anche *ultra vires* (è il caso del legato di azienda). In particolare:

- 1) il testatore può disporre che il legatario sia gravato dall'adempimento di un onere o *modus* oppure può porre a carico del legatario l'adempimento di un sub-legato.

¹¹³ CICU, *Successioni cit.*, pag. 317; MASI, *op.cit.*, pag. 25; ZATTI, *op. cit.*, pag. 1167. *Contra* BIANCA, *op. cit.*, pagg. 689-690, il quale osserva che il beneficio di inventario mira a contenere la responsabilità dell'erede nei limiti del valore dell'asse ereditario e che la separazione dei beni mira a tutelare i creditori del defunto da quelli dell'erede, con la conseguenza che nessuna delle due normative sarebbe idonea a giustificare l'eccezionale effetto di fare rientrare i beni legati nella garanzia dei creditori del *de cuius*. Pertanto, i creditori del defunto conservano la garanzia patrimoniale sui beni legati, che sono suscettibili di essere aggrediti, ove non sia possibile ottenere il pagamento dagli eredi. La conservazione di tale garanzia è giustificata dal fondamentale principio che l'interesse creditorio deve prevalere sull'interesse del destinatario della liberalità successoria.

Se quest'ultimo principio è indiscusso, è altresì vero che l'accorto creditore eserciterà, ad esempio, il diritto di separazione, proprio per garantirsi, assumendosi le eventuali conseguenze negative per la sua inerzia. Questa, riteniamo, sia l'applicazione positiva del principio generale, che non per questo diviene assoluto, sempre invocabile.

- 2) più in generale, il testatore potrebbe, al di là delle due precedenti forme tipiche, imporre altri pesi, come ad esempio l'obbligo di pagare un determinato debito ereditario.
- 3) l'art. 668 comma 1 cod. civ. grava il legatario dei pesi gravanti sulla cosa oggetto di legato, quali una servitù, un canone o altro onere inerente al fondo ovvero una rendita fondiaria (la quale, invero, non avrebbe natura reale). Merita sottolineare che dalla formulazione della norma risulta che il legatario subentra a titolo particolare nel debito di rendita gravante sul *de cuius*, con conseguente liberazione dell'erede stesso, salve le annualità arretrate.
- 4) importante devianza rispetto alla regola generale, secondo cui i legatari non sono tenuti al pagamento dei debiti ereditari, si rinviene nell'art. 756 cod. civ., a mente del quale è salva l'azione ipotecaria sul fondo legato e l'esercizio del diritto di separazione. Nel caso che il legatario estingua il debito, garantito dall'ipoteca sull'immobile legato, "subentra nelle ragioni del creditore contro gli eredi".
- 5) l'art. 594 cod. civ. prevede che il legatario sia tenuto al versamento di un assegno vitalizio a favore del figlio naturale, cui il *de cuius* non abbia attribuito beni.
- 6) quando l'eredità sia stata accettata con beneficio di inventario e sia stato esaurito l'asse ereditario, i creditori insoddisfatti hanno diritto di regresso contro i legatari, nei limiti del valore del legato, a' sensi dell'art. 495 comma 2 codice civile.
- 7) in tema di eredità giacente si possono applicare le regole di cui all'art. 495 codice civile.
- 8) sullo sfondo si pone il problema di coordinamento col secondo comma dell'art. 2560 cod. civ., che impone all'acquirente dell'azienda la responsabilità dei debiti anteriori al trasferimento, se risultano dai libri contabili obbligatori.
- 9) in tema di impugnazione dell'accettazione di eredità, l'art. 483 cod. civ. nell'escluderla prevede al secondo comma che, nel caso di scoperta di un testamento di cui non si aveva notizia al tempo dell'accettazione, l'erede non sia tenuto a soddisfare i legati ivi previsti oltre il valore dell'eredità o con pregiudizio alla quota di legittima. Se i beni ereditari non bastano a soddisfare tali legati, si riducono proporzionalmente anche i legati scritti in altri testamenti e se alcuni legatari sono già stati soddisfatti per intero, contro di loro è data azione di regresso.

- 10) astrattamente, poi, non si può dimenticare l'azione di riduzione nei confronti dei legatari.
- 11) vi è l'ipotesi dell'usufrutto universale, che, come visto *supra* §§ 3.2 e 3.3., prevede una limitata responsabilità dell'usufruttuario, da considerare, secondo la tesi tradizionale preferibile, legatario e non erede.
- 12) infine, qualche problema pone la trasmissibilità, se ed in quanto configurabile, ad un legatario della posizione derivante da un contratto di locazione o di condominio, piuttosto che la sorte degli apporti in una cooperativa edilizia per il conseguimento di un alloggio.

In questa sede, aggiungiamo solamente che oggetto di un legato potrebbe essere anche un'eredità, ove il testatore istituisca un certo soggetto a titolo particolare in singoli beni facenti parte di un'eredità a lui pervenuta. Se, caso per caso, è riscontrabile un legato, l'onorato dovrebbe rispondere dei debiti, secondo il principio generale, *intra vires*, non trovando applicazione analogica la norma prevista in materia di vendita di eredità (art. 1546 cod. civ.), riguardando gli atti *inter vivos* e non *mortis causa*¹¹⁴.

Come vedremo analizzando di seguito singolarmente le diverse fattispecie, non tutte le ipotesi sono da considerare eccezioni al principio della irresponsabilità del legatario o almeno alla sua limitazione di responsabilità entro il limite del valore di quanto ricevuto, in quanto non si tratta di debiti ereditari, bensì di pesi inerenti la cosa oggetto di legato.

5.1. (segue) L'adempimento di un *modus* testamentario e di un sub-legato.

Il testatore può disporre che il legatario sia gravato dall'adempimento di un onere o *modus* (art. 647 comma 1 cod. civ.). In tal caso, l'art. 671 cod. civ. stabilisce che il legatario è tenuto all'adempimento nei limiti del valore ricevuto¹¹⁵.

Del pari, il testatore può porre a carico del legatario l'adempimento di una prestazione a favore di altro legatario (c.d. sub-legato).

Come anticipato (*supra* § 3), l'interesse del testatore non si limita a dare assetto alle proprie sostanze per il tempo in cui non sarà più, ma può involgere l'interesse a

¹¹⁴ GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 742.

¹¹⁵ TATARANO, *op. cit.*, pag. 368: in ogni caso il legatario non succederà nei rapporti passivi, perché verso i creditori risponderà sempre l'erede (art. 754 cod. civ.).

beneficiare taluni soggetti mediante attribuzioni successorie di segno positivo, definibili *liberalità successorie*, non sorrette tuttavia dal medesimo spirito di liberalità che contraddistingue la donazione, quanto meno perché il testatore non subisce l'attualità dello spoglio, ma pone in essere una programmazione.

Dai più, infatti, si esclude che il legato costituisca donazione, costituendo l'*animus beneficandi* un elemento naturale e non già essenziale (il legato è valido anche se predisposto per realizzare un vantaggio diverso da quello dell'onorato), anzi di regola il legato bene realizza *in primis* gli interessi *post mortem* del disponente), a differenza del diritto romano (*legatum est donatio testamento relicta*, secondo la definizione di Modestino), fermo che il legato è negozio unilaterale e *mortis causa* e non un negozio bilaterale e *inter vivos*; d'altra parte il requisito della liberalità non emerge da alcuna disposizione di legge¹¹⁶. Il legato è solo normalmente, ma non essenzialmente, atto di liberalità.

Coerentemente, si ammette che il *modus* o il sub-legato possa assorbire totalmente l'utilità della disposizione testamentaria, senza per ciò mutarne la natura.

In generale, quindi, il legatario può subire delle limitazioni alla propria attribuzione, salvo il limite generale di responsabilità *intra vires*¹¹⁷.

In relazione alla disciplina dell'onere che costituisca l'unico motivo determinante, visto che l'art. 671 cod. civ. impone al legatario l'obbligo di adempiere al legato e ad ogni altro onere a lui imposto entro i limiti di valore della cosa legata, consegue che, qualora l'onere assorba interamente il valore del bene oggetto di legato, ciò non comporta l'invalidità della disposizione e non è possibile inferire per ciò stesso che un simile onere costituisca l'unico e determinante motivo del legato stesso e rendere così applicabile la disciplina della nullità prevista dall'art. 647 comma 3 codice civile¹¹⁸. D'altra parte, il legatario-onerato potrebbe rifiutare l'attribuzione *mortis causa*. Se l'accetta e la esegue, si può dedurre un suo interesse a ricevere quanto legato.

Argomentando dall'art. 659 cod. civ., il testatore potrebbe menzionare un proprio debito e prevedere un legato (o un sub-legato, per quanto ci può interessare) in

¹¹⁶ BONILINI – BASINI, *op. cit.*, pagg. 13 e ss.; GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pagg. 30 e ss.; TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 610; GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 723-724.

¹¹⁷ MUSOLINO G., *Sublegato e legato modale: i limiti ex lege agli obblighi imposti al legatario*, in *Riv. Notariato*, 2008, f. 4, 935 e ss.].

¹¹⁸ Cass. civ., sez. II, 30 luglio 2007 n. 16846, in *Giust. Civ. mass.*, 2007, 9.

favore del proprio creditore proprio per soddisfare tale debito. Il testatore potrebbe anche prevedere, astrattamente, una *datio in solutum* (attraverso il legato o il sub-legato) in sostituzione di un'obbligazione precedentemente dovuta. In questo caso, occorre il consenso del creditore, anche in forma di conseguimento del legato ossia il mancato rifiuto dello stesso, e che non si tratti di crediti indisponibili, come quelli spettanti al lavoratore in forza di disposizioni inderogabili o di contratti collettivi concernenti i rapporti di lavoro come previsto dall'art. 2113 codice civile¹¹⁹.

Più nello specifico, analizzando il rapporto tra legato e passivo ereditario, il testatore potrebbe imporre al legatario il pagamento di determinati debiti, argomento che meglio analizzeremo separatamente di seguito.

5.2. (*segue*) Autonomia testamentaria e successione nei debiti. Rilevanza interna o esterna del riparto dei debiti. L'imposta di successione, cenni.

In generale, il testatore potrebbe, al di là delle due precedenti forme tipiche, imporre altri pesi, come ad esempio l'obbligo di pagare un determinato debito ereditario¹²⁰.

Infatti la norma di cui all'art. 672 cod. civ., che regola la ripartizione delle spese relative alla prestazione del legato, che vanno poste a carico dell'onerato, è ritenuta dispositiva, quindi derogabile dal testatore¹²¹.

Con particolare riguardo ai pesi che gravano sulla cosa legata, l'art. 668 cod. civ. opera una distinzione tra gli oneri inerenti al fondo (che gravano sul legatario) e gli oneri personali che erano del *de cuius* (che gravano sull'erede).

La norma, nel ripartire i pesi del legato tra legatario ed erede, espressamente al comma secondo specifica che i debiti dell'eredità gravano sull'erede "qualora il testatore non abbia diversamente disposto".

Resta da verificare la portata di una simile disposizione, ossia se rilevi nei soli rapporti interni tra erede e legatario oppure abbia anche rilevanza esterna, con

¹¹⁹ Cass. civ., sez. lav., 12 luglio 2001 n. 9467, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 90.

¹²⁰ TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 618.

¹²¹ GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 755; TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 620; MASI, *op. cit.*, pag. 153.

conseguente potere e dovere dei creditori di agire nei confronti del legatario per il soddisfacimento del proprio credito.

In generale, le disposizioni circa un diverso riparto, rispetto alla disciplina legale, dei debiti tra i successori dovrebbero avere valenza solo interna, potendo il testatore incidere solo sulla ripartizione finale dei debiti¹²².

Se si ritiene che la disposizione abbia rilevanza esterna *sic et simpliciter*, il creditore dovrebbe rivolgersi solo al legatario, con alcune difficoltà pratiche: conoscibilità della disposizione (anche se il testamento va pubblicato), sicurezza nella successione nei rapporti giuridici e certezza della persona del proprio debitore, nonché rischio di dover concorrere con i creditori personali del legatario e, comunque, di doversi rivolgere all'erede dopo aver escusso il legatario nei limiti della responsabilità *intra vires* facente lui capo, con conseguente moltiplicazione di eventuali giudizi ed esecuzioni, nonché perdita di alcuni diritti e garanzie (*in primis* il diritto alla separazione dei beni).

Invero, a mente che siamo di fronte ad un debito del testatore, è regola generale che la successione nel lato passivo di un'obbligazione richieda il consenso del creditore.

Pertanto, la regola di cui all'art. 754 comma 1 cod. civ., secondo il quale “gli eredi sono tenuti verso i creditori al pagamento dei debiti e per ereditari personalmente in proporzione della loro quota ereditaria e ipotecariamente per l'intero ...”, è una regola imperativa.

Anche nella non vincolatività per il creditore, la previsione ha efficacia interna nei rapporti tra legatario ed erede, in quanto solo a quest'ultimo fanno capo le posizioni giuridiche attive e passive trasmesse *mortis causa* dal testatore, per effetto di legge, alla luce di quelle esigenze fondamentali di certezza nei rapporti economici, delle quali si è fatto cenno nei §§ 1 e 2.

L'art. 756 cod. civ. stabilisce che il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditari, salvo per l'azione ipotecaria e l'esercizio del diritto di separazione. Tale norma fa eco all'art. 668 cod. civ., in forza del quale, come vedremo di seguito, il

¹²² PATTI, *I debiti cit.*, pagg.454 e 458-460; TATARANO, *op. cit.*, pag. 368; BIANCA, *op. cit.*, pag. 57,6, secondo cui, in generale, la diversa previsione del testatore non può pregiudicare la posizione dei creditori prevista dalla regola legale di cui all'art. 754 codice civile. Diverso discorso circa la responsabilità del legato, bene potendo il testatore limitare il contenuto della attribuzione *mortis causa* e, in particolare, la persona dell'onere.

legatario sopporta i pesi inerenti la cosa legata, dunque è una previsione limitata a crediti di particolare natura.

Tali norme non autorizzano a ritenere efficace esternamente una ripartizione dei debiti, diversa da quella sottesa alla funzione della successione universale in capo all'erede.

È, altresì, vero, tuttavia, che il testatore legittimamente può calibrare la portata della disposizione di ultima volontà. Altra cosa, quindi, è ritenere che il creditore possa acconsentire a questa unilaterale modifica soggettiva *ex latere debitoris* ed opporre al legatario la disposizione testamentaria, senza liberare l'erede, che rimane responsabile. Il testatore non potrebbe derogare in assoluto alle regole della successione *mortis causa* e dell'obbligazione.

Pertanto, la disposizione di cui si discute non ha, di regola, effetti nei confronti dei creditori, i quali potranno e dovranno rivolgersi sempre all'erede. Il legatario, da parte sua, dovrà rimborsare all'erede quanto versato oppure tenerlo indenne attraverso un adempimento diretto.

In Giurisprudenza, con riguardo agli eredi, si è ritenuta valida la clausola contenuta in un contratto di conto corrente bancario che prevedeva la responsabilità solidale degli eredi, sulla scorta dell'inciso di cui all'art. 752 cod. civ. ("salvo che il testatore abbia disposto diversamente") e del potere del debitore-*de cuius* di disporre dei propri beni, salvo il diritto degli eredi di rifiutare l'eredità o di accettarla con beneficio di inventario¹²³. Al di là del caso concreto sotteso, per quanto riguarda la posizione degli eredi, c'è una norma che espressamente autorizza una diversa volontà del testatore. Nel caso del legatario, invece, la questione rischia di entrare in conflitto, come visto, con regole di sistema fondamentali.

¹²³ La clausola di un contratto concluso dal "de cuius" in un contratto riconducibile alla norma dell'art. 1341 cod. civ. (nella specie un contratto di conto corrente bancario), con la quale si pattuisce che per le obbligazioni derivanti dal contratto siano solidalmente responsabili gli eredi del debitore, non può ritenersi di natura vessatoria, non rientrando fra quelle tassativamente indicate dall'art. 1341 cod. civ., giacché, se da un lato la deroga a un principio di diritto non costituisce parametro di configurazione delle clausole vessatorie, dall'altro la ripartizione dei debiti fra gli eredi è prevista dalla disposizione dell'art. 752 cod. civ. "salvo che il testatore abbia disposto diversamente", potendo il debitore apporre ai suoi beni i carichi che più gli aggradano, salva agli eredi la facoltà di sottrarsi a quei vincoli, rinunciando all'eredità o accettandola con il beneficio d'inventario (Cass. sez. II, 7 aprile 2005 n. 7281, in *Riv. notariato*, 2006, 557, nonché Corte d'App. Napoli, 6 maggio 2002, in *Nuovo dir.*, 2002, 858 e Cass. sez. II, 25 ottobre 2000 n. 14063, in *Giust. Civ. mass.*, 2000, 2176).

D'altra parte, non possiamo dimenticare che a'sensi dell'art. 2740 comma 2 cod. civ. le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.

Un'ultima precisazione. L'eventuale disposizione del testatore non ha sicuramente effetto esterno per quei debiti di natura pubblicistica, la cui regolazione è affidata a norme inderogabili. Il riferimento è ai debiti di natura fiscale, regolati dalla legge tributaria¹²⁴: gli eredi sono obbligati in solido al pagamento dell'imposta di successione, mentre il legatario è tenuto solo al pagamento dell'imposta relativa ai rispettivi legati (art. 36 D. lgs. 31 ottobre 1990 n. 346). Conseguenza che l'Amministrazione fiscale potrà e dovrà rivolgersi direttamente ed esclusivamente al legatario, quand'anche il testatore avesse dispensato in tutto o in parte il legatario dal pagamento delle imposte, disposizione che, invece, dovrà essere rispettata nei rapporti interni tra erede e legatario.

Rovesciando l'approccio, dunque, l'erede non avrà azione di regresso nei confronti del legatario per aver sostenuto l'imposta inerente all'acquisto del legato, se il testatore abbia ordinato che il legato sia corrisposto al netto degli oneri tributari oppure abbia addossato all'erede il pagamento di detta imposta, esonerando il legatario. Di converso, il legatario, che abbia pagato l'imposta spontaneamente o coattivamente (dal momento che nei confronti del fisco il dovere tributario rimane solidale), avrà diritto a chiedere il rimborso, nonché il risarcimento del danno, all'erede, che non ha adempiuto al pagamento.

5.3. (*segue*) Adempimento del legato e pesi sopportati dal legatario (art. 668 cod. civ.).

¹²⁴ In giurisprudenza, in tema di imposte sulle successioni, qualora con disposizione testamentaria il "de cuius" abbia imposto all'erede il pagamento anche delle imposte di competenza del legatario, tale indicazione non ha alcun effetto nei confronti dell'Amministrazione finanziaria che bene potrà rivolgersi al legatario per l'adempimento dell'obbligazione tributaria su di esso gravante, senza che quest'ultimo possa opporre l'esistenza della disposizione testamentaria a suo favore, potendo, invece, successivamente rivalersi, sul piano privatistico, nei confronti dell'erede obbligato (Cass. civ., sez. trib., 9 marzo 2011 n. 5581, in *Giust. Civ. mass.*, 2011, 3).

In dottrina, GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 755; TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 620; GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pag. 149; MESSINEO, *Manuale cit. vol. VI*, pag. 506.

L'art. 668 cod. civ. disciplina gli oneri gravanti sulla cosa legata, distinguendo fondamentalmente tra pesi della cosa legata, gravanti sul legatario, e pesi o debiti dell'eredità, gravanti sull'erede.

In particolare, il comma primo sancisce che il legatario sopporta il peso della servitù, di un canone o di altro onere inerente al fondo ovvero di una rendita fondiaria.

Il comma secondo pone a carico dell'erede i vincoli per una rendita semplice, un censo o altro debito dell'eredità, o anche di un terzo.

Il legislatore ha posto a carico del legatario anche il peso derivante da una rendita fondiaria (art. 1863 cod. civ.), che ha natura di diritto di credito¹²⁵.

Da notare che non si tratta di vere proprie eccezioni al principio della "irresponsabilità" del legatario, in quanto non si tratta di pesi dell'eredità in sé, ma di pesi della cosa legata. Vi rientrano, infatti, espressamente le servitù, ma anche eventuali canoni enfiteutici e legati alla titolarità di un diritto di superficie, piuttosto che l'imposta fondiaria e gli oneri consortili¹²⁶. Di converso, coerentemente con la regola generale, i debiti e pesi ereditari ricadono solo sugli eredi.

Se il debito ricade sull'erede, questi sarà tenuto a provvedere ai pagamenti anzidetti alle rispettive scadenze, ma non ha l'obbligo di liberare la cosa legata dai pesi¹²⁷. Nel caso in cui il legatario provvedesse ad adempiere per evitare l'espropriazione, gli si deve riconoscere l'azione di regresso nei confronti dell'erede (art. 756 cod. civ.).

In ogni caso, sarà sempre operante il limite di responsabilità rappresentato dal valore della cosa legata¹²⁸.

Il significato letterale della norma non consente di estendere gli oneri gravanti sul legatario a qualsiasi onere che non sia inerente "la *res*" e rispetto alla quale non vi sia relazione di garanzia (oltre quella generica *ex art. 2740 cod. civ.*) della *res* medesima: la Giurisprudenza ha, infatti, ritenuto che la disciplina degli oneri della

¹²⁵ MASI, *op. cit.*, pag. 134; AZZARITI, *Successioni e donazioni cit.*, Padova, pag. 491; ZATTI, *op. cit.*, pag. 778; GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 750.

¹²⁶ MASI, *op. cit.*, pag. 135-136.

¹²⁷ MASI, *op. cit.*, pag. 135 e 137; GANGI, *Successione cit.*, vol. 2, pag. 136.

¹²⁸ MASI, *op. cit.*, pag. 136; CARAMAZZA, *op. cit.*, pag. 418, il quale, peraltro, osserva che rientra nella natura dei pesi imposti al legatario che essi non possono superare il valore della cosa cui afferiscono, con la conseguenza che non viene violato il principio in forza del quale il legatario non può rispondere dei debiti e degli oneri gravanti sulla cosa legata oltre il limite del valore della cosa stessa.

norma *de quo* non si può applicare ai crediti del professionista per prestazione d'opera riguardante la cosa legata, in quanto tale pretesa difetta sia dell'inerenza alla *res* sia della relazione di garanzia specifica. Una simile obbligazione può essere imposta al legatario (invece che all'erede) tramite una disposizione modale¹²⁹.

5.4. (*segue*). Azione ipotecaria e separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede e rapporto dei creditori con i legatari (artt. 756 e 512 cod. civ.).

L'art. 756 cod. civ. nell'affermare l'esenzione del legatario dal pagamento dei debiti ereditari fa salvo, tra l'altro, l'azione ipotecaria e l'esercizio del diritto di separazione.

Le previsioni dell'azione ipotecaria e, nel caso che il legatario estingua il debito garantito dall'ipoteca sull'immobile legato, il subentro nelle ragioni del creditore contro gli eredi costituiscono applicazione di principi generali, quali il diritto di sequela e di surrogazione, e non presentano particolari criticità.

Occorre, comunque, precisare un aspetto.

L'art. 2648 cod. civ. prevede la trascrizione degli atti *mortis causa*, disponendo che il legato immobiliare vada trascritto mediante un estratto autentico del testamento. Per i beni mobili registrati vale la forma analoga prevista dall'art. 2685 codice civile.

Si tratta di forme di pubblicità organizzative, ai fini della continuità delle trascrizioni, con effetti del tutto diversi da quelle previsti dal fondamentale art. 2644 cod. civ., che attribuisce la priorità al primo trascrivente tra più aventi causa dallo stesso dante causa¹³⁰.

Consegue che il legatario e l'erede non acquistano con la trascrizione alcun diritto di priorità rispetto ad altri aventi causa dal testatore, che non abbiano ancora trascritto il loro atto, ad esempio, di acquisto o di concessione di ipoteca da parte del testatore: anche un'eventuale diritto all'ipoteca può essere validamente iscritto contro

¹²⁹ Cass. civ., sez. II, 16 dicembre 1981 n. 6674, in *Giust. Civ. mass.*, 1981, f. 12.

¹³⁰ Dall'efficacia diretta del legato consegue, tra l'altro, che il legatario può trasmettere il diritto acquistato sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito, sia tra vivi sia *mortis causa*, prima ancora di aver chiesto ed ottenuto il possesso, ferma l'esigenza del consenso dell'onerato all'immissione nel possesso della cosa o del diritto legato dell'acquirente. In secondo luogo, i creditori del legatario anche prima della domanda del possesso, possono agire sulla cosa legata, salva la possibilità per l'onerato di opporre la mancanza della domanda del possesso, ma i creditori potrebbero avvalersi dell'azione surrogatoria in caso di inerzia del legatario. MASI, *op. cit.*, pag. 25; GANGI, *Successione cit.*, pagg. 131 e ss.].

il legatario, pur dopo che questi abbia provveduto a trascrivere il proprio titolo di acquisto¹³¹.

Ulteriore problema è quello del conflitto con il diritto del legatario se, nel frattempo, il terzo avesse acquistato dall'erede il bene legato. Tale conflitto, ricorrendo i presupposti della buona fede dell'acquirente da colui che si presentava come erede apparente, dovrebbe essere risolto alla luce dell'art. 534 codice civile¹³².

Di converso, il conflitto tra acquirenti dal legatario ed acquirenti dal testatore dovrebbe risolversi alla luce della priorità della trascrizione dell'acquisto¹³³.

Oltre alla continuità delle trascrizioni la pubblicità potrebbe giovare al legatario in buona fede nella fattispecie di usucapione decennale del diritto sull'immobile, se questo non spettava al testatore¹³⁴.

Ad ogni modo, tornando all'art. 756 cod. civ., il legatario è chiamato a rispondere, salvo poi surrogarsi, dell'eventuale azione ipotecaria gravante sul bene oggetto del legato e il creditore garantito potrebbe far valere il proprio diritto all'ipoteca anche dopo la trascrizione dell'acquisto da parte del legatario.

¹³¹ TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 619; GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pag. 123 nota n. 6-bis. In giurisprudenza, con riguardo agli eredi, Cass. civ., sez. II, 16 giugno 2009 n. 13968, in *Giust. Civ. mass.*, 2009, 6, 931; Cass. civ., sez. II, 4 maggio 1985 n. 2800, in *Dir e giur. agr.*, 1985, 471; Cass. civ., sez. II, 15 maggio 1997 n. 4282, in *Riv. Notariato*, 1998, 345: *l'opponibilità dell'acquisto di un immobile nei confronti dell'erede del venditore si sottrae, oltre che alle regole dell'art. 2704 c.c. in tema di certezza della data della scrittura privata, anche alle disposizioni dell'art. 2644 c.c., circa gli effetti della trascrizione nel rapporto con l'altro acquirente del bene, per cui la trascrizione dell'acquisto "mortis causa" operata dall'erede, ai sensi dell'art. 2648 c.c., prima della trascrizione dell'atto di disposizione compiuto in vita dal "de cuius", vale soltanto agli effetti della continuità delle trascrizioni. Conseguentemente l'erede non può eccepire l'antiorità della trascrizione del suo acquisto "mortis causa" al fine di rendere a lui inopponibile l'atto di disposizione a favore di terzi compiuto, in vita, dal "de cuius".*

¹³² TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 619; GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pag. 123 nota n. 6-bis, secondo il quale la trascrizione dell'acquisto del legato non è necessaria affinché esso abbia efficacia nei confronti dei terzi acquirenti dall'erede, che abbia loro alienato la cosa legata.

La Giurisprudenza, tuttavia, ha ritenuto trattarsi di acquisto dal medesimo dante causa, con conseguente valorizzazione della priorità della trascrizione al fine di risolvere il contrasto. Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 1995 n. 1909, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 2060, *secondo cui il conflitto tra il legatario (nella specie, del diritto di abitazione sulla casa attribuito al coniuge superstite) ed il terzo che ha acquistato l'immobile dall'erede va risolto a favore di chi per primo abbia trascritto il proprio atto, trattandosi di atti provenienti dal medesimo autore.*

¹³³ GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pag. 124 nota n. 6-bis.

¹³⁴ GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pag. 123 e 124 nota n. 6-bis; MASI, *op. cit.*, pag. 23.

5.4.2 (*segue*) Separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede e rapporto dei creditori con i legatari (art. 512 cod. civ.).

La separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede è prevista e regolata dagli artt. 512 e ss. cod. civ., ed assicura il soddisfacimento, con i beni del defunto, dei creditori di lui e dei legatari che l'hanno esercitata a preferenza dei creditori dell'erede¹³⁵.

L'art. 513 cod. civ. espressamente attribuisce ai creditori del defunto il diritto di esercitare la separazione anche rispetto ai beni che formano oggetto di legato di specie. Si discute, poi, se i legati di specie possano essere separati solo dopo siano stati separati gli altri beni ereditari (o almeno se si presuma l'insufficienza di questi). Argomentando dall'art. 499 ultimo comma cod. civ., che prevede, nel caso sia necessario ricomprendere nella liquidazione anche un legato di specie, la preferenza dei legatari di specie sugli altri legatari sulla somma che residua dopo il pagamento dei creditori, si ritiene che i creditori possano far separare i beni oggetto di legato di specie solo in quanto presumano che i beni ereditari veri e propri siano insufficienti al loro soddisfacimento. Conseguenza che il legatario di specie può opporsi alla separazione, se il creditore non proceda alla separazione dei restanti beni ereditari¹³⁶. Altra questione è se egli sia legittimato a chiedere la separazione, cosa che non si può escludere¹³⁷.

¹³⁵ Osserva FERRI, *Successioni cit.*, art. 512-535, pagg. 3-4 che l'istituto non crea una separazione dei patrimoni dell'erede e del *de cuius*, ma indica che il diritto di separazione viene esercitato su beni specifici e non genericamente sull'intero patrimonio ereditario. Il diritto di separazione si estende a tutto il patrimonio ereditario, anche se il suo concreto esercizio cade su beni determinati, dovendo distinguersi il diritto di separare dal diritto o vincolo (reale) scaturente dall'attuata separazione.

¹³⁶ FERRI, *Successioni cit.*, art. 512-535, pagg. 27 e 29.

¹³⁷ FEOLA D., *La separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pagg. 1406-1407. Invero a stretto rigore si dovrebbe escludere tale legittimazione, dal momento che la proprietà o il diritto oggetto del legato di specie si trasmette dal testatore al legatario immediatamente alla morte del primo, pertanto il legatario non correrebbe alcun rischio tale da ritenerlo legittimato a ricorrere al rimedio o alla precauzione della separazione.

Non si deve dimenticare, tuttavia, che il legatario di specie rimane pur sempre un "creditore", quanto meno per il conseguimento del possesso, da chiedere all'onerato. D'altra parte, anche un legato di specie può essere oggetto di separazione. Infine, se il legato fosse gravato da uno o più oneri il legatario avrebbe un rilevante interesse al conseguimento del legato stesso. Per tutte queste ragioni, non si può escludere che anche il legatario di specie possa avere interesse a chiedere la separazione, tanto più che, in concreto, non è previsto alcun controllo meritale sulla domanda. Processualmente, in caso di contestazioni, non sarebbe sufficiente il mero paventare i rischi indicati.

Alla morte del defunto si crea una situazione di pendenza, ma di durata limitata nel tempo, ossia tre mesi entro i quali i beni del defunto sono passibili di separazione (art. 516 cod. civ.).

Nel rapporto creditori-legatarî, possiamo distinguere due ipotesi di interesse.

La prima riguarda il caso di separazione effettuata congiuntamente da creditori e legatarî: è principio fondamentale che i creditori separatisti prevalgono in ogni caso sui legatarî ancorché separatisti (art. 514 comma 3 cod. civ.)¹³⁸.

La seconda ipotesi concerne i rapporti tra legatarî separatisti e creditori non separatisti. In tal caso, la seconda parte dell'art. 514 comma 3 cod. civ. aggiunge che la preferenza (dei creditori rispetto ai legatarî) è anche accordata ai creditori non separatisti di fronte ai legatarî separatisti nel caso previsto dal comma precedente. Il comma 2 dell'art. 514 stabilisce che fuori del caso previsto dal comma 1 (preferenza dei separatisti rispetto ai non separatisti quando il valore della parte non separata sarebbe stata sufficiente a soddisfare tutti), i non separatisti possono concorrere con i separatisti; aggiunge, tuttavia, il comma che nel caso in cui una parte del patrimonio non sia stata separata, il valore di questa si aggiunge al prezzo dei beni separati per determinare quanto spetterebbe a ciascuno dei concorrenti e quindi lo si considera come attribuito integralmente ai non separatisti.

Dall'analisi del tenore letterale della norma sembra, quindi, che il criterio di preferenza dei creditori separatisti rispetto ai legatarî separatisti non sia stato integralmente recepito anche nel rapporto tra creditori non separatisti e legatarî separatisti, in quanto la preferenza sembra operare solo nel caso di insufficienza dei beni non separati a soddisfare le ragioni di tutti.

Infatti, in assenza di diversa disposizione, si deve applicare la regola contenuta nel comma 1 dell'art. 514, in forza del quale i (legatarî) separatisti sono preferiti ai (creditori) non separatisti ove la parte di patrimonio non separata sarebbe stata sufficiente a soddisfarli¹³⁹. Come esattamente osservato, a questo punto, si nota una

¹³⁸ Per quanto attiene al rapporto tra separatisti e non, se la parte di patrimonio non separata non sarebbe stata sufficiente a soddisfare i creditori e i legatarî non separatisti, allora questi possono concorrere con i separatisti, con l'avvertenza che il valore della parte non separata si aggiunge al prezzo dei beni separati per determinare quanto spetterebbe a ciascuno dei concorrenti e quindi si considera attribuito integralmente ai creditori e legatarî non separatisti (art. 514 comma 2 cod. civ.).

Se la parte di patrimonio non separata sarebbe stata sufficiente a soddisfare i non separatisti, i creditori e legatarî separatisti hanno diritto di soddisfarsi sui beni separati a preferenza dei creditori e dei legatarî che non hanno esercitato la separazione (art. 514 comma 1 cod. civ.).

¹³⁹ MESSINEO, *op. cit.*, pag. 437; CICU, *Successioni cit.*, XLII, pag. 358; CAPOZZI, *op. cit.*, t. 1, pag. 348. Per l'ordinamento previgente e per il rapporto tra legatari separatisti e creditori del defunto non

divergenza tra il principio generale e la previsione normativa specifica: se il principio che antepone il soddisfacimento dei debiti ereditari alle liberalità successorie deve illuminare anche i rapporti di cui si discute, allora non si capisce perché non sia stata prevista una disciplina ad esso completamente conforme¹⁴⁰. Si è rilevato che il principio *nemo liberalis nisi liberatus* non costituisce una norma di diritto positivo, ma un principio cui il legislatore si ispira nell'assicurare una preferenza ai creditori nei confronti dei legatari ove l'abbia espressamente voluta e prevista¹⁴¹.

Ferma questa discrasia, l'importante eccezione del caso di separazione dei beni si fonda sul prevalente diritto ed interesse dei creditori del defunto a conservare la garanzia patrimoniale sui beni legati rispetto all'interesse dei legatari di beneficiare delle disposizioni testamentarie.

La disposizione a titolo particolare non deve nuocere, attraverso la sottrazione di attività che lasci passivi scoperti, alla garanzia che i beni del *de cuius* possono rappresentare per i creditori (*nemo liberalis nisi liberatus* recita l'antico brocardo): il *de cuius* non può porre in essere atti di generosità se prima non ha pagato i suoi creditori.

Si può osservare che anche in questo caso, se di regola il legatario è terzo rispetto all'erede ed ai creditori, per taluni effetti non è estraneo alla successione, in quanto non può pretendere incondizionatamente l'attribuzione senza riguardo ai diritti dei creditori ereditari e, quindi, in una certa misura, ne condivide le sorti, nel senso che non può attribuirsi efficacia traslativa a liberalità testamentarie e a vocazioni per legge prima che siano integralmente pagati i debiti ereditari¹⁴².

Se il legatario non è indifferente alla successione, sopportando la preferenza dei creditori ereditari nel soddisfarsi sull'asse ereditario separato, rimane da definire la natura giuridica della separazione dei beni, ora configurata come diritto di natura personale (in quanto i suoi effetti pratici si sostanziano in un semplice diritto di

separatisti, GABBA C.F., *Questioni di diritto civile, vol. II, Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Milano-Torino-Roma, 1911, pagg. 71-72.

¹⁴⁰ FERRARI S., voce *Separazione beni de defunto (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, pag. 1480-1481; FERRI, *Successioni cit. artt. 512-535*, pag. 39, secondo cui, poi, i creditori non separatisti, quando possono concorrere con i separatisti, lo possono fare finché un procedimento sia aperto, con la conseguenza che, se i legatari separatisti si fossero già soddisfatti sui beni separati distribuendosi il prezzo realizzato, nulla i non separatisti possono pretendere da costoro.

¹⁴¹ FERRI, *Successioni cit.*, art. 512-535, pag. 40; CICU, *Successioni cit.*, pag. 317.

¹⁴² AZZARITI, *Successioni e donazioni cit.*, Padova, pag. 487; BARBERO, *op. cit.*, pag. 999.

prelazione in concorso con altri creditori) ora, per i più, come diritto (di garanzia) reale¹⁴³.

In quest'ultimo ambito, poi, è discusso se la separazione sia da ricondurre all'ipoteca (ovvero al pegno nel caso di beni mobili) oppure, meglio, alla figura del privilegio reale oppure ad una figura autonoma *sui generis*, sempre di natura reale, visto il riconoscimento normativo, sia pure limitato, di un concorso tra separatisti e non separatisti¹⁴⁴.

In questa sede possiamo solo osservare che il diritto di separazione non si esaurisce in un mero diritto di preferenza nella distribuzione del prezzo, in quanto le forme di attuazione di tale diritto sono quelle dell'iscrizione ipotecaria per i beni immobili (art. 518 cod. civ.) e della domanda giudiziale e inventario per i beni mobili (art. 517 cod. civ.).

Ora, se i principî sull'ipoteca non valgono *in toto* per la separazione, la sostanza del vincolo appare il medesimo: pubblicità, determinazione del bene oggetto di ipoteca, indicazione dell'ammontare del credito che si vuole garantire, anche se non è necessario esibire il titolo (ma occorre dichiarare che l'iscrizione viene presa a titolo

¹⁴³ FERRARI, *op. cit.*, pagg. 1473 e 1478. Con riguardo al codice previgente, GABBA C.F., *op. cit.*, pagg. 70 e ss., nonché in generale per ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, pagg. 62 e ss.].

¹⁴⁴ GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 225 e ss.; CICU, *Successione per causa di morte, parte generale cit.*, pagg. 334 e ss.; FERRI, *Successioni cit.*, art. 512-535, pag. 13; TRABUCCHI, *Istituzioni cit.*, 2004, pag. 467. All'assimilazione al diritto di pegno o ipoteca osta, appunto come accennato nel testo, il riconoscimento limitato del concorso tra separatisti e non, che urta con l'essenza del diritto di ipoteca o di pegno. Da qui la configurazione di un autonomo diritto reale di garanzia.

Altra opinione diffusa ritiene che la separazione conferisca un diritto di prelazione reale sui beni separati: BIANCA, *op. cit.*, pag. 563; BONILINI, *Nozioni cit.*, pag. 63; FEOLA D., *La separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pag. 1399. Per la precisione l'Autrice parte dal presupposto che i diritti reali siano situazioni complesse finali stabilmente inerenti alla cosa, da distinguere dalle situazioni semplici ad efficacia reale, caratterizzate dalla particolare efficacia *ultra partes* di certe situazioni o di certi atti, come nel caso della separazione, che, dunque, appare come un diritto di prelazione reale sui beni separati. D'altra parte il rinvio dell'art. 518 comma 3 cod. civ. alle norme sulle ipoteche lascia impregiudicata la questione dell'eventuale identità di effetti rispetto all'ipoteca, limitandosi, invece, ad indicare le modalità di attuazione della separazione (per i beni immobili).

In Giurisprudenza, *la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede è istituto posto a tutela dei creditori del "de cuius", essendo finalizzata ad assicurare, con il compendio relitto, il soddisfacimento dei creditori ereditari e dei legatari che l'hanno esercitata, a preferenza dei creditori del successore "mortis causa". Detto istituto fa nascere, in favore dei soggetti procedenti, un diritto reale di garanzia sui singoli beni immobili separati, diritto simile alla garanzia ipotecaria* (Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2004, n. 3546, in *Riv. notariato*, 2004, 1579).

di separazione dei beni, art. 518 cod. civ.) ed anche se le iscrizioni successive prendono il grado della prima (art. 518 comma 2 cod. civ.). Efficacia *erga omnes* e *ius perseguendi*, tipici del diritto reale, sono chiaramente persistenti, senza dimenticare la natura strumentale o accessoria di un altro diritto. Successiva questione è l'assimilazione al diritto di ipoteca.

Anche se forma e sostanza del vincolo sono analoghe, appaiono diverse le funzioni dei due istituti, tanto che si può escludere che il creditore ereditario bene possa iscriverne ipoteca in virtù di un titolo ed aggiungere l'iscrizione ipotecaria, prevalendo sull'iscrizione ipotecaria di un creditore dell'erede anteriore alla sua iscrizione ipotecaria¹⁴⁵.

Invero, neppure gli effetti sono sovrapponibili, considerando che l'iscrizione a titolo di separazione prevale sulle trascrizioni anche anteriori (art. 518 comma 2 cod. civ.), di talchè pare allontanarsi anche l'accostamento ad un diritto di prelazione reale.

Concludendo per quanto riguarda l'argomento prefissatoci, quella della separazione dei beni rappresenta un'ipotesi nella quale il legatario non è indifferente alle sorti delle passività dell'eredità e subisce l'imposizione di un vincolo, anche di natura reale, in vista del soddisfacimento del preminente interesse dei creditori del *de cuius*. I beni oggetto di legato non sfuggono alla garanzia patrimoniale posta a tutela dei creditori ereditari, tenendo presente che in capo ai legatari di specie può sorgere un diritto di credito nei confronti dell'erede in conseguenza della separazione esercitata dai creditori dell'eredità sui beni legati¹⁴⁶.

Questo, tuttavia, è un passo ulteriore che esula dall'indagine che ci siamo prefissati, che riguarda la responsabilità del legatario nei confronti dei creditori del *de cuius*.

5.5. (*segue*). Assegno vitalizio a favore di figlio naturale non riconoscibile (art. 594 cod. civ.).

L'art. 594 cod. civ. prevede che gli eredi, i legatari e i donatari sono tenuti, in proporzione a quanto hanno ricevuto, a corrispondere ai figli naturali non riconoscibili,

¹⁴⁵ GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pagg. 226-227; TRABUCCHI, *Istituzioni cit.*, pag. 467, non attribuendo la separazione il *ius praelationis* proprio dell'ipoteca.

¹⁴⁶ FERRARI, *op. cit.*, pag. 1475.

un assegno vitalizio nei limiti stabiliti dall'articolo 580, se il genitore non ha disposto per donazione o testamento in favore dei figli medesimi. Se il genitore ha disposto in loro favore, essi possono rinunciare alla disposizione e chiedere l'assegno¹⁴⁷.

Si ritiene che l'assegno vitalizio *de quo* integri un diritto che sorge *ex novo* per effetto della vocazione *mortis causa*. In particolare si tratta di un legato *ex lege* di rendita vitalizia, posto carico degli eredi, dei legatari e dei donatari¹⁴⁸.

Invero, la natura giuridica dell'assegno non è pacifica, essendo stato anche osservato che, poiché l'obbligo si estende anche ai donatari, l'assegno esprimerebbe diritti riservati ai figli non riconoscibili come legittimari, con conseguente applicazione di alcune regole in tema di successione necessaria (riunione fittizia e regole per la riduzione delle disposizioni testamentarie)¹⁴⁹.

Appare preferibile la prima tesi, poiché l'art. 594 cod. civ. prevede una proporzionale e contemporanea solidarietà tra i beneficiari di liberalità (sia *mortis causa* che *inter vivos*), cosa affatto diversa dall'azione di riduzione. Inoltre, la natura assistenziale dell'assegno, per di più a favore di soggetti relativamente incapaci di succedere (tale è il capo del codice civile ove si trova la norma), induce a configurare l'assegno come legato *ex lege* correttivo del sistema legale (cfr. *supra* § 5 sulle obbligazioni successorie e § 1 sul solidarismo familiare quale una delle anime del nostro sistema successorio).

Quanto alla determinazione dell'importo dell'assegno, si deve tener conto dell'intero patrimonio, poiché grava su di esso, e, quindi, anche sui beni infruttiferi (ad esempio, gioielli, quadri, etc.)¹⁵⁰.

Con riferimento al legatario, la norma non crea particolari problemi: egli risponderà proporzionalmente e con conferma della regola generale di responsabilità *intra vires* di quanto ricevuto.

¹⁴⁷ Per una prima disamina circa la natura giuridica e le conseguenze dell'assegno, CARAMAZZA, *op. cit.*, pagg. 70-84.

¹⁴⁸ SCARSO A.P., *I figli*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, pag. 283; MENGONI, *Successioni. Parte speciale cit.*, pag. 134; BIGLIAZZI-GERI L., *Il testamento*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da P. Rescigno, VI, 2, Torino, 1982, pag. 61.

¹⁴⁹ CAPOZZI, *op. cit.*, pagg. 436 e ss.; CARRARO L., *Note introduttive agli artt. 100-112 Nov.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, Padova, 1977, pag. 868.

¹⁵⁰ SCARSO, *op. cit.*, pag. 285; CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 438.

La disposizione ha una sua particolare *ratio* di tutela di determinati soggetti e di conseguente correzione dei meccanismi di successione legale o testamentaria.

In tal senso, invero, la norma male si presta ad una valutazione in termini di debito e responsabilità del legatario. Il legatario, tuttavia, anche in questo caso non rimane estraneo alla vicende ereditarie e potrà essere chiamato a contribuire all'assegno vitalizio.

5.6. (*segue*). Accettazione con beneficio di inventario ed esaurimento dell'asse ereditario (art. 495 comma 2 cod. civ.).

Nel caso di liquidazione individuale di eredità accettata con beneficio di inventario, l'erede deve pagare i creditori e i legatari secondo l'ordine di presentazione, salvi i diritti di pozziorità¹⁵¹. Quando l'eredità sia stata accettata con beneficio di inventario e sia stato esaurito l'asse ereditario, i creditori insoddisfatti hanno diritto di regresso contro i legatari, nei limiti del valore del legato, a' sensi dell'art. 495 comma 2 cod. civ.

Anche in questo caso come in quello della liquidazione dei beni separati (artt. 512 e ss. cod. civ.), la disposizione a titolo particolare non deve nuocere alla garanzia che i beni del *de cuius* possono rappresentare per i creditori: il *de cuius* non può porre in essere atti di generosità se prima non ha pagato i suoi creditori¹⁵².

Ai sensi dell'art. 495 comma 2 cod. civ., sulla cosiddetta liquidazione individuale dell'eredità beneficiata, *esaurito l'asse ereditario i creditori rimasti insoddisfatti hanno soltanto diritto di regresso contro i legatari, ancorché di cosa determinata appartenente al testatore, nei limiti del valore del legato*.

Al di là del fatto che con il Codice del '42 il Legislatore ha espressamente previsto la possibilità di regresso nei confronti dei legatari di specie, tematica controversa sotto il previgente Codice, occorre verificare la natura e la portata di tale azione, distinguendo se venga in considerazione un legato di specie oppure di genere.

¹⁵¹ Si ritiene che i diritti di pozziorità siano quelli strettamente tecnici che spettano al creditore ipotecario e pignoratizio. I privilegi rilevrebbero solo nel caso di contemporanea presentazione all'erede di creditori che ne godano e altri no. GAZZANTE PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 164.

¹⁵² AZZARITI, *Successioni e donazioni cit.*, Padova, pag. 487; CICU, *Successioni parte gen. cit.*, pagg. 266-267 e ss.].

Nel caso di legato di specie, l'azione di regresso è stata considerata come esplicazione del vincolo o diritto reale che con l'accettazione beneficiata i creditori del defunto acquistano sui beni relitti, ivi compresi quelli che formano oggetto di un legato di specie¹⁵³.

Pertanto, i creditori ereditari possono fare espropriare la cosa oggetto di legato e il legatario deve subire l'espropriazione: al pari dell'erede beneficiato, il legatario giammai è debitore, ma acquirente di un bene gravato da un vincolo reale.

Consegue, per tale teoria, che per liberarsi da responsabilità/azione esecutiva, al legatario non sarebbe precluso rilasciare il bene legato ai creditori, così come pagare i creditori.

Al contrario, il legatario non potrebbe sottrarre la cosa all'esecuzione forzata dando cose diverse o denaro nei limiti del valore del bene stesso (salvo, s'intende, il consenso dei creditori), perché egli non ha un debito entro i limiti del valore della cosa legata, ma ha una cosa gravata da un vincolo reale a favore dei creditori¹⁵⁴.

Se un vincolo dei beni è indiscutibile, il suo carattere reale è da verificare e non è pacifico.

Invero, si è osservato che l'elemento determinante della realtà dovrebbe essere l'insensibilità dei beni rispetto a tutti gli atti che potrebbero compromettere la loro destinazione al soddisfacimento dei creditori ereditari e dei legatari (vale a dire, inefficacia degli atti di disposizione dell'erede rispetto ai creditori ereditari ed impossibilità dei terzi di acquistare diritti di garanzia sui beni o di sottoporli ad esecuzione). Tuttavia tale insensibilità non si verifica, neppure nel caso di beneficio di inventario, restando sempre la possibilità all'erede di disporre liberamente dei beni, salva la sua decadenza dal beneficio (art. 493 cod. civ.) e senza che l'eventuale atto di disposizione sia inefficace rispetto al soddisfacimento dei diritti ai quali i beni sarebbero riservati¹⁵⁵.

Di più, è stato osservato che la prelazione non è necessariamente indizio dell'esistenza di un diritto reale e la previsione di cui all'art. 490 comma 2 n. 3 cod. civ. (i creditori ereditari e i legatari hanno diritto di essere soddisfatti sui beni ereditari

¹⁵³ FERRI, *Successioni cit.*, art. 456-511, pagg. 327-327.

¹⁵⁴ FERRI, *op. ult cit.*, pag. 327.

¹⁵⁵ NATOLI, *L'amministrazione cit.*, II, pag. 100. L'Autore prosegue (pag. 101) evidenziando che neppure la possibilità di ottenere la separazione dei beni ereditari è espressione di un vincolo reale, anzi essa consente di creare proprio un simile vincolo a favore di coloro che se ne avvalgono, ma ciò sorge solo in virtù di una sorta di sequestro conservativo rispetto ai mobili (art. 517) e di un'iscrizione analoga a quella ipotecaria rispetto agli immobili (art. 518).

con preferenza rispetto ai creditori personali dell'erede) non vale a trasformare i diritti di credito dei creditori/legatari, per effetto dell'accettazione beneficiata, in diritti muniti di garanzia reale. Invero, la situazione dei beni nel caso di accettazione beneficiata non può assimilarsi a quella del caso di separazione dei beni ereditari, per la quale è predisposto uno strumento tecnico-giuridico, che assoggetta l'immobile separato ad un vincolo di forza pari a quella del vincolo ipotecario. Al contrario, i beni dell'eredità beneficiata appaiono versare in una situazione avvicinata a quella del credito munito di privilegio¹⁵⁶.

La natura giuridica della situazione che si determina a seguito dell'accettazione con beneficio di inventario è determinante per la ricostruzione della posizione giuridica dell'erede rispetto al passivo ereditario.

Infatti, secondo la teoria che l'erede acquisterebbe beni gravati da un vincolo di garanzia reale per un'obbligazione non propria, la sua posizione sarebbe assimilabile a quella del terzo acquirente di immobile ipotecato.

Al contrario, è da ritenere che si verifichi una vera e propria successione nei debiti da parte dell'erede accettante con beneficio di inventario¹⁵⁷.

Circa la natura dell'azione di regresso nei confronti del legatario, essa è stata avvicinata all'azione revocatoria, in quanto il legato sarebbe disposto in pregiudizio dei creditori¹⁵⁸. L'atto di disposizione è in sé valido e produce effetti nei confronti del destinatario, ma di fronte agli interessi dei creditori l'atto è inefficace e il suo oggetto

¹⁵⁶ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, Milano, 1962, pag.407.

¹⁵⁷ MESSINEO, *Manuale cit. vol. VI*, pagg. 402-404; FERRARIO HERCOLANI M., *L'accettazione dell'eredità con il beneficio d'inventario*, in *Trattato delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pagg. 1261-1262 e 1290. La configurazione di una successione nei debiti dell'erede trova conferma nelle disposizioni normative: in primo luogo, l'art. 507 ultimo comma cod. civ. prevede che l'erede è liberato da ogni responsabilità per i debiti ereditari col rilascio dei beni ai creditori, dunque l'erede è obbligato; in secondo luogo, dall'art. 490 comma 2 n. 2 cod. civ. si evince *a contrario* che l'erede è obbligato a pagare sia pure nei limiti previsti; in terzo luogo, se non ci fosse successione nei debiti non si spiegherebbe l'istituto della decadenza dal beneficio di inventario; in quarto luogo, l'art. 493 cod. civ. presuppone la qualità di erede per l'alienazione di beni ereditari e l'art. 508 cod. civ. per la spettanza del residuo attivo; in quinto luogo, si considera che mentre si può rinunciare al beneficio di inventario, non si può rinunciare all'eredità; senza considerare in sesto luogo, la difficoltà di concepire debiti senza debitore ovvero debiti vacanti, come nell'eredità giacente, in difetto di indicazioni legislative in tal senso. *Contra*, CICU, *Successioni parte gen. cit.*, pagg. 266-267.

¹⁵⁸ NATOLI, *L'amministrazione cit.*, II, pag. 227-228; CICU, *Successioni cit.*, pag. 318 nota 115. L'azione di regresso è possibile soltanto perché il legato, ledendo gli interessi dei creditori, non è pienamente efficace di fronte a questi, *in toto* o parzialmente, se la lesione sia solo parziale. Tale inefficacia dipende da una limitazione della facoltà di disposizione del testatore, derivante dal principio *nemo liberalis nisi liberatus*.

può essere perseguito da un'azione esecutiva dei creditori medesimi. Anche presso il legatario l'oggetto conserva la funzione di garanzia dei creditori del disponente.

Naturalmente i presupposti sono diversi rispetto all'azione revocatoria, *in primis* la frode e appare di difficile estensione al campo degli atti a causa di morte.

Nel caso di legato di quantità, l'azione di regresso ha natura diversa, in quanto i creditori hanno verso il legatario solo un diritto di credito alla restituzione di quanto il legatario abbia già avuto.

Rispetto alla teoria dell'obbligazione, quindi, almeno tre sono i punti critici. In primo luogo, se si trattasse di un vincolo reale, non occorrerebbe fare riferimento alla teoria della distinzione tra debito e responsabilità, valorizzando, secondo i più, il carattere della realtà del diritto piuttosto che un caso di responsabilità senza debito.

In secondo luogo, l'accostamento all'azione revocatoria potrebbe del pari allontanare il problema affrontato dal campo della teoria generale dell'obbligazione, prescindendosi dal debito e dalla responsabilità. Invero, si tratta solo di un accostamento e non di una identificazione.

In terzo luogo, attenersi al dato letterale (azione di regresso) ed attribuire rilevanza al rapporto tra creditori (creditore ereditario e legatario "creditore") e concepire l'azione *de quo* come tipica azione di regresso sarebbe fuorviante. Tale prospettiva involgerebbe conseguenze a livello sistematico da valutare con molta attenzione, non solo dal punto di vista generale dell'azione di regresso (difetterebbe, ad esempio, la *eadem causa obligandi*), ma anche in campo successorio, venendosi a qualificare il legatario come creditore.

Ad ogni modo, con le dovute precisazioni, si è in presenza di una eccezione alla regola secondo la quale il legatario non risponde dei debiti ereditari.

Un ulteriore aspetto risiede nella circostanza che il legatario si trova esposto ad una responsabilità pur in assenza di un debito a lui imposto.

Sulla natura di questa azione di regresso sarà opportuno ritornare nel prosieguo, organizzando l'indagine in tale maniera: rinviamo l'analisi della teoria dell'obbligazione (in particolare dei suoi elementi debito e responsabilità) alla seconda parte e quindi verificheremo il suo raccordo con il problema successorio nella terza parte.

5.6.2 (*segue*). Beneficio di inventario: liquidazione, rapporto con i legati e problematiche generali. Cenni.

Tornando all'art. 495 cod. civ., nel caso di presenza di legati di specie e di quantità, è stato sostenuto che i creditori possano rivolgersi ai primi solo sussidiariamente, in quanto il legislatore avrebbe stabilito un ordine di sacrificio dei legati argomentando *ex art. 499 ultimo comma*¹⁵⁹.

Sullo sfondo rimangono alcune problematiche di carattere generale. Una prima questione è se vi siano sanzioni per l'erede che dia luogo a pagamenti prima che sia trascorso il termine di un mese stabilito dall'art. 495 comma 1 codice civile.

Secondo alcuni, l'erede sarebbe tenuto a risarcire i danni nei confronti degli ulteriori creditori o legatari¹⁶⁰, non potendosi individuare ulteriori ipotesi di decadenza in via analogica fuori dei casi espressamente previsti dal legislatore, come sanzione per una violazione di legge.

Secondo altri, si determinerebbe la decadenza dal beneficio dell'inventario, ricavandola dal combinato disposto di cui agli artt. 498 e 505 cod. civ.¹⁶¹

È stato, altresì, osservato che, in difetto di opposizione, non vi è ragione di comminare l'immediata decadenza dal beneficio¹⁶².

Per i pagamenti effettuati successivamente all'opposizione di cui all'art. 498, la sanzione della decadenza dal beneficio d'inventario è comminata dall'art. 505 commi 1 e 2.

Una seconda questione riguarda la sorte e la disciplina dei crediti a termine. In dottrina si trovano soluzioni differenti.

¹⁵⁹ FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 327.

¹⁶⁰ CICU, *Successioni per causa di morte*, XLII, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1961, pag. 286; AZZARITI, MARTINEZ-AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1968, pag. 100; FERRARIO HERCOLANI, *op. cit.*, pag. 1315-1316 e 1322-1323.

¹⁶¹ FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 320; NATOLI, *L'amministrazione cit.*, II, pag. 158 e 210-212, peraltro con due temperamenti: non si determina la decadenza in caso di pagamento di crediti privilegiati o ipotecari oppure a seguito di procedura esecutiva. In giurisprudenza, Cass. 20 maggio 1954, in *Foro pad.*, 1954, I, 1217.

¹⁶² GROSSO e BURDESE, *Le successioni.*, pt. generale, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, XII, t. 1, Torino, 1977, pag. 469. In generale, si ritiene che, ove non si realizzi in concreto un pregiudizio dall'atto compiuto, pur configurante astrattamente motivo di decadenza dal beneficio di inventario, non debba realizzarsi la decadenza stessa: FERRARIO HERCOLANI, *op. cit.*, pag. 1315.

Per alcuni, andrebbe applicata la norma dell'art. 506 comma 2 cod. civ., che stabilisce l'esigibilità dei crediti a termine nella liquidazione concorsuale (salvo il beneficio del termine, quando il credito è munito di garanzia reale su beni la cui alienazione non si renda necessaria ai fini della liquidazione e la garanzia stessa è idonea ad assicurare il soddisfacimento integrale del credito), dovendosi attuare la *par condicio creditorum* anche nella procedura individuale¹⁶³.

Altri sostengono che il credito a termine non subisce alcuna modificazione, sicchè l'erede può, di regola, rifiutarne il pagamento, ma il creditore potrebbe invocare, in applicazione dell'art. 1186 cod. civ., il pagamento immediato, qualora il debitore sia divenuto parzialmente insolvente a seguito di successivi pagamenti individuali ad altri creditori¹⁶⁴.

Analogo problema si pone per i debiti sottoposti a condizione. L'erede non li può pagare quando la condizione sia sospensiva, ma potrà pretendere che i creditori senza condizione, che vengano pagati, diano cauzione¹⁶⁵.

Se, invece, si tratta di crediti risolutivamente condizionati, il pagamento può avvenire, ma l'erede dovrà esigere dai creditori soddisfatti una cauzione¹⁶⁶.

Per quanto riguarda i legati sottoposti a condizione risolutiva, sospensiva o a termine, la soluzione è positivamente prevista dagli artt. 639 e 640 cod. civ.: nel caso di condizione risolutiva, l'autorità giudiziaria, se ne ravvisi l'opportunità, può imporre al legatario di prestare idonea garanzia a favore di coloro ai quali dovrebbe devolversi il legato in caso di avveramento della condizione; nel caso di condizione sospensiva o a termine, l'onere può essere costretto a prestare idonea garanzia al legatario, salva diversa previsione del testatore.

Una terza questione riguarda il rapporto dell'erede beneficiario con i creditori e i legatari, soprattutto quelli di specie. Nella liquidazione individuale l'erede può opporre

¹⁶³ FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 323; GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 165, che ricorda l'immediata esigibilità dei crediti sottoposti a termine, fatta salva l'opportuna deduzione dell'*interusurium*.

¹⁶⁴ NATOLI, *op. ult. cit.*, pag. 224; FERRARIO HERCOLANI, *op. cit.*, pag. 1327, il quale ricorda che il creditore a termine potrebbe in alternativa proporre opposizione, finalizzata ad instaurare la liquidazione concorsuale.

¹⁶⁵ FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 324; CICU, *op. ult. cit.*, pag. 292; FERRARIO HERCOLANI, *op. cit.*, pag. 1327. *Contra* GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 164, che rileva nessuna norma giustifica l'imposizione di una cauzione agli altri creditori. Secondo l'Autore, il creditore sotto condizione, come qualsiasi altro avente diritto, potrà, nel caso ritenga di poter risentire un pregiudizio dalla liquidazione individuale, proporre opposizione alla medesima onde provocare quella concorsuale.

¹⁶⁶ NATOLI, *op. ult. cit.*, pag. 170; CICU, *op. ult. cit.*, pag. 292; GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 164.

al legatario di specie l'insufficienza del *relictum*? Più in generale, come deve comportarsi l'erede beneficiario nei confronti dei legati di specie?

Il problema nasce dalla considerazione che teoricamente il legato di specie è stato acquistato dal legatario automaticamente al momento dell'apertura della successione, quindi difetterebbe ogni legittimazione e potere dell'erede sui beni oggetto di tale legato.

Secondo alcuni l'erede non può opporre al legatario di specie il titolo poziore dei creditori, dato che la cosa legata, anche se è nel possesso dell'erede, è già automaticamente per effetto dell'apertura della successione passata *recta via* in proprietà del legatario; pertanto, l'erede, se richiesto, deve consegnare la cosa legata al legatario, anche se vi sono creditori che domandano contemporaneamente il pagamento e ai quali non resterebbe che il rimedio postumo dell'azione di regresso¹⁶⁷. Per la stessa ragione, si sostiene che l'erede non possa nella liquidazione singolare vendere la cosa legata, neppure con l'autorizzazione giudiziale¹⁶⁸.

Secondo altri, se i creditori si presentano tempestivamente, cioè prima che la cosa legata sia stata consegnata, e l'eredità non è sicuramente sufficiente a soddisfarli, l'erede è tenuto a non consegnare la cosa legata, onde non porre i creditori nella necessità di dover far ricorso all'azione di regresso, che è pur sempre rimedio contro un fatto compiuto e, come tale, di non sicura efficienza. Se nella procedura concorsuale viene compreso, quando necessario, anche l'oggetto del legato di specie (art. 499 ult. comma), non si potrebbe escludere che ciò possa avvenire anche nella liquidazione individuale, quando siano stati alienati i beni dell'eredità e il ricavo delle vendite non

¹⁶⁷ CICU, *op. ult. cit.*, pag. 317; NATOLI, *op. cit.*, II, pag. 173; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Commentario del cod. civ.*, vol. I, Torino, 1968, pag. 173; GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pagg. 150-152. Proprio la precisazione contenuta nel secondo comma dell'art. 495, ossia che l'azione di regresso è data anche nei confronti dei legatari di specie, avrebbe un senso, in quanto detti legatari, essendo già proprietari dei beni legati, si collocherebbero al di fuori della graduatoria di pagamento prevista dalla norma, che, appunto, tramite l'azione di regresso, attuerebbe quel principio in forza del quale le ragioni dei creditori devono prevalere su quelle dei legatari.

In giurisprudenza, Cass. 31 maggio 1945, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1945, 241, con nota di TORRENTE.

¹⁶⁸ NATOLI, *op. cit.*, pag. 173.

In giurisprudenza, sibbene con riguardo all'eredità giacente, le cui norme richiamano l'art. 495 cod. civ. si è ritenuto che *il curatore dell'eredità giacente è tenuto - anche al di fuori dell'ipotesi di liquidazione dell'eredità a norma degli art. 498 ss. c.c. - a rispettare l'ordine dei diritti di prelazione a norma dell'art. 495 c.c. (richiamato dall'art. 531 stesso codice) con la conseguenza che, restando la pretesa dei vari creditori alla soddisfazione delle loro ragioni limitata da quella concorrente dei creditori aventi un titolo poziore, l'inosservanza di quell'ordine comporta l'illegittimità del relativo pagamento anche se debitamente autorizzato dal pretore* (Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 1985, n. 1627, in *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 2).

sia sufficiente a soddisfare i creditori presentatisi. L'art. 747 ult. comma cod. proc. civ. prevede espressamente che l'autorizzazione alla vendita possa riguardare l'oggetto di un legato di specie. Se fosse vero che l'erede difetta di potere di disposizione o di legittimazione in ordine alla cosa legata, la vendita di questa non dovrebbe essere possibile, neppure nella liquidazione concorsuale. È nella logica della liquidazione individuale che l'erede, occupandosi dei creditori presentatisi e di un attivo non sufficiente, non si precluda la via della liquidazione della cosa legata, consegnandola al legatario. Al contrario, ha l'onere di liquidare non solo l'eredità, ma anche i beni di cui è stato disposto a titolo di legato: il possesso che la legge gli attribuisce in ogni caso, anche contro la volontà del testatore, del bene legato (art. 649 ult. comma cod. civ.) ha proprio anche questa funzione.

Consegue, secondo questa tesi, che se l'erede consegna incautamente al legatario la cosa legata assume una responsabilità personale verso i creditori che eventualmente ne subiscano danno¹⁶⁹.

Un quarto aspetto problematico è se, analogamente al punto precedente, possa l'erede trasferire a titolo di *datio in solutum* la cosa oggetto del legato al creditore, che si presenti per il pagamento prima di un legatario di specie e quando non vi siano altri beni.

Proprio perché il legato è automaticamente acquistato con l'apertura della successione, ciò sarebbe precluso come pure la possibilità per l'erede di chiederne la vendita¹⁷⁰. Il creditore dovrà agire in regresso.

Sebbene la tesi che l'erede possa opporre l'eccezione di incapacienza al legatario di specie appaia sostanzialmente equa e di compromesso, non sembra coerente col sistema e le previsioni normative. Basti osservare che i creditori ereditari dovrebbero farsi parte diligente e non attendere di agire in regresso per il soddisfacimento delle proprie ragioni. Infatti, valuteranno se opporsi oppure no alla liquidazione individuale, ben sapendo che nella liquidazione concorsuale i legati di specie saranno soggetti all'attività liquidativa con preferenza dei diritti dei creditori sul ricavato. Si tratta di due sistemi liquidativi diversi, che rispondono ad esigenze diverse e, quindi, hanno discipline diverse.

¹⁶⁹ FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 325-326; FERRARIO HERCOLANI, *op. cit.*, pag. 1324 e 1327-1329, il quale, tuttavia, propende per la *possibilità* dell'erede di "eccepire la riducibilità dei legati e, quindi, di non effettuare il pagamento degli stessi".

¹⁷⁰ NATOLI, *op. ult. cit.*, pag. 229.

Per completezza, si noti, che in caso di procedura di liquidazione concorsuale, l'art. 502 comma 3 cod. civ. prevede che i creditori (e i legatari) che non si sono presentati hanno azione contro l'erede solo nei limiti della somma che residua dopo il pagamento dei creditori e dei legatari collocati nello stato di graduazione. Stante l'espressa previsione di questa sola azione, nonché il suo carattere speciale, si ritiene che sia escluso il diritto di regresso dei creditori non presentatisi verso i legatari *ex art. 495 comma codice civile*¹⁷¹.

Si tratta di un'ipotesi particolare nella quale il legatario prevale sul creditore ereditario.

5.7. (*segue*). Eredità giacente e rinvio all'art. 495 codice civile.

Nel caso di eredità giacente ai sensi dell'art. 530 comma 1 cod. civ., il curatore può provvedere al pagamento dei debiti ereditari e dei legati, previa autorizzazione del tribunale¹⁷².

In tal caso, il curatore procede ai pagamenti a misura di presentazione e salvi i diritti di poeriorità. Pertanto, non si può escludere il regresso del creditore rimasto insoddisfatto nei confronti del legatario *ex art. 495 cod. civ.*, per cui varrebbe richiamare quanto sopra visto¹⁷³.

Il comma 2 dell'art. 530 cod. civ. prevede, in caso di opposizione di alcuno dei creditori o legatari, la liquidazione secondo gli artt. 498 e ss.

¹⁷¹ FERRARIO HERCOLANI, *op. cit.*, pag. 1345, il quale osserva come la questione assuma rilevanza in relazione ai creditori privilegiati ed ipotecari, per i quali può non essere necessario presentare la dichiarazione di credito, in considerazione della pubblicità della loro garanzia.

¹⁷² DI LORENZO G., *L'eredità giacente*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pag. 1191, non escludendosi che il pagamento possa essere eseguito direttamente dal curatore. Circa i poteri del curatore, *a differenza del debitore che per adempiere alcune delle sue obbligazioni, al di fuori di procedure concorsuali o individuali, è libero di scegliere il creditore al quale eseguire il pagamento, il curatore dell'eredità giacente è tenuto - anche al di fuori dell'ipotesi di liquidazione dell'eredità a norma degli art. 498 ss. c.c. - a rispettare l'ordine dei diritti di prelazione a norma dell'art. 495 c.c. (richiamato dall'art. 531 stesso codice) con la conseguenza che, restando la pretesa dei vari creditori alla soddisfazione delle loro ragioni limitata da quella concorrente dei creditori aventi un titolo poiorie, l'inosservanza di quell'ordine comporta l'illegittimità del relativo pagamento anche se debitamente autorizzato dal pretore* (Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 1985, n. 1627, in *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 2).

¹⁷³ L. FERRI, *Successioni cit.*, art. 512-535, pag. 180.

Tale rinvio non dovrebbe interessare l'oggetto della ricerca, salve brevi considerazioni sulla possibilità che il legatario veda ridursi il legato oppure che, ai sensi dell'art. 502 comma 3, il legatario possa essere preferito al creditore dell'eredità, nella particolare ipotesi di creditore o legatario che non si sia presentato, il quale ha azione solo nei limiti della somma che residua dopo il pagamento dei creditori e dei legatari collocati nello stato di graduazione. Si avrebbe un'eccezione alla regola che il legatario non può prevalere sul creditore ereditario, giustificata dall'inerzia di quest'ultimo.

Sempre sullo sfondo, rimangono problematiche generali circa i poteri del curatore, che per completezza si possono solo accennare, essendo collegate all'aspetto dell'adempimento.

Ci si può chiedere se il pagamento dei debiti ereditari costituisca per il curatore dell'eredità giacente solo una facoltà¹⁷⁴ o anche un obbligo¹⁷⁵.

Altra questione è se i pagamenti effettuati senza autorizzazione siano nulli¹⁷⁶, annullabili¹⁷⁷ o efficaci salva la responsabilità del curatore oppure ancora inefficaci¹⁷⁸.

Esiste, poi, un dibattito su ulteriori questioni, che, però, non possono venire ivi affrontate (ad esempio, se il curatore debba attendere il termine di un mese come previsto dall'art. 495 cod. civ.; se debba procedere direttamente al pagamento o mediante mandato all'istituto ove va depositato il denaro; i limiti agli atti che può compiere es. transazioni, etc.).

5.8. (*segue*). Legato e azienda (art. 2560 comma 2 cod. civ.). Legato e qualità di socio in società di persone. Legato e mezzadria (art. 2160 comma 2 cod. civ.).

In generale, se si parla di acquisto di azienda, ci si può riferire indifferentemente ad acquisti per atto tra vivi ed ad acquisti *mortis causa*. La circolazione dell'azienda (non dell'impresa) può, dunque, essere di vario tipo¹⁷⁹.

¹⁷⁴ CICU, *Successioni cit.*, XLII, pag. 155; FERRI, *Successioni cit.*, art. 512-535, pag. 178-179; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 475.

¹⁷⁵ GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 255-256

¹⁷⁶ FERRI, *op. ult. loc. cit.*, pag. 181, secondo il quale la nullità sarebbe comminata per gli atti negoziali, mentre per gli atti dovuti, come il pagamento, sarebbero validi.

¹⁷⁷ NATOLI, *op. cit.*, II, pag. 181.

¹⁷⁸ GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 257.

Si può porre il problema del coordinamento delle regole di responsabilità limitata del legatario col secondo comma dell'art. 2560 cod. civ., che impone all'acquirente dell'azienda la responsabilità dei debiti anteriori al trasferimento, se risultano dai libri contabili obbligatori, norma ritenuta applicabile anche all'acquisto *mortis causa*¹⁸⁰.

Nel caso, poi, si tratti di cessione di azienda bancaria, la norma civilistica generale viene derogata da una norma speciale, in forza della quale il cessionario sarebbe responsabile delle obbligazioni contratte dal cedente, anche se non risultanti dai libri contabili (art. 58 comma 2 D. lgs. 1 settembre 1993 n. 385)¹⁸¹.

¹⁷⁹ MESSINEO, *op. cit.*, pag. 536; CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 1214; BONILINI, *Dei legati, cit.*, pag. 126.

Tutto un altro discorso bisognerebbe fare sulla ammissibilità di una successione nell'impresa, intesa non come diritto od obbligo in senso proprio, ma come fatto (svolto dall'imprenditore, che esercita un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi ai sensi dell'art. 2082 cod. civ.), come tale non suscettibile di trasferimento/circolazione da un centro di imputazione ad un altro. La tematica meriterebbe un approfondimento in separata sede e si consentano, quindi, solo i primi riferimenti in materia: ORLANDI – ONORATO, *Successione nell'impresa e nei rapporti societari*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pagg. 643 e ss.; ONORATO M., *Successione nell'impresa e nell'azienda*, in *Fam., persone e successioni*, 2011, f. 8-9, 606.

¹⁸⁰ *Poiché, in tema di cessione di azienda, deve intendersi per acquirente, che ai sensi dell'art. 2558 c.c. subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda che non abbiano carattere personale, colui al quale sia sta ceduta l'azienda in virtù di contratto o altro titolo di acquisto di natura derivativa, non può ritenersi acquirente il terzo che possieda o detenga l'azienda senza titolo, sicché - in caso di decesso dell'imprenditore - dei relativi debiti rispondono, in quanto successori a titolo universale, gli eredi che non forniscano la prova del trasferimento a favore del terzo della proprietà o di altro diritto reale o personale* (Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2003 n. 6316, in *Giust. Civ. mass.*, 2003, f. 4).

L'iscrizione nei libri contabili è ritenuta condizione imprescindibile per la responsabilità, non surrogabile dalla conoscenza di fatto dell'esistenza del debito: *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 3 dicembre 2009 n. 25403, in *Foro it.*, 2010, 9, c. 2499; Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 2009 n. 21481, in *Guida al dir.*, 2010, 2, 66.

In dottrina qualche voce si è levata in senso contrario: TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, v. 18, Torino, 1983, pag. 56, secondo il quale l'acquirente dell'azienda è responsabile per tutti i debiti concernenti l'esercizio della impresa, anche se non risultanti nei libri contabili obbligatori. Ciò per evitare anche di favorire l'imprenditore negligente o truffaldino o accordi tra le parti a danno dei creditori.

Un'eccezione sarebbe costituita dai debiti tributari, che non seguirebbero le regole di diritto comune e dei quali risponderebbe il cessionario anche se non iscritti nei libri contabili: Cass. civ., sez. trib., 18 giugno 2008 n. 16473, in *Giust. Civ. mass.*, 2008, 6, 961.

¹⁸¹ *In tema di cessione di azienda in favore di una banca, l'art. 58 d.lg. 1 settembre 1993 n. 385, prevedendo il trasferimento delle passività al cessionario, in forza della sola cessione e del decorso del termine di tre mesi dalla pubblicità-notizia di essa (secondo quanto previsto dal comma 2 dello stesso art. 58), e non la semplice aggiunta della responsabilità di quest'ultimo a quella del cedente, deroga alla norma di cui all'art. 2560 c.c., sulla quale prevale in virtù del principio di specialità. Ne consegue che, in caso di cessione di azienda bancaria, alla cessionaria si trasferisce anche l'obbligazione sanzionatoria*

La disposizione *mortis causa* a titolo particolare può, dunque, avere ad oggetto anche un complesso aziendale¹⁸². In tal caso sorgono delicati problemi, la cui comune matrice è riconducibile all'applicabilità o meno delle regole codicistiche previste in tema di cessione dell'azienda. Occorre, però, distinguere due aspetti.

Con riferimento al legatario, se per la successione nei contratti e nei crediti si può reputare applicabile quantomeno analogicamente l'art. 2558 cod. civ. per quanto concerne il sub-ingresso nella posizione contrattuale (subentro automatico, salvo si tratti di contratti di natura personale o sia diversamente previsto dalle parti)¹⁸³, ipotizzandosi invece che il trasferimento dei crediti possa operare automaticamente, senza che occorra adempiere alle formalità di cui all'art.2559 cod. civ., ma la questione non è pacifica,¹⁸⁴ il nodo riguarda l'aspetto debitorio.

Ai sensi dell'art. 2560 cod. civ., infatti, colui che acquista l'azienda risponde dei debiti pregressi che risultino dai libri contabili. La disposizione viene a concretare,

ricompresa tra i debiti della banca cedente, inclusi nella cessione stessa, e già sorta per effetto dell'illecito compiuto dai soggetti ad essa appartenenti (Cass. civ., sez. II, 29 ottobre 2010 n. 22199, in *Giust. Civ.*, 2001, 2, 373).

¹⁸² Quanto al concetto di azienda (art. 2555 cod. civ.), basti richiamare che, in generale, per cessione di azienda deve intendersi il trasferimento di una entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e consenta l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo. Al fine di un simile accertamento occorre la valutazione complessiva di una pluralità di elementi, tra loro in rapporto di interdipendenza in relazione al tipo di impresa: si pensi al trasferimento di elementi materiali o immateriali e del loro valore, all'avvenuta riassunzione in fatto della maggior parte del personale da parte della nuova impresa, al trasferimento della clientela, nonché nel grado di analogia tra le attività esercitate prima e dopo la cessione. In particolare se non è necessaria la cessione di tutti gli elementi che normalmente costituiscono l'azienda, deve tuttavia appurarsi che nel complesso di quelli ceduti permanga un residuo di organizzazione che ne dimostri la loro attitudine all'esercizio dell'impresa, sia pur mediante la successiva integrazione da parte del cessionario (Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 2009 n. 21481, *cit.*).

¹⁸³ TRADII E. *Legato di azienda*, in *Notariato*, 3, 1999, 263; CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 1217; COLOMBO G.E., *L'azienda e il mercato*, in *Tratt. di dir. comm. e dir pubbl. dell'economia*, diretto da Galgano, vol. III, Padova, 1979, pag. 53.

Coerentemente con l'idea di *universitas*, in caso di cessione di azienda, ogni credito aziendale si dovrebbe trasferire al cessionario, senza necessità di specifica indicazione nell'atto di trasferimento. CASANOVA M., *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1974, pag. 823-824.

Contra, sulla base di un'idea atomistica dell'azienda quale insieme di beni non materialmente, ma funzionalmente collegati dall'imprenditore per l'esercizio della sua impresa, TEDESCHI, *op. cit.*, pag. 50-51; FERRARI G., voce *Azienda (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pag.727.

¹⁸⁴ TRADII, *op. cit.*, pag. 266; GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa e azienda*, Milano, 1957, p.313. *Contra* COLOMBO, *op. cit.*, pag. 53-54.

secondo i più, una sorta di acollo cumulativo *ex lege*¹⁸⁵, che viene a gravare l'acquirente dell'azienda indipendentemente dal titolo dell'acquisto.

Invero, la questione è direttamente dipendente dalla concezione, che si voglia abbracciare, circa la natura dell'azienda, ora come *universitas*, ora secondo l'idea atomistica di beni funzionalmente collegati dall'imprenditore per l'esercizio della impresa (*supra* nota n. 183).

Nel caso di legato avente ad oggetto un compendio aziendale, ci troviamo di fronte ad una pluralità di norme, che astrattamente chiedono di essere applicate.

Le questioni sono varie. A monte si colloca l'interrogativo se il trasferimento automatico dei debiti preesistenti operi anche nei rapporti interni tra cedente e cessionario, non essendoci dubbi che la regola dell'art. 2560 comma 2 cod. civ. operi nei rapporti esterni con i creditori ceduti, lasciando appunto impregiudicata la questione interna¹⁸⁶.

Le conseguenze non sono di poco conto: se non si verifica il trapasso automatico nel rapporto interno, dei debiti risponde il cedente (per quanto ci interessa, gli eredi), mentre il cessionario, che fosse stato chiamato a pagare un credito aziendale, avrebbe azione di rivalsa nei confronti del cedente. Se si verificasse il passaggio automatico, invece, nessuna azione di regresso sarebbe data e se fosse il cedente a pagare, questi avrebbe azione di rivalsa¹⁸⁷.

¹⁸⁵ TEDESCHI G.U., *op. cit.*, pag. 54; RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu-Messineo, XXIII, Milano, 1971, pag. 162; CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale*, vol. I, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2008, pag. 157.

In giurisprudenza, *ex multis* Cass. civ., sez. I, 29 aprile 1998 n. 4367, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 1857; Cass. civ., sez. II, 3 marzo 1994 n. 2108, in *Fisco (II)*, 1994, 9126.

Si è anche ipotizzata una delegazione passiva cumulativa: MESSINEO, *Manuale cit.*, II, pag. 223.

Ancora si è pure configurato un acollo legale: SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel codice civile*, in *Riv. dir. Comm.*, 1942, I, 593.

Contra, FERRARA F. jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982, pagg. 130 e ss., il quale osserva che gli istituti sopra accennati si fondano sulla volontà delle parti, in assenza della quale non vi può essere delegazione, né acollo. La responsabilità dell'acquirente dell'azienda è effetto della legge, che le parti devono subire anche se non vogliono, in quanto si tratta di previsione normativa posta nell'interesse non delle parti, ma soprattutto dei terzi. L'Autore, come vedremo, configura un vincolo di accessorietà o un collegamento giuridico, come nelle obbligazioni *propter rem* (pagg.131-132 e 358).

¹⁸⁶ FERRARI G., *op. cit.*, pag. 730.

¹⁸⁷ Ritiene che la disposizione di cui all'art. 2560 comma 2 cod. civ. valga anche nei rapporti interni tra cedente e cessionario, CASANOVA, *op. cit.*, pag. 831-832; GRECO, *op. cit.*, pag. 294-295; CAMPOBASSO, *op. cit.*, pagg. 157-158 e nota n. 41; RUBINO, *Compravendita cit.*, pag. 161, il quale giustamente osserva che, di regola, questi debiti derivano da rapporti contrattuali già eseguiti dall'altra parte, quindi devono gravare sull'acquirente, che trova già acquisiti nell'azienda i vantaggi di tali

Rinviando l'approfondimento nella parte II, la Cassazione ha affermato che la responsabilità di cui al capoverso dell'articolo 2560 cod. civ., è *una responsabilità senza debito (il debito è solo dell'alienante) che va ricondotta ad un accollo cumulativo ex lege e dà luogo ad una solidarietà in forza di legge tra l'alienante e l'acquirente dell'azienda commerciale, solidarietà <sui generis> che non implica il diritto del primo di ripetere, neppure in parte, dal secondo quanto versato al terzo creditore, appunto perché - diversamente da quanto avviene nei casi di solidarietà ordinaria, in cui il fatto costitutivo del debito è imputabile anche al condebitore nei confronti del quale si agisca poi in via di regresso (art. 1292, 1294, 1298 e 1299 c.c.) - l'alienante, debitore, ha adempiuto un'obbligazione discendente esclusivamente dal fatto proprio, contrattuale o extracontrattuale*¹⁸⁸. Indubbiamente questa assimilazione, non convincente, tra responsabilità senza debito proprio e accollo *ex lege* meriterà qualche considerazione.

rapporti. Si aggiunga che, verosimilmente, proprio in quanto risultanti dalle scritture contabili obbligatorie, i contraenti ne abbiano tenuto conto per stabilire il prezzo della compravendita.

Escludono il passaggio (nei rapporti interni) dei debiti da alienante ad acquirente, COLOMBO, *op. cit.*, pag. 53 e pagg. 136-143; FERRARA, *La teoria cit.*, pag. 358; TEDESCHI, *op. cit.*, pag. 54; AULETTA, voce *Azienda*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, pag. 22, secondo cui la normalità del trasferimento non è sufficiente a presumerlo.

In giurisprudenza si trova affermato che il cedente non avrebbe azione di regresso per il pagamento dei debiti dell'azienda, in quanto egli avrebbe adempiuto ad un proprio debito derivante da un fatto contrattuale o extracontrattuale proprio. La solidarietà prevista dall'art. 2560 cod. civ. è *sui generis* con funzione di garanzia, in quanto, diversamente dalla solidarietà "ordinaria", il fatto costitutivo dell'obbligazione non è comune, ma rimane proprio del cedente: Cass. civ., sez. II, 3 marzo 1994 n. 2108, in *Fisco (II)*, 1994, 9126; Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2004 n. 23780, in *Giust. Civ. mass.*, 2005, 5.

¹⁸⁸ Cass. civ., sez. II, 3 marzo 1994 n. 2108, in *Fisco (II)*, 1994, 9126.

Anche di recente la Suprema Corte ha scisso l'aspetto della responsabilità da quello della sorte dei debiti, senza però giungere all'assimilazione responsabilità senza debito-accollo *ex lege*: *la premessa da cui occorre partire è che la previsione di obbligazione solidale in capo all'acquirente per il pagamento dei debiti dell'azienda ceduta è una disposizione posta a tutela dei creditori e non già del venditore.*

È infatti evidente che se così non fosse il venditore potrebbe, con la cessione dell'azienda, disfarsi del proprio patrimonio facendo venir meno le garanzie nei confronti dei propri creditori i quali non avrebbero così modo di vedere soddisfatte le proprie ragioni creditorie se non potessero agire anche nei confronti dell'acquirente l'azienda.

In virtù della premessa fatta deve necessariamente ritenere che nel caso di specie, operando l'assunzione dell'obbligazione solidale in funzione di garanzia dei creditori del cedente l'azienda, non si verifica alcun trasferimento della posizione debitoria sostanziale, nel senso che il debitore effettivo rimane comunque colui cui è imputabile il fatto costitutivo del debito (cioè il venditore) nei cui confronti può rivalersi in via di regresso l'acquirente che abbia pagato, quale coobbligato in solido, un debito pregresso dell'azienda (v. Cass 1990/1987).

*Non è invece possibile l'inverso. Il debitore che ha, infatti, pagato un debito generato da un proprio comportamento non può rivalersi nei confronti dell'eventuale coobbligato in solido, avendo l'obbligazione di quest'ultimo una mera funzione di garanzia nei confronti del terzo che viene meno una volta soddisfatto quest'ultimo (Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2004 n. 23780, in *Giust. Civ. mass.*, 2005, 5).*

Occorre domandarsi, quindi, se i debiti aziendali ricadano sugli eredi oppure sul legatario. Nel caso in cui si ritenga che ricadano sul legatario, la questione successiva è se prevale il principio enunciato dall'art. 2560 cod. civ. (di modo che il legatario sia considerato responsabile di tutti i debiti aziendali, anche pregressi e pure nell'ipotesi che gli stessi eccedano il valore di quanto legatogli) ovvero se, dato il modo di disporre dell'art 671 cod. civ. (che per l'appunto limita la responsabilità del legatario al valore della cosa legata), il beneficiario a titolo particolare risponda soltanto nei limiti del valore dell'azienda legatagli.

Al riguardo si riscontra una varietà di opinioni.

Vi è chi nega il trasferimento automatico dei debiti, reputando che le passività debbano rimanere a carico degli eredi (*pro quota*, salva l'eventuale operatività del beneficio dell'inventario). Il legatario risponderebbe dei debiti risultanti dai libri obbligatori entro il valore di quanto oggetto della disposizione a suo favore, ma potrebbe rivalersi sull'erede¹⁸⁹.

Una variante di questa teorica può essere considerata quella che, pur ammettendo il passaggio automatico dei debiti, perviene comunque alla conclusione che il legatario, tenuto a far fronte ai debiti aziendali quali emergenti dai libri contabili, ne sia responsabile entro il valore del compendio aziendale¹⁹⁰: in mancanza di diversa disposizione del testatore, i debiti aziendali sono soggetti alla disciplina successoria (art. 572 cod. civ.), se l'azienda è attribuita ad uno degli eredi; se, invece, l'azienda è assegnata a titolo di legato, la sorte dei debiti sarà disciplinata dalla normativa successoria in concorso con l'art. 2560 cod. civ. in tema di cessione di azienda. Pertanto, i debiti graveranno sui coeredi in proporzione delle loro quote *ex art. 572 cod. civ.*, mentre il legatario ne risponderà soltanto se essi risultano dai libri contabili obbligatori, con diritto di rivalersi sugli eredi.

In modo nettamente divergente si pone l'opinione di chi reputa che la *vis attrattiva* delle regole proprie dell'azienda sia tale da importare l'illimitata responsabilità

¹⁸⁹ FERRARI G., *op. cit.*, pag. 735; COLOMBO, *op. cit.*, pag. 53, secondo cui il legatario risponde nei soli limiti di cui all'art. 2560 comma 2 codice civile. In giurisprudenza si veda Cass. civ. 2 agosto 1969 n. 2920, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2404 secondo cui *il coniuge usufruttuario generale del patrimonio del de cuius, che, senza interruzione, ha continuato l'esercizio dell'azienda relitta, risponde integralmente delle obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro a lui trasferitosi, anche per il periodo anteriore all'apertura della successione e può essere, quindi, convenuto in proprio in giudizio dal lavoratore, salva l'azione di regresso nei confronti degli eredi condebitori in solido. Contra*, FERRARA F. jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982, pag. 385-386.

¹⁹⁰ MESSINEO, *op.cit.*, pag. 365. Gli eredi rimarrebbero comunque responsabili dei debiti aziendali che sopravanzassero il valore dell'azienda legata.

del legatario per i debiti aziendali. Gli eredi che avessero a rispondere nei confronti dei terzi, nella propria qualità, dei detti debiti vanterebbero successivamente il diritto di rivalsa sul legatario¹⁹¹. In buona sostanza quest'ultimo sarebbe illimitatamente responsabile dei debiti aziendali, potendone rispondere anche ben oltre il valore di quanto legatogli. Si è anche sostenuto che è determinante la ricostruzione puntuale dell'assetto di interessi disposto dal testatore: normalmente al legatario spetterà il valore netto, diversamente egli risponderà di tutti i debiti, anche se non risultanti dai libri contabili¹⁹².

Infine, si è anche radicalmente negato che nella fattispecie possa farsi applicazione della regola di cui al secondo comma dell'art. 2560 cod. civ.¹⁹³. La norma avrebbe infatti lo scopo di proteggere i creditori sociali rispetto all'eventualità in cui il cessionario dell'azienda fosse dotato di una solidità patrimoniale inferiore rispetto a quella vantata dal cedente. Poiché nel fenomeno successorio a causa di morte questo esito va escluso, sulla scorta della devoluzione ad eredi e legatarî di tutto il compendio ereditario, tenuto altresì conto della possibilità per i creditori ereditari di esercitare la facoltà di dar corso alla separazione, il principio in considerazione risulterebbe inapplicabile. Ne discende che, al fine di sciogliere il nodo afferente alla sorte dei debiti aziendali, occorrerebbe fare riferimento alla volontà del testatore¹⁹⁴. In difetto di elementi ermeneutici, si dovrebbe ritenere operativa la presunzione in forza della quale detti debiti, siccome pertinenti all'oggetto del legato, debbano far carico al legatario (quand'anche non risultanti dai libri), il quale tuttavia ne risponderrebbe soltanto entro il valore del lascito, ai sensi dell'art. 671 codice civile.

A nostro modo di vedere, la successione a titolo particolare, pur essendo un acquisto astrattamente disciplinato dall'art. 2560 cod. civ., rimane un acquisto *mortis causa*, che risponde ad una logica diversa, da contemperare con le esigenze di tutela *in primis* dei creditori, ma anche del legatario stesso. Colui che subentra al *de cuius*

¹⁹¹ FERRARA, *op.cit.*, pag. 385-386.

¹⁹² AULETTA, *op. cit.*, pag. 24.

¹⁹³ METITIERI, *I debiti aziendali e le disposizioni di ultima volontà. Relazione al convegno di studi "Azienda ed impresa individuale e collettiva nella successione mortis causa"*, in *Nuovi quaderni di Vita Notarile*, 1992, pag. 5; AZZARITI, *Successioni e donazioni cit.*, Padova, pag. 491 nota n. 2.

In giurisprudenza, pur risalente, C.A. Palermo, 17 gennaio 1958, in *Foro pad.*, 1959, I, 1142, che ha ritenuto non applicabile l'art. 2560 comma 2 cod. civ., al legatario.

¹⁹⁴ TRADII, *op. cit.*, pag. 260.

subentra *iure successionis* nei rapporti attivi e passivi, quindi per un fatto non volontario/contrattuale e a seguito della scomparsa dell'imprenditore.

D'altra parte, i debiti aziendali possono essere avvicinati ad un'obbligazione *propter rem* rispetto all'azienda e come tale la seguirebbero¹⁹⁵. L'aver legato semplicemente un'azienda non dovrebbe far concludere che il testatore avesse voluto attribuire solo le attività. Al contrario, si pone il problema del caso inverso, ove il testatore espressamente attribuisca al legatario l'azienda attiva, lasciando agli eredi le passività: certamente è in facoltà del testatore procedere a tale suddivisione, ma si ritorna al problema se tale previsione abbia valore solo nei rapporti interni tra erede e legatario o anche nei rapporti esterni con i creditori (*supra* § 5.2.), ammesso che possa parlarsi ancora di lascito di azienda, piuttosto che di liquidazione di azienda.

Economicamente, il legatario subentra in una azienda, le cui attività spesso sono frutto di rapporti contrattuali esauriti e di cui si è beneficiato e che rappresentano le passività. In forza del principio generale dell'arricchimento, tali debiti devono ricadere sull'acquirente/legatario (*cuius comoda, eius incommoda*). Invero, si può obiettare che l'osservazione non vale a cogliere il fondamento della previsione di cui all'art. 2560 cod. civ., che prevede il limite della risultanza nelle scritture contabili obbligatorie quale inerenza all'azienda. Probabilmente la norma opera un bilanciamento degli interessi del cedente e del cessionario, alla luce di un principio di apparenza e di buona fede, prevedendo un "filtro" o un limite di responsabilità.

V'è da chiedersi, allora, se non si possa applicare analogicamente l'art. 668 cod. civ. che pure riguarda quei pesi inerenti il fondo legato, gravanti sul legatario.

D'altra parte, ancora dal punto di vista economico, in assenza di diverse espresse disposizioni, si può presumere che il testatore-imprenditore volesse riferirsi all'azienda come unità economica (a prescindere da ogni concezione giuridica dell'azienda come universalità o come insieme atomistico di beni), composta di un attivo e di un passivo. In tal senso, i debiti dovrebbero passare automaticamente in capo al legatario, salvo il limite di responsabilità ex art. 671 codice civile¹⁹⁶, rimanendo un acquisto *mortis causa*, primariamente regolato da principî e norme sue proprie.

Consegue che, nel caso di successione degli eredi, questi risponderanno di tutti i debiti aziendali a prescindere dalla loro iscrizione nei libri obbligatoriî e salvo il

¹⁹⁵ FERRARA F. Jr, *op. cit.*, pag. 130 e ss.].

¹⁹⁶ CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 1219-1220.

beneficio di inventario¹⁹⁷; nel caso di lascito ad un legatario, costui si trova attribuito un compendio aziendale che comprende non solo le poste attive, ma anche quelle passive, delle quali dovrà rispondere quale successore *mortis causa*, anche in questo caso a prescindere dalla iscrizione nei libri obbligatori.

Tuttavia, l'esigenza di tutela del legatario, che acquista il bene legato senza bisogno di accettazione, permane e, dunque, egli risponderà entro i limiti del valore del bene legato. Per l'eccedenza i creditori dovranno rivolgersi agli eredi e se il legatario avesse dovuto sopportare il pagamento oltre i limiti previsti, egli avrebbe azione di rivalsa nei confronti degli eredi.

Per superare l'apparente conflitto di norme, si può considerare che le norme sull'azienda hanno riguardo a questa come complesso di beni e, pertanto, le regole successorie non confliggono con le norme sull'azienda. I due settori del codice civile regolano vicende diverse. Prova ne è che l'erede, accettante puro e semplice, mai potrebbe eccepire di rispondere dei debiti pregressi nei limiti del richiamato art. 2560. Né si potrebbe sostenere che l'erede, accettante con beneficio di inventario, possa rispondere eccezionalmente col proprio patrimonio, facendo prevalere la regola di cui all'art. 2560.

Così per il legatario. La peculiare normativa successoria (acquisto automatico, difetto di legittimazione passiva per i debiti ereditari, responsabilità *intra vires*) non si pone in contrasto con la normativa "commerciale", meglio aziendale.

Quest'ultima disciplina non tanto l'aspetto dell'acquisto e del suo titolo, quanto la vicenda dell'azienda come complesso di beni e rapporti. Detto altrimenti, rileva il bene come tale e non il titolo di acquisto. In tal senso le due discipline non sono propriamente in contrasto.

La cautela dell'iscrizione nei libri obbligatori è un qualcosa di ultroneo rispetto alla successione *mortis causa* come titolo di acquisto. Altra cosa è verifica da cosa sia composto quel bene particolare, che è l'azienda, costituito a sua volta da molteplici beni.

¹⁹⁷ FERRARI G., *op. cit.*, pagg. 734-735; FERRARIO HERCOLANI M., *L'accettazione dell'eredità con il beneficio d'inventario*, in *Trattato delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pagg. 1294 e ss., il quale, con riguardo all'accettazione beneficiata, opera delle distinzioni: la separazione dei patrimoni a seguito dell'accettazione con beneficio d'inventario comporta che le sopravvenienze sia attive che passive dell'azienda vanno imputate al patrimonio ereditario; se l'attività di gestione dell'erede è contenuta nei limiti del normale esercizio, essa è attività di ordinaria amministrazione e non comporta decadenza dal beneficio di inventario, diversamente dall'attività di straordinaria amministrazione, che dovrà essere autorizzata ex art. 493 codice civile.

Certamente la questione è aperta e di non facile soluzione. Ad ogni modo, salvo ritenere il legatario assolutamente estraneo ai debiti aziendali, nelle altre ipotesi e in varia misura è possibile individuare un caso nel quale eccezionalmente il legatario risponde dei debiti e, secondo alcuni, addirittura *ultra vires*.

De iure condendo, si potrebbe configurare una disciplina speciale ed un termine entro il quale il successore (sia a titolo universale, sia a titolo particolare) possa dichiarare se accetta o meno l'azienda.

In caso di accettazione oppure in caso di mancato esercizio di tale scelta nel termine stabilito, egli risponderà *in toto* di tutti i debiti aziendali. In tal modo, egli avrà la possibilità di verificare lo stato dell'azienda dai libri contabili e, quindi, effettuare una scelta responsabile.

Rimarrebbero dei problemi. In primo luogo, la sorte dei debiti non risultanti nelle scritture contabili. In secondo luogo, nel caso del legatario, si dovrebbe introdurre una speciale deroga al principio dell'acquisto del legato senza bisogno di accettazione. In tutti i casi, il Legislatore dovrebbe operare una precisa scelta tra i valori e i principi di diritto successorio (in particolare, la limitazione di responsabilità del legatario) e le esigenze di tutela dei creditori e del mercato. In considerazione della specialità della disciplina, si potrebbe propendere per una responsabilità illimitata, una volta accettata l'azienda, sia da parte dell'erede, sia da parte del legatario.

Problema analogo al legato di azienda è quello della successione in una partecipazione societaria, ove vengano in rapporto le regole di limitazione di responsabilità del legatario e l'assunzione di qualità di socio illimitatamente responsabile.

In questo caso si potrebbe configurare un'eccezione alla limitazione di responsabilità a favore del legatario. Tale eccezione, tuttavia, non troverebbe causa nelle regole successorie, ma in quelle societarie: infatti, se l'assunzione della qualità di socio illimitatamente responsabile richiede un atto di scelta (art. 2284 cod. civ.), incompatibile con una clausola di successione automatica, l'erede beneficiario o il legatario risponderebbe senza limiti per le obbligazioni societarie, anteriori e posteriori al subentro¹⁹⁸.

Solo qualche cenno merito un altro istituto.

¹⁹⁸ FERRARIO HERCOLANI, *op. cit.*, pag. 1295. Se, poi, a' sensi dell'art. 2284 cod. civ. gli altri soci decidano di sciogliere la società, le eventuali passività saranno considerate, per la quota di pertinenza del defunto, debiti ereditari, per i quali l'erede beneficiario risponde *cum viribus*. Analogamente dovrebbe avvenire per il legatario.

Per quanto si tratti, ormai, di fattispecie desueta, ci sarebbe da considerare l'art. 2160 comma 2 cod. civ., secondo cui i crediti e i debiti del concedente verso il mezzadro risultanti dal libretto colonico passano a chi subentra nel godimento del fondo, salva per i debiti la responsabilità sussidiaria dell'originario concedente. In giurisprudenza si è ritenuto che "la disposizione contenuta nell'art. 2160, comma 2, cod. civ. alla stregua di un'interpretazione storico-sistematica e della espressa finalità di garantire efficacemente il mezzadro di fronte ad ogni ipotesi di trasferimento, si applica anche nel caso di successione "mortis causa". Ne consegue che qualora il fondo abbia formato oggetto di legato, alla responsabilità del legatario cui è stato trasferito il diritto di godimento si affianca quella sussidiaria dell'erede che sostituisce, "ope legis", quale successore universale, il "de cuius" originario concedente ed, inoltre, che il mezzadro ha privilegio ex art. 2765 cod. civ. sulla quota di frutti del legatario - cui spetta il godimento del fondo e quindi la prescrizione degli stessi - per il soddisfacimento dei propri crediti risultanti dal libretto colonico"¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Cass. civ., sez. III, 6 novembre 1987 n. 8239, in *Dir. e giur. agr.*, 1988, 33, di cui conviene riportare parte della motivazione: non può infatti condividersi l'avviso del Tribunale secondo cui la riportata disposizione dell'art. 2160, sebbene esso rechi nell'epigrafe la formula "trasferimento del diritto di godimento del fondo", si applicherebbe soltanto ai trasferimenti inter vivos.

Non solo la specialità della disposizione, dettata con particolare riguardo alla mezzadria, e l'ampiezza della formula predetta, ma anche la ratio della norma convincono della fallacia della interpretazione censurata.

La norma in questione trova il suo precedente nell'art. 30 della Carta della Mezzadria, secondo cui nel caso di trasferimento della proprietà del fondo il contratto di mezzadria non si risolveva, mentre crediti e debiti del mezzadro, derivanti dal rapporto contrattuale, passavano di diritto all'acquirente. La disposizione dell'art. 2160 ha esteso la medesima disciplina dall'ipotesi del trasferimento della proprietà a tutte quelle in cui si ha trasferimento "del diritto di godimento del fondo"; e la più ampia portata della norma nonché la sua derivazione sono state sottolineate nella relazione del Guardasigilli, che osserva (n. 881) come finalità della disposizione del secondo comma del ridetto articolo sia quella di "garantire efficacemente il mezzadro di fronte al trasferimento" (oltre che di garantire il subentrante contro "sorprese di debiti ignoti", sancendo la limitazione a crediti e debiti risultanti dal libretto colonico, e rispetto ad una eccessiva gravosità dei quali anche un legatario può tutelarsi, rinunciando al lascito).

L'ampiezza della disposizione è stata poi ribadita in una pronuncia di questa S.C. che, istituendo un parallelo fra art. 2160 ed art. 2112 (riguardante quest'ultimo il trasferimento dell'azienda), ha osservato come in tale ultima norma si è voluto contemplare "tutte le diverse e varie ipotesi di successione nell'impresa, mutando solo l'imprenditore" e come in entrambe le disposizioni (2112 e 2160), "comune essendo la ragione ispiratrice, l'espressione trasferimento adoperata dal legislatore equivale a successione nell'impresa nel senso già precisato (Cass. 27-3-1952, n. 831).

In conclusione, la ricordata finalità di "garantire efficacemente il mezzadro di fronte al trasferimento" trova compiuta attuazione, nel caso che il fondo abbia formato oggetto di legato, non solo con l'affiancamento dell'erede al legatario cui è stato trasferito "il diritto di godimento del fondo", erede che, sostituendosi *ope legis* quale successore universale (ma non per ciò necessariamente quale concedente) al *de cuius*, originario concedente, risponderà sussidiariamente - come sussidiariamente sarebbe stato tenuto quest'ultimo in un trasferimento fra vivi - in virtù della medesima norma in esame (2160, cpv., cod. civ.); ma anche col fatto stesso che sarà sulla quota di frutti del legatario - cui spetta il godimento del fondo e quindi la percezione dei medesimi - che il mezzadro avrà privilegio (art. 2765 cod. civ.) per il soddisfacimento dei propri crediti risultanti dal libretto colonico.

La formulazione della norma potrebbe dare luogo a dubbi non dissimili da quelli visti per la cessione di azienda: a parte l'applicabilità agli acquisti *mortis causa*, ci si può interrogare se la disposizione abbia valore anche nel rapporto interno tra cedente e cessionario. Al riguardo, il tenore letterale sembrerebbe far propendere per un vero e proprio passaggio dei debiti e crediti risultanti nel libretto colonico, con la conseguenza che l'originario concedente, responsabile solidalmente, potrebbe agire in rivalsa nei confronti di chi è subentrato per il pagamento dei debiti e non viceversa.

Sul piano successorio ciò significa che i debiti si trasferiscono direttamente al legatario, ferma, appunto, la responsabilità solidale dell'originario concedente (erede).

L'ulteriore problema già visto è l'operatività, anche in questo caso, del limite di responsabilità *intra vires* a favore del legatario.

5.8.2. (*segue*) Legato di azienda e debiti tributarî. Cenni.

Solo un cenno in separata sede merita la disciplina dei debiti tributarî dell'azienda ceduta.

In generale, l'art. 14 D. lgs. 18.12.1997 n. 472 prevede la responsabilità in solido del cessionario di azienda, fatto salvo il beneficio della preventiva escussione del cedente ed entro i limiti del valore dell'azienda o del ramo d'azienda, per il pagamento dell'imposta e delle sanzioni riferibili alle violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuta la cessione e nei due precedenti, nonché per quelle già irrogate e contestate nel medesimo periodo anche se riferite a violazioni commesse in epoca anteriore.

Il comma 2 dell'art. 14 prevede che l'obbligazione del cessionario è limitata al debito risultante, alla data del trasferimento, dagli atti degli uffici dell'amministrazione finanziaria e degli enti preposti all'accertamento dei tributi di loro competenza.

È poi prevista la possibilità di chiedere un certificato all'Amministrazione Finanziaria circa le contestazioni pendenti oppure definitive, ma non ancora saldate, con liberazione del cessionario se non viene data risposta entro 40 giorni dalla richiesta, oltre che in caso di certificato negativo.

Rimane, anche in questo caso specifico, da determinare a monte se la normativa sulla cessione di azienda sia applicabile al trasferimento *mortis causa*, piuttosto che ritenere che il successore risponda *de plano* dei debiti tributarî.

Infatti, nel caso di un erede, costui sarebbe tenuto al pagamento a prescindere da ogni risultanza dalle scritture contabili ai sensi della normativa civilistica e senza limiti temporali o benefici previsti dal citato art. 14.

Il problema si presenta di nuovo nel caso che a succedere sia un legatario e si tratta di verificare in che termini l'Amministrazione finanziaria potrà rivolgersi a lui.

Riteniamo che, come per la normativa civilistica, il legatario succeda nei debiti per intero, ma possa avvalersi della limitazione di responsabilità *intra vires* anche nei confronti delle pretese tributarie²⁰⁰.

Fermo restando che anche secondo la disciplina speciale (anche se per diverse ragioni), la responsabilità per imposte e sanzioni del cessionario è limitata, oltre che temporalmente, anche al valore dell'azienda trasferita, che è quello accertato dal competente Ufficio delle entrate (o del registro, a seconda dei casi).

In ogni caso, a livello tributario si pone un problema sollevato da una recente decisione della Corte di Cassazione, secondo la quale *in caso di cessione di azienda, l'art. 2650, comma 2, c.c. - che prevede che dei debiti dell'azienda risponda anche l'acquirente, purché essi risultino dai libri contabili obbligatori - non trova applicazione con riferimento ai debiti tributari, atteso che, data la loro particolare natura, i medesimi non sono equiparabili a quelli di diritto comune. Ne discende che l'acquirente dell'azienda non può sottrarsi alla responsabilità per i debiti inerenti all'azienda ceduta, deducendo che i medesimi non siano stati iscritti nei registri contabili obbligatori*²⁰¹.

Il caso riguarda un acquisto *inter vivos*, ma il principio si può applicare anche al legatario, fermo che nel caso concreto il punto fonte di dubbio è che la sentenza non contiene alcun riferimento ai limiti temporali contenuti dal citato art. 14 D. lgs. n. 472/1997.

²⁰⁰ In generale, l'Amministrazione finanziaria deve tener conto delle differenze istituzionali tra erede e legatario. *Anche per i debiti ereditari nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, occorre tener conto di quanto previsto dalla disciplina positiva a proposito della fondamentale distinzione tra eredi e legatari; infatti, non essendo il legatario successore se non in uno o più rapporti attivi ben precisi, non è tenuto al pagamento dei debiti dell'eredità che incombono sull'erede al quale è stata devoluta la generalità dei rapporti attivi e passivi* (Comm.trib. prov.le Bari, sez. VIII, 25/10/2006, n. 137, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2006).

²⁰¹ Cass. civ., sez. trib., 18 giugno 2008 n. 16473, in *Giust. Civ. mass.*, 2008, 6, 961.

Ad ogni modo, la questione centrale è che il legatario potrebbe essere chiamato a rispondere dei debiti tributari dell'azienda ceduta anche a prescindere dalla loro risultanza nei libri obbligatori ai sensi dell'art. 2560 comma 2 codice civile.

5.9. (*segue*). Scoperta di un testamento di cui non si aveva notizia al tempo dell'accettazione (art. 483 comma 2 cod. civ.).

In tema di impugnazione dell'accettazione di eredità, l'art. 483 cod. civ. nell'escluderla prevede al secondo comma che, nel caso di scoperta di un testamento di cui non si aveva notizia al tempo dell'accettazione (peraltro, l'ignoranza deve essere generale e non del solo erede), l'erede non sia tenuto a soddisfare i legati ivi previsti oltre il valore dell'eredità o con pregiudizio alla quota di legittima. Se i beni ereditari non bastano a soddisfare tali legati, si riducono proporzionalmente anche i legati scritti in altri testamenti e se alcuni legatari sono già stati soddisfatti per intero, contro di loro è data azione di regresso.

La norma vale a mitigare il rigore della disposizione di cui al comma 1 del medesimo articolo, che sancisce l'irrelevanza dell'errore vizio nell'accettare un'eredità²⁰².

Sul piano generale, la particolarità della norma risiede nel fatto che l'ignoranza circa l'esistenza di un testamento (dunque una forma di errore)²⁰³ non conduce all'invalidità-annullabilità dell'accettazione, che rimane ferma, ma ad una modificazione dei suoi effetti: l'erede non è più tenuto a soddisfare i legati, scritti nel testamento ignorato, oltre il valore dell'eredità o con pregiudizio dei suoi diritti di legittimario.

Gli effetti sono, quindi, analoghi a quelli previsti nell'accettazione beneficiata, ma non eguali, perché circoscritti all'ambito dei legati e restando esclusa ogni limitazione di responsabilità per i debiti ereditari.

È da sottolineare l'importanza della norma, nella parte in cui specifica che il pagamento dei legati non può avvenire in pregiudizio del diritto di legittima. È vero che il legittimario potrebbe chiedere la riduzione dei legati (art. 554 cod. civ.), ma tenendo presente che nel caso *de quo* si tratta di accettazione senza beneficio di

²⁰² GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 114.

²⁰³ FERRI, *Successioni cit. art. 456-511*, pag. 266.

inventario, in linea generale tale azione sarebbe preclusa al legittimario *ex art. 564 comma 1 cod. civ.*, nel senso che il legittimario non potrebbe domandare la riduzione dei legati disposti a favore di persone che non siano anche chiamate come coeredi. La norma in esame, invece, gli attribuisce tale diritto.

Per quanto riguarda l'azione di regresso, essa mira a riequilibrare i rapporti tra i legatarî, in quanto quelli scritti nel testamento successivo subirebbero le conseguenze di un'eventuale incapacienza della massa ereditaria, mentre quelli scritti nel primo dovrebbero essere soddisfatti senza limitazione. Si tratta, quindi, di uno strumento volto ad evitare la disparità di trattamento tra legatarî, stabilendo la riduzione proporzionale degli stessi e concedendo ai legatarî successivi azione di regresso²⁰⁴.

Si ritiene da alcuni che l'azione in esame sia soggetta al termine di prescrizione triennale previsto dall'art. 495 ultimo comma²⁰⁵, da altri al termine di prescrizione decennale ordinario²⁰⁶.

Circa la portata della previsione, pur ritenendola norma eccezionale, la si estende anche agli oneri testamentari²⁰⁷.

Per quanto riguarda la natura dell'azione, individuata la *ratio* della norma, non sono mancate diverse ipotesi ricostruttive.

Si è ritenuto che si tratti di un meccanismo di ripartizione del "danno" fra tutti i legatarî derivante da un'eventuale incapacienza dell'asse ereditario²⁰⁸.

Partendo dal dato letterale (invero non sempre decisivo, se usato impropriamente), poi, si è osservato che il legislatore ha concesso uno specifico strumento di tutela, che contempera le diverse esigenze (beneficio di inventario per l'erede, diritto dei creditori a soddisfarsi sui beni ereditari con precedenza sui legatarî), che non è un'azione revocatoria, ma l'azione di regresso, tipica dei rapporti obbligatori (regresso del debitore solidale *ex art. 1299 cod. civ.*, regresso in tema di fideiussione *ex art. 1950 cod. civ.*, nel caso di ipoteca *ex art. 2871 cod. civ.*, regresso cambiario).

²⁰⁴ FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 266; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 510.

²⁰⁵ FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 267.

²⁰⁶ GIANNATASIO, *Delle successioni cit.*, I, pag. 135.

²⁰⁷ GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 114.

²⁰⁸ *Sic* GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 114.

La tesi implica notevoli conseguenze a livello di teoria generale e merita di essere succintamente ripercorsa.

Ricordando il delicato rapporto tra legatario e creditore ereditario (il legatario a volte partecipa dei caratteri del creditore nei confronti dell'erede, senza però poter essere definito tale), l'azione di regresso (tra "creditori") si configurerebbe come un mezzo di riallocazione *ex latere creditoris* (accentuando il carattere "creditorio" del legato).

L'azione di regresso è uno strumento mediante il quale il legislatore persegue l'obiettivo di ridistribuire un sacrificio o un'utilità patrimoniale (conseguente all'estinzione di un rapporto obbligatorio) fra più soggetti interessati²⁰⁹.

L'azione, quindi, mira a ristabilire un equilibrio compromesso dall'estinzione di un'obbligazione. Ciò avviene non attraverso una declaratoria di inefficacia (sia pure parziale) dell'atto estintivo, ma riequilibrandolo, attribuendo a soggetti di volta in volta individuati un diritto di credito: in tal modo, le conseguenze dell'estinzione dell'obbligazione non rimangono nella sola sfera dell'*accipiens* (per quanto ci riguarda), ma vengono ripartite fra tutti coloro che hanno titolo a farle proprie²¹⁰.

Se tutto ciò trova spiegazione a livello "economico", a livello sistematico l'inquadramento potrebbe trovare almeno una obiezione: presupposto dell'azione di regresso è l'*eadem causa obligandi*, che nel nostro caso non sussiste.

Si potrebbe allora indagare se lo schema della contitolarità costituisca il fondamento tipico necessario dell'azione di regresso oppure se nel Codice sia possibile rinvenire casi di attribuzione del regresso sulla base dell'esistenza di una mera *Interessengemeinschaft*.

In altre parole, occorre verificare se il legislatore abbia eccezionalmente esteso il campo naturale di applicazione dell'istituto oppure se vi sia un preciso disegno, volto ad attribuire rilevanza al principio di parità di trattamento in tutte quelle ipotesi ove ricorra una comunione di interessi, indipendentemente dall'esistenza di un condebito (o con-credito) in senso tecnico.

Tali ulteriori ipotesi sono ravvisabili:²¹¹

²⁰⁹ ANDREANI, *Regresso (azione di)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pag. 704.

²¹⁰ Se i legatari ricevono (legittimamente, come nel nostro caso) quanto dovuto, lo strumento per riequilibrare i rapporti con i creditori non è tanto un'azione di tipo revocatorio (di cui i tipici presupposti sono non facilmente individuabili), ma un'azione che regoli i rapporti interni tra i soggetti interessati. Vieppiù che si agisce in regresso per quanto necessario a soddisfare il credito, quindi non vi è necessariamente una declaratoria di inefficacia del legato in sé e per l'intero.

²¹¹ ANDREANI, *op. cit.*, pagg. 720-723.

- nell'art. 1910 comma 4 cod. civ., che disciplina i rapporti interni tra una pluralità di assicuratori contro i danni presso i quali siano state contratte separatamente più assicurazioni relative al medesimo rischio. Benché non sussista la *eadem causa obligandi*, l'assicuratore che ha pagato ha diritto di regresso per la ripartizione proporzionale dell'indennizzo tra gli altri assicuratori "in proporzione delle indennità dovute secondo i rispettivi contratti".
- nell'art. 2871 comma 2 cod. civ., a mente del quale il terzo datore di ipoteca, che abbia pagato i creditori iscritti o abbia sofferto l'espropriazione, ha regresso nei confronti degli altri terzi datori per la loro rispettiva porzione²¹².
- nell'art. 483 cod. civ. che, appunto nel caso di scoperta di testamento ignoto al tempo dell'accettazione, concede azione di regresso ai legatari insoddisfatti nei confronti di quelli soddisfatti, nell'ipotesi che il patrimonio ereditario non sia capiente. Tale norma assicura la *par condicio* di tutti i beneficiari di disposizioni a causa di morte a titolo particolare, mediante il soddisfacimento proporzionale dei loro diritti.
- nell'art. 495 cod. civ., ove, però, il regresso mira a trasferire dal creditore al legatario il rischio derivante dall'incapienza del patrimonio ereditario, dunque ha una natura e una funzione diversa da quella esposta nei casi precedenti.

Sarebbe, quindi, possibile configurare l'azione di regresso in presenza di un interesse comune anche al di fuori delle ipotesi tipiche di contitolarità di un debito-credito, sia pure limitatamente alle ipotesi previste dal legislatore (e non in generale in presenza di qualsiasi interesse)²¹³.

²¹² Tale disposizione, invero, sconta un problema di coordinazione con l'art. 1204, in quanto il terzo datore di ipoteca, pagando il creditore ipotecario, si surroga *ex art.* 1203 n. 3 cod. civ. nei diritti del medesimo.

²¹³ In giurisprudenza è stato affermato: *È applicabile l'art. 1910 c.c. all'assicurazione della responsabilità civile. In tal senso, infatti, depongono anche la posizione dell'art. 1917 nella sezione II del capo XX del titolo III del libro IV del c.c. intitolata all'assicurazione contro i danni (dove si trova l'art. 1910) e la considerazione per cui l'assicurazione della responsabilità civile è volta a salvaguardare l'assicurato dal verificarsi di un danno proprio (la diminuzione patrimoniale conseguente all'esborso del risarcimento dovuto al danneggiato). Decisivo inoltre è il fatto che l'assicurato della responsabilità civile possa pretendere la corresponsione dell'indennità anche qualora abbia riconosciuto stragiudizialmente un risarcimento al danneggiato. In tale ipotesi emerge la medesima esigenza - evitare che l'assicurato percepisca un importo complessivo superiore al danno risarcito - che l'art. 1910 c.c. soddisfa prevedendo i doveri di informazione sull'esistenza di plurimi contratti di assicurazione (comma 1) e sul verificarsi del sinistro e la limitazione dell'ammontare dell'indennità (comma 3). Se così non fosse, vi sarebbe un interesse dell'assicurato al verificarsi del sinistro, con conseguenze inaccettabili anche in considerazione degli obiettivi di prevenzione generale perseguiti dal sistema della responsabilità civile. Dalla limitazione dell'ammontare dell'indennità complessivamente dovuta consegue la possibilità che questa*

Un'attenta analisi della natura di questa azione di regresso ha, pertanto, notevoli riflessi sull'inquadramento e sulla soluzione del tema di ricerca.

Dal punto di vista economico, effettivamente siamo di fronte ad un esonero per l'erede dall'adempimento dei legati successivi, con contemporanea previsione di azione di regresso nei confronti dei legatari, già soddisfatti, da parte di quelli non soddisfatti. L'azione di regresso ivi prevista, innanzitutto, è data tra soggetti sullo stesso piano (i legatari), a differenza di altra azione di regresso prevista dall'art. 495 codice civile. Detto altrimenti, non vi è la difficoltà di prevedere un'azione di regresso *ex latere creditoris* tra legatari (cosa diversa se tra creditore e legatario, il quale non può essere assimilato ad un creditore fino a questo punto, come già visto).

D'altra parte, pur non verificandosi una successione in un debito del testatore o, comunque, pur non rimanendo i beni oggetto di legato vincolati alla garanzia patrimoniale per i debiti del defunto (come nel caso dell'accettazione beneficiata), il legatario è soggetto a responsabilità nei confronti degli altri beneficiari a titolo particolare. Se i legati possono essere considerati come dei debiti o almeno come dei pesi dell'eredità, la disposizione *de quo* prevederebbe una forma di responsabilità del legatario, pur in assenza di un debito direttamente a lui imposto.

Prima di procedere oltre, è meglio rinviare alla seconda parte del presente scritto la trattazione della tematica della teoria dell'obbligazione (in particolare delle sue componenti debito e responsabilità) e, quindi, riservare alla terza parte la tematica della natura dell'azione e delle sue implicazioni.

5.10. (segue). L'azione di riduzione. Riducibilità di oneri e su-legati.

sia, per ragioni di convenienza del creditore, richiesta ad uno solo tra gli assicuratori o ad entrambi. E allora viene in considerazione la necessità, per l'assicuratore che ha corrisposto l'indennità - così effettivamente estinguendo un debito (anche) altrui - di poter agire direttamente nei confronti degli altri assicuratori, i quali - avendo anch'essi percepito il premio - altrimenti conseguirebbero un arricchimento. In tal senso, il Supremo Collegio (cfr. Cass., 23 dicembre 1993 n. 12763) ha ritenuto che "la locuzione indennità dovute evidenzia che fondamento dell'azione di regresso è la sussistenza dell'obbligo dell'altro assicuratore di pagare l'indennizzo" e "il regresso trova giustificazione nel fatto che l'assicuratore, avendo pagato lo stesso indennizzo che altro assicuratore era anche obbligato autonomamente a pagare, ha provocato l'estinzione dell'obbligo di costui; questi, pertanto, se non fosse tenuto in via di regresso, si arricchirebbe ingiustificatamente". Di talché si è potuta affermare, da una parte della dottrina e in giurisprudenza, l'esistenza di una solidarietà "lato sensu" - nell'obbligazione (Cfr. Cass., 19 agosto 1995, n. 8947): Trib. Milano, sez. V, 24 luglio 2008, n. 9791, in Giustizia a Milano, 2008, f. 9, 60.

L'azione di riduzione ha una finalità correttiva del comportamento del *de cuius*, lesivo della legittima, in particolare interessandoci la riduzione simultanea e proporzionale dell'(efficacia delle) disposizioni testamentarie, senza distinzione tra eredi e legatari.

Circa la natura di tale azione, escluso che sia reale o di tipo rivendicatorio, essa mira a far risolvere ossia a rendere inefficace *ex tunc*, in tutto o in parte, nei confronti del legittimario l'atto di disposizione posto in essere dal *de cuius*²¹⁴.

In questo caso il problema pare esulare dal tema prefissatosi, non toccando l'aspetto della posizione del legatario rispetto al passivo ereditario. Anche rispetto alla teoria dell'obbligazione e alla distinzione tra debito e responsabilità, l'assetto di interessi e di strumenti di tutela delineato dal legislatore male si presta ad essere inquadrato nel mero campo obbligatorio ed essere spiegato in termini di credito-debito. Vero è che si tratta di una questione di opponibilità (inefficacia relativa) della disposizione ridotta²¹⁵.

D'altra parte, la riduzione del legato rappresenta un ulteriore indice dell'impossibilità di identificare il legatario come un creditore vero e proprio: egli non ha come il creditore il diritto generale di garanzia su tutto il patrimonio ereditario, ma solo la garanzia limitata alla quota disponibile, oltre la quale il legato non rimane indifferente e deve rispettare la quota di riserva²¹⁶.

²¹⁴ BONILINI, *Nozioni cit.*, pag. 81; CAPOZZI, *op. cit.*, t. I, pag. 529; MENGONI, *Successioni cit., Parte speciale*, pagg. 266 e ss.; *amplius*, Delle MONACHE, *op. cit.*, pagg. 47 e ss.].

Peraltro, si esclude che si possa trattare di invalidità o inefficacia originaria della disposizione lesiva, quanto meno osservando che la lesione è accertabile solo al momento dell'apertura della successione, ben potendo la disposizione divenire lesiva oppure perdere la lesività nel corso del tempo fino all'apertura della successione.

In tal senso, neppure l'azione di riduzione è azione di nullità. GAZZANTI PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 322

In giurisprudenza, *L'azione di riduzione configura un'azione personale diretta a procurare al legittimario l'utile corrispondente alla quota di legittima, e non un'azione reale, perché si propone non contro chi è l'attuale titolare del bene che fu donato o legato, ma esclusivamente contro i beneficiari delle disposizioni lesive. Il legittimario, dunque, non ha un diritto reale sui beni oggetto di tali attribuzioni; egli ha un diritto che può fare valere in giudizio nei confronti del donatario o del legatario, i quali rispondono con l'intero proprio patrimonio. Dall'azione di riduzione si distingue l'azione di restituzione (o reintegrazione): mentre l'una è un'azione di impugnativa, l'altra è un'azione di condanna, che presuppone già pronunciata la prima* (Cass. 22 marzo 2001 n. 4130, in *Riv. Notariato*, 2001, 1503).

²¹⁵ Delle MONACHE, *op. cit.*, pag. 48 nota 126, con richiami dottrinari.

²¹⁶ AZZARITI, *Successioni e donazioni cit.*, Padova, pag. 487.

Per quanto riguarda, invece, il tema della responsabilità *intra vires* del legatario, si può ricordare la assai dibattuta questione della riducibilità degli oneri e del sublegato²¹⁷.

Se è vero che tali disposizioni non sono direttamente lesive dei diritti dei legittimarî (ma lo sono le disposizioni alle quali sono collegate), la sicura riducibilità della disposizione “principale” non legittima il legatario ad adempiere l’onere o il sublegato oltre il valore della cosa legata (art. 671 cod. civ.). Altra questione è se il peso si riduca proporzionalmente. Visto che, ad esempio, il *modus* può assorbire completamente l’utilità del legato, nessuna norma autorizzerebbe tale automatica riduzione, salvo appunto il limite di cui all’art. 671 codice civile.

5.11. (*segue*). L’usufrutto di eredità. Legatario e cautela sociniana, rinvio.

Eccezione fondamentale al principio generale di irresponsabilità del legatario rispetto ai debiti ereditari è rappresentato dall’attribuzione dell’usufrutto generale sui beni del defunto e della relativa disciplina prevista dall’art. 1010 codice civile²¹⁸.

Naturalmente, ciò vale a condizione di considerare siffatta disposizione testamentaria come un legato e non come un’istituzione di erede.

Come dimostrato *supra* §§ 3.2 e 3.3, è preferibile continuare a qualificare l’attribuzione come legato, essendo incompatibile la natura del diritto di usufrutto con la qualità ereditaria.

Ai sensi dell’art. 1010 comma 1 cod. civ. l’usufruttuario di un’eredità o di una quota di eredità (legatario) è (eccezionalmente) obbligato a pagare per intero o in

²¹⁷ Ammettono la riducibilità anche degli oneri e dei sublegati CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, pag. 46, considerando il *modus* liberalità indiretta come tale riducibile ai sensi degli artt. 555 e 809; GANGI, *I legati*, vol. II, Roma, 1932, pag. 319; FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 173 e ss., considerando che la riduzione del legato comporta la proporzionale riduzione anche dell’onere ad esso apposto. *Contra*, MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, pag. 93 e ss.; GIORGIANNI, *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, in *Dir. e giur.*, 1959, pag. 153; MENGONI, *Successioni, Parte speciale cit.*, pagg. 283 e ss., il quale evidenzia che il *modus* (o il sub-legato) non costituisce un peso dell’eredità, ma dell’onorato e, pertanto, non può comportare lesione di legittima, la quale può essere causata solo dalla disposizione alla quale il *modus* è apposto. Nel caso, poi, l’onorato dovesse subire la riduzione della disposizione, potrà ai sensi degli artt. 671 o 793 comma 2 cod. civ. (a seconda se si tratti di legatario o donatario) legittimamente rifiutarsi di adempiere l’onere oltre i limiti del valore della disposizione ridotta, addirittura potendo ripetere quanto già eventualmente pagato in eccedenza.

²¹⁸ De MARTINO, *op. cit.*, pag. 313.

proporzione della quota le annualità e gli interessi dei debiti o dei legati da cui l'eredità stessa sia gravata.

I successivi commi disciplinano i rapporti tra usufruttuario e nudo proprietario nei casi di anticipazione dei pagamenti del capitale, onde evitare arricchimenti dell'uno nei confronti dell'altro (l'usufruttuario può pagare il capitale ed ha il diritto al rimborso alla fine dell'usufrutto, ma senza interessi²¹⁹; ove non voglia anticipare tali somme e proceda al pagamento il nudo proprietario, il legatario dovrà gli interessi su tali somme; se, infine, per pagare i debiti nessuno dei due può o vuole fare le necessarie anticipazioni, si procederà alla vendita dei beni, in accordo tra legatario ed usufruttuario oppure con ricorso all'autorità giudiziaria in caso di dissenso).

Ad ogni modo, per quanto ci riguarda, eccezionalmente sul legatario-usufruttuario grava direttamente un debito, cui è collegata la naturale responsabilità.

Questa responsabilità per debiti è giustificata, se si pensa alla distinzione tra debiti che incidono direttamente sul patrimonio (e che sono a carico del nudo proprietario) e debiti che incidono sul reddito cui l'usufruttuario ha diritto (che incombono sull'usufruttuario stesso, trattandosi di un differenza tra reddito lordo e reddito netto, detratte quindi le prestazione periodiche come le rendite, i canoni, gli interessi dovuti ai creditori di un capitale)²²⁰.

Altra questione è se tale responsabilità sia diretta nei confronti dei creditori oppure solo interna verso gli eredi. Dalla norma non emerge la “direzione “ di tale responsabilità.

Per i più, si tratta di una responsabilità interna verso gli eredi e non verso i creditori dell'eredità, i quali potranno far valere i loro diritti nei confronti

²¹⁹ Si discute, al riguardo, se l'usufruttuario, che si avvalga della facoltà di anticipare il capitale, sia surrogato legalmente nei diritti del creditore soddisfatto (in particolare nella garanzie). Alcuni rispondono affermativamente: De MARTINO, *op. cit.*, pagg. 315-316.

Altri contestano la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 1203 n. 3 cod. civ., non essendo l'usufruttuario obbligato a pagare, ma avendone solo la facoltà (ed anche se si riconoscesse un onere dell'usufruttuario, peraltro non collegato al rischio di perdere il godimento dei beni, l'onere come autonomo presupposto della surrogazione è previsto dal n. 2 dell'art. 1203 cod. civ. - pagamento del terzo acquirente di un immobile ipotecato-), di cui non ricorrono gli estremi nel caso che ci occupa e fermo che l'art. 1010 cod. civ. riguarda tutti i debiti e non solo quelli garantiti da ipoteca e che l'usufruttuario non acquirente che abbia pagato un prezzo; si osserva, altresì, che l'usufruttuario che abbia anticipato la somma capitale o comunque soddisfatto il creditore, gode già della garanzia prevista dall'art. 1011 cod. civ., ossia il diritto di ritenzione sui beni in suo possesso. PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 543.

²²⁰ PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 542-543; De MARTINO, *op. cit.*, pag. 311: la *ratio* dell'istituto riposa nella volontà del testatore di attribuire all'usufruttuario il reddito così come era quando riunito con la proprietà, dunque deducendo le passività.

dell'usufruttuario solo in surrogazione o per delegazione degli eredi²²¹. Si è infatti, osservato che la collocazione della norma non è priva di rilevanza: la circostanza che la norma sia stata dettata in materia di usufrutto e per regolare i rapporti tra usufruttuario e nudo proprietario conferma che la legge non abbia voluto derogare o modificare il principio generale in materia successoria di responsabilità dell'erede nei confronti dei creditori, sostituendo un altro debitore a quello "normale" o legale²²².

D'altra parte, non si tratta di obbligazioni *propter rem*, in quanto inerenti non la cosa, ma la qualità di usufruttuario di un patrimonio²²³.

Infine, è da ritenere che operi il limite generale, non derogato, di responsabilità *intra vires* del legatario, tipico della successione a titolo particolare²²⁴.

Un particolare modo di atteggiarsi del legato di usufrutto è quello imposto al legittimario in relazione alla cautela sociniana. L'argomento è stato trattato in quello più ampio dell'usufrutto universale e, pertanto, ivi si rinvia (*supra* 3.3.3.).

Basti ricordare che, secondo la tesi preferibile, al legittimario, al quale è attribuito l'usufrutto su tutta l'eredità (o su una parte eccedente la quota di riserva) mentre la nuda proprietà è attribuita ad un estraneo, compete la scelta di cui all'art. 551 cod. civ. e se, consegue il legato, questo è da considerare in conto di legittima. Non acquisendo la qualità di erede, il legittimario è un legatario, al quale si applicherà la disciplina testé vista. È interessante ricordare questa applicazione del legato dal punto di vista del legittimario.

5.12. (*segue*). Successione nel rapporto di locazione e rapporti con le cooperative edilizie.

Il codice civile non contiene una regolamentazione espressa della sorte di un contratto di locazione a seguito dell'evento morte che colpisca uno dei contraenti.

²²¹ GANGI, *La successione testamentaria cit.*, vol. 1, pag. 384; PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 219 e pag. 544; De MARTINO, *op. cit.*, pag. 313-314. In giurisprudenza, Cass. civ., sez. II, 17 marzo 1980 n. 1758, in *Giust. Civ. mass.*, 1980, f. 3; Cass. civ. 28 agosto 1952, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce "Successione", n. 180.

²²² In particolare, De MARTINO, *op. cit.*, pag. 314.

²²³ De MARTINO, *op. cit.*, pag. 315.

²²⁴ De MARTINO, *op. cit.*, pag. 314.

Come vedremo, ci sono delle regole, ma, invero, molto settoriali, inidonee come tali a rappresentare una regola generale, che non potrà, dunque, che essere ricercata alla luce dei principî generali.

Come già visto (*supra* § 1), di regola i rapporti giuridici patrimoniali sono trasmissibili, salvo siano caratterizzati dall'*intuitus personae*.

Consegue che, per quanto riguarda il caso di morte del locatore, il rapporto contrattuale dovrebbe continuare con l'erede, senza problemi particolari, difficilmente potendo ipotizzarsi un caso di rapporto personale (potrebbe, invece, discutersi circa la possibilità dell'autonomia privata di prevedere la risoluzione del contratto in caso di morte di una delle parti, autonomia che dovrebbe trovare un limite nella disciplina legale, inderogabile, che prevede casi di successione nel contratto a favore di determinati soggetti, in assenza dei quali la clausola contrattuale può essere valida e spiegare efficacia).

Più difficile appare la soluzione del caso di morte del conduttore.

Purtroppo non è questa la sede per esaminare *funditus* la tematica, ma è doveroso un breve inquadramento normativo e delle problematiche sottese.

In assenza di disciplina espressa, si è argomentato indirettamente dall'art. 1614 cod. civ. che il rapporto locatizio sarebbe trasmissibile *mortis causa* a talune condizioni. Infatti, la norma prevede che alla morte dell'inquilino, se la locazione deve durare ancora per più di un anno ed è stata vietata la sublocazione, gli eredi possono recedere dal contratto entro tre mesi dalla morte. È chiaro che la norma si applica solo agli eredi dell'inquilino di fondo urbano ovvero di immobile ad uso abitativo. Consegue che nelle ipotesi di morte del locatore o di locazione ad uso diverso, gli eredi succedono nel rapporto contrattuale senza poter recedere, esattamente come in qualsiasi altro rapporto contrattuale del defunto che non abbia carattere personale²²⁵.

²²⁵ NATALE A., *La successione nei rapporti di locazione*, in Trattato di diritto delle successioni e donazioni, diretto da G. Bonilini, III, La successione legittima, Milano, 2009, pag. 1039; CARLEO R., *Sublocazione, alienazione della cosa locata, cessione del contratto e successione nel contratto di locazione*, in *Giurisprudenza Sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1996, pag. 222; PADOVINI F., *Successione per causa di morte nella locazione*, in Gabrielli G. – Padovini F., *La locazione di immobili urbani*, Padova 2001, pagg. 737-739. Nel sistema previgente la L. n. 392/1978, MIRABELLI G., *La locazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, v. VII, t. 4, Torino, 1972, pag. 566, secondo cui in linea di principio né la morte né la sopravvenuta incapacità del locatore o del conduttore spiegano influenza sul rapporto di locazione, il quale, formando oggetto di successione a titolo universale, prosegue nei confronti degli eredi della parte deceduta. Solo eccezionalmente e a tutela di specifici interessi è ammessa la facoltà di recesso a favore degli eredi del conduttore (art. 1614 cod. civ.) e di entrambe le parti nell'affitto (art. 1627 cod. civ.).

Volgendo lo sguardo alla legislazione speciale, la successione *mortis causa* è legislativamente prevista in ipotesi e a condizioni particolari.

Per quanto riguarda gli immobili ad uso abitativo è ancora in vigore l'art. 6 L. 27 luglio 1978 n. 392, che sancisce al primo comma che in caso di morte del conduttore gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi ed i parenti ed affini (oltre il convivente *more uxorio* a seguito della sentenza della Corte Cost. 31 marzo 1988 n. 377), purché con lui abitualmente conviventi.

Nel caso in cui non vi siano detti soggetti beneficiati dalla normativa speciale, si pone il problema della reviviscenza della normativa generale codicistica prevista dal citato art. 1614. Al riguardo la giurisprudenza ha fornito una interpretazione restrittiva, ritenendo che l'art. 1614 cod. civ. debba considerarsi abrogato con l'entrata in vigore del suddetto art. 6, norma speciale successiva a norma generale, con la conseguenza che, con riguardo agli immobili ad uso abitativo, l'art. 6 L. 392/1978 racchiuderebbe in sé i soggetti successibili in caso di morte dell'inquilino, senza possibilità di successione da parte di eredi non abitualmente conviventi nel rapporto di locazione, che, dunque, si estingue con la morte dell'inquilino²²⁶.

Invero, la soluzione non convince, in quanto non ricorre una norma che abroghi espressamente l'art. 1614 cod. civ., né vi è incompatibilità tra le due norme, almeno per due ragioni: in primo luogo, la norma speciale è indifferente ovvero non è contraria al principio generale che, in assenza dei soggetti legatari *ex lege*, operi la successione secondo i criteri generali; in secondo luogo, proprio perché non sovrapponibili, la disciplina speciale non regola l'intera materia già oggetto di disciplina anteriore. Si può aggiungere, in terzo luogo, che la norma speciale disciplina la successione nel rapporto di locazione e non investe le norme generali sulla successione, di talché non vi è una nuova regolamentazione abrogativa delle regole generali²²⁷. La *ratio*, poi, dell'art. 6 è particolare, rintracciabile nella tutela del diritto di abitazione.

²²⁶ Cass. civ., sez. III, 22 maggio 2001 n. 6965, in *Giur. it.*, 2002, 265; Cass. civ., sez. III, 16 marzo 1995 n. 3074, in *Giust. Civ. mass.*, 1995, 623; Trib. Roma, 8 giugno 1992, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2195; Cass. civ., sez. III, 21 aprile 1992 n. 4767, in *Arch. locazioni*, 1992, 778; Cass. civ., sez. III, 23 novembre 1990 n. 11328, in *Foro it.*, 1991, I, 2462. In dottrina, De TILLA M., *Sulla successione nella locazione*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2001, 3, 340.

²²⁷ NATALE, *La successione cit.*, pagg. 1056-1057; PADOVINI, *op. cit.*, pag. 197; BOZZI, *Commento agli artt. 6 e 7 L. n. 392 del 1978*, in A.A. V.V., *Equo canone*, Padova, 1980, pag. 58; BONILINI, *Manuale cit.*, pag. 197. In giurisprudenza, *l'art. 6 l. 27 luglio 1978 n. 392 prevede nel caso di morte del conduttore la successione cumulativa nel contratto dei parenti ed eredi conviventi e non*

Per quanto riguarda gli immobili ad uso diverso da quello abitativo, vi è l'interesse a garantire la continuità dell'esercizio dell'attività svolta. L'art. 37 L. n. 392/1978 citata prevede una serie di regole. Il comma 1 stabilisce che in caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto coloro che, per successione o per precedente rapporto risultante da atto di data certa anteriore all'apertura della successione (ad esempio, in caso di cointestazione di licenza commerciale o nel caso di società di fatto), hanno diritto a continuare l'attività. Vi è poi, la previsione del comma 3 per il caso di professionisti, artigiani o commercianti e uno solo fosse titolare del contratto: nel caso di sua dipartita, gli altri professionisti, artigiani o commercianti succedono nel contratto in concorso con gli aventi diritto di cui ai commi precedenti.

In generale, quindi, sembra possibile sostenere la normale trasferibilità *mortis causa* del contratto di locazione.

L'ulteriore passo è verificare se sia ammissibile un legato di locazione, cosa diversa da un legato di contratto di locazione, che attribuisce al beneficiario un diritto di credito alla costituzione del rapporto, mentre ci interroghiamo su un legato traslativo di una posizione contrattuale, che presuppone, ovviamente, un contratto già stipulato dal testatore e che detto rapporto sia trasferibile.

In sé, lo abbiamo visto, la legge prevede la trasferibilità del rapporto di locazione. Pertanto, salve le disposizioni speciali di legge che prevedono inderogabilmente un legatario *ex lege*, non si può escludere l'ammissibilità di un legato testamentario²²⁸.

In particolare, nel caso di locazione ad uso abitativo, il testatore non potrà derogare al citato art. 6 L. n. 392/1978 e, quindi, trasferire la posizione contrattuale a soggetti diversi da quelli previsti dalla legge. Nel caso, però, che tali soggetti non esistano, non vi sarebbero più limiti all'autonomia testamentaria, salvo aderire all'interpretazione giurisprudenziale che ritiene estinto il rapporto in assenza di detti successibili *ex lege* e salvo opporre che il testatore non potrebbe unilateralmente provocare il mutamento soggettivo nel rapporto che riguarda due parti²²⁹.

esclude che possano verificarsi ulteriori successioni "ex lege" oltre la prima (Trib. Napoli, 31 dicembre 1990, in *Arch. locazioni*, 1991, 329).

²²⁸ NATALE, *Successione cit.*, pag. 1041.

²²⁹ PADOVINI, *op. cit.*, pagg. 741-742.

Quest'ultima eccezione potrebbe essere tranciante. Invero, non si può ignorare che il trasferimento di una posizione contrattuale in sé non è vietata dalla legge, nemmeno nel caso specifico di una locazione, e non si versa, di regola, in un rapporto di natura personale. Pertanto, ammessa a monte la trasferibilità, il problema del consenso dell'altro contraente è diverso e si pone a valle. Tale consenso, poi, potrebbe addirittura essere preventivo e contenuto nello stesso contratto di locazione, analogamente alle norme in tema di cessione del contratto (artt. 1406 e ss. cod. civ., così ipotizzando anche la possibilità di non liberare l'erede dalle obbligazioni assunte dal defunto).

Per quanto attiene alle locazioni di immobili ad uso diverso, l'art 37 L. 392/1978 impiega il termine "successione" (e non "erede"), con la conseguenza che la locazione è trasmissibile *mortis causa* a favore di qualsiasi soggetto sia chiamato a succedere nell'attività del conduttore, anche a titolo particolare²³⁰.

Trasmesso il rapporto di locazione vuoi *ex lege*, vuoi per testamento, resta da affrontare l'ulteriore problema del subentro nelle obbligazioni della locazione, con particolare riferimento a quelle già sorte e rimaste inadempite al defunto.

In realtà, la soluzione del problema è destinata a riverberarsi su aspetti di più ampio respiro: che sorte hanno i canoni scaduti e non pagati, gli obblighi di risarcimento danni già gravanti sul conduttore defunto, come pure, più specificatamente, la responsabilità per deterioramenti o per alterazioni, piuttosto che i crediti derivanti, ad esempio, dal deposito cauzionale, da pagamenti in eccedenza o da miglioramenti ed addizioni effettuati dal defunto?

In sé, i debiti ereditari dovrebbero gravare sull'erede (art. 752 cod. civ.), che, quindi, dovrebbe succedere nelle posizioni giuridiche attive e passive già facenti capo al defunto.

Con riferimento al legatario *ex lege*, si è ritenuto che costui subentri sì nei diritti e negli obblighi del conduttore defunto, ma con effetto *ex nunc*, applicando l'art. 756 cod. civ. in forza del quale il legatario non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari e con la conseguenza a rispondere saranno gli eredi²³¹.

²³⁰ NATALE, *Successione cit.*, pag. 1073; CARLEO, *op. cit.*, pag. 243; PADOVINI, *op. cit.*, pag. 755.

²³¹ Trib. Roma 8 giugno 1992, *cit.*. Si è, altresì, ritenuto che *il diritto di ripetere dal locatore le somme corrisposte in più di quanto legalmente dovuto a titolo di equo canone spetta esclusivamente all'originario conduttore in mora nella restituzione dell'immobile, ovvero a chi, sempre in mora in ordine a tale restituzione, sia comunque subentrato al primo quando il rapporto di locazione era in corso "de iure", ma non a chi vanti soltanto un'occupazione di mero fatto che sia susseguita ad altra occupazione "sine titulo", senza che sia stata legittimata da un precedente periodo di occupazione titolata*

In sé, quindi, in questo caso anche il diritto alla restituzione del deposito cauzionale dovrebbe spettare all'erede²³².

Si è, tuttavia, obiettato, che al legatario *ex lege* non sarebbero applicabili le norme di cui agli artt. 671 e 756 cod. civ. e dovrebbe rispondere di tutti i debiti del conduttore defunto, così come aver diritto ai crediti, non fosse altro che egli ha goduto dell'immobile anche precedentemente l'apertura della successione e ciò sembra conforme al disposto di cui all'art. 669 codice civile²³³.

Discorso diverso si può fare per il legato testamentario. Si è, infatti, osservato che la disciplina del legato *ex lege* e quella dei legati testamentari rispondono ad esigenze diverse, con ripercussioni sulla responsabilità per i debiti scaduti prima dell'apertura della successione: nel primo caso, la *ratio* riposa nella tutela dell'esigenza abitativa e non a porre in essere un liberalità successoria.

A nostro avviso, in entrambi i casi (legato *ex lege* o testamentario) la regola generale sancisce che per i debiti pregressi, che il *de cuius* non abbia saldato prima della sua morte, risponde chi subentra nel rapporto di locazione. Inoltre, secondo le regole generali ne rispondono anche gli eredi.

Pertanto, il locatore può rivolgersi per il loro pagamento sia a chi è subentrato sia agli eredi.

Nei rapporti interni sembra preferibile ritenere che chi subentra abbia azione di regresso nei confronti degli eredi. Gli eredi, infatti, rispondono primariamente, perché il debito si sarebbe dovuto pagare già durante la vita del *de cuius*, salvo che il testatore non abbia diversamente disposto ponendo espressamente i debiti a carico del legatario.

dell'immobile. (Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 2009 n. 1952, in *Giust. Civ.*, 2010, 9, 2052, relativamente, però al caso di coniuge separato assegnatario della casa familiare con provvedimento successivo alla cessazione *de iure* del rapporto locativo).

²³² Sul diverso versante delle locazioni ad uso diverso, si è ritenuto *in caso di cessione del contratto di locazione (contestualmente a quella dell'azienda) ex art. 36 l. n. 392 del 1978, il diritto alla restituzione del deposito cauzionale sorge in capo al soggetto che sia il conduttore al momento del rilascio del bene locato avvenuto all'esito dell'estinzione del rapporto locativo, poiché l'obbligo di restituzione sorge per il locatore solo a seguito dell'integrale adempimento delle obbligazioni gravanti sul conduttore* (Trib. Salerno, sez. I, 16 maggio 2008, in *Redazione Giuffrè*).

²³³ NATALE, *Successione cit.*, pagg. 1052-1053 che in nota n. 61 fa presente che il deposito cauzionale è sembrato estraneo al rapporto di locazione in senso stretto, configurando, al contrario, un credito dell'eredità nei confronti del locatore; CARLEO, *op. cit.*, pag. 224, il quale evidenzia che se l'acquisto avviene *iure proprio* e non *iure successionis*, non può trovare applicazione l'art. 754 codice civile; PADOVINI, *op. cit.*, pag. 750. *Contra*, BOZZI, *op. cit.*, pag. 60.

Dal momento del subentro, per i nuovi debiti risponde solo il conduttore. Una responsabilità successiva degli eredi non può esistere.

Per i crediti (pagamenti anticipati di canoni da parte del conduttore-defunto, deposito cauzionale, crediti per miglioramenti, etc.) all'eredità, per la stessa ragione appena vista, spetta un diritto di refusione nei confronti dell'avente diritto al subentro.

Infatti, effettuando un'analisi economica dell'operazione, chi succede nel rapporto di locazione non riceve solo il vantaggio di usare la cosa oggetto del rapporto, ma anche il vantaggio di un canone e di una durata predeterminata. Ogni ulteriore vantaggio, in assenza di diversa volontà del testatore (e del legislatore) sembra da ricollegare agli eredi, nei rapporti interni.

Con riferimento al deposito cauzionale, il testatore poteva essere adempiente ai propri obblighi e non esserlo il legatario, con conseguente perdita del deposito a danno dell'erede. Il momento dell'apertura della successione deve segnare il confine del riparto di responsabilità (interna) nei diritti e negli obblighi.

Per le locazioni ad uso diverso occorre specificare che l'indennità di avviamento spetta a chi risulta conduttore al momento della cessazione effettiva della locazione (art. 36 ultimo comma L. n. 392/1978). Indubbiamente la norma ha un diverso ambito di applicazione (sublocazione o cessione del contratto di locazione unitamente all'azienda), ma non per questo ininfluente²³⁴.

5.12.2. (*segue*) Rapporti con le cooperative edilizie.

Un breve discorso separato merita la questione successoria nelle cooperative edilizie per la realizzazione di un alloggio.

A mente dell'art. 2530 comma 1 cod. civ. la quota o le azioni dei soci cooperatori non possono essere cedute con effetto verso la società, se la cessione non è autorizzata dagli amministratori. Non è escluso che l'atto costitutivo vieti la cessione della quota o delle azioni (art. 2530 comma 6 cod. civ.).

²³⁴ Se negli atti tra vivi il cedente bene avrà tenuto conto del valore dell'avviamento al momento della determinazione del prezzo, per cui il legislatore ha fissato la suddetta regola di spettanza dell'avviamento, nel caso di successione *mortis causa* non si può dimenticare l'intima unione tra contratto ed azienda, con tutti i crediti inerenti.

L'art. 2534 cod. civ. regola il caso di morte del socio. Gli eredi hanno diritto alla liquidazione della quota o al rimborso delle azioni secondo quanto previsto dal successivo art. 2535. L'atto costitutivo può prevedere che gli eredi subentrino nella partecipazione del socio deceduto, se provvisti dei requisiti di ammissione alla società (comma 2 art. 2534 cod. civ.).

Da qui si ritiene comunemente che nelle cooperative valga il principio che la morte del socio è, di regola, causa di scioglimento del rapporto sociale, da cui l'intrasmissibilità *mortis causa* della posizione di socio, se non sia prevista dall'atto costitutivo, che può legittimamente prevedere che la continuazione sia rimessa al discrezionale ed insindacabile giudizio degli organi sociali (ed ancorché l'erede possieda i requisiti previsti dallo statuto per l'ammissione alla società)²³⁵. Questo sulla base della particolarità del rapporto mutualista che caratterizza la cooperativa, nel quale l'*intuitus personae* diventa elemento legale ed indisponibile²³⁶.

Una normativa particolare era prevista per le cooperative edilizie dal Regio Decreto 28 aprile 1938 n. 1165, ossia dal testo unico delle disposizioni sull'edilizia popolare ed economica.

In particolare, gli artt. 114, 115, 116, e 117 contenevano una disciplina specifica per le cooperative edilizie a contributo erariale e anche se non fruanti del contributo, sicché si poneva il dubbio se tali regole particolari si applicassero anche alle cooperative c.d. "libere", ossia costituite secondo lo schema del codice civile. Del pari occorre verificare la compatibilità di tali vecchie disposizioni col vigente sistema del diritto delle successioni e della famiglia.

Oggi le tematiche sono notevolmente ridimensionate, in quanto gli artt. 114, 115 e 117 richiamati sono stati abrogati dal D. L. 30 dicembre 2005 n. 273 art. 39 *undevicies*²³⁷.

²³⁵ Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2007 n. 11311, in *Guida al diritto*, 2007, 26, 75; Cass. civ., sez. I, 2 giugno 1983 n. 3769, in *Giust. Civ. mass.*, 1983, fasc. 6. Con la conseguenza che, in assenza di esplicita delibera da parte degli organi societari, il sub ingresso degli eredi non può realizzarsi per *facta concludentia*: Trib. Catania, 21 giugno 1985, in *Giur. Comm.*, 1987, II, 165.

²³⁶ A. CECCHERINI, *Le società cooperative*, II, ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XVIII, Torino, 2007, pag. 211; V. GIORGI, *Società cooperative, artt. 2511-2548 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, sub art. 2534, Milano, 2006, pag. 285; A. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici, artt. 2511-2548*, sub art. 2528, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988, pagg.649-651.

²³⁷ Solo per completezza, l'art. 114 r.d. citato stabiliva che nelle cooperative per costruzione di case popolari ed economiche a proprietà indivisa ed inalienabile, pur se non fruanti del contributo erariale, al

L'art. 116 del r.d. stabilisce che nelle cooperative a proprietà individuale e a contributo erariale al socio che muoia dopo la consegna dell'alloggio di cui all'art. 98 succedono i suoi eredi *secondo il diritto comune*.

Pertanto, in generale, se lo statuto nulla prevede, il rapporto sociale si estingue limitatamente al socio defunto e gli eredi acquistano solo un diritto di credito nei confronti della società alla liquidazione della quota.

A questo punto dobbiamo chiarire una distinzione. Ciò che ci interessa non è tanto la successione nella partecipazione sociale (alquanto limitata, come visto), ma nelle posizioni contrattuali già acquisite dal defunto, una volta che si sia verificata l'attribuzione o la prenotazione dell'alloggio (come prevedevano gli artt. 114 e 115 del r.d. del 1938).

Tutt'al più ci si può domandare se il legatario dell'alloggio (non ancora esistente nel patrimonio del *de cuius*) possa vantare diritti sulla liquidazione della quota. Salva la diversa volontà del testatore, considerando che l'alloggio non si trova, al momento della sua morte, nel suo patrimonio e che egli voleva beneficiare il legatario di un alloggio e non di una quota di partecipazione societaria, sembra preferibile la soluzione che vede gli eredi unici beneficiari del diritto alla relativa liquidazione.

Qualora, invece, il diritto all'alloggio fosse già presente nel patrimonio del testatore, fermo che il legatario dovrà chiedere il possesso agli eredi, si ripropone il problema di verificare a chi spettino eventuali crediti (e debiti) ancora pendenti che il testatore avesse nei confronti della cooperativa. In tutti i casi nei quali nel patrimonio del socio defunto fosse presente il diritto reale oppure di credito (tramite la prenotazione) all'alloggio, il fenomeno successorio può operare²³⁸.

socio che moriva dopo l'attribuzione dell'alloggio si sostituiva vita natural durante il coniuge superstite e i figli minorenni fino al raggiungimento della maggiore età.

L'art. 115 prevedeva che al socio che moriva dopo la prenotazione dell'alloggio si sostituivano tutti i suoi figli, purché sussistessero le condizioni previste dall'art. 31. Al coniuge superstite spettava il diritto di uso; solo in mancanza dei figli si sostituiva al coniuge-socio defunto, sempre rispettando i requisiti di cui all'art. 31. In assenza anche di un coniuge superstite, la prenotazione passava ad altri soci di cooperativa.

L'art. 117, infine, prevedeva che nel caso di più eredi chiamati alla successione di casa popolare ed economica in cooperativa a proprietà individuale e non fruente di contributo erariale, la medesima veniva attribuita a quello tra i coeredi che corrispondeva le quote del debito in capo agli altri. Se il pagamento integrale veniva offerto da più coeredi, si procedeva all'estrazione a sorte del preferito innanzi al pretore.

²³⁸ Sul diverso problema dell'individuazione della posizione soggettiva e del momento rilevante ai fini della caduta del diritto nella comunione familiare, Cass. civ., sez. II, 26 luglio 2011 n. 16305, in *Diritto e giust.*, 2011, secondo cui *in tema di assegnazione di alloggi di cooperative edilizie, il momento determinativo dell'acquisto della titolarità dell'immobile da parte del singolo socio, onde stabilire se il*

Se dall'analisi della scheda testamentaria emerge che il testatore ha voluto semplicemente attribuire al legatario la proprietà dell'alloggio, eventuali crediti o debiti attinenti al rapporto societario dovrebbero, di conseguenza, competere unicamente agli eredi.

Infine, si potrebbe ipotizzare un possibile conflitto tra gli eredi o i legatari del socio defunto e i soci in soprannumero. Alla luce della differenza tra successione nel rapporto societario e successione in una posizione contrattuale per effetto di prestazioni già effettuate (prenotazioni, assegnazioni, etc.), è da ritenere che l'erede o il legatario del defunto sia da preferire agli altri soci, a condizione, lo si ripete, che il defunto avesse già avviato il rapporto contrattuale per il conseguimento dell'alloggio, effettuando le relative prestazioni. D'altra parte tale era il condivisibile principio di ispiratore dell'abrogata disciplina del testo unico del 1938.

Altro conflitto ipotizzabile sarebbe quello tra legatario e coniuge superstite, nel caso in cui il diritto (reale) fosse caduto nel regime di comunione legale tra i coniugi, ai sensi dell'art. 177 comma 1 lett. b), con conseguente notevole limitazione del potere dispositivo da parte del defunto²³⁹.

5.13. (*segue*). Legato, comunione e condominio (art. 63 comma 2 disp. att. cod. civ. e artt. 1104 e 1139 cod. civ.).

In termini generali vi è un altro caso, oltre a quello del legato di azienda, ove la disciplina successoria entra in rapporto con una regola specifica di un altro settore del codice civile. Si tratta della disciplina dei debiti condominiali.

A mente dell'art. 63 comma 2 disp. att. cod. civ., colui che subentra nei diritti di un condominio è obbligato solidalmente con questo al pagamento dei contributi relativi all'anno in corso e a quello precedente.

bene ricada, o meno, nella comunione legale tra coniugi, è quello della stipula del contratto di trasferimento del diritto dominicale (contestuale alla convenzione di mutuo individuale), poiché solo con la conclusione di tale negozio il socio acquista, irrevocabilmente, la proprietà dell'alloggio (assumendo, nel contempo, la veste di mutuatario dell'ente erogatore), mentre la semplice qualità di socio, e la correlata "prenotazione", in tale veste, dell'alloggio, si pongono come vicende riconducibili soltanto a diritti di credito nei confronti della cooperativa, inidonei, come tali, a formare oggetto della comunione incidens familiare.

²³⁹ Cass. civ., sez. II, 26 luglio 2011 n. 16305, *cit.* sul momento determinante per l'acquisto in comunione legale.

Rispetto alla disciplina dell'azienda, questa ipotesi appare di più facile approccio, quanto meno perché la formulazione letterale della norma, nella sua genericità, non sembrerebbe destare particolari dubbi circa il fatto che si applichi anche agli acquisti *mortis causa*.

Addirittura se ne potrebbe ritenere la superfluità, considerando che, in generale, l'erede risponderà di tutti i debiti ereditari, senza limiti e quantitativi e temporali.

Non si può andare oltre. Al pari del legato di azienda, le due discipline (quella successoria e quella particolare) operano su piani diversi, che non necessariamente entrano in conflitto. Anzi, il rischio è farle entrare in conflitto, facendo prevalere una disciplina particolare (ma non speciale).

Se l'art. 63 richiamato prevalessse *tout court* sulla disciplina successoria, si dovrebbe finire per ammettere che pure l'erede accettante con beneficio di inventario debba rispondere dei debiti, anche oltre l'attivo l'ereditario, nei limiti dell'art. 63 comma 2 codice civile.

Così non è. La disciplina successoria gode essa stessa di un'autonomia regolatrice, tanto più che il beneficio di inventario è un'eccezione ed impedisce la confusione dei patrimoni. Bisogna, poi, considerare che l'obbligazione *de quo* viene ritenuta *propter rem*, dunque legata al rapporto di proprietà in certo patrimonio, che non si è con-fuso.

In concreto, quindi, la portata applicatrice di questa norma sul condominio appare piuttosto ridotta, se non superflua, con riguardo all'erede.

Occorre, al più, domandarsi se possa riacquistare spazio con riguardo alla posizione del legatario, in quanto costui subentra nei diritti del condomino-testatore.

Invero, l'idea che una norma possa, in relazione ad un medesimo fenomeno (quello successorio) ora ritenersi superflua, ora trovare applicazione, suscita perplessità. Bisognerebbe individuare un *discrimen* giuridicamente rilevante, ossia riconoscere una diversità di situazioni giuridiche, idonea a giustificare un diverso concorso di regole.

Per ragioni di uniformità e coerenza normativa, a nostro avviso il legatario, che acquista il bene oggetto di legato sotto un particolare regime di responsabilità per debiti, non dovrebbe rispondere dei debiti condominiali pregressi, per i quali l'unico soggetto responsabile dovrebbe essere l'erede.

Se anche fosse chiamato a rispondere e pagasse tali debiti, gli si deve riconoscere azione di regresso nei confronti dell'erede, come riconosciuto in giurisprudenza per gli acquisti *inter vivos*²⁴⁰.

In ogni caso, nell'ipotesi in cui i debiti condominiali, in tesi, dovessero addirittura superare il valore dell'unità immobiliare legata, il legatario potrà sempre far valere la limitazione di responsabilità *intra vires*.

Diverso ancora è l'obbligo di pagamento per le spese di comunione e di condominio, sancito dagli artt. 1104 e 1139 codice civile. È da ritenere, tuttavia, che per il condominio valga la disciplina particolare testé vista. Per questa ragione, si è preferito trattare prima la norma delle disposizioni di attuazione in tema di condominio e solo ora quella generale sulla comunione²⁴¹.

L'art. 1104 comma 3 cod. civ. in tema di comunione, al quale rinvia l'art. 1139 cod. civ. in tema di condominio per quanto non espressamente previsto, afferma l'obbligo del cessionario del partecipante al comunione di pagare, in solido col cedente, i contributi da questo dovuti e non versati. Si ritiene trattarsi di un caso di obbligazione *propter rem*²⁴².

Qui l'accostamento con la disciplina dell'azienda si fa più palese.

Dati i presupposti, si dovrebbe applicare l'art. 668 cod. civ., in forza del quale l'onere, da intendersi in senso ampio²⁴³, inerente il fondo è sopportato dal legatario, fermo il limite della responsabilità *intra vires*.

²⁴⁰ Cass. civ., sez. II, 29 aprile 2010 n. 10405, in *Giust. Civ.*, 2011, f. 12, 2861.

Più complessa è la questione delle spese di manutenzione straordinaria, per le quali vi sono opinioni diverse in relazione alla delibera condominiale, giacchè, in alcuni casi, è necessario stabilire il momento il cui il debito sia sorto, ciò valendo ad individuare la disciplina applicabile e, quindi, permettere di individuare la figura del debitore. Il caso più frequente è quello di spese di manutenzione straordinaria del bene condominiale, deliberate dal precedente proprietario, ma eseguite in data successiva al trasferimento della proprietà.

Secondo un primo orientamento, tali spese spetterebbero all'acquirente, poiché il debito sorge, contabilmente (meglio, dal punto di vista amministrativo-finanziario), successivamente alla vendita.

Secondo altro orientamento, maggioritario, il debito resta a in capo al venditore quando la delibera condominiale che autorizzi la spesa sia antecedente alla vendita. È determinante il momento dell'autorizzazione della spesa.

²⁴¹ Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 2012 n. 2979, in *Guida al diritto*, 2011, f. 45, 30.

²⁴² TRABUCCHI, *op. cit.*, 2004, pag. 635.

²⁴³ Tecnicamente occorre mantenere distinta l'obbligazione *propter rem*, ove la proprietà non è gravata da un peso, bensì l'appartenenza del bene vale ad individuare il soggetto personalmente vincolato, dall'*onere reale*, che grava obiettivamente sul fondo. TRABUCCHI, *op. cit.*, pag. 634-635.

In realtà la norma non risolve il nodo dei pesi pregressi, che dovrebbero sempre fare capo all'erede, nei confronti del quale il legatario che li abbia onorati avrà azione di regresso. Questo perché si tratta di un debito anteriore sorto nell'interesse del cedente e l'art. 1104 comma 3 cod. civ. sancisce che il cessionario "è tenuto in solido". Questa espressione non incide sul riparto finale del debito, che ricade sul cedente.

Riassumendo, con riguardo al legatario, la normativa sulla comunione non sembra applicabile all'acquisto *mortis causa*, che mantiene la propria peculiarità (difetto di legittimazione passiva rispetto ai debiti ereditari, comunque limitazione di responsabilità *intra vires*).

6. Responsabilità *intra vires* e *cum viribus* del legatario. Portata dell'art. 671 codice civile. Valore della cosa legata.

Dopo aver ricordato le eccezioni al principio di irresponsabilità (o almeno di responsabilità limitata) del legatario nei confronti del passivo ereditario, occorre soffermarsi brevemente su alcune questioni generali.

Preliminarmente, si discute se la limitazione di cui all'art. 671 cod. civ. si riferisca all'onere in senso tecnico, non valendo, quindi, per la condizione²⁴⁴.

Sembra preferibile la tesi che il significato da attribuire al termine "onere" sia quello a-tecnico, sia per la genericità dell'espressione ("ogni altro onere"), sia per

²⁴⁴ A favore del carattere tecnico del termine "onere" nell'art. 671 cod. civ., si esprimono: MASI, *Dei legati*, cit., p. 148; PEREGO, *I legati*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. VI, *Successioni*, t. 2, Torino, 1982, p. 273; BRUNELLI e ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, 2 ed., Torino, 1951, p. 422; PUGLIATTI, *Della istituzione di eredi e dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, p. 569.

In giurisprudenza, Cass., 16 marzo 1948, n. 405, in *Monit. trib.*, 1948, p. 121. A favore del significato atecnico del termine, MUSOLINO, *op. cit.*, pagg. 936 e ss.; secondo TRABUCCHI, voce *Legato (diritto civile)*, cit., p. 618; CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 317, invece, il termine "onere" è utilizzato in senso generico e non tecnico; CARAMAZZA, *op. cit.*, pag. 427, secondo cui il legislatore ha adottato la parola "onere" nel senso generico, per affermare senza incertezze il principio della responsabilità *intra vires* del legatario.

conformità a struttura e funzione del legato, a tutela sicura del principio generale di limitata responsabilità²⁴⁵.

Si pensi al caso di legato sottoposto a condizione sospensiva di pagamento di una certa somma (in tesi superiore al valore del bene oggetto di legato) a taluno²⁴⁶.

Altra questione dibattuta è quella della responsabilità del legatario per debiti *intra vires e cum viribus*, in particolare la questione del rapporto tra il principio di responsabilità limitata del legatario e vicende del bene oggetto del legato (*in primis*, il suo perimento).

Pare da considerare che il sistema normativo preveda un limite che è allo stesso tempo limite della responsabilità patrimoniale e limite sostanziale della prestazione dovuta.

Innanzitutto, l'argomento testuale si rinviene nell'art. 647 comma 1 cod. civ., a mente del quale tanto all'istituzione di erede quanto al legato può essere apposto un onere.

²⁴⁵ Per assurdo, se si dovesse considerare l'espressione in senso tecnico, anche con riguardo al beneficio di inventario occorrerebbe ammettere che l'art. 490 cod. civ., riferendosi ai soli debiti ereditari e ai legati, esclude gli oneri. Così non è: *La disposizione dell'art. 490 comma 2 n. 2) c.c. che limiti la responsabilità dell'erede accettante con il beneficio d'inventario per il pagamento dei debiti ereditari e dei legati intra vires e cum viribus hereditatis, va intesa nel senso che nell'espressione "debiti" debbono ricomprendersi, sebbene non espressamente menzionati, anche gli oneri modali e, più in generale, tutti i pesi ereditari posti a carico dell'erede dall'art. 752 c.c., con la conseguenza che, in caso di inadempimento, il beneficiario del modo testamentario non può agire sui beni propri dell'erede che abbia accettato con beneficio d'inventario ma deve subire il concorso dei creditori ereditari e dei legatari* (Cass. civ., sez. II, 29 aprile 1993 n. 5067, in *Giust. Civ. mass.*, 1993, 791).

²⁴⁶ Le ragioni di tale aggravio maggiore del valore del lascito possono essere varie: vi può essere un motivo sopravvenuto di perdita di valore tra il momento di confezionamento delle disposizioni di ultima volontà e l'apertura della successione, nel qual caso la genericità dell'espressione dell'art. 671 cod. civ. dovrebbe operare in tutta la sua portata generale; oppure il maggiore aggravio bene era stato previsto e voluto dal testatore. In tale secondo caso, in presenza di condizione sospensiva l'acquisto del legato non è automatico e, pertanto, il legatario sarebbe tutelato dall'acquisto di diritti e obblighi senza bisogno di accettazione. Pertanto, salvo il diritto di non eseguire il pagamento e quindi di non perfezionare la fattispecie acquisitiva, il limite di responsabilità del legatario permane inderogabile, oggettivo e collegabile alla natura della disposizione, dunque ancora operante. Tutto ciò, salvo ritenere la disposizione di cui all'art. 671 cod. civ. norma imperativa, con la conseguenza di considerare non apposta la condizione in forza dell'art. 634 cod. civile. Naturalmente, non si può escludere la nullità dell'intera disposizione per motivo illecito, in base al combinato disposto di cui agli artt. 634 e 626 codice civile. Vedremo, poi, di seguito nel testo, gli eventuali rimedi a disposizione del legatario che abbia sopportato "il maggior onere".

Contra GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pagg. 662, che, invero, parte dal presupposto che il testatore possa imporre al legatario oneri maggiori del valore obiettivo del bene legato e che il legatario sia tenuto ad adempiere integralmente il legato, salvo rinuncia. Osserva l'Autore che non esiste alcuna norma che preveda in sé la riduzione dei pesi: il legatario nel caso di condizione non potrebbe che adempiere ad essa se vuole acquistare il legato.

Se l'erede può cautelarsi accettando con beneficio di inventario (nel quale caso risponde *intra vires* e *cum viribus hereditatis*), a ben vedere l'onere grava primariamente sul legato, ossia sull'oggetto della disposizione, rimanendone così intimamente collegato.

È il legato, quindi, che subisce una limitazione nel suo valore. La prestazione modale dovuta è, *in primis*, non un'imposizione diretta alla persona del legatario, ma un'obbligazione gravante sul lascito e, di conseguenza, su chi lo acquista.

D'altra parte, l'imposizione di un'obbligazione ad un soggetto, di regola presuppone il consenso di questi. Il legatario, da parte sua, acquista automaticamente il legato, salvo il rifiuto. Opinare diversamente, ossia che il legatario non risponde anche *cum viribus* del legato, porterebbe a configurare sul piano sistematico la possibilità di imposizione unilaterale di un debito/peso nel patrimonio altrui, svincolata dall'attribuzione.

Si può, poi, osservare che il legatario si troverebbe in una posizione peggiore rispetto all'erede che abbia accettato con beneficio di inventario, che risponde *intra vires*, *cum viribus* e non *secundum vires*²⁴⁷. Il legatario si troverebbe esposto all'alea di essere tenuto ad una prestazione di durata anche se l'oggetto del legato è perito, per causa a lui non imputabile, senza possibilità di cautelarsi.

Senza considerare, a livello sistematico, la generale avversione del legislatore per obblighi perpetui od oltre ragionevoli termini (si vedano i termini di prescrizione o di decadenza, piuttosto che i limiti temporali ai divieti di cessione o di concorrenza, piuttosto che le regole sull'impossibilità sopravvenuta o sull'eccessiva onerosità, norme queste ultime escluse per i contratti aleatori).

In generale, quindi, gli oneri ed gli obblighi imposti al legatario trovano la loro causa, titolo e limite intrinseco nell'emolumento attribuito al legatario²⁴⁸.

Il limite posto dal legislatore, per cui il legato risponde dei debiti/pesi nei limiti del valore della cosa ricevuta, è da intendere sia come limite alla responsabilità, sia come limite alla prestazione dovuta.

²⁴⁷ MESSINEO, *Manuale cit. vol. VI*, pag. 405; FERRARIO HERCOLANI M., *op. cit.*, pag. 1293. Con riferimento all'erede accettante con beneficio di inventario, alcuni riferimenti normativi inducono a ritenere che la responsabilità dell'erede sia *cum viribus hereditatis*: secondo l'art. 495 comma 2 cod. civ., nella liquidazione individuale, esaurito l'asse ereditario, i creditori rimasti insoddisfatti hanno solo diritto di regresso nei confronti dei legatari; secondo l'art. 507 ultimo comma cod. civ., l'erede è liberato da ogni responsabilità, dopo aver eseguito il rilascio di tutti i beni ereditari a creditori.

²⁴⁸ LOSANA, *op. cit.*, pag. 13.

La limitazione di responsabilità potrebbe non operare quando l'eccedenza dell'onere sia subito evidente e il legatario consegua egualmente il legato, ritenendo prevalente il suo interesse a conseguire il legato²⁴⁹. Sul piano positivo, si potrebbe ipotizzare l'adempimento di un'obbligazione naturale, che esclude la possibilità di ripetere quanto pagato.

Residua, tuttavia, l'ipotesi, diversa, che il legatario sia tenuto a pagare oltre il valore del legato ricevuto, quando ciò derivi dal contratto posto in essere per eseguire il *modus* (es. il contratto di appalto per la costruzione di una certa opera, che poi si riveli più costoso). In tale diverso caso, il legatario non può opporre in sede di pagamento al terzo la limitazione di responsabilità di diritto successorio, in quanto l'obbligazione sorta in forza del contratto non ha, come tale, causa successoria.

Tornando al problema iniziale, resta da verificare il rapporto tra l'art. 671 cod. civ. e le eventuali variazioni (in ribasso) del valore del bene legato, fino al perimento di questo ultimo.

Il sublegato, come l'onere, costituisce un limite all'attribuzione patrimoniale al legatario e può giungere fino ad eliminarla del tutto, senza però eccederne i limiti. L'applicazione anche al sublegato del principio della responsabilità *intra vires* del legatario comporta la liberazione di quest'ultimo dal sublegato medesimo, se perisca del tutto l'oggetto della disposizione a titolo particolare.

L'eccedenza del "peso" rispetto al valore della cosa legata comporta la riduzione del peso stesso²⁵⁰.

Non può, però, operarsi una riduzione proporzionale del sublegato, nel caso in cui il bene legato semplicemente diminuisca, sia pur in misura notevole, di valore²⁵¹.

Il problema si può anche spostare in sede esecutiva, interrogandosi quale sia l'oggetto di una ipotetica azione esecutiva del creditore e se il legatario risponda anche con beni propri.

²⁴⁹ LOSANA, *op. cit.*, pag. 13.

²⁵⁰ MASI, *op. cit.*, pag. 150: la riduzione sarà agevole se si tratti di prestazione di somma di denaro o di altri beni fungibili. Nel caso, invece, di prestazioni di una cosa o di un *facere*, la riduzione potrebbe non risultare praticabile, salvo si tratti di cosa o comportamenti divisibili. Ove così non fosse, si dovrebbe ammettere la trasformazione della prestazione del legatario in una prestazione di denaro. Secondo GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Comm. del cod. civ.*, vol. II, Torino, 1971, p. 323, per qualsiasi legato cui si accompagni l'onere di un *facere*, la liberazione del legatario conseguirebbe anche ad una riduzione di valore del legato da non permettere un adempimento solo parziale dell'obbligo.

²⁵¹ MUSOLINO, *op. cit.*, pagg. 936 e ss.]. In giurisprudenza, App. Napoli, 11 aprile 1957, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 240.

Verificando caso per caso la fungibilità dell'obbligazione, sempre entro il limite di quanto ha ricevuto, il legatario potrebbe essere tenuto all'adempimento anche con beni proprî, come nell'ipotesi in cui venga gravato dalla prestazione di una somma di denaro a favore degli eredi²⁵². Salva questa precisazione, di regola il legatario (come l'erede beneficiato) risponde degli eventuali debiti e pesi ereditariî solo con i beni ereditariî (*cum viribus hereditatis*) e non anche con i proprî beni personali, sia pure nei limiti del valore dei beni pervenuti (*pro viribus hereditatis*).

Il valore della cosa legata, di cui all'art. 671 cod. civ., è dato dal valore economico del capitale e non dalla rendita²⁵³. Del pari, non vengono in considerazione neppure le spese di conservazione della cosa stessa.

Nel caso di prestazione gravante sul legatario di natura periodica e di impossibilità sopraggiunta di adempierla, a causa di alterazione dei prezzi di mercato o di svalutazione monetaria (per cui l'onere imposto era possibile al momento dell'apertura della successione ed è divenuto impossibile in seguito), quando si sia del tutto esaurito il valore capitale del lascito, poiché il legatario è esposto alla *perdita totale* di quanto ha ricevuto, questi sarebbe allora liberato da ogni onere o, almeno, la prestazione dovrebbe essere sospesa²⁵⁴.

Tuttavia, anche nel caso di perimento totale del bene legato, non si può escludere in assoluto la permanenza del peso/debito del legatario, da rapportare eventualmente all'indennità corrisposta in forza di un'assicurazione.

Si è discusso anche dei limiti dell'adempimento in ragione di una *modificazione rilevante del rapporto fra valore* del bene legato e misura del peso gravante su legatario (ad esempio per un'alterazione dei prezzi di mercato o per un'intervenuta svalutazione monetaria). Se è possibile una riduzione dell'onere, al fine di riportarlo entro i limiti del valore del legato ricevuto, altrettanto non sarebbe possibile nel caso di, sia pure

²⁵² App. Napoli, 15 novembre 1968, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Successione*, n. 83.

²⁵³ MASI, *Dei legati*, cit. p. 149; BONILINI, *Dei legati*, cit., p. 438; PEREGO, *I legati*, cit., p. 241; CARAMAZZA, *op. cit.*, pag. 427.

²⁵⁴ GIANNATTASIO, *Successioni cit.*, pag. 323, secondo cui per qualsiasi legato cui si accompagni l'onere di un *facere*, la liberazione del legatario conseguirebbe anche ad una riduzione di valore del legato da non permettere un adempimento solo parziale dell'obbligo. Secondo CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie cit.*, pag. 428 si dovrebbe applicare per analogia l'art. 673, comma 2, cod. civ., per cui si ritiene sospeso l'obbligo del legatario, se il valore del legato si sia del tutto esaurito.

notevole, diminuzione del valore del bene legato, ma pur tuttavia comunque adeguato al soddisfacimento del peso²⁵⁵.

Quanto al momento rilevante per determinare il rapporto fra valore del legato e peso gravante su di esso, non va necessariamente stabilito al momento di apertura della successione. Esso, ai fini in esame, coincide di regola con quello in cui il sublegato o l'onere devono essere eseguiti, così che, nel caso di sublegato, la valutazione del legato va fatta in un momento successivo all'apertura della successione, quando si tratti di sublegato a termine o di prestazioni periodiche imposte al legatario²⁵⁶.

Infine, in relazione all'azione di reintegrazione della quota di legittima, il legato modale si riduce nei soli limiti dell'arricchimento, che esso apporta al legatario²⁵⁷.

Resta da domandarsi quali eventuali rimedi abbia il legatario che abbia adempiuto oltre il limite indicato dall'art. 671 codice civile.

Astrattamente, i rimedi a sua disposizione sono vari.

In primo luogo, salvo ravvisare l'adempimento di un'obbligazione naturale ove vi sia conoscenza della sproporzione tra il valore della cosa legata e quello della prestazione imposta, si potrebbe accordare al legatario l'azione di ripetizione dell'indebitato, ma solo se abbia adempiuto in difetto dei presupposti di spontaneità e conoscenza, che potrebbero, altrimenti, far configurare l'adempimento di un'obbligazione naturale²⁵⁸.

In secondo luogo, potrebbe agire in rivalsa nei confronti dell'erede²⁵⁹. Se il bene oggetto di legato, ad esempio, è pignorato o ipotecato, dovrebbe essere l'erede a doverlo liberare dal vincolo pagando il debito (art. 668 comma 2 cod. civ.) e se il legatario paghi volontariamente il debito per evitare il danno derivante dall'espropriazione, gli compete un'azione di rivalsa nei confronti dell'erede.

²⁵⁵ App. Palermo, 24 febbraio 1950, in *Rep. Foro it.*, 1950, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 148, per il caso di riduzione dell'onere di far celebrare un certo numero di Messe, divenuto eccessivamente oneroso, entro i limiti del valore del bene legato.

App. Napoli, 11 aprile 1957, in *Dir. e giur.*, 1957, p. 629; Trib. Napoli, 20 marzo 1957, *ibidem*; Trib. Napoli, 10 settembre 1956, *ivi*, 1956, p. 501; Trib. Napoli, 22 dicembre 1955, *ibidem*.

²⁵⁶ PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, in *Trattato teorico e pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa e S. Patti, Padova, 2008, pag. 70; BONILINI e BASINI, *I legati*, cit., p. 59; PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati* cit., pag. 570; PEREGO, *I legati*, cit., p. 241; CICU, *Testamento*, cit., p. 246, il quale critica la soluzione normativa, poiché è necessario avere riguardo al momento dell'apertura della successione, a meno che, in un momento diverso, sorga l'obbligazione della prestazione del legato.

²⁵⁷ MESSINEO, *op. cit.*, pag. 341.

²⁵⁸ MASI, *op. cit.*, pag. 150; TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 618; BONILINI, *Dei legati cit.*, pagg. 479-480.

²⁵⁹ TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 618; AZZARITI, *Successioni e donazioni cit.*, Padova, pag. 495.

Un'ultima questione, strettamente collegata alla precedente, è quella della derogabilità dell'art. 671 cod. civ. da parte del testatore, ove risulti con certezza la volontà di questi che l'onere del legato debba in ogni caso adempiere integralmente il legato a lui imposto, anche oltre il valore del legato a lui fatto.

Proprio considerata l'automaticità dell'acquisto, salvo rinuncia, il principio generale deve ritenersi inderogabile. Si è tuttavia, sostenuto il contrario, partendo da una considerazione di fatto, che, però, a nostro avviso, non vale a capovolgere la questione. Si è detto che normalmente il testatore mai imporrà un onere al legatario superiore all'attribuzione a lui fatta, trovando tale imposizione un limite logico nel valore dell'attribuzione principale. Se il testatore ha previsto un sub-legato il cui valore sia oggettivamente superiore a quello del legato principale, sarebbe perché egli ritiene che per l'onere il legato abbia un valore effettivo superiore a quello oggettivo. Spostando, dunque, l'attenzione dal valore oggettivo alla valutazione fatta dal testatore, la conseguenza sarebbe che se il testatore ha voluto l'adempimento integrale del sub-legato, se l'onere accetta il legato, deve adempiere integralmente il legato posto a suo carico. In nessun caso, poi, il legatario potrà risentire di un danno, bene potendo rifiutare il legato²⁶⁰.

Forti dubbi nascono dalla considerazione che il legatario non accetta (ma acquista automaticamente, salva rinuncia) e dalla fallibilità di ancorare il valore alla valutazione non obiettiva, ma del testatore. Naturalmente, nulla vieta l'esecuzione spontanea del peso imposto dal testatore, ma siamo già su un piano diverso. A monte, poi, la formulazione dell'art. 671 non consente di fondare una diversa interpretazione²⁶¹.

D'altra parte in presenza di una chiara volontà del testatore, considerando la disposizione di cui all'art. 671 cod. civ. norma inderogabile²⁶², si può rapportare l'eventuale onere imposto con la disciplina dell'art. 647 comma 2 cod. civ., in forza del quale l'onere illecito si considera non apposto. Quindi non si dovrebbe operare una riconduzione dell'onere al limite *intra vires* (diversamente se in presenza di una volontà testamentaria non così certa come nell'ipotesi di cui si discute).

²⁶⁰ GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pagg. 175-176, nonché pagg. 631 e ss.].

²⁶¹ MASI, *op. cit.*, pag. 150.

²⁶² Per l'inderogabilità dell'art. 671 cod. civ. MASI, *op. cit.*, pag. 150; CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie cit.*, pag. 323.

Se, poi, oltre alla volontà certa, si dovesse riscontrare che l'onere ha costituito il solo motivo determinante, allora l'onere illecito renderebbe nulla l'intera disposizione (art. 647 comma 2 cod. civ.).

Per la condizione illecita, varrà l'art. 633 cod. civ., nonché il rinvio ivi contenuto all'art. 626 cod. civ. per il motivo illecito, salvo, come detto all'inizio del presente paragrafo, ritenere che l'art. 671 si riferisca solo all'onere in senso tecnico e non alla condizione.

Pertanto, se anche il testatore avesse, a torto o a ragione, considerato il legato di valore superiore per il legatario rispetto al peso imposto, nessuna norma autorizza a far riferimento al valore dato dal testatore invece che quello obiettivo. Il valore (oggettivo) dell'attribuzione costituisce il limite intrinseco alla possibilità di imporre unilateralmente al destinatario obblighi o pesi.

D'altra parte, la discrasia di valore potrebbe anche non essere così immediata, come pure la conoscenza del peso imposto, di talché il legatario potrebbe "accettare" il legato e in un secondo momento trovarsi a dover sopportare il maggior onere²⁶³. Astrattamente, allora, occorrerebbe prestare tutela al legatario, attraverso la possibilità di poter ancora rifiutare il legato oppure attraverso la possibilità di impugnare "l'accettazione" a causa di errore, non diversamente dal sistema austriaco, ove, però, esiste una norma che non dispensa il legatario dall'adempimento dei maggiori pesi lui imposti, ma solo di rifiutare il legato (§ 650 ABGB, come vedremo nella parte IV), oppure più semplicemente occorre tornare alla regola generale di responsabilità *intra vires*.

Nel nostro sistema, quindi, c'è una regola generale, nonché un sistema di responsabilità del legatario e non sembra possibile fare riferimento al valore che non sia quello oggettivo e alla derogabilità dell'art. 671 codice civile.

Infine, volendo svolgere pure noi una considerazione di ordine pratico, è vero che la volontà del testatore va rispettata (nel limite del giuridicamente lecito e possibile), ma, ricordando che stiamo discutendo dell'ipotesi nella quale la volontà del testatore è chiara e certa e supponendo che il legatario abbia effettivamente un interesse (anche non economico) ad acquistare e trattenere il legato, ebbene costui bene potrà

²⁶³ Nel caso che il legatario al momento dell'accettazione del legato non avesse notizia del legato impostogli, egli sarà tenuto nei limiti del valore del legato a lui fatto. In questo caso, anche secondo l'Autore, della cui tesi ci stiamo occupando, non varrebbe più la regola generale sostenuta circa l'obbligo di adempiere integralmente ai pesi imposti, riprendendo vigore il principio di responsabilità *intra vires*: GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pagg. 665-666.

adempiere spontaneamente agli obblighi imposti dal testatore, almeno per evitare l'alea di un eventuale giudizio, che potrebbe portare a riconoscere non tanto il peso come non apposto, ma addirittura determinante con conseguente nullità dell'intera disposizione.

Come già detto, tuttavia, qui determinante, a nostro avviso, non è più la volontà del testatore derogatoria dell'art. 671 cod. civ., ma la determinazione del terzo-legatario, che subisce l'imposizione.

7. La posizione del legatario nei confronti del passivo ereditario. Prime considerazioni: regola generale e sue (rilevanti) eccezioni.

Giunti a questo punto, possiamo trarre le prime conclusioni, che ci porteranno via via a specificare e delimitare il campo di indagine che ci siamo prefissati, ossia se esistano casi di responsabilità senza debito in capo al legatario.

A livello generale, infatti, abbiamo visto che il legatario *non risponde* dei debiti e dei pesi ereditari.

Il pagamento dei debiti ereditari grava esclusivamente sull'erede, che ne è l'unico responsabile, non potendo i creditori agire contro il legatario per recuperare quanto loro dovuto, neppure nei limiti dell'entità del legato.

Pertanto, in capo al legatario, a livello di teoria generale dell'obbligazione, non è dato riscontrare, di regola, la sussistenza della coppia debito e responsabilità (*Schuld und Haftung*).

Rinviando la trattazione della tematica alla seconda parte, possiamo ora anticipare che le teorie, frutto della dottrina tedesca, c.d. patrimoniali dell'obbligazione valorizzavano, più che il comportamento dovuto dal debitore e i vincoli imposti alla sua condotta, il risultato economico atteso dal creditore e i modi per conseguirlo pur in assenza dello spontaneo e regolare adempimento dell'obbligato. Di qui, appunto, la ricostruzione del rapporto obbligatorio quale sintesi tra due elementi distinti tra loro: *Schuld und Haftung*, debito e responsabilità.

Il primo elemento, il debito, si identifica nel dovere prestare, che sorge a carico del soggetto passivo dell'obbligazione e al quale lo stesso soggetto deve conformarsi nella propria condotta.

Il secondo, la responsabilità, attiene alla possibilità che, nel caso in cui il debitore manchi di eseguire la prestazione dovuta, il creditore consegua egualmente la soddisfazione delle proprie ragioni di credito. Tale realizzazione avviene aggredendo,

attraverso gli strumenti dell'esecuzione forzata, il patrimonio dell'obbligato, il quale vi soggiace proprio perché risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni (art. 2740 cod. civ.).

Pur se distinti, debito e responsabilità si intrecciano e rappresentano entrambi gli elementi costitutivi dell'obbligazione, cosicché la responsabilità patrimoniale è coesistente all'obbligazione, configurandosi come elemento interno della sua stessa struttura.

Proprio la teoria dell'obbligazione di diritto germanico di fine dell'Ottocento ha messo in discussione tale granitica concezione, individuandosi gli elementi del debito (*Schuld*) e della responsabilità (*Haftung*).

La rottura dell'unità logica dell'obbligazione comportò lo spostamento dell'indagine della dottrina dal soggetto alla garanzia dei beni e alla verifica di quale fosse l'oggetto dell'obbligazione.

Tale approccio, inevitabilmente, offrì lo spunto per un nuovo intreccio tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Anzi, l'intervento dei processualisti portò addirittura a considerare la responsabilità come aspetto processuale: il processo acquista enfasi, se il problema ruota non più attorno alla volontà del debitore, ma al soddisfacimento patrimoniale, conseguibile solo attraverso l'intervento statale.

La responsabilità patrimoniale non sarebbe elemento costitutivo dell'obbligazione, rimanendo esterna alla sua struttura, pur se ad essa legata da un vincolo di strumentalità: la responsabilità patrimoniale presidia dall'esterno il buon funzionamento del rapporto obbligatorio, assicurando comunque il risultato utile anche contro l'inerzia del debitore, esponendo i beni di quest'ultimo all'azione esecutiva promossa dal creditore.

Allora, l'obbligazione non implica un dovere di prestazione del debitore in favore del creditore, ma, in ultima analisi, la responsabilità del debitore stesso, con tutti i suoi beni, per la mancata esecuzione della prestazione dovuta.

Tornando agli aspetti di diritto successorio, il legatario può eccezionalmente subire il peso di alcuni debiti ereditari.

Ulteriore profilo di interesse si pone rispetto al binomio debito-responsabilità, in quanto il secondo elemento si fonda normalmente sulla sicura sussistenza del primo, ma potendosi anche individuare casi di responsabilità senza debito. Ripercorriamo brevemente la casistica.

È possibile che il testatore imponga al legatario determinati pesi, come un *modus*, un sub-legato o più in generale il pagamento di un determinato debito ereditario.

In questi casi, il legatario ha un preciso obbligo, foriero di responsabilità in caso di inadempienza. In tali casi sussistono entrambi gli elementi di debito e responsabilità.

L'art. 668 comma 1 cod. civ. grava il legatario dei pesi gravanti sulla cosa oggetto di legato, quali una servitù, un canone o altro onere inerente al fondo ovvero una rendita fondiaria. Giova precisare che quelli indicati dall'art. 668 costituiscono pesi particolari all'oggetto del legato e non pesi all'eredità come tale. Pertanto, non rappresentano un'eccezione al principio che il legatario non è tenuto a sostenere i debiti del *de cuius*.

Anche l'ipotesi prevista dall'art. 756 cod. civ., in particolare l'azione ipotecaria, costituisce, secondo i più, solo un'apparente eccezione alla regola generale in tema di responsabilità del legatario, in quanto si tratta dell'applicazione di principî generali, quali il diritto di sequela e di surrogazione (nel caso che il legatario estingua il debito, garantito dall'ipoteca sull'immobile legato, egli "subentra nelle ragioni del creditore contro gli eredi"). Come vedremo meglio nel prosieguo, in generale, l'azione ipotecaria nei confronti dell'acquirente della cosa gravata dal vincolo reale è stata talvolta addotta come ipotesi di responsabilità senza debito in capo al terzo acquirente, responsabilità, che, invero, è stata spiegata con la natura del vincolo e con la sua caratteristica di diritto di seguito.

Del pari, l'esercizio del diritto di separazione dei beni si sostanzia nell'imposizione di un vincolo di natura reale sui beni ereditari.

Un'importante eccezione alla normale "irresponsabilità" del legatario è costituita dalla limitata responsabilità prevista dalla legge in capo al legatario di usufrutto di eredità. Sia pure eccezionalmente, il legatario risponde di un debito.

Problematico è il subentro del legatario in un'azienda. Tuttavia, anche ammesso che i debiti si trasmettano al legatario e non agli eredi, anche ammesso che la disciplina di cui all'art. 2560 cod. civ. sia applicabile e prevalga sulla generale limitazione di responsabilità del legatario *intra vires*, è pur sempre riscontrabile l'esistenza del debito, cui è collegata la responsabilità.

Invero, l'imputazione del *debitum* è determinante per riconoscere o meno l'azione di regresso nei rapporti interni tra erede e legatario, come accennato in tema di legato di azienda.

Per quanto riguarda la disciplina dell'assegno vitalizio ai figli non riconoscibili e l'azione di riduzione a favore degli eredi legittimari, se dimostrano che il legatario non è indifferente alle vicende dell'eredità, esulano dallo specifico tema che ci siamo prefissati, ossia la verifica dell'esistenza di casi di responsabilità senza debito in capo al legatario nei confronti dei creditori del testatore.

In particolare, destano interesse l'ipotesi di regresso dei creditori dell'eredità nei confronti del legatario, in tema di eredità accettata con beneficio di inventario (disciplina ritenuta applicabile anche all'eredità giacente) e l'ipotesi di regresso tra legatari in tema di impugnazione dell'accettazione di eredità. Non è qui riscontrabile un debito direttamente imposto al legatario, che, pur tuttavia, si trova a soggiacere a responsabilità per il soddisfacimento di un altrui credito.

8. Distinzione tra *subire* e *non rispondere* dei debiti e dei pesi ereditari da parte del legatario.

Come visto, in alcune ipotesi il binomio debito-responsabilità non è riscontrabile e il legatario può subire una pretesa da parte dei creditori ereditari o di terzi, pur in assenza di un debito a lui (eccezionalmente) imposto.

Se il legatario non risponde dei debiti del *de cuius*, altra cosa, tuttavia, è dire che il legatario *subisce eventualmente l'onere* di tali debiti e pesi.

Il legatario, in particolari ipotesi, può subire l'onere dei debiti, nel senso che egli ha la possibilità di conseguire il bene oggetto di legato solo se l'asse ereditario sia capiente, ovvero abbia, detratto il passivo, un residuo attivo in grado di soddisfare il legato lasciatogli dal testatore.

Abbiamo visto l'importante caso dell'esercizio del diritto di separazione dei beni da parte dei creditori del *de cuius* (art. 756 e 512 e ss. cod. civ.), che si fonda sul prevalente diritto ed interesse dei creditori del defunto a conservare la garanzia patrimoniale sui beni legati rispetto all'interesse dei legatari di beneficiare delle disposizioni testamentarie. Come detto in precedenza, la disposizione a titolo particolare non deve nuocere, attraverso la sottrazione di attività che lasci passivi scoperti, alla garanzia che i beni del *de cuius* possono rappresentare per i creditori (*nemo liberalis nisi liberatus*).

Il legatario subisce l'azione di regresso dei creditori ereditari nel caso di eredità accettata con beneficio di inventario ed esaurimento dell'asse ereditario (art. 495 cod. civ.).

La stessa normativa si ritiene applicabile al caso di eredità giacente.

Ancora, nell'ipotesi di impugnazione dell'accettazione di eredità è prevista l'azione di regresso nei confronti dei legatari già soddisfatti (art. 483 cod. civ.).

Infine, il legatario non è indifferente nei casi di esercizio dell'azione di riduzione da parte degli eredi legittimari o nel caso di corresponsione di un assegno vitalizio ai figli non riconoscibili (art. 594 cod. civ.).

Come abbiamo visto, a volte il legatario è trattato dal legislatore quasi come un creditore, senza mai poterlo a lui equiparare. D'altra parte, nei casi testè ricordati, è chiamato a rispondere di fronte ai creditori del testatore e ai terzi.

Di nostro interesse sono soprattutto le ipotesi di esistenza di un credito ereditario.

Se, di regola, il legatario è terzo rispetto all'erede ed ai creditori, per taluni effetti non è estraneo alla successione, in quanto non può pretenderne incondizionatamente l'attribuzione senza riguardo ai diritti dei creditori ereditari e, quindi, in una certa misura, condivide le sorti della successione, nel senso che non può attribuirsi efficacia traslativa a liberalità testamentarie prima che siano integralmente pagati i debiti ereditari²⁶⁴. Il fondamento e la *ratio* delle previsioni sono chiare. Il problema è definire giuridicamente la natura dei rimedi previsti e il rapporto tra i soggetti coinvolti.

Specialmente nei casi di regresso accordati ai creditori, il legatario subisce l'onere dei pesi e dei debiti ereditari, in quanto potrà conseguire il legato solo ove l'asse ereditario sia capiente.

Tuttavia, ciò non implica il trasferimento in capo al legatario di un debito. Pertanto, si potrebbe ipotizzare una forma di responsabilità, svincolata dalla coeva esistenza di un debito. Ma non si può essere così affrettati.

Bisogna, invero, giustificare questo *subire* l'onere dei debiti, ossia trovarne il fondamento giuridico, non essendo sufficiente descriverne la fenomenologia, senza un inquadramento sistematico.

Al riguardo sono state formulate diverse tesi.

Si è parlato di azione di regresso eccezionalmente accordata *ex latere creditoris* in presenza di un interesse particolarmente qualificato, accentuando così il carattere creditorio del legato (si veda quanto detto *supra* § 5.9 in tema di impugnazione dell'accettazione di eredità per scoperta di testamento ex art. 483 cod. civ.).

Si è valorizzato il carattere revocatorio dell'azione di regresso, senza comunque giungere alla sua equiparazione con l'azione revocatoria (come visto *supra*

²⁶⁴ MESSINEO, *op. cit.*, pag. 45.

§§ 5.6 e 5.9 in tema di liquidazione in caso di beneficio di inventario e di impugnazione dell'accettazione di eredità).

D'altra parte, proprio valorizzando il fatto che il legatario subisce l'onere, ma non risponde, l'azione di regresso è stata giustificata non in forza della responsabilità del legatario, ma in forza del principio che il legato non è dovuto se non vi sia nell'asse un attivo sufficiente²⁶⁵. È evidente che, secondo tale impostazione, il riferimento alla responsabilità è inconferente.

Da questo punto di vista, infatti, una cosa è dire che il legatario non è responsabile per il passivo ereditario, altra cosa è dire che egli debba subire la preferenza dei creditori ereditari, quando concorra con essi nelle ipotesi sopra viste.

Si può anche verificare, ed è quello che ci siamo proposti, se siamo in presenza di ipotesi di responsabilità vera e propria, si aggiunga, pur in assenza di un debito. Teoricamente, il legatario è chiamato a rispondere e può subire anche l'azione esecutiva dei creditori, pur essendo chiaro che nessun debito è configurabile a suo carico, ossia egli non è tenuto al pagamento di detti debiti. Vi è un'azione diretta dei creditori per la conservazione o la realizzazione dei propri diritti e di converso la soggezione del legatario a tali azioni.

D'altra parte, l'azione di regresso accordata ai creditori verrà esercitata nei limiti in cui è necessaria al soddisfacimento dei loro diritti, vale a dire che non necessariamente tutto il legato perde valore, ossia viene "revocato".

Metodologicamente, giunti a questo punto, ci pare opportuno aver solo accennato al problema di come giustificare tali ipotesi di azione nei confronti dei legatari, essendo utile chiarire nella parte che segue la teoria dell'obbligazione e delle sue componenti (debito e responsabilità), quindi riprendere nella terza parte il problema della "responsabilità" del legatario, della sua natura e, dunque, se sia possibile configurare effettivamente un'ipotesi di responsabilità senza debito. Questo, soprattutto, mantenendo distinte e considerando singolarmente le diverse fattispecie di regresso, che, come già accennato, non appaiono avere la medesima natura.

²⁶⁵ AZZARITI, *Successioni e donazioni cit.*, Padova, pag. 495; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 45.

PARTE II – DEBITO E RESPONSABILITÀ NELLA TEORIA GENERALE DELL'OBBLIGAZIONE

1. Il concetto di obbligazione in senso funzionale e in senso strutturale. Differenze da altre posizioni giuridiche soggettive.

Il termine “obbligazione” può essere considerato sotto diversi punti di vista ed essere ricondotto ad almeno due concezioni, una funzionale e una strutturale, le quali non entrano in antinomia fra loro, ma evidenziano aspetti diversi dell'obbligazione.

Sotto il primo punto di vista, quello funzionale, “l'obbligazione” (o il diritto delle obbligazioni) può indicare una partizione del diritto privato, al pari del diritto delle persone, della proprietà e così via. Peculiarità di tale approccio è che questa disciplina non comprende solamente le obbligazioni in senso tecnico (quelle, come vedremo, che legano un debitore ad un creditore, vale a dire l'obbligazione come *rappporto*), ma riguarda in generale gli *atti* o i *fatti* dai quali possono trarre origine le obbligazioni: non rileva tanto il “rappporto” (obbligatorio) tra creditore e debitore, quanto le fonti dell'obbligazioni (si pensi al contratto ed al fatto illecito) e, quindi alle funzioni economico-sociali che tali diverse obbligazioni possono assolvere. In questo senso il concetto di obbligazione è di tipo funzionale.

Emblematico è che l'art. 1173 cod. civ. preveda tra le fonti dell'obbligazione non solo il contratto, ma anche il fatto illecito e ogni altro atto o fatto idoneo a produrla in conformità dell'ordinamento.

Dunque, l'obbligazione può assolvere funzioni differenti: ora la realizzazione e l'assicurazione delle operazioni di scambio tra soggetti (i.e. contratto), ora la protezione della persona o dei suoi beni contro intromissioni non consentite da parte di terzi (*neminem laedere* e tutela risarcitoria contro l'illecito, piuttosto che le obbligazioni aventi ad oggetto il pagamento di un'indennità, che, di regola, presuppone un fatto dannoso, ma non costituente fatto illecito).

Si acclara, così, la diversità funzionale che può caratterizzare l'obbligazione, che trova, poi, concreta disciplina anche in ulteriori settori e in diverse materie del codice²⁶⁶.

Non si possono dimenticare le obbligazioni restitutorie, che mirano a correggere trasferimenti patrimoniali privi di causa, anche se normalmente conseguono a precise disposizioni di legge sull'invalidità del negozio giuridico. Tra le obbligazioni restitutorie si possono annoverare anche quelle di conferire le liberalità ricevute dal defunto previste dalle norme sulla collazione (artt. 737 e ss. cod. civ.)²⁶⁷.

D'altra parte, la ripartizione non è così rigida: accanto alla funzione di scambio, di restituzione e di risarcimento, vi sono obbligazioni ambivalenti, come quella del gestore di condurre a termine la gestione utilmente iniziata e quella dell'interessato di tenere indenne il gestore (artt. 2028 e 2031 cod. civ.), ove sono presenti sia finalità di scambio sia di restituzione, ossia è rinvenibile la funzione di tutelare la sfera patrimoniale del *dominus* in via restitutoria²⁶⁸.

Esistono, infine, le obbligazioni *ex lege*, che assolvono a funzioni diverse: ora di assistenza (come per gli obblighi di mantenimento o di alimenti), ora di cooperazione (come per gli obblighi legali di contrarre).

Accanto a questo concetto funzionale di obbligazione, vi è quello strutturale e fa riferimento all'obbligazione come vincolo o come rapporto.

Il Libro quarto del nostro codice civile è intitolato "Delle obbligazioni" e prevede un'articolata disciplina.

Non vi è una definizione di "obbligazione", il cui concetto indica tradizionalmente quel rapporto-vincolo giuridico che lega una certo soggetto (detto debitore) ad un altro (detto creditore), in forza del quale il primo è tenuto ad un certo comportamento (detto prestazione) nei confronti del secondo in vista del soddisfacimento di un interesse avente valore patrimoniale di questi. La prestazione può consistere in un dare, in un fare o in un non fare, deve essere suscettibile di

²⁶⁶ Di MAJO A., voce *Obbligazione*, I) *Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, pag. 1. Sulla sistematica delle obbligazioni, MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni*, in *Corso di diritto civile*, Torino, 2011, pagg. 4-6.

²⁶⁷ CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 1369: tali obbligazioni si attuano attraverso il conferimento, il quale, dunque, è un atto di adempimento.

²⁶⁸ Di MAJO, *Obbligazione cit.*, pag. 2.

valutazione economica e corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore (art. 1174 cod. civ.)²⁶⁹.

Emergono il concetto di rapporto giuridico e di dovere una prestazione (debito)²⁷⁰. Nel rapporto obbligatorio coesistono due elementi, uno attivo (il diritto del creditore) e uno passivo (il dovere del debitore), che confluiscono in un unico elemento comune, la prestazione.

Dal punto di vista strutturale, tale concetto di obbligazione vale a differenziare le diverse posizioni giuridiche soggettive (obbligazioni, diritti reali, doveri, oneri, diritti potestativi).

In particolare, il vincolo obbligatorio è espressione di un diritto soggettivo (di credito) del creditore, cui corrisponde un obbligo del soggetto passivo, ovvero il dovere di tenere un certo comportamento. Si evidenzia il carattere della cooperazione, che distingue l'obbligazione dalla soggezione.

L'obbligazione presenta, astrattamente, alcune affinità con il (rapporto sorgente dal) diritto reale: vi è l'elemento comune della signoria (secondo la concezione di Savigny) di una persona su un lembo del mondo esteriore, andando così a costituire le due posizioni soggettive il diritto patrimoniale; affinità vi è anche per gli atti che possono essere oggetto di obbligazione, ossia solo quelli suscettibili di stima in denaro; inoltre non si può ignorare che le obbligazioni più ricorrenti ed importanti, dal punto di vista sociale ed economico, tendono all'acquisto della proprietà (o all'uso di questa).

Nei diritti reali, tuttavia, il rapporto con la cosa è immediato e non mediato dalla prestazione dell'obligato e, in ogni caso, non si può parlare di rapporto con gli *omnes non proprietari*²⁷¹: nella proprietà non si rinvengono due persone, l'una di fronte all'altra, come nella obbligazione.

²⁶⁹ GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. I, *Definizione e requisiti dell'obbligazione*, Torino, 1930, pagg. 13-14; ZATTI, *op. cit.*, pagg. 391-399; Di MAJO, *Obbligazione cit.*, pag. 2; BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, *La struttura*, Milano, 1946, pagg. 7 e ss. e pagg. 37 e ss].

²⁷⁰ DERNBURG A., *Diritto delle obbligazioni*, prima trad. dal tedesco sulla VI ed., Torino, 1903, pagg.1 e 4.

²⁷¹ TRABUCCHI, *Istituzioni. cit.*, 2004, pag. 618-619; MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni*, in *Corso di diritto civile*, Torino, 2011, pag.15, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine cit.*, pag. 81; BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni, II. Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, pagg.7-8; BARASSI, *op. cit.*, pag. 9: il rapporto definito obbligatorio si distingue da altri rapporti, quali quelli ove è insita la realtà; GIORGI, *op. cit.*, pag. 3; diffusamente Di MAJO, voce *Obbligazione cit.*, pagg. 10-13; MOSCATI, *op. cit.*, pagg. 7-8. DERNBURG, *op. cit.*, pag. 2.

Non si può, poi, non osservare come il diritto delle obbligazioni si distingue, rispetto ad altri settori ed istituti del sistema giuridico, per l'elasticità, ossia per il riconoscimento dell'autonomia negoziale²⁷².

Con questo evidenziamo anche la profonda differenza che intercorre tra l'obbligazione e il rapporto di famiglia, pur entrambi andando a costituire un vincolo tra due determinate persone. Questa apparente affinità si dissolve immediatamente, pensando alla tranciante diversità intima e sostanziale della due situazioni: l'essenza dell'obbligazione riposa nell'assoggettamento di singoli atti del debitore alla volontà del creditore, mentre l'essenza della famiglia riposa su rapporti di indole naturale ed etica che devono continuamente formarsi mediante la libera cooperazione dei membri della famiglia stessa, in posizione di eguaglianza e parità, senza considerare il minor spazio riservato, in questo settore, alla libertà e alla autonomia dei consociati²⁷³.

A metà strada, apparentemente, si colloca il diritto potestativo, caratterizzato dallo stato di soggezione del soggetto passivo. Si è in presenza di un potere così forte e penetrante da essere sufficiente da sé a realizzare l'interesse del suo titolare. Rispetto al diritto di credito manca l'elemento della collaborazione del debitore, essenziale per la realizzazione dell'interesse del creditore. D'altra parte, il diritto potestativo è pur sempre un diritto relativo, in quanto la relatività non attiene al contenuto, ma alla direzione del potere²⁷⁴.

L'elemento della giuridicità, poi, vale a distinguere l'obbligazione da altri rapporti, dai quali derivano obblighi non giuridici (ad esempio, quelli morali o di convenienza)²⁷⁵. La giuridicità è individuata ora nella coercibilità, ora nei caratteri dell'obbligazione *ex art. 1174 cod. civ.* (il valore patrimoniale che la prestazione deve possedere vale a delimitare l'ambito delle obbligazioni giuridiche²⁷⁶; altra questione,

²⁷² SAVIGNY (von) F.C., *Le obbligazioni*, trad. di G. Pacchioni, vol. I, Torino, 1912, pagg. 16-17.

²⁷³ SAVIGNY, *op. cit.*, pag. 15 e 17.

²⁷⁴ MOSCATI, *op. cit.*, pagg. 8-9.

²⁷⁵ TRABUCCHI, *op. ult. cit.*, pag. 619; BARASSI, *op. cit.*, pag. 11; RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1979, pag. 138: giuridicità significa che al soggetto attivo del rapporto è accordata azione per l'adempimento e che in caso di inadempimento vi sono conseguenze rilevanti per il diritto.

²⁷⁶ DERNBURG, *op.cit.*, pag. 2. *Contra* RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 137-138, osservando che l'inosservanza di un contegno promesso nell'ambito di regole morali o sociali di condotta può avere conseguenze matrimonialmente rilevanti. D'altra parte, continua l'Autore, la disciplina delle obbligazioni naturali ne conferma indirettamente la patrimonialità, escludendone la ripetizione. Capovolgendo

però, è individuare il concetto di patrimonialità dell'obbligazione, ossia se vada intesa in senso oggettivo o possa darsi ingresso a concezioni soggettive, soprattutto in presenza di clausole penali che valgano ad attribuire giuridicità al vincolo, piuttosto che la patrimonialità ad una prestazione che ne sarebbe priva)²⁷⁷.

Invero, volendo cercare una definizione più precisa e un contenuto a questo concetto di obbligazione, si ritrovano diverse ricostruzioni, che valorizzano ora il sorgere di un vincolo o di una responsabilità, ora il debito e la responsabilità, ora la nozione di diritto di credito.

In effetti, l'espressione *obligatio* può portare non solo alla suddetta distinzione strutturale e funzionale, ma anche essere intesa come il diritto di credito che sta di fronte all'obbligazione²⁷⁸.

Tale incertezza definitoria trova la sua origine nella rottura dell'unità logica della concezione tradizionale di obbligazione ad opera delle teorie di matrice germanica di fine Ottocento.

Per meglio comprendere i termini del tema prefissatoci, è opportuno ripercorre, almeno in breve, le elaborazioni concettuali del termine "obbligazione".

2. La concezione unitaria di obbligazione di origine romanistica.

La teoria dell'obbligazione per molti secoli si ergeva su una concezione solida e granitica, che era quella accennata al paragrafo precedente di tipo strutturale.

L'obbligazione era incentrata sul soggetto e consisteva, appunto, in quel vincolo o quel rapporto giuridico tra colui il quale è tenuto ad un certo comportamento ed un altro soggetto il quale ha diritto a quel comportamento²⁷⁹.

Tale concezione come vincolo riposava e si fondava tranquilla su fonti romanistiche. La poderosa ed evoluta (quantomeno rispetto ai rudimentali ordinamenti giuridici "barbari" che andavano sorgendo) produzione giuridica dei Romani ha

l'impostazione, sarà l'assenza dell'indice della patrimonialità ad escludere il carattere di obbligazione in senso tecnico.

²⁷⁷ RESCIGNO, *op. cit.*, pagg. 185-186, per un giudizio sulla patrimonialità in termini oggettivi.

²⁷⁸ DERNBURG, *op. cit.*, pagg. 1 e 2 nota n. 4.

²⁷⁹ TRABUCCHI, *op. ult. cit.*, pag. 617 e ss.].

dominato nel tempo e nello spazio, anche ben dopo la caduta dell'Impero, il panorama giuridico successivo²⁸⁰.

Occorre precisare che l'odierna idea di debitore non era analoga a quella del diritto romano, almeno quello arcaico: la situazione di *ob-ligatus* non indicava "il dover eseguire una certa prestazione", bensì la situazione di speciale assoggettamento della persona del debitore rispetto al creditore, contrapponendosi allo stato di libertà di colui che non era obbligato. Solo con l'evoluzione dei mezzi di tutela giuridica (in particolare con l'esecuzione coattiva sui beni del debitore) vi è una responsabilità direttamente correlata all'interesse del creditore, venendo meno l'originario carattere penale dell'obbligazione, che consisteva nell'attribuire al creditore una garanzia sulla persona del debitore atta a risarcirlo in caso di inadempimento²⁸¹.

Celeberrima è la definizione che ritroviamo nelle istituzioni di Giustiniano (I.3.13 pr.): *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*.

Alla radice troviamo l'idea di vincolo (giuridico) non attuale e, quindi, non con immediato e conseguente assoggettamento del debitore al creditore. Si tratta di un vincolo potenziale.

Si definisce così il concetto di obbligazione come visto nel paragrafo precedente, ossia come rapporto giuridico in forza del quale un soggetto detto debitore è tenuto ad un certo comportamento, detto prestazione, nei confronti di una certa persona, detta creditore²⁸².

Il dovere giuridico del debitore è il *debito*, cui corrisponde il diritto soggettivo relativo del creditore (il credito), che necessita, per la sua realizzazione, della cooperazione del debitore.

In caso di inadempimento (imputabile) il debitore incorre in *responsabilità*, ossia in una sanzione: la soggezione alla procedura esecutiva, il cui culmine, persistendo l'inadempimento, era l'assoggettamento della persona o del patrimonio del debitore alla potestà del creditore.

²⁸⁰ SCHUPFER F., *Gaeta e il suo diritto, II. Le obbligazioni*, Roma, 1914, pagg. 7-8.

²⁸¹ Di MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Cod. civile Scialoja-Branca*, Libro IV: obbligazioni art. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, pagg. 2-3; ASTUTI G., voce *Obbligazioni (dir. interm)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pag. 88.

²⁸² MARRONE, *op. cit.*, pag. 417; TALAMANCA M., voce *Obbligazioni (dir. rom)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1979, pagg. 18-20.

Dunque, la potenzialità del vincolo, che permane il concetto di *obligatio* come testé visto, è in stretto rapporto con la responsabilità del debitore.

Non era escluso, poi, che il debito e la responsabilità facessero capo a persone diverse. Era il caso dei garanti, ossia, tra le figure più antiche, i *praedes* (che garantivano che la parte, alla quale il pretore avesse assegnato provvisoriamente il possesso della cosa controversa, la restituisse in caso di soccombenza) e i *vades* (che garantivano la ricomparsa in giudizio della parte convenuta nel caso di rinvio dell'udienza). In tali casi tramite l'*interrogatio* anche nel processo sorgeva un'aspettativa dell'interrogante ad un certo risultato, analogamente ad un creditore nell'*obligatio*. D'altra parte, l'aspettativa del creditore al risultato/comportamento era rivolta all'avversario (restituzione della cosa, comparsa in udienza), mentre responsabili per il fatto del terzo erano i *praedes* e i *vades*²⁸³.

L'idea di *obligatio* romana si è sviluppata e consolidata nel tempo ed è giunta fino a noi (naturalmente la procedura esecutiva oggi conosce esiti diversi)²⁸⁴.

Le categorie di “debito” e “responsabilità” sono state sviluppate, invero, relativamente di recente, come vedremo nei paragrafi successivi.

D'altra parte, il rapporto tra *obligatio* ed *actio* era sicuramente già presente ed esprimeva l'interesse tutelato del creditore alla realizzazione della sua aspettativa, fulcro ed apice del momento obbligatorio. Vi era un reciproco coordinamento e funzionalità tra questi due elementi, entrambi essenziali del fenomeno obbligatorio²⁸⁵.

Nei paragrafi successivi sarà interessante verificare come la distinzione dei due elementi e l'accentuazione di un elemento a discapito dell'altro abbia portato alla frantumazione dell'idea originaria di obbligazione, ora rilevando il dover prestare ora

²⁸³ MARRONE, *op. cit.*, pag. 421.

²⁸⁴ MARRONE, *op. cit.*, pag. 418.

L'esecuzione poteva essere patrimoniale o personale. Questa ultima era modellata sulla *legis actio per manus iniunctionem*: con l'*addictio* il creditore era legittimato a condurre il debitore nelle proprie carceri private ed ivi tenerlo in stato di assoggettamento, fino al momento del riscatto da parte di terzi oppure fino a che il debitore non avesse riscattato il debito col proprio lavoro. Nel 326 a.C. la *lex Poetelia Papiria* abolì la figura del *nexum*, in forza del quale tra creditore e debitore si instaurava un potere diretto ed immediato sulla persona del debitore, anche se rimaneva libera e non serva: il creditore lo teneva presso di sé, fino al riscatto del debito (ad opera di altri o col lavoro del *nexus*). Lo stato di soggezione comportava una materiale coercizione, fino a punizioni corporali e comunque con l'utilizzo per attività lavorative fino a soddisfazione del credito. MARRONE, *op. cit.*, pag.105 e pagg. 420-421; TRABUCCHI, *op. ult. cit.*, pag. 619.

²⁸⁵ MARRONE, *op. cit.*, pag. 418; TALAMANCA, *op. cit.*, pag. 21; ASTUTI G., voce *Obbligazioni (dir. interm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pag. 88.

la responsabilità, con ripercussioni sulla concezione della struttura stessa dell'obbligazione e, in ultima analisi, sul suo oggetto.

3. Gli studi sul concetto di *obligatio* romana dei romanisti tedeschi di fine '800. La distinzione tra debito (*Schuld*) e responsabilità (*Haftung*).

La distinzione tra debito e responsabilità trae origine dalle Pandette e, in particolare, dallo studio di alcuni romanisti tedeschi sul concetto di *obligatio* romana.

Il primo passo fu mosso da Brinz, che evidenziò come l'*obligatio* (o *Haftung*) fosse qualcosa di diverso e di distinto dal *debitum* (o *Schuld*), poiché, nel diritto romano, la prima era intesa come un diritto sulla persona del debitore: dire che una persona era obbligata, significava non tanto che da questa ci si attendeva la prestazione alla quale era obbligata, quanto che era l'oggetto sul quale il creditore poteva rifarsi, ove la prestazione non fosse stata adempiuta²⁸⁶.

Dunque, l'obbligazione non riguardava la volontà della persona obbligata e neppure la prestazione, ma riguardava e colpiva direttamente la persona stessa del debitore, considerata alla stregua di un pegno e come oggetto sul quale soddisfarsi. L'obbligazione andava a costituire un rapporto diretto fra il creditore e la persona (fisica) del debitore e solo in epoca più recente fra il creditore e la persona (patrimoniale) ossia il patrimonio dell'obbligato, come visto nel paragrafo precedente.

Tale rapporto tra *Schuld* e *Haftung* fu poi sviluppato e si giunse a nuovi approdi. Ad esempio, mentre per Brinz fondamentale è il concetto di obbligazione come soggezione di una persona o di una cosa al creditore agli scopi del suo soddisfacimento e il debito veniva preso in considerazione solo per contrapporlo al concetto di obbligazione, per altri debito e responsabilità diventano due istituti coesistenti l'uno accanto all'altro, sovente sovrapposti, ma pur sempre distinti ed indipendenti²⁸⁷.

²⁸⁶ BRINZ, *Der Begriff obligatio* (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart), vol. I, 1874, pagg. 11-40.

²⁸⁷ AMIRA (von) K., *Nordgermanisches Obligationrecht. Erster Band. Altschwedisches Obligationrecht*, Leipzig, 1882; *Zweiter Band. Westnordisches Obligationrecht*, Leipzig, 1885; PUNTSCHART P., *Schuldvertrag und Treugelöbniss des Sächsischen Rechts im Mittelalter*, Leipzig, 1886, con riferimento al diritto romano, svedese arcaico e quello sassone medioevale. Successivamente, SCHWIND, *Wesen und Inhalt des Pfandrechts*, Jena, 1899; EGGER A., *Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischen Rechte*, Breslau, 1903.

Non è questa la sede per soffermarsi sull'analisi di questo concetto di *obligatio* nel diritto romano e intermedio. Tuttavia, considerando l'importanza e le implicazioni che tale studio ha avuto sul concetto moderno di obbligazione, è doveroso un riassunto di questi ultimi passaggi, funzionali al tema prefissatoci.

Debito e responsabilità sono due concetti essenzialmente distinti. Il debito non si confonde con l'obbligazione, ma piuttosto è la causa in forza della quale l'obbligazione esiste ovvero il diritto obbliga una persona libera o una cosa²⁸⁸.

Senza che esista un debito (presente o futuro) è inconcepibile l'esistenza di un'obbligazione e se il debito viene estinto, si estingue anche l'obbligazione, che trova causa nel debito.

Viceversa, la realizzazione o l'estinzione dell'obbligazione non è causa sufficiente di estinzione del debito, non fosse altro che, per quanto il creditore si sia soddisfatto sul pegno o sulla persona del debitore, di certo il debitore non ha eseguito la prestazione dovuta.

Due sono le tesi fondamentali, che ritroveremo anche nel diritto moderno.

In primo luogo, né il concetto di *Haftung*, né il concetto di *Schuld*, implicano che chi risponde sia anche debitore.

In secondo luogo, né il concetto di *Schuld*, né quello di *Haftung*, significano che il debitore sia anche responsabile.

Queste sono le basi concettuali delle ipotesi di *responsabilità senza debito* e di *debito senza responsabilità*.

4. La distinzione tra debito e responsabilità dal diritto romano a quello moderno. Il problema dell'oggetto dell'obbligazione.

I risultati della distinzione tra debito e responsabilità hanno avuto importanti ripercussioni sugli studi dottrinari, non solo a livello storico, ma anche dommatico.

Essi traggono origine dal parallelismo tra diritto reale e diritto obbligatorio: come il primo ha ad oggetto una cosa, così il secondo ha per oggetto la persona del debitore, meglio la sua manifestazione patrimoniale²⁸⁹. Come nel diritto di proprietà

²⁸⁸ AMIRA, *op. cit.*, Band I, pag. 40.

²⁸⁹ SAVIGNY, *op. cit.*, pag. 4, secondo cui, per la precisione, il concetto di obbligazione viene "definito come signoria sopra una persona; ma non sulla sua totalità (poiché in questo caso ne resterebbe soppressa

deve considerarsi come accidentale la manifestazione della signoria sulla cosa nella forma della rivendica contro chi l'abbia violata, così nell'obbligazione è naturale lo spontaneo adempimento da parte del debitore, mentre la coazione e l'azione del creditore sono mezzi per combattere il disconoscimento del diritto²⁹⁰.

L'oggetto dell'obbligazione assume una connotazione "quasi-proprietaria", nel senso di dominio parziale di un atto-prestazione da parte del creditore sul debitore: costui sacrifica non tutta la sua libertà, ma un suo singolo atto.

La distinzione tra *debitum* ed *actio*, almeno concettualmente, ha posto in evidenza due elementi che fino ad allora venivano con-fusi nel concetto di obbligazione e che valgono a chiarire alcuni istituti.

In primo luogo, viene in considerazione l'azione di regresso che spetta al coobbligato in solido che abbia pagato l'intero: tale azione è espressione e applicazione della distinzione in parola, poiché se colui che ha pagato il *solidum* fosse debitore, oltre che responsabile, nulla avrebbe a pretendere.

In secondo luogo, l'istituto della fideiussione trova egualmente base su tale distinzione.

In terzo luogo, vi possono essere casi di *responsabilità senza debito*. Ad esempio, l'erede che abbia chiesto la separazione dei beni (nell'ordinamento germanico) non è obbligato per i debiti e per i legati, se non limitatamente al patrimonio ereditario. Creditori e legatari hanno, tuttavia, un credito nei suoi confronti, per il quale non trova corrispondenza una sua propria obbligazione patrimoniale (salvo non abbia compiuto le formalità necessarie per limitare la propria responsabilità al patrimonio ereditario).

In quarto luogo, viene in considerazione il debito prescritto, ove viene meno la responsabilità e resta solo il *debitum*. È un'altra ipotesi di *debito senza responsabilità*, ricondotto alla generale figura dell'obbligazione naturale²⁹¹.

Pertanto, quella che indichiamo con un'unica parola ("obbligazione") è composta da quattro e distinti elementi:

la personalità), ma sopra singoli atti della medesima che vengono concepiti come sottratti alla sua libertà e assoggettati al nostro volere".

²⁹⁰ SAVIGNY, *op. cit.*, pag. 5-6.

²⁹¹ Sui casi richiamati, SAVIGNY, *op. cit.*, pagg. 518-520, che richiama anche il caso dell'accollo privativo a pag. 523-524, ove il *debitum* rimane lo stesso, ma non l'obbligazione/responsabilità.

- il *debitum*, ossia il dovere del debitore di tenere un certo comportamento nei confronti del creditore, ovvero di eseguire una data prestazione;
- il *creditum*, ossia l'aspettativa che sorge in capo al creditore, quale destinatario del suddetto dovere;
- l'*Haftung* o responsabilità o *obligatio*, ossia il mezzo attraverso il quale viene garantito l'adempimento del suddetto dovere;
- il valore che è attribuito nei commerci all'aspettativa del creditore di fronte al debitore, quanto il debito di quest'ultimo abbia per oggetto una prestazione pecuniaria, garantita sul suo patrimonio o con una cosa sua (o di altri)²⁹².

Circa la definizione di obbligazione, gli Autori non evidenziavano un'unità di pensiero.

Tra le tesi che interessano ai fini del nostro approfondimento, conviene ricordare quelle che hanno segnato l'epocale cambio di visuale nel concetto di obbligazione.

L'obbligazione sarebbe un diritto al valore della cosa dovuta e, quindi, un diritto sul patrimonio del debitore²⁹³. L'essenza dell'obbligazione giace nel raggiungimento, da parte del creditore, di quanto gli è dovuto, a prescindere dal modo di soddisfazione (adempimento spontaneo o esecuzione forzata)²⁹⁴.

In tal modo, centrale (o oggetto dell'obbligazione) non è più *l'atto* del debitore, bensì il suo *patrimonio*.

Da questo punto di partenza si sono poi dipanate diverse teorie circa la definizione e l'oggetto dell'obbligazione: il diritto di credito come *signoria*, almeno parziale (in funzione di singoli determinati atti), del creditore verso la persona obbligata (Savigny); la *volontà* (e non più la persona) del debitore come oggetto del diritto di credito, di modo che la "signoria" del creditore è spiegata come forza coercitiva, ossia come potere di determinare il debitore stesso ad assumere un certo contegno; l'obbligazione come diritto su un comportamento altrui ovvero come diritto sulla *prestazione* (Kuntze); il credito come diritto tendente ad uno *scopo-atto*, così evidenziando il carattere teleologico dell'obbligazione (Windscheid)²⁹⁵.

²⁹² SAVIGNY, *op. cit.*, pag. 525.

²⁹³ SCHOTT, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873.

²⁹⁴ HARTMAN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875.

²⁹⁵ Per una prima panoramica delle diverse tesi, MENGONI L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, 157-159 e 163-165.

Individuati i termini essenziali del problema, il passo fu breve a ritenere il diritto di obbligazione come *impotenza*. Partendo dalla contrapposizione tra diritti reali e diritti di obbligazione, i primi consistono in un diritto di agire da sé, i secondi solo nell'obbligo del debitore, ossia nel diritto che un altro agisca. L'obbligazione consisterebbe in un obbligo (del debitore) e non in facoltà del creditore, che, dunque, non ha poteri né sul debitore, né sul suo patrimonio. A costui spetterebbe solo un potere processuale di azione, nel caso di violazione dell'obbligo²⁹⁶.

Non vi è, dunque, unità e convergenza di veduta nell'individuazione dell'oggetto dell'obbligazione.

L'obbligazione era tradizionalmente quel vincolo tra colui che è tenuto, per necessità giuridica, a comportarsi in un certo modo e colui che ha diritto a quell'agire. Era un rapporto fra soggetti.

Gli studi ottocenteschi dell'obbligazione nel diritto germanico e la distinzione tra debito e responsabilità hanno rotto l'unità del concetto tradizionale, poiché l'attenzione del giurista si concentra non più sul soggetto, ma sulla garanzia dei beni. L'obbligazione diventa un vincolo tra patrimoni; il profilo patrimoniale si sovrappone a quello personale. Ciò che rileva non è più la volontà del debitore o il suo atto, bensì il soddisfacimento patrimoniale, raggiungibile con l'esecuzione forzata, quindi con l'intervento pubblico. Il dovere del debitore è un dovere finale, ma non assoluto (ha il dovere di adempiere se vuole evitare le conseguenze dell'inadempimento). Non esisterebbe una norma che comandi al debitore di agire.

Si profila, allora, un nuovo intreccio tra diritto sostanziale e diritto processuale. Quanto degli elementi visti appartiene ancora al diritto sostanziale-obbligazione e quanto, invece, al diritto processuale?

Nelle ricostruzioni più estreme, che vedono l'obbligazione come impotenza, cosa rimane del dovere del soggetto, se è disgiunto dalla responsabilità? Cos'è il diritto del creditore, svuotato rispetto al dovere e che può soddisfarsi nelle forme del processo civile?

Il binomio debito-responsabilità ha scardinato "l'obbligazione", scomponendone i termini e i rapporti, distinguendo il dovere (finale) e il diritto, che appartiene ad un altro rapporto (diritto sul patrimonio). Dovere e diritto non sono più sullo stesso piano, ma operano su rapporti diversi.

²⁹⁶ SOHM, *Die Begriff des Forderungsrechts*, in *Grünhuts Ztschr.*, 4, 1877, 457 e ss.

Oggetto dell'obbligazione è, ora, la persona del debitore, sia pure limitatamente ad un suo singolo comportamento (è l'idea del dominio del creditore di Savigny), ora, il diritto ad un comportamento del debitore e non su di esso.

Si è obiettato che oggetto di un diritto (altrui) non può essere un comportamento, il quale potrà essere solo contenuto di doveri. Allora, il diritto di credito non consiste nell'attività dovuta dal debitore, bensì ciò a cui è diretta tale attività, ovvero ciò che la legge prevede come risultato di tale comportamento.

Il diritto di credito non è più diritto all'azione o all'azione del debitore, ma diritto a soddisfarsi con i mezzi coercitivi apprestati dall'ordinamento sul suo patrimonio. Il diritto del creditore degrada ad *aspettativa* di ricevere una data prestazione.

Questo è il quadro giuridico, ove ritroviamo le ricostruzioni dommatiche, alcune delle quali cercano di ricomporre l'unità logica infranta²⁹⁷.

In questa sede non possiamo che continuare a tracciare a grandi linee le principali correnti di pensiero e le ipotesi ricostruttive. Infatti, gli studiosi hanno ora valorizzato un elemento del binomio (il dovere del debitore, elemento soggettivo), ora l'altro (la responsabilità, elemento patrimoniale), fino a concepire la responsabilità come non più appartenente al diritto sostanziale, ma a quello processuale. All'interno delle singole correnti di pensiero, poi, vi sono distinzioni e differenziazioni, come accennato.

L'analisi della teoria dell'obbligazione, tuttavia, dovrà essere funzionale al nostro tema di indagine e per questo non potrà ripercorrere compiutamente il ricchissimo dibattito dottrinario sviluppatosi. Di questo si dovrà tracciare solo un quadro, individuando le coordinate principali del problema, ossia il sostrato culturale nel quale si innesta il tema prefissatoci, il debito e la responsabilità del legatario.

Le grandi correnti di pensiero sono fundamentalmente due: *le c.d. teorie personali*, che individuano l'oggetto del diritto del creditore nel comportamento cui è astretto il debitore (valorizzano l'elemento del dovere), e *le c.d. teorie patrimoniali*, che valorizzano il bene dovuto come termine oggettivo del diritto obbligatorio (valorizzano l'elemento del patrimonio o della responsabilità).

²⁹⁷ IRTI N., *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1, 1-3.

Nell'intreccio tra diritto sostanziale e diritto processuale, non si può ignorare che, uscendo dall'ambito sostanziale, la responsabilità è stata ritenuta un profilo essenzialmente *processuale*.

4.1. La teoria c.d. personale o soggettiva.

Rispetto al diritto romano la concezione di *obligatio* ha mantenuto la sua validità, ha continuato ad essere il modello di riferimento e non si è verificata una rottura con le culture e le epoche giuridiche successive.

Certamente quel modello non è rimasto immutato, ma si è evoluto ed adattato ai nuovi contesti giuridici.

L'originario vincolo personale del debitore si è trasformato: è emerso un nuovo concetto di vincolo personale (il debito di prestazione), cui si affianca "l'innovativa" idea di responsabilità con i propri beni. Detto altrimenti, pur venuta meno l'esecuzione personale sul debitore, il concetto di vincolo è sopravvissuto sotto una nuova prospettiva²⁹⁸.

L'intimo legame tra diritto alla prestazione e dovere di prestazione evidenziava ancora una volta l'elemento del vincolo, ossia dell'aspetto personale del rapporto obbligatorio.

Nel rapporto obbligatorio tra due soggetti spesso si pone maggiore attenzione sul profilo passivo. Dei due elementi, quello attivo (il diritto del creditore) e quello passivo (il dovere del debitore), la definizione tradizionale evidenzia precipuamente il secondo: quello che risalta è il dovere del debitore. Anche positivamente, l'art. 1218 cod. civ. accentua l'aspetto del dovere, prevedendo le conseguenze in caso di inadempimento²⁹⁹. L'oggetto dell'obbligazione è il comportamento del debitore e non il bene dovuto.

Diverso è l'approccio nel codice civile tedesco, ove il § 241 BGB stabilisce che il creditore è autorizzato a pretendere dal debitore la prestazione³⁰⁰.

²⁹⁸ BARASSI, *op. cit.*, pag. 38.

²⁹⁹ BARASSI, *op. cit.*, pag. 8; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine cit.*, pagg. 71 e 81.

³⁰⁰ Precisamente, il § 241 BGB afferma *Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.*

Nella teoria tradizionale c.d. soggettiva o personale dell'obbligazione, ponendo l'accento sul "dovere di prestazione" da parte del debitore, viene esaltato l'elemento personale³⁰¹.

Oggetto del diritto del creditore è il comportamento al quale il debitore è astretto.

Si evidenzia che oggetto dell'obbligazione è la prestazione, che consiste nella condotta del debitore, la quale, a sua volta ha un certo oggetto (una cosa determinata, una cosa generica, un *opus*, un'astensione, etc.), argomentando dall'art. 1256 comma 2 e 1316 cod. civ. che definisce indivisibile l'obbligazione "quando la prestazione ha per oggetto una cosa o un fatto che non è suscettibile di divisione".

D'altra parte, spesso accade che si attribuisce comunemente all'obbligazione una qualità che è propria non dell'obbligazione, ma della prestazione (è il caso delle obbligazioni divisibili ed indivisibili o di quelle alternative, ove l'alternatività riguarda la prestazione e non l'obbligazione che è unica)³⁰².

In caso di inadempimento, venuta meno l'esecuzione personale sul debitore, il creditore può soddisfarsi sul patrimonio del debitore, tramite gli strumenti concessi dall'ordinamento: gli interessi del creditore e del debitore possono convergere (vi è adempimento e realizzazione dell'interesse del creditore) oppure divergere (ad esempio in caso di inadempimento), nel qual caso la realizzazione dell'interesse del creditore è comunque garantito dall'ordinamento giudicio tramite l'esecuzione forzata. La pretesa del creditore è strettamente collegata all'obbligo del debitore, dunque si tratta di due momenti inscindibili³⁰³.

In tal modo, però, sembra che l'*actio* rimanga al di fuori dell'obbligazione, poiché, a stretto rigore, il creditore può conseguire il proprio diritto solo tramite la prestazione.

Infatti, evidenziando un passaggio molto vicino alle teorie processualiste che vedremo (*infra* § 4.3), se debito e responsabilità vengono considerati due elementi del medesimo rapporto, la responsabilità nella forma dell'esecuzione forzata viene considerata come mezzo processuale per giungere al patrimonio. L'azione, in sé

³⁰¹ BARASSI, *op. cit.*, pagg. 45 e ss.; RESCIGNO, *op. cit.*, pagg. 184-185.

³⁰² RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 184-185, che continua osservando che si può verificare il caso inverso, ossia il caso di pluralità di obbligazioni incidenti su un'unica prestazione. È l'ipotesi della solidarietà passiva (ove più debitore sono obbligati tutti per la medesima prestazione, art. 1292 cod. civ.) o attiva (ove ciascun con-creditore può chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione, art. 1292 cod. civ.)

³⁰³ MOSCATI, *op. cit.*, pagg. 13-14; TRABUCCHI, *Istituzioni cit.*, pag. 642.

considerata e formalmente, appartiene al diritto pubblico processuale, intesa come pretesa verso lo Stato; considerata, invece, come astratta possibilità e come risultato, appartiene al diritto sostanziale. Così l'esecuzione forzata, non essendo adempimento (che presuppone la prestazione) si risolve in una sanzione, meglio nel risarcimento del danno di cui all'art. 1218 codice civile³⁰⁴. La differenziazione rispetto alle teorie processualiste si rinviene nella distinzione tra pretesa in sé e possibilità di questa pretesa, la quale appartiene, appunto, al diritto sostanziale.

Inoltre, desta perplessità l'affermazione che oggetto di un diritto possa essere un comportamento altrui.

4.2. La teoria c.d. patrimoniale dell'obbligazione.

Le teorie c.d. patrimoniali valorizzano il rapporto del diritto del creditore col bene dovuto, così ridimensionando il ruolo del comportamento del debitore.

Punto comune sia delle teorie personali sia delle teorie patrimoniali è la ricostruzione dell'obbligazione sullo schema del diritto reale (tracciato da Savigny, *supra* § 4), nel senso di un diritto che ha per oggetto un bene o, comunque, un risultato patrimoniale. Per le teorie patrimoniali oggetto dell'obbligazione è il bene dovuto, mentre per le teorie personali era il comportamento dovuto (come visto nel paragrafo precedente), ma per entrambe le impostazioni la matrice comune è rappresentata dall'idea di signoria (ora sulla persona, ora sul patrimonio) modellata dal diritto di proprietà.

Argomenti di valorizzazione della concezione patrimoniale sono l'adempimento del terzo (art. 1180 cod. civ.), la prestazione in luogo di adempimento (*datio in solutum*) e l'esecuzione coattiva: tali fenomeni dimostrano che il creditore può realizzare il proprio diritto, anche senza il comportamento del debitore³⁰⁵. Nel

³⁰⁴ BARASSI, *op. cit.*, pagg. 66-68.

³⁰⁵ PUGLIATTI S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pagg. 10-12 e 19-20; MOSCATI, *op. cit.*, pagg. 12-14, 17-18 e 28-32; RUBINO D., La responsabilità patrimoniale. Il pegno, in Trattato di diritto civile, diretto da F. Vassalli, XIV – 1, Torino, 1956, pag.8, secondo il quale la responsabilità non importa più per il debitore un dovere di comportamento, ma implica semplicemente una soggezione, potenziale fino all'inadempimento. Dal punto di vista del creditore si parla di un diritto di costui verso i beni del debitore.

primo caso, infatti, viene meno la correlazione tra pretesa ed obbligo, con liberazione del debitore pur senza che questi abbia adempiuto la propria prestazione; la pretesa è realizzata, ma attraverso il comportamento di un terzo soggetto, diverso dal debitore. La cosa inversa accade nel caso di pagamento al creditore apparente, ove l'obbligo viene meno, pur rimanendo la pretesa insoddisfatta.

Il presupposto di tali teorie è che l'obbligazione sia un vincolo giuridico, come tale non suscettibile di adempimento: il vincolo può solo costituirsi o sciogliersi. L'esecuzione forzata o quella volontaria sono cause di estinzione dell'obbligazione³⁰⁶. Il processo (o l'adempimento) attua il diritto sostanziale, perché quando il creditore ottiene il conseguimento della utilità pattuita, il rapporto giuridico si estingue. Adempimento o esecuzione forzata sono solo i mezzi (atto dovuto o provvedimento giudiziale culmine di un processo) per raggiungere il medesimo scopo, ossia l'estinzione dell'obbligazione³⁰⁷.

L'obbligazione non è aspettativa di prestazione, ma aspettativa di soddisfazione (cioè di garanzia sul patrimonio del debitore). Non vi è ancora astrazione dell'*actio*, poiché la possibilità di esecuzione forzata proviene sempre dalla struttura dell'obbligazione, che, appunto, non si esaurisce nel debito e nella aspettativa di prestazione, ma è aspettativa di soddisfazione, in quanto preconstituita all'inadempimento, dunque responsabilità. Non a caso l'art. 2740 cod. civ. sancisce che il debitore risponde dell'adempimento (e non dell'inadempimento), dunque la responsabilità è preconstituita all'inadempimento³⁰⁸.

L'obbligazione è “quel rapporto giuridico patrimoniale fra due persone, in forza del quale l'una (il debitore) è responsabile di fronte all'altra (il creditore) del verificarsi di un evento determinato che, di regola, è a lei dovuto (prestazione)”. Poiché si tratta di responsabilità per un debito proprio, l'evento di cui l'obbligato risponde si trova, di regola, nel suo stesso potere e dovere. Pertanto, “questa prestazione che il creditore attende forma quello che oggi siamo abituati a considerare come l'oggetto o, con riguardo all'interesse, il contenuto dell'obbligazione. Il bene che l'obbligato rischia di perdere e che rappresenta il valore economico-sociale forma

³⁰⁶ PUGLIATTI, *Esecuzione cit.*, pagg. 8-12 e ss.].

³⁰⁷ PUGLIATTI, *Esecuzione cit.*, pagg. 13-15.

³⁰⁸ BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 11, 22-24, 40-43, 126-128 e, in fine, 152.

l'oggetto della responsabilità dell'obbligazione: oggetto ultimo dell'azione di condanna, oggetto immediato dell'esecuzione forzata"³⁰⁹.

L'evoluzione dei mezzi di esecuzione ha comportato che l'obbligazione/responsabilità investe la persona dell'obbligato in quanto titolare di un patrimonio. Il merito di tale evoluzione consiste "nell'aver obiettivato la prestazione, nell'averla *distaccata dalla persona* del debitore conferendole un valore a sé stante: nell'averne considerato l'adempimento, nei limiti del possibile, quale atto impersonale che non ha necessariamente bisogno del concorso del debitore e può aver luogo prescindendo dalla sua cooperazione"³¹⁰.

Invero, come vedremo nel paragrafo successivo, il passo verso le teorie processualiste è assai breve, ma, in realtà e salve le tesi più estreme, la stessa teoria processualista non è altro che una specie di quella patrimoniale, nella parte in cui, ricostruendo l'obbligazione sotto il punto di vista dell'azione, dunque del processo, si avverte che il baricentro si è spostato non tanto dalla persona del debitore al suo patrimonio, quanto dal creditore allo Stato, il quale solo detiene il potere coercitivo. Il punto comune è proprio che a fronte del dovere sta solo un'aspettativa di prestazione, promanante da un agire libero ed incoercibile. La responsabilità persegue l'aspettativa di soddisfazione, ma non è ancora potere processuale³¹¹.

La pretesa è un potere concreto ed attuale di conseguire (e non di richiedere meramente) dal debitore una determinata prestazione immediatamente eseguibile (se non lo fosse oppure nel caso di obbligazioni negative, la pretesa è solo potenziale ed eventuale). Essa si indirizza alla volontà dell'obbligato e conta sull'adempimento spontaneo. Da qua la differenza tra la pretesa e la facoltà unilaterale di agire o potere giuridico, allorquando l'aspettativa vada disattesa³¹².

Se la pretesa (potere giuridico primario) resta insoddisfatta, insorge un potere (secondario, eventuale e sussidiario) di azione. L'azione è un potere processuale

³⁰⁹ BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 60-61.

³¹⁰ BETTI, *Teoria cit.*, pag. 127, 138-145, 152-157.

³¹¹ BETTI E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006, *passim*.

³¹² BETTI, *Il concetto cit.*, pagg. 19 e ss. e 24.

autonomo e distinto dal potere/pretesa del diritto sostanziale. Infatti, all'azione corrisponde una soggezione giuridica del legittimato passivo³¹³.

D'altra parte, l'azione non è un diritto astratto, avulso dalla situazione di diritto sostanziale sottostante, preesistente e giustificante i requisiti processuali dell'azione (interesse ad agire e legittimazione ad agire)³¹⁴.

Questa responsabilità, comunque, appartiene sempre al diritto sostanziale, poiché la pretesa derivante dal diritto soggettivo patrimoniale si compone di due elementi costituenti le due facce della stessa medaglia: da una parte, la pretesa primaria o aspettativa di realizzazione volontaria, dall'altra il potere di agire per realizzare l'aspettativa eventuale e sussidiaria di realizzazione forzata, prescindendo dalla volontà del debitore³¹⁵.

Per completezza, occorre dare atto di un'ulteriore impostazione, che ha concepito il diritto di garanzia del creditore come diritto reale di pegno sull'intero patrimonio del debitore, considerato come *universitas*.

Questa ricostruzione è stata sottoposta critica. Si conviene che la garanzia del credito finisce per risolversi in definitiva nel diritto di realizzare almeno il valore pecuniario della cosa dovuta. Da qui, però, a configurarla come diritto di pegno si frappongono numerose considerazioni: innanzitutto l'esecuzione forzata è speciale, ossia colpisce beni determinati del debitore e non ha, se fosse un diritto specifico di garanzia, forza di esclusione o di prelazione, in concorrenza con altri creditori; in secondo luogo, non si riscontra il vincolo reale tipico del pegno, ossia il fatto di togliere la libera disponibilità del bene al debitore; al più, in vincolo di indisponibilità si crea col pignoramento, di talché, al massimo il diritto che il creditore può far valere non è un diritto di pegno, ma un diritto a pignorare³¹⁶.

Proprio questa visione è stata avversata dalle teorie personali, sopra viste.

Tale concezione sembra essere aderente alla realtà, soprattutto con riferimento alle obbligazioni di consegna di un bene determinato esistente nel patrimonio del debitore o di pagamento di una somma di denaro (obbligazioni conseguibile attraverso l'esecuzione forzata, ove il debitore non provveda) o, comunque, con riferimento ad

³¹³ BETTI, *Il concetto cit.*, pagg. 25-26: mentre la pretesa conta sulla volontà del debitore, l'azione prescinde da tale volontà (pag. 29).

³¹⁴ BETTI, *Il concetto cit.*, pagg. 31 e ss.].

³¹⁵ BETTI, *Il concetto cit.*, *passim* e pag. 58.

³¹⁶ BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 145-152; BIANCA, *La garanzia cit.*, pag. 5; MIRAGLIA, *op. cit.*, pagg.4-5.

obbligazioni di fornire beni o attività fungibili, tuttavia tale concezione finisce per concepire il rapporto obbligatorio come relazione tra patrimoni e non tra soggetti³¹⁷.

Vedremo nel prosieguo (*infra* § 6) come l'elemento della cooperazione e del dovere non può essere annullato, come implicato dalle teorie patrimoniali, poiché lo schema essenziale e normativo del rapporto obbligatorio è costruito non sulla possibilità di trarre immediata utilità dal patrimonio del debitore, ma proprio dalla cooperazione, almeno in prima battuta e salvo l'inadempimento³¹⁸. Infatti molte sono le norme che attribuiscono al creditore una posizione di utilità, prima dell'esecuzione forzata (*infra* § 5).

D'altra parte, l'adempimento del terzo e l'esecuzione specifica non implicano che l'oggetto dell'obbligazione sia il bene dovuto, ma che è prevista la possibilità, eventuale ed eccezionale, che fatti e vicende possano incidere su una delle due posizioni del rapporto obbligatorio (mediante la soddisfazione dell'interesse creditorio, pur in mancanza del comportamento del debitore), fino ad essere estranei al tema dell'oggetto dell'obbligazione³¹⁹.

4.3. La teoria processualista.

La teoria processualista presenta, invero, una stretta affinità con la teoria patrimoniale, in quanto insistono entrambe sul momento dell'attuazione delle responsabilità patrimoniale tramite le procedure esecutive³²⁰. Di questo se ne è già dato conto nel paragrafo precedente.

Il diritto del creditore non è un diritto su un bene (come nei diritti reali), ma assicura il conseguimento di un bene da parte dell'obbligato, dunque a carico del suo patrimonio, mediante il suo patrimonio. Oggetto del diritto del creditore non è il

³¹⁷ RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 181.

³¹⁸ RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 182; Di MAJO, *Delle obbligazioni cit.*, pag. 101.

³¹⁹ RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 182-184.

³²⁰ Di MAJO, voce *Obbligazione cit.*, pag. 9.

patrimonio del debitore (il creditore avrà diritto, ad esempio, a ricevere 100), che è ciò su cui l'azione del creditore si esercita, ossia è l'oggetto dell'espropriazione³²¹.

Si critica la teoria tradizionale, secondo la quale la responsabilità patrimoniale costituisce un elemento distinto dal debito dell'obbligato, così come il diritto alla prestazione è elemento distinto dal diritto corrispondente alla relativa responsabilità, dissociando così l'obbligazione in un elemento personale (rapporto creditore-debitore) e in uno di natura reale, nel senso di rapporto diretto tra creditore e patrimonio del debitore (responsabilità).

Si ritiene che tale concezione si fondi su un erroneo presupposto: il diritto del creditore non ha per oggetto la prestazione, ma il bene dovuto, meglio il diritto di conseguire il bene dovuto a mezzo della prestazione del debitore³²².

Da qui si è argomentato che il diritto del creditore sul patrimonio del debitore è, in realtà, il diritto a conseguire forzatamente il bene dovuto nell'ipotesi che il debitore non adempia, cioè la sua azione esecutiva. Del pari, la responsabilità patrimoniale non è altro che la soggezione dei beni all'esecuzione, considerata come una *sanzione* per il mancato adempimento³²³. Il criterio sistematico seguito dal nuovo legislatore dimostra che la concezione prevalsa è appunto quella della scissione fra l'obbligo e la responsabilità, ma non nel senso che si tratti di due elementi della medesima entità, bensì nell'altro che la responsabilità del debitore e il correlativo potere del creditore di agire sui beni del primo per la realizzazione del suo diritto configurano una situazione giuridica autonoma, se pure strumentale rispetto al rapporto obbligatorio³²⁴.

³²¹ SATTA S., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. XV, t. I, III ed., Torino, 1954, pag. 33, il quale prosegue evidenziando che "l'oggetto dell'espropriazione è indicato nell'art. 2910 ("il creditore per conseguire quanto gli è dovuto può far espropriare i beni del debitore"), che è complementare all'art. 2740, che ne costituisce il presupposto. Tali articoli delineano il processo che va dal sorgere dell'obbligazione al soddisfacimento".

³²² SATTA, *op. cit.*, pag. 34.

³²³ NICOLÒ R. *Della responsabilità patrimoniale, sub art. 2740*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Libro VI, *La tutela dei diritti*, art. 2740-2899, Bologna-Roma, 1954, pagg. 2-3.

³²⁴ NICOLÒ, *Della responsabilità cit.*, pag. 3, secondo il quale, infatti, il libro IV regola l'obbligazione, il libro VI la responsabilità patrimoniale, la quale è configurata come un mezzo di tutela del diritto del creditore, ossia come uno strumento di realizzazione coattiva di tale diritto, che appunto perciò non è un elemento intrinseco del rapporto obbligatorio, ma un momento estrinseco. Ancora più semplicemente la responsabilità del debitore è considerata dal punto di vista funzionale come una delle *sanzioni* dell'inadempimento dell'obbligo. Tale concezione della responsabilità come sanzione, almeno dal punto di vista pubblicistico, è criticata da SATTA, *op. cit.*, pagg. 33 e ss.

Nell'ambito della medesima corrente di pensiero, d'altra parte, si è sottolineato che, così, vengono dissociati due elementi che sono coesenziali e quindi indissociabili. È esatto affermare che il diritto del creditore non è un diritto alla prestazione, ma alla cosa dovuta (i.e. è l'aspettativa di un bene da parte del debitore). Ma questa aspettativa è un diritto, in quanto il creditore può conseguire (forzatamente) il bene mediante l'esecuzione forzata³²⁵.

Il debitore è assoggettabile ad esecuzione in quanto responsabile. Senza questa responsabilità non si ha diritto, perché non si ha obbligazione; perciò la responsabilità è immanente l'obbligazione, le dà giuridicità³²⁶.

Alla responsabilità non corrisponde alcun diritto particolare del creditore (diritto sui beni), perché essa esprime la strumentalità del patrimonio del debitore rispetto al conseguimento del bene. Corrisponde l'azione intesa come giuridica possibilità per il creditore di conseguire il bene mediante il patrimonio del debitore: ma questa non è dissociabile dal diritto (anzi, è proprio ciò per cui il diritto del creditore è diritto) e del diritto esprime la strumentalità rispetto al bene che si vuole conseguire.

Ciò che non è coevo è il potere di far espropriare i beni del debitore per conseguire il dovuto a' sensi dell'art. 2910, vale a dire l'azione esecutiva, tanto più che questa sorge formalmente quando vi sia un titolo esecutivo. D'altra parte, il creditore avrà il diritto di far espropriare i beni del debitore non per il solo fatto di essere tale (creditore), ma solo in quanto l'aspettativa di conseguire il bene mediante la prestazione è andata delusa (inadempimento)³²⁷.

Pertanto, l'azione è un aspetto, quello processuale, della essenziale strumentalità dell'obbligazione. L'esecuzione forzata è un mezzo di tutela del diritto, dunque non è una tutela esecutiva proveniente dall'esterno, ma è intrinseca al diritto³²⁸.

Presupposto di tali argomentazioni risiede nel rilevare che la sentenza, che accerta l'obbligo, è solo condizione dell'esecuzione. L'esecuzione è un momento della vita dell'obbligazione, né più né meno dell'adempimento. La differenza tra esecuzione forzata ed adempimento non sta nei sostantivi, ma nell'aggettivo della prima. Questo

³²⁵ SATTA, *op. cit.*, pagg. 34-35.

³²⁶ SATTA, *op. cit.*, pag. 35.

³²⁷ Così SATTA, *op. cit.*, pag. 35.

³²⁸ SATTA, *op. cit.*, pag. 36, il quale osserva anche che, d'altra parte, il conseguimento del bene dipende dalla ricorrenza di molteplici altre condizioni (capienza del patrimonio, concorso di altri creditori, esito fruttuoso della vendita forzata ...), che non riguardano l'azione.

perché il diritto del creditore è meramente strumentale, ossia privo di diretta relazione col bene del debitore, il quale deve essere “espropriato”. L’obbligazione è una situazione strumentale e non finale (come, invece, per i diritti reali)³²⁹.

Si deve chiarire che tutto ciò non significa affatto affermare che la responsabilità e l’art. 2740 cod. civ. appartengano al diritto processuale, in quanto già l’attribuzione del diritto al creditore è norma sostanziale, corroborata dall’attribuzione di altri poteri (per tutti i mezzi di conservazione della garanzia, artt. 2900 e ss. cod. civ.)³³⁰.

Così, la formulazione dell’art. 2740 cod. civ. (“il debitore risponde dell’adempimento ...” non è imprecisa (rispondere dell’inadempimento), perché dimostra che nella concezione del legislatore si appresta un surrogato della prestazione, che abbia per il creditore la medesima efficacia funzionale di questa, ossia sia idoneo a realizzare, altrettanto compiutamente dell’adempimento, il diritto di credito. Tale surrogato della prestazione è appunto la responsabilità patrimoniale del debitore, la quale è al tempo stesso sanzione per l’inadempimento dell’obbligo e mezzo di realizzazione del diritto del creditore³³¹.

Il soddisfacimento delle ragioni del creditore, se non realizzate spontaneamente dal debitore, può attuarsi solo attraverso la procedura esecutiva e gli organi giudiziari. L’interesse protetto del creditore diventa un diritto solo in tanto e in quanto a costui è attribuito il potere di attivare le sanzioni previste dalla legge. Tale potere, di conseguenza, ha una rilevanza meramente processuale, poiché si rivolge non tanto direttamente nei confronti del debitore, ma nei confronti degli organi giudiziari, tenuti verso il creditore a compiere determinati atti, nei quali l’esecuzione consiste. Non esiste, dunque, una situazione giuridica sostanziale intermedia tra il diritto garantito e l’azione esecutiva, poiché tale situazione ha contenuto già processuale, si riconduce all’azione esecutiva stessa.

³²⁹ SATTA, *op. cit.*, pag. 16; NICOLÒ, *Della responsabilità cit.*, pag. 3.

³³⁰ NICOLÒ, *Della responsabilità cit.*, pag. 4: l’art. 2740, allo scopo di assicurare la realizzazione del diritto del creditore e di porre una sanzione a carico dell’obligato inadempiente, crea lo strumento (processuale) idoneo ne attribuisce la disponibilità al creditore, non è essa stessa una norma strumentale, ma contiene un precetto materiale. L’importanza della norma, poi, sta nella determinazione generica dell’oggetto dell’azione esecutiva del creditore. La norma che considera oggetto potenziale della responsabilità e quindi dell’azione esecutiva tutti i beni del debitore è certamente una norma di diritto materiale, perché determina la sfera in cui può operare lo strumento processuale e stabilisce quali diritti sostanziali del debitore possono essere sacrificati per realizzare, attraverso l’azione esecutiva, il diritto sostanziale del creditore.

³³¹ NICOLÒ, *Della responsabilità cit.*, pag. 5.

In questo senso, è fuorviante individuare concetti come quelli di diritto di garanzia oppure di sanzione o di aggressione, poiché la garanzia opera nel campo meramente processuale.

Contro tale tesi, si sono formulate molte osservazioni³³².

In primo luogo, si è rifiutata la premessa sistematica, riaffermando la validità dei concetti tradizionali di debito e responsabilità e dunque tentando di ricondurre ad unità il concetto di obbligazione, frantumato dalla pandettistica. Sono le teorie sopra viste, che valorizzano uno o entrambi gli elementi del debito e della responsabilità. In effetti, è condivisibile l'osservazione che la responsabilità patrimoniale rappresenta un *prius* rispetto all'esecuzione forzata, la quale la presuppone ed è solo il mezzo per realizzarla. Detto altrimenti, anche ammettendo tale concezione di responsabilità, nel diritto materiale rimarrebbe il dovere di adempimento, quale equivalente della responsabilità ossia quale dovere primario, di cui l'assoggettamento ad azione esecutiva sarebbe un momento derivato.

In secondo luogo, la garanzia del credito (per tutti, i mezzi di conservazione della garanzia del credito), ossia la "sicurezza" di uno specifico interesse degno di tutela, costituisce la situazione giuridica sostanziale e ne fa già parte, prima ed indipendentemente dalla fase esecutiva.

In terzo luogo, la natura sostanziale della garanzia è confermata proprio dalla previsione di molti strumenti e poteri attivabili dal creditore, prima ed indipendentemente dall'attivazione della procedura esecutiva³³³. Gli obblighi accessori di conservazione della garanzia non sono collegabili ad una situazione processuale, proprio perché questa manca, rilevando tali obblighi nella fase pre-esecutiva.

In quarto luogo, si è osservato che è un non-senso sostenere che il contenuto di un diritto sarebbe un obbligo³³⁴.

A livello pan-processuale, si è anche evidenziato che il termine "responsabilità" è ambiguo e può portare ad equivoci. Bisogna distinguere la responsabilità patrimoniale (espressa dall'art. 2740 cod. civ.) dal concetto di

³³² BOERO P., *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1984, pagg. 19-21; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, *Diritto delle obbligazioni (parte generale)*, Milano, 1959, pag. 15; BARASSI, *op. cit.*, pagg. 66-72..

³³³ BOERO, *op. cit.*, pag. 20.

³³⁴ MENGONI, *L'oggetto cit.*, pag. 159.

“rispondenza” (*Haftung*), ovvero quello che il creditore può conseguire in cambio della *res deducta in obligatione* (ossia, si tratta del *quanti ea res est*). In campo obbligatorio il concetto di responsabilità non indica l’idea del rispondere (proprio della responsabilità da illecito), bensì il corrispondere. Rileva, quindi, questa corrispondenza tra la *res debita-credita* e il *quanti ea res est*³³⁵.

L’inadempimento all’obbligazione non è una trasgressione ad un comando, quindi non è un illecito. È, invece, in negativo l’attuazione di un potere (il potere di pagare), che opera su un piano diverso, spostando la meccanica obbligatoria dalla fase del credito a quella della rispondenza³³⁶.

4.3.2 La teoria di Carnelutti.

Un breve cenno merita la tesi del famoso Giurista, di recente riedita, riproponendo l’intreccio tra diritto sostanziale e processo³³⁷.

Tenendo a mente il parallelismo tra diritto reali e diritti obbligatori, questi richiamano un’identica nozione di oggetto, differenziandosi poi per l’elemento materiale che concretizza il rispettivo oggetto. Tuttavia, se si volesse portare alle estreme conseguenze il ragionamento, bisognerebbe ammettere che, in fine, anche l’oggetto del diritto reale non è direttamente la cosa, ma il comportamento negativo, al quale la generalità dei consociati è tenuta.

Sul versante dell’obbligazione, allora, viene in rilievo un obbligo di contenuto negativo in capo al debitore, così come sarebbe nel dovere negativo rispetto al diritto reale. La prestazione del debitore si risolve in un *patis*, ovvero nel sopportare che il creditore possa agire.

³³⁵ C. MAIORCA, voce *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pag. 1013; BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 28-32, che nelle pagine seguenti trasponde l’*Haftung* come sanzione o garanzia. La responsabilità viene definita come “quella particolare posizione di una persona che risulta dalla *destinazione giuridica* di un bene ad essa appartenente, *a servire di soddisfazione* ad un’altra persona per un evento da questa atteso o temuto: destinazione indipendente dalla volontà del titolare del bene e individualizzata così dal bene stesso come dall’evento” (pag. 36).

³³⁶ MAIORCA, *op. cit.*, pag. 1035.

³³⁷ CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006.

Dal punto vista eminentemente teorico, per superare l'*impasse* creata dalla frantumazione del concetto di obbligazione, non restava che declinare in negativo gli elementi del rapporto: il dovere del debitore non consiste nel dover prestare, ma nel tollerare (contegno negativo) che altri si soddisfi di ciò che gli compete; correlativamente, il diritto del creditore sarebbe un diritto a che il debitore subisca tale soddisfacimento.

Innanzitutto occorre tracciare la linea di confine per identificare la natura materiale o processuale di una norma: quest'ultima ha natura materiale se, accanto al potere, costituisca un obbligo o una soggezione. Ma ciò non basta. Ove tale obbligo vi sia, occorre che esso sia imposto alla parte. Nel caso in cui tale obbligo sia, invece, imposto ad un organo diverso dalle parti, allora si è varcato il confine del diritto materiale³³⁸.

Ex latere creditoris non vi è solo lo stato di fiducia (controaltare dell'obbligo del debitore), ma anche uno stato di libertà, poiché il creditore può attuare, solo se vuole, quelle sanzioni, "dalle quali soltanto deriva la sua fiducia e la corrispondente pressione sul debitore". L'interesse protetto del creditore diviene un diritto perché a costui spetta il potere di far promuovere le sanzioni della legge, se vuole.³³⁹

Tale teoria non ha trovato fortuna e seguito, probabilmente a ragione.

È stato osservato, infatti, che tale teoria "svaluta arbitrariamente il momento dell'obbligo, riducendolo a una figura di natura secondaria, mero riflesso del diritto di credito"³⁴⁰. L'adempimento spontaneo non avrebbe alcuna giustificazione, né psicologica, né giuridica, se non vi è il dover adempiere.

A monte, l'accostamento con i diritti reali può ingenerare confusione: la struttura stessa dell'obbligazione è funzionale all'interesse sottostante tutelato dal diritto del creditore, che mai è il godimento di una cosa, ma un interesse a questo strumentale, che potrebbe essere anche di natura non patrimoniale³⁴¹.

³³⁸ CARNELUTTI, *op. cit.*, pag. 217.

³³⁹ CARNELUTTI, *op. cit.*, pag. 252, che nelle pagine seguenti chiarisce la distinzione tra diritto e azione, due posizioni diverse in rapporto tra mezzo e fine.

³⁴⁰ MENGONI, *L'oggetto cit.*, pag. 161; MESSINEO, *Manuale vol. III cit.*, pag. 16, il quale aggiunge che valutare l'obbligazione col metro della fase patologica implicherebbe ridurre tutto il mondo giuridico all'applicazione di sanzioni, il che vale a dire ritenere tutto il diritto come diritto sanzionatorio.

³⁴¹ MENGONI, *L'oggetto cit.*, pagg. 161-162, il quale riporta l'esempio del pasticciere o del calzolaio: la loro prestazione come debitori non consiste nel tollerare che il creditore mangi la torta oppure indossi le scarpe ordinate, nel quale momento il rapporto obbligatorio è già esaurito e si sta esercitando un diritto reale.

Inoltre, poiché il *pacti* appartiene alla categoria del non-fare, la teoria di cui stiamo accennando contrasterebbe con gli istituti della *mora debendi* e della *mora credendi*, entrambi incompatibili con le obbligazioni negative (la mora del debitore almeno per espressa previsione di legge, art. 1222 cod. civ.)³⁴², per non considerare che senza l'attività del debitore non sarebbe concepibile l'obbligazione alternativa (art. 1286 cod. civ.), senza specificazione non sarebbe eseguibile l'obbligazione di genere, ed ancora la scelta del creditore rimessa al debitore in solido (art. 1296 cod. civ.), nonché la clausola risolutiva potestativa, presuppongono un'attività del debitore³⁴³.

Non sempre, poi, il contegno del debitore è un contegno negativo: sicuramente non è tale nelle obbligazioni di fare o di consegnare, dove solo il comportamento positivo del debitore può realizzare il contenuto primario dell'obbligazione, mentre il risarcimento del danno rappresenta un contenuto secondario dell'obbligazione, anzi il suo surrogato³⁴⁴.

5. Considerazioni conclusive. La teoria teleologica. La nozione di credito e il rapporto tra garanzia ed *actio*.

Oggi si tende a risolvere il problema, escludendo che la responsabilità sia strutturalmente una parte dell'obbligazione, pur non negando che sia un elemento intimamente collegato all'obbligazione³⁴⁵. La responsabilità non si può risolvere in un diritto all'azione esecutiva, né può inquadrarsi tra i diritti di garanzia in senso tecnico. Al contrario, la destinazione patrimoniale del debitore al soddisfacimento del diritto del creditore è una situazione sostanziale strettamente connessa a tale diritto, ovvero è il presupposto dell'azione esecutiva³⁴⁶.

³⁴² MENGONI, *L'oggetto cit.*, pag. 162.

³⁴³ MESSINEO, *Manuale vol. III cit.*, pag. 16.

³⁴⁴ MESSINEO, *Manuale vol. III cit.*, pagg. 15-16.

³⁴⁵ Si veda, ad esempio, MIRAGLIA, *Responsabilità cit.*, pagg. 1 e ss.; LAPERTOSA F., *La responsabilità del debitore (art. 2740 cod. civ.)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, 491.

³⁴⁶ LAPERTOSA, *op. cit.*, pagg. 499-500.

Siamo davvero sicuri che la responsabilità presidi solo dall'esterno il buon svolgimento dell'obbligazione e non, invece, la permei dall'interno in un complesso rapporti di diritti e doveri, normativamente previsti?

Da quanto abbiamo cercato di riassumere emerge il rischio di un'astrazione eccessiva del concetto di obbligazione, derivante dalla scomponimento dei suoi elementi, foriero di un'insanabile contrapposizione di fattori.

In concreto, poi, sia le teorie c.d. patrimoniali sia quelle c.d. personali muovono da una comune impostazione, quella tracciata da Savigny con l'affinità tra diritto reale e diritto obbligatorio.

Nelle teorie patrimoniali è evidente l'influenza del modello proprietario, configurando l'obbligazione come signoria e diritto avente ad oggetto un bene e, in ogni caso, un risultato patrimoniale.

Nelle teorie personali il percorso seguito non è molto diverso, nella misura in cui, ragionando sempre in termini di oggetto al quale deve commisurarsi il diritto del creditore, tengono fermo "un criterio ordinante che è proprio della proprietà e dei diritti reali³⁴⁷".

Per cercare di ricondurre ad unità tali elementi, è stata proposta una ricostruzione che non partisse dall'*oggetto*, ma avesse a riferimento il tipo in *funzione normativa*. Il metodo era quello dell'osservazione della realtà e la sua ricostruzione secondo i modelli normativi di componimento degli interessi.

Occorreva, dunque, partire non dal modello proprietario (che presuppone il bene-oggetto), bensì dalla concretezza del rapporto obbligatorio, attraverso il concetto di "scopo dell'obbligazione", bilanciando le posizioni attive e passive del rapporto medesimo, nel senso che l'obbligazione tende non solo all'atto del debitore in sé ("dovere"), ma anche al risultato che tale atto persegue. Al creditore interessa il conseguimento di tale risultato, di talchè il contenuto dell'obbligo del debitore non è lo scopo, ma esso stesso il mezzo per raggiungere lo scopo/risultato. L'elemento distintivo dell'obbligazione (rispetto agli altri diritti) è quello finalistico, ovvero lo scopo economico³⁴⁸.

³⁴⁷ Di MAJO, *Delle obbligazioni in generale cit.*, pag. 8.

³⁴⁸ MENGONI, *L'oggetto cit.*, pagg. 168-170, che continua la teoria dello scopo tracciata da HARTMANN G., *Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Deichert, Erlangen, 1875; DI MAJO, *Delle obbligazioni cit.*, pagg. 88-101.

Si abbandona, allora, il criterio ordinante del potere-dominio tipico del diritto reale su di un *quid* del mondo esteriore (sia esso su di un bene-cosa o su di un comportamento del debitore) comune alle teorie personali e patrimoniali, per individuarne un altro, ossia quello del mezzo diretto ad uno scopo: il mezzo è il dovere giuridicamente garantito, lo scopo è la soddisfazione dell'interesse del creditore.

In effetti, l'accostamento alla "signoria" tipica dello schema proprietario non è sovrapponibile alla "spettanza" della prestazione, poiché il creditore ha un diritto *sulla* prestazione e non un diritto *alla* prestazione (diversamente dalla posizione del proprietario)³⁴⁹.

L'oggetto del diritto di credito (scopo) non può essere il comportamento altrui, incorporando nel dovere il risultato da produrre, sol considerando che, così, si dovrebbe ammettere la responsabilità del debitore ogni qual volta il risultato non sia raggiunto, salva l'impossibilità liberatrice, con la precisazione che la colpa rilevante per la responsabilità contrattuale non è quella in senso tecnico, correlata all'idea di diligenza, ma di impossibilità della prestazione determinata da colpa, che, di converso, ha per riferimento il caso fortuito; fondamentale è la distinzione tra contenuto dell'obbligo ed oggetto del diritto³⁵⁰.

Si possono citare, altresì, i casi di pagamento al creditore apparente e l'offerta formale, seguita da deposito irrevocabile, ove il comportamento e il risultato non sono compenetrati, eppure il debitore non è responsabile.

³⁴⁹ Di MAJO, *op. ult. cit.*, pag. 81 nota 1.

³⁵⁰ MENGONI, *L'oggetto cit.*, pag. 172-173, il quale richiama l'art. 1220 cod. civ., resistendo all'obiezione che fonte della responsabilità del debitore non è la violazione del dovere in sé, ma la violazione qualificata dalla colpa e nell'ipotesi prevista dall'art. 1220 cod. civ. vi sarebbe esonero di responsabilità in quanto la mancata produzione del risultato non è imputabile al debitore. Osserva l'Autore che tale obiezione si fonda sulla equivoca concezione di responsabilità fondata sulla colpa, che, in realtà, ruota attorno al concetto di impossibilità dell'adempimento sopravvenuta per colpa del debitore: inadempimento e impossibilità della prestazione sono categorie diverse. Da qui la convinzione che la colpa rilevante in tali casi non è quella in senso tecnico, ma quella intesa come *casus* o caso fortuito. L'art. 1220 cod. civ. non è riconducibile alla categoria dell'impossibilità sopravvenuta, poiché presuppone la possibilità della prestazione. Se non si può applicare il principio dell'impossibilità sopravvenuta, la norma si spiega considerando che il debitore non risponde della mancata produzione del risultato, poiché difetta il presupposto oggettivo della responsabilità, ovvero la violazione dell'obbligo. La conclusione è che il risultato è mancato, nonostante il contenuto del dovere sia stato attuato. Il che vale a dire che, per tornare alla dimostrazione dell'assunto principale, che "il risultato da realizzare non è compreso, come tale, nella materia dell'obbligo". Di MAJO, voce *Obbligazione cit.*, pag. 10.

Ancora. A mente dell'art. 1180 cod. civ., si corrobora la necessità di mantenere distinto il comportamento dovuto dal bene dovuto: nel caso di adempimento del terzo, il bene dovuto è conseguito senza il comportamento del debitore.

Oggetto del diritto di credito è il risultato da realizzare, sia dal punto di vista economico, sia dal punto di vista giuridico.

Economicamente, lo si è già detto ed è nella realtà delle cose: si allacciano rapporti obbligatori per conseguire un fine/risultato.

Giuridicamente, questo è dimostrato dall'istituto della *mora credendi*, poiché il risultato è un momento essenziale dell'adempimento e, quindi, un elemento sostanziale del rapporto obbligatorio e al conseguimento dello scopo è ordinato il contenuto dell'obbligo. Così anche l'istituto dell'impossibilità sopravvenuta, in quanto rileva l'impossibilità oggettiva, del risultato e non del comportamento dovuto come tale³⁵¹.

A questo punto occorre precisare che non si può concludere che l'interesse tutelato costituisca il contenuto del diritto di credito, sol pensando che l'interesse può avere anche natura non patrimoniale (mentre il rapporto obbligatorio è patrimoniale): l'interesse va a costituire, piuttosto, un elemento della fattispecie obbligatoria, poiché lo scopo in senso soggettivo (il fine dell'interesse) diventa la funzione giuridicamente essenziale del comportamento dovuto dal debitore e diventa oggettivo, ovvero l'oggetto del diritto corrispondente al dovere³⁵².

L'ulteriore passaggio consiste nel sostituire il concetto di fine con quello di bene: oggetto del diritto di credito è il bene, che il comportamento dovuto tende a realizzare.

Qui torniamo alla similitudine con i diritti reali, che però è apparente: il bene oggetto dell'obbligazione non è quello di cui all'art. 810 cod. civ., ponendo a mente che nel rapporto obbligatorio può venire in considerazione anche un servizio e non solo un bene. Così, oggetto del diritto di credito può essere non la *res in sé*, ma il risultato che porta alla *res* (ad esempio, nell'obbligo di far conseguire la proprietà di un certo bene, oggetto del diritto di credito non è la cosa, ma il risultato)³⁵³.

³⁵¹ MENGONI, *L'oggetto cit.*, pagg. 176-177.

³⁵² MENGONI, *L'oggetto cit.*, pag. 177.

³⁵³ MENGONI, *L'oggetto cit.*, pag. 178.

Ciò significa che l'obbligazione dà veste formale (giuridica) ad un rapporto empirico-economico. È chiaro che un rapporto obbligatorio (*mezzo*) viene allacciato, in tanto e in quanto si voglia perseguire uno *scopo*. Tale scopo, in sé e giuridicamente, sarebbe estraneo all'obbligazione.

Nel momento in cui nasce il vincolo giuridico, i due termini (mezzo e scopo) “si sostanziano giuridicamente” nell'obbligo e nel diritto correlativo, entrambi elementi funzionali, complementari ed essenziali del rapporto obbligatorio. Entrambi appartengono all'essenza dell'obbligazione.

Il percorso logico, dunque, abbandona il criterio dell'*oggetto* dell'obbligazione, che ha portato a numerose contraddizioni, per spostare il campo d'indagine sul rapporto funzionale *mezzo-scopo*: individuati gli elementi funzionali alla ricostruzione tipologica dell'obbligazione, la sostanza (normativa) dell'obbligazione viene rielaborata, intendendola come complesso di garanzie attribuite al creditore in relazione alla soddisfazione del suo interesse. “È questa una concezione più realistica che guarda al concreto atteggiarsi delle *regulae iuris*, pur commisurate a quelli che si sono definiti gli elementi tipologici dell'obbligazione”³⁵⁴.

Da qui possiamo ritenere che la distinzione tra debito e responsabilità è importante, poiché coglie un innegabile momento della struttura dell'obbligazione, come *bilanciamento* tra l'aspettativa del creditore di un risultato e la soggezione del debitore (col suo patrimonio), due elementi essenzialmente connessi e dipendenti l'uno all'altro³⁵⁵.

D'altra parte, accanto al binomio debito–responsabilità, vi è il rapporto *obligatio* e *actio*, che esprime il modo attraverso il quale viene tutelato l'interesse del creditore al risultato, in caso di mancato spontaneo adempimento. Si badi, il risultato, come detto, costituisce un momento essenziale dell'obbligazione, altra cosa è l'*actio*, ossia il mezzo giuridico col quale si attua la responsabilità coordinata a quella che, dal punto di vista empirico, è l'aspettativa del creditore³⁵⁶. In questo senso possiamo

³⁵⁴ Di MAJO, voce *Obbligazione cit.*, pag. 10.

³⁵⁵ TALAMANCA, *op. cit.*, pagg. 20-21; ASTUTI, *op. cit.*, pag. 88; RUBINO, *op. cit.*, pag. 8, anche se avverte di non sopravvalutare la distinzione, limitandone la rilevanza all'esattezza descrittiva.

³⁵⁶ TALAMANCA, *op. cit.*, pag. 21, il quale osserva che con l'evoluzione dei mezzi di esecuzione patrimoniale, la responsabilità del debitore è andata tendenzialmente a coincidere con l'interesse economico del creditore, poiché garantisce a costui la soddisfazione dell'interesse stesso, in forma specifica o almeno nel suo equivalente. Osserva, infatti, ASTUTI, *op. cit.*, pag. 88, che nel diritto antico la prestazione era conseguibile solo attraverso l'adempimento del debitore, in difetto del quale scatta una responsabilità (personale) atta a risarcire il creditore, ma non correlativa rivolta alla soddisfazione. Di

condividere l'affermazione che la responsabilità patrimoniale (art. 2740 cod. civ.) presidia dall'esterno il buon funzionamento del rapporto obbligatorio, assicurandone comunque il risultato tramite l'esecuzione forzata³⁵⁷. *Rectius*, parlando di responsabilità patrimoniale nella teoria generale dell'obbligazione si ha riguardo alla garanzia costituita dal patrimonio del debitore (art. 2740 cod. civ.) e non alle conseguenze dell'inadempimento³⁵⁸.

Il potere di promuovere l'esecuzione forzata è immanente la struttura stessa dell'obbligazione, la quale non si esaurisce nel debito e nell'aspettativa della prestazione ad esso correlata, ma è responsabilità e garanzia, ossia aspettativa di soddisfazione³⁵⁹.

Conferma di ciò si trae da una considerazione semplice: la ragione dell'azione di condanna e di esecuzione forzata non è autonoma, ma trae ragione da quell'aspettativa di soddisfazione, che costituisce l'obbligazione³⁶⁰.

Processualmente, siamo in presenza di una sentenza di accertamento (di un elemento di diritto sostanziale preesistente), in difetto del quale un atto di forza è destinato a configurare, come minimo, il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Se si preferisce, anche dal punto di vista sistematico la responsabilità *ex art.* 2740 cod. civ. è da intendere come *re-azione* all'inerzia o alla cattiva volontà del debitore. Ma questa (l'*actio*) è succedanea e presuppone una primaria responsabilità connaturata e coeva alla nascita dell'obbligazione.

Invero, il termine *Haftung* può essere tradotto nel senso di "responsabilità", ma a condizione di tenerne a mente la sfumatura, significativa, di "rispondenza" o di "rischio di un male"³⁶¹. Non è la mera responsabilità patrimoniale, ma indica un

conseguenza l'obbligazione non aveva come oggetto immediato la prestazione, ma la garanzia risarcitoria in caso di inadempimento. Solo con l'evoluzione del diritto, il vincolo di responsabilità viene assunto personalmente e direttamente dal debitore attraverso l'esecuzione coattiva sui beni del debitore. RUBINO, *op. cit.*, pag. 10; BIANCA C.M., *Diritto civile, 7, Le garanzie reale, la prescrizione*, Milano, 2012, pag. 5.

³⁵⁷ ROPPO E., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pag. 1043.

³⁵⁸ RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1979, pag. 136.

³⁵⁹ BETTI, *Teoria cit.*, pag. 22-24.

³⁶⁰ BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 24-27; Id., *Il concetto cit.*, pagg. 50-53.

³⁶¹ MAIORCA, *op. cit.*, pag. 1013; ORLANDI M., *La responsabilità solidale, Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993 pagg. 180 e ss.; BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 28-32, che nelle pagine

elemento congenito (e non succedaneo) e coesenziale dell'obbligazione. Basti pensare ai poteri che il creditore ha per tutelarsi, che operano ben prima di un eventuale processo esecutivo e che hanno conseguenze negative per il debitore (acclarando così l'importanza della "rispondenza", che non deve essere ridotta mera "responsabilità patrimoniale").

Si è osservato, infatti, che nella teoria dell'obbligazione la nozione di *diritto di credito* è fondamentale, poiché ne sottolinea l'aspetto della pretesa verso il debitore, con questo spezzando il confronto con la signoria di tipo proprietario³⁶².

Tale diritto non può essere reso inconsistente, assumendo che il creditore non avrebbe alcun potere sulla persona del debitore o sul suo patrimonio. Al contrario, dal diritto di credito discende per il creditore una serie di utilità, di benefici e di garanzie. In generale il creditore gode di una situazione di vantaggio.

Il diritto di credito è un diritto soggettivo, che attribuisce al suo titolare il diritto di chiedere l'adempimento della prestazione (tramite l'istituto della messa in mora del debitore), a pretendere l'esatto adempimento (attraverso l'esecuzione coattiva o chiedendo i danni per il caso di inadempimento, senza considerare l'azione di adempimento prevista dall'art. 1453 cod. civ. in alternativa alla richiesta di risoluzione per inadempimento), piuttosto che cedere il credito (artt. 1260 e ss. cod. civ.) o pignorarlo (artt. 543 e ss. cod. proc. civ.)³⁶³, per non tacere dell'azione surrogatoria (art. 2900 cod. civ.), dell'azione revocatoria pauliana (artt. 2091 e ss. cod. civ.), e dello strumento del sequestro conservativo (artt. 2905 e ss. cod. civ.). Da non sottovalutare sono la decadenza dal beneficio del termine (art. 1186 cod. civ.), che attribuisce al creditore il potere di esigere immediatamente la prestazione, nonché il dovere di diligenza.

Non si deve, poi, dimenticare che l'esecuzione deve essere preceduta dall'atto di precetto (art. 480 cod. proc. civ.), ossia dall'intimazione del creditore di adempiere. Prescindiamo in questa sede dalla dibattuta questione se l'atto di precetto, almeno per

seguenti trasponde l'*Haftung* come sanzione o garanzia. La responsabilità viene definita come "quella particolare posizione di una persona che risulta dalla *destinazione giuridica* di un bene ad essa appartenente, *a servire di soddisfazione* ad un'altra persona per un evento da questa atteso o temuto: destinazione indipendente dalla volontà del titolare del bene e individualizzata così dal bene stesso come dall'evento" (pag. 36).

³⁶² Di MAJO, *Delle obbligazioni cit.*, pag. 81-83.

³⁶³ Di MAJO, voce *Obbligazione cit.*, pag. 3.

l'espropriazione forzata³⁶⁴, sia atto prodromico, preparatorio, pur necessario del processo esecutivo oppure ne faccia parte. Probabilmente occorre fare una distinzione e ritenere che il precetto rientri nel *procedimento*, ma non nel *processo* esecutivo.

Quel che interessa ai nostri fini è che il precetto è l'ultimo tentativo del creditore di ottenere la prestazione.

In questo sistema di "garanzie" rientrano non solo *doveri* (per tutti quello di diligenza, art. 1176 cod. civ.), ma anche la *soggezione* (rispondenza) del debitore col suo patrimonio per il caso di inadempimento. Questa coppia (dovere-responsabilità/rispondenza), espressa dalle diverse norme presenti nel nostro ordinamento finalizzate a soddisfare l'*interesse primario* creditorio, induce a ritenere ancora valida la distinzione tra debito e responsabilità nell'obbligazione³⁶⁵.

L'ordinamento non esclude che il creditore abbia diritto, innanzitutto, all'esatto adempimento della prestazione, diritto questo che precede o accompagna quello risarcitorio.

Con particolare riferimento all'esecuzione specifica, dunque, l'esecuzione (degli obblighi di fare) dimostra che l'esecuzione forzata in generale non può essere intesa come peculiare mezzo e forma di risarcimento del danno, come invece sostenuto dalle tesi processualiste³⁶⁶. Soprattutto l'esecuzione specifica non costituisce un rapporto sostanziale diverso da quello accertato nel titolo a favore del creditore (si badi che si tratta di un *accertamento* di un diritto sostanziale preesistente e non di un titolo costitutivo), il che si limita a soddisfare materialmente il diritto del creditore procedente³⁶⁷, secondo le regole e le forme imposte dall'ordinamento giuridico. Ma qui si opera su un livello diverso da quello sostanziale (contenuto dell'obbligazione), che ne è il presupposto.

³⁶⁴ In sé l'atto di precetto può apparire come un atto neutro, non essendo necessaria l'indicazione della forma espropriativa prescelta in caso di mancato pagamento. Questo carattere di neutralità non è presente nell'esecuzione in forma specifica, ove l'intimazione ad adempiere si accompagna necessariamente all'indicazione della corrispondente forma di esecuzione, poiché l'atto di precetto deve contenere, oltre alle indicazioni di cui all'art. 480 cod. proc. civ., anche la descrizione sommaria dei beni (art. 605 cod. proc. civ.).

³⁶⁵ Di MAJO, *Delle obbligazioni cit.*, pagg. 104-105.

³⁶⁶ MONTESANO L., voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, vol XV, 1966, pag. 524-525.

³⁶⁷ MONTESANO, *op. cit.*, pag. 543.

L'aspetto creditorio si dimostra parte essenziale del rapporto debito-credito, quale manifestazione della nozione di "appartenenza" e di "titolarità" del diritto soggettivo.

Che il diritto di credito sia una posizione soggettiva con tutti i caratteri della titolarità e dell'appartenenza è dimostrato anche dall'affermazione della tutelabilità aquiliana del credito³⁶⁸, in forza della quale il credito è tutelabile nei confronti di chi ne possa compromettere la realizzazione, determinandone l'estinzione oppure impendendone di fatto l'adempimento³⁶⁹.

In considerazione delle facoltà, poteri ed utilità attribuite dall'ordinamento al creditore e dello scopo dell'obbligazione, condividiamo l'opinione che la distinzione tra debito e responsabilità non possa essere sovrapposta, assimilata ed identificata nella distinzione tra diritto sostanziale e processuale, in quanto la responsabilità, in particolare, si dimostra elemento essenziale del rapporto. D'altra parte, gli stessi strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale sopra ricordati (artt. 2900 e ss. cod. civ.) impediscono di degradare la responsabilità a mera sanzione o al meccanismo risarcitorio. Al contrario, la responsabilità, quale elemento essenziale del rapporto obbligatorio, permette di distinguere la *tutela preventiva* da quella successiva dell'obbligazione: gli strumenti di conservazione della garanzia (nonché tutte le altre

³⁶⁸ Di MAJO, voce *Obbligazione cit.*, pag. 3, il quale osserva che si potrebbe obiettare che "l'opponibilità" del diritto di credito al terzo si fonda, non sulla sua appartenenza al creditore, ma sulla valutazione dell'ingiustizia del danno extracontrattuale, dunque avendo come criterio di riferimento una valutazione di tipo comparativo tra gli interessi del terzo e quello leso del creditore.

³⁶⁹ Come accennato nella nota precedente, l'evoluzione del concetto di ingiustizia del danno ha portato dagli anni '60 del secolo scorso, ad un riconoscimento più ampio delle posizioni giuridiche tutelabili. Celebre è il caso Meroni (Cass. sez. un., 26 gennaio 1971 n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 342). Fondamentalmente, la lesione del credito, rilevante giuridicamente, si riconduce ad almeno 4 gruppi:

- 1) il caso tradizionale del danno al creditore, cagionato dall'uccisione da parte di un terzo del debitore. A tale ipotesi si affianca quella della distruzione o deterioramento della cosa dedotta in obbligazione, nonché quella dell'impossibilità temporanea della prestazione per fatto del terzo.
- 2) il caso dell'illecito del terzo che arreca danno al datore di lavoro per la temporanea interruzione della prestazione del debitore-lavoratore, al quale il datore di lavoro continua a corrispondere lo stipendio.
- 3) il caso nel quale il terzo induce il debitore all'inadempimento o coopera al suo inadempimento (sono i casi di storno di dipendenti o all'acquisto abusivo di un bene promesso in vendita ad altri) oppure impedisce che gli strumenti di tutela del credito risarcitorio abbiano buon fine.

Per un'analisi più approfondita del tema, NAVARRETTA E., *Lesione del creditore da parte di terzi, lesione del possesso e altre vicende*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, pagg. 181 e ss.; Di MAJO, *Delle obbligazioni cit.*, pagg. 154-157; MOSCATI, *op. cit.*, pagg. 36-40.

utilitas riconosciute al creditore, appena sopra ricordate) attengono al momento preventivo della responsabilità e non certamente al debito³⁷⁰.

Tale considerazione conferma quanto detto poco sopra circa l'aspetto, vicino al nostro, del rapporto tra diritto ed *actio*. La responsabilità, quale co-elemento essenziale dell'obbligazione unitamente al debito, si riferisce anche alla tutela preventiva del credito. Altra cosa è il modo attraverso il quale viene realizzato l'interesse del creditore, in caso di mancato spontaneo adempimento da parte del debitore. Qui, come per gli altri diritti soggettivi, si entra nel campo della tutela successiva del diritto.

In questo senso, per concludere, occorre precisare che la responsabilità patrimoniale (art. 2740 cod. civ.) non si identifica con la responsabilità quale elemento strutturale dell'obbligazione, della quale costituisce espressione, ma non la esaurisce³⁷¹.

La responsabilità patrimoniale del debitore "è concepita come tecnica di tutela della posizione attiva del rapporto obbligatorio, in via diretta come mezzo di pressione psicologica sul debitore affinché esegua spontaneamente la prestazione in vista della sanzione, in via indiretta come strumento adatto ad assicurare al creditore il risarcimento del danno in via coattiva, sia attraverso le azioni preventive di conservazione della garanzia patrimoniale, sia mediante l'azione esecutiva di

³⁷⁰ RESCIGNO, *op cit.*, pag. 207; Di MAJO, voce *Obbligazione cit.*, pag. 3. L'Autore evidenzia, altresì, che alla coppia debito-responsabilità si collega anche la distinzione tra limitazione del debito e della responsabilità. Entrambi, infatti, possono essere *limitati o illimitati* e la distinzione tra le due nozioni di debito e di responsabilità è utile anche per spiegare la limitazione del debito o della responsabilità, riportando ad esempio, per il debito, la limitazione dell'obbligazione fideiussoria (art. 1941 cod. civ.), per la responsabilità, il ricorso allo strumento societario (art. 2325 cod. civ.). ID., *Delle obbligazioni cit.*, pagg. 148-150.

³⁷¹ RUBINO, *op. cit.*, pag. 9 e ss.; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, pag. 1, la quale per inquadrare la responsabilità patrimoniale avverte di "non muovere dal problema della struttura dell'obbligazione e del concetto di prestazione, correndo altrimenti il rischio di scivolare in interpretazioni strumentali a visioni preordinate e di irrigidimenti della sistematica dell'istituto in schemi formalistici e discorsivi". A monte sottolinea l'imprecisione legislativa dell'art. 2740 cod. civ., poiché il debitore risponde non dell'adempimento, bensì dell'inadempimento. ORLANDI M., *La responsabilità solidale, Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, pag. 163 e nota n. 1, il quale ricorda come il termine "responsabilità" non designa un unico fenomeno, distinguendola in personale o soggettiva (indica l'assoggettamento del debitore alle sanzioni contro l'inadempimento imputabile) e patrimoniale (indica l'assoggettamento dei beni del debitore all'esecuzione forzata del creditore); RAVAZZONI, *Le garanzie dell'obbligazione*, Parma, 1990, pag. 16.

escussione dei beni”. Si profila così la differenza concettuale di *garanzia patrimoniale*³⁷².

Questa garanzia appartiene al diritto sostanziale, ma non è una posizione autonoma, bensì presuppone un altro diritto subiettivo, ossia il diritto di credito. L’obbligazione non si esaurisce nel *debitum* (dovere di comportamento), ma è in simbiosi con la pretesa del creditore (palesata dalla coercibilità e da tutti quegli strumenti di tutela e di coazione), che trova manifestazione in un fascio di poteri, dipanandosi dai poteri general-preventivi (messa in mora, decadenza dal beneficio del termine, diritto all’adempimento, etc.), passando attraverso i poteri preventivi o mezzi di conservazione della garanzia (e questa è la garanzia patrimoniale), nonché fino alla tutela successiva (esecuzione forzata).

È quanto si è rilevato in precedenza. Il concetto di *Haftung* può essere inteso come “responsabilità”, a patto di essere consapevoli di una sua sfumatura ben più ampia, ossia di “rispondenza”, non coincidente con la “responsabilità patrimoniale” di cui all’art. 2740 codice civile.

Nel campo delle obbligazioni il concetto di responsabilità non indica semplicemente l’idea del rispondere (propria della responsabilità da illecito), bensì il corrispondere. L’inadempimento all’obbligazione non è una trasgressione ad un comando, quindi non è un semplice illecito. È, invece, in negativo l’attuazione di un potere (il potere di pagare), che opera su un piano diverso, spostando la meccanica obbligatoria dalla fase del credito a quella della rispondenza³⁷³.

I termini “responsabilità”, “responsabilità patrimoniale” e “garanzia” non sono equivalenti e li troviamo usati in diverse parti del codice civile. Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alla responsabilità di cui all’art. 1218 cod. civ., piuttosto che a quella sottointesa di cui all’art. 2043 cod. civ., oppure alla responsabilità patrimoniale di cui all’art. 2740 codice civile. Specularmente vi è la “garanzia” di natura contrattuale o legale (si pensi alla garanzia per vizi) e la “garanzia patrimoniale”³⁷⁴.

È interessante notare che tutte le teorie esposte hanno evidenziato un parte di verità o, meglio, hanno colto degli aspetti di una problematica complessa, tanto che

³⁷² MIRAGLIA, *op. cit.*, pag. 5.

³⁷³ MAIORCA, *op. cit.*, pag. 1035; BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 28-32 e 36.

³⁷⁴ MACARIO F., *Le garanzie patrimoniali*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. II, *L’attuazione dei diritti*, Milano, 2009, pagg. 160-161.

alcune argomentazioni sono state utilizzate dalla teoria dello scopo esposta, sol che è cambiata la chiave di lettura.

Così, è innegabile che con la “responsabilità” si acclara la “soggezione” del debitore inadempiente, con tutti i suoi beni, al potere di aggressione e all’azione esecutiva del creditore. Responsabilità del debitore e garanzia del creditore esprimono la medesima situazione giuridica, nella quale versa il patrimonio del debitore. Col primo termine si indica il vincolo di destinazione al soddisfacimento dell’interesse del creditore, con il secondo la pozione di vantaggio assegnata al creditore sui beni del debitore. Il (riferimento al) patrimonio del debitore tende ad armonizzare i due concetti (responsabilità e garanzia)³⁷⁵.

D’altra parte, tale binomio non si esaurisce e non rappresenta solo la soggezione, poiché non opera solo nel momento patologico dell’inadempimento, ma anche in tutta la fase antecedente del rapporto, fin dalla sua costituzione. Di questo abbiamo già detto (si pensi alla tutela preventiva e a tutte le facoltà attribuite al creditore – messa in mora, richiesta di adempimento, decadenza dal beneficio del termine, etc. –). In questa fase antecedente all’inadempimento, si è in presenza sempre di una responsabilità³⁷⁶.

In questo senso la responsabilità *patrimoniale*, di cui all’art. 2740 cod. civ., è esterna alla struttura dell’obbligazione, benché strettamente connessa ad essa, in forza di quella più generale *rispondenza* che astringe il debitore al creditore.

6. Casi di debito senza responsabilità e casi di responsabilità senza debito.

La distinzione tra debito e responsabilità, come detto, non rappresenta un puro esercizio teorico, ma ha avuto il merito di evidenziare gli aspetti del rapporto obbligatorio.

Dal punto di vista fenomenologico ritrae i due momenti di un binomio coesenziale.

Dal punto di vista giuridico ha comportato la rottura dell’unità logica del concetto di obbligazione, eppure mantiene un’utilità dommatica, non da tutti condivisa, ma che riteniamo di non poter negare.

³⁷⁵ MACARIO, *op. cit.*, pag. 166.

³⁷⁶ MACARIO, *op. cit.*, pag. 167.

Come accennato *supra* al paragrafo 4, un argomento utilizzato dalla teoria che distingue *Shuld* e *Haftung* è l'esistenza di casi nei quali i due elementi sono autonomi: sono le ipotesi di debito senza responsabilità e di responsabilità senza debito³⁷⁷.

Quanto alla figura del *debito senza responsabilità*, si adduce come (unico)³⁷⁸ esempio l'obbligazione naturale, ove vi sarebbe un comportamento dovuto per doveri morali o sociali, ma non coercibile/foriero di responsabilità (art. 2034 cod. civ.).

Indubbiamente la teoria descrive perfettamente la vicenda, ma, si è replicato, altra cosa è la giustificazione giuridica. È stato, infatti, obiettato che un debito sprovvisto di sanzione o di possibilità di esecuzione forzata, dunque senza responsabilità, in caso di inadempimento è una situazione che si colloca già fuori dal terreno giuridico, perché non crea un rapporto *giuridico*³⁷⁹.

Epperò, se anche è vero che tale rapporto non può essere annoverato (a motivo dell'assenza del requisito della coercibilità) tra le obbligazioni in senso rigoroso e tecnico, resta il fatto che esso assume rilevanza giuridica, sia pure solo nel momento dell'adempimento, per escludere la ripetizione. In senso ampio, dunque, la teoria del debito e responsabilità non è incompatibile o non applicabile anche all'obbligazione naturale, valendo comunque a spiegare la disciplina positiva, che ritiene rilevante, sia pure sotto precise condizioni, un *debitum* morale o sociale come sufficiente causa giustificatrice di uno spostamento patrimoniale (*titulus acquirendi*), intervenendo in un momento successivo all'adempimento con la figura della *soluti retentio*.

È stato osservato, infatti, che nelle obbligazioni naturali un debito esiste, non potendosi parlare altrimenti di "pagamento" e di ripetibilità del pagato. Tale debito pagabile e non esigibile è pur sempre giuridicamente rilevante, sia pure *ex post* col divieto di ripetizione. Esiste un debito pagabile, in senso ampio, senza obbligo di

³⁷⁷ SAVIGNY, *op. cit.*, pagg. 518-520, che richiama anche il caso dell'accollo privativo a pag. 523-524, ove il *debitum* rimane lo stesso, ma non l'obbligazione/responsabilità; BARASSI, *op. cit.*, pagg.76-81.

³⁷⁸ È stato anche ipotizzato il caso del patrimonio incapiente del debitore, ma qui, forse, il problema è di realizzabilità in concreto delle responsabilità (e del soddisfacimento del diritto del creditore) e non tanto un'ipotesi di debito senza responsabilità, la quale potrà essere attuata quando il patrimonio del debitore torni ad essere attivo.

³⁷⁹ MESSINEO F., *Manuale vol. III cit.*, pag. 12; BARASSI, *op. cit.*, pagg. 78-80; BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 19-20; MOSCATI, *op. cit.*, pagg. 14-15 e 19-20; BIANCA C.M., *Diritto civile, 7, cit.*, pag. 6; MIRAGLIA, *op. cit.*, pag. 11.

In un'ottica diversa, è stata anche negata rilevanza alla radice della distinzione, poiché una responsabilità sarebbe comunque riscontrabile, sia pure *ex post*, in quanto il diritto del creditore sui beni del debitore ricorre pur sempre, perché ad esso si riporta la *soluti retentio*: RUBINO, *op. cit.*, pag. 9.

pagamento, dunque senza aspettativa di adempimento e senza responsabilità. È un caso di debito “puro”, semplicemente pagabile, ma non esigibile, eccezionale rispetto alla figura normale di debito anche esigibile e rileva, pertanto, l’ulteriore figura di obbligo di prestazione³⁸⁰.

Vi sono, poi, le ipotesi di *responsabilità senza debito*, ove emerge la figura del responsabile non-debitore³⁸¹. Sibbene tali ipotesi vengano oggi fortemente ridimensionate, se non negate, pur tuttavia continuano a trovare, probabilmente a ragione, sostenitori³⁸².

Tra i casi evocati, in primo luogo vi è quello del terzo datore di garanzia reale (pegno o ipoteca) per un debito altrui.

In secondo luogo, vi è il caso del terzo acquirente del bene ipotecato, evidentemente non personalmente obbligato.

In terzo luogo, vi è il caso del committente nel contratto di appalto, che risponde verso gli ausiliari-creditori dell’appaltatore fino a concorrenza del debito che egli ha nei confronti dell’appaltatore (art. 1676 cod. civ.).

In quarto luogo, si richiamano i casi di responsabilità per fatto degli ausiliari (art. 1228 cod. civ.), di danno cagionato dall’incapace (art. 2047 cod. civ.), di responsabilità di genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d’arte (art. 2048 cod. civ.), di responsabilità dei padroni e committenti (art. 2049 cod. civ.) e di responsabilità del proprietario in solido col conducente (art. 2054 comma 3 cod. civ.), ossia di tutti quei casi nei quali il terzo risponde verso il danneggiato per un fatto colposo o dolo altrui (contrattuale o extracontrattuale), dunque risponde in luogo del debitore-autore del fatto e sibbene estraneo al fatto.

³⁸⁰ BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 50-52 e 57-58; CARNELUTTI, *op. cit.*, pagg. 244-248, il quale osserva che l’obbligazione naturale è un’obbligazione imperfetta ovvero un “germe di obbligazione”, in quanto atta a divenire una vera obbligazione nel momento in cui il debitore stesso si pone nella condizione di adempiente. Altrettanto efficacemente coglie e descrive l’inafferrabile momento obbligatorio. Questo è un lampo, l’istante nel quale contemporaneamente l’obbligazione assume rilevanza e allo stesso tempo si esaurisce. Con l’adempimento stesso l’obbligazione naturale, nella quale prima non era riscontrabile un obbligo ed un diritto coercibili, cessa. Dopo tale momento c’è solo la posizione del *dominus* e del *non dominus*.

³⁸¹ BARASSI, *op. cit.*, pagg. 77 e ss.; BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 85-93; TRABUCCHI, *Istituzioni cit.*, pag. 642.

³⁸² A titolo esemplificativo; TRABUCCHI, *Istituzioni cit.*, pag. 642. Per l’ordinamento tedesco, MEDICUS D.-LORENZ S., *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, 18. Auflage, München, 2008, pag. 9.

In quinto luogo, si è anche richiamato l'art. 1917 comma 2 cod. civ., in forza del quale l'assicuratore di responsabilità civile può essere tenuto a pagare al terzo danneggiato, pur senza esserne debitore.

In sesto luogo, vi sono i casi nei quali le obbligazioni di un ente (come un'associazione non riconosciuta o una società di persone) si riverberano anche nel patrimonio dei membri (o chi ha agito in nome e per conto dell'ente), che ne rispondono personalmente e solidalmente.

Infine, vi sono i casi del fideiussore e del coobbligato in solido. In giurisprudenza si è parlato di responsabilità senza debito nel caso di fideiussione: *trattandosi di una responsabilità senza debito, o come pur si dice Schuld ohne Haftung* (in realtà, è il contrario, *Haftung ohne Schuld*), *basata su di una solidarietà diseguale che consente in ogni caso il regresso o comunque il riequilibrio per cui il c.d. debito, in condizioni fisiologiche, la responsabilità non può che ricadere sul debitore effettivo e non sul garante. In quest'ambito, da tempo la giurisprudenza ha riconosciuto la validità del contratto di garanzia che consente al creditore di ottenere l'adempimento dal garante "a prima richiesta e senza eccezioni". In tal modo si consente al creditore di esigere dal garante il pagamento immediato del credito; tuttavia la posizione del garante non è più onerosa in quanto l'autonomia di tale contratto, rispetto al negozio principale, non è assoluta, ma relativa, essendo possibile, in caso di pagamento non dovuto, il riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema del regresso. Infatti la clausola con la quale il fideiussore si impegna a soddisfare il creditore su semplice richiesta del medesimo, senza la possibilità di eccepire l'eventuale avvenuto adempimento da parte del debitore garantito, ovvero la giustificazione dell'inadempimento a seguito del comportamento della controparte, configura una valida espressione di autonomia negoziale, che assegna alla fideiussione carattere di atipicità, in deroga al principio dell'accessorietà, ma che non fa venir meno la connessione fra il rapporto fideiussorio e quello principale*³⁸³.

In linea generale, si tende a ridurre la rilevanza di tali ipotesi: i casi di responsabilità senza debito, si avverte, rischiano di sfociare in astrazioni, che non trovano base nella legge e che sono prive di una reale necessità logica. Le ipotesi tradizionalmente delineate (terzo datore di ipoteca, terzo acquirente del bene ipotecato, fideiussore, coobbligato solidale) rischiano di creare un rapporto strumentale

³⁸³ Così incidentalmente Cass. 1 ottobre 1999 n. 10865, in *Contratti*, 2000, 139. Invero, anche in questi casi vi è pur sempre un'assunzione di un obbligo di prestazione, sia pure in forza di *Garantievertrag*, utilizzando la terminologia germanica, come tale tipicamente astratto.

avulso da un rapporto materiale che faccia capo al medesimo soggetto. La posizione del terzo datore di ipoteca e del terzo acquirente si spiega facilmente con la natura di diritto reale dell'ipoteca; la posizione del fideiussore considerandolo un obbligato e non semplicemente come un responsabile per debito altrui³⁸⁴.

La distinzione tra debito e responsabilità si rileva però utile, poiché, anche se di regola i due elementi coesistono in capo alla medesima persona (descrivono due aspetti del lato passivo dell'obbligazione), ciò nondimeno può verificarsi il caso che i due momenti facciano capo a persone diverse³⁸⁵.

Detto altrimenti, a ben vedere, il diritto reale è solo il mezzo giuridico attraverso il quale si attua la conservazione della garanzia sul quel determinato bene. È vero che nel caso di terzo acquirente la responsabilità non è quella propria dell'obbligazione (il dovere di un comportamento), ma è quella derivante dall'aver acquistato un bene gravato da un peso. È chiaro che il terzo non ha un dovere di prestazione, né il creditore può a questi chiedere l'adempimento. Tuttavia, egli è chiamato a rispondere egualmente a causa del peso (di natura reale) gravante sul bene e manifestazione di quella "rispondenza" collegata al *debitum*. Da notare che la rispondenza del terzo non è biunivoca: così come egli non è debitore e non ha un dovere di comportamento, così anche la sua responsabilità è limitata, chiaro essendo che, nell'ipotesi in cui il pegno o l'ipoteca non siano sufficienti a soddisfare il creditore, per il residuo costui non potrà rivolgersi al terzo, ma al suo debitore.

In seconda battuta e in ogni caso, nei rapporti tra gli attori della vicenda (debitore, creditore, terzo) la rilevanza degli elementi del debito e della responsabilità vale comunque per stabilire l'allocazione finale della responsabilità, riconducendola al debitore, tramite l'azione di regresso³⁸⁶.

³⁸⁴ RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 207; MESSINEO, *Manuale vol. III cit.*, pag. 14; ID., *Manuale cit.*, vol. VI, pag. 565, per il caso di legato gravato da ipoteca; RUBINO, *op. cit.*, pag. 9; MIRAGLIA, *op. cit.*, pag. 11; CARNELUTTI, *op. cit.*, pagg. 311 e ss.; ORLANDI, *La responsabilità cit.*, pagg. 165 e ss., che pone l'attenzione non sulla responsabilità senza debito, ma sulla distinzione tra "proprietà" ed "altruità" del debito (pag. 168); Di MAJO, voce *Obbligazione cit.*, pag. 3 rileva l'utilità della distinzione con riguardo all'obbligazione fideiussoria.

³⁸⁵ MESSINEO, *Manuale cit.*, vol. III cit., pag. 14, il quale condivide la critica già mossa all'ammissibilità concettuale di un debito senza responsabilità, pur tuttavia riconosce la rilevanza dommatica ove la responsabilità faccia capo ad un soggetto diverso dal debitore oppure sia limitata. In tutti gli altri casi, nei quali i due momenti fanno capo al medesimo soggetto, la distinzione tra debito e responsabilità ha mero valore descrittivo.

³⁸⁶ Un caso al quale abbiamo fatto cenno è quello della responsabilità dell'acquirente di azienda. In giurisprudenza, infatti, si trova affermato che il cedente non avrebbe azione di regresso per il pagamento dei debiti dell'azienda, in quanto egli avrebbe adempiuto ad un proprio debito

Come in una sorta di *matrioska*, la coppia debito-responsabilità è destinata a riproporsi, a seconda del punto di vista creditorio e fermo un collegamento univoco tra i diversi piani, nel senso che il rapporto creditorio “originario o principale” è, di regola, insensibile ai riparti interni di responsabilità tra debitori.

Nelle altre ipotesi, della solidarietà o dell'affiancamento del patrimonio di un terzo a garanzia dell'obbligazione, si potrebbe obiettare giustamente che un'assunzione del debito vi è in capo al co-obbligato o al fideiussore³⁸⁷. Se per il co-obbligato la cosa è lapalissiana, per il fideiussore è l'art. 1936 cod. civ. che afferma che “fideiussore è colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui”.

Tuttavia, se proprio non si vuole riconoscere l'utilità di ricorre a ipotesi di responsabilità senza debito, la distinzione tra debito e responsabilità è comunque utile, in quanto vale a regolare e giustificare il componimento finale del rapporto obbligatorio, per far emergere il vero centro di imputazione in un'unica persona del debito e della responsabilità. Questo soprattutto nel caso del terzo garante e del fideiussore. Nella solidarietà passiva, la distinzione regolerà i rapporti interni, ove riemerge la coppia debito-responsabilità, che era irrilevante nel rapporto esterno col creditore comune, ma fondamentale per riconoscere o meno il diritto all'azione di regresso.

derivante da un fatto contrattuale o extracontrattuale proprio. La solidarietà prevista dall'art. 2560 cod. civ. è *sui generis* con funzione di garanzia, in quanto, diversamente dalla solidarietà “ordinaria”, il fatto costitutivo dell'obbligazione non è comune, ma rimane proprio del cedente: Cass. civ., sez. II, 3 marzo 1994 n. 2108, in *Fisco (II)*, 1994, 9126; Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2004 n. 23780, in *Giust. Civ. mass.*, 2005, 5.

Al riguardo, di recente la Suprema Corte ha scisso l'aspetto della responsabilità da quello della sorte dei debiti, senza però giungere all'assimilazione responsabilità senza debito-accollo *ex lege*: *la premessa da cui occorre partire è che la previsione di obbligazione solidale in capo all'acquirente per il pagamento dei debiti dell'azienda ceduta è una disposizione posta a tutela dei creditori e non già del venditore. In virtù della premessa fatta deve necessariamente ritenere che nel caso di specie, operando l'assunzione dell'obbligazione solidale in funzione di garanzia dei creditori del cedente l'azienda, non si verifica alcun trasferimento della posizione debitoria sostanziale, nel senso che il debitore effettivo rimane comunque colui cui è imputabile il fatto costitutivo del debito (cioè il venditore) nei cui confronti può rivalersi in via di regresso l'acquirente che abbia pagato, quale coobbligato in solido, un debito pregresso dell'azienda (v. Cass 1990/1987). Non è invece possibile l'inverso. Il debitore che ha, infatti, pagato un debito generato da un proprio comportamento non può rivalersi nei confronti dell'eventuale coobbligato in solido, avendo l'obbligazione di quest'ultimo una mera funzione di garanzia nei confronti del terzo che viene meno una volta soddisfatto quest'ultimo* (Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2004 n. 23780, in *Giust. Civ. mass.*, 2005, 5).

³⁸⁷ CARNELUTTI, *op. cit.*, pagg.311-313.

Questo perché l'obbligazione solidale è una creatura "bifronte", presentando due volti distinti, ma non assolutamente e reciprocamente insensibili tra loro. Vi si può riconoscere un fascio di vincoli, non scindibili, se non arbitrariamente, in forza del quale l'obbligazione, che si presenta unica nei rapporti esterni (a favore e garanzia del creditore), si divide in una pluralità di obbligazioni tra i diversi soggetti che facevano parte del gruppo solidale³⁸⁸.

L'individuazione del debito è importante per determinare il riparto di responsabilità. Valga quanto osservato in tema di legato di azienda e di successione nel rapporto di locazione: una delle ipotesi ricostruttive era configurare la responsabilità solidale tra erede e legatario, ma nei rapporti interni è decisivo individuare in capo a quale soggetto incomba il *debitum*, poiché se questo toccasse al legatario, che paga, nessuna azione di regresso potrebbe far valere nei confronti dell'erede, e viceversa. Vi potrebbe essere, dunque, un caso di responsabilità per debito altrui³⁸⁹.

D'altra parte, il negozio fideiussorio ha carattere accessorio, pur mantenendo un'autonomia causale: la causa fideiussoria disvela un carattere autonomo del contratto cui accede, poiché trova la propria fonte non nella ragione economica per la quale si è addivenuti alla conclusione del negozio tra debitore principale e creditore, bensì nel garantire l'adempimento di un'obbligazione altrui³⁹⁰.

Sotto un diverso punto di vista è stata anche rilevata l'utilità della distinzione dei due elementi in rapporto ai casi di loro *limitazione*. Sia il debito che la

³⁸⁸ AMORTH G., *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, pagg. 218-222.

³⁸⁹ BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 87-88.

³⁹⁰ RINALDO M., *Contratto di fideiussione e ambito applicativo della disciplina dettata dal codice del consumo*, in *Riv. notar.*, 2012, pag. 697, la quale, nella *vexata quaestio* dell'individuazione dello statuto (consumeristico o ordinario) applicabile al negozio fideiussorio, ove la qualità di consumatore sia individuabile solo in capo al fideiussore, osserva che il carattere causale autonomo della fideiussione dovrebbe, in contrasto con l'ordinamento maggioritario, far evidenziale l'applicabilità delle regole del consumo al fideiussore che rivesta la qualità di consumatore, pur essendo stato il negozio principale concluso da un debitore-professionista.

Al riguardo, la distinzione tra debito e responsabilità potrebbe apportare nuove argomenti: se attraverso la fideiussione la responsabilità del debitore si dissocia, meglio, è affiancata da quella del terzo fideiussore, questo avviene attraverso un negozio che ha una causa sua proprio, pur accedendo ad un rapporto fondamentale. Proprio perché la responsabilità del fideiussore è dissociata sostanzialmente dall'esistenza di un debito, il relativo negozio dovrebbe soggiacere alle regole del codice del consumo, se ne ricorrono i presupposti, anche laddove il rapporto fondamentale non lo sia.

responsabilità possono essere limitati, pensando rispettivamente ai casi dell'obbligazione fideiussoria e dello strumento societario³⁹¹.

Infine, in tema di assicurazione, in particolare per il caso di regresso nei rapporti interni tra una pluralità di assicuratori contro i danni, presso i quali siano state contratte separatamente più assicurazioni relative al medesimo rischio, l'assicuratore che abbia pagato ha diritto di regresso per la ripartizione proporzionale dell'indennizzo tra gli altri assicuratori, in proporzione delle indennità dovute secondo i rispettivi contratti (art. 1910 comma 4 cod. civ.). È interessante l'affermazione che l'assicurata estingue "un debito (anche) altrui"³⁹².

Non si può parlare di responsabilità senza debito, eppure la distinzione dei due elementi è utile per il coordinamento tra i diversi rapporti, contrattuali ed extracontrattuali.

In ambito extracontrattuale si è fatto riferimento alle ipotesi di *Haftung ohne Schuld* (ma qui inteso nel diverso senso di "colpa"), per le ipotesi c.d. di responsabilità oggettiva: *Il problema si sposta sul criterio di imputazione e sulle figure (tipiche) di responsabilità oggettiva. E' esatto che tale criterio di imputazione è segnato spesso da un'allocazione del costo del danno a carico di un soggetto che non necessariamente è autore di una condotta colpevole (come avviene generalmente e come è previsto dalla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c., secondo il principio classico, per cui non vi è responsabilità senza colpa: "ohne schuld keine haftung"), ma ha una determinata esposizione a rischio ovvero costituisce per l'ordinamento un soggetto più idoneo a sopportare il costo del danno (dando attuazione, anche sul terreno dell'illecito, al principio di solidarietà accolto dalla nostra Costituzione) ovvero è il soggetto che aveva la possibilità della cost – benefit analysis, per cui deve sopportarne la responsabilità, per essersi trovato, prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata per evitarlo nel modo più conveniente, sicchè il verificarsi del danno discende da un'opzione per il medesimo, assunta in alternativa alla decisione contraria*³⁹³.

³⁹¹ Di MAJO, voce *Obbligazione cit.*, pag. 3.

³⁹² Viene in considerazione la necessità, per l'assicuratore che ha corrisposto l'indennità - così effettivamente estinguendo un debito (anche) altrui - di poter agire direttamente nei confronti degli altri assicuratori, i quali - avendo anch'essi percepito il premio - altrimenti conseguirebbero un arricchimento (Trib. Milano, sez. V, 24 luglio 2008, n. 9791, in *cit.*).

³⁹³ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008 n. 576, in *Giust. Civ.*, 2009, f. 11, 2533.

In ambito tributario si è fatto ricorso alla teoria della responsabilità senza debito per giustificare talune ipotesi legislative di responsabilità di un soggetto che non ha commesso l'illecito.

Invero anche in queste ipotesi, la solidarietà dell'obbligazione riduce notevolmente la portata e l'utilità della distinzione tra i due elementi dell'obbligazione (debito e responsabilità).

Pertanto, solo per completezza, si accenna al problema del responsabile d'imposta-rappresentante (ex art. 98 D.p.r. n. 602/1973).

Nell'ipotesi di responsabilità d'imposta, è obbligato un soggetto che non pone in essere il presupposto, diretta espressione di capacità contributiva, ma piuttosto una diversa fattispecie che è legata a quella principale da un vincolo di pregiudizialità e dipendenza.

L'estraneità che caratterizza la figura del responsabile d'imposta non comporta una conseguente estraneità rispetto all'obbligazione tributaria e al relativo debito. Il fatto stesso che il soggetto sia chiamato a rispondere "insieme" all'obbligato principale dimostra come in realtà anche il responsabile sia soggetto passivo dell'obbligazione tributaria, che viene estesa dalla norma fino a ricomprendere un soggetto terzo. L'elemento di estraneità, quindi, non fa riferimento all'obbligazione di effettuare il pagamento del tributo (debito), ma piuttosto alla fattispecie, in virtù della quale sorge il debito.

§ 6.2. (segue) Un caso particolare di rilevanza della distinzione: il credito "subordinato". Rapporto tra Avviso di accertamento dell'Agenzia delle Entrate e credito previdenziale.

La distinzione tra debito e responsabilità può gettare nuova luce su una questione particolare, ove il credito sia subordinato all'accertamento di un altro credito.

Il pensiero corre ad una situazione piuttosto specifica, quella dell'accertamento tributario.

A seguito dell'introduzione del c.d. Avviso di accertamento unificato (D. lgs. n. 462/1997), l'Agenzia delle Entrate, ove abbia ad accertare un maggior reddito rispetto al dichiarato, procede alla determinazione del dovuto anche ai fini

previdenziali. Alla riscossione di questi ultimi, però, procede separatamente l'istituto creditore, ossia l'Inps.

Può accadere, come accade effettivamente, che l'Avviso di accertamento venga impugnato dal contribuente. Pur tuttavia, l'Inps procede all'iscrizione a ruolo del proprio credito (accertato dall'Agenzia delle Entrate) e a far emettere cartella esattoriale (oggi non più necessaria, perché l'Avviso di pagamento costituisce titolo esecutivo se non impugnato).

Se, dunque, l'Avviso di accertamento è titolo immediatamente esecutivo per l'Agenzia delle Entrate, salvo che il giudice tributario non sospenda l'efficacia esecutiva dell'atto impugnato, ci si può interrogare sulle sorti del credito previdenziale nelle more del giudizio di impugnazione dell'Avviso.

Se l'Ente previdenziale non attende la definizione del contenzioso tributario, ma forma subito il ruolo e procede ad esecuzione, si prospetta un problema: il titolo nella sua unitarietà originaria (l'Avviso di accertamento) viene atomizzato e la pretesa del creditore "servente" viene autonomizzata tramite il ruolo e, si badi, tramite l'inizio di una procedura di riscossione.

Non è questa sede la sede per esaminare la questione nella sua specificità. Basti, tuttavia, ricordare che ai sensi del comma 3 dell'art. 24 D. Lgs. n. 46/1999 sulla riscossione dei contributi previdenziali *Se l'accertamento effettuato dall'ufficio è impugnato davanti all'autorità giudiziaria, l'iscrizione a ruolo è eseguita in presenza di provvedimento esecutivo del giudice*. Coerentemente il successivo art. 25 dispone che i contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali sono iscritti in ruoli resi esecutivi, a pena di decadenza:

a) (...);

b) per i contributi o premi dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici, entro il 31 dicembre dell'anno successivo alla data di notifica del provvedimento ovvero, per quelli sottoposti a gravame giudiziario, entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui il provvedimento è divenuto definitivo.

Da qui si è ritenuto che *l'impugnazione con ricorso alla commissione tributaria dei risultati dell'accertamento fiscale dal quale scaturisca una maggior pretesa a titolo di contributi previdenziali ai sensi dell'art. 24 comma 3 d.lg. n. 46 del 1999 costituisce impedimento all'iscrizione a ruolo del credito contributivo, con la conseguenza che la stessa è illegittima e va annullata, dal momento che detta disposizione, per tenore testuale e per collocazione sistematica, non può essere considerata applicabile ai soli casi di impugnazione, dinanzi al giudice del lavoro, dei verbali di accertamento redatti dagli organi ispettivi degli enti previdenziali, ma è improntata a garantire al debitore*

*una tutela in via anticipata atta a paralizzare l'attività di riscossione cui prelude l'accertamento della situazione fattuale o reddituale posta a base della pretesa contributiva, indipendentemente dal soggetto che quell'accertamento abbia eseguito*³⁹⁴.

Effettivamente, le esigenze di uniformità di trattamento, nonché di evitare un proliferare di contenziosi, devono indurre a ritenere che il creditore “subordinato” non possa rendere deteriore la posizione del preteso debitore. Di fronte ad una Cartella di pagamento (incorporante la notifica di un nuovo titolo) difficilmente il contribuente accetterà il rischio di subire, trascorso il termine per l'adempimento spontaneo, l'azione esecutiva. Soprattutto, non permetterà che il ruolo formato dall'Ente previdenziale divenga definitivo.

Si tenga, infatti, presente, nel caso che ci interessa, la particolarità della riscossione dei contributi previdenziali, per la quale non è necessaria la previa notifica del titolo-ruolo, poiché la Cartella esattoriale li incorpora entrambi: con la notifica di quest'ultima il destinatario viene a conoscenza per la prima volta della pretesa previdenziale. In questo momento può contestarla nel merito impugnando la Cartella. Se ciò non avviene, il ruolo diviene incontestabile. È evidente che il contribuente non può attendere l'esito del giudizio tributario per sperare, se vittorioso, in un ipotetico annullamento del ruolo in via di auto-tutela da parte dell'Inps, con restituzione di quanto versato, magari a seguito di una procedura esecutiva.

Se la soluzione sopra vista appare condivisibile, l'occhio del civilista non può non cadere sul problema nella sua generalità.

Sotto questo punto di vista la teoria dell'obbligazione potrebbe trovare nuova linfa nella soluzione di tale problema.

Se l'atto presupposto viene impugnato, non è definitivo e viene sospeso dal competente giudice tributario, il creditore “subordinato” potrebbe tutelarsi cercando di interrompere l'eventuale corso della prescrizione oppure chiedendo misure cautelari, ricorrendone le condizioni. Una richiesta di pagamento idonea ad interrompere la prescrizione potrebbe essere sufficiente, almeno ad evitare di esporsi all'eccezione di prescrizione una volta esaurito il procedimento tributario³⁹⁵.

³⁹⁴ Trib. Catanzaro 11 maggio 2010, in *Giur. merito*, 2010, 10, 2611, con nota adesiva di C. Scalinci.

³⁹⁵ *In tema di omissioni contributive, poiché l'efficacia interruttiva della prescrizione si realizza indipendentemente dall'effettiva sussistenza del credito, ne consegue che la non definitività dell'atto di accertamento, per non essere ancora intervenuta la decisione sui proposti ricorsi amministrativi, non costituisce ostacolo a ritenere la validità, quale atto interruttivo della prescrizione, della richiesta avanzata per iscritto dall'Inps in pendenza dei ricorsi stessi né l'inerzia degli Organi competenti a pronunciarsi su questi ultimi può, retroattivamente, far venir meno la legittimità dell'inizio della*

Altra cosa, invece, è iniziare la procedura esecutiva, tramite la cartella esattoriale, che viene assimilata ad un atto di precetto³⁹⁶.

In realtà, a monte la stessa formazione del ruolo, idoneo a divenire definitivo se non impugnato, non si coordina, *rectius* è incompatibile, con la mancanza di definitività dell'atto/titolo presupposto.

Con il ruolo-cartella, infatti, il creditore farebbe valere una *responsabilità attuale* “svincolata” dall'accertamento *definitivo* della sussistenza del *dovere* di prestare. Per tale via l'Inps non solo rende autonomo il proprio credito da quello presupposto, contestato e *sub iudice*, ma va oltre, ossia procede ad esecuzione forzata, facendo valere una responsabilità piena ed attuale, che non è.

Ma se il credito è condizionato (dalla definitività dell'atto presupposto), non si può far valere la responsabilità attuale patrimoniale del preteso debitore (almeno come azione esecutiva), atta a diventare subito definitiva.

Indubbiamente il tema meriterebbe un approfondimento maggiore, ma dobbiamo renderlo funzionale alla prospettiva del nostro campo di indagine. L'utilità della teoria dell'obbligazione risiede nel fatto che, se la responsabilità, come elemento per procedere ad esecuzione forzata, non è attuale, perché il credito è condizionato, l'inizio di una procedura esecutiva non è configurabile.

Non si tratta solo di sospendere l'azione esecutiva in attesa della definizione della lite principale, ma di verificare se in quel preciso momento il creditore “subordinato” avesse il potere di promuovere un processo di esecuzione. Se l'atto presupposto può costituire titolo per riconoscere l'esistenza del debito, in caso di sua impugnazione non si può far seguire un'immediata responsabilità. Finché il rapporto/titolo principale non viene definito difetta una condizione del processo esecutivo³⁹⁷.

procedura, costituito dal verbale di accertamento ispettivo (Cass. civ., sez. lav., 01 settembre 2008, n. 22001, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 9, 1303).

³⁹⁶ In tema di cartelle esattoriali, in virtù del d.lg. n. 46 del 1999, la cartella esattoriale acquisisce efficacia di titolo esecutivo e quindi se non pagata consente al concessionario della riscossione di attivarsi per gli atti esecutivi (pignoramento, ipoteca, esproprio e tutte le misure cautelari a favore dell'erario consentite per legge) al fine del recupero del credito. In sostanza viene soppresso il cosiddetto “avviso di mora” e definitivamente sancito che la cartella contiene in sé anche l'atto i precetto (Trib. Napoli, sez. lav., 08 febbraio 2012, n. 4162).

³⁹⁷ *Nel caso in cui la sentenza di condanna azionata abbia ad oggetto una prestazione condizionata, il diritto ad agire esecutivamente può sorgere solo dopo l'adempimento della prestazione dedotta in condizione, poiché fino a tale momento risulta accertata solo l'esistenza del diritto di credito. Di conseguenza, prima dell'avveramento della condizione, il precetto, contro il quale sia stata fatta*

Si è di fronte ad un rapporto sinergico tra diritto sostanziale e diritto processuale, che nella loro specificità possono trovare una convergenza di conclusioni, fondata su un reciproco ed integrato “dialogo”. Da una parte la teoria dell’obbligazione, dall’altra il problema dell’improponibilità della domanda giudiziale, per mancanza di un requisito di diritto sostanziale al quale la legge subordina la facoltà di agire in giudizio. Come tale il momento temporale determinante per accertare la sussistenza o meno di tale requisito deve essere fatto coincidere col momento di proposizione della domanda stessa.

Si conferma, quindi, l’importanza di distinguere il debito e la responsabilità, perché entrambi concorrono a disciplinare una creatura (giuridica) complessa, quale è il rapporto obbligatorio, spiegandone e regolandone i meccanismi. Non si tratta di ipotizzare un caso di debito senza responsabilità, perché quest’ultima non la si intende in senso restrittivo di soggezione all’esecuzione forzata, ma di evidenziare come un elemento dell’obbligazione (la responsabilità), in specie una sua specifica manifestazione (il potere di agire esecutivamente da parte del creditore) valga a disciplinare la posizione del soggetto attivo (creditore). La responsabilità è collegata col *debitum/creditum* in modo inter-dipendente. Questo si appalesa nel *rapporto giuridico pendente*.

Anche in questa fattispecie debito (sia pure contestato) e responsabilità coesistono da subito, ma quest’ultima assume contorni più definiti e limitati, salvo riespandersi una volta verificata la condizione (accertamento definitivo del credito presupposto).

La struttura del *debitum* modella la responsabilità, dunque i poteri del creditore. La relazione tra questi elementi è circolare.

Di più. Dal caso affrontato emerge come la responsabilità sia lontana dall’essere un aspetto squisitamente processuale, ma vale, al contrario, ad individuare la portata stessa del rapporto di diritto sostanziale, quindi a regolarlo, con le ineluttabili conseguenze *anche* sul piano processuale.

La conclusione è che il creditore “subordinato” non può procedere legittimamente ad esecuzione forzata, fin tanto che il titolo presupposto non divenga

opposizione sulla base dell’eccezione relativa alla condizione contenuta nella statuizione di condanna, dovrà essere dichiarato inefficace per l’inesistenza del diritto di procedere esecutivamente (Trib. Roma, 26/11/2008, in *Giust. civ.*, 2009, 12, 2827, con nota di FALTONI).

definitivo³⁹⁸, né può astrarre il proprio credito da quello presupposto mediante la formazione di un titolo autonomo.

Sia chiaro che l'affermazione che il creditore "condizionato" non possa procedere esecutivamente appare quasi superflua. La rilevanza della teoria dell'obbligazione si può rinvenire, per questo specifico aspetto, nel risolvere il problema delle vicende sopravvenute del titolo presupposto. Non concedendo, di regola, l'ordinamento il diritto di agire esecutivamente per un credito sottoposto a condizione, l'eventuale azione esecutiva era improponibile e questo potrà essere accertato in qualunque momento, anche, in ipotesi, quando nelle more del processo di opposizione (all'esecuzione *ex art. 615 comma 1 cod. proc. civ.*) si fosse verificata la condizione.

³⁹⁸ Più in generale, *se le condizioni di esistenza ed esigibilità della pretesa esecutiva non erano esistenti al momento della intimazione del precetto e per tale ragione il precetto, sia stato opposto, il creditore che voglia iniziare l'esecuzione sulla base della sopravvenienza di dette condizioni nel corso del giudizio di opposizione deve intimare un nuovo precetto, perché, se dà corso all'esecuzione sulla base del precetto opposto, si espone al rischio che il debitore proponga opposizione agli atti esecutivi contestando che l'esecuzione è iniziata senza la previa notifica del precetto, essendo la riferibilità del primo precetto a questa nuova esecuzione impedita dal fatto che esso non poteva contemplare (e fondarsi sul) le condizioni di esistenza ed esigibilità sopravvenute (Cass. civ., sez. III, 22 settembre 2006, n. 20634, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 9).*

PARTE III – DIRITTO DELLE SUCCESSIONI E DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI. DEBITO E RESPONSABILITÀ DEL LEGATARIO NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO

§ 1. Collocazione sistematica del problema della posizione del legatario rispetto ai pesi ereditari.

Nella prima parte del percorso abbiamo individuato e trattato la regola generale della “irresponsabilità” del legatario con riguardo ai pesi, genericamente intesi, ereditari e le sue eccezioni.

Nella seconda parte abbiamo evidenziato il problema della struttura dell’obbligazione e l’utilità di distinguerne due elementi, quello del debito e quello della responsabilità.

Già nella prima parte avevamo accennato, nell’illustrare le eccezioni nelle quali il legatario risponde dei debiti (meglio, pesi) dell’eredità, al profilo della ricostruzione dogmatica in termini di responsabilità senza debito, ossia a casi nei quali il legatario è chiamato a rispondere senza che possa a lui imputarsi un debito in senso tecnico.

Conviene, ora, ripercorrere brevemente tali casi, con lo scopo preciso di darne una lettura organica nell’ambito del diritto successorio e di darne una collocazione sistematica, avendo a mente di coordinare il diritto delle successioni con quello delle obbligazioni.

Abbiamo già ricordato (*supra* parte I § 5) che nella terminologia “debiti ereditari” confluiscono, invero, fattispecie tra di loro differenti: vi sono i debiti del defunto, vi sono i debiti dell’eredità, ossia quelli che sorgono con l’apertura della successione, ivi ricomprendendo non solo le spese occasionate dall’evento morte (spese funerarie, etc.), ma anche i rapporti di natura ereditaria e familiare (diritti dei legittimari, diritti di prelazione, obbligazioni successorie assistenziali etc.), vi sono le obbligazioni che sorgono da rapporti di durata che continuano dal defunto all’erede e,

infine, le obbligazioni testamentarie, che nascono *ex novo* da una disposizione del testatore (legato, onere, etc.)³⁹⁹.

Il nostro codice non opera espressamente queste distinzioni, ma in un'unica norma, l'art. 752 cod. civ., sancisce che i coeredi contribuiscono tra loro al pagamento *dei debiti e dei pesi ereditari* in proporzione delle loro quote ereditarie, salvo che il testatore abbia diversamente disposto.

Dunque, la posizione del legatario rispetto alla massa ereditaria è complessa, non limitandosi al profilo delle passività e dei debiti in senso tecnico, ma estendendosi a pesi che vadano a gravare l'eredità.

Si conferma la correttezza della distinzione sopra evidenziata. Non si tratta, è bene evidenziarlo subito, di una speculazione fine a se stessa e priva di utilità pratica. Con particolare riferimento al legatario, come anticipato nella parte I e come vedremo meglio nel prosieguo, costui può essere eccezionalmente chiamato a rispondere dei debiti ereditari, come pure può subire l'azione dei creditori ereditari (o dei legittimari) ove la disposizione di legato abbia leso i loro diritti. Si era accennato (*supra* parte I § 8) che tali ultime ipotesi (ossia l'azione di regresso in caso di separazione dei beni, nonché l'azione di riduzione) non implicano una responsabilità del legatario, poiché costui non risponde, bensì subisce i pesi dell'eredità, di talchè non è necessario ricorrere alla teoria della responsabilità senza debito (ma questo aspetto lo verificheremo nel prosieguo).

Si appalesa, dunque, la complessità della posizione del legatario nei confronti del passivo ereditario, che non si limita ai casi di debiti in senso proprio, ma anche dei pesi in senso generale.

Ad ogni modo, la regola generale è che per i debiti e pesi dell'eredità risponde solo l'erede (art. 752 cod. civ.).

Aggiunge l'art. 756 cod. civ. espressamente che il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditari, salvi i casi di azione ipotecaria sul fondo legato e di esercizio del diritto di separazione, ferma comunque la surroga nei diritti del creditore per il legatario che abbia estinto tali debiti.

Pertanto, per tali debiti in capo al legatario non è riscontrabile, di regola, una legittimazione passiva.

³⁹⁹ In giurisprudenza, Cass. 3 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 1843. In dottrina, CAMPAGNOLO, *op. cit.*, pag. 652; FERRI, *Successioni in generale*, art. 512-535 *cit.*, pag. 23; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 24-25.

Infine, l'art. 671 cod. civ. stabilisce che per eventuali legati od oneri imposti al legatario, questi ne risponde entro i limiti di valore del bene legato (responsabilità limitata *intra vires*).

Di regola, quindi, i beni oggetto di legato sfuggono alla responsabilità per i debiti ereditari, poiché tale responsabilità inerisce ai beni ereditari, dunque all'erede.

Vi sono almeno due eccezioni a tale regola: da una parte, il caso del beneficio di inventario e di esaurimento dell'asse ereditario, dall'altra la separazione dei beni del defunto. In tali ipotesi i creditori ereditari possono soddisfarsi sul legato, anche di specie. La disposizione a titolo particolare non deve nuocere, attraverso la dispersione di attività che lascia passivi scoperti, alla garanzia che i beni del defunto possono costituire per i creditori (*nemo liberalis nisi liberatus*).

In tema di pesi dell'eredità in senso ampio, poi, si colloca il caso dell'azione di riduzione. Diversamente dai casi precedenti, qui non vi è un creditore, ma siamo pur sempre in presenza di una limitazione al potere di disposizione del testatore.

Infine e tornando ai casi di responsabilità per debiti in senso tecnico, non si può escludere che il testatore imponga al legatario il pagamento di uno o più suoi debiti. Altro discorso è, in seconda battuta, ritenere che tali previsioni abbiano valenza solo nei rapporti interni tra erede e legatario (*supra* parte I § 5.2).

In questo quadro di riferimento possiamo distinguere almeno tre macro-aree di rilevanza della posizione del legatario verso i pesi dell'eredità: in primo luogo, i casi nei quali al legatario incombe un debito in senso tecnico; in secondo luogo, i casi nei quali non vi è un debito, ma vi è responsabilità; in terzo luogo, i casi nei quali il legatario subisce i diritti di particolari soggetti, non potendo pretendere che la disposizione a lui fatta prevalga rispetto a costoro.

Occorre rilevare che l'inserimento di una data fattispecie in un'area piuttosto che in un'altra può dipendere dall'inquadramento che si dà della fattispecie stessa⁴⁰⁰.

Inoltre, in alcune fattispecie (si pensi al legato di usufrutto e alla successione nella posizione di condomino, nell'azienda, nella qualità di socio in società di persone) la particolare posizione del legatario verso le passività potrebbe discendere non dalle regole successorie, ma da regole particolari (legato di usufrutto o di azienda), piuttosto che da un autonomo atto di volontà *inter vivos* del destinatario (successione nella qualità di socio di società di persone).

⁴⁰⁰ Per tutti valga il caso del legato di azienda, ove secondo alcuni il legatario sarebbe illimitatamente responsabile, secondo altri irresponsabile, secondo altri ancora responsabile *intra vires*, secondo altri illimitatamente responsabile, ma con azione di regresso nei confronti dell'erede.

In questo senso si potrebbe individuare una quarta macro-area, nella quale ricomprendere ipotesi di debito e/o responsabilità eterodeterminata, ovvero non individuabile nelle regole successorie, ma nel coordinamento con istituti di volta in volta in considerazione.

§ 1.1. (segue) Prima macro-area. Obbligazioni successorie del legatario: sub-legato, *modus*, autonomia testamentaria nel riparto dei debiti, oneri gravanti sulla cosa legata. Distinzione tra obbligazioni del legatario e successione del legatario nei debiti ereditari.

Come già detto, eccezionalmente il legatario può essere chiamato a rispondere dei debiti del testatore o dei pesi ereditari, in forza delle regole proprie del fenomeno successorio *mortis causa*.

Questa evenienza ricorre nei casi di sub-legato e di *modus*, più in generale nel caso il testatore preveda un riparto dei debiti tra erede e legatario.

Essendo il testamento una fonte di obbligazioni, tramite il legato o l'onere il legatario si troverà ad essere tenuto all'adempimento della relativa disposizione, nei limiti del valore del ricevuto *ex art. 671 cod. civ.*, fino all'intero suo esaurimento (*supra* parte I, § 5.1.). Come già detto (*supra* parte I § 6) altra questione è verificare se il termine "onere" vada inteso in senso tecnico oppure (come appare preferibile) in senso a-tecnico.

Da tale norma si evince che solo eccezionalmente il legatario possa avere una responsabilità limitata (*intra vires*) per i pesi a lui imposti e comunque *cum viribus* (*supra* parte I § 6).

È stato, tuttavia, osservato che nel caso di sub-legato e di *modus* il legatario né paga un debito del testatore, né un debito (in senso stretto) dell'eredità⁴⁰¹. L'osservazione coglie nel segno: in effetti in forza delle suddette disposizioni testamentarie il legatario non succede in un debito del testatore, ma viene a lui imposto un peso o una limitazione dell'attribuzione *mortis causa*, anche se per il mezzo di un'obbligazione in senso tecnico (come si ritiene dai più sia il *modus*, ad esempio). L'obbligazione nasce *ex novo*.

⁴⁰¹ MESSINEO, *Manuale cit. vol. VI*, pag. 506.

Così anche per l'obbligazione tributaria è chiaro che il legatario, per essendo debitore e responsabile per l'imposta di successione, non subentra in alcun debito del testatore.

In questo senso occorre distinguere, all'interno di questa prima macro-area, le ipotesi di imposizione (testamentaria o *ex lege*) al legatario di un certo peso o obbligazione dalle ipotesi di successione nei debiti ereditari.

D'altra parte, il testatore potrebbe imporre al legatario l'obbligo di pagare un determinato debito ereditario, ferma la responsabilità *intra vires* del legatario. Tale facoltà, oltre che essere consentita dalla generale autonomia testamentaria (che trova limiti solo nella liceità e nella possibilità giuridica della disposizione e negli espressi limiti di legge), può essere attuata proprio attraverso gli istituti del legato e dell'onere.

La possibilità di deroga alle regole legali sulla successione nei debiti è confermata dall'art. 752 cod. civ., che sancisce la responsabilità solidale degli eredi "salvo che il testatore abbia diversamente disposto". Anche l'art. 672 cod. civ., che prevede il riparto delle spese relative alla prestazione del legato (di regola a carico dell'onerato), viene considerata derogabile⁴⁰².

Ammissa, quindi, la possibilità da parte del testatore di regolare la successione nei debiti, altra cosa è la verifica della portata di una simile volontà testamentaria. È da ritenere che il testatore non possa imporre al creditore un debitore diverso da quello stabilito dalla legge. Questo in considerazione della natura inderogabile della disposizione sottesa, che, come visto (*supra* parte I §1) mira ad assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la loro ordinata disciplina, dunque la pace sociale tra i consociati.

Le regole generali in tema di successione (tra vivi) nel debito evidenziano la necessità dell'accordo col creditore, non essendo possibile al debitore assegnarli unilateralmente un nuovo e diverso soggetto.

In generale, a' sensi dell'art. 2740 comma 2 cod. civ. le limitazioni di responsabilità sono ammesse solo nei casi ammessi dalla legge. Il divieto verrebbe aggirato assegnando al creditore un legatario come debitore, che risponde *ex lege intra vires*.

⁴⁰² GIORDANO – MONDELLO, *op. cit.*, pag. 755; TRABUCCHI, *Legato cit.*, pag. 620; MASI, *op. cit.*, pag. 153.

Dunque, la previsione testamentaria sul riparto dei debiti ha efficacia meramente interna, ma rappresenta pur sempre una rilevante eccezione al principio generale di “irresponsabilità” del legatario.

Altra ipotesi di interesse è quella dell’art. 668 cod. civ., in forza del quale i pesi della cosa legata (servitù, canoni o oneri inerenti al fondo e rendita fondiaria) gravano sul legatario.

Se ne è già parlato (*supra* parte I § 5.3) e già in quella sede si è evidenziato che non si tratta di vera e propria eccezione al principio generale, in quanto non si tratta di debiti o pesi dell’eredità, bensì di pesi della cosa legata.

Per completezza, ricordiamo che se il debito è dell’erede, costui sarà tenuto a provvedere ai pagamenti a lui spettanti alle rispettive scadenze, ma non ha l’obbligo di liberare la cosa legata dai pesi⁴⁰³. Nel caso in cui il legatario provvedesse ad adempiere per evitare l’espropriazione, gli si deve riconoscere l’azione di regresso nei confronti dell’erede.

§ 1.2. (segue) Seconda macro-area. Distinzione tra subire e rispondere dei debiti e dei pesi ereditari: azione di riduzione, assegno vitalizio a favore di figlio naturale non riconoscibile, separazione dei beni del defunto, eredità giacente, accettazione con beneficio di inventario ed esaurimento dell’asse ereditario.

In alcuni casi il legatario si trova a subire e a soccombere rispetto ai diritti di altri soggetti sul patrimonio ereditario. Solo in senso molto ampio ed a-tecnico egli “risponde” di tali debiti o pesi. Più precisamente egli si trova a subire l’onere di pesi e di debiti e potrà conseguire il bene oggetto di legato solo ove questo non leda i diritti dei legittimari ovvero dei creditori ereditari, dunque solo se l’asse ereditario, detratto il passivo, sia capiente. In caso contrario non potrà prevalere rispetto ai creditori del defunto. Questo perché la disposizione a titolo particolare non può nuocere, sottraendo le attività e lasciando le passività, alla garanzia che i beni del defunto rappresentano per i suoi creditori (*nemo liberalis nisi liberatus*)⁴⁰⁴. Una cosa è dire che il legatario

⁴⁰³ MASI, *op. cit.*, pag. 135 e 137; GANGI, *Successione cit.*, vol. 2, pag. 136.

⁴⁰⁴ AZZARITI, *Successioni e donazioni cit.*, Padova, pag. 495; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 45.

non è responsabile per il passivo ereditario, altra cosa è dire che egli debba subire la preferenza di altri soggetti (i creditori ereditari e i legittimari).

Preliminarmente la disposizione a titolo particolare non deve ledere i diritti degli eredi legittimari.

L'azione di riduzione ha una finalità correttiva del comportamento del *de cuius*, lesivo della legittima.

È chiaro che in questo caso non si può impostare il problema in termini di diritto delle obbligazioni, non fosse altro che bisognerebbe riconoscere un diritto di credito in capo all'erede legittimario con relativo obbligo in capo al testatore, cosa impensabile, comunque non ammessa dal nostro ordinamento (basti pensare al divieto di patti successori). Vero è, invece, che l'autonomia testamentaria viene limitata dalla legge, essendo lasciato al testatore di disporre liberamente solo per una quota del suo patrimonio in presenza di determinati soggetti qualificati da legami famigliari.

Dal punto di vista del legatario, sullo sfondo rimane il problema della sua responsabilità *intra vires*, in relazione alla dibattuta questione della riducibilità degli oneri e del sublegato⁴⁰⁵. Se è vero che tali disposizioni non sono direttamente lesive dei diritti dei legittimari (ma lo sono le disposizioni alle quali sono collegate), la sicura riducibilità della disposizione "principale" non legittima il legatario ad adempiere l'onere o il sublegato oltre il valore della cosa legata (art. 671 cod. civ.).

Altra questione è se il peso si riduca proporzionalmente. Visto che, tuttavia, il *modus* può assorbire completamente l'utilità del legato, nessuna norma autorizzerebbe tale automatica riduzione, salvo appunto il limite di cui all'art. 671 codice civile.

Per quanto riguarda l'assegno vitalizio a favore di figlio non riconoscibile (art. 594 cod. civ.) vi è un'espressa limitazione di "responsabilità" a favore dei soggetti tenuti (eredi, legatari e donatari) in proporzione di quanto ricevuto.

⁴⁰⁵ Ammettono la riducibilità anche degli oneri e dei sublegati CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, pag. 46, considerando il *modus* liberalità indiretta come tale riducibile ai sensi degli artt. 555 e 809; GANGI, *I legati*, vol. II, Roma, 1932, pag. 319; FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 173 e ss., considerando che la riduzione del legato comporta la proporzionale riduzione anche dell'onere ad esso apposto. *Contra*, MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, pag. 93 e ss.; GIORGIANNI, *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, in *Dir. e giur.*, 1959, pag. 153; MENGONI, *Successioni, Parte speciale cit.*, pagg. 283 e ss., il quale evidenzia che il *modus* (o il sub-legato) non costituisce un peso dell'eredità, ma dell'onorato e, pertanto, non può comportare lesione di legittima, la quale può essere causata solo dalla disposizione alla quale il *modus* è apposto. Nel caso, poi, l'onorato dovesse subire la riduzione della disposizione, potrà ai sensi degli artt. 671 o 793 comma 2 cod. civ. (a seconda se si tratti di legatario o donatario) legittimamente rifiutarsi di adempiere l'onere oltre i limiti del valore della disposizione ridotta, addirittura potendo ripetere quanto già eventualmente pagato in eccedenza.

Dunque, per il legatario non si pone particolare problema, essendo la disposizione coerente con la generale limitazione di responsabilità del legatario.

Anche in questo caso si è in presenza non di un debito ereditario, ma di una limitazione legale che il legatario subisce.

Eguualmente, sia pure con *ratio* diversa, deve dirsi per i casi di separazione dei beni del defunto, di eredità giacente (essendo applicabile la disciplina sulla separazione dei beni, *supra* parte I § 5.7.), di beneficio di inventario ed esaurimento dell'asse ereditario.

Con la separazione dei beni si crea un vincolo di natura reale (un privilegio reale, *supra* parte I § 5.4.2, pur non essendo pacifico) espressione di quel principio generale più volte richiamato: il defunto non può porre in essere atti di liberalità prima di aver pagato i suoi creditori.

La regola generale è che i creditori separatisti e non prevalgono sui legatari, che pure sono legittimati a chiedere la separazione. Avevamo già osservato come il legatario sia una figura avvicicabile al creditore, ma non è possibile sovrapporli ed assimilarli, proprio perché il legatario non può pretendere di conseguire incondizionatamente il legato.

Se, quindi, si apre il procedimento di separazione il legatario dovrà subire l'eventuale incapacienza dell'asse ereditario, essendo post-posto ai creditori del defunto. Solo in senso improprio e assai generale egli risponde (peraltro, indirettamente) dei debiti ereditari. Non si tratta di un caso di responsabilità per debiti altrui, ma di posposizione nel concorso⁴⁰⁶.

Giova ricordare (cfr. *supra* parte I § 5.4.2) che dall'analisi della lettera della norma sembra che il criterio di preferenza dei creditori separatisti rispetto ai legatari separatisti non sia stato integralmente recepito. In particolare, nel rapporto tra creditori non separatisti e legatari separatisti la preferenza sembra operare solo nel caso di insufficienza dei beni non separati a soddisfare le ragioni di tutti. Infatti, in assenza di diversa disposizione, si deve applicare la regola contenuta nel comma 1 dell'art. 514, in forza del quale i (legatari) separatisti sono preferiti ai (creditori) non separatisti ove la parte di patrimonio non separata sarebbe stata sufficiente a soddisfarli⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ MESSINEO, *Manuale cit.* vol. VI, pag. 506.

⁴⁰⁷ MESSINEO, *op. cit.*, pag. 437; CICU, *Successioni cit.*, XLII, pag. 358; CAPOZZI, *op. cit.*, t. 1, pag. 348. Per l'ordinamento previgente e per il rapporto tra legatari separatisti e creditori del defunto non

Come giustamente osservato, si nota una divergenza tra il principio generale e la previsione normativa specifica: se al principio che antepone il soddisfacimento dei debiti ereditari alle liberalità successorie non corrisponde una disciplina ad esso completamente conforme⁴⁰⁸. Il principio *nemo liberalis nisi liberatus* non costituisce una norma di diritto positivo, ma un principio cui il legislatore si ispira nell'assicurare una preferenza ai creditori nei confronti dei legatari ove l'abbia espressamente voluta e prevista⁴⁰⁹.

Apparentemente diverso è il meccanismo nel caso di accettazione con beneficio di inventario ed esaurimento dell'asse ereditario. Come detto (*supra* parte I § 5.6), in questa ipotesi i creditori rimasti insoddisfatti hanno ragione di regresso nei confronti dei legatari, nei limiti del valore del legato (art. 495 comma 2 cod. civ.).

Circa la natura giuridica del vincolo del beneficio di inventario, escluso che sia reale, appare preferibile l'assimilazione ai crediti muniti di privilegio, poiché ai creditori è attribuita la preferenza a soddisfarsi sul patrimonio ereditario (art. 490 comma 1 n. 3 cod. civ.), senza tuttavia che venga predisposto uno strumento tecnico-giuridico che abbia forza pari a quella del vincolo ipotecario (come, invece, accade nel caso di separazione de beni ereditari).

In questo senso l'asse ereditario è gravato da un vincolo a favore dei creditori. Del pari e di conseguenza, anche i beni oggetto di legato sopportano tale peso. Ciò significa che l'azione di regresso di cui si discute è manifestazione di tale vincolo.

A monte si può, dunque, affermare che il legatario non abbia alcun debito nei confronti dei creditori, neppure nei limiti del valore del bene legato. Al contrario la sua posizione è assimilabile a quella dell'acquirente di un bene gravato da un vincolo reale. A differenza di costui, però, difetta la realtà del diritto, che, peraltro, è generico a favore dei creditori, inteso come mero diritto di preferenza a soddisfarsi sul patrimonio ereditario.

separatisti, GABBA C.F., *Questioni di diritto civile, vol. II, Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Milano-Torino-Roma, 1911, pagg. 71-72.

⁴⁰⁸ FERRARI S., voce *Separazione beni de defunto (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, pag. 1480-1481; FERRI, *Successioni cit. artt. 512-535*, pag. 39, secondo cui, poi, i creditori non separatisti, quando possono concorrere con i separatisti, lo possono fare finché un procedimento sia aperto, con la conseguenza che, se i legatari separatisti si fossero già soddisfatti sui beni separati distribuendosi il prezzo realizzato, nulla i non separatisti possono pretendere da costoro.

⁴⁰⁹ FERRI, *Successioni cit.*, art. 512-535, pag. 40; CICU, *Successioni cit.*, pag. 317.

L'importante conseguenza di tale precisazione è che in assenza di debito il legatario non può pretendere (salvo ovviamente il consenso dei creditori) di sottrarre all'esecuzione forzata il bene legato dando cose diverse o denaro sia pure nei limiti del valore del bene stesso⁴¹⁰.

Anche in questo caso, quindi, il legatario subisce il regresso e non responsabile per un debito altrui.

La natura giuridica dell'azione di regresso viene avvicinata all'azione revocatoria, proprio perché il legato sarebbe stato disposto in pregiudizio ai creditori. Tale azione mira a perseguire anche presso il legatario il bene, affinché quest'ultimo conservi la propria funzione di garanzia per i creditori del disponente.

Naturalmente diversi sono i presupposti tra le due azioni, non essendo richiesto, neppure presuntivamente, nel regresso la prova della *scientia damni* (o, tanto meno, del *consilium fraudis* in caso di atto a titolo oneroso per la revocatoria)⁴¹¹. Si aggiunga che l'azione revocatoria ha funzione conservativa e non satisfattiva, mentre l'azione di regresso presuppone (come l'azione revocatoria) la declaratoria di inefficacia relativa dell'atto di disposizione, che non è illecito, dunque foriero di responsabilità risarcitoria, ma mira al soddisfacimento dell'interesse creditorio.

Da questo punto di vista, l'utilizzo da parte del legislatore del termine "azione di regresso" appare improprio: potrebbe evocare una parità di posizioni tra creditore e legatario (valendo ad accentuare l'aspetto creditorio di quest'ultimo rispetto all'eredità), che non può essere estesa fino a questo punto.

D'altra parte anche l'accostamento all'azione revocatoria avrebbe mostrato i suoi limiti e avrebbe potuto ingenerare confusione sulle condizioni dell'azione, almeno per la prova della *scientia damni*.

Pertanto, forse, non è così errato il termine "regresso": in fin dei conti deve essere contestualizzato in quel rapporto di preferenza che sia i creditori ereditari sia i legatari hanno sull'eredità beneficiata (art. 490 n. 3) ed esprime il grado di preferenza dei primi rispetto ai secondi, per le ragioni già dette.

Per tali ragioni, discutere in termini di azione revocatoria potrebbe essere fuorviante, perché si insiste su un solo aspetto, quello effettuale, di tale azione,

⁴¹⁰ FERRI, *op. ult cit.*, pag. 327.

⁴¹¹ La *scientia damni* non è neppure *in re ipsa* e non occorre ipotizzare una presunzione. Da questo punto di vista il legatario non pare avere possibilità di eccezioni di sorta.

comunque prescindendo dalla funzione e dal sistema dell'accettazione con beneficio di inventario.

Bisogna dare atto che la prospettiva potrebbe cambiare nei casi nei quali tale tipo di accettazione è obbligatoria, così per i minori, interdetti, minori emancipati, inabilitati, associazioni, fondazioni ed enti non riconosciuti (artt. 471, 472 e 473 cod. civ.). Se, però, in questi casi la *ratio* dell'istituto, *rectius* la *ratio* dell'obbligatorietà di una simile forma di accettazione, assume contorni particolari (la protezione dell'accettante), la funzione e la struttura dell'istituto rispetto ai creditori oggettivamente permangono identiche.

Il filo conduttore di tutte le ipotesi testé ricordate consiste nella circostanza che il legatario non si trova a succedere in un debito, bensì a subire una limitazione legale al potere dispositivo del testatore, ora a favore dei legittimarî, ora a favore dei figli naturali non riconoscibili, ora a favore dei creditori.

Soprattutto con riguardo a quest'ultima categoria di soggetti, non il legatario, ma il bene oggetto di legato (come tutto l'asse ereditario) è sottoposto alla garanzia patrimoniale generica. La responsabilità del legatario non è quella del debitore, ma quella (generale) di un soggetto che acquista un bene gravato da un vincolo. Lo scopo di fondo è rintracciabile nell'esigenza di dare regolare assetto ai rapporti economici, quindi certezza ai traffici giuridici e favorire la pace sociale, scopo tradito se si consentisse la dispersione del patrimonio del debitore alla sua morte.

Negli altri casi emerge un'anima che compone il nostro diritto successorio. Accanto al riconoscimento del diritto di proprietà e di disporre dei proprî beni, il legislatore vuole tutelare taluni legami famigliari.

All'interno di questa macro-area, dunque, si rinvengono istituti che rispondono a logiche ed esigenze giuridiche profondamente diverse, ma che caratterizzano il nostro sistema successorio.

§ 1.3. (segue) Terza macro-area. La responsabilità patrimoniale del legatario: azione ipotecaria e scoperta di testamento.

Quanto all'azione ipotecaria (art. 756 cod. civ.), pur essendo manifestazione di un vincolo di natura reale, riteniamo di mantenerla distinta dall'ipotesi della separazione dei beni ereditarî, ove pure si attuerebbe egualmente un vincolo simile.

In quest'ultimo caso si è appena detto che il legatario non risponde di un debito altrui, ma subisce la preferenza dei creditori del defunto. Si potrebbe sostenere la medesima tesi anche per l'azione ipotecaria.

In realtà le due posizioni appaiono differenti: con l'ipoteca si attua uno specifico vincolo, che trova giustificazione causale in un credito, in forza del principio dell'accessorietà. È vero che la separazione dei beni viene attuata su singoli beni e con le forme dell'iscrizione ipotecaria, ma ai sensi dell'art. 518 cod. civ. non è necessario esibire il titolo e l'iscrizione trova causa nell'apertura della successione.

Chi, invece, acquista un bene gravato da ipoteca si trova fin da subito e scientemente a succedere in un bene vincolato al soddisfacimento di un determinato credito.

Per tali profonde differenze riteniamo opportuno mantenere distinte almeno concettualmente le due fattispecie.

Come già detto nella parte II, il caso dell'azione ipotecaria è un punto di forza della teoria della responsabilità senza debito. Si è obiettato che il fenomeno trova spiegazione nella realtà del vincolo e nel diritto di sequela⁴¹².

Tuttavia, è altrettanto vero il carattere accessorio e non autonomo del diritto di garanzia ad un diritto di credito⁴¹³. Tramite esso il bene viene subito asservito alla soddisfazione di *un certo credito*. Pur rimanendo nel patrimonio del debitore, che ne può legittimamente disporre, è altresì vero che la "rispondenza", di cui abbiamo parlato e che fa coppia col "debito", si cristallizza (ma non si esaurisce) su un determinato bene. Vi è nesso diretto e stretto tra ipoteca e rapporto garantito.

È evidente che il creditore non è obbligato a soddisfarsi su quel bene, come pure non è detto che riesca a soddisfarsi (si pensi al rischio dell'invenduto o al rischio di concorso con altri creditori in sede di esecuzione forzata, piuttosto che all'eventuale scelta di esperire un più celere ed economico pignoramento presso terzi sulla scorta della conoscenza di un credito del proprio debitore). Il debitore non è liberato in virtù del diritto di garanzia, ma continua ad essere responsabile. Tuttavia, questa responsabilità, tramite il diritto di garanzia che è *il mezzo giuridico*, può atteggiarsi e

⁴¹² MESSINEO, *Manuale cit. vol. VI*, pag. 505.

⁴¹³ Diffusamente, MACARIO F., *L'ipoteca*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. IV, t. II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, pagg. 258-260; BOERO, *op. cit.*, pagg. 44 e ss.; GORLA G. – ZANELLI P., *Pegno. Ipoteche*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Libro VI: Tutela dei diritti art. 2784-2899. Bologna-Roma, 1992, pagg. 206-208.

manifestarsi all'esterno in modo diverso. La realtà del vincolo coglie solo *l'effetto* del diritto reale di garanzia nei confronti del terzo.

Chi subentra nel bene gravato da ipoteca è a perfetta conoscenza che può essere chiamato a rispondere di un *determinato* debito altrui, reso manifesto ed opponibile grazie ad un diritto reale di garanzia, accessorio al credito stesso.

Oltre all'accessorietà viene in considerazione la specialità dell'ipoteca non solo con riferimento ai beni sui quali è iscritta, ma anche con riferimento al credito, che deve essere specifico e determinato. Non è dato al creditore garantire con la medesima ipoteca un altro e diverso credito da quello estinto col pagamento. Non a caso il titolo esecutivo dell'ipoteca deve contenere sin dall'inizio e a pena di nullità l'indicazione non solo dei soggetti e della fonte, ma anche della prestazione che individua il credito⁴¹⁴.

Insomma, con l'ipoteca la *responsabilità* tende ad una *astrazione*, pur rimanendo *causalmente* legata a quel *credito*. Proprio questa interdipendenza (quasi un gioco di parole) evidenzia come i due elementi dell'obbligazione siano intimamente connessi. Come è stato evidenziato, il diritto reale di garanzia "presenta un'autonomia strutturale e una dipendenza funzionale, derivante appunto dallo scopo di garanzia"⁴¹⁵.

Certamente in ultima analisi si potrà sempre ritenere che il terzo acquirente di bene gravato da ipoteca *subisce* l'azione esecutiva del creditore. Ma allora anche il debitore stesso subisce l'azione esecutiva del proprio creditore: o "subire" ed "essere responsabili" diventano sinonimi in questo caso, oppure concettualmente vi è una distinzione. A nostro sommo modo di vedere tale differenziazione giace, precipuamente, sul carattere accessorio e funzionale del diritto di garanzia reale, con tutte le implicazioni viste. Non bisogna confondere l'autonomia strutturale del diritto

⁴¹⁴ MACARIO, *L'ipoteca cit.*, pagg. 259-260.

In giurisprudenza, il titolo esecutivo dell'ipoteca, al fine di soddisfare il requisito della specialità in riferimento al credito garantito, deve contenere "ab origine" ed a pena di nullità, l'indicazione dei soggetti, della fonte e della prestazione che individuano il credito (anche futuro ed eventuale), così da assicurare la sua originaria determinatezza (nella specie, l'ipoteca era stata consentita a garanzia di eventuali future esposizioni debitorie, senza alcun accenno nell'atto, alla natura ed alla portata del rapporto già esistente tra le parti): Trib. Ascoli Piceno, 03 dicembre 2004, in *Dir. e lav. Marche*, 2005, 1, 89; Cass. civ., sez. II, 3 aprile 2000 n. 3997, in *Giust. Civ. mass.*, 2000, 706.

⁴¹⁵ RUBINO D., *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. XIV, t. I, Torino, 1956, pag. 190 con riferimento, appunto, al pegno.

reale di garanzia con la sua dipendenza funzionale da un debito, mediata dalla scopo di garanzia.

In questo caso, dunque, il legatario viene a rispondere di un debito, al quale non era tenuto. È, in via generale, un'ipotesi di responsabilità senza debito.

Se anche non si volesse accedere a tale teorica, comunque sul legatario incomberebbe una responsabilità patrimoniale, diversa e più specifica rispetto a quella vista nella prima macro-area. Se non vi è una successione nel debito e se non vi è neppure un'obbligazione del legatario, costui pur risponde per un titolo particolare e specifico (il diritto di garanzia reale) e si conferma l'utilità di mantenere la distinzione logica di tale fattispecie.

Sotto questo punto di vista, si osservi che non siamo in presenza ad una eccezione al principio di "irresponsabilità" del legatario per i debiti del testatore: egli non risponde come legatario, ma come terzo possessore di un bene ipotecato⁴¹⁶.

Merita di essere affrontato separatamente il problema della scoperta di un testamento del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione disciplinato dall'art. 483 comma 2 codice civile.

Per quanto ci interessa, in base a tale norma l'erede non è tenuto a soddisfare i legati scritti nel secondo testamento se non entro il valore dell'eredità e comunque senza pregiudizio per la quota di legittima spettante gli. Se i beni ereditari non bastano a soddisfare tali legati, si riducono proporzionalmente anche i legati scritti in altri testamenti. Se alcuni legatari sono già stati soddisfatti per intero, contro di loro è data azione di regresso.

Il rapporto, quindi, sembra essere squisitamente tra soggetti di pari rango, i legatari.

Si potrebbe discutere se l'azione di regresso debba essere esercitata dall'erede o dal legatario: al di là del *nomen iuris* adoperato dal legislatore, l'azione appare, nella formulazione della norma, competere al legatario.

A diversa conclusione si dovrebbe pervenire per la riduzione proporzionale di legati scritti in altri testamenti. A mente che la norma si inserisce nel più generale caso dell'impugnazione per errore dell'accettazione ed è quindi rivolta a regolare l'aspetto della responsabilità dell'accettante, spetta all'erede provare l'insufficienza dell'attivo ereditario a soddisfare tutti i legati e procedere alla riduzione proporzionale.

⁴¹⁶ LOSANA, *op. cit.*, pag. 13.

Ma qual è la posizione del legatario rispetto a tale situazione, in particolare in relazione all'azione di regresso?

Si è visto che il legato è un peso dell'eredità, una passività, come se il legatario fosse una sorte di creditore. Sul piano economico l'azione di regresso mira a ristabilire l'equilibrio tra i legatarî, poiché quelli scritti nei testamenti scoperti successivamente subirebbero la conseguenza dell'eventuale incapacità dell'asse ereditario.

Indubbiamente la discrezionalità legislativa avrebbe potuto configurare diverse soluzioni, ad esempio ricorrendo al criterio temporale, ossia favorire le disposizioni anteriori e addossando ai destinatari di liberalità successive il rischio che il testatore avesse esaurito quanto disponibile.

Il legislatore ha, invece, predisposto uno strumento che mira ad evitare la disparità di trattamento tra tutti i legatarî, stabilendo la proporzionale riduzione dei legati e concedendo l'azione di regresso⁴¹⁷.

In questo senso la direttiva di fondo sembra essere anche quella di conservare ed attuare, per quanto possibile, la volontà testamentaria.

Non si deve, però, dimenticare la funzione primaria dell'istituto, ovverosia quella di tutelare l'erede che abbia accettato senza beneficio di inventario e che si trovi di fronte ad un testamento del quale non aveva conoscenza al momento dell'accettazione e per il quale dovrebbe, in tesi, rispondere illimitatamente.

Per tali ragioni (riduzione proporzionale e tra soggetti aventi la medesima qualità giuridica) si può dire che in questo caso il legatario non risponde di alcun debito del testatore, che non sussiste. L'azione *de quo* è attribuita a soggetti di pari rango e qualità.

Si è già detto (*supra* parte I § 5.9) come l'azione concessa dal legislatore venga qualificata ora come meccanismo di ripartizione del danno, ora come azione latamente revocatoria, ora come vera e propria azione di regresso.

Se è incontestabile che si tratti di un mezzo di ripartizione, bisogna essere cauti nell'individuare l'oggetto di tale ripartizione. In particolare è difficile riscontrare un danno da ripartire, sia perché non siamo in presenza di una disposizione illecita, sia perché la norma ha precipuamente l'obiettivo di tutelare l'erede.

L'ultima soluzione indicata (una vera e propria azione di regresso) appare condivisibile ed ha il pregio di offrire anche una ricostruzione sistematica della soluzione stessa⁴¹⁸.

⁴¹⁷ FERRI, *Successioni cit. art. 512-535*, pag. 266; MESSINEO, *op. cit.*, pag. 510.

⁴¹⁸ ANDREANI, *op. cit.*, pagg. 720-723.

Dal punto di vista fenomenologico ed economico non è revocabile in dubbio che il legislatore ha concesso, almeno in prima battuta sul piano letterale, lo specifico strumento di tutela che è l'azione di regresso. Con essa il legislatore persegue, in generale, l'obiettivo di ridistribuire un sacrificio o un'utilità patrimoniale fra più soggetti interessati/titolati⁴¹⁹. Anche per i legatari si tratta di un mezzo per riallocare l'utilità e per ristabilire un equilibrio compromesso dall'esaurimento dell'attivo ereditario, tutelando il legislatore l'erede che non ha accettato con beneficio di inventario rispetto ai legati scritti in testamento scoperti successivamente all'accettazione medesima.

Tale riassetto trova attuazione non già attraverso una declaratoria di inefficacia anche solo parziale (dunque, non si può neppure parlare di azione latamente revocatoria), ma ridistribuendo i legati.

Dal punto di vista economico questo è un tipico caso di azione di regresso. Rispetto, però, a questa figura giuridica difettano alcuni presupposti tipici non di poco conto: in sé mancano l'obbligazione, dunque l'*eadem res debita* e l'*eadem causa obligandi*, e conseguentemente l'estinzione di un rapporto obbligatorio, i cui effetti non siano da limitare alla sfera dell'*accipiens*, ma siano da ripartire fra chi abbia titolo a farla propria.

È evidente che i legatari non sono legati tra di loro dalla medesima *causa obligandi*, né hanno diritto ad un'unica e alla medesima prestazione. Il conseguimento da parte di un legatario del proprio bene legato non costituisce estinzione di un'obbligazione (solidale).

⁴¹⁹ ANDREANI, *op. cit.*, pag. 704.

Sullo sfondo rimane il problema del rapporto e del coordinamento tra l'azione di regresso e la surrogazione nei diritti di creditore (art. 1203 n. 3 cod. civ.), soprattutto ove al medesimo soggetto possa astrattamente competere entrambe le azioni (ad esempio il fideiussore). Diffusamente, ANDREANI, *op. cit.*, pagg. 709-716; TRABUCCHI, *Istituzioni cit.*, pagg. 668-669, il quale ricorda come la surrogazione sia una forma di successione nel credito; SINESIO D., *Le specie delle obbligazioni*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. III, *Obbligazioni*, t. I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano 2009, pag. 427 e ss.; GALGANO, *op. cit.*, vol. II, t. I, pagg. 18-23; MIRAGLIA C., *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, 184, pagg. 56 e ss.; ORLANDI, *La responsabilità cit., passim*; AMORTH, *op. cit.*, pagg. 232 e ss., secondo il quale la legge attribuisce al debitore solidale solo l'azione surrogatoria per la ripetizione di quanto da lui pagato, senza concorrenza alcuna (né alternativa, né cumulativa, né integrativa) con l'azione di regresso e il regresso (o la ripetizione) altro non è se non l'effetto della surrogazione.

Mancando, in radice, un rapporto obbligatorio, il pensiero corre ad un istituto residuale, quello dell'arricchimento senza causa, che presuppone l'assenza di un preesistente reciproco rapporto (artt. 2041 e 2042 cod. civ.)⁴²⁰.

L'accostamento deve essere subito respinto, poiché solo in senso ampio non sussiste una giusta causa per il pieno conseguimento del legato attribuito e che, invece, va ridotto proporzionalmente. Strutturalmente le due azioni sono diverse: l'arricchimento senza causa obbliga chi si è arricchito a danno di altri all'indennizzo nei limiti dell'arricchimento, indennizzo commisurato alla correlativa diminuzione patrimoniale del danneggiato (mentre nel nostro caso opera una riduzione proporzionale dei legati). Trattasi, poi, di azione sussidiaria, ammessa ove il legislatore non abbia approntato altri rimedio, che nel nostro caso è stato previsto (l'azione di regresso). Invero, proprio la diversità strutturale dei due rimedi induce a ritenere che l'azione di regresso *de quo* non possa neppure essere inquadrata in una generale azione di arricchimento senza causa, pur in difetto di un preesistente rapporto obbligatorio reciproco.

Spostandoci dal piano economico a quello giuridico è da verificare se lo schema della contitolarità costituisca necessariamente il fondamento dell'azione di regresso, oppure se esistano altre ipotesi positive, nelle quali l'attribuzione del regresso si fondi non su un qualsivoglia interesse, ma su di un interesse qualificato e di volta in volta individuato dal Legislatore.

Il pregio della ricostruzione è proprio quello di collegare sistematicamente alcune ipotesi normative, nelle quali il legislatore ha esteso eccezionalmente il campo naturale di applicazione dell'istituto del regresso, in virtù del principio di parità di trattamento ove ricorra una comunione di interessi qualificata (la teoria dell'*Interessengemeinschaft*), indipendentemente dall'esistenza di un con-debito o di un con-credito in senso tecnico⁴²¹.

È bene sottolineare che non un qualsiasi interesse comune viene in rilievo, ma solo quello qualificato, individuato dal legislatore in talune fattispecie normative.

⁴²⁰ AMORTH, *op. cit.*, pag. 258.

⁴²¹ ANDREANI, *op. cit.*, pagg. 720-723. *Contra* BUSNULLI F. D., *L'obbligazione soggettivamente complessa, Profili sistematici*, Milano, 1974, pagg. 117 e ss., il quale evidenzia i punti deboli di tale teorica: l'equivocità e il genericismo, nonché il rischio di indebita assimilazione tra ipotesi eterogenee di soggetti che formano un unico centro di interesse con altri costituenti autonomi centri di interesse. Per i riferimenti alla dottrina tedesca, *ivi* pag. 117 nota n. 79.

Altra cosa, poi, è verificare se tale estensione eccezionale possa anche supportare l'ulteriore tesi che il legislatore abbia voluto attribuire rilevanza al principio di parità di trattamento in tutte le ipotesi nelle quali sia rintracciabile una comunanza di interessi al di fuori dello schema tipico del con-debito o del con-credito. Qui effettivamente il rischio è di debordare nella forzatura, assimilando indiscriminatamente situazioni diverse, quali quelle di soggetti che costituiscono autonomi centri di interessi.

Resta il fatto che il Legislatore ha eccezionalmente esteso il meccanismo del regresso.

Tali ulteriori ipotesi sono state individuate nell'art. 1910 comma 4 cod. civ. (in tema di rapporti interni tra assicuratori contro i danni nel caso siano state contratte separatamente più assicurazioni relative al medesimo rischio), nell'art. 2871 comma 2 cod. civ. (il caso del terzo datore di ipoteca che abbia pagato i creditori iscritti o abbia sofferto l'espropriazione) e, appunto l'art. 483 codice civile.

Non vi rientra, invece, l'ipotesi già vista di regresso in caso di separazione dei beni del defunto (art. 495 cod. civ.), poiché in questo caso l'azione ha la funzione di trasferire il rischio derivante dall'incapienza del patrimonio ereditario dal creditore al legatario. Dunque, tale azione ha una funzione diversa da quella in esame. Correlativamente diversa è anche la condizione giuridica delle due categorie di soggetti, creditori e legatari, i quali ultimi non sono assimilabili fino in fondo ai primi.

Rispetto alla teoria esposta si potrebbe obiettare che la ragione giustificatrice di questo equilibrio è profondamente diverso nelle ipotesi del co-assicuratore e del terzo datore di ipoteca, ove lo scopo perseguito dal Legislatore sarebbe quello di evitare un arricchimento ingiustificato, ora di chi ha percepito comunque il premio e non ha corrisposto l'indennità, ora del terzo datore di ipoteca. Per l'art. 1910 cod. civ. questa *ratio* è stata individuata in giurisprudenza⁴²².

⁴²² È applicabile l'art. 1910 c.c. all'assicurazione della responsabilità civile. In tal senso, infatti, depongono anche la posizione dell'art. 1917 nella sezione II del capo XX del titolo III del libro IV del c.c. intitolata all'assicurazione contro i danni (dove si trova l'art. 1910) e la considerazione per cui l'assicurazione della responsabilità civile è volta a salvaguardare l'assicurato dal verificarsi di un danno proprio (la diminuzione patrimoniale conseguente all'esborso del risarcimento dovuto al danneggiato). Decisivo inoltre è il fatto che l'assicurato della responsabilità civile possa pretendere la corresponsione dell'indennità anche qualora abbia riconosciuto stragiudizialmente un risarcimento al danneggiato. In tale ipotesi emerge la medesima esigenza - evitare che l'assicurato percepisca un importo complessivo superiore al danno risarcito - che l'art. 1910 c.c. soddisfa prevedendo i doveri di informazione sull'esistenza di plurimi contratti di assicurazione (comma 1) e sul verificarsi del sinistro e la limitazione dell'ammontare dell'indennità (comma 3). Se così non fosse, vi sarebbe un interesse dell'assicurato al verificarsi del sinistro, con conseguenze inaccettabili anche in considerazione degli obiettivi di

Se la *ratio* è diversa, medesima ed accomunante è la struttura rimediale, eccezionale rispetto alla regola.

Tornando alla posizione del legatario, possiamo ammettere un'azione di regresso *ex latere creditoris* ossia tra legatarî (vista l'affinità della figura del legatario col creditore con riguardo all'eredità).

Il legatario evidentemente non succede in alcun debito del testatore. In senso ampio egli subisce un peso dell'eredità (tale essendo il legato) pari al suo. Tale soggezione, però, è diversa da quella individuata nella seconda macro-area, diverso essendo il tipo di peso da sopportare (i legati) e particolare essendo la qualità dei soggetti coinvolti (i legatarî), tutti sul medesimo piano.

Nel contesto della posizione del legatario rispetto ai pesi dell'eredità le esigenze di tutelare l'erede e di preservare la volontà testamentaria (attraverso non la declaratoria di inefficacia di taluni legati, ma ridistribuendo l'*utilitas* tra tutti i legatarî) inducono ad inquadrare autonomamente la fattispecie *de quo*.

Non si tratta di debiti ereditari o di limitazioni al potere dispositivo del testatore, né di vincolare certi beni alla garanzia patrimoniale per i debiti del defunto, ma di tutelare l'erede: il legatario non subisce alcunché che non sia una cautela approntata per l'erede che abbia accettato senza beneficio di inventario. Non si tratta di una limitazione del potere dispositivo del testatore, ma solo di un'autolimitazione di quanto può ricevere, attraverso la possibilità di regresso pur in assenza di *creditum*, meglio di una *eadem causa obligandi*.

*prevenzione generale perseguiti dal sistema della responsabilità civile. Dalla limitazione dell'ammontare dell'indennità complessivamente dovuta consegue la possibilità che questa sia, per ragioni di convenienza del creditore, richiesta ad uno solo tra gli assicuratori o ad entrambi. E allora viene in considerazione la necessità, per l'assicuratore che ha corrisposto l'indennità - così effettivamente estinguendo un debito (anche) altrui - di poter agire direttamente nei confronti degli altri assicuratori, i quali - avendo anch'essi percepito il premio - altrimenti conseguirebbero un arricchimento. In tal senso, il Supremo Collegio (cfr. Cass., 23 dicembre 1993 n. 12763) ha ritenuto che "la locuzione indennità dovute evidenzia che fondamento dell'azione di regresso è la sussistenza dell'obbligo dell'altro assicuratore di pagare l'indennizzo" e "il regresso trova giustificazione nel fatto che l'assicuratore, avendo pagato lo stesso indennizzo che altro assicuratore era anche obbligato autonomamente a pagare, ha provocato l'estinzione dell'obbligo di costui; questi, pertanto, se non fosse tenuto in via di regresso, si arricchirebbe ingiustificatamente". Di talché si è potuta affermare, da una parte della dottrina e in giurisprudenza, l'esistenza di una solidarietà "lato sensu" - nell'obbligazione (Cfr. Cass., 19 agosto 1995, n. 8947): Trib. Milano, sez. V, 24 luglio 2008, n. 9791, in *Giustizia a Milano*, 2008, f. 9, 60.*

§ 1.4. (segue) Quarta macro-area: debito e responsabilità etero-determinati: legato di azienda, legato di partecipazione societaria, legato di mezzadria, legato di usufrutto, successione nel rapporto di condominio, nel contratto di locazione e nelle società cooperative.

Esiste, infine, un ultimo gruppo di ipotesi nelle quali il legatario si trova o si può trovare ad essere responsabile per i debiti lasciati dal testatore. Tale responsabilità, però, non trova fondamento ed origine nelle norme di diritto successorio, ma in norme di altri settori del codice civile.

In realtà, poi, tale inquadramento non è certo, nel senso che a seconda delle diverse impostazioni concettuali (già viste nella prima parte con riguardo agli istituti in questione) si potrebbe anche negare ogni responsabilità del legatario o al contrario affermarne una sua responsabilità illimitata, come vedremo e riassumeremo di seguito.

Innanzitutto viene in considerazione il legato di azienda e la norma di “interferenza” con le regole del diritto successorio, che è l’art. 2560 cod. civ., in forza del quale l’acquirente dell’azienda risponde dei debiti pregressi che risultino dai libri contabili, norma ritenuta applicabile anche agli acquisti *mortis causa*.

Come detto (*supra* parte I § 5.8) rispetto a tale ipotesi si sono formulate le più disparate opinioni, logicamente sostenibili.

Innanzitutto bisogna tenere presente che, secondo l’opinione dominante, dovremmo trovarci di fronte ad un rapporto obbligatorio, poiché l’art. 2560 cod. civ. prevederebbe un acollo cumulativo *ex lege*⁴²³.

La teoria del debito e della responsabilità è utile per legittimare l’acquirente all’azione di regresso nei confronti dell’alienante, ove abbia dovuto pagare tali debiti. Infatti, l’art. 2560 cod. civ. opera solo nei rapporti esterni con i creditori e lascia impregiudicata la questione dei rapporti interni. Solo ove il *debitum* rimanga in capo

⁴²³ TEDESCHI G.U., *op. cit.*, pag. 54; RUBINO D., *La compravendita cit.*, pag. 162; CAMPOBASSO, *op. cit.*, pag. 157.

In giurisprudenza, *ex multis* Cass. civ., sez. I, 29 aprile 1998 n. 4367, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 1857; Cass. civ., sez. II, 3 marzo 1994 n. 2108, in *Fisco (II)*, 1994, 9126.

Si è anche ipotizzato una delegazione passiva cumulativa: MESSINEO, *Manuale cit.*, II, pag. 223.

Ancora si è pure configurato un acollo legale: SANTORO-PASSARELLI, *L’impresa nel codice civile cit.*, 593.

all'alienante, l'acquirente sarà legittimato ad agire nei suoi confronti in regresso, poiché non vi è stata successione nei debiti⁴²⁴.

Più in generale l'individuazione dell'elemento del *debitum* determina l'individuazione del soggetto nel cui (esclusivo) interesse fu contratta l'obbligazione stessa, come previsto dall'art. 1298 codice civile, dunque il componimento finale dell'obbligazione.

Si è arrivati a sostenere che l'art. 2560 cod. civ. configuri una vera e propria ipotesi responsabilità senza debito, poiché il debito è solo dell'alienante⁴²⁵.

In realtà, l'acquirente è obbligato, tanto più *ex lege*, nei confronti del creditore. Altra cosa è l'analisi del rapporto interno, ove, sì, l'individuazione del *debitum* è determinante. Ma in questo momento il debitore in solido, mero responsabile, è già un creditore e a tale titolo agirà (sia pure in regresso) nei confronti del co-obbligato in solido, ora suo debitore.

Detto questo in via generale, occorre riprendere la questione della posizione del legatario rispetto ai debiti aziendali. Le opinioni sono varie.

⁴²⁴ La portata meramente esterna della responsabilità per i debiti dell'azienda non è pacifica.

Secondo alcuni la disposizione di cui all'art. 2560 comma 2 cod. civ. vale anche nei rapporti interni tra cedente e cessionario, CASANOVA, *op. cit.*, pag. 831-832; GRECO, *op. cit.*, pag. 294-295; CAMPOBASSO, *op. cit.*, pagg. 157-158 e nota n. 41; RUBINO, *Compravendita cit.*, pag. 161, il quale giustamente osserva che, di regola, questi debiti derivano da rapporti contrattuali già eseguiti dall'altra parte, quindi devono gravare sull'acquirente, che trova già acquisiti nell'azienda i vantaggi di tali rapporti. Si aggiunga che, verosimilmente, proprio in quanto risultanti dalle scritture contabili obbligatorie, i contraenti ne abbiano tenuto conto per stabilire il prezzo della compravendita.

Secondo altri e secondo la giurisprudenza, si esclude il passaggio (nei rapporti interni) dei debiti da alienante ad acquirente, COLOMBO, *op. cit.*, pag. 53 e pagg. 136-143; FERRARA, *La teoria cit.*, pag. 358; TEDESCHI, *op. cit.*, pag. 54; AULETTA, voce *Azienda*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, pag. 22, secondo cui la normalità del trasferimento non è sufficiente a presumerlo.

In giurisprudenza si trova affermato che il cedente non avrebbe azione di regresso per il pagamento dei debiti dell'azienda, in quanto egli avrebbe adempiuto ad un proprio debito derivante da un fatto contrattuale o extracontrattuale proprio. La solidarietà prevista dall'art. 2560 cod. civ. è *sui generis* con funzione di garanzia, in quanto, diversamente dalla solidarietà "ordinaria", il fatto costitutivo dell'obbligazione non è comune, ma rimane proprio del cedente: Cass. civ., sez. II, 3 marzo 1994 n. 2108, in *Fisco (II)*, 1994, 9126; Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2004 n. 23780, in *Giust. Civ. mass.*, 2005, 5.

⁴²⁵ Cass. civ., 3 marzo 1994 n. 2108, *cit.*, secondo la quale è *una responsabilità senza debito (il debito è solo dell'alienante) che va ricondotta ad un acollo cumulativo ex lege e dà luogo ad una solidarietà in forza di legge tra l'alienante e l'acquirente dell'azienda commerciale, solidarietà <sui generis> che non implica il diritto del primo di ripetere, neppure in parte, dal secondo quanto versato al terzo creditore, appunto perché - diversamente da quanto avviene nei casi di solidarietà ordinaria, in cui il fatto costitutivo del debito è imputabile anche al condebitore nei confronti del quale si agisca poi in via di regresso (art. 1292, 1294, 1298 e 1299 c.c.) - l'alienante, debitore, ha adempiuto un'obbligazione discendente esclusivamente dal fatto proprio, contrattuale o extracontrattuale.*

In primo luogo, si è negato che il legatario risponda di tali debiti, poiché non si verifica il passaggio automatico, rimanendo le passività a carico degli eredi (pro quota e salvo accettazione con beneficio di inventario). Il legatario risponderebbe dei debiti risultanti dai libri obbligatoriî solo entro il valore dell'azienda legata⁴²⁶.

In secondo luogo, si è ritenuto, pur ammettendo il passaggio automatico dei debiti in capo al legatario, che il legatario risponda *intra vires*, così pervenendo a conclusioni analoghe alle precedenti⁴²⁷.

In terzo luogo, si è anche sostenuto, all'opposto, la prevalenza delle regole proprie dell'azienda, cosicché il legatario sarebbe illimitatamente responsabile per i debiti aziendali e gli eredi che avessero avuto da rispondere nei confronti dei creditori, avrebbero diritto di rivalsa sul legatario⁴²⁸. È evidente anche il collegamento con la questione se si verifichi o meno il trapasso dei debiti.

In quarto luogo e di contrapposto, si è negata l'applicabilità dell'art. 2560 cod. civ. al fenomeno successorio *mortis causa*⁴²⁹.

Come detto, a seconda dell'orientamento che si vuole accogliere, diversa risulta essere la posizione del legatario rispetto al passivo ereditario, meglio di un certo passivo ereditario, quello dell'azienda legata. Si può passare dalla conferma della irresponsabilità del legatario alla sua eccezionale responsabilità anche *ultra vires*, passando per le posizioni mediane del limite del valore del bene legato.

Secondo la nostra impostazione, non vi è conflitto tra le norme successorie e quelle aziendali o almeno il contrasto è apparente. Questo perché le regole dell'azienda considerano l'azienda come complesso di beni e non il titolo dell'acquisto (*mortis causa*), regolato, invece, dalle norme successorie.

L'art. 2560 cod. civ. disciplina la vicenda dell'azienda come complesso di beni e lascia impregiudicate le regole sul titolo e sull'acquisto *mortis causa* (per quanto ci interessa, acquisto automatico e responsabilità *intra vires* del legatario per i debiti ereditariî).

In questo senso, la posizione del legatario rispetto a quei particolari debiti ereditariî, che invero sono i debiti dell'azienda legata, è del tutto peculiare: in

⁴²⁶ FERRARI G., *op. cit.*, pag. 735; COLOMBO, *op. cit.*, pag. 53.

⁴²⁷ MESSINEO, *op. cit.*, pag. 365. Gli eredi rimangono responsabili dei debiti aziendali che sopravanzassero il valore dell'azienda legata.

⁴²⁸ FERRARA, *op. cit.*, pag. 385-386.

⁴²⁹ METITIERI, *op. cit.*, pag. 5; AZZARITI, *Successioni e donazioni cit.*, Padova, pag. 491 nota n. 2.

apparenza eccezionalmente il legatario risponderà di tali debiti, ma questo in virtù di una regola estranea al diritto ereditario.

Non diversamente accade nella successione in una partecipazione societaria e, in particolare, nell'assunzione della qualità di socio illimitatamente responsabile. Evidentemente si tratta di un'ipotesi eccezionale rispetto alle regole sulla responsabilità del legatario per i debiti del testatore.

Anche in questo caso, tuttavia, la responsabilità del legatario dipende non da una regola successoria, ma da un necessario atto di scelta (art. 2284 cod. civ.) di colui che subentra. La responsabilità, detto diversamente, discende da un atto *inter vivos* di scelta del legatario, essendo esclusa una clausola di successione automatica.

Altre ipotesi di responsabilità "eterodeterminata" sono quelle del rapporto di mezzadria (art. 2160 comma 2 cod. civ.), di successione nei debiti tributari dell'azienda (art. 14 D. lgs. n. 472/1997, *supra* parte I § 5.8.2) e di usufrutto di eredità (art. 1010 cod. civ.). Basti ricordare che a mente dell'art. 2160 cod. civ. i crediti e i debiti del concedente verso il mezzadro, risultanti dal libretto colonico, si trasferiscono a colui che subentra nel godimento del fondo, salva la responsabilità sussidiaria per i debiti dell'originario concedente. A' sensi dell'art. 1010 cod. civ., poi, l'usufruttuario di un'eredità (ammesso di considerarlo, come appare preferibile, legatario e non erede, *supra* parte I §§ 3) è obbligato a pagare per intero, o in proporzione alla quota, le annualità e gli interessi dei debiti o dei legati dai quali l'eredità stessa sia gravata.

Ed ancora vi è il caso di successione nel rapporto di comunione e di condominio (artt. 1104, 1139 cod. civ. e art. 63 comma 2 disp. att. cod. civ.). Occorre solo evidenziare, rispetto a quanto già detto (*supra* parte I § 5.13) che nel rapporto di condominio il legatario può eccezionalmente venire a rispondere di specifici debiti ereditari, ma allo stesso competerebbe azione di regresso. Nel caso di rapporto di comunione il legatario è eccezionalmente tenuto in solido al pagamento dei debiti pregressi (*intra vires*), salvo il diritto di regresso per quanto abbia dovuto pagare ai creditori, essendo il debito anteriore sorto nell'interesse del cedente/testatore.

Infine, discussa è la successione del legatario *nel* contratto di locazione (*supra* parte I § 5.12).

Occorre interrogarsi sulla sorte dei debiti (e dei crediti) pregressi, vuoi per il caso di legato *ex lege*, vuoi in caso di legato testamentario, una volta ammessane la possibilità.

In via generale, i debiti ereditari dovrebbero gravare sull'erede (art. 752 cod. civ.) pertanto, il legatario dovrebbe subentrare nei diritti e negli obblighi del defunto

con effetto *ex nunc*, con la conseguenza che i debiti e i crediti pregressi rimangono agli eredi⁴³⁰.

Tuttavia, nel caso di legato *ex lege*, tale regola non sembra applicabile, non fosse altro che il legatario ha goduto dell'immobile anche in precedenza (è proprio un presupposto della successione legale, art. 6 L. n. 392/1978). Detto altrimenti, le obbligazioni sono state assunte anche nel suo interesse e, dunque, ne risponde, come, di converso, ha diritto agli eventuali crediti⁴³¹.

Diversamente si deve concludere per il legato testamentario, ove non viene in considerazione la tutela dell'esigenza abitativa, sottesa alla disciplina legale.

A nostro modo di vedere, nei rapporti interni il legatario che abbia dovuto pagare i debiti pregressi ha azione di ripetizione nei confronti degli eredi. Dal punto di vista economico, chi succede nel contratto di locazione riceve il vantaggio di usare la cosa oggetto del rapporto e il vantaggio di un canone e di una durata certi. Ogni ulteriore e diverso vantaggio (come pure obbligo) compete agli eredi, almeno in assenza di una diversa volontà del testatore. Infatti, i debiti pregressi furono, almeno di regola, assunti nell'esclusivo interesse del testatore-conduttore e, pertanto, devono rimanere nella sua sfera giuridica. Eguale sorte devono trovare i crediti (per tutti si pensi al deposito cauzionale, il cui diritto è meno alla restituzione al termine del rapporto locatizio potrebbe essere determinato da un comportamento o da una omissione riferibile, nei rapporti interni, sia al testatore, sia al legatario).

Se il deposito cauzionale verrà restituito al conduttore, succeduto nel contratto, dovrà essere trasferito agli eredi. Diversamente occorrerà verificare il fatto costitutivo del diritto del locatore a trattenere detto deposito: nei rapporti interni, se imputabile al testatore, il legatario non avrà alcuna responsabilità, se, invece, è a costui imputabile, gli eredi potrebbero far valere tale responsabilità e chiedere la restituzione al legatario inadempiente.

Concludendo, in tutte le ipotesi viste il legatario può essere tenuto (salva l'azione di regresso nei confronti degli eredi) a pagare alcuni debiti particolari del testatore, meglio alcuni debiti connessi al bene legato. Tale responsabilità, tuttavia, risulta dal collegamento con norme non collocate nel Libro I Titolo II del codice

⁴³⁰ Trib. Roma 8 giugno 1992, *cit.*].

⁴³¹ NATALE, *Successione cit.*, pagg. 1052-1053; CARLEO, *op. cit.*, pag. 224; PADOVINI, *op. cit.*, pag. 750. *Contra*, BOZZI, *op. cit.*, pag. 60.

civile. Ci si avvede, dunque, come la posizione del legatario rispetto ai debiti e ai pesi dell'eredità possa essere assai varia, complessa e, soprattutto, interdisciplinare.

Indubbiamente ci sono molte fattispecie di dubbia soluzione, ove i problemi sono aperti. Di questo abbiamo cercato di dare conto nel proporre la suddivisione e la sistemazione nella quattro aree.

§ 2. Separazione dei beni del defunto e responsabilità del legatario.

Sebbene l'argomento non riguardi direttamente lo specifico tema prefissatoci, non ci si può esimere dallo svolgere alcune brevi considerazioni sulla sorte degli atti dispositivi compiuti da erede o legatario in caso di separazione dei beni del defunto⁴³².

È di tutta evidenza che il tema è radicalmente estraneo a quello dei debiti e dei pesi dell'eredità. La responsabilità di cui si accennerà sarà una responsabilità per un fatto proprio del legatario. Tuttavia, i problemi applicativi e la stretta inerenza all'argomento prefissatoci (almeno perché riguarda un istituto assai importante) inducono a svolgere alcuni doverosi approfondimenti.

Ci si può interrogare sulla sorte degli atti dispositivi compiuti dal legatario (o dall'erede) prima che sia esercitato il diritto di separazione nel termine dei tre mesi, distinguendo gli atti dispositivi aventi ad oggetto beni immobili e beni mobili.

Ulteriore interrogativo riguarda il problema del momento dell'attuazione del vincolo di separazione e la responsabilità dell'erede o del legatario per aver posto in essere atti di disposizione. Procediamo con ordine.

Occorre tener presente, poi, che diversa è l'ipotesi di ipoteche o vendite concesse od effettuate dal defunto, che vengano iscritte o trascritte successivamente all'apertura della successione. In questo caso, ove il rapporto è tra creditori separatisti ed aventi causa dal *de cuius* (e non dall'erede o dal legatario), dovrebbe valere il principio generale della prevenzione, salvo ritenere che non si possa accordare il diritto di separazione al creditore del defunto⁴³³.

⁴³² Diffusamente, FEOLA, *op. cit.*, pagg. 1414-1418.

⁴³³ FEOLA, *op. cit.*, pagg. 1417 e 1427. CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale cit.*, pag. 344; diffusamente, FERRI, *Successioni art. 512-534 cit.*, pagg. 68-71; CAPOZZI, *op. cit.*, pagg. 344-345 nota n. 734; FERRARI, voce *Separazione cit.*, pag. 1477.

§ 2.1. Separazione dei beni ereditari immobili.

Passando al tema di indagine, *quid iuris* se il legatario riceve il legato e ne dispone prima dell'esercizio del diritto di separazione nel termine di tre mesi dall'apertura della successione?

Per quanto riguarda gli atti dispositivi dei beni ereditari, il Legislatore ha previsto dei meccanismi di tutela dell'interessato alla separazione, distinguendo il regime dei beni immobili da quello dei beni mobili.

Per i beni immobili, l'art. 518 comma 2 cod. civ. stabilisce che le iscrizioni a titolo di separazione prevalgono sulle trascrizioni contro l'erede o il legatario anche se anteriori⁴³⁴.

La norma si riferisce genericamente alle trascrizioni, non distinguendo il titolo (oneroso o gratuito) dell'atto di disposizione.

Al di là della considerazione generale che l'acquirente a titolo gratuito non meriterebbe tutela, dovendo prima essere soddisfatto il creditore ereditario, non escludiamo che nella previsione dell'art. 518 cod. civ. possa rientrare l'ipotesi di trascrizione contro l'erede a favore del legatario: l'acquisto del legatario diventa "stabile" dopo che è trascorso il termine di tre mesi. Considerando che l'acquisto del legato avviene automaticamente e che nel legato di specie l'effetto traslativo avviene direttamente ed immediatamente, consentendo l'art. 513 cod. civ. l'esercizio della separazione anche sui beni che formano oggetto di legato di specie, l'eventuale acquisto del legatario, sia esso di genere o di specie, non è opponibile ai creditori separatisti.

In ogni caso, con riguardo ai beni immobili, non sorgono problemi per la tutela degli interessi dei creditori ereditari separatisti rispetto agli eventuali aventi causa dall'erede o dal legatario, poiché il regime di pubblicità priva di ogni rilevanza il titolo e la buona fede dei terzi.

Invero, per gli acquisti a titolo gratuito, sia di beni immobili sia di beni mobili, si è anche escluso che si possa procedere alla separazione, percorrendo la strada del

⁴³⁴ Secondo FEOLA, *op. cit.*, pag. 1414, l'iscrizione della separazione, sia essa anteriore o posteriore all'alienazione, non incide sulla validità o efficacia di quest'ultima, ma determina semplicemente l'opponibilità all'acquirente che trascriva successivamente o abbia già trascritto.

negozio lesivo revocabile⁴³⁵. Tuttavia, per quanto riguarda i beni immobili è la norma stessa che consente l'iscrizione a titolo di separazione con prevalenza sulle trascrizioni anteriori. Se l'iscrizione è comunque opponibile all'acquirente (a titolo gratuito o oneroso), è da ritenere, a nostro avviso, che l'acquisto di quest'ultimo sia sottoposto ad una *condicio iuris*, ben sapendo egli che nel breve termine di tre mesi dall'apertura della successione il bene potrebbe essere separato⁴³⁶. Così non vi è la necessità di ricorrere ad uno strumento, quella della revocatoria ordinaria, indubbiamente meno snello e più aleatorio, scontando il rischio di un contenzioso.

§ 2.2. Separazione di beni ereditari mobili.

Per quanto riguarda il bene mobile alienato dopo l'apertura della successione, l'art. 517 cod. civ. tutela la posizione del soggetto interessato alla separazione, attribuendogli il diritto di surrogazione reale sul prezzo non ancora riscosso⁴³⁷.

Parlando di "prezzo", la norma esclude il caso di cessione a titolo gratuito, ipotesi che deve confrontarsi con l'art. 1153 codice civile. In presenza di disposizione a titolo gratuito, al creditore non rimarrebbe che il mezzo dell'azione revocatoria pauliana⁴³⁸, salvo ritenere che tale acquirente mai meriti tutela e che il creditore del defunto possa comunque domandare la separazione sul bene⁴³⁹.

In sede interpretativa, però, ci si potrebbe interrogare se l'avverbio "soltanto" usato dal legislatore ("il diritto di separazione comprende soltanto il prezzo non ancora pagato", art. 517 comma 3 cod. civ.) si riferisca al prezzo già pagato oppure al fatto che oggetto della separazione non può essere il bene mobile.

⁴³⁵ FEOLA, *op. cit.*, pagg. 1414-1416.

⁴³⁶ Non si può escludere la configurabilità di una condizione legale o *tacita*, in generale definita come un presupposto dal quale la legge fa dipendere l'efficacia dell'atto, TRABUCCHI, *op. cit.*, pag. 140; CARUSI D., *Condizione e termini*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, t. II, *Effetti*, Milano, 2006, pagg. 287-289.

⁴³⁷ FEOLA, *op. cit.*, pag. 1414.

⁴³⁸ FEOLA, *op. cit.*, pagg. 1414-1415.

⁴³⁹ CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale cit.*, pag. 346.

In questa seconda ipotesi, allora, non si può escludere che oggetto della separazione possa essere anche il prezzo già pagato, ferma la difficoltà pratica di rintracciare e separare il denaro⁴⁴⁰.

Per quanto attiene all'attribuzione al legatario, non sembra applicabile l'art. 517 comma 3 (che parla di alienazioni e di prezzo).

Per gli acquisti a titolo gratuito, si è già detto al paragrafo precedente che si è escluso che si possa procedere alla separazione, percorrendo, invece, la strada del negozio lesivo revocabile⁴⁴¹. Teoricamente la strada è percorribile, ma in pratica sarà assai difficile, che, nella generalità dei casi, si possano riscontrare le condizioni per agire in revocatoria ordinaria, trattandosi di beni mobili ed anche se taluni beni mobili possono avere un valore economico notevole, comunque da rapportare al patrimonio complessivo ai fini della revocatoria.

§ 2.3. Separazione dei beni ereditari ed attuazione del vincolo. La responsabilità del legatario per fatto proprio.

Ulteriore passaggio è domandarci da quando il legatario (ma anche l'erede) è responsabile, in generale, per l'eventuale trasferimento del bene. Dal momento del deposito del ricorso? Dalla notifica? Da quando il giudice ordina l'inventario e dispone le misure conservative? Il problema generale è verificare la sorte dei beni alienati.

La notifica del ricorso non appare un valido discrimine, non fosse altro che si è addirittura ritenuto che il ricorso non debba essere neppure notificato, non essendo ciò prescritto dalla legge⁴⁴².

Neppure l'ordine di inventario è determinante, poiché potrebbe non essere necessario e dunque non esserci, ove la separazione sia chiesta con riferimento a beni mobili specifici⁴⁴³.

⁴⁴⁰ FERRI, *op. ult., cit.*, pagg. 59-60. *Contra* CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 344.

⁴⁴¹ FEOLA, *op. cit.*, pagg. 1414-1416.

⁴⁴² CICU, *op. ult. cit.*, pag. 345; FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 56. La notificazione può essere, tuttavia, opportuna nel caso che oggetto di separazione sia un credito, per evitare gli effetti liberatori del debitore che paghi all'erede.

⁴⁴³ CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 344; FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 57.

La soluzione preferibile (trattandosi, per i più, di procedimento di volontaria giurisdizione⁴⁴⁴) sembra quella che il vincolo si perfezioni con l'attuazione della misure cautelari, senza identificarsi con esse, non retroagendo l'effetto al momento della domanda e ferma la responsabilità dell'erede che disponga dei beni separati ad esempio dopo la notifica del ricorso e prima dell'attuazione delle misure conservative⁴⁴⁵.

Il giudice, nel dare le disposizioni necessarie per la conservazione dei beni, potrà in concreto attribuire il possesso al primo creditore istante, ovvero nominare un sequestratario, con obblighi di custodia e poteri di amministrazione⁴⁴⁶, piuttosto che, in caso di beni mobili deperibili, la loro vendita e il deposito del prezzo⁴⁴⁷. Potendo la separazione avere ad oggetto anche crediti del defunto, la misura conservativa necessaria consisterà nella notifica al debitore, in analogia alle forme del pignoramento e del sequestro conservativo di crediti (artt. 543 e 678 cod. proc. civ.)⁴⁴⁸.

A mente dell'art. 517 cod. civ., se è vero che il diritto alla separazione si esercita mediante domanda giudiziale (comma 1), il vincolo sui beni (mobili) può produrre i propri effetti solo con l'attuazione delle misure disposte dal giudice (ai sensi del comma 2), in considerazione del particolare regime di circolazione dei beni mobili.

Per assicurare l'efficacia al vincolo sui beni mobili, non basta l'inventario, ma occorrono misure conservative, che rappresentino un equipollente della consegna della

⁴⁴⁴ FEOLA, *op. cit.*, pag. 1423; BONILINI, *Nozioni cit.*, pag. 62; FERRI, *Successioni art. 512-535 cit.*, pagg. 55-56, il quale evidenzia, condivisibilmente, che la separazione è collegata ad una dichiarazione di volontà del creditore e che, pertanto, il giudice deve limitarsi ad un mero controllo sommario sulla legittimazione del ricorrente, al pari del conservatore dei registri immobiliari: il giudice non pronunzia la separazione, ma vi dà attuazione attraverso i provvedimenti necessari per la conservazione e la custodia dei beni (pag. 56 nota n. 2).

⁴⁴⁵ FERRI, *op. ult. cit.*, pagg. 60-61.

⁴⁴⁶ CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 344.

⁴⁴⁷ FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 57, il quale evidenzia che, se l'espressione normativa è generica ("disposizioni necessarie per la conservazione dei beni"), il giudice è libero di scegliere i mezzi più opportuni per raggiungere lo scopo. Così, per sottrarre all'erede il possesso, si potrà ricorrere alle forme di custodia previste per il pignoramento mobiliare e per il sequestro conservativo, fermo che la separazione mobiliare non diventa una forma di pignoramento o di sequestro conservativo o, in generale, di pignoramento.

⁴⁴⁸ FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 60.

cosa al creditore pignoratizio⁴⁴⁹. Se il ricorso e l'inventario possono valere come una certa pubblicità alla separazione mobiliare, della quale i terzi possono essere nella condizione di conoscerla, resta il fatto che occorre togliere all'erede la disponibilità materiale e giuridica dei beni mobili separati, altrimenti la buona fede farà salvo il terzo possessore.

Si aggiunga che la norma per i beni mobili *già alienati* (comma 3) prevede che la separazione comprende solo il prezzo non ancora pagato e il momento di riferimento è da rapportare a quanto previsto nel comma precedente, ossia l'aver dato il giudice i procedimenti necessari.

Data la particolare natura del vincolo (reale) e del bene (mobile), la separazione non può che perfezionarsi con l'attuazione di tali misure necessarie, pur non identificandosi con esse, con ciò escludendosi la rilevanza del solo provvedimento del giudice.

Vero è, d'altra parte, che l'art. 517 cod. civ. non è una mera applicazione dell'art. 1153 cod. civ. prescindendo sia dal conseguimento del possesso, sia dalla buona fede. Se si applicasse l'art. 1153 cod. civ. il bene sarebbe stato acquistato libero da pesi ed oneri. L'art. 517 cod. civ. prevede una disciplina favorevole al terzo, quanto meno non richiedendo l'indagine sul suo stato di buona fede. Tuttavia il vincolo si crea, sia pure sul surrogato (il prezzo ancora da pagare) e in tal senso il vincolo della separazione si conferma non coincidente con le misure cautelari disposte dal giudice⁴⁵⁰.

Per quanto riguarda l'eventuale conseguimento del legato, il suo acquisto dovrebbe essere sempre subordinato all'esercizio del diritto di separazione.

Nel caso che il legatario abbia nelle more alienato il bene oggetto di legato, vale l'art. 517 comma 3: è la dimostrazione che egli non è responsabile.

Un'eventuale responsabilità potrebbe allacciarsi non al debito ereditario in sé, ma ad un proprio comportamento lesivo del credito altrui, ad esempio alienazione in mala fede. Ma questo è un ambito che fuoriesce dal campo successorio proprio.

Si può configurare la lesione del diritto di credito altrui, con tutte le conseguenze ordinariamente previste, fino anche alla tutela aquilina del credito.

In questo senso la conoscenza del deposito del ricorso (per il caso di separazione di beni mobili) o della sua notificazione potrebbe avere rilevanza non per

⁴⁴⁹ FERRI, *op. ult. cit.*, pag. 56 nota n. 6.

⁴⁵⁰ CAPOZZI, *op. cit.*, pag. 344; FERRI, *op. ult. cit.*, pagg. 58-59.

l'istituto della separazione, ma per una responsabilità generale dell'erede o del legatario, in quanto portato a conoscenza della pretesa creditoria.

Questo potrà essere tanto più vero se si pensa al caso in cui il creditore eserciti il diritto di separazione su uno o più specifici beni mobili, individuati nel ricorso, poi notificato.

Ove, invece, la separazione sia chiesta sui beni mobili in generale, è necessario l'inventario. Pertanto, fin tanto che le misure conservative non vengano attuate, solo dal punto di vista dell'opportunità il legatario e l'erede non disporranno dei beni. Se lo fanno, il loro comportamento potrà essere valutato unitamente ad altre circostanze, idonee a sostenere in concreto la *scientia damni* per aver disposto di uno o più beni mobili da separare.

§ 3. Considerazioni conclusive: conferma dei principî cardine degli artt. 756 e 671 cod. civile. Altre ipotesi di obbligazioni del legatario nei confronti dell'onerato. Legato di eredità.

Al termine di questo percorso, nonostante i numerosi profili critici e di apparente deviazione rispetto alla regola generale emersi, possiamo ancora affermare che i principî cardine, di cui agli artt. 756 e 671 cod. civ., in tema di legato (ossia che il legatario non risponde dei debiti ereditari e che, se ne risponde eccezionalmente, questo avviene *intra vires*) rimangono tali, a condizione di considerare nel loro insieme le possibili implicazioni della successione *mortis causa* a titolo particolare in un determinato rapporto.

A livello di obbligazioni testamentarie, l'unica eccezione è, apparentemente, quella derivante dalla possibilità per il testatore di imporre al legatario il pagamento di uno o più dei suoi debiti. Come detto, l'eccezione è più apparente che reale, poiché la disposizione non può dispiegare effetti esterni ed è sempre fermo il limite della responsabilità *intra vires*.

Analogamente non siamo in presenza di eccezioni, ove il testatore voglia, in generale, limitare l'attribuzione al legatario mediante la previsione di oneri o di sub-legati, oppure ove il bene oggetto di legato sia gravato da un peso di natura reale (art. 668 cod. civ.)⁴⁵¹, poiché il legatario non risponde di un debito del testatore.

⁴⁵¹ BONILINI, *Dei legati cit.*, pag. 446.

Neppure costituiscono eccezioni al principio che il legatario *non succede* nei debiti del testatore quelle ipotesi sulla separazione dei beni, sul beneficio di inventario, sull'assegno vitalizio, sull'eredità giacente, sull'azione di riduzione, ove il legatario viene a *subire* la prevalenza dei diritti di altri soggetti titolati dalla legge. Sono ipotesi di responsabilità in senso ampio, estranee alla figura della successione dei debiti in senso tecnico.

Allargano il campo di analisi, il legatario può, pur tuttavia, trovarsi a dover rispondere indirettamente di debiti del testatore, come nel caso del bene ipotecato, dell'azienda, dell'usufrutto e del condominio: anche queste, però, non costituiscono eccezioni al principio generale di diritto successorio, poiché il legatario non risponde in quanto tale, ma quale terzo possessore o comunque quale acquirente di azienda, usufruttuario e acquirente in condominio.

È vero che eccezionalmente il legatario può trovarsi a subire dei pesi ereditari, ma questo accade, come visto, non in forza del fenomeno successorio, ma del particolare statuto del bene ricevuto per successione. In senso stretto e specifico, il legatario come tale non è responsabile dei debiti del testatore, lo sarà quale acquirente di azienda, usufruttuario, condomino, etc.

Si potrebbe, allora, giungere a ritenere che, coerentemente, in tali ipotesi il legatario possa rispondere dei debiti anche *ultra vires* valorizzando la disciplina del bene ricevuto in legato.

Non è propriamente così, poiché occorre distinguere il *titolo di acquisto* (che rimane successorio a titolo particolare, regolato, per quanto interessa, dall'art. 671 cod. civ.) dalla *disciplina del rapporto* nel quale si subentra.

A questo punto ci si può trovare di fronte all'alternativa di stabilire se tale limitazione di responsabilità dispieghi efficacia esterna oppure solo nei rapporti erede- legatario.

Nel primo caso, il legatario potrà eccepire al creditore la limitazione di responsabilità e per l'eventuale eccedenza quest'ultimo dovrà rivolgersi all'erede.

Nel secondo caso, il legatario avrà diritto di rivalsa nei confronti dell'erede per l'eccedenza che abbia dovuto pagare.

Trattandosi pur sempre di debiti del defunto, non potrà che valere la regola speciale successoria, in forza della quale il legatario, che acquista automaticamente il legato, non risponde di tali debiti inerenti il bene legato che *intra vires*, tanto più se vengono considerati come pesi/obbligazioni che "seguono" il bene, una sorta di obbligazioni *propter rem*, come visto nel caso di legato di azienda.

A ben vedere, dunque, il complesso delle posizioni rilevanti del legatario verso il passivo ereditario si possono suddividere in due grandi categorie: da una parte, le obbligazioni successorie con tutte le distinzioni viste, dall'altra le forme di responsabilità del legatario in forza di regole extra-successorie.

Anche in questi casi le regole generali in tema di legato (irresponsabilità per debiti ed eccezionale limitazione di responsabilità) mantengono validità, sia pure non assoluta, dovendo essere "relativizzate" o coordinate in rapporto a norme estranee al rapporto successorio.

Per completezza bisogna osservare che le ipotesi viste non esauriscono il possibile novero di casi di obbligazioni del legatario.

Innanzitutto, il legatario potrebbe essere tenuto a rimborsare all'onerato le spese necessarie alla manutenzione e conservazione della cosa appartenente al testatore, sostenute tra la data di apertura della successione e quella di consegna della cosa⁴⁵².

Se la cosa appartiene all'onerato, costui non avrebbe diritto al rimborso delle spese necessarie alla manutenzione (ordinaria), poiché sarebbero compensate dall'uso fattane della cosa stessa.

Ove le spese siano utili, all'onerato potrebbe spettare il diritto al rimborso della minor somma tra l'importo della spesa e l'aumento di valore della cosa, a condizione che i miglioramenti esistano al momento della consegna della cosa legata⁴⁵³. Se così non fosse, si configurerebbe un indebito arricchimento a favore del legatario.

Inoltre, il legatario potrebbe essere tenuto a risarcire i danni all'onerato per i danni a lui cagionati, senza sua colpa, dalla cosa legata, prima della consegna al legatario e salvo che oggetto del legato non sia un bene appartenente allo stesso onerato⁴⁵⁴.

Nel caso di legato di eredità, ove non si verifica una successione ereditaria, ma una successione a titolo particolare nell'eredità trasmessa (che non rappresenta né l'intero patrimonio del testatore, né una sua quota), oggetto del legato sono tutti i rapporti giuridici compresi in quell'eredità e così sia i rapporti giuridici attivi sia

⁴⁵² BONILINI, *Dei legati cit.*, pag. 72; GANGI, *Successioni cit.*, vol. II, pag. 162.

⁴⁵³ BONILINI, *Dei legati cit.*, pag. 72; GANGI, *Successioni cit.*, vol. II, pag. 163.

⁴⁵⁴ BONILINI, *Dei legati cit.*, pag. 72; GANGI, *op. ult. cit.*, pag. 164.

quelli passivi. Per i debiti risponderà, dunque, il legatario, ma solo con i beni dell'eredità medesima e non anche con i propri.

È una responsabilità *intra vires e cum viribus*, poiché non si può estendere analogicamente la norma sulla vendita di eredità (artt. 1546 e 1547 cod. civ.).

Per l'eccedenza risponderà l'erede, salvo che il testatore avesse accettato con beneficio di inventario e sempre salvo che l'erede stesso non avesse accettato con medesimo beneficio⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ BONILINI, *Dei legati cit.*, pagg. 163-164; GIORDANO-MONDELLO, *op. cit.*, pag. 742.

PARTE IV – IL LEGATO IN ALCUNI ORDINAMENTI GIURIDICI EUROPEI

1. Il legato nel diritto austriaco: oggetto e differenza dall'eredità.

Per molti versi il diritto successorio austriaco è simile al nostro, per altri, naturalmente, se ne discosta.

Volgendo l'attenzione agli aspetti che più interessano l'ambito di indagine che ci siamo prefissati, innanzitutto, il legato, così come l'eredità, è la chiamata ad un acquisto a causa di morte.

Il legato si distingue dall'eredità, in quanto il beneficiario non viene chiamato ad una successione generale (*Gesamtrechtsnachfolger* contrapposta ad una *Einzelrechtsnachfolge*) del testatore e, dunque, non subentra nella sua posizione di diritto⁴⁵⁶.

La molteplicità dei possibili oggetti di un legato permette solo questa definizione. Anche il Codice Civile austriaco disciplina espressamente alcuni casi particolari: legato di cosa di genere (§§ 656-659 ABGB); legato di una cosa determinata (§§ 660-661 ABGB); legato di cosa altrui (§ 662 ABGB); legato di credito (§§ 663-668 ABGB); legato di dote (§§ 669-671 ABGB); legato di mantenimento, di educazione o di alimenti (§§ 672-673 ABGB); legato di mobili (§ 674 ABGB); legato di un contenitore (§§ 675-677 ABGB); legato di gioielli e preziosi (§ 678 ABGB); legato di oro, argento, biancheria, cavallo da tiro (§679 ABGB); legato di denaro contante (§ 680 ABGB). Per il resto l'oggetto del legato può essere tutto ciò che può circolare: cose, diritti, opere e altri atti che abbiano un valore economico (§ 653 ABGB).

⁴⁵⁶ KRALIK, *op. cit.*, pag. 204.

Il § 532 ABGB definisce il diritto esclusivo di prendere possesso (*Besitz*) l'intera eredità o una parte determinata in relazione al tutto (*einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Teil*) come diritto di successione.

Il successivo § 535 ABGB è espressamente dedicato alla differenza tra eredità e legato: se nessuno ha questa parte di eredità, che si rapporta all'intero, ma solo una singola cosa o più cose di genere determinato, una somma o un diritto, allora il beneficiario è un legatario, anche se il valore del lascito esaurisce la gran parte dell'eredità⁴⁵⁷.

Il legato è una singola assegnazione contenuta in un testamento, in un codicillo o in un accordo successorio (*Erbvertrag*, ammesso nel diritto austriaco, sia pure a certe condizioni e con certi limiti, si vedano i §§ 1249 e ss. ABGB)⁴⁵⁸.

Per stabilire la natura della disposizione, rilevano non le parole adoperate dal testatore, ma la sua volontà⁴⁵⁹: come l'enumerazione di beni ereditari può comportare un'istituzione ereditaria, così l'attribuzione di tutto il patrimonio o di una sua quota può essere un legato. Ciò vale in ogni caso quando l'indicazione della quota serve a determinare l'ammontare di un legato di denaro.

Eguale è disposizione di legato quella che attribuisce tutta o una parte dell'eredità depurata dai debiti, ovvero quella che attribuisce, ad esempio, a qualcuno $\frac{1}{4}$ dell'attivo ereditario⁴⁶⁰.

Nel primo caso, infatti, il legato è calcolato dal saldo, mentre nel secondo caso gli eredi dovranno sopportare i debiti con i restanti $\frac{3}{4}$.

Pertanto, i § 532 e 535 ABGB sono significativi nella parte in cui bisogna qualificare nel dubbio come legato l'enumerazione di cose e diritti e come istituzione

⁴⁵⁷ Precisamente il § 535 ABGB afferma *Wird jemanden kein solcher Erbteil, der sich auf den ganzen Nachlaß bezieht; sondern nur eine einzelne Sache, eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung; eine Summe; oder ein Recht zugedacht; so heißt das Zugedachte, obschon dessen Wert den größten Teil der Verlassenschaft ausmacht, ein Vermächtnis (Legat), und derjenige, dem es hinterlassen worden, ist nicht als ein Erbe, sondern nur als ein Vermächtnisnehmer (Legatar) zu betrachten.*

Sebbene il valore del legato possa esaurire la gran parte dell'eredità, spesso la disposizione di più o meno il complessivo patrimonio viene interpretata come istituzione ereditaria: APATHY, *Kommentar zu §§ 531-694 ABGB* (Koziol, Bydlinski, Bollenberger Hrsg.), Wien, 2007, pag. 506.

⁴⁵⁸ Anche nel diritto austriaco esiste il legato previsto dalla legge, come il pre-legato di uso e di abitazione in favore del coniuge sopravvissuto (§ 758 ABGB).

Per una prima ricognizione del Erbvertrag, KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 522 e ss.

⁴⁵⁹ APATHY P., *op. cit.*, pag. 506; KRALIK, *op. cit.*, pag. 204.

⁴⁶⁰ KRALIK, *op. cit.*, pag. 204; APATHY, *op. cit.*, pag. 506.

ereditaria la chiamata in una quota⁴⁶¹. È, dunque, configurata, nei casi dubbi, una presunzione a favore del legato.

1.2. Il legato e successione a titolo particolare. Legato, *modus* e condizione.

Con riguardo al rapporto legato-successione a titolo particolare, si osserva che, sebbene il legatario derivi la propria pretesa dal testatore, egli tuttavia non è suo necessario successore a titolo particolare, in relazione all'oggetto del legato. Ciò risulta chiaro quando il legato consiste in un fare o in un non fare oppure quando occorre prendere una cosa dal patrimonio dell'erede o di un legatario. Egli è successore a titolo particolare solo quando riceve una cosa o un diritto del testatore, non quando la cosa gli deve essere procurata⁴⁶².

Anche nel caso in cui un bene dell'eredità è oggetto di legato, il legatario non lo acquista direttamente dal testatore: la disposizione gli attribuisce solo un diritto di credito nei confronti dell'erede, il quale dovrà consegnarli la cosa legata attraverso un atto soddisfacente (§ 684 ABGB, che attribuisce al legatario un diritto alla cosa legata e per il diritto di proprietà rinvia alla parte V sulle norme dell'acquisto della proprietà attraverso la consegna)⁴⁶³.

Più precisamente, il bene legato appartiene alla *Nachlass* (eredità) e all'erede dopo la *Einantwortung* (un atto che conclude il procedimento di apertura della successione), con la conseguenza che prima della *Einantwortung* il legato andrà richiesto alla *Nachlass*, dopo all'erede⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ KRALIK, *op. cit.*, pag. 204. Oberster Gerichtshof 6.7.1973, *EvBl* (Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen), 1973, 314; APATHY P., *op. cit.*, pag. 506; GRUBER M. – SPROHAR-HEIMLICH H. – SCHEUBA E-, *Erbeinsetzung und Vermächtnis*, in *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, (GRUBER M., KALSS S., MÜLLER K., SCHAUER M. hrsg), Springer Wien New York, 2010, pagg. 490-491.

⁴⁶² KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 534; KRALIK, *op. cit.*, pag. 205.

⁴⁶³ APATHY, *op. cit.*, pag. 505; KRALIK, *op. cit.*, pag. 205; KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 534.

⁴⁶⁴ Si tratta di norme cogenti, che non possono essere derogate neppure da una disposizione del testatore, che, ad esempio, autorizzi il legatario alla presa di possesso diretta: KRALIK, *op. cit.*, pag. 205, il quale, peraltro, critica alla nota n. 10 OGH 28.8.1969, *EvBl*, 1970, 11, secondo cui il testatore potrebbe anticipare l'atto di consegna attraverso il passaggio di proprietà in vita. *Contra*, WILHELM, *Übergang des Bestandverhältnisses durch Vermächtnis*, *JBl* (Juristische Blätter), 1972, 79.

Occorre specificare che, diversamente dal nostro sistema giuridico, prima della *Einantwortung* l'erede non ha né un diritto alle cose dell'eredità (*Nachlass*), che appartengono alla *Nachlass* come vera e propria persona giuridica, né può prendere di propria iniziativa possesso dell'eredità; solo con la *Einantwortung* si verifica la successione (*Nachfolge*)⁴⁶⁵.

Il legatario, dunque, ha solo un diritto di credito (*Damantionslegat*). Come condizione (*Auftrag*) viene considerato anche il *modus* (*Auflage*)⁴⁶⁶. Attraverso la creazione di un diritto di credito del beneficiario, il legato si distingue, allora, dalla *Auflage* (*modus*), che non procura alcun diritto di credito al favorito⁴⁶⁷: a mente del § 709 ABGB, se il testatore ha lasciato a qualcuno un'eredità sotto una condizione (*unter einem Auftrage*), allora questa condizione è da considerare come una condizione risolutiva (*eine auflösende Bedingung*), di modo che l'eredità è perduta se la condizione è inosservata.

Diversamente dal nostro sistema, il *modus* si distingue dal legato perché nessuno ha un diritto azionabile per l'adempimento. Se anche qualcuno è favorito dalla *Auflage*, egualmente si tratta di modo e non di legato, se il testatore non ha concesso al beneficiario alcuna possibilità di imporsi (*wenn der Testator dem Begünstigten keine Durchsetzungsmöglichkeit einräumt*)⁴⁶⁸.

Anche in questo caso è decisiva la volontà del testatore. La presunzione è nel senso di un legato, se la disposizione favorisce patrimonialmente una determinata persona⁴⁶⁹.

1.3. Acquisto del legato e posizione del legatario rispetto ai debiti ereditari.

Di regola il legatario acquista il diritto al legato con la morte del testatore, in ogni caso non prima (§ 684 ABGB)⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ APATHY, *op. cit.*, pag. 504 e 513-514.

⁴⁶⁶ APATHY, *op. cit.*, pag. 596.

⁴⁶⁷ KRALIK, *op. cit.*, pag. 205.

⁴⁶⁸ APATHY, *op. cit.*, pag. 596.

⁴⁶⁹ KRALIK, *op. cit.*, pag. 205, che riporta il seguente esempio: se il testatore ha disposto che il proprio monumento funerario venga fatto da un determinato scultore, allora si tratta di legato; se è importante solo per il lavoro artistico, è un modo.

Il diritto al legato sorge *ipso iure* e non necessita di alcuna accettazione (*Annahmeerklärung*). Può essere, però, rifiutato: il legato non può essere imposto al destinatario contro la sua volontà, ma può essere posto nel nulla retroattivamente dal rifiuto⁴⁷¹.

Se l'acquisto del diritto è automatico, non bisogna dimenticare che al legatario è attribuito solo un diritto obbligatorio di richiedere alla *Nachlass* o, dopo la *Einantwortung*, all'erede il bene oggetto del legato stesso⁴⁷².

Una eccezione, ma non nel senso dell'automaticità del trasferimento, si ritrova nella successione nel rapporto di locazione, ove, secondo le regole generali, è richiesto il consenso del locatore, fatta salva la disciplina speciale della legge sulla locazione⁴⁷³.

Peraltro, il diritto austriaco distingue tra il *dies cedens* (*Anfallstag*) dal *dies veniens* (*Zahlungstag*), in forza del quale se anche l'acquisto avviene dal giorno della morte del testatore (§ 684 ABGB), non sempre si può chiedere subito il legato: ferma la possibilità che il testatore preveda il *dies veniens*, ai sensi del § 685 ABGB, il legato di una cosa dell'eredità e i diritti che si riferiscono a questo (ad esempio il diritto di usufrutto), nonché le piccole ricompense del personale di servizio e i legati pii possono essere richiesti subito; gli altri non prima di un anno dalla morte del testatore. Ai sensi del § 687, poi, anche il legato di mantenimento (ovvero ciò che deve essere pagato a scadenze) è esigibile subito al momento dell'*Anfall*.

⁴⁷⁰ Se il legato è sottoposto ad una condizione sospensiva, il diritto sorge col verificarsi della condizione.

⁴⁷¹ APATHY, *op. cit.*, pag. 582; KRALIK, *op. cit.*, pag. 236, che aggiunge che il rifiuto non è un atto processuale da rivolgere ad un tribunale, ma un atto di diritto privato, una dichiarazione recettizia (*eine empfangsbedürftige Willenserklärung*). Con l'acquisto diventa irrevocabile, salvo l'impugnazione. Il rifiuto non sopporta condizioni.

Bisogna, peraltro, distinguere la rinuncia (*Ausschlagung*) al legato dalla disposizione del diritto al legato tramite la rinuncia (*Entsagung*, § 1444 ABGB): quest'ultima non rimuove la successione, ma determina l'estinzione *ex nunc* dell'obbligazione; può essere espressa anche dopo un'accettazione e non ha come conseguenza che il legato passi ad un chiamato in sostituzione o che rimanga ignorato in caso di riduzione del legato; il legatario principale rinziante deve adempiere al sub-legato.

⁴⁷² KRALIK, *op. cit.*, pag. 205; KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pagg. 539-540.

⁴⁷³ Il testatore può lasciare per testamento anche il diritto di locazione che gli spetta. Tuttavia il rapporto di locazione non si trasferisce per ciò stesso al legatario. Secondo le regole generali, il subentro contrattuale necessita del consenso del locatore, che può essere concesso anche prima.

Il consenso del locatore non è necessario, se ai sensi della legge sulle locazioni (Mietrechtsgesetz BGBl 1981/520, di seguito MRG) il legatario è autorizzato a subentrare (§14 MRG, fondamentale per il parente stabilmente convivente) oppure se gli viene lasciata l'azienda esercitata nei locali locati (§12a MRG).

Diffusamente, AICHBERGER-BEIG D., Mietrecht, in *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, (GRUBER M., KALSS S., MÜLLER K., SCHAUER M. hrsg), Springer Wien New York, 2010, pagg. 165 e ss.].

È necessario che il legatario sia in vita solo al momento del *Anfallstag*⁴⁷⁴.

Per quanto riguarda la posizione del legatario rispetto al passivo ereditario, come già accennato, il legatario non risponde dei debiti ereditari, non essendo un successore generale del testatore, i quali debiti verranno sopportati dall'erede⁴⁷⁵.

D'altra parte, è certamente possibile che il testatore imponga ad un legatario il pagamento di debiti. Tuttavia, tale disposizione non ha effetti nei confronti dei creditori, i quali potranno e dovranno rivolgersi sempre agli eredi. Il legatario deve rimborsare all'erede i debiti nel rapporto interno oppure tenere indenne l'erede attraverso un pagamento diretto⁴⁷⁶.

1.3.2. (segue) La riduzione del legato (§§ 692 e 783 ABGB).

Pur non rispondendo dei debiti dell'eredità, il legatario può subire una riduzione del proprio legato. Bisogna distinguere due casi.

In un primo caso, l'erede, che ha compiuto un'accettazione dell'eredità con riserva, ha ai sensi del § 692 ABGB il diritto a ridurre proporzionalmente il legato, se i legati superano quanto resta dell'eredità dopo il pagamento dei debiti ereditari.

In un secondo caso, l'erede può ridurre il legato ai sensi del § 783 ABGB, se il testatore non ha attribuito la quota spettante ad un erede necessario.

Tale diritto di riduzione spetta anche all'erede che abbia accettato senza riserve, perché la legge presume che il peso del diritto alla legittima debba essere sopportato non dall'erede solo, ma da tutti i beneficiati, così anche dai legatari⁴⁷⁷.

In generale, i diritti dei creditori ereditari, degli aventi diritto agli alimenti e degli eredi necessari hanno la precedenza sui legati⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 537.

⁴⁷⁵ APATHY, *op. cit.*, pag. 505-506; KRALIK, *op. cit.*, pag. 204. Secondo KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 535, il legatario è lui stesso un creditore.

⁴⁷⁶ KRALIK, *op. cit.*, pag. 204-205.

⁴⁷⁷ KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 535.

⁴⁷⁸ Il prelegato ha funzione esso stesso di quota di legittima e gode di preferenza perfino rispetto alle altre quote di legittima. KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 535.

Per quanto riguarda il legato di mantenimento, se quanto rimane dell'eredità non è sufficiente a soddisfare tutti i legati, questo viene pagato prima di tutti gli altri (§691 ABGB). Potrà subire una

Le due ipotesi di riduzione del legato (secondo il § 692 e il § 783 ABGB) sono da mantenere distinte, perché solo la seconda riguarda *die materielle Beitragspflicht* del legatario (l'obbligo materiale di contribuzione) ovvero risponde alla domanda, quando e in quale misura i legatari devono sgravare gli eredi per la copertura della quota di legittima. Tale regola si applica anche quando l'eredità è sufficiente e l'erede ha effettuato un'accettazione senza riserve.

Al contrario, il § 692 è conseguenza della responsabilità dell'erede e presuppone un'accettazione con riserva e un'eredità insufficiente a soddisfare tutto.

L'erede legittimario ha azione verso l'eredità o (dopo la *Einantwortung*) verso l'erede, ma non direttamente verso il legatario tenuto alla contribuzione: sarà l'eredità o l'erede dover procedere alla riduzione dei legati⁴⁷⁹.

Come vedremo in seguito, la riduzione del legato spetta al solo erede e non al legatario nel caso un sublegato superi il valore del bene legato⁴⁸⁰.

L'erede beneficiario deve adempiere i legati nei limiti della sua responsabilità limitata, anche quando esaurisce tutto il valore della pura eredità e quando il suo patrimonio non viene accresciuto dall'eredità. Egli, però, non deve adempiere oltre il valore corrente del patrimonio ereditario⁴⁸¹.

Il calcolo dei limiti di responsabilità e la valutazione dei legati si compiono in un unico momento, cosicché i mutamenti di valore sia dell'eredità sia dei legati e delle poste da detrarre non sono da considerare. Tale momento è quello della morte del testatore⁴⁸².

Va ricordato che se i legati si riducono tutti proporzionalmente, solo il legato di mantenimento trova preferenza rispetto agli altri secondo il § 691 ABGB, salva una diversa volontà del testatore⁴⁸³.

riduzione nel caso previsto dal § 692 ABGB (insufficienza dell'eredità a soddisfare tutti i debiti e accettazione con riserva dell'erede).

⁴⁷⁹ APATHY, *op. cit.*, pag. 648.

⁴⁸⁰ KRALIK, *op. cit.*, pag. 241.

⁴⁸¹ KRALIK, *op. cit.*, pag. 241. Pertanto, l'ABGB si discosta, in ossequio al principio di libertà testamentaria, dalla *lex Falcidia*, che prevedeva che almeno un quarto dell'eredità dovesse rimanere all'erede. APATHY, *op. cit.*, pag. 585.

⁴⁸² KRALIK, *op. cit.*, pag. 241-242.

⁴⁸³ KRALIK, *op. cit.*, pag. 244; APATHY, *op. cit.*, pag. 586.

Fin tanto che sussiste il (concreto) pericolo di una riduzione dei legati, l'erede può rifiutare l'adempimento dei legati, salvo che il legatario non offra adeguata garanzia (§ 692 ABGB).

Se l'erede ha adempiuto per l'intero un legato senza garanzia, allora il legatario in caso di riduzione del legato ha ottenuto di più di quel che avrebbe dovuto e si è arricchito in modo ingiustificato. Il § 693 stabilisce una regola particolare per il debitore che ha pagato per errore, attribuendogli una *Kondiktion*, secondo le regole comuni sulla *condictio indebiti* (§ 1431 ff ABGB).

Ai sensi del § 693 ABGB, nel caso che il legatario abbia già ricevuto il legato, il calcolo viene determinato secondo il valore che il legato aveva al momento del ricevimento ed i frutti da lì percepiti. Tuttavia il legatario è sempre libero, anche dopo il ricevimento del legato, di restituire alla massa, per evitare la contribuzione, il legato o il valore sopra menzionato e i frutti percepiti; con riguardo ai miglioramenti e deterioramenti, egli viene considerato come un possessore in buona fede.

A mente del § 331 ABGB, se il possessore in buona fede ha sostenuto una spesa necessaria per la conservazione della sostanza oppure una spesa utile per l'incremento dei frutti, allora gli è dovuto un indennizzo secondo il valore attuale, purché non superi la spesa effettivamente sostenuta.

Riassumendo, il legatario che abbia ricevuto il legato senza prestare garanzia deve sopportare la riduzione del legato, il cui valore va calcolato non al momento della morte del testatore, ma al momento del conseguimento.

Il legatario può evitare l'azione di riduzione con la facoltà di sostituzione: può restituire l'oggetto del legato oppure il surrogato al suo posto (il prezzo di acquisto, il risarcimento danni, la somma assicurata). Se ha esercitato tale facoltà, viene considerato come possessore in buona fede (*ein redlicher Besitzer*) con riguardo ai miglioramenti o ai peggioramenti della cosa legata rispetto al momento del conseguimento. Anche il possessore in mala fede ha la facoltà di sostituzione, solo che il possessore in buona fede deve restituire la cosa se e nelle condizioni in cui si trova, con la conseguenza che, se il legatario in buona fede ha donato o distrutto la cosa, nulla deve prestare⁴⁸⁴.

Le previsioni di cui ai §§ 692 e ss. ABGB (ma non del § 690) si dovrebbero applicare per analogia anche al caso previsto dal § 778 ABGB⁴⁸⁵: se il testatore ha un solo erede necessario e non lo ha considerato per errore, oppure ad un testatore senza

⁴⁸⁴ KRALIK, *op. cit.*, pag. 245.

⁴⁸⁵ KRALIK, *op. cit.*, pag. 246.

figlio sopraggiunge dopo il confezionamento della sue ultime volontà un erede necessario, allora solo i legati determinati per gli istituti pubblici o per il pagamento di servizi resi o per previsioni pie vengono pagati proporzionalmente in un ammontare, che non superi un quarto dell'eredità pura, tutte le altre disposizioni di ultima volontà sono completamente invalide. Queste tuttavia riprendono il loro valore, se l'erede necessario è morto prima del testatore.

1.3.3. (segue) Legato e adempimento del sub-legato (§ 650 ABGB).

Molto importante è il § 650 ABGB, che esclude che il legatario possa dolersi dell'adempimento dell'ulteriore legato a lui imposto per la ragione che questo supera il valore del legato a lui lasciato. Egli può non accettare il legato. Allora colui al quale spetta il legato (l'erede in ultima analisi, se non sono previsti meccanismi di sostituzione dal testatore) deve assumersi il peso (salvo non si tratti di obblighi di natura personale) oppure deve lasciare il legato a lui toccato al sublegatario.

Pertanto, il legatario può rifiutare il legato, ma se non lo fa deve adempiere il sublegato, anche quando il valore del sublegato superi quello del legato⁴⁸⁶. Non è a lui attribuita la facoltà di rilasciare il legato al sub legatario⁴⁸⁷.

Tutto ciò vale anche quando il legatario non avesse voluto il sublegato o addirittura quando il suo legato principale subisce una riduzione o un'invalidità parziale (per esempio ai sensi del § 657 ABGB)⁴⁸⁸.

Non esiste la riduzione del legato, come invece previsto dai §§ 692 ff. in caso di inventario.

È controverso, ma generalmente ammesso, se il legatario possa, nel caso in cui venga a conoscenza del sublegato solo in un momento successivo, ancora rifiutare il legato oppure impugnare l'accettazione per errore⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ APATHY, *op. cit.*, pag. 567-568.

⁴⁸⁷ KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 536.

⁴⁸⁸ KRALIK, *op. cit.*, pag. 241 e pag. 214. Il § 657 ABGB sancisce che se il testatore ha lasciato per testamento una o più cose di genere determinato espressamente dalla sua proprietà e nulla di tutto questo si trova nell'eredità, allora il legato perde la propria efficacia. Se queste cose non si trovano nella misura indicata, allora il legatario deve accontentarsi di quanto disponibile.

⁴⁸⁹ Secondo KRALIK, *op. cit.*, pag. 214, il legatario potrà impugnare la sua accettazione secondo le regole generali e potrà così rifiutare il legato principale, anche quando abbia errato sul valore del legato

Altrettanto controverso è se la facoltà di rilascio possa spettare anche al legatario che sostituisca il legatario principale⁴⁹⁰.

1.3.4. (segue) Eccezionale diritto di successione ereditaria del legatario (§ 726 ABGB).

Altra ipotesi interessante è l'eccezionale diritto di successione come erede del legatario, previsto dal § 726 ABGB.

Se, infatti, nessuno vuole o può accettare un'eredità, neppure gli eredi previsti in sostituzione dal testatore, l'eredità spetta agli eredi legittimi. Se anche questi rifiutano l'eredità, allora i legatarî, proporzionalmente in rapporto al valore del loro legato, sono considerati eredi.

I legatarî sono trattati come eredi testamentari. Devono eseguire le altre disposizioni (legati e oneri), ma non le condizioni (§ 702 ABGB)⁴⁹¹.

I legatarî devono effettuare una dichiarazione di accettazione oppure possono anche rifiutare l'eredità ed esigere i legati dallo Stato che ha diritto di reversione (*von heimfallsberechtigten Staat*). In ultima, istanza, infatti, è lo Stato ad acquistare l'eredità ex § 760 ABGB.

Pertanto, i legatarî possono limitarsi a richiedere il legato (e diventare successori a titolo particolare) oppure possono accettare l'eredità (e diventare successori

principale. Secondo GRUBER, SPROHAR-HEIMLICH, SCHEUBA, *Erbeinsetzung und Vermächtnis*, in *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, (GRUBER M., KALSS S., MÜLLER K., SCHAUER M. hrsg), Springer Wien New York, 2010, pag. 494 è possibile impugnare per errore la *Annahme*.

Per una disamina ed ulteriori riferimenti, si veda anche GANGI, *La successione cit.*, vol. 2, pagg. 643-644.

⁴⁹⁰ Ammette tale possibilità GRUBER, SPROHAR-HEIMLICH, SCHEUBA, *op. cit.*, pag. 494. Nella formulazione della norma si ritiene che la facoltà di sostituzione spetti eventualmente anche al legatario chiamato in sostituzione (e non solo all'erede): KRALIK, *op. cit.*, pag. 214-215, il quale osserva che, invero, non è possibile individuare una regola ragionevole perché costui dovrebbe essere posto in una posizione migliore del legatario principale. Tuttavia, la disposizione è sensata, se si riferisce a qualcuno che sia debitore del legatario principale; solo in questo caso non ci si può aspettare che faccia di più o qualcosa d'altro, come se il testatore lo avesse incaricato fin dall'inizio. Pertanto, la facoltà di rilascio spetta anche al legatario A, il quale sia tenuto ad un legato, che da parte sua sarebbe gravato con un altro legato a favore di C: rifiuta B, così A ha la possibilità verso C di liberarsi dal suo debito attraverso il legato a favore di B.

⁴⁹¹ APATHY, *op. cit.*, pag. 607; KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 540-541.

universali), nel quale ultimo caso saranno responsabili nei confronti dei creditori ereditari e dovranno eseguire i legati e gli oneri.

1.3.5. (segue) Legato e impresa commerciale.

Come si rapporta la responsabilità per i debiti ereditari, in particolare la posizione del legatario, con il diritto commerciale, nel caso di una società?

In linea teorica, il legatario sarebbe tenuto al pagamento dei debiti societari. In generale, tuttavia, è opportuno effettuare alcune distinzioni circa la possibilità di succedere nella qualità di socio.

Nel caso di società di diritto civile (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*), il § 1207 ABGB esclude che la posizione di socio sia trasmissibile in via ereditaria. Tuttavia, il contratto societario può prevedere il subentro dell'erede, il quale allora viene determinato secondo le regole di diritto successorio. Non è quindi sufficiente o determinante la sola volontà del testatore⁴⁹².

Nel caso di società in nome collettivo (*OffeneHandelsgesellschaft*, OHG), questa viene sciolta per la morte di un socio, se nel contratto societario non è previsto diversamente (§ 131 Z4 UGB)⁴⁹³.

Con riguardo ad una società in accomandita (*KommanditGesellschaft*, KG), la morte dei soci accomandanti non determina lo scioglimento della società e la loro posizione è trasmissibile in via ereditaria (§ 177 UGB). Valgono, invece, le regole per la società in nome collettivo per la morte del socio accomandatario: la società viene sciolta per la morte di un socio personalmente responsabile, tuttavia nel contratto societario si può prevedere diversamente (§ 161 Abs 2 UGB)⁴⁹⁴.

⁴⁹² In particolare, il § 1207 ABGB prevede che, se la società è costituita solo da due persone, allora si scioglie con la morte di una di loro. Se è costituita da più persone, allora si presume che i soci rimanenti vogliano continuare la società tra di loro. Ciò vale anche per gli eredi dei soci.

⁴⁹³ KRALIK, *op. cit.*, pagg. 20-21; KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 451: di nuovo è necessaria una regola contenuta nel contratto societario che deroghi alla legge. Essa può solo stabilire la trasmissibilità ereditaria della qualità societaria, non la persona dell'erede, la cui scelta spetta al testatore o segue la successione legale.

Può essere prevista una clausola di gradimento, nel qual caso il successore acquista per atto tra vivi.

⁴⁹⁴ KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 451, secondo cui, inoltre, il contratto societario potrebbe prevedere diversamente.

Se, infatti, è ivi prevista la continuazione tra i soci rimanenti, allora la quota del *de cuius* non cade nell'eredità di questo. La *Nachlass* acquista piuttosto un diritto alla liquidazione della quota nei confronti dei soci rimasti ai sensi del § 137 UGB⁴⁹⁵.

Per quanto riguarda le società per azioni (*Aktiengesellschaft*, AG) e le società a responsabilità limitata (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, GmbH), le posizioni societarie sono trasmissibili.

La qualità di socio in una cooperativa (*Genossenschaft*) con responsabilità illimitata è intrasmissibile ereditariamente; negli altri casi, si trasferisce agli eredi⁴⁹⁶.

Fatte queste brevissime premesse sulla trasmissibilità della qualità societaria, occorre ora volgere lo sguardo alle regole di responsabilità.

Il § 40 UGB (*Unternehmensgesetzbuch*, BGBl 2005/120) prevede una particolare responsabilità nel caso nell'eredità si trovi un'impresa. La disposizione contiene una sua propria ragione di responsabilità, cosicché le comuni regole di responsabilità successoria rimangono intatte.

Ricorre la responsabilità quando all'erede viene attribuita un'impresa commerciale e lui la continua.

Solo la continuazione da parte dell'erede è rilevante.

L'erede risponde illimitatamente dei debiti dell'impresa, anche se secondo le regole comuni ha effettuato una accettazione di eredità con riserva o ha redatto un inventario.

Il comma 2 del § 40 UGB prevede due casi nei quali l'erede non incorre in responsabilità per i debiti d'impresa: l'erede ha un termine di tre mesi dalla *Einantwortung* per decidere se continuare o meno l'impresa e, quindi, sopportare la relativa responsabilità per debiti; inoltre, per l'erede incapace e per il quale non vi sia alcun rappresentante legale, non decorre tale termine, che rimane sospeso finché non venga nominato un rappresentante legale oppure fino a quando non riacquisti la capacità⁴⁹⁷.

Se è un legatario a continuare l'impresa, allora potrebbe trovare applicazione il § 39 UGB⁴⁹⁸, a mente del quale, se l'acquirente di un'azienda si assume i rapporti

⁴⁹⁵ APATHY, *op. cit.*, pag. 502, che aggiunge che le previsioni statutarie non possono limitare i diritti alla quota di legittima.

⁴⁹⁶ KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, pag. 452.

⁴⁹⁷ LINDER, *op. cit.*, pag. 349-350.

⁴⁹⁸ LINDER, *op. cit.*, pag. 349.

giuridici d'impresa del venditore con i diritti e gli obblighi esistenti fino al momento del passaggio dell'impresa, allora l'alienante risponde di questi debiti solo nella misura in cui essi sono scaduti prima di cinque anni prima del passaggio dell'impresa⁴⁹⁹.

Invero anche sotto l'analogia legge previgente alla riforma del 2005, si era obiettato che il § 25 HGB (ora § 39 UGB) non è applicabile al legatario, in quanto concerne l'impresa acquistata tra vivi, ma si doveva applicare il § 27 HBG (ora § 40 ABGB): il legatario incorre in responsabilità personale e illimitata, se prima dei tre mesi dal ricevimento del legato non cessa o modifica la ditta⁵⁰⁰.

1.3.6. (segue) Legato e contratto di locazione di abitazione.

Già si è accennato che il contratto di locazione non si scioglie con la morte del conduttore, ma è trasmissibile (§ 1116 a ABGB, § 14 MRG), salvo il diritto di ciascuna parte di non continuare il rapporto.

Per quanto riguarda la responsabilità per i debiti pregressi, che il *de cuius* non ha saldato prima della sua morte, ne risponde secondo le regole generali colui che subentra nel rapporto di locazione. Inoltre, secondo le regole generali ne rispondono anche gli eredi.

Pertanto, il locatore può rivolgersi per il pagamento sia a chi è subentrato sia gli eredi.

Nei rapporti interni si ritiene che chi subentra abbia azione di regresso nei confronti degli eredi. Gli eredi, infatti, rispondono primariamente, perché il debito si sarebbe dovuto pagare già durante la vita del *de cuius*⁵⁰¹.

Dal momento del subentro, il conduttore subentrato risponde dei nuovi debiti, in primo luogo per il pagamento del canone di locazione. Una responsabilità successiva dell'eredità o degli eredi non esiste.

⁴⁹⁹ Testualmente il § 39 UGB, *Übernimmt der Erwerber des Unternehmens unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse des Veräußerers mit den bis zum Unternehmensübergang entstandenen Rechten und Verbindlichkeiten, so haftet der Veräußerer für diese Verbindlichkeiten nur, soweit sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Unternehmensübergang fällig werden. Ansprüche daraus verjähren innerhalb der für die jeweilige Verbindlichkeit geltenden Verjährungsfrist, längstens jedoch in drei Jahren.*

⁵⁰⁰ KRALIK, *op. cit.*, pag. 369.

⁵⁰¹ AICHBERGER-BEIG, *op. cit.*, pag. 172.

Per i pagamenti anticipati del canone, che il locatore-*de cuius* abbia effettuato, all'eredità spetta un diritto di refusione nei confronti dell'avente diritto al subentro.⁵⁰²

Chi subentra ha non solo il vantaggio di usare la cosa oggetto del rapporto, ma anche il vantaggio di un canone di locazione determinato. Così, se il conduttore ha effettuato pagamenti anticipati per un lungo periodo di tempo, chi subentra si troverebbe ad abitare senza dover alcuna controprestazione.

Il vantaggio di chi subentra potrebbe risiedere anche nella possibilità di reclamare i crediti legati alla posizione di conduttore per le spese di manutenzione o di miglioramento.

L'Oberster Gerichtshof nel 2002 si è espressa con riguardo non al reclamo di costi di manutenzione o miglioramento, ma in relazione ai costi di costruzione, che il *de cuius* aveva corrisposto ad una cooperativa di costruzione. Ha deciso che tali fondi toccano agli eredi e non ai chi subentra⁵⁰³. La Corte considera questi fondi non compresi nella successione particolare di cui al § 14 MRG. L'assegnazione di questo vantaggio a chi subentra non è coperto dallo scopo della legge. Pertanto, l'eredità o gli eredi possono esigere da chi è subentrato la restituzione del vantaggio analogamente ai sensi del § 1042 ABGB⁵⁰⁴.

2. Il legato nel diritto tedesco.

Nel diritto tedesco un legato può essere disposto dal *de cuius* in un testamento (§ 1939 BGB) oppure previsto in un *Erbvertrag* (§ 1941 BGB). Mentre l'erede acquista per successione tutto o parte del patrimonio e dunque diventa successore, il legatario ottiene solo un determinato bene dell'eredità, senza diventare nel contempo successore⁵⁰⁵.

⁵⁰² AICHBERGER-BEIG, *op. cit.*, pagg. 172-173.

⁵⁰³ OGH 90/02, *JBL* (Juristische Blätter) 2003, 246, che fa propria la tesi di VONKILCH, *Eintrittsrecht bei noch nicht oder nicht mehr bestehendem gemeinsamen Haushalt in der Wohnung?*, *NZ* (Österreichische Notariats-Zeitung), 2000, 321.

⁵⁰⁴ Il § 1042 ABGB sancisce che colui il quale abbia sopportato una spesa al posto di un'altra persona, cui doveva spettare per legge, ha il diritto di chiedere l'indennizzo.

⁵⁰⁵ Un'eccezione è rappresentata dal *Vorausvermächtnis*, ossia dal legato attribuito ad un erede (§ 2150 BGB). Il legatario è al tempo stesso erede. STÜRNER R., *BGB Kommentar*, JAUERNIG O. Hrsg., 10. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2003, pag. 1769.

Ai sensi del § 1939 BGB il legato consiste in un'attribuzione di una parte del patrimonio al beneficiario, senza che costui assuma la qualità di erede.

Il legato ha natura di diritto di credito, in quanto attribuisce al beneficiario il diritto a pretendere l'adempimento dell'oggetto legato dall'onerato (§ 2174 BGB), con l'apertura della successione (*Erbfall*)⁵⁰⁶.

Per attribuire un legato non è necessario l'impiego di determinate parole. In tutti i casi deve assumere valore non la scelta delle parole, ma la volontà del testatore.

A' sensi del § 2087 BGB, se il testatore ha attribuito al beneficiario il suo patrimonio o una parte di esso, la disposizione deve essere intesa come istituzione di erede, anche se il beneficiario non è chiamato erede. Se al beneficiario sono attribuiti solo singoli beni, allora nel dubbio è da ritenere che il beneficiario non debba essere erede, anche se fosse stato così chiamato dal testatore.

La norma è piuttosto importante per distinguere le disposizioni a titolo di erede da quelle a titolo di legato, escludendo che, *nel dubbio*, si debba considerare il chiamato erede: l'attribuzione di singoli beni sarà un legato⁵⁰⁷.

Dunque, centrale è sempre la volontà del testatore. Solo nel dubbio vi è la regola legale di interpretazione come legato, che nel nostro ordinamento, invece, manca. Importante è sottolineare che non esiste una presunzione legale (di legato), ma la regola opera solo nei casi dubbi, dopo aver indagato la volontà del testatore.

Nel caso in cui il testatore attribuisca il valore principale dell'eredità nei singoli beni o addirittura in un singolo bene e vuole lasciare subentrare il beneficiario in un tutto o in parte nella sua posizione economica, sarà voluta una istituzione di erede⁵⁰⁸.

Nella pratica ricorrono casi particolari difficili, come quanto sia stato attribuito un solo bene ad un onorato (o più beni a più onorati), senza che tuttavia nello stesso tempo sia seguita la sistemazione divisoria dell'intero valore dell'eredità. Del pari sussiste il medesimo problema di fondo, quando siano rimasti alcuni debiti, per i quali

⁵⁰⁶ STÜRNER, *op. cit.*, pag. 1777; HAUSMANN P., *Vermächtnis*, in *Deutscher Erbrechtskommentar*, Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München, 2003, pag.46.

⁵⁰⁷ STÜRNER, *op. cit.*, pag. 1742-1742. Una precisa e chiara volontà del testatore può portare ad una diversa interpretazione, ad esempio una scelta precisa delle parole e la conoscenza del diritto del testatore.

⁵⁰⁸ GROßE-WILDE, *Deutscher Erbrechtskommentar cit.*, pag. 487, STÜRNER, *op. cit.*, pag. 1743. Il valore principale, secondo l'intenzione del testatore, deve essere il valore essenziale dell'eredità anche al momento dell'apertura della successione. L'istituzione in gruppi di beni (ad esempio, mobili, terreni, etc.) viene spesso considerata non come attribuzione di singoli beni, ma come attribuzione di una parte del patrimonio e quindi come istituzione di erede.

non sia seguita un'attribuzione e la regolazione dei quali non sia stata liquidata dall'imposizione di condizioni o obblighi. Soprattutto in generale ricorre il problema dell'applicazione del § 2087 nei casi nei quali il testatore abbia pensato la sua attribuzione come distribuzione o attribuzione di singoli beni a diversi beneficiari.

Di fronte ad un'attribuzione concreta occorre esaminare se si tratti della sostanziale eredità oppure se il testatore avesse voluto che le persone onorate dovessero continuare la sua posizione economica. Così se un fondo rappresenta la sostanziale eredità per il valore, di regola ci sarà un'istituzione di erede. Altri criteri che possono far individuare un'istituzione di erede sono il fatto che il beneficiario debba regolare l'eredità, o debba estinguere i debiti ereditari, o provvedere al funerale oppure debba ricevere diritti immediati verso l'eredità⁵⁰⁹.

Decisivo al riguardo è la rappresentazione del testatore al momento della redazione del testamento e certamente anche il valore dei rispettivi beni,

2.1. (*segue*) Legato. Acquisto e responsabilità per i debiti ereditari.

Ai sensi del § 2180 BGB, il legatario non può più rifiutare il legato, quando lo ha accettato. L'accettazione così come il rifiuto del legato ha luogo da una dichiarazione diretta all'onerato. La dichiarazione può essere resa solo dopo l'apertura della successione ed è inefficace se fatta sotto condizione o termine.

L'accettazione e il rifiuto sono dichiarazioni di volontà non recettizie e a forma libera, che possono essere rese anche tacitamente, sono irrevocabili, ma impugnabili

⁵⁰⁹ GROBE-WILDE, *Deutscher Erbrechtskommentar cit.*, pag. 487.

(secondo la regolare generale dell'impugnazione per errore ex § 119 BGB e secondo la regola specifica contenuta nel § 2308 BGB)⁵¹⁰.

Non diversamente dal nostro ordinamento, per i debiti ereditari risponde l'erede. Rientrano tra i debiti ereditari, oltre ai debiti del *de cuius*, quelli che toccano all'erede come tale, in particolare, gli obblighi derivanti dai diritti di legittima, i legati e gli obblighi (§ 1967 BGB).

In forza del principio della successione universale, l'erede risponde per i debiti ereditari. Con l'apertura della successione si configurano due masse patrimoniali di eguale gestione di diritto: il patrimonio proprio dell'erede e la *Nachlaß*. Fondamentalmente rispondono entrambi dei debiti ereditari (responsabilità illimitata).

Questa responsabilità può essere limitata alla massa della *Nachlaß* in taluni casi: *Nachlaßinsolvenz* (§ 1975 BGB), *Nachlaßverwaltung*, *Einrede der Dürftigkeit* (§ 1990-1993).

Si decade dal diritto di limitazione nei casi di omesso inventario nel termine previsto (§ 1994 BGB), di infedeltà dell'inventario (§2005 BGB) e di rifiuto di giuramento (§2006 BGB).

Regole particolari vigono per la responsabilità dell'erede per i debiti di impresa⁵¹¹.

⁵¹⁰ STÜRNER, *op. cit.*, pag. 1780.

Ai sensi del § 119 BGB, norma generale sull'impugnazione per errore delle dichiarazioni di volontà, colui che era in errore nel manifestare una dichiarazione di volontà sul suo contenuto oppure soprattutto non voleva manifestare una dichiarazione di tale contenuto, può impugnare la dichiarazione, quando è da supporre che non la avrebbe resa se fosse stato a conoscenza dello stato dei fatti e nel caso di riconoscimento ragionevole dell'errore.

Conforme a tale norma generale è il § 2308 BGB, che riguarda l'impugnazione per errore dell'accettazione da parte del legittimario. Costui, il quale sia onerato o limitato come erede o come legatario come previsto dal § 2306 ed abbia rifiutato l'eredità o il legato, può impugnare il rifiuto, se la limitazione al tempo del rifiuto non era venuta meno o non era a lui conosciuta.

⁵¹¹ In questa sede basti riassumere per sommi capi che: **a)** per le ditte individuali (*Einzelhandelsgeschäft*), l'erede che prosegue l'attività può limitare alla *Nachlass* la responsabilità per i debiti preesistenti attraverso l'annotazione nel registro delle imprese; **b)** per le società in nome collettivo (*OHG offene Handelsgesellschaft*), se l'erede rimane socio responsabile personalmente, allora risponde personalmente per i debiti senza possibilità di limitazione; se è socio accomandante, allora risponde per i debiti preesistenti solo limitatamente come per i normali debiti dell'eredità; accanto a ciò sussiste però la responsabilità del socio accomandante fino al valore dell'apporto; **c)** per le società in accomandita, la responsabilità limitata del socio accomandante comprende la *Nachlass* e il patrimonio proprio per i debiti societari dopo l'accettazione dell'eredità; per i debiti societari anteriori all'accettazione, deve valere la stessa cosa, non potendo limitare la propria responsabilità.

Di regola, dunque, dei debiti ereditari risponde l'erede/eredità e non il legatario. Anche nell'ordinamento tedesco sono previste delle eccezioni.

Per quanto riguarda i pesi in generale, il § 2165 BGB stabilisce che, se viene legato un bene dell'eredità, il legatario non può nel dubbio chiedere la rimozione del diritto col quale il bene è gravato. Se al testatore spetta un diritto alla rimozione, allora nel dubbio il legato si estende a tale diritto. Se sul fondo legato vi è un'ipoteca, un debito fondiario o un credito ipotecario, che già spettavano al testatore, si deve desumere dalle circostanze se l'ipoteca, il debito fondiario o il credito ipotecario debbano ritenersi come co-legato.

La norma si fonda sull'esperienza comune che il testatore vuole legare i beni così come a lui stesso spettano. Di conseguenza contiene la regola di interpretazione secondo la quale i pesi reali sui beni oggetto di legato si trasferiscono sull'onorato senza diritto alla liberazione verso l'onorato e che il legato si estende ai diritti del testatore di liberazione già esistenti⁵¹².

Il successivo § 2166 stabilisce che, se il fondo legato è gravato da un'ipoteca per un debito del testatore, il legatario è tenuto nel dubbio nei confronti dell'erede a soddisfare alla scadenza il creditore, fino a concorrenza del valore del fondo. Il valore si determina al momento che la proprietà si trasferisce al legatario; viene calcolato detratte le spese dei pesi che hanno un grado superiore all'ipoteca.

Per il caso di ipoteca generale, se accanto al fondo legato vi sono altri fondi gravati con ipoteca, ai sensi del § 2167 BGB nel dubbio l'obbligo del legatario, determinato nel § 2166, si limita alla parte del debito che corrisponde al rapporto del valore del fondo legato con il valore del complessivo valore immobiliare.

Infine il § 2168 regola il caso di debito fondiario generale. Il legatario, il cui fondo legato è gravato da tale peso, nel dubbio è obbligato nei confronti dell'erede a soddisfare il creditore nei limiti del valore del legato, *rectius* in rapporto al valore del bene legato con valore dell'intero compendio immobiliare.

Le norme sono importanti anche perché sanciscono la direzione della responsabilità del legatario (verso l'erede).

Una regola particolare è sancita dal § 2288 BGB, in forza del quale, se il testatore ha distrutto, modificato o danneggiato l'oggetto di un legato disposto contrattualmente allo scopo di nuocere all'onorato, allora, nella misura in cui l'erede è

⁵¹² SCHÄCKEL, *Deutscher Erbrechtskommentar cit.*, pag. 629.

posto nell'impossibilità per ciò di procurare la prestazione, il valore viene in considerazione al posto dell'oggetto.

Prosegue la norma. Se il testatore ha alienato o gravato il bene allo scopo di pregiudicare l'onorato, allora l'erede è obbligato a procurare il bene all'onorato oppure a rimuovere il peso.

La norma tutela il legatario, beneficiario tramite un *Erbvertrag* dai pregiudizi del testatore. Ricordiamo che nell'ordinamento tedesco il legato può essere disposto non solo tramite un testamento, ma anche con un contratto (*Erbvertrag*).

3. Il legato nel diritto francese. Cenni.

In via generale, l'erede accettante è tenuto, quale continuatore della persona del *de cuius*, personalmente a pagare i pesi dell'eredità (intesi come debiti sorti dopo la morte del *de cuius*, che ne sono conseguenza diretta, ad esempio le spese funerarie) e i debiti del defunto, salvo non sia intervenuta accettazione beneficiata⁵¹³.

Si distingue la figura dell'erede (successore designato dalla legge) dal legatario nelle sue tre forme: universale (istituito con un testamento), a titolo universale e a titolo particolare.

I legati a titolo particolare vengono considerati un peso dell'eredità⁵¹⁴, pur avendo una disciplina peculiare, diversa da quella dei debiti del defunto: devono essere pagati dopo i debiti ereditari (*nemo liberalis nisi liberatus*)⁵¹⁵.

L'obbligo *ultra vires* di pagare i debiti ereditari grava sui successori universali o a titolo universale, senza distinguere se abbiano o meno la *saïsine* (ossia l'investitura

⁵¹³ SÈRIAUX A., *Les successions, Les libéralités*, Puf, 1993, 293.

⁵¹⁴ SÈRIAUX, *op. cit.*, pag. 297: il legato a titolo particolare è un creditore della successione (non *strictu sensu* del defunto).

⁵¹⁵ MALAURIE – AYNÈS, *op. cit.*, pag. 115. Era sorta la questione se l'erede accettante puramente e semplicemente fosse obbligato *ultra vires* a pagare i legati di somme di denaro, cosa inizialmente ammessa, ma che ha trovato soluzione normativa diversa con la novella del 2001, avendo già messo in evidenza la dottrina che appariva eccessivo permettere al defunto di fare donazioni con il denaro dell'erede: l'art. 785 n. 2 prevede che l'erede accettante puro e semplice non è tenuto ai legati di somme di denaro se non con l'attivo al netto dei debiti. Per la posizione *ante* riforma, SÈRIAUX, *op. cit.*, pag. 297.

automatica nel possesso e nei diritti ereditari), ad eccezione dello Stato che è tenuto *intra vires* e che non viene considerato un erede⁵¹⁶.

Nel caso del coniuge vocato all'usufrutto, questi non è tenuto al passivo ereditario, se non nel modo dell'usufruttuario (art. 610 e 612 code civil), ossia unicamente per gli interessi sui debiti proporzionalmente all'ampiezza del suo diritto di usufrutto, ma di questo passivo è tenuto anche *ultra vires*. Il creditore, d'altra parte, avrà una duplice scelta: o conseguire il tutto (capitale ed interessi) dal nudo proprietario, che avrà azione contro l'usufruttuario per gli interessi, oppure reclamare dal primo il capitale e dal secondo gli interessi. Non potrà chiedere la totalità all'usufruttuario⁵¹⁷. Il legatario universale di usufrutto ha l'onere esclusivo di un legato di rendita vitalizia (art. 610 code civil), avendo il godimento del bene.

Come accennato esistono tre tipi di legato: universale, a titolo universale e a titolo particolare.

Il primo conferisce al beneficiario una vocazione all'universalità del patrimonio del defunto (art. 1003 code civil). Ha una doppia natura: per la causa costituisce una donazione, poiché il disponente ha volontariamente consentito una trasmissione gratuita al legatario; per il suo oggetto, si collega alla devoluzione successoria, poiché non solo l'attribuzione ha luogo solo al momento della morte del testatore, ma soprattutto conferisce al legatario una vocazione sul complesso del compendio ereditario, ossia un diritto universale, al pari dell'erede, con capacità espansiva ai beni sopravvenuti. È la volontà del defunto che crea questa vocazione universale⁵¹⁸.

Mentre l'erede è successore designato dalla legge, il legatario universale risulta dalla volontà del testatore.

Fondamentale per riconoscere il legato universale è il titolo, ossia la vocazione ad acquistare tutta la successione, non il bene in sé. Proprio per questo la validità di un legato universale non è subordinata all'attribuzione di un vantaggio/bene al legatario. La natura di tale legato non è determinata da ciò che il legatario riceve, ma da ciò che il testamento gli dà diritto/vocazione a ricevere, di talché è valido anche se il peso al quale il legatario è assoggettato dovesse esaurire la totalità del vantaggio⁵¹⁹.

⁵¹⁶ SÈRIAUX, *op. cit.*, pagg. 295-296.

⁵¹⁷ MALAURIE – AYNÈS, *op. cit.*, pag. 116.

⁵¹⁸ MALAURIE – AYNÈS, *op. cit.*, pag. 288; SÈRIAUX, *op. cit.*, pag. 168.

⁵¹⁹ MALAURIE – AYNÈS, *op. cit.*, pag. 289 e nota n. 53.

Un apparente problema di coordinamento si pone ove il legatario universale è un erede ed è stato istituito con testamento olografo: l'art. 724 comma 1 conferisce all'erede la *saisine*, mentre l'art. 1008 obbliga il legatario universale istituito con testamento olografo a chiedere il possesso. Si giustificano le previsioni, ritenendo che il legatario debba chiedere il possesso, affinché il presidente del tribunale possa verificare la regolarità del titolo, spesso dubbio; non deve chiedere la liberazione agli eredi, in quanto ha già la *saisine* in virtù della sua qualità di erede⁵²⁰.

Per quanto riguarda la posizione del legatario universale verso il passivo ereditario, la novella del 2006 ha conferito al giudice un potere moderatore, permettendogli di liberare l'erede (dunque, anche il legatario universale) dai debiti che aveva motivi legittimi di ignorare (art. 786 co. 2)⁵²¹.

Il legatario universale si distingue dal legatario a titolo universale, per il quale il testatore lega una quota-parte dei beni dei quali la legge gli permette di disporre (art. 1010 code civil). La distinzione si basa sulla *saisine*, dunque in relazione al diritto ai frutti il legatario a titolo universale deve sempre chiedere la liberazione (art. 1011), anche se tale distinzione è criticata da parte della dottrina, che ne evidenzia l'inutilità⁵²².

L'art. 1010 enumera i legati a titolo universale: i legati ... di una quota-parte dell'universalità dei beni ... di tutti gli immobili ... di tutti i mobili ... di una quota parte di immobili ... di una quota-parte di mobili.

Infine, vi è il legato a titolo particolare, categoria apparentemente residuale. L'elemento differenziatore, ancora una volta, è il titolo, non il bene legato.

La definizione del legato a titolo particolare è in negativo: è tale ogni legato che sia universale o a titolo universale (art. 1010 co. 2), ossia è quello che dà diritto a una o più cose determinate.

⁵²⁰ MALAURIE – AYNÈS, *op. cit.*, pag. 291.

⁵²¹ MALAURIE – AYNÈS, *op. cit.*, pag. 291-292. Prima dell'importata decisione sul caso “*Toussaint*” del 1951, si poneva il problema che per i legatari universali non vi era una norma equivalente a quella per gli eredi, che collegava la responsabilità per i debiti a la *saisine* (art. 724), configurando un'obbligazione indefinita al passivo anche al legatario universale non *saisi* (art. 1009): secondo la Cassazione il diritto a una quota di eredità implica l'obbligazione di sopportare una quota proporzionale di debiti e pesi; questo diritto e questa obbligazione sono conseguenza correlative a ogni titolo di successione universale; non vi è da distinguere alcunché, sotto questo aspetto, tra successori a titolo universale che sono istituiti per legge e coloro che sono istituiti per testamento. Neppure vi è ragione di distinguere tra legatario universale, che trovandosi in concorso con un erede legittimario è tenuto a chiedere la liberazione, e legatario universale che non concorrendo con un erede legittimo, è investito di pieno diritto della successione.

⁵²² MALAURIE – AYNÈS, *op. cit.*, pag. 292.

Il legatario a titolo universale è tenuto a pagare i debiti ereditari al pari del legatario universale (art. 1012). Il legatario a titolo particolare, dunque, non risponde di tali debiti (art. 1024), salvo per l'azione ipotecaria o la volontà contraria del testatore, o se si era personalmente obbligato, o in caso di insolvenza degli eredi e occorra soddisfare i creditori ereditari⁵²³.

⁵²³ MALAURIE – AYNÈS, *op. cit.*, pag. 293.

BIBLIOGRAFIA

- AICHBERGER-BEIG D., Mietrecht, in *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, (GRUBER M., KALSS S., MÜLLER K., SCHAUER M. hrsg), Springer Wien New York, 2010
- ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino 1939
- ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957
- AMADIO G., *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005
- AMIRA (von) K., *Nordgermanisches Obligationrecht. Erster Band. Altschwedisches Obligationrecht*, Leipzig, 1882; *Zweiter Band. Westnordisches Obligationrecht*, Leipzig, 1985
- AMORTH G., *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959
- ANDREANI F.M., voce, *Regresso (azione di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988
- APATHY P., *Kommentar zu §§ 531-726 ABGB* (Koziol, Bydlinski, Bollenberger Hrsg.), Wien, 2007, 596
- ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962
- ASTUTI G., voce *Obbligazioni (dir. interm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979
- AULETTA, voce *Azienda*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988
- AZZARITI G., *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982
- AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990
- AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1968
- BALDISSERUTTO G.–BELLONI PERESUTTI G.P.–GIACOMELLI U.–MAGAGNA M. – VINCENTI U.–ZANON U., *La ricostruzione della volontà testamentaria . Il contenuto, i vizi, la simulazione, l'interpretazione*, a cura di U. Vincenti, Padova, 2005
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, *La struttura*, Milano, 1946
- BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, voll. I-II, VI ed., Torino, 1962
- BARTSCH, *Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, 4. Teil, *Erbrecht* (hrsg von Swoboda), 1942
- BASSI A., *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, artt. 2511-2548, sub art. 2528, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988
- BATTAGLIA F., voce *Dichiarazione dei diritti*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964
- BERTOTTO A., *Legato di usufrutto universale*, in *Vita notarile*, 2007, 1333

BETTI E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953

BIANCA C.M., *Diritto civile. 2 La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001

BIANCA C.M., *Diritto civile, 7 Le garanzie reale, la prescrizione*, Milano, 2012

BIGLIAZZI-GERI, L., *Il testamento*, in *Trattato di diritto civile* diretto da P. Rescigno, VI, 2, Torino, 1982

BIN, *La diseredazione: contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966

BOEHMER G., *Erbfolge und Erbenhaftung*, Max Niemeyer Verlag, 1927

BOERO P., *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1984

BONILINI G. – BASINI G.F., *I legati*, in *Tratt. di dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingeri, v. VIII, t. 6, Napoli, 2003

BONILINI G., *Dei legati, artt. 649-673*, in *Il codice civile Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006.

BONILINI G., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. notariato*, 2000, 793

BONILINI G., *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990

BONILINI G., *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009

BONILINI G., *Institutio ex re certa e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. II, *La successione ereditaria*, Milano, 2009

BONILINI G., *Introduzione a l'oggetto della successione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009

BONILINI G., *Le obbligazioni di fonte successoria*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009

BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, IV ed., Torino, 2006

BONILINI G., *Nozioni di diritto ereditario*, II ed., Torino, 1993

BONILINI G., voce *Legato*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ.*, vol. X, Torino, 1993, 509

BONILINI G., voce *Testamento*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999, 338

BOZZI, *Commento agli artt. 6 e 7 L. n. 392 del 1978*, in A.A. V.V. , *Equo canone*, Padova, 1980

BRINZ, *Der Begriff obligatio* (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart), vol. I, 1874, pagg. 11-40.

BRUNELLI e ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, 2 ed., Torino, 1951

BURDESE, voce *Successione, II) Successione a causa di morte*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993

BUSNELLI F. D., *L'obbligazione soggettivamente complessa, Profili sistematici*, Milano, 1974

CAMPAGNOLO R., *Le successioni mortis causa*, Torino, 2011

CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale*, vol. I, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2008

CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Milano, 2009

CARAMAZZA G., *Delle successioni testamentarie, Libro II art. 587-712*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da Vittorio De Martino, Novara, 1973

CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, vol. I: parte generale, tomo I, Napoli, 1959

CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, vol. I: parte generale, tomo II, Napoli, 1962

CARLEO R., *Sublocazione, alienazione della cosa locata, cessione del contratto e successione nel contratto di locazione*, in *Giurisprudenza Sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1996

CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006

CARNEVALI U., *La donazione modale*, Milano, 1969

CARRARO L., *Note introduttive agli artt. 100-112 Nov.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, Padova, 1977

CARUSI D., *Condizione e termini*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, t. II, *Effetti*, Milano, 2006

CASANOVA M., *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1974

CATERINA R., *I diritti reali, 3, Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009

CECCHERINI A., *Le società cooperative, II, ed.*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XVIII, Torino, 2007

CICU A., *Successioni per causa di morte, pt. generale, Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1954

CICU, *Il testamento*, Milano, 1947

CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948

CICU, *Successioni per causa di morte, Successione necessaria*, XLIII, t. 2, in *Tratt. di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1967

CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, XLII, Milano, 1961

COLOMBO G. E., *L'azienda e il mercato*, in *Tratt. di dir. comm. e dir pubbl. dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. III, Padova, 1979

CORAPI G., *Il possesso*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009

COSTANZO, *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, II, 294

CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965

D'ALOIA A., *La successione mortis causa nella Costituzione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009

De BELVIS, *Lascito di usufrutto universale e titolo della vocazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 955

de CUPIS A., voce *Successione ereditaria (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990

De MARTINO F., *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, artt. 978-1026*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, , III ed., Bologna-Roma, 1978

De TILLA M., *Sulla successione nella locazione*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2001, 3, 340

Delle MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008

DERNBURG A., *Diritto delle obbligazioni*, prima trad. dal tedesco sulla VI ed., Torino, 1903

DI LORENZO G., *L'eredità giacente*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009

Di MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988

Di MAJO A., voce *Obbligazione*, I) *Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990

EGGER A., *Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischen Rechte*, Breslau, 1903

FEOLA D., *La separazione dei beni del defunto da quelli dell'eredità*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009

FERRARA F. Jr., *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982

FERRARI G., voce *Azienda (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959

FERRARI S., voce *Separazione beni del defunto (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989

FERRARIO HERCOLANI M., *L'accettazione dell'eredità con il beneficio d'inventario*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009

FERRI L., *Successioni in generale, art 456-511*, in *Comm. del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1968

FERRI L., *Successioni in generale, art. 512-535*, in *Comm. del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970

FRAGALI M., voce *Garanzia*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969

FRANCESCHELLI V., *Diritto privato*, vol. I, *Persone, famiglia, successioni, diritti reali*, IV ed., Milano, 2010

GABBA C.F., *Questioni di diritto civile, vol. II, Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Milano-Torino-Roma, 1911

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II *Le obbligazioni e i contratti*, t. II, Padova, 1990

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. IV *La famiglia, le successioni, la tutela dei diritti, il fallimento*, Padova, 1990

GANGI C., *I legati*, II, Roma, 1932

GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. I, Milano, 1964

GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. II, Milano, 1964

GAZZANTI PUGLIESE di COTRONE A., *La successione per causa di morte, Parte generale*, Torino, 2009

GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Commentario del codice civile*, vol. I, Torino, 1968

GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Commentario del codice civile*, vol. II, Torino, 1971

GIERKE O., *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910

GIORDANO-MONDELLO A., voce *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973

GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. I, *Definizione e requisiti delle obbligazioni*, Torino, 1930

GIORGI V., *Società cooperative, artt. 2511-2548 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *sub art. 2534*, Milano, 2006

GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957

GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968

GIORGIANNI, *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, in *Dir. e giur.*, 1959

GORLA G. – ZANELLI P., *Pegno. Ipoteche*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Libro VI: Tutela dei diritti art. 2784-2899. Bologna-Roma, 1992

GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa e azienda*, Milano, 1957

GROSSO e BURDESE, *Le successioni, pt. generale*, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XII, t. 1, Torino, 1977

GRUBER M., KALSS S., MÜLLER K., SCHAUER M. (hrsg), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Springer Wien New York, 2010

HARTMANN G., *Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Deichert, Erlangen, 1875

HAUSMANN P., *Vermächtnis*, in *Deutscher Erbrechtskommentar*, Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München, 2003

IEVA M., *Circolazione e successione mortis causa*, in *Riv. not.*, 2012,51

IRTI N., *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2007, fasc. 1, 1

KOZIOL-WELSER, *Bürgerliches Recht, Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 13. Auflage, Manz, Wien, 2007

KRALIK W., *Das Erbrecht*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 4. Buch, Wien, 1983

LINDER F., *Erbenhaftung*, in *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, (GRUBER M., KALSS S., MÜLLER K., SCHAUER M. hrsg), Springer Wien New York, 2010

LAPERTOSA F., *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 cod. civ.)*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1991, II, 491

LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970

LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966

LORENZOTTI F., in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro VI – Tutela dei diritti (artt. 2643-2969) *sub art. 2740*, a cura di P. Perlingeri, Napoli, 1991

- LOSANA C., voce *Successioni testamentarie*, in *Digesto it.*, XXII, 4, Torino, 1893-1902
- MACARIO F., *Le garanzie patrimoniali*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009
- MACARIO F., *L'ipoteca*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009
- MAIORCA C., voce *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988
- MARINI, *Il modus quale elemento accidentale del negozio giuridico*, Milano, 1976
- MALAURIE P. – AYNÈS L., *Le sucesions, les libèralitès*, 4^o èdition, Defrènois, 2010
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994
- MASI A., *Dei legati*, in *Comm del cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, *Libro secondo: Successioni art. 649-673*, Bologna-Roma, 1979
- MAZZARESE S., *Autonomia testamentaria e disposizioni sanzionatorie*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, t. II, Milano, 2008
- MEDICUS D.-LORENZ S., *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, 18. Auflage, München, 2008
- MENGONI L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156
- MENGONI L., *La divisione testamentaria*, Milano, 1950
- MENGONI L., *Successioni per causa di morte, Parte speciale, Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XLIII, t. 2, Milano, 1967
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, *Diritto delle obbligazioni (parte generale)*, Milano, 1959
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, Milano, 1962
- METTIERI, *I debiti aziendali e le disposizioni di ultima volontà. Relazione al convegno di studi "Azienda ed impresa individuale e collettiva nella successione mortis causa"*, in *Nuovi quaderni di Vita Notarile*, 1992
- MIRABELLI G., *La locazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, v. VII, t. 4, Torino, 1972
- MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991
- MIRAGLIA C., *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, 1984

MONTESANO L., voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, vol XV, Milano, 1966

MORA A., *Il comodato modale*, Milano, 2001

MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni*, in *Corso di diritto civile*, Torino, 2011

MUSOLINO G., *Sublegato e legato modale: i limiti ex lege agli obblighi imposti al legatario*, in *Riv. Notariato*, 2008, f. 4, 935

NATALE A., *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009

NATALE A., *La successione nei rapporti di locazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009

NATOLI U., *L'Amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1968

NATOLI U., *L'Amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano, 1969

NAVARRETTA E., *Lesione del creditore da parte di terzi, lesione del possesso e altre vicende*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009

NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, *Libro VI, Tutela dei diritti art. 2740-2899*, Bologna-Roma, 1954

NICOLÒ R., voce *Erede (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966

ONORATO M., *Successione nell'impresa e nell'azienda*, in *Fam., persone e successioni*, 2011, f. 8-9, 606

ORLANDI – ONORATO, *Successione nell'impresa e nei rapporti societari*, in *Tratt. di dir. delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, Milano, 2009

ORLANDI M., *La responsabilità solidale, Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993

PADOVINI F., *Successione per causa di morte nella locazione*, in Gabrielli G. – Padovini F., *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2001

PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, in *Trattato teorico e pratico di dir. privato*, diretto da G. Alpa e S. Patti, Padova, 2008

PASQUALINI G., *Le disposizioni modali e la tutela del legittimario*, in *Riv. Notariato*, 4, I, 1997, 782

PATTI S., *I debiti*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009

PEREGO, *I legati*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. VI, *Successioni*, t. 2, II ed., Torino, 1997

PERRECA M., *Lascito dell'usufrutto universale al coniuge e della nuda proprietà all'estraneo: il problema dell'operatività del divieto di cui all'art. 692 c.c.*, in *Riv. giur. sarda*, 2004, 411

PUGLIATTI S., *Acquisto del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958

PUGLIATTI S., *Della istituzione di erede e dei legati*, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro II. Le successioni per causa di morte e le donazioni*, Firenze, 1941

PUGLIATTI S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935

PUGLIESE G., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, v. IV, t. 5, II ed., Torino, 1972

PUNTSCHART P., *Schuldvertrag und Treugelöbniss des Sächsischen Rechts im Mittelalter*, Leipzig, 1986

RAPPAPORT, *Kommentar zu den §§ 604-694 ABGB* in *Klang* II/1, 1935

RAVAZZONI, *Le garanzie dell'obbligazione*, Parma, 1990

RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979

RINALDO M., *Contratto di fideiussione e ambito applicativo della disciplina dettata dal codice del consumo*, in *Riv. notar.*, 2012, 691

ROPPO E., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988

RUBINO D., *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. XIV, t. I, Torino, 1956

RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu-Messineo, XXIII, Milano, 1971

RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile it.*, diretto da F. Vassalli, vol. XIV, t.1, Torino, 1956

RUSCELLO F., *Istituzioni di diritto privato*, vol. IV, *Proprietà e diritti reali di godimento. Famiglia. Successioni*, II ed., Milano, 2007

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1971

SANTORO-PASSARELLI F., *Legato di usufrutto universale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1940, 201

SATTA S., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile it.*, diretto da F. Vassalli, vol. XV, t. 1 fasc. 2, Torino, 1954

SAVIGNY (von) F.C., *Le obbligazioni*, trad. di G. Pacchioni, vol. I, Torino, 1912

SCARSO A.P., *I figli*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. III, *La successione legittima*, Milano, 2009

SCHUPFER F., *Gaeta e il suo diritto, II. Le obbligazioni*, Roma, 1914

SCHWIND, *Wesen und Inhalt des Pfandrechtes*, Jena, 1899

SÈRIAUX A., *Les successions, Les libéralités*, Puf, 1993

SINESIO D., *Le specie delle obbligazioni*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. III, *Obbligazioni*, t. I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano 2009

SOHM, *Die Begriff des Forderungsrechts*, in *Grünhuts Ztschr.*, 4, 1877

STOLFI G., *Note sul concetto di successione*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1949, 535

STROHAL E., *Schuldpflicht und Haftung*, München-Leipzig, 1914

STÜRNER R., *BGB Kommentar*, JAUERNIG O. Hrsg., 10. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2003

TALAMANCA M., voce *Obbligazioni (dir. rom)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1979

TAMBURRINO G., *Testamento (dir. priv.)* in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992

TAMBURRINO G., voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990

TATARANO M. C., *Il testamento*, v. VIII, t. 4, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingeri, Napoli, 2003

TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, v. 18, Torino, 1983

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2009

TRABUCCHI A., *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I

TRABUCCHI A., voce *Legato (diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 608

TRADII E. *Legato di azienda*, in *Notariato*, 3, 1999, 259

TULLIO A., *La cautela sociniana*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, t. III, *La successione legittima*, Milano, 2009

UNGARI TRANSATTI C., nota a Cass. 12.9.2002 n. 13310, in *Riv. not.*, 2003, 238

VONKILCH, *Eintrittsrecht bei noch nicht oder nicht mehr bestehendem gemeinsamen Haushalt in der Wohnung?*, NZ (Österreichische Notariats-Zeitung), 2000, 321

WILHELM, *Übergang des Bestandverhältnisses durch Vermächtnis*, JBl (Juristische Blätter), 1972, 79

ZATTI P., *Manuale di Diritto civile*, IV ed., Padova, 2009

GIURISPRUDENZA

- Cass. civ. 30 marzo 1951 n. 716, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1041
- Cass. civ. 28 agosto 1952, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce "Successione", n. 180
- C.A. Palermo, 17 gennaio 1958, in *Foro pad.*, 1959, I, 1142
- Cass. civ. 10 giugno 1968 n. 1799, in *Mass. Foro it.*, 1968
- Cass. civ. 3 ottobre 1957 n. 3595, in *Foro pad.*, 1958, I, 166
- Cass. civ. 2 agosto 1969 n. 2920, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2404
- Cass. civ. 19 febbraio 1970 n. 329, in *Giust. Civ.*, 1970, I, 1031
- Cass. civ. 13 marzo 1970 n. 645, in RFI, 1970, voce *Successione*, c.2357, n. 36
- Cass. civ., sez. II, 21 gennaio 1978 n. 269, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 178
- Trib. Matera, 18 aprile 1978, in *Giur. It.*, 1979, I, 2, 173
- Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 1979 n. 986, in *Giust. Civ. mass.*, 1979, f. 2
- Cass. civ., 17 marzo 1980 n. 1758, in *Mass. Giur. it.*, 1980
- Cass. civ., sez. II, 17 marzo 1980 n. 1758, in *Giust. Civ. mass.*, 1980, f. 3
- Cass. civ., sez. II, 16 dicembre 1981 n. 6674, in *Giust. Civ. mass.*, 1981, f. 12
- Cass. civ., sez. II 23 novembre 1982 n. 6339, in *Foro it.*, 1983, I, 1652
- Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 1983 n. 812, in *Giust. Civ. mass.*, 1983, f. 1
- Cass. civ., sez. I, 2 giugno 1983 n. 3769, in *Giust. Civ. mass.*, 1983, fasc. 6
- Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 1985 n. 207, in *Riv. notariato*, 1985, 487
- Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 1985, n. 1627, in *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 2
- Cass. civ., sez. II, 4 maggio 1985 n. 2800, in *Dir e giur. agr.*, 1985, 471
- Trib. Catania, 21 giugno 1985, in *Giur. Comm.*, 1987, II, 165
- Cass. civ., sez. II, 6 novembre 1986 n. 6516, in *Giust. Civ. mass.*, 1986, f. 11
- Cass. civ., sez. lav. 5 novembre 1987 n. 8123, in *Giust. Civ. mass.*, 1987, f. 11
- Cass. civ., sez. III, 6 novembre 1987 n. 8239, in *Dir. e giur. agr.*, 1988, 33
- Cass. civ., sez. III, 23 novembre 1990 n. 11328, in *Foro it.*, 1991, I, 2462
- Trib. Napoli, 31 dicembre 1990, in *Arch. locazioni*, 1991, 329
- Cass. civ., sez. III, 21 aprile 1992 n. 4767, in *Arch. locazioni*, 1992, 778
- Trib. Roma, 8 giugno 1992, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2195
- Cass. civ., sez. II, 20 febbraio 1993 n. 2088, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 221
- Cass.civ., sez. II, 29 aprile 1993 n. 5067, in *Giust. Civ. mass.*, 1993, 791
- Cass. civ., sez. II, 28 maggio 1993 n. 5982, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1994, I, 729
- Cass. civ., sez. II, 3 marzo 1994 n. 2108, in *Fisco (II)*, 1994, 9126

Cass. civ. 18 giugno 1994 n. 5895, in *Notariato*, 1995, 11
 Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 1995 n. 1909, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 2060
 Cass. civ., sez. III, 16 marzo 1995 n. 3074, in *Giust. Civ. mass.*, 1995, 623
 Corte d'App. Cagliari, 12 gennaio 1996, in *Riv. giur. sarda*, 1998, 1
 Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 1996 n. 11195, in *Giust. Civ. mass.*, 1996, 1748
 Comm. Trib. Prov. Treviso sez. IX, 17 gennaio 1997 n. 114, in *Riv. giur. trib.*, 1998,
 Cass. civ., sez. II, 15 maggio 1997 n. 4282, in *Riv. Notariato*, 1998, 345
 Cass. civ., sez. I, 29 aprile 1998 n. 4367, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 1857
 Corte d'App. Trento, 19 dicembre 1998, in *Nuovo dir.*, 1999, 849
 Cass. civ. 18 marzo 1999 n. 2487 in *Giust. Civ.*, 2000, I, 3307
 Cass. civ. 30 luglio 1999 n. 8284, in *Giur. It.*, 2000, 1175
 Trib. Catania, 28 marzo 2000, in *Familia*, 2001, 1210
 Cass. civ., sez. II, 3 aprile 2000 n. 3997, in *Giust. Civ. mass.*, 2000, 706
 Trib. Roma 13 giugno 2000, in *Arch. civ.*, 2001, 989
 Corte d'App. Genova, 16 giugno 2000, in *Giur. merito*, 2001, 937
 Trib. Reggio Emilia, 27 settembre 2000, in *Vita Not.*, 2001, 694
 Cass. civ., sez. II, 25 ottobre 2000 n. 14063, in *Giust. Civ. mass.*, 2000, 2176
 Cass. civ., sez. III, 22 maggio 2001 n. 6965, in *Giur. it.*, 2002, 265
 Cass. civ., sez. lav., 12 luglio 2001 n. 9467, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 90
 Trib. Venezia 9 ottobre 2001, in *Familia*, 2002, 567
 Cass. civ. 3 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 1843
 Cass. civ., sez. II, 1 marzo 2002 n. 3016, in *Giust. Civ. mass.*, 2002, 365
 Corte d'App. Napoli 6 maggio 2002, in *Nuovo dir.*, 2002, 858
 Cass. civ., sez. II, 12 settembre 2002 n. 13310, in *Fam e dir.*, 2003, 79188
 Trib. Roma 12 febbraio 2003, in *Arch. Civ.*, 2004, 488
 Cass. civ., sez. I, 11 aprile 2003 n. 5716, in *Giust. Civ. mass.*, 2003, 4.
 Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2003 n. 6316, in *Giust. Civ. mass.*, 2003, f. 4
 Corte d'App. Catania, 28 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2004, 15
 Corte d'App. Cagliari, 14 ottobre 2003, in *Riv. giur. sarda*, 2004, 405
 Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2004, n. 3546, in *Riv. notariato*, 2004, 1579
 Trib. Cosenza, 14 ottobre 2004 n. 625, in *Corti calabresi*, 2005, 1, 145
 Trib. Ascoli Piceno, 03 dicembre 2004, in *Dir. e lav. Marche*, 2005, 1, 89
 Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2004 n. 23780, in *Giust. Civ. mass.*, 2005,
 Cass. civ., sez. II, 7 aprile 2005 n. 7281, in *Riv. notariato*, 2006, 557
 Cass. civ., sez. III, 22 settembre 2006, n. 20634, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 9

Comm.trib. prov.le Bari, sez. VIII, 25/10/2006, n. 137, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2006

Cass. civ. 21 febbraio 2007 n. 4022, in *Giur. It.*, 2007, 12, 2697

Cass. civ. sez. III, 28 febbraio 2007 n. 4661, in *Dir. e giust.*, 2007

Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2007 n. 11311, in *Guida al diritto*, 2007, 26, 75

Cass. civ., sez. II, 30 luglio 2007 n. 16846, in *Giust. Civ. mass.*, 2007, 9

Cass. civ., sez. I, 29 ottobre 2007 n. 22658, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 10

Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008 n. 576, in *Giust. Civ.*, 2009, f. 11, 2533.

Trib. Salerno ,sez. I, 16 maggio 2008, in Redazione Giuffrè

Cass. civ., sez. trib., 18 giugno 2008 n. 16473, in *Giust. Civ. mass.*, 2008, 6, 961

Trib. Milano, sez. V, 24 luglio 2008, n. 9791, in *Giustizia a Milano*, 2008, f. 9, 60

Cass. civ., sez. lav., 01 settembre 2008, n. 22001, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 9, 1303

Trib. Roma, 26 novembre 2008, in *Giust. civ.*, 2009, 12, 2827

Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 2009 n. 1952, in *Giust. Civ.*, 2010, 9, 2052

Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2009 n. 4435, in *Guida al dir.*, 2009, f. 15, 66

Cass. civ., sez. II, 16 giugno 2009 n. 13968, in *Giust. Civ. mass.*, 2009, 6, 931

Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 2009 n. 21481, in *Guida al dir.*, 2010, 2, 66.

Cass. civ., sez. III, 3 dicembre 2009 n. 25403, in *Foro it.*, 2010, 9, c. 2499

Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2010 n. 1557, in *Giust. Civ. mass.*, 2010, 1, 99

Cass. civ., sez. II, 29 aprile 2010 n. 10405, in *Giust. Civ.*, 2011, f. 12, 2861

Trib. Catanzaro, 11 maggio 2010, in *Giur. merito*, 2010, 10, 2611

Cass. civ., sez. un., 14 settembre 2010, n. 19509, in *Giur. comm.* 2011, 4, 888

Cass. civ., sez. II, 29 ottobre 2010 n. 22199, in *Giust. Civ.*, 2001, 2, 373

Cass. civ., sez. II, 31 gennaio 2011 n. 2172, in *Riv. not.*, 2011, 139

Cass. civ., sez. trib., 9 marzo 2011 n. 5581, in *Giust. Civ. mass.*, 2011, 3

Cass. civ. , sez. I, 19 maggio 2011 n. 11059, in *Giust. Civ. mass.*, 2011, f. 5, 771

Cass. civ., sez. II, 11 luglio 2011 n. 15180, in *Giust. Civ. mass.*, 2011, f. 7-8, 1044

Cass. civ., sez. II, 26 luglio 2011 n. 16305, in *Diritto e giust.*, 2011

Cass. civ. 9 settembre 2011 n. 18583, in *Riv. notar.*, 2012, f. 2, 461

Trib. Napoli, sez. lav., 08 febbraio 2012, n. 4162

Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 2012 n. 2979, in *Guida al diritto*, 2011, f. 45, 30

Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2012 n. 8352, in *Giust. Civ.*, 2012, 5, 1164