

GIACOMO OBERTO  
Magistrato, Dottore di ricerca

## MUTUO DISSENSO E LIBERALITÀ NEL REGIME DI COMUNIONE LEGALE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. Se la costituzione con effetti *ex tunc* del regime legale costituisca liberalità indiretta o dia di per sé luogo a liberalità indirette. – 2. Il carattere «gratuito» del coacquisto in comunione legale e i suoi rapporti con la liberalità indiretta. – 3. Esclusione della natura di liberalità indiretta (e della revocabilità) dell'acquisto di un bene con denaro o utilità personali, senza l'impiego degli accorgimenti previsti dall'art. 179, lett. f), e cpv. c.c. – 4. Sul carattere di liberalità indiretta (e sulla revocabilità) di taluni acquisti personali dei coniugi in comunione. – 5. La sorte delle liberalità dirette e indirette poste in essere *inter coniuges* durante la vigenza del regime di separazione dei beni cessato *ex tunc* per effetto del mutuo dissenso. – 6. Lo spazio concesso all'autonomia privata in sede di negozio di mutuo dissenso in ordine alla concreta determinazione della sorte delle liberalità dirette e indirette poste in essere *inter coniuges* durante la vigenza del regime di separazione dei beni cessato *ex tunc* per effetto del mutuo dissenso. – 7. Conclusioni circa il carattere non liberale degli arricchimenti determinati dalla risoluzione per mutuo dissenso della convenzione di separazione dei beni. La funzione peregrativa dell'operazione negoziale in discorso.

1. – Nell'ambito di un precedente studio si è tentato di dimostrare la possibilità per i coniugi, o per i civilmente uniti, di porre in essere una risoluzione con effetti *ex tunc* per mutuo dissenso della convenzione di separazione dei beni a suo tempo stipulata (o della scelta per il regime separatizio operata in sede di celebrazione delle nozze)<sup>(1)</sup>. La considerazione di una possibile ricaduta di tale teoria offre ora lo spunto per un approfondimento dei rapporti tra i vari regimi patrimoniali legali della famiglia, le relative convenzioni matrimoniali e i negozi di carattere liberale di cui i coniugi (o i civilmente uniti) possono essere parte.

---

<sup>(1)</sup> Cfr. OBERTO, *Mutuo dissenso e convenzione di separazione dei beni*, cit.

Il presente studio costituisce l'ideale prosecuzione di OBERTO, *Mutuo dissenso e convenzione di separazione dei beni*, in questa *Rivista*, 2019, p. 817 ss. Anche per questo lavoro lo scrivente esprime i più vivi ringraziamenti al Prof. Michele Sesta, per il suggerimento dell'idea che sta alla base dello scritto e per le preziose indicazioni fornite in merito alla sua elaborazione.

Il primo e fondamentale interrogativo che si pone – e che costituisce una sorta di *fil rouge* delle indagini che si cercheranno di presentare in questo studio – è se, una volta ammessa la risolubilità *ex tunc* per mutuo dissenso della convenzione di separazione dei beni qui in esame, gli acquisti operati separatamente dai coniugi, nel periodo di vigenza del regime di separazione dei beni, ma destinati a formare oggetto del coacquisto automatico *ex art. 177, lett. a), c.c.*, per via del carattere retroattivo del negozio risolutorio, determinino arricchimenti valutabili alla stregua di liberalità indirette, con conseguente applicazione in sede successoria dei rimedi della riunione fittizia, della collazione e della riduzione. Il quesito potrebbe estendersi fino a coinvolgere l'operazione nel suo complesso, posto che ci si potrebbe persino chiedere se la stessa decisione di risolvere retroattivamente la convenzione di separazione (o la relativa scelta, operata in sede di celebrazione delle nozze o di costituzione dell'unione civile) non sia configurabile alla stregua di una liberalità indiretta in favore del coniuge che ne risulti (in fin dei conti) «arricchito».

La questione sembrerebbe, almeno a tutta prima, analoga a quella che si pone con riferimento al caso della stipula di una convenzione costitutiva del regime di comunione convenzionale, nel quale le parti pattuiscono il «conferimento» in comunione di uno o più beni di cui il coniuge sia già titolare esclusivo. Qui, fermo restando che nella specie non è certamente riscontrabile la presenza di una donazione diretta, posto che la *translatio domini* trova la sua causa in un ben preciso negozio tipico (art. 210 c.c.), va detto che, effettivamente, se l'operazione viene effettuata *animo donandi*, essa può, relativamente alla quota che viene a cadere nella titolarità del coniuge, qualificarsi alla stregua di una liberalità indiretta<sup>(2)</sup>.

---

(2) Questo è anche il parere della dottrina pressoché unanime: cfr. ad es. LO SARDO, *La comunione convenzionale nel regime patrimoniale della famiglia*, in *R. not.*, 1991, p. 1254 s. Sul punto v. anche PITTALIS, *Modifiche convenzionali alla comunione dei beni*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano 2002, p. 442 s. Sembra evidente, invece, che la semplice stipula di una convenzione programmatica di comunione convenzionale non rappresenti di per sé una donazione. Ad escluderlo varrebbe già infatti il carattere reciproco delle previsioni, oltre che la (normale) presenza dell'intento di costituire le premesse economiche per un regolare svolgimento della vita coniugale, ciò che dovrebbe impedire *in limine* la possibilità di ravvisare un *animus donandi* (estremamente chiara sul punto la giurisprudenza tedesca: cfr. per esempio *BGH*, 27 novembre 1991, in *FamRZ*, 1992, 304). Peraltro non vi è dubbio che l'inserimento in comunione convenzionale di diritti di cui ciascuno dei coniugi era già titolare all'atto della convenzione possa essere inquadrato nello schema della liberalità indiretta (cfr. per esempio LO SARDO, *op. cit.*, p. 1254 s.).

Ma nella specie qui in esame si verte in tema di comunione legale, non già convenzionale: in effetti, una volta esercitato il mutuo dissenso in relazione alla convenzione di separazione dei beni (o, il che è la stessa cosa, con riguardo alla scelta espressa in sede di celebrazione delle nozze), i coniugi (o civilmente uniti) vengono a trovarsi nella stessa posizione in cui si troverebbero qualora non avessero mai optato per il regime convenzionale, con conseguente applicazione diretta, ai sensi dell'art. 159 c.c., del disposto degli artt. 177 ss. c.c.

Occorre dunque interrogarsi sui rapporti tra il coacquisto automatico ex art. 177, lett. a), c.c. e il meccanismo della liberalità indiretta.

2. – Come noto, il coacquisto automatico a beneficio del coniuge non agente in regime di comunione dei beni si verifica a prescindere non solo dal contributo fornito al *ménage* familiare<sup>(3)</sup>, ma anche da quello relativo all'acquisto in sé considerato. In altri termini, è del tutto indifferente che il coniuge coacquirente *ex lege* abbia o meno versato parte del prezzo. Il dato può essere considerato (quasi) pacifico, tanto in dottrina<sup>(4)</sup>, che in giurisprudenza<sup>(5)</sup>, pure escludendosi che l'art. 192 c.c. possa essere invo-

---

(3) Cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, nel *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, I, Milano 2010, p. 336 ss.

(4) Sul tema v. per tutti SCHLESINGER, *Della comunione legale*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da CIAN-OPPO-TRABUCCHI, III, Padova 1992, p. 93 s.; AULETTA, *La comunione legale*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, II, Torino 1999, p. 50; OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 336 ss. Isolata, o comunque fortemente minoritaria, appare invece l'opinione di SALVESTRONI, *Filologia giuridica, acquisti separati dei coniugi e amministrazione dei beni personali, della comunione legale e dell'impresa familiare*, in *Rass. d. civ.*, 2002, p. 551, ad avviso del quale «ritenere in via generale che gli acquisti, compiuti separatamente da un coniuge dichiaratamente in nome e per conto proprio e con propri mezzi, vengano in ogni caso e automaticamente acquisiti per la metà dall'altro coniuge, significherebbe ammettere il repentino passaggio dall'incostituzionale divieto di donazione tra coniugi, di cui al vecchio art. 781 c.c., ad un altrettanto incostituzionale regime legale di automatica "donazione indiretta" tra coniugi, che sembrerebbe sovvertire principi giuridici fondamentali, come quelli della libertà individuale di iniziativa economica (art. 41 cost.) e della "relatività" dei contratti (artt. 1321 e 1372 c.c.)» (per una critica v. peraltro OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 342).

(5) Cfr. ad es. Cass. 16 dicembre 1993, n. 12439, secondo cui «La comunione legale fra coniugi, ai sensi dell'art. 177 primo comma lett. a) cod. civ., riguarda gli 'acquisti' compiuti durante il matrimonio, indipendentemente dalla provenienza delle risorse che li abbiano consentiti»; v. inoltre Cass. 18 giugno 1992, n. 7524, cit., in motivazione; Cass. 27 febbraio 2003, n. 2954 (su cui v. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 1102 ss.), in motivazione; Trib. Catania 21 aprile 1987, in *D. fam.*, 1988, p. 320 (che ha ritenuto irrilevante, ai fini della caduta in comunione dell'acquisto, il fatto che i coniugi avessero contribuito in misura disuguale al pagamento della controprestazione).

cato per riequilibrare, in sede di scioglimento della comunione legale, attraverso il meccanismo dei rimborsi e delle restituzioni, il maggiore impegno finanziario sostenuto da un coniuge rispetto all'altro ai fini dell'acquisto di un bene in comunione legale<sup>(6)</sup>. Siffatta irrilevanza del contributo prestatato (o non prestatato) dal coniuge coacquirente *ex lege* non è però tale da consentire di ritenere tecnicamente il coacquisto come effettuato a titolo gratuito. Non va infatti dimenticato che trattasi di effetto legale e che, pertanto, l'aggettivo «gratuito» può qui avere una valenza esclusivamente impropria<sup>(7)</sup>.

Anche l'analisi comparata dimostra, del resto, che «les avantages matrimoniaux que peuvent recueillir les époux, lors du partage des biens dépendant du régime matrimonial, ne sont pas des libéralités entre époux», nonostante il carattere «gratuito» (nel senso di «avvenuto in assenza di corrispettivo») che tali attribuzioni patrimoniali mostrano per una delle parti<sup>(8)</sup>.

---

(6) Così, in motivazione, Cass. 20 gennaio 2006, n. 1197, cit.; cfr. inoltre Cass. 4 febbraio 2005, n. 2354; Cass. 24 maggio 2005, n. 10896. Il tema verrà affrontato nella parte sullo scioglimento (cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 1931 ss.).

(7) È di tutta evidenza, poi, che se le risorse impiegate per l'acquisto appartengono al patrimonio personale (di uno o di ambedue i coniugi), sarà possibile sottrarre il bene alla comunione legale osservando le prescrizioni dell'art. 179, lett. f), e cpv. c.c. Il bene sarà allora personale del coniuge acquirente (acquisto separato) o apparterrà ad ambedue in comunione ordinaria (acquisto congiunto), anche per quote disuguali. Il bene cadrà in comunione se non viene esercitata la facoltà di surrogazione. Se nell'acquisto vengono, invece, utilizzati beni comuni *de residuo* la legge non prevede tale possibilità di esclusione ed il bene diviene senz'altro comune. Ugualmente è a dirsi se sono state impiegate risorse in comunione legale; ma se l'atto è di straordinaria amministrazione e la decisione non proviene da entrambi i coniugi, chi ha agito si espone alle sanzioni previste per gli atti abusivi.

(8) In questo senso v., per il diritto belga, *ex multis*, DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles 2008, p. 64 s., secondo cui «pour couper court à toute discussion, sur une éventuelle ou réelle intention libérale entre époux, la loi impose le caractère onéreux du régime matrimonial». Per gli *avantages matrimoniaux* nel moderno diritto francese cfr. SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle en droit français*, Paris 1970, p. 143 ss. (relativamente alla riforma del 1965); MALAURIE-AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris 2007, p. 307 ss. È altresì da tenere presente che la riforma del divorzio, entrata in vigore in Francia il 1° gennaio 2005, ha modificato l'art. 265 c.c. fr., secondo cui ora l'attribuzione di responsabilità nel divorzio e nella separazione non produce più effetto rispetto agli *avantages matrimoniaux* (per l'origine storica della regola cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 1611 ss.). Peraltro il divorzio *tout court* determina la revoca di pieno diritto di quei (soli) *avantages* destinati a prodursi dalla data di scioglimento del regime: da questi sono pertanto escluse donazioni tra coniugi e pattuizioni di regimi convenzionali (la previsione di una comunione universale, ad esempio, non subirà conseguenze), mentre vi rientrano tutte quelle clausole apposte al regime legale destinate a creare un vantaggio rispetto alla disciplina ordinaria della *communauté* per un coniuge al momento della cessazione di quest'ultima, come ad es. il *partage inégal*. Dall'operatività della disposizione è comunque esclusa la *reprise* dei beni apportati in comunione, qualora prevista nel contratto di matrimonio.

La questione appare, ovviamente, rilevante, in relazione sia al quesito circa la revocabilità da parte dei creditori, sia al tema degli effetti successori. Sul primo punto va innanzi tutto osservato, con la migliore dottrina, che l'acquisto di un bene da parte di un coniuge, con conseguente coacquisto automatico, può comunque risultare pregiudizievole per i creditori comuni o per i creditori personali del coniuge. Per i primi ciò può verificarsi se vengono utilizzate nell'acquisto risorse della comunione; per i creditori personali, se dette risorse sono personali o comuni *de residuo* <sup>(9)</sup>. Si è posto dunque il problema dell'esperibilità dell'azione revocatoria (ordinaria o fallimentare) da parte dei creditori che risultino pregiudicati da tali atti di disposizione.

La soluzione è senz'altro positiva, per i creditori pregiudicati dall'acquisto verso il terzo, in conformità alle regole generali, se l'atto risulta lesivo in quanto depauperava il patrimonio del disponente, a prescindere dalla caduta in comunione del bene (si pensi, ad esempio, all'acquisto per un prezzo più elevato del valore del bene).

Ben diverso è il caso del pregiudizio subito dai creditori (personali) per effetto proprio di detta caduta in comunione (cioè del fenomeno del coacquisto *ex art. 177, lett. a), c.c.*), posto che tale pregiudizio non scaturisce da un atto di autonomia del disponente, ma da un effetto voluto dalla legge. La questione appare intimamente legata a quella qui in discussione, concernente la possibilità di ravvisare nell'atto in questione, per l'appunto, una liberalità indiretta.

Ora, la dottrina prevalente in materia di comunione legale nega che l'acquisto *ex art. 177, lett. a), c.c.* di un bene con denaro comune, con l'assunzione di un debito personale o con beni in comunione *de residuo* possa considerarsi alla stregua di una donazione o, comunque, di una liberalità (e come tale sia soggetto a collazione e revocabile come atto a titolo gratuito). Come autorevolmente rilevato, il meccanismo predisposto dall'art. 177, lett. a), c.c. esclude che si possa parlare in termini di arric-

---

Inoltre gli *avantages matrimoniaux* potranno essere trattenuti sulla base del consenso espresso dall'altro coniuge all'atto del divorzio e constatato dal giudice, con conseguente irrevocabilità degli stessi.

<sup>(9)</sup> Cfr. AULETTA, *La comunione legale*, cit., p. 51, il quale soggiunge esattamente che, riguardo all'impiego di beni comuni *de residuo*, quantunque essi siano destinati a cadere in futuro in comunione, *medio tempore* rientrano nel patrimonio del coniuge percettore, onde la loro utilizzazione in acquisti comuni comporta diminuzione della garanzia patrimoniale goduta dai creditori personali già per il fatto che la metà viene acquistata dall'altro coniuge (ma anche perché i creditori in questione sono posposti ai creditori della comunione sulla quota del patrimonio spettante al loro debitore).

chimento o depauperamento di ciascuno dei coniugi, per effetto degli acquisti che, sebbene «compiuti» da uno solo di essi, giovano ad entrambi. Giustamente si è detto, in proposito, che ciascun acquisto a favore della comunione non può essere valutato isolatamente, ma «si inserisce nel sistema di attribuzioni potenzialmente reciproche proprio della comunione legale e trova comunque giustificazione nel valore anche patrimoniale della *reciproca* collaborazione coniugale»<sup>(10)</sup>. In effetti, il beneficio ricavato dal coniuge coacquirente *ex lege*, ma estraneo all'atto di acquisto (e/o comunque al sacrificio economico che con tale acquisto si scambia) è conseguenza non già di una qualche «liberalità» da parte del coniuge agente, bensì di una volontà legislativa indirizzata a valutare i redditi individuali conseguiti *post nuptias* – sebbene lasciati nella esclusiva disponibilità del coniuge percettore – come potenzialmente destinati a favore della coppia, cosicché ogni acquisto realizzato utilizzandoli attualizza quella forma di «destinazione» e non consente una qualifica in termini di «arricchimento» dell'uno o dell'altro coniuge<sup>(11)</sup>.

La questione è stata studiata soprattutto con riguardo ai profili successori, ove si è osservato che, sulla base dei rilievi appena svolti, non potendosi parlare né di donazione diretta, né di donazione indiretta, il coniuge «beneficiario» del coacquisto non sarà tenuto ad effettuare la collazione dell'«arricchimento» così ricevuto<sup>(12)</sup>.

Contro siffatta conclusione non vale obiettare che l'incremento patrimoniale soggetto al conferimento *ex art. 737 c.c.* potrebbe essere anche il frutto di un'attribuzione che si realizza «attraverso effetti legali», portandosi al riguardo l'esempio del soggetto il quale consapevolmente lasci decorrere il termine di prescrizione di un credito nei confronti di un suo eventuale legittimario<sup>(13)</sup>. Se è vero, infatti, che l'utilizzo di particolari

---

<sup>(10)</sup> SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., p. 95; nello stesso senso v. anche CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in generale. La comunione legale*, nel *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano 1979, p. 69; BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano 2005, p. 72, nt. 42; CIAN-VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in questa *Rivista*, 1980, I, p. 353. *Contra*, DI MARTINO, *Comunione legale, tutela dei creditori e azione revocatoria ordinaria*, in *Rass. d. civ.*, 1982, p. 359, nota 54.

<sup>(11)</sup> SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., p. 95; cfr. inoltre GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, Art. 159-230, nel *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma 2003, p. 230 s.; FERRANDO, *Attribuzioni patrimoniali e liberalità tra coniugi e conviventi*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1467 s.

<sup>(12)</sup> V. gli Autori citati alle note precedenti.

<sup>(13)</sup> Il dubbio è posto da BIANCA, *Comunione legale e collazione*, in *Vita not.*, 1981, p. 805 ss., il quale lascia così intendere di ritenere che siffatto comportamento del creditore sia configurabile alla stregua di una donazione indiretta.

effetti legali ben può determinare, se posto in essere *animo donandi*, una liberalità indiretta, è altrettanto vero che la *ratio* delle norme che tali effetti prevedono non è mai quella di determinare una ripartizione della ricchezza tra soggetti legati tra di loro da una particolarissima situazione personale: si pensi, ad esempio, proprio alla ragione per cui esiste un istituto quale quello della prescrizione dei diritti di credito, volto ad assicurare una maggiore certezza nei traffici giuridici e a sanzionare l'inerzia del creditore e non certo ad attuare forme di redistribuzione di cespiti patrimoniali. In quei casi, invero, l'eventuale (oltre che, sia consentito aggiungere, del tutto eccezionale) effetto di donazione indiretta si produce proprio perché un soggetto si avvale di tale effetto per perseguire una finalità (quella di arricchimento del «donatario» indiretto) estranea alla *ratio* della disposizione di cui il disponente s'avvale per il conseguimento di uno scopo diverso (nella specie, come detto, l'attribuzione di un vantaggio patrimoniale al beneficiario).

Nella situazione qui in esame, relativa alla comunione legale, tutto al contrario, è la volontà del legislatore a «fare premio», per così dire, sugli intenti delle parti, tant'è vero che l'arricchimento del coniuge si verificerebbe anche contro un eventuale diverso intento dell'acquirente (nel caso di non sussistenza dei requisiti per l'acquisto personale, *ex art. 179 c.c.*).

Per questa stessa ragione non può nemmeno ritenersi oggetto di revoca l'effetto del coacquisto automatico, neppure intendendolo come l'atto con il quale il coniuge destina i propri redditi all'acquisto<sup>(14)</sup>. La destinazione, come appena osservato, costituisce un effetto della legge e non un atto del coniuge. La volontà che rileva è quella dell'acquisto, non già quella di destinazione dello stesso alla comunione, giacché quest'ultimo effetto si produce di diritto, anche contro la volontà del coniuge acquirente. La volontà di attribuzione del bene alla comunione è, quindi, a questi fini, irrilevante<sup>(15)</sup>.

La conclusione cui sembra corretto pervenire è dunque quella per cui né il mutuo dissenso in sé considerato, né le conseguenti attribuzioni patrimoniali derivanti dall'operatività (retroattiva) del meccanismo del coacquisto automatico, consentono di intravedere gli estremi della libera-

---

<sup>(14)</sup> Questo è invece l'avviso di CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, *Le convenzioni matrimoniali – Famiglia e impresa*, nel *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano 1984, p. 189.

<sup>(15)</sup> Cfr. OPPO, *Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge*, in questa *Rivista*, 1988, p. 29 ss.; MORACE PINELLI, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, Milano 2003, p. 293 ss.

lità indiretta in favore del coniuge (o civilmente unito) che risulti, per effetto dell'operazione, «arricchito» rispetto alla situazione patrimoniale precedente.

3. – A diverse conclusioni, rispetto a quelle sopra indicate, non sembra potersi pervenire neppure ove si ponga mente alla facoltà che la legge attribuisce al coniuge di conservare il carattere personale dei beni, mercé l'impiego degli accorgimenti previsti dall'art. 179, lett. f), e (in relazione ai beni immobili o mobili registrati) cpv. c.c.<sup>(16)</sup>. È vero che, a tutta prima, si potrebbe essere tentati di dire che, in questo caso, l'acquisto a favore della comunione dipende meno dalla legge che dal comportamento omissivo dell'interessato. Anche qui, peraltro, al fine di valutare se si possa parlare di una «liberalità», sotto forma di donazione indiretta, realizzata dal coniuge autore dell'atto, in favore del *partner*, occorre considerare che l'omissione della dichiarazione necessaria per escludere l'acquisto dalla comunione potrebbe benissimo non dipendere da un intento liberale, e neppure da una consapevole scelta, ma essere soltanto frutto di semplice ignoranza, errore o negligenza.

Di conseguenza, anche a volersi porre nell'ottica (da chi scrive non condivisa) della configurabilità, nella specie, di una donazione indiretta<sup>(17)</sup>, la disciplina in tema di liberalità andrebbe comunque applicata solo nel caso di concreto accertamento dell'esistenza di un *animus donandi*<sup>(18)</sup>; elemento il cui positivo accertamento è richiesto anche ai fini del-

---

<sup>(16)</sup> Su cui cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 1030 ss., 1055 ss.

<sup>(17)</sup> Afferma CRIACO, *Liberalità e rapporti patrimoniali tra coniugi*, Milano 2008, p. 184 ss., che Cass. 25 febbraio 1987, n. 2003 avrebbe riconosciuto il carattere di donazione indiretta ad un acquisto immobiliare effettuato dal marito con denaro personale, senza rendere la dichiarazione di cui all'art. 179, lett. f), c.c. In realtà, la fattispecie sottoposta all'esame della Corte in quell'occasione aveva ad oggetto acquisti operati prima dell'entrata in vigore della riforma del 1975 e la donazione indiretta era stata riconosciuta dalla corte d'appello (con giudizio confermato in sede di legittimità), quale conseguenza della cointestazione dei cespiti anche a favore della moglie, per quote uguali, avendo la stessa partecipato all'atto d'acquisto come coacquirente (e senza aver effettuato esborsi per l'acquisto), in una situazione, dunque, di comunione ordinaria. La decisione (in *D. fam.*, 1987, p. 613; in *Arch. civ.*, 1987, p. 616; in *G. it.*, 1989, I, 1, c. 1771, con nota di GHIGLIERI; in *R. not.*, 1990, II, p. 438) si segnala anche per aver ammesso la revocabilità delle donazioni (nella specie: indirette) tra coniugi per ingratitudine (sul tema v. per tutti OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, Artt. 215-219, in *Comm. Schlesinger*, continuato da Busnelli, Milano 2005, p. 353 ss.).

<sup>(18)</sup> Questa è l'opinione di FERRANDO, *Attribuzioni patrimoniali e liberalità tra coniugi e conviventi*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1468, la quale avverte correttamente che l'operazione descritta nel testo costituisce «un'opzione che può avere in concreto una varietà di cause giustificative, e solo a non considerare l'intreccio di rapporti personali e patrimoniali che si



l'assoggettabilità dell'atto a collazione, nonostante un autorevole parere in senso contrario<sup>(19)</sup>. Infatti, il chiaro richiamo dell'art. 737 c.c. a ciò che i figli e i loro discendenti ed il coniuge «hanno ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente» sembra porre in evidenza la necessaria sussistenza, anche in questa ipotesi, dello spirito di liberalità, in assenza del quale di «donazione» (anche solo indiretta) appare impossibile parlare. Sicuramente, in tutte le altre fattispecie in cui l'applicazione di una data norma presuppone l'accertamento di una liberalità indiretta (si

---

dipano nell'esperienza di ciascuna famiglia si può pregiudizialmente attribuirlo a mero spirito di liberalità. Liberalità che può sussistere, ma solo quando in concreto se ne dia la prova». Nella medesima ottica sembra porsi anche CARRABBA, *Liberalità e rapporto coniugale*, in *R. not.*, 2009, II, p. 331 ss., ad avviso del quale, qualora «il coniuge impieghi per l'acquisto cespiti personali ai sensi del richiamato art. 179 c.c., con un comportamento consapevole e non frutto di errore o di mancata conoscenza delle regole che governano il regime della comunione legale, con una precisa volontà liberale nei confronti del proprio compagno di vita e non, ad esempio, in adempimento di un dovere morale o per realizzare con maggiore intensità sotto il profilo patrimoniale il rapporto coniugale, si è propensi a rilevare la sussistenza di una donazione indiretta rispetto alla metà del valore dell'acquisto ovvero rispetto ad una quota pari ad un mezzo dell'intero del bene acquisito omettendo la dichiarazione di esclusione prevista dalla lettera f) del citato art. 179». Per RIVA, *La comunione legale*, Padova 2007, p. 198, l'operazione dà luogo ad una liberalità indiretta, con conseguente impossibilità, da parte del coniuge, di avanzare pretese restitutorie in sede di scioglimento del regime. Unica *chance* in tal senso potrebbe essere la prova del fatto che l'esborso era stato compiuto senza intento donativo, ma a titolo di mutuo, con conseguente obbligo restitutorio. Si noti peraltro che, specie nei rapporti endofamiliari, la giurisprudenza richiede, correttamente, che la prova del mutuo sia fornita con particolare rigore: cfr. Cass. 7 aprile 2009, n. 8386; Cass. 28 maggio 2009, n. 12551. Sulla validità di un impegno diretto a ripartire in modo diverso da quello paritario il contributo da fornire per l'acquisto di un bene in comunione cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 1949 ss. Sul carattere di donazione indiretta proprio dell'operazione consistente nell'acquisto di un bene con risorse di provenienza personale, senza applicazione del meccanismo di cui all'art. 179, lett. f), c.c., v. anche CRIACO, *op. cit.*, p. 195 ss. (la quale non prende però posizione sul punto).

(<sup>19</sup>) Cfr. BIANCA, *Comunione legale e collazione*, cit., p. 805 ss., secondo il quale, ai fini dell'applicabilità delle norme in tema di collazione, sarebbe irrilevante l'accertamento dell'esistenza dell'*animus donandi*. Nel senso invece che l'*animus donandi* è elemento necessario (ancorché non sufficiente) della donazione indiretta è orientata la giurisprudenza: cfr. Cass. 11 marzo 1970, n. 630, secondo cui «Per accertare se rimesse periodiche di danaro dal *de cuius* al figlio che rappresentava di versare in stato di bisogno, costituiscono donazioni soggette a collazione ovvero aiuti economici, non è sufficiente risalire alla intenzione del *de cuius* (*animus donandi* eventualmente soggettivo), ma occorre anche escludere che le prestazioni costituiscono adempimento di un dovere giuridico (prestazione di alimenti al figlio in stato di bisogno e non in grado di provvedere al proprio mantenimento)». L'Autore citato conclude (cfr. BIANCA, *Comunione legale e collazione*, cit., p. 808) che il coniuge ha sempre l'obbligo di conferire in collazione per la sua quota i beni della comunione legale quando si tratta di beni che l'altro coniuge aveva acquistato mediante il ricavo dell'alienazione di beni personali o mediante lo scambio di questi. Conviene con queste conclusioni SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., p. 95 s.

pensi all'ipotesi della revocabilità delle liberalità o della riducibilità di disposizioni lesive della legittima), l'esistenza di un intento liberale andrebbe comunque in concreto verificata<sup>(20)</sup>.

Come si vedrà e ribadirà tra breve, però, la presenza di una donazione indiretta non appare comunque mai ravvisabile nel caso in esame.

La questione sin qui trattata dell'ascrivibilità di acquisti in comunione alla categoria delle donazioni indirette assume rilievo non solo con riferimento alla collazione, bensì anche in relazione alla gratuità o meno degli atti di fronte ai creditori. Sulla base dei rilievi appena addotti, infatti, svariati Autori, pur se con diverse sfumature<sup>(21)</sup>, così come la giurisprudenza<sup>(22)</sup>, ammettono l'esperibilità dell'azione revocatoria, da parte dei creditori particolari del coniuge, contro (non già l'atto d'acquisto dal terzo, ma) l'effetto della caduta in comunione dell'acquisto operato dal coniuge<sup>(23)</sup>, il quale non si avvalga, pur potendolo fare, del diritto concessogli dall'art. 179, lett. f), c.c., qualora ricorrano le condizioni di cui agli artt. 2901 c.c. ovvero, nel caso di fallimento, 64 l. falli. Osserva sul punto la dottrina che, l'atto in questione produce l'effetto di diminuire il patrimonio personale ed accrescere quello comune, senza che il corrispettivo

---

<sup>(20)</sup> Cfr. in questo senso SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., p. 95.

<sup>(21)</sup> Cfr. OPPO, *Acquisto alla comunione legale e pregiudizio dei creditori personali*, in questa *Rivista*, 1981, I, p. 137 ss.; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, cit., p. 185 ss.; A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano 1984, p. 1148 s.; DI MARTINO, *Gli acquisti in regime di comunione legale fra coniugi*, Milano 1984, p. 208 ss.; AULETTA, *La comunione legale*, cit., p. 52 s.; CAVALLARO, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi*, Milano 1997, p. 124; *Contra* JANNUZZI, *Comunione legale e fallimento*, in *Giur. mer.*, 1978, p. 204 ss.; CIAN-VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, cit., p. 353.

<sup>(22)</sup> Cfr. Cass. 17 febbraio 1989, n. 954, in *F. it.*, 1989, I, c. 2218 con nota di PARENTE. La motivazione è stata ripresa dalla Suprema Corte anche nelle successive pronunce, conformi, in tema di rapporti tra presunzione muciana e comunione legale, che – oltre a statuire l'inapplicabilità dell'art. 70, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 al fallimento di soggetto coniugato in regime di comunione legale (il principio è stato poi esteso alle famiglie in regime di separazione da Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5291, in *F. it.*, 1997, I, 2421) – ha espressamente precisato che il curatore può agire con l'azione revocatoria, ordinaria ovvero speciale (ex art. 64 l. falli., trattandosi di atto a titolo gratuito), sia nel caso di acquisti effettuati (senza esercizio del diritto di surrogazione) mediante l'impiego di beni personali, sia nel caso di acquisti operati mediante beni appartenenti alla comunione *de residuo*. Come posto in luce da A. BECCARA, *[La comunione legale]. I beni personali*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano 2002, p. 196 s., in tale seconda eventualità è però dato replicare ulteriormente che i beni in comunione residuale non sono suscettibili di surrogazione, onde il coniuge non può, anche volendolo, evitare la caduta in comunione dell'acquisto.

<sup>(23)</sup> *Contra*, sul punto, AULETTA, *op. loc. ult. cit.*, ad avviso del quale, per far venir meno l'effetto legale del coacquisto dipendente dal negozio stipulato con il terzo, occorrerebbe «rimuovere l'atto stesso», che all'effetto automatico ha dato luogo.

impiegato sia frutto di sacrifici comuni<sup>(24)</sup>. Nel caso in cui, secondo i parametri sopra specificati, si dovessero rinvenire nel negozio gli estremi della liberalità (indiretta), la revocatoria (ordinaria o fallimentare) dovrebbe dunque seguire le regole relative agli atti a titolo gratuito, a prescindere dalla conoscenza che l'altro coniuge abbia avuto del pregiudizio subito dai creditori particolari del coniuge<sup>(25)</sup>.

Contro le considerazioni sin qui esposte sia però consentito svolgere una serie di rilievi critici.

In primo luogo andrà tenuto ben presente che il problema di cui qui stiamo discutendo attiene al solo caso della mancata conservazione del carattere personale di beni personali *ex art. 179 c.c.*, mentre non tocca in alcun modo i beni destinati alla comunione *de residuo*, che, come si è visto in altra sede<sup>(26)</sup>, non sono mai suscettibili di surrogazione, per cui si rientra nelle considerazioni svolte poco sopra nel testo, con riguardo al carattere *ex lege* dell'acquisto<sup>(27)</sup>.

Per quanto riguarda invece gli acquisti il cui carattere personale potrebbe essere fatto salvo, occorrerà tenere presente, *in primis*, che, se si dovesse seguire l'opinione ormai prevalente in dottrina e giurisprudenza<sup>(28)</sup>, secondo cui il carattere personale degli acquisti *ex art. 179 cpv. c.c.* sarebbe inscindibilmente legato al consenso del coniuge «escluso» dall'acquisto, risulterebbe allora assai difficile configurare la «rinunzia» del coniuge acquirente a rendere personale un acquisto immobiliare alla

(24) Cfr. AULETTA, *La comunione legale*, cit., p. 51. V. inoltre OPPO, *Acquisto alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personali*, cit., p. 225 ss.; SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., p. 97. *Contra*, JANNUZZI, *Comunione legale e fallimento*, in *Giur. mer.*, 1978, p. 204 ss.

(25) Cfr. AULETTA, *La comunione legale*, cit., p. 51. Nel senso della revocabilità (quale atto a titolo oneroso) della permuta di bene personale effettuata senza applicare l'art. 179, lett. f), c.c., in presenza dei presupposti *ex art. 2901 c.c.*, con azione da intentarsi contro entrambi i coniugi, cfr. anche CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 69, il quale soggiunge (nota 60) che, pure nel diverso caso di azione revocatoria intentata dai creditori del venditore andrebbero convenuti entrambi i coniugi, posto che l'atto va dichiarato inefficace anche contro il coniuge non acquirente *ex contractu*, ma coacquirente *ex lege*, laddove peraltro gli stati soggettivi rilevanti sarebbero solo quelli del coniuge agente. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., p. 95 s., rileva che l'atto di liberalità non sussiste quando non ricorre un intento siffatto nell'acquirente (ad esempio, nel caso di mancato esercizio del diritto di surrogazione per ignoranza o dimenticanza: nello stesso senso cfr. anche quanto illustrato poco sopra nel testo).

(26) Cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 859 ss.

(27) Alle medesime conclusioni, sebbene con argomentazioni almeno in parte divergenti, perviene anche MORACE PINELLI, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, cit., p. 298 ss.

(28) Ma non persuasiva: cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 1055 ss.

stregua di un arricchimento patrimoniale concesso *animo donandi* all'altro coniuge, posto che quest'ultimo potrebbe in ogni momento comunque bloccare l'operazione che il titolare delle risorse personali intendesse eventualmente realizzare a proprio esclusivo vantaggio, semplicemente astenendosi dal partecipare all'atto d'acquisto. In questo caso il compimento dell'atto determinerebbe comunque la caduta del bene in comunione e pertanto questo effetto potrebbe costituire, semplicemente, la prova del fatto che il coniuge agente ha optato per il «male minore» (la caduta in comunione del bene), rispetto al rischio di vedersi sfumare un buon affare. Da quanto sopra sembra dunque potersi desumere che l'adesione alla tesi<sup>(29)</sup> che impone la presenza del coniuge non acquirente all'atto di acquisto posto in essere dall'altro *ex art. 179 cpv. c.c.* appare comunque logicamente incompatibile con la possibilità di configurare alla stregua di una donazione indiretta la caduta in comunione di un immobile, pur ricorrendo gli estremi delle fattispecie *ex art. 179, lett. c), d) o f) c.c.*<sup>(30)</sup>.

Ma, al di là della (e a prescindere dalla) configurabilità alla stregua di liberalità indiretta della situazione qui in esame<sup>(31)</sup> – cioè, lo si ripete, del caso in cui l'acquisto in comunione sia effettuato con mezzi personali, senza l'applicazione del disposto dell'art. 179, lett. f), e *cpv. c.c.* – va negata, contrariamente alla tesi dominante, l'assoggettabilità a revocatoria dell'effetto del coacquisto automatico.

Come sopra spiegato, infatti<sup>(32)</sup>, è la volontà del legislatore a «fare premio» sugli intenti delle parti. È il legislatore a volere la tendenziale «trasformazione» del patrimonio personale in comune, non prevedendo

---

<sup>(29)</sup> Per una serie di critiche alla quale cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 1055 ss.

<sup>(30)</sup> Per non dire poi del fatto che chi ammette tale possibilità si vede poi comunque costretto a limitare gli effetti verso i terzi di un'eventuale riduzione della disposizione frutto dell'operatività del coacquisto *ex lege*. Così, ad es., CARRABBA, *Liberalità e rapporto coniugale*, in *R. not.*, 2009, II, p. 331 s. afferma che «in assenza di un *animus donandi* manifesto e di un titolo formalmente donativo, in presenza di una acquisizione che almeno apparentemente trova fondamento nelle ragioni che sono alla base del regime di comunione tra i coniugi, non potrà esperirsi nei confronti dei terzi acquirenti l'azione di restituzione *ex art. 563 c.c.*, che suppone l'esistenza di un atto *ex art. 769 c.c.*, che, perché rilevabile dai terzi, rende accettabile il sacrificio delle loro ragioni, sacrificio altrimenti non giustificabile anche alla luce della dialettica, presente nell'ordinamento, tra il principio espresso dal noto brocardo latino *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis* e la tutela dell'affidamento, come lasciano arguire il secondo comma del citato art. 563, che con riferimento ai beni mobili fa salvi gli effetti del possesso di buona fede, e le regole sulla contrattazione immobiliare e sul relativo sistema di pubblicità».

<sup>(31)</sup> Configurabilità che lo scrivente, come detto, comunque non ravvisa.

<sup>(32)</sup> *V. supra*, § 2.

un fenomeno di surrogazione oggettiva ed automatica della natura personale del bene, ma vincolando l'effetto conservativo della personalità del cespite ad una dichiarazione del coniuge acquirente, sì che sembrerebbe, quanto meno, contraddittorio ritenere revocabile quello che è null'altro se non uno dei profili più qualificanti del sistema della comunione legale<sup>(33)</sup>.

4. – L'esistenza di una liberalità indiretta (e la revocabilità, da parte, questa volta, dei creditori della comunione, in presenza, ovviamente, dei requisiti di legge per l'esperimento del rimedio a tutela della garanzia patrimoniale), diversamente rispetto ai casi sopra esaminati, potrebbe essere affermata in relazione ad un atto di rifiuto preventivo di coacquisto, nel caso in cui i coniugi, di comune intesa, volessero utilizzare denaro comune per un acquisto a vantaggio di uno solo di essi. Non vi è dubbio che un atto di tale genere<sup>(34)</sup> potrebbe porre in essere una donazione indiretta da parte del coniuge autore del rifiuto<sup>(35)</sup> e lo stesso dovrebbe dirsi per la fattispecie di estromissione di beni dalla comunione, ad esclusivo vantaggio di uno solo dei due coniugi.

Nessun dubbio dovrebbe sussistere, poi, sul carattere di liberalità indiretta (così come sulla revocabilità da parte, dei creditori dell'altro coniuge, in presenza, ovviamente, dei requisiti di legge per l'esperimento del rimedio a tutela della garanzia patrimoniale) dell'acquisto operato

---

<sup>(33)</sup> Alle medesime conclusioni, sebbene con argomentazioni divergenti, perviene anche MORACE PINELLI, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, cit., p. 344 ss. Secondo l'Autore, infatti, la ragione per cui i creditori non possono revocare l'effetto di coacquisto automatico deriverebbe dalla circostanza che l'impiego di mezzi personali per l'acquisto costituirebbe una forma di adempimento del dovere di contribuzione *ex art. 143 c.c.* Ma la tesi sembra sovrapporre questioni attinenti al profilo contributivo, che caratterizza il regime primario, a problematiche relative al – ben distinto – profilo distributivo, che contraddistingue invece il regime legale. In ogni caso, anche a voler inammissibilmente considerare il fenomeno in esame come una forma di contribuzione, è chiaro che l'impiego di beni personali per acquisti destinati a cadere in comunione non è certo atto «necessitato»: certo non più di quanto non lo sia la destinazione di cespiti a fondo patrimoniale, per la quale la giurisprudenza coralmemente (e correttamente) ripudia la teoria del negozio a titolo oneroso.

<sup>(34)</sup> Sull'ammissibilità del quale, nonostante le perplessità dottrinali ed i veti della più recente giurisprudenza, cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 1102 ss.

<sup>(35)</sup> In questo senso cfr. anche, ad es., CALICE-ACQUAVIVA, *Inammissibilità del rifiuto del coacquisto*, Nota a Cass. 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Contratti*, 2003, p. 669 ss., secondo cui «qualora il denaro o i beni impiegati per l'acquisto fossero della comunione tra i coniugi e si procedesse al rifiuto del coacquisto con *animus donandi*, si paleserebbe una donazione indiretta con tutte le conseguenze in tema di legge applicabile alla forma ed alla sostanza, riunione fittizia, collazione ed imputazione *ex se*». Anche CARRABBA, *Liberalità e rapporto coniugale*, loc. ult. cit., vede nel rifiuto del coacquisto *ex lege* uno strumento idoneo ad effettuare una liberalità non donativa in favore dell'altro coniuge.

come personale da parte di un coniuge, con denaro o mezzi provenienti dal patrimonio personale dell'altro, ovvero con denaro comune *de residuo* di quest'ultimo<sup>(36)</sup>, in presenza, beninteso, dell'assenso da questi prestato *animo donandi* al compimento dell'operazione.

Lo stesso dovrebbe valere, quanto meno *pro quota*, per l'acquisto personale con denaro in comunione immediata. Qui, però, la donazione indiretta deriverebbe non tanto dall'impiego del denaro, quanto dall'eventuale rinuncia del coniuge escluso dall'acquisto al diritto di avvalersi dei rimedi concessi dagli artt. 184, ult. cpv. e 192, comma 1, c.c.<sup>(37)</sup>.

Tutte le operazioni in questo § descritte, di rilievo statistico peraltro piuttosto marginale, non formerebbero comunque (per lo meno ordinariamente) oggetto di un negozio di mutuo dissenso del genere di quello qui in esame (vale a dire di un accordo risolutorio con efficacia retroattiva avente ad oggetto la convenzione di separazione dei beni la scelta per il relativo regime operata all'atto della celebrazione delle nozze). Esse presupporrebbero, in ogni caso, un'ulteriore e distinta manifestazione di volontà negoziale, che potrebbe avvenire contestualmente al mutuo dissenso ovvero, a seconda dell'intento delle parti, in un momento distinto. Il tema del contenuto concreto del negozio di mutuo dissenso in ordine alla determinazione della sorte di specifici acquisti verrà ulteriormente approfondito in seguito<sup>(38)</sup>.

5. – Sin qui si è discusso del carattere donativo e liberale (o meno) degli incrementi patrimoniali verificatisi a seguito dell'esercizio del mutuo dissenso con effetti *ex tunc* su una convenzione di separazione dei beni (o su di una scelta per tale regime) in relazione agli acquisti *medio tempore* compiuti di cespiti provenienti, per così dire, «dall'esterno» della coppia. In altri termini, il quesito discusso dai §§ precedenti atteneva alla possibilità (esclusa per la maggior parte delle ipotesi) di ascrivere alla categoria della liberalità indiretta l'operazione in sé consistente nel determinare, mercé il mutuo dissenso, una risoluzione con effetti retroattivi della convenzione di separazione dei beni (o della scelta per tale regime).

Vale la pena ora interrogarsi sulla sorte delle attribuzioni di carattere donativo e liberale eventualmente operate tra i coniugi (o civilmente uniti)

---

<sup>(36)</sup> Sulla natura di bene proprio di tale denaro fino al momento dello scioglimento cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 859 ss.

<sup>(37)</sup> Sui rapporti tra queste due fattispecie cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 1938 ss.

<sup>(38)</sup> V. in particolare *infra*, § 6.

nel periodo anteriore al mutuo dissenso. V'è da chiedersi, al riguardo, se la risoluzione per mutuo dissenso della originaria convenzione di separazione con effetti *ex tunc*, operi, in relazione a questi beni, una ricaduta in comunione, con l'ulteriore effetto per cui questi atti dovrebbero rimanere del tutto estranei a futuri obblighi di imputazione e collazione (oltre che giovare della «disattivazione» dell'azione di riduzione, conseguente all'eventuale disconoscimento del loro carattere liberale).

La soluzione appare relativamente piana per ciò che attiene alle liberalità indirette (si pensi alla classica ipotesi del bene acquistato da uno dei coniugi e pagato in tutto o in parte con denaro dell'altro). Qui l'acquisto del singolo coniuge, in presenza delle condizioni descritte dall'art. 177, lett. a), c.c., la cui operatività viene retroattivamente determinata dal mutuo dissenso, va considerato come idoneo a provocare la caduta dei diritti così acquisiti in comunione legale, secondo quanto in precedenza detto<sup>(39)</sup>.

Non sembra possibile obiettare a questa conclusione, che, secondo l'avviso prevalente, anche le donazioni indirette, oltre a quelle dirette, sono destinate ad essere escluse dal regime legale, ai sensi dell'art. 179, lett. b), c.c.<sup>(40)</sup>. In realtà, per le liberalità indirette, la regola vale esclusivamente per i negozi attraverso cui si operi una liberalità proveniente non già dall'altro coniuge, ma da un terzo (il padre che paga il prezzo dell'alloggio comprato dalla figlia, coniugata in regime di comunione legale). Nell'ambito dei trasferimenti di ricchezze tra coniugi (che formano, per l'appunto, oggetto del presente §), invece, deve avere assoluta prevalenza il già più volte citato principio secondo cui il regime legale opera a prescindere dal contributo versato per l'acquisto, così come indipendentemente dalla presenza di un qualsiasi concreto intento liberale dell'un membro della coppia nei confronti dell'altro: il tutto in omaggio al principio ispiratore della comunione legale, tendente alla parificazione della condizione delle parti mediante la compartecipazione agli acquisti in costanza di regime a qualunque titolo compiuti dall'uno e/o dall'altro<sup>(41)</sup>.

Dunque, sembra potersi tranquillamente concludere, per ciò che attiene alle liberalità indirette *inter coniuges*, che i relativi beni, una volta instauratosi con effetti *ex tunc* il regime legale, ricadono sotto quest'ulti-

---

<sup>(39)</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>(40)</sup> Sul tema v. da ultimo Cass. 11 dicembre 2018, n. 31978; per i richiami alla dottrina cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 961 ss.

<sup>(41)</sup> V. *supra*, § 3.

mo, purché sussistano, ovviamente, le condizioni descritte dall'art. 177, lett. a), c.c. (o dal capoverso di tale articolo).

Più complessa è la risposta per ciò che attiene ad eventuali donazioni (artt. 782 ss. c.c.).

Qui occorre pensare al fatto che, pur in regime di comunione sorto con efficacia *ex tunc*, la regola di cui all'art. 177 c.c. trova eccezione nel disposto dell'art. 179, lett. b), c.c. Principio, quest'ultimo, cui le donazioni al coniuge non portano deroga<sup>(42)</sup>. Sembra quindi logico dedurre da quanto sopra che le donazioni dirette effettuate *inter coniuges* rimangono pienamente efficaci e l'acquisto così operato, pur *manente comunione* (*rectius*: in una situazione di separazione dei beni successivamente venuta meno con efficacia retroattiva), non comporti un coacquisto *ex lege* in capo all'altro coniuge (il donante, nella specie).

Il problema è però quello di vedere come siffatta regola (personalità dell'acquisto operato in costanza di regime legale a titolo di donazione, ai sensi dell'art. 179, lett. b), c.c., anche se il donante è l'altro coniuge) si coniughi con la titolarità del cespite (personale o *pro quota* in comunione legale) da parte del donante.

Al fine di comprendere l'operatività del meccanismo appena enunciato occorre collocarsi idealmente nel momento in cui (vigente il regime di separazione) la donazione da un coniuge all'altro venne effettuata e chiedersi se il cespite così donato sarebbe stato da considerarsi come personale del donante, oppure comune, qualora il regime patrimoniale della coppia fosse stato quello legale. In altre parole, l'attenzione va ora spostata dal donatario al donante, al fine di comprendere quale avrebbe potuto essere la natura del bene donato (personale o comune), al momento della donazione, se tra i coniugi fosse stato vigente il regime legale.

Iniziamo con i beni personali (del donante).

Qui non vi è dubbio che, pur dando per presente *ex tunc* un regime di comunione, l'eventuale riscontro della sussistenza di una qualunque delle situazioni previste dall'art. 179, comma 1, c.c., induce a ritenere il bene (anche con il ... senno del poi) personale del donante: la donazione, investe, quindi il bene (già personale del donante) nella sua totalità e tale

---

<sup>(42)</sup> Cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 958 ss. Si tenga presente, poi, che, anche da un punto di vista più generale, la previsione di cui all'art. 177, lett. a), c.c., conformemente alla *ratio* che presiede al regime legale, riguarda esclusivamente gli acquisti provenienti da terzi e non gli atti di disposizione intercorsi tra i coniugi stessi: in questo senso in giurisprudenza v. Cass. 6 marzo 2008, n. 6120, in *Fam. e d.*, 2008, p. 876, con nota di PALADINI.



(personale, questa volta, però, del donatario) esso dovrà considerarsi, pur dopo il mutuo dissenso (ed anzi, proprio in forza di questo). Il coniuge donatario ha acquistato, *ex art. 179, lett. b), c.c.*, la titolarità (personale) di un bene di cui *optimo iure* l'altro era prima esclusivamente proprietario (personale), ai sensi di una qualsiasi delle ipotesi descritte dal primo comma del citato art. 179 c.c.

Questo vuol dire, concretamente, che, ai fini successori, in caso di predecesso del donante, il bene sarà interamente coinvolto nelle operazioni di riunione fittizia, di collazione e di eventuale riduzione<sup>(43)</sup>.

Considerazioni parzialmente diverse vanno invece svolte in merito alle ipotesi contemplate dal capoverso dell'art. 179 c.c. Si pensi all'acquisto immobiliare effettuato da un solo coniuge durante il regime di separazione dei beni ed alla successiva donazione di tale cespite all'altro.

Qui occorre tenere presente che, se è vero come è vero, che la situazione in esame è pur sempre quella di una coppia che, all'epoca dell'acquisto di quel bene (si sta parlando, naturalmente, del bene che, acquistato da un solo coniuge in regime di separazione, è stato da questi donato all'altro, laddove, successivamente a tali atti, le parti decidono di risolvere *ex tunc* la convenzione di separazione dei beni), era in regime di separazione, appare più che logico ritenere che il coniuge acquirente (e futuro donante), pur trovandosi in una situazione che lo avrebbe legittimato a porre in essere, al momento dell'acquisto, gli accorgimenti previsti dal citato capoverso (si pensi al caso «classico» dell'acquisto immobiliare con denaro personale dell'acquirente), ciò non abbia fatto, non potendosi porre in questione in allora, neppure astrattamente, il carattere personale del suo acquisto (proprio perché operato in costanza di regime separatizio).

In questa fattispecie, dunque, il successivo mutuo dissenso con efficacia retroattiva viene ad attrarre al regime legale anche tale bene, proprio perché acquistato sotto il vigore dell'art. 177, lett. a), c.c., senza il rispetto

---

<sup>(43)</sup> Un dubbio potrebbe sorgere in relazione ai beni personali per surrogazione ai sensi della lett. f) del comma citato, a seconda che si ritenga essenziale (con la prevalente dottrina) la dichiarazione ivi prevista, ovvero si pensi (con la prevalente giurisprudenza) che è sufficiente la presenza di una «certezza» fattuale sulla provenienza dei mezzi impiegati per l'acquisto (sul tema si fa rinvio a OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 1037 ss.). Nella prima ipotesi la fattispecie sarebbe da trattare come quella relativa al capoverso dell'art. 179 c.c., di cui si dirà immediatamente nel testo (caduta in comunione, con conseguente donazione della sola quota del donante), nel secondo caso la soluzione sarebbe analoga a quella relativa a tutte le altre ipotesi del primo comma (personalità del bene e donazione diretta di esso). La donazione al coniuge avrebbe pertanto determinato un acquisto personale di tutto il bene per il donatario ai sensi dell'art. 179, lett. b), c.c.

delle formalità prescritte dal capoverso dell'art. 179 c.c. La successiva donazione, da parte dell'acquirente in via esclusiva, all'altro coniuge va, quindi, ritenuta configurare *a posteriori* donazione della sola quota in comunione legale nella titolarità del donante, conformemente a quanto verrà tra brevissimo detto per i beni in comunione legale oggetto di donazioni *inter coniuges*.

In definitiva, relativamente ai beni (*a posteriori*) personali, sembra possibile concludere che – a parte l'ipotesi di cui alla lett. f) del comma 1 dell'art. 179 c.c., di cui si discute in nota – occorre procedere alla distinzione seguente:

(a) tutte le fattispecie prese in esame dal primo comma della norma citata danno luogo, nel caso di donazione dei relativi acquisti in periodo di separazione dei beni retroattivamente travolto dal mutuo dissenso, a donazioni soggette, come tali, a riunione fittizia, collazione e riduzione per l'intero.

(b) Con riguardo invece ai beni rientranti nel capoverso dell'art. cit., la donazione dovrà intendersi relativa alla sola quota di pertinenza del donante; riunione fittizia, collazione e riduzione concerneranno pertanto solo tale quota.

Conclusioni identiche a queste ultime vanno indicate anche in relazione tutti i beni che, acquistati durante la vigenza del regime convenzionale di separazione dei beni da parte di un solo coniuge, siano stati successivamente donati all'altro, ma che sarebbero caduti in comunione legale per effetto del meccanismo di coacquisto automatico descritto dall'art. 177, lett. a), c.c. (oltre che dal capoverso del relativo articolo), se la convenzione di separazione dei beni non fosse stata stipulata (o la scelta per tale regime non fosse stata effettuata). Ed invero, pur a voler considerare tali beni comuni, per effetto della retroattività del mutuo dissenso, potrà ben ritenersi che l'atto di donazione dell'intero cespite in precedenza (ma già durante il matrimonio) dal donante acquistato, valga comunque a trasferire all'altro coniuge la quota in comunione legale allo stesso pertocante, così realizzando un'estromissione del bene dalla comunione, secondo quanto ammesso in dottrina.

Si ritiene infatti comunemente possibile la donazione della quota di un coniuge all'altro<sup>(44)</sup>, sia con riguardo alla quota sull'intera massa in co-

---

<sup>(44)</sup> In questo senso cfr. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 121 s., 126; *contra* SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., p. 176, che argomenta dalla regola della necessaria parità delle quote; v. anche AULETTA, *La comunione legale*, cit., p. 191; CRIACO, *op. cit.*, p. 166. *A fortiori* deve poi ammettersi la donazione di un bene personale

munione, che con riferimento alla quota di contitolarità su singoli cespiti<sup>(45)</sup>. Il coacquisto, da parte del donante, della metà della quota donata (per effetto dell'alienazione della quota dall'alienante trasferita all'altro coniuge acquirente) è, infatti, comunque inibito dall'applicazione della regola di cui all'art. 179, lett. b), c.c. Ne deriva che il negozio produce l'effetto di estromettere dalla comunione i cespiti cui esso si riferisce, sino al punto (nel caso di donazione dell'intera quota sull'intero patrimonio comune) di «svuotare» del tutto la comunione stessa. Ciononostante, questo negozio non potrà mai considerarsi alla stregua di un atto (vietato, in quanto non compreso nell'elenco tassativo di cui all'art. 191 c.c.) di scioglimento del regime legale, che, come tale, continua a sussistere e a determinare la sottoposizione al regime legale dei beni che verranno successivamente acquisiti *ex art.* 177, lett. a), c.c.

Del resto, basti pensare al fatto che i coniugi ben potrebbero, in ogni caso, procedere allo scioglimento convenzionale della comunione, per poi donarsi – un attimo dopo – la quota in comunione ordinaria, successivamente procedendo alla stipula di una convenzione ricostitutiva *ex nunc* del regime legale.

La questione, più in generale, è legata a quelle dell'ammissibilità delle rinunzie preventive al coacquisto e degli atti di estromissione di singoli beni dalla comunione<sup>(46)</sup>. L'indisponibilità della quota verso terzi (non espressamente sancita da alcuna norma del vigente ordinamento) può desumersi dalla constatazione secondo cui un negozio dispositivo di tal fatta verrebbe a determinare l'ingresso in comunione di un terzo estraneo, con conseguente cessazione del regime speciale (che non può sussistere se non tra i coniugi) per un'ipotesi non prevista dall'art. 191 c.c.<sup>(47)</sup>. Se ciò è

---

(o della quota di un bene personale) da un coniuge all'altro. Tale negozio dà luogo ad un acquisto personale *ex art.* 179, lett. b), c.c., in capo al donatario, a meno che non risulti la volontà di far cadere il bene (o la quota) in comunione: qui è però evidente che la donazione sarebbe tale solo per la metà (del bene o della quota donata). In questo modo si può anche attuare una vera e propria destinazione alla comunione (la S.C. usa il termine «conferimento») di un bene già personale: per un'applicazione v. il caso risolto da Cass. 4 febbraio 2005, n. 2354, su cui cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 425, 675 ss.

<sup>(45)</sup> Afferma ANDRINI, *L'autonomia privata dei coniugi tra status e contratto. Le convenzioni coniugali*, Torino 2006, p. 162, che «Non sono inusuali oggi, nella pratica notarile, atti di tale natura aventi il tipo negoziale della cessione di diritti o della donazione (e comunque la forma dell'atto pubblico con i testimoni) nella cui premessa si manifesta l'intenzione dei coniugi di estromettere il bene dalla comunione, assegnandolo in piena proprietà ad uno di essi, e nel cui dispositivo si dichiara tale volontà».

<sup>(46)</sup> Sul tema si rinvia a OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 1688.

<sup>(47)</sup> Da notare che in dottrina non fanno difetto posizioni che tendono a ravvisare la *ratio* del divieto di alienazione della quota in una situazione attinente ai rapporti *inter*

vero, è altrettanto vero che l'obiezione non vale più nei rapporti tra coniugi, i quali in ogni momento possono – ovviamente, se d'accordo – optare per il regime di separazione dei beni<sup>(48)</sup>.

Ammissibile e valido sarà, dunque, ogni tipo di atto dispositivo tra i coniugi della quota, tanto a titolo gratuito, che oneroso, sia sulla quota nel suo complesso, che su singoli beni, con il risultato che il compimento di questi atti porterà ad un'estromissione – vuoi dell'intero patrimonio sino a quel momento già acquisito e vincolato alla comunione, vuoi di singoli cespiti – dalla soggezione al regime di comunione legale<sup>(49)</sup>.

Procedendo, pertanto, alla prospettazione delle conclusioni del presente § dovrà osservarsi quanto segue, in relazione agli atti liberali compiuti da un coniuge nei riguardi dell'altro durante la vigenza del regime di separazione dei beni, venuto successivamente meno con effetti *ex tunc*.

(a)Le liberalità indirette *inter coniuges* determinano acquisti da considerarsi in regime di comunione legale, con esclusione di ogni possibile effetto concernente riunione fittizia, collazione e riduzione.

(b)Le donazioni *inter coniuges* di beni personali (*rectius*: che tali sarebbero stati se tra le parti fosse stato vigente il regime legale) ai sensi del comma 1 dell'art. 179 c.c.<sup>(50)</sup> tali restano, pur dopo la cessazione retroattiva del regime di separazione; il bene sarà personale del donatario e in relazione ad esso saranno applicabili, in sede successoria, gli istituti della riunione fittizia, della collazione e della riduzione e ciò per l'intero valore dei beni interessati;

(c)Le donazioni *inter coniuges* di beni personali (*rectius*: che tali sarebbero stati se tra le parti fosse stato vigente il regime legale) ai sensi del comma 2 dell'art. 179 c.c. determinano gli stessi effetti di cui al precedente

---

*coniuges*, vale a dire nell'«esigenza propria dell'istituto consistente nel garantire il godimento dei beni in comune a entrambi i coniugi fino allo scioglimento o comunque fino a diversa concorde volontà» (così, ad es., MARTINI, *L'esclusione di un bene comune dal regime patrimoniale legale o di comunione convenzionale dei coniugi*, in *Vita not.*, 2004, p. 1226). È comunque evidente che anche così ragionando non sussistono motivi per ritenere impedito un atto dispositivo «interno», sulla base dell'accordo delle parti.

<sup>(48)</sup> Per analoghe considerazioni cfr. G. GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, in questa *Rivista*, 1988, I, p. 341 ss., 356 ss., 358 s. cfr. inoltre SURDI, *Sull'estromissione di singoli beni dalla comunione legale tra coniugi*, in *D. fam.*, 1999, p. 1454 ss.

<sup>(49)</sup> Il tema è sviluppato in OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 327 ss., 958 ss.

<sup>(50)</sup> Con l'eventuale unica eccezione costituita dall'ipotesi di cui alla lett. f), che, a seconda della tesi che si intenda seguire sulla necessità (o meno) della dichiarazione ivi prevista, determina l'applicazione della regola qui enunciata, o, in alternativa, di quella relativa ai beni di cui all'art. 179 cpv. c.c., come in precedenza spiegato.

punto (b) quanto all'estromissione del bene dalla comunione; il bene sarà personale del donatario, in quanto estromesso dalla comunione, ma, a differenza di quanto detto al punto (b), gli istituti della riunione fittizia, della collazione e della riduzione saranno qui applicabili solo relativamente alla quota del coniuge donante (50%), essendo l'altra quota già di pertinenza del donatario;

(d) Le donazioni *inter coniuges* di beni della comunione legale (*rectius*: che tali sarebbero stati se tra le parti fosse stato vigente il regime legale) determinano gli stessi effetti di cui al precedente punto (c); il bene sarà personale del donatario, in quanto estromesso dalla comunione, ma gli istituti della riunione fittizia, della collazione e della riduzione saranno applicabili solo relativamente alla quota del coniuge donante (50%), essendo l'altra quota già di pertinenza del donatario.

6. – Per concludere sul tema che forma precipuo oggetto del precedente § dovrà considerarsi che la volontà dei coniugi, in sede di stipula del mutuo dissenso, potrebbe prendere espressamente in considerazione l'una o l'altra attribuzione patrimoniale concreta, determinandone, in un modo o nell'altro, la sorte.

Se, infatti, è vero, come già detto, che, anche in materia di retroattività degli effetti del mutuo dissenso, opera il principio di autonomia negoziale<sup>(51)</sup>, verrà comunque fatta salva la volontà contraria delle parti, come pure stabilito dall'art. 1360 c.c. in materia di retroattività degli effetti della condizione. In forza, dunque, di questo principio di disponibilità dell'effetto di retroattività, appare opportuno riconoscere la possibilità per i contraenti di modellare tale profilo in relazione ai singoli cespiti in riferimento ai quali potrebbe porsi un problema di accertamento della relativa sorte, con conseguenti difficoltà o dispute.

Così, tanto per portare un esempio, le parti potranno espressamente dichiarare, nel negozio di mutuo dissenso, di continuare a ritenere esclusi dalla comunione determinati beni, in relazione ai quali, quindi, continuerà ad operare l'eventuale attribuzione donativa interamente a vantaggio di uno di essi, con tutte le relative conseguenze in materia di collazione, imputazione e riduzione.

Per converso, le stesse potrebbero invece sottoporre al regime legale quei cespiti che neppure la retroattività dell'effetto risolutorio proprio del mutuo dissenso varrebbe a rendere comuni. Quest'ultima eventualità, pe-

---

(51) Cfr. OBERTO, *Mutuo dissenso e convenzione di separazione dei beni*, cit., § 2.

raltro, sarebbe simile alla situazione, a suo tempo descritta, che si realizza mercé il conferimento in comunione convenzionale di beni destinati a non cadere sotto il regime legale<sup>(52)</sup>. E in questo caso (ma solo in questo), ove l'operazione fosse eseguita *animo donandi*, potrebbero riscontrarsi gli estremi della liberalità indiretta, diversamente da quanto si è visto normalmente accadere per effetto del mutuo dissenso oggetto del presente studio.

Utile sarebbe, in siffatto contesto, anche la redazione di una *check-list* di tutti i beni, mobili e immobili, dei coniugi, da inserire nel negozio di mutuo dissenso, in modo del tutto analogo a ciò che si raccomanda a coniugi e conviventi, anche a prescindere da un mutamento di regime<sup>(53)</sup>.

7. – Alla luce dell'*excursus* di cui sopra in merito alle (rare) situazioni nelle quali i meccanismi legati al regime di comunione legale possono determinare arricchimenti qualificabili alla stregua di liberalità indirette<sup>(54)</sup>, con le relative conseguenze in merito ai rapporti con i creditori ed i legittimari, appare chiaro come gli incrementi patrimoniali prodotti dalla risoluzione per mutuo dissenso della convenzione di separazione dei beni non possano (se non nelle eccezionali ipotesi sopra delineate) ricondursi alla categoria citata. Esattamente come nel caso dei coacquisti determinati da negozi in cui il prezzo viene corrisposto esclusivamente (o prevalentemente) da uno solo dei coniugi, è la volontà della legge a «far premio»: quella volontà che si pone quale *ratio* del regime di comunione, la quale consiste, per l'appunto, in una compartecipazione «forfettaria» e «gratuita» (nel senso sopra precisato) agli incrementi patrimoniali conseguiti dal coniuge nel periodo di operatività del regime<sup>(55)</sup>.

Naturalmente la questione è diversa se si pone sotto esame, nell'ottica della tutela dei creditori personali dei coniugi, non già l'arricchimento

---

<sup>(52)</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>(53)</sup> Se è vero che l'utilità di tale espediente potrebbe risultare dubbia, alla luce del rilievo secondo cui appare piuttosto controversa l'estensibilità dell'effetto di cui all'art. 1988 c.c. (astrazione processuale) ai rapporti di carattere reale, si potrebbe allora consigliare di specificare, accanto ad ognuno dei singoli beni, il rispettivo titolo d'acquisto: la sottoscrizione apposta dal coniuge assumerebbe così valore confessionario non solo in ordine alla proprietà (ed è noto che sotto questo profilo la dichiarazione sarebbe irrilevante, risolvendosi in un giudizio), ma anche sulle vicende (e dunque su meri fatti) che giustificano l'acquisto singolarmente in capo a ciascuna delle parti: l'argomento è discusso in OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, Artt. 215-219, cit., p. 85).

<sup>(54)</sup> V. in particolare i casi contemplati nel § 4, nonché nel § 5, *in fine*. A questi potranno aggiungersi quelli delle donazioni dirette da un coniuge all'altro, alle condizioni però descritte *supra* nel § 6.

<sup>(55)</sup> Su siffatta *ratio* del regime legale cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 349 ss.

conseguente al dispiegarsi dell'effetto automatico, bensì l'impovertimento determinato dal mutuo dissenso, in sé considerato, nei rapporti con i creditori particolari del coniuge il cui patrimonio risulti (in tutto o in parte) «dimidiato» per effetto dell'operatività retroattiva del regime legale. In altre parole ci si può chiedere quali rimedi competano ai creditori del coniuge (si pensi al coniuge imprenditore che, in costanza di regime di separazione, ha realizzato una serie di incrementi patrimoniali cui il *partner* non ha partecipato) che, sino al momento del mutuo dissenso, hanno fatto affidamento su di un patrimonio personale che, proprio per effetto del citato negozio, può trovarsi ad essere improvvisamente ridotto a metà.

La situazione appare qui analoga, per molti versi, a quella che si poteva verificare a seguito della convenzione con la quale, per effetto delle norme transitorie di cui alla novella del 1975, una coppia di «vecchi» coniugi avesse convenuto che i beni acquistati anteriormente alla data di entrata in vigore della riforma fossero assoggettati al regime della comunione: situazione, questa, con riguardo alla quale l'art. 228 cpv., l. 19 maggio 1975, n. 151, stabiliva espressamente la salvezza dei «diritti dei terzi», in modo del resto assai simile a quanto ordinariamente previsto dall'art. 211 c.c. per il caso della comunione convenzionale<sup>(56)</sup>.

Appare dunque ragionevole concludere sul punto nel senso che, per applicazione di un principio generale espresso dalle citate norme, esattamente come avveniva in quei casi sopra citati, i creditori particolari del coniuge «impovertito» *pro quota* dalla produzione degli effetti del mutuo dissenso, potranno continuare a considerare come personali quei beni già personali, così evitando la dimidiazione della garanzia patrimoniale generica loro offerta dal patrimonio del coniuge debitore. Il tutto, dunque, a prescindere dall'accertamento della presenza, o meno, di una liberalità.

Tornando al tema della liberalità indiretta (irrilevante, come si è appena detto, per i creditori, ma che potrebbe tornare in gioco, invece, ai fini successori) e alle conseguenze derivanti dal fatto che nel presente studio se ne è, come detto, esclusa la presenza in pressoché tutti gli aspetti legati al mutuo dissenso che investa la convenzione di separazione dei beni (o la scelta per tale regime), vi è poi un ulteriore punto su cui vale la pena riflettere, circa l'assenza di intento liberale nel negozio di cui qui si discute.

Ed invero, la convenzione costitutiva di un regime di comunione convenzionale tra due fidanzati o novelli sposi (o civilmente uniti) ben

---

<sup>(56)</sup> Cfr. al riguardo OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 921 ss., II, cit., p. 1512.

potrebbe realizzare un intento liberale di arricchimento del *partner* «povero», mercé l'inserimento in comunione di beni destinati (ai sensi dell'art. 179 c.c.) a rimanervi estranei<sup>(57)</sup>. Nel caso del mutuo dissenso ci troviamo, invece, di fronte ad un'unione già (se ci si passa l'espressione) «collaudata», in cui l'operatività *ex tunc* della regola del coacquisto – che, novella araba fenice, risorge dalle ceneri della convenzione (o della scelta) di separazione dei beni, «azzerata», magari a distanza di molti anni, dal mutuo dissenso – assume una valenza perequativa delle sorti patrimoniali dei membri della coppia, così venendo in qualche modo a soddisfare, in tutto o in parte, quelle istanze di cui si sono fatte portatrici le Sezioni Unite nella nota decisione del 2018 in materia di determinazione dell'assegno divorzile<sup>(58)</sup>.

Potrà ancora aggiungersi che la presenza di siffatto *animus...* (se ci si perdona il solecismo) *peraequandi*, dimostrazione evidente dell'insussistenza – per la contraddizione che non consente – di un *animus donandi*, ben potrebbe essere desunta, ad esempio, da un patto in vista di un futuro ed eventuale divorzio<sup>(59)</sup>, nel quale i coniugi (o civilmente uniti) potrebbero

---

<sup>(57)</sup> Sul tema v. *supra*, § 1.

<sup>(58)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, su cui già esiste una letteratura sterminata. Alla decisione ed alle sue conseguenze la rivista *Fam. e dir.* ha dedicato un intero numero monografico (cfr. *Fam. e d.*, 2018, n. 11/2018, p. 955 ss.). Collocandosi immediatamente in tale solco, Cass. 28 febbraio 2019, n. 5975, giunge ad attribuire all'assegno divorzile una (ad avviso di chi scrive del tutto impropria) «funzione equilibratrice del reddito degli ex coniugi»: funzione che se, a ben vedere, nessuna norma del vigente ordinamento impone, ben potrebbe essere svolta da un apposito contratto della crisi coniugale, stipulato vuoi prima, vuoi dopo l'insorgere della crisi, sulla base della sovrana volontà delle parti, nel contesto del quale un ruolo chiave ben potrebbe essere svolto dal mutuo dissenso di cui qui si discute.

<sup>(59)</sup> Si tratterebbe in questo caso, evidentemente, non di un *prenuptial*, ma di un *postnuptial agreement in contemplation of divorce*, per il quale peraltro si pongono gli stessi problemi relativi ai contratti prematrimoniali, come dimostrato dalla prima sentenza italiana che ad occuparsi specificamente dell'argomento, in un'ottica internazionalprivatistica, vale a dire Cass. 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. d. int. priv. proc.*, 1985, p. 579; in *D. fam.*, 1984, p. 521: «L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli artt. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani».



chiarire che l'espressione del mutuo dissenso in merito alla convenzione (a suo tempo) costitutiva del regime di separazione viene a porsi in corrispondenza biunivoca con la rinuncia, ora per allora, del *partner* «debole» ad un eventuale assegno postmatrimoniale<sup>(60)</sup>.

A mo' di conclusione potrà rimarcarsi che, dopo aver fornito, in un precedente studio<sup>(61)</sup>, risposta positiva all'interrogativo circa la piena reversibilità di quella «fuga dalla comunione», che costituisce un vero e proprio fenomeno di massa a partire, quanto meno, dagli anni Novanta dello scorso secolo<sup>(62)</sup>, si è avanzata, in questo lavoro, una concreta proposta circa la pianificazione di una soluzione consensuale di un'eventuale crisi del rapporto di coppia. Ciò si è ritenuto di dover fare collocando la considerazione delle istanze perequative del coniuge debole nella sede loro propria, vale a dire quella del regime legale, anziché in quella in cui una recente (cronologicamente, sebbene assai antiquata nell'impostazione) giurisprudenza in tema di assegno divorzile vorrebbe impropriamente confinarla<sup>(63)</sup>.

---

<sup>(60)</sup> Sul tema, che non può certo essere affrontato nella presente sede, si fa rinvio a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano 1999, p. 483 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in questa *Rivista*, 1999, II, p. 171 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, nel *Trattato del contratto*, a cura di ROPPO, VI, *Interferenze*, a cura di ROPPO, Milano 2006, p. 253 ss.; ID., *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2008, p. 25 ss.

<sup>(61)</sup> Cfr. OBERTO, *Mutuo dissenso e convenzione di separazione dei beni*, cit.

<sup>(62)</sup> Sul tema della «fuga dalla comunione» cfr. SESTA, *Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni*, in *Familia*, 2001, p. 871 ss.; SESTA-VALIGNANI, *Il regime di separazione dei beni*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano 2002, p. 460; OBERTO, *Attualità del regime legale*, in *Fam. e d.*, 2019, p. 85 ss.

<sup>(63)</sup> Nel senso che la funzione perequativa delle relazioni patrimoniali tra coniugi dovrebbe essere svolta più dal regime prescelto, che non dall'assegno di divorzio, vanno anche le riflessioni di molti degli Autori che si sono occupati dei criteri che presiedono alla determinazione delle prestazioni postmatrimoniali ai sensi dell'art. 5 l. div.; cfr. ad es. S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1200, il quale rileva che «per valutare le circostanze su cui si basa la richiesta dell'assegno, nell'ambito delle decisioni riguardanti l'indirizzo della vita familiare, non può trascurarsi il regime patrimoniale scelto dai coniugi. In molti casi, la decisione favorevole alla "comunione legale", con l'acquisto da parte del coniuge del 50% dei beni conseguiti durante la vita matrimoniale dall'altro coniuge, serve proprio a compensare i proventi che sarebbero derivati dall'interrotta attività lavorativa»; v. inoltre sullo stesso tema QUADRI, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, in *Fam. e d.*, 2018, p. 971 ss.; SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, *ivi*, p. 990 ss.

RICCARDO OMODEI SALÈ (\*)  
Prof. ass. dell'Università di Verona

## IL NUOVO ISTITUTO DELLA «SOSPENSIONE DALLA SUCCESIONE» (ART. 463-BIS C.C.)

SOMMARIO: 1. La collocazione eccentrica della sospensione dalla successione *ex art. 463-bis* c.c. rispetto all'ambito dei soggetti tutelati dalla l. 11 gennaio 2018, n. 4. – 2. La natura e il modo di operare della sospensione dalla successione. – 3. Gli effetti della sospensione dalla successione sul procedimento successorio. – 4. La disciplina degli acquisti compiuti dai terzi con il soggetto sospeso dalla successione. – 5. La instaurazione di una (peculiare) situazione di giacenza ereditaria. – 6. La configurabilità di una eventuale riabilitazione del soggetto sospeso dalla successione. – 7. La incidenza della novella legislativa sul modo di operare della indegnità a succedere.

1. – La l. 11 gennaio 2018, n. 4, intitolata «modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici»<sup>(1)</sup>, ha di recente introdotto, nel *corpus* del codice civile, il nuovo art. 463-*bis*, rubricato «sospensione dalla successione»<sup>(2)</sup>.

Occorre, peraltro, da subito rilevare come, tra i soggetti destinatari del provvedimento normativo poc'anzi ricordato e i possibili beneficiari del particolare istituto appena menzionato, che costituisce oggetto delle presenti riflessioni, non vi sia completa né necessaria coincidenza. La l. n. 4/2018 intende, infatti, mediante una pluralità di varie misure, tutelare – come si evince dalla sua stessa intitolazione – gli «orfani per crimini

---

(\*) Il presente saggio rientra nella attività di ricerca del Team *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali*, nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona intitolato *Diritto, Cambiamenti e Tecnologie* finanziato dal MIUR.

<sup>(1)</sup> Pubblicata nella G.U., Serie Generale, n. 26 del 1° febbraio 2018, ed entrata in vigore il 16 febbraio 2018. Per un primo commento alla l. n. 4/2018, v. F. TRIBISONNA-F. BARAGHINI, *Legge in materia di protezione degli orfani per crimini domestici: un ulteriore passo avanti nella tutela dei minori?*, in *Famiglia*, 2018, p. 123 ss.; N. FOLLA, *Orfani di crimini domestici: ora una legge li tutela, li sostiene e rompe il silenzio che li circonda*, in *Fam. e d.*, 2018, p. 517 ss.; L. BELLANOVA, *La “nuova” tutela degli orfani per crimini domestici (l. 11 gennaio 2018, n. 4)*, in *Studium Iuris*, 2018, p. 1294 ss.

<sup>(2)</sup> V., in particolare, l'art. 5, comma 1, l. n. 4/2018.

domestici»: una categoria che, pur non essendo definita in termini generali, viene nondimeno delimitata, dalla norma di apertura della legge in questione (art. 1, comma 1, in tema di gratuito patrocinio), facendo in essa rientrare «i figli minori o i figli maggiorenni economicamente non autosufficienti rimasti orfani di un genitore a seguito di omicidio commesso in danno dello stesso genitore dal coniuge, anche legalmente separato o divorziato, dall'altra parte dell'unione civile, anche se l'unione civile è cessata, o dalla persona che è o è stata legata da relazione affettiva e stabile convivenza»<sup>(3)</sup>. E poiché una locuzione simile si trova, poi, ribadita pure in altre disposizioni del medesimo provvedimento<sup>(4)</sup>, si potrebbe essere portati a pensare che la anzidetta categoria sia, perciò, idonea ad individuare altresì l'ambito soggettivo di operatività del neo-introdotta art. 463-bis c.c.<sup>(5)</sup>.

Senonché, alla luce della differente e, per certi aspetti, *più ampia* formulazione di quest'ultima norma, appare evidente come la peculiare misura nella stessa contemplata possa, in realtà, trovare applicazione anche senza che, in seguito ai gravi delitti ivi previsti, si venga a prospettare un soggetto qualificabile come «orfano per crimini domestici»<sup>(6)</sup>. La sospensione dalla successione ricade, infatti, in base al comma 1 dell'art. 463-bis c.c., sul coniuge, anche legalmente separato, nonché sulla parte della unione civile, indagati per l'omicidio volontario o tentato nei confronti dell'altro coniuge o dell'altra parte della unione civile, peraltro indipendentemente dalla circostanza che vi siano o no figli della coppia, ovvero che, se presenti, gli stessi siano o no minorenni oppure maggiorenni economicamente non autosufficienti. E questo senza contare come, nello

---

(3) Cfr., in proposito, F. TRIBISONNA-F. BARAGHINI, *Legge in materia di protezione degli orfani per crimini domestici: un ulteriore passo avanti nella tutela dei minori?*, cit., p. 124, che hanno evidenziato come quella in esame sia «una categoria finora sconosciuta nei nostri codici», nonché L. BELLANOVA, *La "nuova" tutela degli orfani per crimini domestici (l. 11 gennaio 2018, n. 4)*, cit., 2018, p. 1294, la quale ha osservato trattarsi, «nella maggior parte dei casi, di persone orfane "due volte", in quanto eredi non solo di un genitore assassinato, ma anche di un genitore assassino che è in carcere, salvo che non si sia suicidato subito dopo aver assassinato la compagna o il compagno, o l'ex compagna o ex compagno».

(4) V., ad esempio, l'art. 3 (che ha modificato l'art. 316 c.p.p.), l'art. 4 (che ha modificato l'art. 539 c.p.p.), l'art. 7 (in materia di pensione di reversibilità), e l'art. 9 (in tema di assistenza medico-psicologica).

(5) Cfr., per analogo congettura, anche C. COPPOLA, in *Codice civile commentato Pluris*, a cura di BONILINI-CONFORTINI-GRANELLI, *sub art. 463-bis*.

(6) Per il rilievo secondo cui «l'ampia formulazione dell'art. 463 bis, 1° co., lascia inferire che solo incidentalmente essa rappresenti una norma a vantaggio degli orfani dei crimini domestici», v. pure C. COPPOLA, in *Codice civile commentato Pluris*, cit., *sub art. 463-bis*.

specifico caso di tentato omicidio, non verificandosi la morte della persona offesa, gli eventuali figli (sia pure minorenni o maggiorenni economicamente non autosufficienti) nemmeno potrebbero, per definizione, subire la perdita del genitore in conseguenza del reato. Secondo quanto previsto, poi, dal comma 2 della medesima norma, la stessa misura colpisce anche i figli, oltre ai fratelli e alle sorelle, nelle ipotesi, rispettivamente, di omicidio volontario o tentato nei confronti di uno o entrambi i genitori, ovvero del fratello o della sorella: ma ciò, nuovamente, a prescindere dal fatto che, nel primo caso, vi siano figli i quali si trovino nelle condizioni di minore età o dipendenza economica testé descritte, e pur non essendo, nel secondo caso, in linea di principio configurabile, quanto meno a livello di famiglia c.d. nucleare, un soggetto che, in conseguenza dell'omicidio, rimarrebbe privo di uno o entrambi i genitori<sup>(7)</sup>.

Sotto un altro profilo, tuttavia, l'istituto disciplinato dall'art. 463-*bis* c.c. presenta una sfera di operatività *più ristretta* rispetto alla fattispecie identificativa della summenzionata categoria degli «orfani per crimini domestici», segnatamente nella misura in cui, tra i possibili destinatari della sospensione dalla successione, in quanto soggetti indagati per gli illeciti penali ivi previsti, non considera anche il coniuge divorziato, la parte dell'unione civile che sia cessata e il semplice convivente. Una simile omissione potrebbe, forse, spiegarsi alla luce del fatto che le persone appena indicate non rientrano tra i successibili *ex lege*, di modo che, da questo punto di vista, non avrebbe avuto senso estendere nei loro confronti una misura destinata, viceversa, a operare sul piano successorio. Ma poiché non si può *a priori* escludere che quei soggetti siano comunque beneficiari dall'ereditando mediante testamento, ne discende che, qualora gli stessi dovessero, poi, essere sottoposti a indagini per omicidio del *de cuius*, gli eventuali figli (minori di età o maggiorenni economicamente non autosufficienti) di quest'ultimo potrebbero, in ipotesi, essere qualificati come «orfani per crimini domestici», in base alla formulazione dianzi ricordata, e, ciò nonostante, a carico degli indagati non si dovrebbe verificare alcuna sospensione dalla successione<sup>(8)</sup>.

---

(7) A meno che, considerando, più ampiamente, la famiglia c.d. parentale, il fratello o la sorella nei cui confronti sia stato commesso l'omicidio non avessero, a loro volta, dei figli (minori di età o maggiorenni economicamente non autosufficienti).

(8) Circa la impossibilità di estendere la sospensione dalla successione a soggetti diversi da quelli espressamente contemplati nella previsione di cui all'art. 463-*bis* c.c., v. quanto si dirà nella nota successiva. Peraltro, nel senso per cui «una interpretazione della disposizione in esame, sistematica ed assiologica, impone invece di ampliare il raggio di applicazione della

La sfasatura che si è, così, constatato sussistere, ad un tempo per eccesso e per difetto, tra l'ambito dei soggetti tutelati dalla l. n. 4/2018 e la cerchia di coloro che sono suscettibili di essere coinvolti nella misura di cui all'art. 463-*bis* c.c. dovrebbe, pertanto, condurre a ritenere che quest'ultima norma non sia, in realtà, specificamente diretta a salvaguardare gli interessi successori degli orfani per crimini domestici, bensì più generalmente intervenga – nel modo che sarà meglio chiarito nel prosieguo della trattazione – a fronte di determinate gravi condotte a rilevanza penale tenute, nei confronti dell'ereditando, dai suoi più stretti congiunti<sup>(9)</sup>. Ed invero, non ponendo la disposizione in esame alcun limite in ordine ai possibili beneficiari degli effetti derivanti dalla sospensione dalla successione, di quest'ultima potranno, in definitiva, avvantaggiarsi tutti i chiamati in subordine rispetto all'indagato, siano essi successibili *ex lege* oppure in base a testamento<sup>(10)</sup>.

2. – Tanto precisato circa la collocazione eccentrica della sospensione dalla successione *ex art. 463-bis* c.c. rispetto all'ambito dei destinatari della l. n. 4/2018, va osservato come la nuova misura rivesta natura *lato sensu* cautelare<sup>(11)</sup>, posto che, in presenza di una indagine riguardante il compimento dei gravi delitti dalla stessa contemplati, al fine di evitare che il familiare sospettato di avere commesso quei reati possa, anche solo di fatto e in via temporanea, trarre vantaggio dalla eredità della persona offesa<sup>(12)</sup>,

---

previsione normativa», in modo tale da ricomprendervi, in particolare, anche il convivente *more uxorio*, cfr. A. ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, Torino 2019, p. 121 s.

<sup>(9)</sup> La sospensione dalla successione dovrebbe, tuttavia, intendersi limitata ai soli fatti e soggetti tassativamente indicati dalla norma di cui all'art. 463-*bis* c.c., ed essere, quindi, insuscettibile di venire estesa a cause di indegnità diverse, «in quanto si è reputato, evidentemente, che il mero sospetto per il compimento di crimini familiari desti un allarme sociale più intenso e richieda, se del caso, una misura immediata anche sul piano successorio» (v., in questi termini, C. COPPOLA, in *Codice civile commentato Pluris*, cit., *sub art. 463-bis*).

<sup>(10)</sup> Cfr., in quest'ultimo senso, anche C. COPPOLA, in *Codice civile commentato Pluris*, cit., *sub art. 463-bis*.

<sup>(11)</sup> Hanno ugualmente riconosciuto alla sospensione dalla successione natura cautelare, C. Coppola, in *Codice civile commentato Pluris*, cit., *sub art. 463-bis*, nonché A. ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, cit., spec. p. 6 s. Sulla tutela (in via) cautelare, cfr., in termini generali, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4<sup>a</sup> ed., Milano 2003, p. 53, il quale, dopo avere osservato come «misure cautelari [siano] disseminate nel codice civile», ha affermato che i «rimedi più propriamente *cautelari* [sono quelli] di formazione giudiziale», i quali hanno i loro presupposti nel *fumus boni iuris* e nel *periculum in mora*, e risultano (in maniera più o meno «forte») strumentali all'esito del giudizio di merito.

<sup>(12)</sup> Per la individuazione di siffatta finalità sottostante alla misura in esame, cfr. anche

sospende l'indagato dalla successione di quest'ultima, nell'attesa che il procedimento penale dia il proprio esito: se questo si conclude con decreto di archiviazione o sentenza definitiva di proscioglimento, la successione in favore del chiamato potrà, di conseguenza, attuarsi regolarmente, mentre, nella ipotesi di condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti (cfr. art. 444 c.p.p.), il soggetto responsabile sarà definitivamente escluso dalla successione ai sensi dell'art. 463 c.c.

Gli effetti *medio tempore* prodotti dalla sospensione dalla successione risultano, peraltro, soltanto in parte (provvisoriamente) anticipatori di quelli derivanti dalla eventuale indegnità, trattandosi di conseguenze, in realtà, minori e ad ogni modo diverse: basti considerare, ad esempio, e in particolare, che il soggetto sospeso dalla successione, a differenza dell'indegno<sup>(13)</sup>, dovrebbe – come si dirà meglio nel prossimo paragrafo – potere comunque adire la eredità, benché la accettazione così compiuta non sia in grado di procurare l'acquisto della qualità di erede fino a che non intervenga decreto di archiviazione o sentenza di proscioglimento; oppure, e ancora, che la sospensione dalla successione – come del pari si rileverà più avanti<sup>(14)</sup> – comporta la instaurazione di uno stato di giacenza ereditaria, mentre la indegnità dà propriamente luogo a una situazione di vacanza (definitiva) della eredità<sup>(15)</sup>.

---

M. RAMUSCHI, *La sospensione dalla successione ereditaria*, in *Vita not.*, 2018, p. 967; F. OLIVIERO, "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, in *Nuove l. civ. comm.*, 2019, p. 317.

<sup>(13)</sup> Considerato, secondo la impostazione che appare preferibile, alla stregua di un soggetto incapace di succedere (v., al riguardo, anche quanto si dirà *infra*, nel par. 7).

<sup>(14)</sup> V. *infra*, par. 5.

<sup>(15)</sup> Nonostante che una parte della dottrina interpreti il concetto di eredità giacente in termini ampi, come comprensivo indistintamente di tutte le ipotesi di mancata accettazione della eredità da parte del chiamato (così, in particolare, R. NICOLÒ, *Eredità giacente*, in questa *Rivista*, 1941, p. 287 ss.; U. RADAELLI, *L'eredità giacente*, Milano 1948, p. 94; GIUS. AZZARITI, *L'eredità giacente*, in *Tratt. Rescigno*, 5, *Successioni*, I, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1997, p. 209 s.), preferibile appare, con la opinione maggioritaria, mantenere ferma la distinzione concettuale e normativa tra giacenza ereditaria, specificamente disciplinata dagli artt. 528 ss. c.c., la quale presuppone che il chiamato non abbia ancora provveduto alla accettazione né si trovi nel possesso di beni ereditari, giustificandosi, così, la instaurazione della curatela giudiziale, e generica situazione di vacanza della eredità, configurabile nel lasso di tempo intercorrente tra la apertura della successione e l'acquisto da parte dell'erede, la quale può essere, a sua volta, interinale oppure definitiva (cfr., in vario senso, D. MICCOLI, voce *Eredità giacente*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, p. 210; P. SCHLESINGER, voce *Successioni (diritto civile): parte generale*, in *Nov. D.*, XVIII, Torino 1971, p. 757; G. GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, XII, t. 1, Torino 1977, p. 190 s.; M. LIPARI, *L'eredità giacente*, in *Tratt. breve succ. e donazioni Rescigno*, I, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2010, spec. p. 434 s.).

Lo stretto collegamento in ogni caso sussistente tra la neo-introdotta misura e la sanzione della indegnità – essendo la prima, come accennato poc'anzi, essenzialmente strumentale alla piena attuazione della seconda – dovrebbe logicamente condurre ad affermare un necessario parallelismo tra i due istituti, nel senso che alla sospensione dalla successione occorrerebbe riconoscere un ambito di operatività congruente, dal punto di vista sostanziale, rispetto a quello proprio della causa di indegnità in cui la stessa potrebbe sfociare. Con la conseguenza che, sebbene la norma di cui all'art. 463-*bis*, comma 1, c.c. genericamente ricolleggi la cessazione *tout court* della sospensione dalla successione alla pronuncia del «decreto di archiviazione» o della «sentenza definitiva di proscioglimento», qualora, tuttavia, la archiviazione o il proscioglimento conseguano, in ispecie, alla estinzione del reato dovuta a prescrizione, amnistia o morte del reo (cfr. artt. 150 ss. c.p.), potendo in tal caso la indegnità del successibile, ai sensi dell'art. 463, n. 1, c.c.<sup>(16)</sup>, essere comunque dichiarata in sede civile<sup>(17)</sup>, si dovrebbe, allora, concludere che la sospensione dalla successione conservi, appunto, la propria efficacia fino all'esito del giudizio civile<sup>(18)</sup>.

Per quanto riguarda, poi, il modo di operare della nuova misura, il comma 1 dell'art. 463-*bis* c.c., disponendo che i soggetti menzionati nella norma, i quali siano sottoposti a indagini per le condotte criminose ivi previste, «sono sospesi» (e non già *possono* o *debbono* essere sospesi) dalla successione dell'offeso, parrebbe deporre nel senso che si tratti di un effetto verificantesi *ex lege*, senza, quindi, che occorra una pronuncia costitutiva specificamente diretta a sospendere i soggetti medesimi dalla successione<sup>(19)</sup>. D'altra parte, però, poiché l'ultimo comma della stessa

---

(16) Non sembra, invero, potersi condividere la opinione, affacciata da G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 9<sup>a</sup> ed., Torino 2018, p. 65, secondo cui «la nuova norma arricchisce [...] il catalogo dei casi di indegnità a succedere», atteso che i comportamenti ivi contemplati (omicidio volontario o tentato) sono pur sempre riconducibili alla previsione contenuta nel n. 1 dell'art. 463 (cfr., in quest'ultimo senso, anche L. BELLANOVA, *La "nuova" tutela degli orfani per crimini domestici (l. 11 gennaio 2018, n. 4)*, cit., p. 1296; A. ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, cit., p. 5).

(17) V., per tutti, S. MONOSI, *L'indegnità a succedere*, in *Tratt. breve succ. e donazioni Rescigno*, I, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2010, p. 210; cfr., peraltro, la peculiare posizione di U. Salvestrini, menzionata *infra*, nt. 89.

(18) Nel senso per cui «l'eventuale estinzione del reato per le cause previste dalla legge penale, non facendo venir meno il disvalore della condotta del soggetto, non fa cessare gli effetti della sospensione», v. pure A. ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, cit., p. 116.

(19) In questo senso, appare orientato anche M. VASCELLARI, in *Comm. Cian-Trabucchi*, 13<sup>a</sup> ed., Milano 2018, *sub* art. 463-*bis*, p. 575. Secondo F. OLIVIERO, «Sospensione dalla

previsione obbliga, altresì, il pubblico ministero, sia pure «compatibilmente con le esigenze di segretezza delle indagini», a «comunica[re] senza ritardo alla cancelleria del tribunale del circondario in cui si è aperta la successione l'avvenuta iscrizione nel registro delle notizie di reato», sembrerebbe doversi ritenere che, essendo la comunicazione in esame testualmente richiesta «*ai fini della sospensione di cui al presente articolo*»<sup>(20)</sup>, la sospensione dalla successione non possa, in realtà, concretamente dispiegare i propri effetti prima che sia stata effettuata tale comunicazione<sup>(21)</sup>. Ciò che d'altronde si spiega anche considerando come la principale conseguenza della neo-introdotta misura, rappresentata – come si vedrà nel prosieguo – dalla apertura di un procedimento di giacenza ereditaria<sup>(22)</sup>, evidentemente postuli (di fatto, ancor prima che giuridicamente) la conoscenza, in capo all'organo competente per la nomina del curatore, dello specifico presupposto legittimante la nomina stessa.

3. – A questo punto, si tratta di stabilire cosa comporti, più nel dettaglio, la sospensione dalla successione *ex art. 463-bis c.c.*, a cominciare dal modo in cui deve intendersi che la stessa influisca sullo svolgimento del procedimento successorio.

Orbene, a tale proposito, sembra, innanzi tutto, potersi affermare che il soggetto sospeso dalla successione conserva comunque integra la propria qualità di chiamato, posto che il titolo a succedere in cui consiste la vocazione non pare essere *oggettivamente* intaccato dalla misura in esame, la quale non ha, invero, l'effetto di mettere in discussione lo *status* di

---

*successione* e *indegnità*: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, cit., p. 328, invece, la sospensione dalla successione interverrebbe «allorché il tribunale civile – presa conoscenza della *notitia criminis* ai sensi dell'art. 463 *bis*, comma 3°, c.c. – emetta il provvedimento, avente efficacia costitutiva, dichiarativo della sospensione e di contestuale nomina del curatore dell'eredità giacente».

<sup>(20)</sup> Ad avviso di M. DI MARZIO, in *Codice civile commentato DeJure*, diretto da F. DI MARZIO, *sub art. 463-bis*, l'inciso finale dell'ultimo comma della disposizione in parola «rimane un mistero. [...] [L]a formula adottata sembra lasciar pensare ad un qualche intervento del tribunale riguardo alla sospensione. Non pare però, per quello che riesce ad intendersi, che il legislatore abbia voluto istituire un procedimento, destinato a svolgersi dinanzi al tribunale dell'aperta successione, volto alla dichiarazione di sospensione della successione nei riguardi dell'indagato a seguito della sottoposizione ad indagini».

<sup>(21)</sup> Per la operatività automatica della neo-introdotta misura, in seguito alla comunicazione, da parte del pubblico ministero, circa la avvenuta iscrizione del chiamato nel registro degli indagati alla cancelleria del tribunale, v. anche C. COPPOLA, in *Codice civile commentato Pluris*, cit., *sub art. 463-bis*, nonché, sembrerebbe, M. RAMUSCHI, *La sospensione dalla successione ereditaria*, cit., p. 974 e 976.

<sup>(22)</sup> V., *amplius, infra*, par. 5.



coniuge o di parte dell'unione civile, né quello di figlio, fratello o sorella dell'ereditando (cfr., rispettivamente, i commi 1 e 2 della norma poc'anzi citata), e neppure l'eventuale testamento che fosse stato redatto in favore di costoro<sup>(23)</sup>.

La iscrizione nel registro degli indagati costituisce, piuttosto, una vicenda riguardante la *sfera personale* del successibile, idonea a incidere sul procedimento successorio – ferma, come appena detto, la esistenza e validità della vocazione, sulla cui base regolare la successione – in termini parzialmente diversi a seconda che la iscrizione medesima fosse già stata effettuata dal pubblico ministero al momento della morte del *de cuius*, o anche dopo la apertura della successione, ma prima che la eredità sia stata accettata dal chiamato, oppure sia, invece, intervenuta successivamente alla adizione della eredità da parte di quest'ultimo.

Nel primo caso, la misura contemplata dall'art. 463-*bis* c.c. dovrebbe, infatti, precisamente concretizzarsi nella sospensione della delazione in capo all'indagato, con la conseguenza che, pur potendo costui comunque accettare la eredità, l'effetto acquisitivo risulterebbe temporaneamente sospeso<sup>(24)</sup>, fino a quando non vengano pronunciati decreto di archiviazione o sentenza di proscioglimento<sup>(25)</sup>. Da questo punto di vista, il soggetto in questione potrebbe, pertanto, essere accostato all'istituto sotto condizione sospensiva – l'evento condizionale *ex lege* dovendo, appunto, essere individuato nella archiviazione della indagine o nel proscioglimento dell'imputato –<sup>(26)</sup>, delineandosi una similitudine tra le due figure di chiamato in esame che sembra obiettivamente riscontrabile anche sotto altri profili,

---

(23) Nel senso per cui, in seguito alla sospensione dalla successione *ex art. 463-bis* c.c., la vocazione «non viene meno», cfr. pure F. OLIVIERO, "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, cit., p. 316.

(24) Per la sottolineatura del fatto che «la delazione è un presupposto indefettibile dell'acquisto, ma non dell'accettazione (o del diritto di accettare) [di modo che], ad esempio, una eventuale accettazione espressa (art. 475 c.c.) posta in essere prima della delazione è da considerarsi valida, pur se inidonea a determinare l'efficacia acquisitiva», v., in particolare, G. PERLINGIERI, *L'accettazione dell'eredità dei cc.dd. chiamati non delati*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 498; cfr. anche, in proposito, M. GORGONI, *Accettazione dell'eredità. Disposizioni generali, Artt. 470-483*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano 2014, p. 42 ss.

(25) In senso contrario, v., però, M. DI MARZIO, in *Codice civile commentato DeJure*, cit., *sub art. 463-bis*, ad avviso del quale «non sembra che l'idea della posticipazione della delazione ereditaria possa avere attendibilità alcuna».

(26) Cfr., nel medesimo senso, anche M. RAMUSCHI, *La sospensione dalla successione ereditaria*, cit., p. 975 e 980; F. OLIVIERO, "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, cit., p. 317 s.; A. ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, cit., p. 16 ss. Peraltro, come noto, la possibilità, per l'istituto sotto condizione sospensiva, di accettare immediatamente la eredità appare dibattuta: per una sintesi delle differenti posi-

nonostante che la rispettiva disciplina cui le stesse soggiacciono appaia *prima facie* orientare in senso contrario.

E così, ad esempio, qualora in tal caso il chiamato sottoposto a indagini muoia prima di avere accettato, poiché, in tal caso, il pubblico ministero presenterà al giudice per le indagini preliminari richiesta di archiviazione del procedimento (cfr. art. 411 c.p.p.), la sospensione dalla successione, stando a quanto testualmente disposto dallo stesso art. 463-*bis*, comma 1, c.c., dovrebbe venire meno, e non potrebbe, quindi, riguardare (anche) gli eredi dell'indagato; diversamente da quanto, invece, previsto, con riferimento all'istituto sotto condizione sospensiva, dalla norma di cui all'art. 139 disp. att. c.c., ai sensi del quale, se il chiamato *sub condicione* decede senza che la condizione si sia verificata, i diritti derivanti dalla disposizione condizionata si trasmettono ai suoi eredi. Senonché, come si è già avuto modo di rilevare<sup>(27)</sup>, la archiviazione conseguente alla estinzione del reato (dovuta, nel caso di specie, a morte del reo) non dovrebbe, in realtà, intendersi comportare la cessazione della nuova misura, di modo che, agli eredi dell'indagato, si dovrebbe trasferire una delazione parimenti sospesa, fermo restando che l'effettivo verificarsi, in favore di questi ultimi, della trasmissione del *ius adeundi hereditatem*, ai sensi dell'art. 479 c.c., finirà comunque per dipendere dall'accertamento circa la (in)sussistenza della causa di indegnità nei confronti del trasmittente ipoteticamente indegno, ciò che potrà avvenire, in sede civile, anche dopo la morte di costui<sup>(28)</sup>.

Per quanto concerne, poi, la amministrazione della eredità durante il periodo in cui l'indagato risulta sospeso dalla successione, è vero che la disciplina dettata in materia di disposizioni condizionali, in base alla quale la amministrazione spetta alla persona in cui favore è disposta la sostituzione, ovvero al coerede avente diritto di accrescimento, oppure, in mancanza,

---

zioni delineatesi al riguardo, v. C. ROMEO, *L'accettazione dell'eredità*, in *Tratt. succ. e donazioni Bonilini*, I, *La successione ereditaria*, Milano 2009, p. 1204 ss.

<sup>(27)</sup> V. *supra*, par. 2.

<sup>(28)</sup> Sulla possibilità di esercitare la azione diretta a fare valere la indegnità, successivamente alla morte del soggetto asseritamente indegno, nei confronti degli eredi di quest'ultimo, v., in giurisprudenza, Trib. Brescia 27 luglio 1949, in *F. pad.*, 1950, I, c. 842 ss., con nota di D. BARBERO, *Natura giuridica dell'indegnità a succedere*; Trib. Macerata 26 marzo 2003, in *R. not.*, 2003, II, p. 1293 ss., con nota di G. MUSOLINO, *L'indegnità a succedere*; Cass. 16 febbraio 2005, n. 3096, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 141 ss., con nota di A. NATALE, *La pronunzia postuma di indegnità a succedere*; in dottrina, cfr., in particolare, G. RUSSO, in *Comm. d'Amelio, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze 1941, sub art. 8, p. 73; L. COVIELLO jr., *Diritto successorio (corso di lezioni)*, Bari 1962, p. 178 e 182, nt. 38; R. GIAMPETRAGLIA, in V. CUFFARO-F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni*, artt. 456-564, in *Comm. Gabrielli*, Torino 2009, sub artt. 463-465, p. 104.

al presunto erede legittimo (cfr. artt. 641 e 642 c.c.), è posta, all'evidenza, fuori gioco dalla nomina del curatore giudiziale della eredità prevista dalla norma di cui all'art. 463-*bis*, comma 1, c.c., che sarà specificamente considerata nel prossimo paragrafo. Peraltro, alla luce del rinvio, contenuto nell'art. 644 c.c., alle «regole che si riferiscono ai curatori dell'eredità giacente», l'attività gestoria degli amministratori per il caso di chiamati condizionali e quella dei curatori *ex art.* 528 c.c. finiscono per essere nella sostanza identiche, riducendosi la differenza tra le medesime alla fonte, rispettivamente, legale e giudiziale dei poteri di amministrazione<sup>(29)</sup>.

Viceversa, nella ipotesi in cui il chiamato, al momento della iscrizione nel registro degli indagati, abbia già accettato la eredità, si potrebbe, per la verità, anche dubitare che la sospensione dalla successione possa trovare concreta applicazione, posto che, se il procedimento successorio, in seguito alla *aditio hereditatis*, risulta ormai concluso, sembrerebbe difficile immaginare che un effetto *già prodotti* possa essere propriamente «sospeso»<sup>(30)</sup>. Tuttavia, occorre considerare come le esigenze di natura *lato sensu* cautelare sottostanti alla misura contemplata dall'art. 463-*bis* c.c.<sup>(31)</sup> dovrebbero *a fortiori* sussistere anche dopo l'avvenuto acquisto della qualità di erede da parte di colui che (soltanto) successivamente sia indagato per uno dei delitti ivi previsti, cosicché, avendo la misura in questione senz'altro una propria ragione di essere pure in una simile evenienza, la stessa dovrebbe reputarsi suscettibile di utilmente operare anche nel caso *de quo*<sup>(32)</sup>. Conclusione, questa, che sembra essere del resto comprovata, sotto il profilo più strettamente tecnico-giuridico, per un verso, dal già menzionato parallelismo tra sospensione dalla successione e indegnità a succedere, implicante, come si è detto<sup>(33)</sup>, la necessità di riconoscere alla

<sup>(29)</sup> V., per tutti, GIUS. AZZARITI, *L'eredità giacente*, cit., p. 214.

<sup>(30)</sup> Cfr., per considerazioni in questo senso, M. DI MARZIO, in *Codice civile commentato DeJure*, cit., *sub art.* 463-*bis*: «va da sé che nulla impedisce l'accettazione pura e semplice dell'eredità da parte dell'ipotetico indegno prima ancora che il pubblico ministero abbia effettuato l'iscrizione nel registro degli indagati, evidente essendo che, a tal punto, la sospensione della successione di cui la norma discorre non ha alcun senso, giacché il procedimento di sospensione [*rectius*: successorio], con l'accettazione pura e semplice, si è ormai concluso con la confusione del patrimonio del *de cuius* con quello dell'erede».

<sup>(31)</sup> Vedile individuate *supra*, par. 2, all'inizio.

<sup>(32)</sup> Nel senso per cui la sospensione dalla successione potrebbe trovare applicazione anche qualora, nel momento in cui avviene la iscrizione nel registro degli indagati, il chiamato abbia già adito la eredità, appaiono orientati pure C. COPPOLA, in *Codice civile commentato Pluris*, cit., *sub art.* 463-*bis*; M. RAMUSCHI, *La sospensione dalla successione ereditaria*, cit., p. 976; F. OLIVIERO, «Sospensione dalla successione» e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, cit., p. 320 ss.

<sup>(33)</sup> V., ancora, *supra*, par. 2.

prima un ambito di applicazione corrispondente (si intende anche dal punto di vista temporale) a quello che connota la seconda, la quale può, invero, essere dichiarata in ogni tempo<sup>(34)</sup>, a prescindere dalla eventuale accettazione che fosse, di fatto, nel mentre intervenuta; nonché, per altro verso, dalla stessa denominazione del nuovo istituto, in quanto la locuzione «sospensione *dalla* successione» (diversamente dalla espressione «sospensione *della* successione») (35) appare propriamente indicare il fenomeno della sospensione di un *soggetto* rispetto a un effetto che, *di per sé*, potrebbe anche essersi, in ipotesi, già compiutamente verificato. Ammessa, perciò, la configurabilità di una sospensione dalla successione anche *post aditionem hereditatis*, resta solo da precisare che la medesima dovrebbe tradursi nella sopravvenuta temporanea inefficacia dell'atto di acquisto della eredità nel frattempo compiuto dal soggetto poi sottoposto a indagini, con conseguente perdita provvisoria, da parte di costui, della titolarità come pure dei poteri di gestione e di disposizione dei beni ereditari<sup>(36)</sup>.

4. – La peculiare situazione in cui si viene, così, a trovare colui che sia stato sospeso dalla successione dovrebbe, poi, ripercuotersi anche sugli eventuali acquisti riguardanti beni ereditari con lui compiuti dai terzi dopo la instaurazione della sospensione medesima.

A tale proposito, non sembra, tuttavia, potersi ritenere che i negozi da costoro conclusi con l'indagato siano radicalmente nulli<sup>(37)</sup>, per il motivo che una simile qualificazione appare difficilmente conciliabile con le cor-

---

<sup>(34)</sup> In base alla prospettiva, che sembra preferibile, secondo cui l'indegno andrebbe qualificato come un soggetto incapace di succedere (v., in proposito, *infra*, par. 7).

<sup>(35)</sup> La formula impiegata dal legislatore è stata, invero, criticata da M. DI MARZIO, in *Codice civile commentato DeJure*, cit., *sub* art. 463-*bis*, ad avviso del quale la stessa sarebbe «espressa in un italiano approssimativo mutuato dal linguaggio burocratico [...], [e] richiam[erebbe] piuttosto l'idea delle fatture e pratiche in sospeso, se non dei carichi sospesi». Tale Autore ha, peraltro, sempre discusso, nel proprio commento, di «sospensione *della* successione» (corsivo nostro), ma quest'ultima espressione, come si rileverà subito nel testo, non sembra avere lo stesso significato di quella utilizzata dal neo-introdotta art. 463-*bis* c.c., e ha probabilmente contribuito a determinare, nello stesso Autore, il convincimento negativo in ordine alla possibilità di applicare la nuova misura anche nella ipotesi in cui, al momento della iscrizione nel registro degli indagati, il chiamato abbia già accettato la eredità (v. *supra*, nt. 30).

<sup>(36)</sup> Cfr., in quest'ultimo senso, pure F. OLIVIERO, «Sospensione dalla successione» e *indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4*, cit., p. 323.

<sup>(37)</sup> In questo senso, facendo leva sugli «intententi del legislatore», v., però, M. RAMUSCHI, *La sospensione dalla successione ereditaria*, cit., p. 976. Tale soluzione è stata prospettata anche da F. OLIVIERO, «Sospensione dalla successione» e *indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4*, cit., p. 326, il quale ha, tuttavia, finito per respingerla, reputando che la *intentio legis* (o *legislatoris*) di «impedire il compimento di atti dispositivi e di gestione di

renti categorie dogmatiche, secondo cui il difetto di legittimazione dell'alienante – derivante, nel caso di specie, dalla temporanea sospensione della delazione ovvero dalla provvisoria inoperatività dell'acquisto ereditario<sup>(38)</sup> – dovrebbe, in linea di principio, dare luogo a semplice inefficacia dell'atto in tal modo compiuto.

Piuttosto, va rammentato come la posizione che appare caratterizzare il soggetto colpito dalla misura prevista dalla norma di cui all'art. 463-*bis* c.c. sia sostanzialmente assimilabile a quella propria dell'istituto sotto condizione sospensiva<sup>(39)</sup>, ciò che dovrebbe, pertanto, comportare la applicazione della disciplina relativa agli atti di disposizione in pendenza della condizione (cfr. art. 1357 c.c.)<sup>(40)</sup>. Con la conseguenza che, con riguardo alla ipotesi di cui ci stiamo occupando, occorrerebbe ritenere che gli acquisti effettuati dai terzi durante la sospensione dalla successione, temporaneamente inefficaci per il provvisorio difetto di legittimazione del dante causa, diventeranno pienamente efficaci qualora intervenga la archiviazione della *notitia criminis* o il proscioglimento dell'imputato, mentre saranno, viceversa, definitivamente inefficaci nel caso di condanna o c.d. patteggiamento, implicanti la dichiarazione di indegnità del soggetto responsabile.

Collocata, quindi, sullo sfondo della fattispecie in esame la disciplina testé tratteggiata, ci si potrebbe domandare se, con particolare riferimento all'esito da ultimo descritto (sospensione dalla successione che sia poi sfociata nella indegnità), possa esservi spazio per la operatività della normativa a tutela dei terzi acquirenti dall'erede apparente (cfr. art. 534 cpv. c.c.)<sup>(41)</sup>. Dovendosi, a tal fine, ricordare che, in relazione all'istituto sotto

---

beni dell'asse da parte del soggetto sospettato del compimento dell'omicidio volontario o tentato nei confronti del *de cuius* [non] [...] possa essere sopravvalutata».

<sup>(38)</sup> Cfr., al riguardo, quanto rilevato nel paragrafo precedente.

<sup>(39)</sup> V., ancora, *supra*, par. 3.

<sup>(40)</sup> Cfr., nel medesimo senso, anche F. OLIVIERO, "Sospensione dalla successione" e *indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4*, cit., p. 326.

<sup>(41)</sup> A tale proposito, è appena il caso di rilevare come la applicabilità di una simile disciplina non potrebbe ritenersi *in limine* esclusa in base alla notazione che altrimenti non si comprenderebbe la ragione per cui il legislatore abbia voluto sospendere dalla successione il soggetto indagato, considerato come il regime che ne discenderebbe finirebbe per essere lo stesso che (già) si reputa comunemente applicabile con riguardo agli atti di disposizione di beni ereditari posti in essere dall'indegno prima della dichiarazione di indegnità (cfr., per quest'ultimo rilievo, M. RAMUSCHI, *La sospensione dalla successione ereditaria*, cit., p. 976, nt. 54). È chiaro, infatti, che la operatività di una determinata normativa va, innanzi tutto, valutata – come si cercherà di fare subito nel testo – alla luce della ricorrenza dei suoi presupposti nella fattispecie considerata, e non potrebbe, una volta che sia accertata la obiettiva presenza di quei presupposti, essere esclusa sulla base di una mera *voluntas*

condizione sospensiva – al quale, come più volte rilevato, colui che è sospeso dalla successione *ex art. 463-bis c.c.* può essere accostato –, la figura dell'erede apparente è reputata suscettibile di realizzarsi, una volta che la condizione sia mancata, soltanto lì dove i due requisiti della apparenza e della buona fede investano pure il verificarsi (ovvero, a monte, la inesistenza) della condizione medesima, nel senso che il mancato avveramento (oppure, ancor prima, la presenza) della condizione deve essere ignorata dalla generalità dei terzi e dallo stesso acquirente<sup>(42)</sup>.

Orbene, la circostanza che non sembri esservi un adeguato sistema di pubblicità diretto, per un verso, a consentire ai terzi di conoscere la intervenuta sospensione dalla successione<sup>(43)</sup>, e così la sottoposizione della chiamata a condizione *ex lege*, nonché, per altro verso, a rendere poi noto se l'evento condizionale rappresentato dalla archiviazione del procedimento o dal proscioglimento dell'imputato si sia oppure no verificato, dovrebbe condurre ad affermare che il principio della *apparentia iuris* possa, in linea di massima, essere invocato (anche) nel caso *de quo*. Rimane, tuttavia, da chiarire se, affinché l'acquirente possa essere considerato in buona fede, il medesimo debba intendersi comunque onerato di effettuare verifiche presso la cancelleria del tribunale del luogo di apertura della successione<sup>(44)</sup>, e, inoltre, di controllare l'esito del giudizio penale di cui si trat-

---

*legislatoris* asseritamente di segno contrario. E questo senza contare come, anche per quanto si dirà tra poco nel testo in merito alla prova della buona fede da parte dell'acquirente nel caso di specie, la tutela di quest'ultimo *ex art. 534 cpv. c.c.* dovrebbe comunque atteggiarsi in termini più rigorosi rispetto a quanto sarebbe avvenuto in mancanza della introduzione della nuova misura. Nel senso della applicabilità, con riferimento alla fattispecie in esame, del regime proprio degli acquisti dall'erede apparente, v., ad ogni modo, pure M. DI MARZIO, in *Codice civile commentato DeJure*, cit., *sub art. 463-bis*.

<sup>(42)</sup> Cfr., in questo senso, Cass. 26 marzo 1953, n. 775, in *F. it.*, 1953, I, c. 1629 s.; in dottrina, v., similmente, F.D. BUSNELLI, voce *Erede apparente*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, p. 204; G. GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 425 s.; E. ASTUNI, in V. CUFFARO-F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni, artt. 456-564*, in *Comm. Gabrielli*, Torino 2009, *sub art. 534*, p. 503. In termini critici nei confronti di siffatta opinione restrittiva, cfr., peraltro, E. CONTI, *La petizione di eredità*, in *Tratt. Rescigno*, 5, *Successioni*, I, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1997, p. 372, nt. 22, secondo cui, «in realtà, l'elemento che contiene l'inferenza della titolarità è il comportamento da erede e questo può benissimo essere idoneo a configurare la situazione di apparenza del tutto indipendentemente dall'assetto del titolo».

<sup>(43)</sup> Per il rilievo circa la mancanza di un regime di pubblicità della avvenuta sospensione dalla successione, v. anche M. DI MARZIO, in *Codice civile commentato DeJure*, cit., *sub art. 463-bis*; A. ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, cit., p. 108.

<sup>(44)</sup> Tuttavia, poiché, secondo quanto disposto dalla norma di cui all'art. 52, comma 2, disp. att. c.c., nel registro delle successioni tenuto presso la cancelleria del tribunale sono inseriti (soltanto) «gli *estremi* degli atti e delle dichiarazioni indicati dalla legge», la motivazione sottostante al provvedimento di nomina del curatore della eredità (soggetto a

ta<sup>(45)</sup>, oppure possa limitarsi ad addurre semplicemente di non essere stato a conoscenza del procedimento a carico del preteso erede. Nella misura in cui, in relazione alle circostanze, gli anzidetti accertamenti siano possibili e non risultino eccessivamente gravosi per colui che si suppone tenuto a compierli, preferibile appare la prima soluzione, di modo che, in caso di loro mancata effettuazione, si dovrebbe concludere nel senso che il terzo acquirente dal soggetto sospeso dalla successione non potrà invocare la norma di cui all'art. 534 cpv. c.c., sostenendo di avere confidato in buona fede su una situazione di apparenza la cui giuridica inconsistenza risultava, in realtà, nel caso concreto verificabile con la normale diligenza<sup>(46)</sup>.

5. – Al di là degli effetti che la nuova misura della sospensione dalla successione comporta, in termini generali, sullo svolgimento del procedimento successorio, nonché, di riflesso, sugli acquisti eventualmente compiuti dai terzi con il soggetto sospeso, la principale conseguenza espressamente prevista dalla norma di cui all'art. 463-*bis* c.c. è rappresentata, come si è accennato<sup>(47)</sup>, dalla «nomina di un curatore [della eredità] ai sensi dell'art. 528».

---

registrazione in base al combinato disposto degli artt. 528, comma 2, c.c. e 52, comma 3, disp. att. c.c.), rappresentata dalla avvenuta sospensione del chiamato dalla successione, non dovrebbe risultare dal registro medesimo; ferma, peraltro, la possibilità, per il terzo interessato, di acquisire ulteriori informazioni al riguardo mediante una richiesta motivata di ottenere copia degli atti del fascicolo della eredità giacente, ai sensi dell'art. 744 c.p.c.

<sup>(45)</sup> Avvalendosi, ad esempio, della facoltà di richiedere copie, estratti o certificati di atti relativi al procedimento, riconosciuta dalla norma di cui all'art. 116 c.p.p., «durante il procedimento e dopo la sua definizione», in favore di «chiunque vi abbia interesse».

<sup>(46)</sup> V. ancora, a tale riguardo, Cass. 26 marzo 1953, n. 775, cit. Per la affermazione della sussistenza, in capo al terzo acquirente, di un onere di accertamento della reale situazione giuridica, parametrato a un criterio di ordinaria diligenza da valutarsi in relazione alle circostanze, cfr. pure E. CONTI, *La petizione di eredità*, cit., p. 393 s.; E. BARGELLI-F.D. BUSNELLI, voce *Erede apparente*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento V, Milano 2001, p. 404; C. CICERO-L. SITZIA, *Petizione di eredità, Artt. 533-535*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano 2013, *sub* artt. 533-534, p. 135 s. Diversamente, nel senso per cui la mera omissione della ordinaria diligenza non sarebbe sufficiente a escludere la buona fede dell'acquirente, occorrendo, a tal fine, la ricorrenza della colpa grave, appaiono orientati, ad esempio, A. CICU, *Successioni per causa di morte, Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, 2<sup>a</sup> ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLII, Milano 1961, p. 257 e nt. 86; GIUS. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli 1990, p. 207. Secondo altri Autori ancora, poi, la circostanza che l'errore individuale in cui è caduto il terzo sia imputabile a negligenza (grave o lieve che sia) dovrebbe, in realtà, condurre ad affermare la probabile mancanza dello stesso requisito obiettivo della apparenza: v., in questo senso, L. FERRI, *Successioni in generale, Artt. 512-535*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1968, *sub* art. 534, p. 219; G. GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 428; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 1994, p. 345.

<sup>(47)</sup> V. *supra*, parr. 2 e 3.

Ebbene, la circostanza che la neo-introdotta disposizione appaia richiamare soltanto la modalità di nomina del curatore – al quale competono gli obblighi e i poteri di cui agli artt. 529 ss. c.c. –, senza fare riferimento alcuno agli altri requisiti della giacenza ereditaria, dovrebbe condurre a reputare che questi ultimi non siano, nel caso di specie, applicabili<sup>(48)</sup>, in quanto sostituiti dallo specifico e unico presupposto costituito, appunto, dalla intervenuta sospensione dalla successione conseguente all'avvio delle indagini nei confronti del successibile<sup>(49)</sup>.

Ne discende, pertanto, che il curatore giudiziale potrebbe essere nominato anche qualora il soggetto indagato abbia già accettato la eredità e/o sia nel possesso di beni ereditari<sup>(50)</sup>: l'istituto della eredità giacente non appare, infatti, in tal caso genericamente funzionale ad assicurare, a fronte della inerzia del chiamato, la amministrazione del patrimonio ereditario e l'eventuale soddisfacimento dei creditori del *de cuius* e dei legatari<sup>(51)</sup>, bensì risulta specificamente e primariamente diretto a evitare che il sospeso dalla successione possa in qualsiasi modo ingerirsi nella gestione della eredità, ciò che si rivela tanto più urgente proprio quando costui abbia nel frattempo assunto la qualità di erede e/o sia entrato in possesso di beni facenti parte del compendio ereditario.

Stando così le cose, dovrebbe, altresì, derivarne che il giudice, diversamente da quanto tradizionalmente ritenuto da larga parte della dottrina, non potrebbe, in presenza dei presupposti di legge, valutare in maniera discrezionale la opportunità di procedere oppure no alla nomina del curatore<sup>(52)</sup>, ma, una volta ricevuta dal pubblico ministero la comunicazione

---

<sup>(48)</sup> Cfr., in questo senso, anche M. RAMUSCHI, *La sospensione dalla successione ereditaria*, cit., p. 982; C. COPPOLA, in *Codice civile commentato Pluris*, cit., sub art. 463-bis; F. OLIVIERO, "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, cit., p. 329.

<sup>(49)</sup> Tale presupposto (proprio ed esclusivo) si può, invero, ritenere testualmente compendiato nella locuzione «in tal caso», con cui si apre il secondo periodo del comma 1 dell'art. 463-bis c.c., la quale va evidentemente posta in relazione con quanto statuito nella frase che precede.

<sup>(50)</sup> Ciò che si rivela, del resto, coerente con quanto già rilevato a proposito della possibilità che la stessa sospensione dalla successione, cui la curatela giudiziale – come si dirà tra poco nel testo – risulta immancabilmente collegata, trovi applicazione anche *post aditionem hereditatis* (v. *supra*, par. 3, in fine).

<sup>(51)</sup> Per la individuazione della duplice finalità, rispettivamente di amministrazione e di liquidazione, propria della curatela giudiziale ex artt. 528 ss. c.c., v., per tutti, U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1968, spec. p. 265.

<sup>(52)</sup> Per la opinione secondo cui la instaurazione della curatela giudiziale dovrebbe intendersi subordinata all'accertamento della effettiva esigenza di conservazione del patrimonio ereditario, cfr., in particolare, V.M. TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1954, p. 57; P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, cit., p. 757, nt. 9;



di cui al comma 3 dell'art. 463-*bis* c.c., è senz'altro tenuto a provvedervi<sup>(53)</sup>, come, del resto, reso palese anche dal fatto che la nuova norma, disponendo in maniera incondizionata che, nel caso di sospensione, «*si fa luogo alla nomina di un curatore*», non sembra in alcun modo contemplare la eventualità di una sospensione dalla successione senza contestuale instaurazione della curatela giudiziale.

Inoltre, sempre per quanto detto, lo stato di giacenza, una volta instaurato, non potrebbe intendersi cessare *tout court* in seguito alla intervenuta adizione della eredità, come previsto, in termini generali, dalla norma di cui all'art. 532 c.c. Ed invero, qualora sia lo stesso chiamato sospeso dalla successione ad accettare la eredità – come si è veduto, nel paragrafo precedente, essere comunque ammissibile –, la curatela giudiziale dovrebbe venire meno (non immediatamente, bensì), da un lato, in conseguenza del decreto di archiviazione o della sentenza di proscioglimento, determinandosi, in tal caso, l'acquisto ereditario in capo al soggetto anzidetto, che potrebbe, quindi, naturalmente gestire il patrimonio di cui è divenuto titolare; oppure, dall'altro lato, in esito alla condanna o al c.d. patteggiamento, alla luce, viceversa, della definitiva inefficacia della accettazione in precedenza compiuta, e del successivo indirizzarsi della delazione, con i poteri di cui all'art. 460 c.c., in favore dei chiamati in subordine rispetto al reo a questo punto escluso dalla successione ai sensi dell'art. 463 c.c. Vero è, in relazione a tale seconda evenienza, che la nomina del curatore dovrebbe avere comportato, in base a quanto statuito nel comma 3 dell'art. 460 c.c., la cessazione dei poteri conservativi, amministrativi e di vigilanza in capo al chiamato alla eredità. Tuttavia, occorre, per un verso, notare come quest'ultima previsione dovrebbe intendersi propriamente riferita al (solo) *primo* chiamato, il cui comportamento omissivo ha determinato la situazione di giacenza<sup>(54)</sup>, e non anche ai chiamati *in subordine*

---

U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, cit., p. 249 e 253. Nel senso per cui, invece, il giudice, in presenza dei presupposti normativi, sarebbe obbligato a nominare il curatore, v., ad esempio, G. GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 200 s.; A. JANNUZZI-P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, 11<sup>a</sup> ed., Milano 2006, p. 454; L. GENGHINI-C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, I, Padova 2012, p. 176.

(53) Secondo F. OLIVIERO, "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, cit., p. 330, «conseguendo l'instaurazione della curatela al provvedimento emesso dal tribunale a valle della comunicazione dell'iscrizione della *notitia criminis* a nome del potenziale successibile, non sembra residui molto spazio per una designazione del curatore su istanza delle "persone interessate" cui fa riferimento l'art. 528 c.c., potendo la legittimazione di costoro al più rilevare nel caso di inerzia del tribunale».

(54) La *ratio* del divieto posto dalla norma di cui all'art. 460, comma 3, c.c. viene,

riguardo ai quali la delazione si sia poi resa attuale, e i cui poteri gestori *ex art.* 460 c.c. dovrebbero, in linea di principio, prevalere rispetto alla curatela giudiziale, stante il carattere sussidiario di quest'ultima<sup>(55)</sup>. Per altro verso, si deve in ogni caso rimarcare che la *ratio* della curatela, nel peculiare contesto di cui all'*art.* 463-*bis* c.c., appare essenzialmente essere – come già osservato – la estromissione del chiamato *sub iudice* dalla gestione del patrimonio ereditario, per constatare come tale esigenza più non si ponga, cosicché la situazione di giacenza dovrebbe logicamente esaurirsi, lì dove quel soggetto venga escluso dalla successione in quanto indegno<sup>(56)</sup>, salva la eventuale riapertura della curatela medesima, qualora risultino in seguito integrati, con riguardo ai chiamati in subordine attualmente delati, i presupposti ordinari di cui all'*art.* 528 c.c.

Per quanto concerne, invece, la ipotesi in cui, essendovi una pluralità di chiamati, la eredità sia accettata da un chiamato diverso da quello sospeso dalla successione *ex art.* 463-*bis* c.c., il quale abbia così acquistato la qualità di erede, va preliminarmente rilevato che la curatela giudiziale disposta dalla norma testé citata non può che riguardare la sola quota del soggetto sospeso, stante, da un lato, la natura strettamente personale della misura in questione, in quanto prodromica rispetto alla eventuale sanzione della indegnità a succedere, nonché, dall'altro lato, la notazione che, se il curatore fosse investito della amministrazione, oltre che della quota oggetto di sospensione, anche di quelle destinate agli altri chiamati, questi ultimi finirebbero per essere privati, per tutto il (non breve) tempo di durata del procedimento penale, dei poteri gestori loro spettanti, in evidente contra-

---

infatti, normalmente individuata nella esigenza di evitare che il chiamato, inizialmente inerte, crei in seguito intralcio od ostacolo alla attività del curatore (cfr., sul punto, A. PALAZZO, *Le successioni*, I, 2<sup>a</sup> ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2000, p. 406; L. GENGHINI-C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, I, cit., p. 179; C. ROMANO, *L'amministrazione cautelare del patrimonio ereditario*, in R. CALVO-G. PERLINGIERI [a cura di], *Diritto delle successioni e delle donazioni*, I, 2<sup>a</sup> ed., Napoli 2013, p. 98).

<sup>(55)</sup> Per un cenno alla natura sussidiaria della giacenza ereditaria rispetto alla gestione del chiamato, v., in particolare, G. DI LORENZO, *L'eredità giacente*, in *Tratt. succ. e donazioni Bonilini*, I, *La successione ereditaria*, Milano 2009, p. 1182; U. TACCONI, *L'eredità giacente*, in *Successioni e donazioni. Trattato teorico-pratico* a cura di P. FAVA, Milano 2017, p. 278.

<sup>(56)</sup> La circostanza che una simile causa di cessazione dello stato di giacenza non sia espressamente prevista dalla legge non dovrebbe, invero, creare particolari difficoltà, considerato anche come la dottrina tradizionalmente ammetta il venire meno della curatela giudiziale pure in ipotesi ulteriori rispetto a quella (sola) codificata nell'*art.* 532 c.c., come, ad esempio, nel caso di esaurimento dell'attivo ereditario da parte del curatore il quale abbia provveduto al pagamento dei creditori del defunto e dei legatari, nonché di devoluzione dei beni allo Stato *ex art.* 586 c.c. (cfr., in proposito, L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, s.d., ma Napoli 1977, p. 522; A. PALAZZO, *Le successioni*, I, cit., p. 415 s.; C. ROMANO, *L'amministrazione cautelare del patrimonio ereditario*, cit., p. 107).

sto con la finalità di tutela sottostante alla norma poc'anzi menzionata<sup>(57)</sup>. Se così è, dovrebbe, allora, discenderne che, come la curatela contemplata dalla previsione in esame è insuscettibile di estendersi alle quote dei chiamati diversi da quello sospeso dalla successione<sup>(58)</sup>, allo stesso modo la adizione della eredità da parte di costoro non può in alcun caso fare venire meno la curatela medesima in relazione alla quota del soggetto indagato.

Non sembra, invero, potersi condividere la tesi che negando, in generale, la ammissibilità di una giacenza parziale, ritiene, in ispecie, che la accettazione della eredità da parte di uno tra più chiamati comporti la cessazione della situazione di giacenza anche rispetto alle quote degli altri, sulla base del rilievo, da un lato, che il chiamato *pro quota*, una volta divenuto erede, succederebbe pur sempre, a prescindere dalla quota di sua spettanza, nell'*universum ius* del defunto, e avrebbe, pertanto, il diritto di impossessarsi dell'intero patrimonio ereditario, e che, dall'altro lato, non sarebbe comunque concepibile la amministrazione di una quota indivisa, senza la contemporanea amministrazione anche delle altre quote<sup>(59)</sup>. In senso contrario, si può, infatti, replicare, sotto il primo profilo, che, pur essendo anche l'erede *pro quota* senz'altro un successore a titolo universale del *de cuius*, ciò non implica (nemmeno in via potenziale) altresì la successione del medesimo nella universalità dei beni ereditari<sup>(60)</sup>. Per quanto

<sup>(57)</sup> Cfr., per considerazioni di tenore analogo, M. DI MARZIO, in *Codice civile commentato DeJure*, cit., sub art. 463-bis. Nel senso per cui sarebbe ragionevole reputare che l'art. 463-bis c.c. «alluda a una giacenza *pro quota*, specie se si pensi che quest'ultima rischia di essere depauperata per le spese sostenute dall'indagato a causa del procedimento penale», v. pure C. COPPOLA, in *Codice civile commentato Pluris*, cit., sub art. 463-bis.

<sup>(58)</sup> Sebbene, come notato da F. OLIVIERO, "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, cit., p. 331, nt. 40, «la presenza del curatore dell'eredità giacente, in quanto soggetto che ricopre un ufficio di diritto privato [...] cui è commesso, sotto il controllo del tribunale, il compimento doveroso di atti conservativi del patrimonio ereditario e di pagamento dei debiti gravanti sullo stesso, renderà meno spediti, e in larga misura dipendenti dalle valutazioni dell'organo giudiziario, così la gestione delle sostanze ereditarie a mezzo del compimento di atti di straordinaria amministrazione come il venir meno della comunione indivisa».

<sup>(59)</sup> La tesi negativa in ordine alla configurabilità di una giacenza *pro quota* risulta accolta, in particolare, dalla giurisprudenza di legittimità: v. Cass. 22 febbraio 2001, n. 2611, in *Nuova g. civ. comm.*, 2002, p. 454 ss., con nota di E. BILOTTI, *L'eredità giacente pro quota*; cfr. anche, per un cenno a tale problematica, Cass. 19 aprile 2000, n. 5113, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 851. Nel medesimo senso, sia pure con sfumature diverse, si è espressa pure una parte della dottrina: v., ad esempio, C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legittime*, 2<sup>a</sup> ed., in *Comm. Utet*, II, t. 1, Torino 1971, sub art. 528, p. 250; G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, art. 456-535, 2<sup>a</sup> ed., in *Comm. de Martino*, Novara 1981, sub art. 528, p. 485; M. LIPARI, *L'eredità giacente*, cit., p. 447.

<sup>(60)</sup> Cfr., in questo senso, E. BILOTTI, *L'eredità giacente pro quota* (nota a Cass. 22 febbraio 2001, n. 2611), in *Nuova g. civ. comm.*, 2002, p. 459.

riguarda, poi, il secondo aspetto, si può similmente osservare come non appaia controvertibile il fatto che la amministrazione di una quota astratta non sia esercitabile senza coinvolgere anche le altre quote, ma tanto non significa pure che l'erede *pro quota*, finché le altre quote rimangono vacanti, abbia il diritto di amministrare *da solo* i beni indivisi<sup>(61)</sup>. Nessuna previsione attribuisce al coerede il potere-dovere di amministrare la eredità anche nell'interesse dei chiamati non ancora accettanti (nonché degli altri soggetti, come i chiamati in subordine e i creditori ereditari, comunque interessati alla conservazione del patrimonio del defunto)<sup>(62)</sup>, ragion per cui sembra potersi affermare che, pure qualora uno dei chiamati abbia adito la eredità, la situazione di giacenza resta, in relazione alle quote non accettate, nondimeno necessaria al fine di tutelare la posizione dei predetti soggetti, considerato come costoro, se non si ammettesse la permanenza in carica di un curatore giudiziale obbligato ad amministrare i beni ereditari, potrebbero soltanto confidare, per evitare l'abbandono e il conseguente depauperamento dei beni medesimi, nella onestà e nella diligenza del chiamato accettante<sup>(63)</sup>. Quest'ultimo dovrà, pertanto, intendersi investito della amministrazione del patrimonio indiviso *insieme* al curatore rimasto in funzione<sup>(64)</sup>, ciò che si traduce, con riferimento alla fattispecie di cui ci stiamo occupando, in una opportuna forma di garanzia per lo stesso chiamato sospeso dalla successione, il quale – vale la pena di ricordarlo – è, per l'ordinamento, un individuo allo stato semplicemente sospettato di indegnità, che però potrebbe, in caso di archiviazione o proscioglimento, acquistare la qualità di erede.

---

(61) V. ancora, E. BILOTTI, *L'eredità giacente pro quota*, cit., p. 459.

(62) Cfr., per tale rilievo, L. CARRARO, *Eredità giacente "pro quota"* (nota a Pret. Napoli 2 luglio 1946), in *G. it.*, 1947, I, 2, c. 527 s.

(63) V., in questi termini, la ormai risalente pronuncia di Pret. Napoli 2 luglio 1946, in *G. it.*, 1947, I, 2, c. 527 s., con nota di L. CARRARO, *Eredità giacente "pro quota"*. Nel senso della ammissibilità, in generale, della giacenza *pro quota*, appare d'altronde orientata anche la dottrina maggioritaria: cfr., tra molti, G. BRUNELLI-C. ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, 2<sup>a</sup> ed., in *Commento al nuovo codice civile italiano*, Milano 1951, sub art. 528, p. 164; A. CICU, *Successioni per causa di morte, Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, cit., p. 152 s.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 524; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, 4<sup>a</sup> ed., Milano 2015, p. 148 s.

(64) V., nel medesimo senso, anche C. ROMANO, *L'amministrazione cautelare del patrimonio ereditario*, cit., p. 106, il quale ha affermato che, nella ipotesi di giacenza parziale, «si assisterà ad una duplice amministrazione: quella del chiamato possessore o erede *pro quota*, che ha una semplice facoltà in tal senso e la cui gestione risponde esclusivamente al proprio interesse; quella del curatore, titolare di un ufficio di diritto privato finalizzato all'amministrazione conservativa della quota non ancora accettata».

Resta, infine, da valutare come possa influire, sulla curatela giudiziale in questione, la eventuale designazione, da parte dell'ereditando, di un esecutore testamentario.

Orbene, fermo che la contemporanea presenza del curatore giudiziale e dell'esecutore testamentario dovrebbe risultare senz'altro ammissibile, non creandosi alcuna interferenza tra le attività rispettivamente svolte dai due soggetti, tutte le volte in cui il testatore abbia inibito all'esecutore la amministrazione della massa ereditaria (cfr. art. 703, comma 2, c.c.)<sup>(65)</sup>, qualora, viceversa, non sia questo il caso, parrebbe doversi distinguere a seconda che l'esecutore abbia accettato l'incarico prima della eventuale nomina del curatore, o soltanto dopo che quest'ultimo sia già stato nominato. Nella prima ipotesi, infatti, data la prevalenza della posizione dell'esecutore rispetto a quella del curatore, in quanto avente la propria fonte nella volontà testamentaria<sup>(66)</sup>, dovrebbe conseguire che il curatore giudiziale non potrebbe essere nominato, nemmeno per quanto riguarda la quota spettante al chiamato indagato, fino a quando l'ufficio dell'esecutore testamentario non abbia avuto termine<sup>(67)</sup>. Lì dove, invece, la accettazione

---

<sup>(65)</sup> Cfr., in questo senso, L. FERRI, *Successioni in generale*, Artt. 512-535, cit., sub art. 528, p. 154; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 524; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., p. 150. Secondo altra parte della dottrina, invece, tra le funzioni proprie del curatore e quelle attribuite all'esecutore non sussisterebbe mai incompatibilità alcuna, operando i due soggetti in parola su piani diversi (v., per tale opinione, V.M. TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, cit., p. 52 s.; V. CUFFARO, *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. Rescigno*, 6, *Successioni*, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1997, p. 377 s.; M. LIPARI, *L'eredità giacente*, cit., p. 441).

<sup>(66)</sup> Nel senso per cui la amministrazione del curatore giudiziale dovrebbe cedere a quella dell'esecutore testamentario, v., in particolare, G. GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 193 s.; M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie. Della revocazione delle disposizioni testamentarie – Delle sostituzioni – Degli esecutori testamentari*, Artt. 679-712, rist. agg. della 1<sup>a</sup> ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1978, sub art. 703, p. 489 s.; G. BONILINI, *Degli esecutori testamentari*, Artt. 700-712, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano 2005, sub art. 703, spec. p. 394 s.

<sup>(67)</sup> Anche volendo reputare che le funzioni dell'esecutore debbano proseguire oltre il limite temporale (un anno rinnovabile) di cui al comma 3 dell'art. 703 c.c., dovendo la temporaneità della amministrazione del compendio ereditario essere parametrata alla esecuzione delle disposizioni di ultima volontà, e non al possesso dei beni (così, di recente in giurisprudenza, Cass. 14 giugno 2016, n. 12241; in dottrina, tende, viceversa, a prevalere la opinione secondo cui la norma summenzionata fisserebbe la durata massima sia del possesso che della attività di amministrazione: cfr. A. PALAZZO, *Le successioni*, II, 2<sup>a</sup> ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2000, p. 843; G. VICARI, *L'esecutore testamentario*, in *Tratt. breve succ. e donazioni Rescigno*, I, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2010, p. 1334; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, 5<sup>a</sup> ed., Milano 2015, p. 76), è verosimile ritenere che il compimento dell'incarico cui è chiamato l'esecutore comunque si realizzi, nella maggior parte dei casi, in un tempo non lontano dalla morte del testatore (in questo senso, v. pure G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 406), e così, con riguardo alla fattispecie in esame,

dell'incarico da parte dell'esecutore intervenga dopo la nomina del curatore, i poteri di quest'ultimo, stante la sua subordinazione rispetto al primo, dovrebbero intendersi venire meno per lasciare spazio a quelli dell'esecutore, salvo, però, dovere poi essere ripristinati, in seguito al completamento della esecuzione testamentaria. La discontinuità nella titolarità della gestione del patrimonio ereditario che si verrebbe, così, nel giro di un arco tendenzialmente breve di tempo a creare potrebbe, allora, condurre a reputare soluzione preferibile quella consistente nel radicare in ogni caso, per lo meno con riferimento alla quota che spetterebbe all'indagato, la amministrazione in capo al curatore giudiziale<sup>(68)</sup>.

Quanto, poi, alla eventualità che sia stato nominato esecutore testamentario il chiamato sospeso dalla successione, va rilevato come siffatta nomina non possa in alcun modo produrre i propri effetti, indipendentemente dalla circostanza che l'ereditando abbia oppure no attribuito al predetto soggetto (anche) la amministrazione dei beni ereditari: la esecuzione testamentaria appare, invero, in ogni caso caratterizzata da una relazione in senso lato fiduciaria, che si suppone esistente tra il defunto e l'esecutore medesimo, la quale, se dovrebbe intendersi venire definitivamente meno a fronte della situazione di incompatibilità morale in cui si viene a trovare l'indegno<sup>(69)</sup>, occorrerebbe reputare che sia (se non altro) provvisoriamente sospesa nei confronti del chiamato *sub iudice ex art. 463-bis c.c.*, con la conseguenza che costui, per tutto il tempo in cui dura la sospensione dalla successione, non potrà (neppure) esercitare i poteri strumentali alla esecuzione delle disposizioni *mortis causa* di cui sia stato in ipotesi incaricato<sup>(70)</sup>.

---

normalmente prima della definizione del procedimento penale il cui avvio ha determinato la sospensione dell'indagato dalla successione: tanto dovrebbe, infatti, senz'altro accadere quando si tratti di processo instaurato per l'omicidio del *de cuius*, ma potrebbe spesso capitare anche nella ipotesi in cui, trattandosi di tentato omicidio, il processo sia iniziato prima della apertura della successione, e l'ereditando sia deceduto poco dopo per altra causa.

<sup>(68)</sup> Ha similmente ritenuto che «ove vi sia, comunque, la previsione dell'esecutore testamentario, [...] con particolare riferimento alla sola quota che spetterebbe al soggetto indagato, vi si confaccia maggiormente l'amministrazione da parte del curatore», M. RAMUSCHI, *La sospensione dalla successione ereditaria*, cit., p. 985 s.; nel medesimo senso, cfr. pure C. COPPOLA, in *Codice civile commentato Pluris*, cit., *sub art. 463-bis.*, secondo la quale «sembra assai dubbio che alla nomina del curatore, legata a un automatismo di natura penale, possa supplire la figura dell'eventuale esecutore testamentario, di regola invece considerato prevalente, ove dotato di poteri di amministrazione».

<sup>(69)</sup> Cfr., in questo senso, anche A. DEL GIUDICE, *L'esecutore testamentario*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Le successioni testamentarie (artt. 624-712 c.c.)*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino 1983, p. 445 s.

<sup>(70)</sup> V., per analoga soluzione, A. ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, cit., p. 36 s., peraltro facendo,

6. – Alla luce del carattere prodromico della sospensione dalla successione rispetto alla indegnità a succedere, e così della intima connessione sussistente tra i due istituti, ci si potrebbe chiedere se, anche con riferimento al soggetto sospeso, sia configurabile la riabilitazione da parte dell'ereditando (cfr. art. 466 c.c.).

Premesso che tale questione si potrebbe all'evidenza porre nel solo caso di omicidio tentato nei confronti del *de cuius*, il quale muoia, poi, per altra causa<sup>(71)</sup>, in senso contrario rispetto a una simile possibilità, non sembra potersi addurre la natura di «effetto penale *ipso iure*» che, secondo una opinione, verrebbe a rivestire la esclusione dalla successione in relazione alle fattispecie contemplate dal neo-introdotta art. 463-*bis* c.c.<sup>(72)</sup>: sebbene, infatti, nei casi ivi considerati – così come nella ipotesi prevista dall'art. 537-*bis* c.p.p., di cui si dirà nel prossimo paragrafo –, l'accertamento del fatto causa di indegnità avvenga all'esito di un procedimento penale, ciò non toglie che l'effetto della perdita dei diritti successori rimanga pur sempre, essenzialmente, una sanzione di natura civile, come d'altronde confermato dall'esplicito rinvio, contenuto in entrambe le disposizioni poc'anzi richiamate, alla norma di cui all'art. 463 c.c., nonché dal riferimento espresso all'istituto della «indegnità a succedere»<sup>(73)</sup>.

D'altra parte, nemmeno sarebbe sufficiente, per affermare senz'altro la soluzione positiva, limitarsi a fare leva sulla collocazione della sospensione dalla successione sotto il capo dedicato alla indegnità, al cui interno si troverebbe, appunto, anche la norma di cui all'art. 466 c.c., riguardante la riabilitazione<sup>(74)</sup>. I due istituti di cui si tratta, pur essendo – come detto

---

piuttosto, leva sulla *ratio* della nuova misura, «che è quella di impedire a soggetti sospettati di reati particolarmente gravi, nei confronti del defunto, di compiere atti produttivi di effetti nei confronti del patrimonio ereditario».

(71) Dovendo, in ipotesi, valere anche per la sospensione dalla successione quanto tradizionalmente si afferma a proposito della indegnità a succedere, e cioè che alla medesima non si può più porre rimedio, qualora in essa il soggetto incorra per un atto contemporaneo o posteriore alla morte del *de cuius* (v., in particolare, A. CICU, *Successioni per causa di morte, Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, cit., p. 104; G. BONILINI, *La riabilitazione dell'indegno*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1141; S. MONOSI, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 225).

(72) Cfr., per tale prospettiva, C. COPPOLA, in *Codice civile commentato Pluris*, cit., sub art. 463-*bis*.

(73) V., in quest'ultimo senso, anche F. OLIVIERO, «Sospensione dalla successione» e *indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4*, cit., p. 338 s.

(74) Come sembra, invece, ritenere M. RAMUSCHI, *La sospensione dalla successione ereditaria*, cit., p. 986, secondo il quale, «attesa la collocazione topografica dell'istituto *de quo*, non può revocarsi in dubbio come si possa altresì applicare alla sospensione dalla successione l'art. 466 c.c.».

– indubbiamente tra loro collegati, restano nondimeno ben distinti, di modo che non si potrebbe pensare di applicare *tout court* la disciplina prevista per l'uno anche ad aspetti non espressamente regolati dell'altro. E così, tanto per intendersi, è chiaro che, in relazione alla sospensione dalla successione, non potranno, ad esempio, valere le disposizioni degli artt. 464 e 465 c.c., in quanto entrambe contemplan conseguenze (quali, rispettivamente, l'obbligo di restituzione dei frutti, percepiti dopo la apertura della successione, ai chiamati che abbiano con successo esperito la *petitio hereditatis* nei confronti dell'indegno, nonché la privazione dell'usufrutto e della amministrazione con riguardo ai beni devoluti, in luogo dell'indegno, ai figli di costui) che evidentemente postulano la *definitiva esclusione* del chiamato dalla successione, e non potrebbero, pertanto, razionalmente operare con riferimento a colui che da quest'ultima sia (solo) *temporaneamente sospeso*.

Al fine, dunque, di stabilire se la riabilitazione *ex art. 466 c.c.* possa effettuarsi (anche già) nella fase della sospensione dalla successione, si tratta di valutare, per un verso, se gli effetti propri della riabilitazione siano, come tali, suscettibili di prodursi pure nei confronti del soggetto semplicemente sospeso, e, per altro verso, se ciò non si ponga in contrasto con la *ratio* sottostante alla disciplina della indegnità a succedere complessivamente considerata<sup>(75)</sup>.

Ebbene, con riguardo al primo profilo, sembra potersi asserire che l'effetto proprio della riabilitazione, consistente, come noto, nel riammettere il chiamato a succedere, possa senz'altro utilmente dispiegarsi anche a vantaggio del soggetto che sia (soltanto) sospeso dalla successione, considerato che costui, al pari dell'indegno, appunto non può – sia pure in via provvisoria – succedere al *de cuius* per il cui tentato omicidio risulti al momento indagato. La eventualità che il giudizio penale in corso si concluda con la archiviazione o il proscioglimento, con conseguente ripristino della delazione in favore del successibile, non pare, invero, dovere per forza precludere *ex ante* la configurabilità della riabilitazione, potendo semmai, qualora abbia luogo quell'esito, semplicemente condurre a reputare la stessa *ex post* inefficace, in quanto ormai inutile. Per quanto con-

---

(75) Viceversa, l'interesse pratico collegato al riconoscimento di una simile possibilità dovrebbe risultare tutto sommato evidente, solo che si consideri come, nelle more del procedimento penale diretto ad accertare l'avvenuto compimento del fatto integrante la causa di indegnità, potrebbero sopraggiungere determinati eventi riguardanti la persona dell'offeso (quali, in particolare, il decesso o la sopravvenuta incapacità), idonei a incidere negativamente sulla facoltà, spettante a tale soggetto, di riabilitare il colpevole, la quale finirebbe, così, per rimanere definitivamente frustrata.



cerne, poi, il secondo aspetto, occorre osservare come la persona che verrebbe a profittare della riabilitazione dovrebbe, in ipotesi, avere comunque già materialmente compiuto l'atto fonte di indegnità, rimanendo soltanto da accertare un simile fatto nel corso del procedimento penale: con il che risulta, pertanto, tendenzialmente escluso il pericolo che, ammettendosi una riabilitazione preventiva rispetto alla dichiarazione di indegnità, la stessa si possa risolvere in un incentivo, per il beneficiario, a commettere reati, in contraddizione con la finalità propria dell'istituto<sup>(76)</sup>.

Ritenuta, così, configurabile la riabilitazione del soggetto sospeso dalla successione, ci si potrebbe, infine, domandare se l'ereditando, il quale fosse personalmente convinto della innocenza dell'indagato, possa decidere di ammettere quest'ultimo a succedere durante lo svolgimento del processo penale, facendo, peraltro, salve le conseguenze della indegnità che, contrariamente a quanto creduto, dovesse obiettivamente discendere dalla successiva condanna dell'imputato<sup>(77)</sup>. Un simile risultato non sembra, tuttavia, potersi propriamente ottenere mediante il ricorso allo strumento della riabilitazione, segnatamente circoscrivendo quest'ultima alla (sola) fase di sospensione dalla successione *ex art. 463-bis c.c.*: in senso contrario, appare, infatti, deporre non soltanto il fatto che la riabilitazione presuppone, in capo al *de cuius*, un atteggiamento psicologico praticamente opposto rispetto a quello poc'anzi descritto, vale a dire la piena consapevolezza, da parte del medesimo, circa la commissione del fatto illecito e del suo autore<sup>(78)</sup>, ma anche la constatazione che, alla base dell'atto di riabilitazione, vi è in ogni caso il sentimento del perdono, il quale non può,

---

(76) Sulla impossibilità di esercitare il potere di riabilitazione in via preventiva rispetto allo stesso compimento del fatto causa di indegnità, v., in particolare, G. RUSSO, in *Comm. d'Amelio, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, cit., *sub art. 11*, p. 79; L. COVIELLO jr., *Diritto successorio*, cit., p. 196 s.; C. RUPERTO, voce *Indegnità a succedere*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma 1989, p. 6.

(77) La situazione sottesa all'interrogativo appena posto nel testo evidentemente presuppone, da un lato, che il tentato omicidio sia stato attuato con modalità tali da non consentire al soggetto passivo di identificare l'autore dello stesso (es. avvelenamento o simili), e che, dall'altro lato, la persona offesa deceda, per altre cause, prima della definizione del procedimento penale. In un caso del genere, se fosse effettivamente realizzabile la volontà manifestata dall'ereditando nel senso indicato, ne dovrebbe, appunto, discendere che l'indagato, in seguito alla morte del *de cuius*, non incorrerebbe nella sospensione dalla successione, salvo, però, risultare poi escluso dalla successione, lì dove il giudizio penale si concluda con la condanna o il c.d. patteggiamento.

(78) Cfr. G. GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 130; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni, Artt. 456-511*, cit., *sub art. 466*, p. 209; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, in *Tratt. succ. e donazioni Bonilini*, I, *La successione ereditaria*, Milano 2009, p. 980.

in linea di principio, avere carattere provvisorio, bensì soltanto definitivo<sup>(79)</sup>. Ne consegue che, nella fattispecie ipotizzata, la sospensione dalla successione, di per sé sola considerata, non potrebbe che essere “disinnescata” al di fuori del meccanismo (tipico) della riabilitazione, e così in virtù di una autonoma dichiarazione (atipica) in tal senso proveniente dall’ereditando. Sennonché, alla ammissibilità di una dichiarazione siffatta, dovrebbe reputarsi essere di ostacolo il carattere inderogabile che connota la disciplina del nuovo istituto, considerato come quest’ultimo – analogamente alla indegnità a succedere, cui il medesimo risulta strettamente collegato – appaia ispirato a ragioni di ordine pubblico, e riguardi, inoltre, il regolamento legale della delazione ereditaria.

7. – In conclusione di queste riflessioni, va brevemente osservato, sotto il profilo sistematico-ricostruttivo, come la norma di cui all’art. 5, l. n. 4/2018, mediante la introduzione dell’art. 463-*bis* c.c., sinora esaminato, nonché dell’art. 537-*bis* c.p.p., di cui subito si dirà<sup>(80)</sup>, abbia dato luogo a un intervento normativo suscettibile di influenzare anche il modo di intendere l’operare della stessa indegnità a succedere<sup>(81)</sup>.

---

<sup>(79)</sup> Nel senso per cui il perdono, una volta concesso, non potrebbe essere ritrattato, v. G. RUSSO, in *Comm. d’Amelio, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, cit., sub art. 11, p. 81; C. RUPERTO, voce *Indegnità a succedere*, cit., p. 6; R. CALVO, *L’indegnità*, in R. CALVO-G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, I, 2<sup>a</sup> ed., Napoli 2013, p. 129. Tanto dovrebbe, quindi, condurre a negare la possibilità di limitare la riabilitazione alla (sola) sospensione dalla successione pure qualora, in ipotesi, l’ereditando fosse stato, viceversa, pienamente consapevole del compimento dell’atto fonte di indegnità da parte del suo autore.

<sup>(80)</sup> L’art. 537-*bis* c.p.p. risulta, poi, espressamente richiamato pure dall’ultimo periodo del comma 2 dell’art. 444 c.p.p. (in tema di c.d. patteggiamento), anch’esso introdotto dall’art. 5, l. n. 4/2018.

<sup>(81)</sup> Ci si intende, beninteso, riferire alle (sole) innovazioni risultanti dalle norme di diritto positivo, che sono appena state menzionate nel testo e saranno subito meglio vagliate, dovendosi, viceversa, reputare sostanzialmente irrilevante la *opinio legislatoris*, desumibile dai lavori preparatori, che ha posto la introduzione del nuovo istituto della sospensione dalla successione in relazione con il modo di operare della indegnità, ritenuta, alla stregua della opinione maggioritaria, «non impedi[re] la chiamata all’eredità, ma comporta[re] la rimozione dell’acquisto successorio – su domanda di parte e per sentenza, costitutiva, del giudice» (così è dato leggere, in particolare, nel *Dossier* n. 462 del 22 giugno 2016, predisposto dal Servizio Studi Giuridici della Camera dei Deputati, p. 4). Come è stato, infatti, opportunamente rilevato già con riferimento alla l. 8 luglio 2005, n. 137, che ha introdotto il nuovo art. 463, n. 3-*bis*, c.c., «il riconoscimento – sia pure a livello di lavori parlamentari – di una tesi quale prevalente [non può evidentemente condurre] ad attribuirle forza di legge» (v., in questi termini, A. ZACCARIA, *Modificato l’art. 463 c.c.: introdotta una nuova causa d’indegnità*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1152).

La circostanza, infatti, che il comma 1 dell'art. 463-*bis* c.c. disponga che, nella ipotesi di condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti, «il responsabile è escluso dalla successione ai sensi dell'art. 463 del presente codice», dovrebbe orientare nel senso che la indegnità del soggetto condannato consegua *ex lege*, senza che si renda, perciò, necessaria – contrariamente a quanto ritenuto dalla opinione che sembra prevalere in dottrina ed è pressoché unanimemente accolta in giurisprudenza<sup>(82)</sup> – una (ulteriore) pronuncia costitutiva del giudice civile, specificamente diretta a escludere l'indegno dalla successione<sup>(83)</sup>. D'altra parte, la natura meramente dichiarativa della pronuncia di indegnità sembra essere confermata dalla norma di cui all'art. 537-*bis* c.p.p., poc'anzi ricordato, ai sensi del quale, «quando pronuncia sentenza di condanna per uno dei fatti previsti dall'articolo 463 del codice civile, il giudice *dichiara* l'indegnità dell'imputato a succedere»<sup>(84)</sup>. Entrambi questi indici normativi, congiuntamente considerati, appaiono, pertanto, deporre nel senso che la indegnità operi

---

(82) Sia consentito, per i necessari riferimenti, rinviare a R. OMODEI SALÈ, voce *Indegnità a succedere*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Aggiornamento, III, Torino 2007, p. 697 ss.

(83) Cfr., nel medesimo senso, M. VASCELLARI, in *Comm. Cian-Trabucchi*, cit., sub art. 463-*bis*, p. 575 s., secondo cui, «nell'ipotesi prevista dall'art. 463 *bis* [...], far seguire al “congelamento” dei diritti successori operante *ex lege* (a prescindere da una sentenza costitutiva) nella fase della vicenda penale non ancora definita, una situazione di “escludibilità” ai sensi del richiamato art. 463 c.c., ma non di esclusione *ex lege* dalla successione del soggetto condannato in via definitiva (cui è equiparata l'applicazione della pena *ex art.* 444 c.p.p.) non appare rimedio adeguato e conforme alla *ratio legis*». Per la operatività *ipso iure* della indegnità, in relazione a quanto disposto dal neo-introdotta art. 463-*bis* c.c., v. anche N. FOLLA, *Orfani di crimini domestici: ora una legge li tutela, li sostiene e rompe il silenzio che li circonda*, cit., p. 523; A. ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, cit., p. 2.

(84) Gli interventi sul codice di procedura penale sono stati giustificati, sempre nel contesto dei lavori preparatori, alla luce della necessità di evitare che i soggetti interessati debbano promuovere, una volta che il giudizio penale si sia concluso con la condanna o il c.d. patteggiamento, una apposita azione civile per ottenere il risultato della dichiarazione di indegnità del responsabile (così, ancora, il citato *Dossier* n. 462 del 22 giugno 2016, predisposto dal Servizio Studi Giuridici della Camera dei Deputati, p. 4). Una simile esigenza, che appare senz'altro ragionevole, sembra, peraltro, potere essere più ampiamente declinata nel senso che, ai fini della pronuncia di indegnità, occorrerebbe evitare *in ogni caso* la necessità di un doppio giudizio, anche solo in sede civile. Di modo che, volendo esemplificare, con riguardo alla nuova causa di indegnità di cui al n. 3-*bis* dell'art. 463 c.c., la esclusione del genitore dalla successione del figlio dovrebbe conseguire, in via automatica, alla (già) pronunciata decadenza dalla responsabilità genitoriale (in questo senso, sia consentito rinviare a R. OMODEI SALÈ, *La decadenza dalla potestà genitoriale quale (nuova) causa d'indegnità a succedere*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 740 s., e in AA. VV., *Famiglia e successioni*, Liber Amicorum per Dieter Henrich, II, Torino 2012, p. 210 s.), senza, perciò, che si renda a tal fine necessaria una ulteriore sentenza di natura costitutiva, come, invece, ritenuto, anche con riferimento alla fattispecie in esame, dai sostenitori della tesi maggioritaria secondo cui la indegnità opererebbe *officio iudicis*.

*ipso iure*, alla stessa stregua di una forma (sia pure peculiare) di incapacità di succedere.

Non si potrebbe obiettare, per respingere tali conclusioni, che il neo-introdotta istituto della sospensione dalla successione, qualora dovesse collocarsi all'interno di un sistema il quale già prevede che la indegnità, quale forma di incapacità di succedere, impedisce senz'altro la delazione, si rivelerebbe fundamentalmente privo di utilità<sup>(85)</sup>. Occorre, infatti, ancora una volta rimarcare come la nuova misura riguardi un soggetto (semplicemente) *sospettato* di indegnità, mentre gli effetti propri della indegnità a succedere si producono (soltanto) nei confronti di un soggetto che sia *effettivamente* indegno. In termini più espliciti, la misura della sospensione dalla successione presenta, conformemente alla sua natura *lato sensu* cautelare<sup>(86)</sup>, una dimensione intrinsecamente ipotetica, essendo dalla legge contemplata in relazione a un individuo che non si è, in realtà, ancora accertato essere indegno, nei confronti del quale la delazione potrebbe, quindi, in ipotesi anche dispiegare normalmente i propri effetti. Stante, dunque, la necessità di attendere, al fine di stabilire se via sia oppure no un soggetto indegno a succedere, lo svolgimento di un processo, il nuovo istituto mira ad evitare che il chiamato sospettato di indegnità, per tutta la durata del giudizio, possa (anche solo) *di fatto* trarre provvisoriamente vantaggio da una successione rispetto alla quale potrebbe bensì rivelarsi escluso: risultato che non appare, invero, suscettibile di essere assicurato dalla mera retroattività della eventuale pronuncia di indegnità, operando la stessa essenzialmente sul piano delle situazioni *giuridiche* (*factum infectum fieri nequit*). Nella misura in cui tende, pertanto, a fare convergere, fin dal momento in cui è per l'ordinamento tecnicamente possibile (vale a dire fin dall'inizio del procedimento diretto ad accertare la sussistenza della causa di indegnità), lo *status quo* fattuale verso la situazione giuridica che potrebbe conseguire alla indegnità del chiamato – necessariamente innovando, peraltro, lo stesso mondo del diritto, appunto mediante la provvisoria inoperatività della delazione e la conseguente instaurazione della giacenza

---

<sup>(85)</sup> Cfr., per tale obiezione, A. ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, cit., p. 69. Anche secondo F. OLIVIERO, "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, cit., p. 343, «qualora [...] alla commissione del fatto integrante la causa di indegnità conseguisse *ipso iure* il venir meno della vocazione nei confronti del successibile, nelle more fra iscrizione della *notitia criminis* e definizione del giudizio egli sarebbe già sprovvisto del potere di adire l'eredità, sicché non vi sarebbe spazio alcuno per una "sospensione dalla successione" (cioè [...] per una provvisoria inoperatività della delazione)».

<sup>(86)</sup> V. *supra*, par. 2.

ereditaria *pro quota* –, il nuovo istituto sembra, semmai, muoversi nella prospettiva secondo cui l'indegno va considerato *ab initio* incapace di succedere, piuttosto che in quella che reputa il medesimo suscettibile di essere escluso *ex post* dalla successione.

Stando così le cose, ciò che, in seguito alla recente novella, appare posto maggiormente in evidenza rispetto a quanto non emergesse in base al regime previgente sembra, in definitiva, essere (soltanto) la necessità, affinché possa aversi la certezza che l'indegno sia in effetti tale, di un accertamento giudiziale (in sede penale, ma anche, eventualmente, civile<sup>(87)</sup>) circa l'avvenuto compimento del fatto integrante la causa di indegnità<sup>(88)</sup>; ma, una volta che un simile accertamento sia intervenuto, su iniziativa di chiunque vi abbia interesse e senza limiti di tempo, la indegnità dovrebbe, come detto, intendersi operare in maniera automatica e con efficacia *ex tunc*<sup>(89)</sup>.

Le considerazioni in tal modo effettuate non sembrano, del resto, potere entrare in crisi nemmeno di fronte alla constatazione che la norma di cui all'art. 463-*bis* c.c. presenta pur sempre un proprio specifico ambito di applicazione, più ristretto (sotto il profilo soggettivo) di quello che connota

(87) Cfr., su quest'ultimo punto, pure F. OLIVIERO, "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, cit., p. 340, il quale ha ritenuto che, «in generale, l'indegnità ancor oggi possa essere dichiarata in sede civile, potendo il giudice conoscere dei fatti sottopostigli ai fini della pronuncia *ex art.* 463 c.c., pur quando questi non siano posti a base dell'azione penale ovvero ricorrano cause di estinzione del reato o della pena».

(88) La necessità di un accertamento giudiziale della causa di indegnità è stata sottolineata, in tempi anteriori alla recente riforma, in particolare da L. SALIS, *L'indegnità a succedere*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1957, II, spec. p. 933 s., il quale ha osservato che «la sussistenza dei fatti od attività elencati nell'art. 463, per la stessa natura di tali fatti, richiede necessariamente una indagine giudiziale, mancando la quale il successibile *sospetto* di indegnità non può essere escluso dalla successione». Da parte di altri Autori, la esigenza di un accertamento giudiziale è stata, viceversa, affermata facendo piuttosto leva sulla gravità delle conseguenze derivanti dalla sanzione della indegnità a succedere: v., ad esempio, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., p. 180; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 61; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 944.

(89) L'esito cui si è in tal modo pervenuti sembra, pertanto, in qualche misura accostabile alla «soluzione di compromesso» già prospettata da U. SALVESTRONI, *Il problema dell'indegnità di succedere. Contributo allo studio dei procedimenti successori privati*, Padova 1970, *passim*, e ID., *Della capacità di succedere. Dell'indegnità, Artt. 462-466*, 2<sup>a</sup> ed., in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano 2012, *sub art.* 463, p. 39 ss., benché tale Autore abbia preferito parlare, anziché di incapacità di succedere dell'indegno, di esclusione della legittimazione «ricettiva» all'acquisto *mortis causa*, e abbia, poi, ritenuto che, in mancanza di una pronuncia del giudice penale, l'accertamento del fatto causa di indegnità potrebbe essere effettuato dal giudice civile soltanto purché non ricorra un caso di "preclusione", quale, ad esempio, la usucapione dei beni ereditari da parte dell'indegno, oppure una causa di estinzione del reato (es. morte del reo, amnistia o prescrizione).

la causa di indegnità contemplata dal n. 1 dell'art. 463 c.c., nonché, *a fortiori*, di quello caratterizzante quest'ultima disposizione complessivamente considerata<sup>(90)</sup>, ciò che potrebbe magari condurre a ritenere che gli argomenti poc'anzi desunti, in relazione al modo di operare della indegnità a succedere, dal nuovo art. 463-*bis* c.c., non possano, in realtà, valere oltre la peculiare fattispecie ivi regolata. Ed invero, al di là del fatto che l'altra norma poc'anzi richiamata, vale a dire l'art. 537-*bis* c.p.p., comunque si riferisce, in termini generali, ai «fatti previsti dall'art. 463 del codice civile», occorre rilevare come, una volta appurato che la indegnità a succedere, nella ipotesi di cui all'art. 463-*bis* c.c., opera *ipso iure*, non si potrebbe, poi, reputare che, in tutti gli altri casi, la stessa richieda, viceversa, una sentenza costitutiva del giudice diretta a escludere l'indegno dalla successione<sup>(91)</sup>: così ragionando, si finirebbe, infatti, per incrinare gravemente la unitarietà dell'istituto in esame, in aperto contrasto con la configurazione datane dal nostro legislatore<sup>(92)</sup>, il quale, diversamente da quanto previsto in altri ordinamenti europei, non ha introdotto modalità di funzionamento differenziate in base alla fattispecie causativa della indegnità<sup>(93)</sup>, né – si dovb-

---

(90) Circa la impossibilità di estendere il nuovo istituto della sospensione dalla successione alle altre cause indegnità contemplate dall'art. 463 c.c., v. quanto si è rilevato *supra*, nt. 9.

(91) In termini generali, nel senso che, «di là [...] dalla tesi cui si voglia aderire [con riguardo al modo di operare della indegnità], il dato normativo non consente all'interprete di operare una differenziazione circa gli effetti che i casi contemplati nella norma sono in grado di produrre», v. pure, di recente, I. RAPI SARDA, *Appunti sull'indegnità a succedere (in attesa dell'auspicata riforma del diritto delle successioni)*, in questa *Rivista*, 2018, p. 1393. Non sembra, invece, potersi condividere, anche alla luce di quanto si dirà subito nel testo, la opinione di A. ASTONE, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere. L'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, cit., p. 59, il quale ha ritenuto quella cui si riferisce il neo-introdotto art. 463-*bis* c.c. costituire «un'esclusione che opera *ope legis* e che il giudice si limita, pertanto, *sic et simpliciter* ad accertare, diversamente da quanto accade nelle altre ipotesi di indegnità legislativamente previste, in cui l'esclusione dalla successione opera invece *officio iudicis*».

(92) Tale configurazione unitaria dovrebbe, evidentemente, intendersi essere rimasta ferma anche in seguito alla recente novella, atteso che le nuove disposizioni inserite nel codice civile e nel codice penale di rito – come si è già osservato all'inizio del precedente paragrafo – si riferiscono pur sempre all'istituto della «indegnità a succedere», rinviando, altresì, alla norma fondamentale di cui all'art. 463 c.c.

(93) Una impostazione del genere è stata, invece, accolta, in seguito alla *loi* 2001-1135 del 3 dicembre 2001 di riforma del diritto delle successioni, all'interno dell'ordinamento francese. Più precisamente, il *Code civil* attualmente contempla due distinti gruppi di cause di indegnità, che si differenziano, appunto, sotto il profilo del rispettivo modo di operare: in un primo gruppo di casi (più gravi), la indegnità ha, invero, carattere obbligatorio ed opera in maniera automatica (v. art. 726, nn. 1-2, il quale si riferisce ai soggetti che «sont indignes de succéder et, comme tels, exclus de la succession»), mentre, in un secondo gruppo di casi (meno gravi), la indegnità ha carattere facoltativo e deve essere pronunciata dal giudice, su

be, altresì, intendere – a seconda che la indegnità medesima sia accertata in sede penale oppure civile<sup>(94)</sup>.

---

domanda degli altri eredi o del pubblico ministero (v. art. 727, nn. 1-5, che riguarda coloro che «peuvent être déclarés indignes de succéder», nonché art. 727-1, sulla disciplina della relativa azione) (sulle novità introdotte dalla summenzionata legge di riforma del diritto delle successioni, con specifico riguardo alla indegnità a succedere, cfr. M.C. FORGEARD-R. CRÔNE-B. GELOT, *La réforme des successions (Loi du 3 décembre 2001)*, *Commentaire & formules*, Paris 2002, p. 74 ss.; P. MALAURIE-C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 7<sup>e</sup> éd., Paris 2016, p. 63 s.; E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e di indegnità*, in *Familia*, 2006, p. 74 s.).

<sup>(94)</sup> Potendosi soltanto al limite osservare, a quest'ultimo riguardo, «come l'attuale assetto del sistema dell'indegnità, quale risultante in forza dell'art. 5, legge n. 4/18, sia imperniato su un relevantissimo ruolo riconosciuto al giudice penale, tanto da legittimare la congettura per cui la pronuncia di indegnità in sede civile rivesta un ruolo pressoché residuale» (v., in questi termini, F. OLIVIERO, "Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, cit., p. 340).

MARCO SPERANZIN  
Prof. ord. dell'Università di Padova

## UN NUOVO ORDINE DELLE FONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo (limitato) della consuetudine. – 3. Il diritto giurisprudenziale: il precedente giudiziario. – 4. (Segue) La ricerca scientifica e la dottrina notarile. – 5. (Segue) Il diritto transnazionale (con particolare riferimento all'utilizzo del diritto straniero). – 6. Altre fonti private.

1. – Il tema delle fonti c.d. private o non politiche o extra-positive del diritto ha vissuto una delle fasi di maggiore fascino nel periodo storico medioevale che portò allo sviluppo, per alcuni tratti autonomo, del ramo del diritto di cui in prevalenza ci si occuperà, quello commerciale<sup>(1)</sup> (o, come forse sarebbe più opportuno dire, del diritto privato dell'attività economica<sup>(2)</sup>); un'autonomia (rispetto al diritto civile) tuttora molto discussa, sia dal punto di vista della legittimazione politica che del metodo, come pure delle categorie sistematiche (con particolare riferimento al rilievo da attribuirsi, al fine della costruzione di queste ultime, all'attività d'impresa)<sup>(3)</sup>. Dal particolare punto di vista delle fonti, l'autonomia del diritto commerciale ha sempre avuto evidenza: basti ricordare che, a dif-

---

(1) V. per tutti P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari 1997, p. 128 ss. e 225; U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 1998, p. 49 ss.

Il lavoro trova origine in una relazione nell'ambito di un convegno sulle fonti tenutasi presso la Corte d'Appello di Venezia; è altresì pubblicato, con un più completo apparato bibliografico, e con il titolo *Un'esperienza giuridica: per un nuovo ordine delle fonti del diritto commerciale*, negli *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, a cura di M. BERTOLISSI, Torino 2019, p. 377 ss.

(2) Così G.B. PORTALE, *Dal codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, in corso di pubblicazione in *R. d. comm.*, e letto per la cortesia dell'Autore, al termine di un'ampia panoramica delle codificazioni (anche in forma di progetto).

(3) V. di recente, anche per tutti i riferimenti, G. OPPO, *Diritto civile e diritto commerciale*, in questa *Rivista*, 1993, I, p. 221 ss.; G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *R. soc.*, 2008, p. 1 ss.; S. DELLE MONACHE, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), in questa *Rivista*, 2012, I, p. 489 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *R. soc.*, 2013,



ferenza di quanto dispone attualmente l'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale, l'art. 1 del codice di commercio del 1882 attribuiva valore preminente, dopo le leggi commerciali, agli usi mercantili rispetto alle leggi civili<sup>(4)</sup>; e che in larga parte veniva individuata quale fonte del diritto la natura delle cose o dei fatti intesa quale pratica mercantile<sup>(5)</sup>.

L'analisi della rilevanza delle fonti risulta necessariamente condizionata dal momento storico in cui viene condotta, e presuppone una scelta, esercitata in questa sede soprattutto da due punti di vista.

*In primo luogo*, la discrezionalità si manifesta nella determinazione di quali siano le fonti private<sup>(6)</sup>; non è, infatti, possibile verificare che cosa possa essere oggi qualificato quale fonte del diritto, né anteporre una (comunque parziale) classificazione generale delle stesse<sup>(7)</sup>. Si reputa in ogni caso generalmente condivisibile affermare l'esistenza di un nuovo attuale *assetto pluralistico delle fonti*<sup>(8)</sup>, nonché di un *nuovo diritto privato* prodotto da privati<sup>(9)</sup>, considerando, *da un lato*, e come meglio si vedrà, che vi è una concorrenza tra fonti interne e sovranazionali, statali e private, e che, *d'altro lato*, in particolare in un momento di disordine sistematico, è accresciuto il ruolo del precedente giudiziario nella partecipazione al pro-

p. 1 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2012, p. 10 ss.

<sup>(4)</sup> Cfr. per tutti C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Vol. I. I commercianti*, 5<sup>a</sup> ed., Milano 1922, p. 48 ss.; T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 1962, p. 127 ss. Per una valutazione v. G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in questa *Rivista*, 1974, I, p. 537 ss.

<sup>(5)</sup> Cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Vol. I. I commercianti*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 68 ss.; A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Arch. giur. Serafini*, 1921, p. 129 ss.; L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *R. d. comm.*, 1926, I, p. 236 ss.; in senso critico A. SCIALOJA, *Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale*, in *Annali dell'Università di Perugia*, 1907, n. 36. Di recente v. la ricostruzione e i riferimenti di L. PELLICCIOLI, *La «natura delle cose» nel diritto commerciale*, in *R. crit. d. priv.*, 2013, p. 601 ss.

<sup>(6)</sup> In particolare intendendo quelle estranee alle leggi e ai regolamenti governativi, mentre si farà qualche riferimento alle fonti secondarie diverse dai regolamenti governativi: v. *ultra*, n. 6.

<sup>(7)</sup> V. per tutti, di recente, per un quadro generale R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato Cicu-Messineo*, continuato da L. MENGONI, Milano 1998, p. 57 ss.; la *Prefazione alla seconda edizione* del volume di A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, 2<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma 2011, in particolare p. LXIV ss.; A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna 2018, p. 23 ss.

<sup>(8)</sup> Cfr. sul pluralismo delle fonti, anche per ulteriori riferimenti, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 229 ss.

<sup>(9)</sup> Cfr. ancora P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *F. it.*, 2002, V, c. 156 ss.; più di recente T.E. FROSINI, *Diritto comparato e diritto globale*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. BRUTTI-A. SOMMA, Berlino 2018, p. 209 ss.

cesso di produzione del diritto (c.d. giurisprudenza normativa). In questa sede, pertanto, è possibile soffermarsi solo su alcune delle fonti non legislative del diritto commerciale (per lo più fonti-fatto o fatti normativi<sup>(10)</sup>), che sono ritenute compatibili rispetto al diritto statale<sup>(11)</sup>, e delle quali si intende verificare la rilevanza nella giurisprudenza e nella prassi: in particolare, dopo alcuni cenni alla consuetudine, verranno esaminati il precedente giudiziario; la ricerca scientifica e le massime notarili; il diritto transnazionale; le vere e proprie fonti private (norme tecniche; codici di condotta o di disciplina; statuti e patti parasociali).

*In secondo luogo*, e ciò rappresenta un ulteriore ambito di discrezionalità che si utilizza nella perimetrazione tematica, occorre considerare la difficoltà di individuare una nozione di diritto commerciale che risulti onnicomprensiva o comunque idonea a consentire un discorso unitario sulle fonti. Il diritto commerciale, inteso quale complesso normativo relativo all'impresa come attività organizzata e non come diritto dei singoli atti, è considerato, già lo si ricordava, un settore che, per alcuni, è tale da rivendicare, rispetto al diritto applicabile ai proprietari non imprenditori, un'applicazione di norme differenziate<sup>(12)</sup>; secondo altri, richiede la creazione di categorie concettuali necessariamente diverse da quelle del diritto civile generale<sup>(13)</sup>. In ogni caso, la nozione di diritto commerciale risulta (anche radicalmente) diversa nei vari ordinamenti: ad esempio nel diritto inglese ricomprende principalmente il diritto dei contratti commerciali e dei titoli negoziabili; nel diritto tedesco il vero e proprio *Handelsrecht* non comprende l'intero diritto societario o quello industriale<sup>(14)</sup>. Inoltre è una nozione mobile, mutevole nel tempo (es.: il diritto marittimo faceva storicamente parte del diritto commerciale; dopo il 1942, a seguito dell'autonomia codificazione, non è più, invece, considerato appartenervi), e carat-

---

<sup>(10)</sup> A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., p. 171 ss., ove analisi delle conseguenze di tale qualificazione.

<sup>(11)</sup> Sulla compatibilità delle fonti private rispetto al diritto statale si concentra l'analisi di M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *R. d. comm.*, 2008, I, p. 610 ss., il quale ne afferma la piena compatibilità.

<sup>(12)</sup> V., anche per ulteriori riferimenti, G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 11 ss.

<sup>(13)</sup> V. già L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, cit., p. 236 ss.; successivamente in particolare P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano 1971; di recente C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, in *G. comm.*, 2010, I, p. 372 ss.

<sup>(14)</sup> Cfr. C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, cit., p. 362; G.B. PORTALE, *Dal codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, § 1 ss.

terizzata da una progressiva e accentuata specializzazione, la quale a sua volta ha prodotto effetti negativi sull'autonomia dello stesso diritto commerciale inteso come disciplina unitaria<sup>(15)</sup>.

Si è quindi operata la scelta di occuparsi specificamente, all'interno del diritto commerciale, delle fonti del diritto societario, per quanto facendo riferimento non solo, come spesso accade, alle società di capitali (in relazione alle quali si presterà particolare attenzione alla s.r.l.<sup>(16)</sup>); ma anche alle società di persone<sup>(17)</sup>. In questi ambiti, infatti, la mancanza di un processo di armonizzazione europea lascia spazio *da un lato* ad un maggior numero di interventi legislativi, anche molto recenti<sup>(18)</sup>; *d'altro lato*, e in conseguenza anche di ciò, ad una maggiore circolazione dei modelli<sup>(19)</sup>.

La rilevanza del momento storico nella definizione delle fonti (e per quanto qui interessa: private o extra-positive) si riflette, come noto, non solo nell'ambito del diritto commerciale ma, per quanto qui interessa,

---

(15) V. F. D'ALESSANDRO, *Relazione di sintesi, in 1882-1982. Cento anni dal codice di commercio*, Milano 1984, p. 291 ss.; v. anche F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *R. crit. d. priv.*, 2011, p. 379 ss.

(16) In quanto con riferimento ad esse, e a differenza delle s.p.a., non si applicano molte delle direttive comunitarie in materia societaria, che costituiscono la base del processo di armonizzazione all'interno dell'Unione europea; processo che, peraltro e come noto, è per lo più di armonizzazione minima, con rilevanti problemi interpretativi sul ruolo delle fonti: v. con specifico riferimento al diritto societario K. KROLOP, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, in K. RIESENHUBER (*H rsg.*), *Europäische Methodenlehre*, 3<sup>a</sup> ed., Berlin-München-Boston 2015, p. 426 ss.; S. GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschaftsrecht*<sup>2</sup>, Heidelberg-München 2011, p. 8 ss., che plaude (v. p. 33, *Rn.* 75) la limitazione dell'armonizzazione alla sola s.p.a., in virtù della concentrazione dell'investimento e del ruolo imprenditoriale dei soci nella s.r.l.; nella dottrina italiana v., per tutti, M. BENEDETTELLI, *Introduzione al diritto internazionale privato ed europeo delle società*, e L. ENRIQUES-A. ZORZI, *L'armonizzazione europea del diritto degli Stati membri in materia societaria: profili generali*, in *Diritto societario europeo e internazionale*, diretto da M. BENEDETTELLI-M. LAMANDINI, Milanofiori Assago 2017, rispettivamente p. 22 ss. e p. 179 ss.

(17) Del resto anche dal punto di vista storico, che come si è detto e si dirà è uno dei profili fondamentali in una qualunque analisi delle fonti, si tende a ridurre la rilevanza della contrapposizione tra le due classi di società: v. U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 125 ss.

(18) Cfr., per riferimenti, con riferimento alla s.r.l. A. BARTOLACELLI, *Armonizzazione, concorrenza e convergenza tra ordinamenti: evidenze dal diritto delle società a responsabilità limitata in Europa e in Italia*, in *Percorsi di diritto societario europeo*, a cura di E. PEDERZINI, 3<sup>a</sup> ed., Torino 2016, p. 139 ss.; con riferimento alle società di persone v. M. SPERANZIN, *La responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali: profili sostanziali e concorsuali*, in *Riv. dir. fall.*, 2017, I, p. 313 ss.; H. FLEISCHER, *Auf den Spuren des römischen Erbes im modernen Personengesellschaftsrecht: ein historisch-vergleichender Streifzug*, in *JZ*, 2019, p. 53 ss.

(19) Sul fenomeno della circolazione dei modelli è d'obbligo il riferimento a R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, II, Torino 1988, p. 365 ss.

nell'ambito dell'intero diritto privato<sup>(20)</sup>. Risulta infatti diffusa l'affermazione secondo cui il ruolo delle fonti private ritorna ad essere importante nel momento in cui si assiste ad una crisi del sistema delle fonti positive del diritto e alla perdita di centralità del codice civile<sup>(21)</sup>; oppure, analizzando il fenomeno da un altro versante, si prende atto della frammentazione specialistica anche normativa, composta da disposizioni minuziosamente analitiche, fattori che comportano la necessità di dover ammettere l'esistenza di fonti del diritto ulteriori rispetto a quelle elencate all'art. 1 delle preleggi.

Proprio la perdita di centralità delle fonti statuali o, se si preferisce, la frammentazione normativa, conferma un ulteriore carattere storicamente rilevante delle fonti (e, da questo punto di vista, specialmente di quelle private del diritto commerciale)<sup>(22)</sup>: ossia la loro fattualità o effettività, nel senso di capacità di porsi come fenomeno autonomamente normativo, nonché il loro carattere transnazionale e dinamico<sup>(23)</sup>.

2. – La scelta effettuata di riferirsi esclusivamente al diritto societario riduce il rilievo della prima delle fonti extra-positive sopra ricordate, la consuetudine, intesa come corpo di regole di diritto di formazione spontanea e transnazionale (fonte di diritto non scritto<sup>(24)</sup> o, meglio, senza disposizione<sup>(25)</sup>), risultante, per quanto qui interessa, dalle prassi dei commercianti internazionali (e delle loro corporazioni)<sup>(26)</sup>. Questo corpo di regole, che diventano successivamente, non di rado, regole di matrice politica per l'intervento dei legislatori nazionali, sono state indicate –

---

<sup>(20)</sup> Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4<sup>a</sup> ed., Milano 1999, p. 36 ss. Sulla storicità del diritto v. per tutti ancora P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 18 ss.

<sup>(21)</sup> V. ancora N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2001, p. 703 ss.; in generale G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena 2014; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2015, p. 4 ss.

<sup>(22)</sup> V. F. DENOZZA, *Le fonti private del diritto commerciale tra mercato e politica*, in *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di V. DI CATALDO-P. SANFILIPPO, Milano 2008, p. 7 ss.

<sup>(23)</sup> Cfr. ancora P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 56 ss.; v. anche P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2012, p. 379 ss. Caratteri (quelli della effettività e transnazionalità) che, del resto, hanno anche costituito uno degli argomenti da parte dei fautori del mantenimento di una separazione del codice di commercio rispetto a quello civile nel corso della discussione che ha preceduto il codice civile del 1942.

<sup>(24)</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Fonti non scritte del diritto italiano*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., I, Torino 2000, p. 402 ss.

<sup>(25)</sup> A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., p. 643 ss.

<sup>(26)</sup> Cfr. T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 1 ss.

seguendo una certa impostazione – come nuova *lex mercatoria*, di cui è stata sottolineata l'estrema attualità nel momento di crisi del sistema delle fonti positive<sup>(27)</sup>.

Al di là della denominazione si è però segnalato, d'altra parte, che alla loro base c'è sempre un'operazione contrattuale<sup>(28)</sup>, che si oggettiva nel momento in cui da un singolo contratto si passa alla pratica costante, rafforzata (oltre che dalle decisioni giudiziarie, in particolare dei collegi arbitrali internazionali) attraverso l'apparato attuativo delle camere di commercio (che talvolta procedono alla codificazione di tale diritto), e dal ruolo degli studi legali con sedi in una pluralità di ordinamenti (che redigono dei contratti-tipo).

Si pensi, a questo proposito, alla vicenda giurisprudenziale, anticipata dalla prassi bancaria internazionale, dei contratti autonomi di garanzia<sup>(29)</sup>, oppure alla diffusione, a seguito in particolare allo sviluppo delle *law firms* anglosassoni, delle clausole di rappresentazione e garanzia nei contratti per il trasferimento di partecipazioni di “controllo” in società di capitali, recentemente valutate come prestazioni autonome rispetto al diritto della compravendita *ex artt.* 1470 ss. c.c., all'esito di un percorso giurisprudenziale tortuoso, dalla Corte di Cassazione<sup>(30)</sup>; oppure, ancora, al richiamo alla tolleranza (quale regola che assicura la prosecuzione di una prassi) nei contratti parasociali e bancari<sup>(31)</sup>.

Risulta opportuno sottolineare, in questa sede, la genesi contrattuale delle regole del commercio internazionale perché dalla consuetudine o dalla nuova *lex mercatoria* (ammesso che quest'ultima rientri nella prima e non sia, invece, un fenomeno di *soft law*)<sup>(32)</sup> si ritiene, invece, estranea,

---

(27) Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna 2001; ID., *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *R. trim. d. pubbl.*, 2006, in partic. p. 316 ss. Per una valutazione complessiva del rilievo della *lex mercatoria* nel quadro del sistema privatistico v. M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 37 ss.

(28) Per il rilievo della consuetudine nel diritto dei contratti v. R. SACCO, *Fonti non scritte del diritto italiano*, cit., p. 407 ss.; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova 1994, p. 195 ss. Per un quadro recente dal punto di vista comparatistico E.A. KRAMER, *Hauptprobleme der Rechtsrezeption*, in *JZ*, 2017, p. 1 ss.

(29) V. anche per riferimenti G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Lezioni pisane di diritto commerciale*, a cura di F. BARACHINI, Pisa 2014, p. 25 ss.

(30) Cfr. Cass. 24 luglio 2014, n. 16963, in *G. it.*, 2014, p. 2406 ss. Sul tema v. J. VETTER, *Kautelarpraxis und M&A-Verträge*, in *RabelsZ*, 2018, 267 ss.

(31) V. con riferimento ad un patto parasociale Trib. Trieste 8 settembre 2016, rel. Picciotto, ined., che ritiene invalida una clausola che esclude ogni rilevanza della tolleranza nel rapporto negoziale; con riferimento ai contratti bancari cfr. A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna 2013, p. 249 ss.

(32) V. *ultra*, il n. 6.

sia in Italia che all'estero, la materia concernente i modelli organizzativi dell'impresa, nonché le regole concernenti i rapporti societari<sup>(33)</sup>. La ragione consiste nel rilievo oggettivo dei modelli organizzativi, rilievo che si produce nei confronti dei terzi e del mercato (creditori sociali; potenziali nuovi soci), e che quindi non può prescindere da un intervento, quanto meno indiretto, del legislatore; nell'ultimo periodo, allo scopo di sviluppare la crescita e il finanziamento delle imprese, l'intervento normativo è risultato particolarmente frequente, anche spesso con carattere sperimentale<sup>(34)</sup>.

In sostanza, quindi, nell'ambito del diritto societario il rilievo della consuetudine rispetto ad altri settori del diritto commerciale (in particolare, come si accennava, quello dei contratti: v. art. 1374 c.c.) pare attenuato, anche se non può del tutto escludersi<sup>(35)</sup>, come è testimoniato, del resto, dallo sviluppo nella prassi di fenomeni di ibridazione dei tipi e di clausole statutarie innovative<sup>(36)</sup>, nonché dall'estensione di regole del procedimento collegiale formatesi a livello prevalentemente applicativo<sup>(37)</sup>.

3. – Le fonti extra-positive menzionate per prime (ossia il precedente giudiziario; la ricerca scientifica; la giurisprudenza arbitrale e le massime notarili) costituiscono, nel loro insieme, il c.d. diritto giurisprudenziale<sup>(38)</sup>,

---

<sup>(33)</sup> Cfr. C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, cit., p. 367 ss. Sottolinea che il legislatore europeo si è concentrato, nel processo di armonizzazione in materia societaria, per lo più sui rapporti esterni, allo scopo di rafforzare dal punto di vista informativo la tutela dei creditori e del mercato S. GRUNDMANN, *Systemdenken und Systembildung*, in K. RIESENHUBER (H rsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 189 ss.

<sup>(34)</sup> Emblematica, da questo punto di vista, la disciplina della s.r.l.: sia nella sua origine storica (lo ricorda di recente C. ANGELICI, *Sulle lacune nel diritto delle società*, in *Società*, 2015, p. 1254), sia negli ultimi molteplici interventi legislativi, che, nel tentativo di ampliare l'accesso al finanziamento delle piccole e medie imprese, hanno stravolto dal punto di vista sistematico il quadro dei tipi, inserendo la peculiare disciplina della s.r.l. qualificabile come PMI e legittimata al ricorso al mercato.

<sup>(35)</sup> Sul punto M. SCIUTO, *L'interpretazione dell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata*, in questa *Rivista*, 2004, I, 278 ss.; M. SPERANZIN, "Deroga" all'atto costitutivo di s.r.l. in tema di liquidazione del socio receduto e conversione della decisione in patto parasociale, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 2, Torino 2014, p. 1959 ss., ove esaminato il rilievo della possibile deroga (che è un istituto classico della teoria delle fonti) nell'ambito della disciplina dei rapporti tra soci (sia pure a condizione che tale deroga non possa avere riflessi sulla posizione dei terzi diversi dalla società).

<sup>(36)</sup> Cfr., con riferimento al primo fenomeno, H. FLEISCHER, *Kautelarpraxis und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen*, in *RabelsZ*, 2018, p. 239 ss., relativamente all'affermazione in Germania della *GmbH & Co. KG*; con riferimento al secondo, si pensi alla recente diffusione delle clausole di covendita.

<sup>(37)</sup> Si ringrazia il Prof. M. Libertini per quest'osservazione.

<sup>(38)</sup> V. ancora A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*<sup>2</sup>, cit., p. 144 ss.