

mento della proposizione della domanda, consente al giudice di esaminare il merito della controversia se, al tempo della decisione, risulta essersi verificato.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, la corte locale avrebbe dovuto prendere in considerazione, al fine di valutare se la P. avesse rinunciato al legato in sostituzione di legittima, anche gli atti scritti posti in essere nel corso del giudizio e, in particolare, la rinuncia operata, a mezzo del suo procuratore speciale, all'udienza collegiale del

18.1.2006. Ai sensi del primo comma dell'art. 384 c.p.c., va enunciato il seguente principio di diritto:

“Il potere attribuito al legittimario, in favore del quale il testatore abbia disposto un legato tacitativo, di conseguire la parte dei beni ereditari spettantegli ex lege, anziché conservare il legato, postula l'assolvimento di un onere, consistente nella rinuncia al legato, che, integrando gli estremi di una condizione dell'azione, può essere assolto fino al momento della decisione”. – *Omissis*.

Forma e termine per la rinuncia del legato in sostituzione di legittima (art. 551 c.c.)

Gianluca Sicchiero*

La rinuncia (o rifiuto) al legato costituisce una condizione dell'azione di riduzione da parte del legittimario, che può effettuarla fino al momento in cui la causa è trattenuta in decisione.

Rinuncia o rifiuto del legato?

Il legatario acquista quanto destinatogli dal testatore¹ senza necessità di accettazione, salva la sua facoltà di rinuncia (art. 649 c.c.): tale indicazione laconica ha destato questioni² già sul termine rinuncia, che a Luigi Ferri è parso errato trattandosi invece, secondo lui, di rifiuto, posto che la prima è un atto dismissivo di un diritto già in patrimonio del rinunciante, mentre il secondo costituisce un ostacolo a che il bene entri nel patrimonio³.

L'interpretazione dominante valorizza invece proprio il termine rinuncia, qualificandola come “atto unilaterale non recettizio mediante il quale il legatario estingue con effetto retroattivo il suo diritto all'attribuzione a titolo particolare risolvendo l'effetto traslativo già eventualmente verificatosi”⁴. Viene talora ricordata a tal fine la continuità del rapporto patrimoniale prevista dal capoverso dell'art. 649 c.c., per evidenziare che si tratta di acquisto immediato, i cui effetti possono tuttavia venir meno a causa della rinuncia⁵.

C'è però da dire che la continuità è un criterio giu-

ridico, non materiale: il rifiuto, in tal senso, produce lo stesso effetto della rinuncia retroattiva, se così lo si voglia intendere, ma il primo è coerente con il suo contenuto, la seconda è a ben vedere un rifiuto travestito in altro modo.

Non è solo una questione terminologica, peraltro non unica nel codice⁶: una cosa è impedire che un bene entri nel proprio patrimonio, mai essendone stati proprietari prima, altra è dismetterlo con efficacia retroattiva⁷, perché nella seconda ipotesi, durante il periodo di tempo che intercorre tra la morte del *de cuius* e la rinuncia, si è titolari del bene⁸ e dunque responsabili per ciò che accada *medio tempore*.

Si ipotizzi un legato di un immobile che crolli: il legatario può rinunciare con effetto retroattivo al legato, per sottrarsi alla già sorta responsabilità per i danni? Se lo rifiuta, la risposta è coerente con l'ordinamento: non si è responsabili perché non si è mai stati titolari; se rinuncia ma l'effetto è il medesimo, allora non è più una rinuncia.

In linea generale la rinuncia⁹ è intesa infatti come atto unilaterale, per lo più potestativo¹⁰, con cui si

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Il legato può avere gli oggetti più svariati: a fronte di quello tipico attributivo di un bene, il codice ne regola altri meno frequenti, dalla liberazione di debito al legato avente ad oggetto un *facere* o un *non facere* ecc., ipotesi nelle quali si è detto che “il legato non importa successione al *de cuius* o non importa successione ad alcuno”: Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, 481.

² Riassunte ad es. da Bonilini, *I legati*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2001, 143 e segg.

³ L. Ferri, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, 12 e segg.; *id.*, *Disposizioni generali sulle successioni*, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1980, 54, n. 17; Trabucchi, voce *Legato (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1957, 616 (che ivi parla però di “effetto abdicativo” ma poi – ivi, 617 – anche di “impedimento che si frappone all'attuarsi della fattispecie acquisitiva” e poi ancora di suo “effetto retroattivo”); Perego, *I legati*, nel *Tratt. Rescigno*, VI, 2, Torino, 1997, 255.

⁴ Bianca, *Diritto civile, Le successioni*, Milano, 2015, 313, che richiama Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 12; così anche Messineo, *op. cit.*, 507, che nega espressamente trattarsi di “mancato acquisto”, “trattandosi di perdita di

un acquisto già fatto”; Bonilini, *op. cit.*, 148, 177.

⁵ V. ad es. ad es. Masi, *Dei legati*, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979, 11 dove si parla di effetto “eliminativo” che “elimina ... con efficacia retroattiva l'acquisto verificatosi a favore del legatario”.

⁶ Nell'art. 1727 il codice parla anche di rinuncia del mandatario ma è evidente che si tratta di un recesso.

⁷ Si era posto il dubbio della retroattività Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, III, Napoli, 1962, 155, optando poi per la risposta affermativa.

⁸ Benedetti, *op. cit.*, 173 e segg., spec. 174-175 sottolinea che questo rifiuto incide “non già sull'acquisto, sibbene sulla stabilità del medesimo”, trattandosi cioè di rifiuto eliminativo; così anche Gazzoni, *Gli atti di rinuncia*, in *Trattato della trascrizione a cura di Gabrielli – Gazzoni I*, 1, Torino, 2012, 251.

⁹ Su cui v. Sicchiero, voce *Rinuncia*, in *Dig. civile, Appendice di aggiornamento (IX)*, Torino, 2014, 604 e segg.

¹⁰ In realtà esistono eccezioni: ad es. la rinuncia agli atti ex art. 306 c.p.c. deve essere accettata dalle altre parti costituite; la rinuncia all'eredità può essere impugnata dai creditori nei limiti indicati dall'art. 524 c.c.; *amplius* Sicchiero, nella voce cit. alla n. prec.

dismette¹¹ un diritto di cui si è titolari ma con efficacia *ex nunc*; ipotesi di rinuncia con effetto retroattivo non sono usuali nel codice, salvo voler annoverare necessariamente il caso in esame.

C'è poi il profilo della formalità laddove il legato riguardi beni immobili: se si trattasse di rinuncia in senso tecnico (cioè quella abdicativa) si dovrebbe anzitutto prima trascrivere un acquisto automatico dal *de cuius* al legatario *ex art.* 2648 c.c., senza la quale egli non è titolare abilitato a trascrizioni di sorta (manca la continuità: *art.* 2650 c.c.) e poi la sua rinuncia a favore nuovamente del *de cuius*, perché al legatario non spetta valutare chi siano i chiamati in sua vece¹².

Chi invece ritiene che il legato configuri un acquisto "immediato ma sottoposto alla *condicio iuris* risolutiva della rinuncia", afferma sì che la rinuncia al legato non andrebbe trascritta, ma ritiene che debba essere annotata *ex art.* 2655 c.c., stante il suo effetto risolutivo dell'acquisto automatico, che fa ritornare il bene nella massa ereditaria¹³.

Altra soluzione è poi quella di chi afferma trattarsi di vero e proprio rifiuto: si dice al contrario che nulla vada trascritto, perché la rinuncia è in realtà un rifiuto e nessun bene sarà mai entrato nel patrimonio del legatario rinunciante¹⁴.

Questa è per noi la tesi che va condivisa a patto che nessuno abbia mai trascritto l'acquisto – la trascrizione infatti può essere domandata da chiunque vi abbia interesse (*art.* 2666 c.c.), es. il creditore del legatario-, perché sarebbe del tutto inutile.

Infatti gli ulteriori soggetti che prenderanno il posto del legatario rinunciante (per sostituzione, *art.* 691 c.c. o per accrescimento tra collegatari, *art.* 675 c.c.; non va esclusa la sostituzione prevista dal testatore per il caso di rifiuto del legatario) potranno trascrivere il proprio acquisto *ex art.* 2648 c.c. ma contro il *de cuius*, non contro il legatario rinunciante, dal quale

nulla acquistano, utilizzando l'estratto del testamento accompagnato dalla (copia autentica dell'atto di) rinuncia *ex art.* 2643, n. 5, c.c.¹⁵, giacché altrimenti non sarebbero destinatari del legato in forza del testamento.

Se invece qualcuno abbia trascritto l'attribuzione del legato, allora la rinuncia andrà necessariamente annotata a margine della trascrizione, perché il principio di continuità delle trascrizioni (*art.* 2650 c.c.) osta a che sussistano contemporaneamente più acquisti del medesimo bene verso un dante causa: l'annotazione della rinuncia renderà efficace, per la continuità verso il *de cuius*, la trascrizione di chi subentra al legatario rinunciante.

Dal profilo della coerenza sistematica è quindi per noi più corretta la soluzione che configura la rinuncia quale rifiuto, sebbene alla fine la questione rischi di risolversi solamente in un problema di amore per le simmetrie che comunque mai sarà soddisfatto, giacché rifiuto e rinuncia con effetto retroattivo che dir si voglia producono pur sempre i medesimi effetti, mentre la lettera della legge, dove si configura l'acquisto immediato, confligge pur sempre con la nozione di rinuncia che si ricava da altre disposizioni.

Tratto comune, in ogni caso, è che, essendo nella sostanza un rifiuto, non è atto recettizio¹⁶, peraltro come ogni rinuncia in senso proprio¹⁷.

La letteratura concorda invece sul fatto che il legatario possa comunque accettare il legato¹⁸, il che serve a consolidare il suo acquisto – si parla di c.d. conferma¹⁹ –, nel senso di rendere irrilevante qualsiasi pentimento successivo²⁰, sul che ovviamente non ci sono dubbi: a ben vedere si tratta di una rinuncia alla facoltà di rinunciare.

Tale conferma può avvenire tacitamente²¹: se ad es. il legatario trascrive l'acquisto²² o se dispone del diritto legatogli, compie un atto incompatibile con la

¹¹ V. ad es. Perlingieri, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, 75; parlano di "abbandono del rapporto" Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, 341 e Macioce, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992, 90.

¹² Si discute se debba trattarsi di annotazione: l'*art.* 2655 c.c. si riferisce ad atti trascritti che poi vengano (*inter alia*) risolti, sicché la rinuncia costituirebbe titolo non per una seconda trascrizione a favore del *de cuius* ma di annotazione del venir meno dell'efficacia dell'attribuzione oggetto del legato a favore del legatario.

¹³ Nicolò, *La trascrizione*, Milano, 1973, II, 21-22; Trabucchi, *op. cit.*, 617; Masi, *op. cit.*, 14; Gazzoni, *op. cit.*, 252 (nonché nel vol. I, t. 2, 345).

¹⁴ Così ovviamente Ferri, *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1983, 127; v. poi Ferri-Zanelli, *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1995, 148.

¹⁵ Secondo Ferri, *Trascrizione*, cit., 126 questa rinuncia non è un atto "tra vivi" cui si riferisce il n. 5 dell'*art.* 2643 c.c., ma la rinuncia-rifiuto è un atto di un vivo ed è unilaterale, quindi l'errore starebbe nel codice laddove sembra riferirsi a rinunce bilaterali.

¹⁶ Bonilini, *op. cit.*, 182.

¹⁷ V. ad es. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 136 (per la sola rinuncia al diritto di proprietà); Barbero, *op. cit.*, 341; Bozzi, voce *Rinuncia (diritto*

pubblico e privato), in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1146; Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, Bari, 1965, 94; Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 88 e segg., 111; Vitucci, *La prescrizione*, nel *Comm. Schlesinger*, Milano, 1990, 202; Moscarini, voce *Rinuncia*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 6; Costantini, *La rinuncia alla prescrizione*, in *Monateri - Costantini, La prescrizione*, nel *tratt. Sacco*, Torino, 2009, 200.

¹⁸ Lo dice anche Cass., 16 maggio 2007, n. 11288, *Riv. Notar.*, 2008, 115 ritenendo tale conferma superflua (sembra abbia letto Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, cit., 153), salvo poi accorgersi che invece serve in quanto "comporta, *ope legis*, la contemporanea caducazione del diritto di chiedere la legittima; a tale effetto non può porsi rimedio neppure con eventuali atti successivi di resipiscenza, giacché, in considerazione della definitività e della irrettrattabilità degli effetti acquisitivi del lascito testamentario correlati a detta manifestazione di volontà, non è possibile la reviviscenza del diritto di scelta tra il legato sostitutivo e la richiesta della legittima, rimasto caducato al momento stesso in cui sia stata manifestata la volontà di conservare il legato".

¹⁹ Così ad es. Messineo, *op. cit.*, 499.

²⁰ V. ad es. Bianca, cit., 312; Messineo, *op. cit.*, 507; Cariota Ferrara, *op. cit.*, 153; Trabucchi, *op. cit.*, 616; Perego, *op. cit.*, 256; Bonilini, *op. cit.*, 149, 180.

²¹ Messineo, *op. cit.*, 499; Perego, *op. cit.*, 256.

²² Masi, *op. cit.*, 15, 17.

facoltà di rinuncia e consolida l'acquisto²³, similmente ai meccanismi di accettazione tacita dell'eredità. Rispetto a questa c'è una differenza (v. *infra*): che il possesso in senso proprio dei beni oggetto del legato (beninteso con la conoscenza dell'attribuzione)²⁴, valendo appunto come atto confermativo, produce immediatamente tale effetto e rende quindi impossibile la successiva rinuncia.

In letteratura si dice peraltro che la rinuncia fatta dopo l'accettazione del legato vale come rinuncia dimissiva del bene, al pari delle rinunce ordinarie²⁵.

Resta solo da aggiungere che la legge non contempla l'inserimento della rinuncia al legato nel registro delle successioni di cui all'art. 52 disp. att. c.c.

Il termine per rinunciare al legato

Le considerazioni che precedono evidenziano il vero aspetto problematico della vicenda: esiste un termine per rinunciare al legato, laddove non vi sia stata conferma?

Certamente quello decennale di prescrizione²⁶, che attiene a tutti i diritti di contenuto patrimoniale, ma questo appare l'aspetto meno problematico, tra l'altro mai affacciato alla pratica.

Può invece accadere che un soggetto che possa succedere in vece del legatario in caso di rinuncia, abbia interesse a che il legatario si pronunci: se in concreto infatti la rinuncia può avvenire anche a distanza di anni, è chiaro che esiste una situazione di incertezza; per rimediare opera l'*actio interrogatoria* che, in caso

di silenzio del legatario, prevede qui la perdita del diritto di rinunciare (art. 650 c.c.).

Una seconda ipotesi è quella del legatario che sia già in possesso dei beni legati: tale sola circostanza, al di fuori cioè di atti dispositivi, comporta la perdita della facoltà di rinunciare al legato?²⁷

Occorre anzitutto avvisare, a proposito del possesso del chiamato che comporta accettazione nel caso indicato dall'art. 485 c.c., che tale situazione viene individuata dalla giurisprudenza come mera disponibilità materiale del bene che prescinde da qualsiasi *animus*²⁸, come pare anche alla letteratura²⁹, questa essendo ipotesi davvero diversa dal possesso in senso proprio cui si riferisce l'art. 1140 c.c.

Non vi è una giustificazione storica di questa interpretazione: le pagine con cui Antonio Cicu ha ricostruito la formula con cui venne introdotto l'art. 485 c.c. in sostituzione del previgente art. 952 c.c. del 1865³⁰, dimostrano che si trattò di superare un equivoco sul titolo del possesso del chiamato, ma non che si intese attribuire a questo possesso una consistenza diversa da quella istituzionale.

Ciò detto, la regola per cui il chiamato che non voglia diventare erede puro e semplice è tenuto all'inventario e alla dichiarazione di accettazione beneficiaria, è fissata anche nell'interesse dei creditori (ancorché possano avvalersi della separazione *ex* art. 512 c.c.), ad evitare dispersioni del patrimonio del defunto³¹.

L'inventario è necessario infatti anche se il chiamato intenda rinunciare all'eredità oltre i termini indicati dall'art. 485 c.c. anziché prima³², posto che dopo i tre mesi diventa appunto erede puro e semplice e non

²³ Messineo, *op. cit.*, 507.

²⁴ Cfr. *a contrariis* Cass. 18 ottobre 1988, n. 5666, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 458: "non può, in genere, configurarsi una rinuncia ad un diritto, quando la parte ignora l'esistenza di esso; e non può pertanto configurarsi come valida una rinuncia tacita alla successione testamentaria, quando dalla parte interessata si ignorava l'esistenza del testamento".

²⁵ Cariota Ferrara, *op. cit.*, 154.

²⁶ Cariota Ferrara, *op. cit.*, 157; Trabucchi, *op. cit.*, 616; Masi, *op. cit.*, 17; Perego, *op. cit.*, 259; Bianca, *op. cit.*, 314.

²⁷ Lo afferma ad es. Cass., 16 maggio 2007, n. 11288, in *Riv. Notar.*, 2008, 115, la quale sulla premessa (condivisibile) per cui "un comportamento del beneficiario del legato sostitutivo di legittima dal quale sia dato desumere la volontà, espressa o tacita, dello stesso di conservare il legato, assume per un verso valenza confermativa, seppur superflua, della già realizzata acquisizione patrimoniale" fa discendere la conseguenza (errata) per cui "l'eventuale possesso di beni oggetto del legato da parte di M.V. in epoca antecedente al sopra richiamato atto di rinuncia al legato medesimo si configura come circostanza rilevante", salvo poi temperarla cassando la sentenza impugnata perché "si è limitata a ritenere pacifica l'immissione nel possesso dei due fondi oggetto del legato da parte di M.V. senza fornire alcuna chiarificazione sull'epoca in cui ciò sarebbe avvenuto nonché sulle modalità e sulle estrinsecazioni di tale possesso".

²⁸ Il possesso di cui parla l'art. 485 c.c., secondo la giurisprudenza, consiste in "ogni situazione di fatto che consenta l'esercizio di concreti poteri su beni, sia pure per mezzo di terzi detentori, con la consapevolezza della loro appartenenza al compendio ereditario": Cass., 30 marzo 2012, n. 5152, in *Vita Notar.*, 2012, 812; *id.*, 5 maggio 2008, n. 11018, in *Vita Notar.*, 2008, 959; *id.*, 22 giugno 1995, n. 7076) Tuttavia con 4 sentenze consecutive il S.C.

ha precisato che non rientra in tale nozione né l'abitazione del coniuge superstite nella casa coniugale né la disponibilità dei beni che la arredano: Cass., 27 gennaio 2016, n. 1588 *ubique* n. 1591.

²⁹ Ad es. per Messineo, *op. cit.*, 410 si tratta di "possesso 'anche se di fatto: cioè ... detenzione'", così anche Ferri, *op. cit.*, 309; Bianca, *op. cit.*, 104. Ferri, *op. cit.*, 130-131 ne ricostruisce le ragioni storiche sulla base della nuova disciplina del codice vigente, in cui è scomparso l'aggettivo "reale" per distinguere il possesso in senso proprio da quello del chiamato del codice del 1865, da cui inferisce che il possesso di cui parla l'art. 460 c.c. sarebbe giuridico e del tutto diverso dal possesso di cui parla invece, ad es., l'art. 485 c.c., che invece sarebbe "effettivo o materiale"; ma questa descrizione non comporta che si tratti di un possesso diverso da quello indicato nell'art. 1140 c.c.

³⁰ Cicu, *Successioni per causa di morte*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1961, 182 e segg.; anche Ferri, *op. cit.*, 130-131 ricostruisce le ragioni storiche sulla base della nuova disciplina del codice vigente, in cui è scomparso l'aggettivo "reale" per distinguere il possesso in senso proprio da quello del chiamato del codice del 1865, da cui inferisce che il possesso di cui parla l'art. 460 c.c. sarebbe giuridico e del tutto diverso dal possesso di cui parla invece, ad es., l'art. 485 c.c., che invece sarebbe "effettivo o materiale"; ma questa descrizione non comporta che si tratti di un possesso diverso da quello indicato nell'art. 1140 c.c.

³¹ Cicu, *op. cit.*, 184; v. anche Cass., 29 marzo 2003, n. 4845, in *Vita Notar.*, 2003, 893.

³² Prima infatti può, senza dover redigere l'inventario, come chiarito da Cass., 17 ottobre 2016, n. 20960, *Giur. It.*, 2017, 11, 2364, con mia nota *Non serve l'inventario per rinunciare tempestivamente all'eredità*. Il tema è affrontato altresì nel mio saggio *La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari (artt. 485 r 519 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, fasc. 2.

può più rinunciare, mentre se lo ha compiuto ha ancora quaranta giorni di tempo per la dichiarazione di rinuncia ex art. 485, 3° comma, c.c.

Da questo profilo il medesimo rischio non sussiste invece nel legato, in quanto il legatario risponde solo *intra vires* (art. 671 c.c.), sicché una mera disponibilità di fatto del bene non indica in alcun modo una volontà di conferma del legato.

D'altronde per rimediare alle incertezze vi è l'*actio interrogatoria*, mentre la successione nel possesso prevista dall'art. 1146 c.c. riguarda l'erede, non il legatario, il quale deve infatti chiedere all'onerato l'immissione nel possesso (art. 649 c.c.) quand'anche avesse la disponibilità materiale del bene³³. Questo conferma che altri è il possessore del bene oggetto del legato e ciò anche se tale bene materialmente fosse nella disponibilità del legatario che però non intenda comportarsi, di fatto, come proprietario. Si pensi all'ipotesi di un bene in locazione di cui il legatario continui a pagare il canone sul conto corrente ancora aperto del defunto nonostante sappia del legato: non vale come rinuncia perché non ha la forma idonea (v. *infra*) ma non vale nemmeno come conferma perché il pagamento è in opposizione alla qualità di proprietario.

Dunque la pura disponibilità materiale del bene, che non assuma la consistenza del possesso in senso proprio dei beni oggetto di legato, non comporta decadenza dalla facoltà di rinunciare, altri essendone il possessore.

Qualora invece alla disponibilità del bene si accompagnino atti di disposizione – ad es. la raccolta dei frutti naturali o la percezione di quelli civili – ciò ovviamente comporterà la conferma del legato, valendo allora come possesso in senso proprio, ovvero quale attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà (o di altro diritto reale): qui il suo significato è evidente.

Nello stesso senso, si avrà conferma del legato se il legatario chieda l'immissione nel possesso³⁴.

Infine ci pare che gli atti conservativi che il chiamato può compiere senza diventare erede (art. 460 c.c.) valgano al contrario in capo al legatario quale esercizio del diritto dominicale che conferma l'acquisto, salvo egli dichiarare che li compia nell'interesse degli ulteriori chiamati, a titolo di *negotiorum gestio* ed ovviamente rinunci al legato oppure dichiarare che li compie non per confermare il legato ma per conservarlo integro in attesa di decidere se rifiutarlo.

Forma della rinuncia al legato

Quanto alle forme della rinuncia, la giurisprudenza e la letteratura sono consolidate nel senso della necessità della forma scritta quando il legato riguardi beni immobili³⁵, mentre nelle altre ipotesi si ammette quella tacita³⁶.

La soluzione è corretta ex art. 1350, n. 5, c.c., ma qui occorre precisare che la forma della rinuncia è una cosa, la rinuncia espressa è un'altra: si può infatti avere rinuncia tacita ma in forma scritta³⁷, quando l'atto scritto dimostri che vi è totale incompatibilità con l'esercizio di un diritto.

Se ad es. una volta decorso il termine essenziale ed i tre giorni previsti dall'art. 1457 c.c. il contraente deluso chiede l'adempimento, tale richiesta comporta la rinuncia a far valere tale termine, perché incompatibile con la volontà di avvalersi della risoluzione³⁸. Se l'intimato offra quindi la prestazione, l'altro contraente non potrà pentirsi e rifiutare l'adempimento, proprio a causa di tale rinuncia.

Vi può poi essere rinuncia implicita se la dichiarazione che riguarda un fatto comprenda anche un altro fatto³⁹: si ritiene ad es. che la domanda di esecuzione in forma specifica di un contratto, contenga implicitamente l'offerta della prestazione a proprio carico⁴⁰ o che la durata del comodato possa risultare implicita⁴¹.

³³ V. ad es. Giannattasio, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, nel *Commentario del codice civile*, Torino, 1962, 269-270, giacché il possesso passa direttamente dal *de cuius* all'erede; anche per Ferri, *op. cit.*, 117, "il chiamato continua non solo il possesso, ma anche la detenzione del defunto" ed a tal fine può agire anche a tutela della detenzione (ivi, 123).

³⁴ La richiesta di immettersi nel possesso del bene è esercizio del diritto connesso alla proprietà e comporta la perdita del diritto di rinunciare: Messineo, *op. cit.*, 507.

³⁵ Cass., Sez. un., 29 marzo 2011, n. 7098, in *Giur. It.*, 2012, 546; in letteratura v. ad es. Cariota Ferrara, *op. cit.*, 154; Masi, *op. cit.*, 13; Perego, *op. cit.*, 256; Bonilini, *op. cit.*, 184; Bianca, *op. cit.*, 314. Isolate le tesi contrarie, ad es. quella di Trabucchi, *op. cit.*, 617.

³⁶ Cariota Ferrara, *ibidem*; Ferri, *Dei legittimari*, cit., 133; Ferrero-Podetti, *op. cit.*, 404.

³⁷ Bianca, *op. cit.*, 313; Stolfi, nota a Cass., 3 maggio 1954, n. 1040, in *Foro It.*, 1954, I, 754; *contra* invece Macioce, *op. cit.*, 200; Trabucchi, *Forma necessaria per la rinuncia al legato immobiliare e natura della rinuncia al legato sostitutivo*, in *Giur. It.*, 1954, I, 1, 911. In generale sulla necessità della forma scritta della rinuncia che abbia ad oggetto diritti su beni immobili v. ad es. Messineo, *Manuale*, cit., I, 171; Moscarini, *op. cit.*, 6; La Torre, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993, 59 e segg., 77 e segg., 153, 184;

Gazzoni, *op. cit.*, 245 e segg.

³⁸ Cass., 3 settembre 1998, n. 8733: in tema di risoluzione contrattuale, la rinuncia al termine essenziale operata anche successivamente alla sua scadenza (o alla scadenza dello *spatium deliberandi* di tre giorni previsto dall'art. 1457 c.c.) ben può assumere forma implicita e risultare da atti univoci, indicativi della circostanza che il creditore, accettando l'adempimento tardivo del debitore, abbia ritenuto più conforme ai propri interessi l'esecuzione del contratto che non la risoluzione di diritto del medesimo.

³⁹ Lo indica ad es. Cass., 15 aprile 2016, n. 7543: in tema di contratti soggetti alla forma scritta *ad substantiam*, l'operatività del principio secondo cui il perfezionarsi del negozio può avvenire anche in base ad un documento firmato da una sola parte, ove risulti una successiva adesione, anche implicita, del contraente non firmatario, contenuta in atto scritto diretto alla controparte, presuppone che detto documento abbia tutti i requisiti necessari ad integrare una volontà contrattuale, ivi compresa l'individuazione o quantomeno l'individuabilità del destinatario della dichiarazione.

⁴⁰ Cass., 23 novembre 2011, n. 24739, in *Giur. It.*, 2012, 2551; *id.*, 31 luglio 2007, n. 16881.

⁴¹ Cass., 16 aprile 2003, n. 6101, in *Giur. It.*, 2004, 2078: nel contratto di comodato, caratterizzato dalla temporaneità dell'uso della cosa che ne forma oggetto, la fissazione del termine può

Non sempre la forma può però essere implicita: infatti ciò è vietato ad es. in tema di conferma del contratto annullabile (art. 1444 c.c.) anche se pare al S.C. che la convalida dell'atto annullabile sia una rinuncia che "può ritenersi implicita nella volontaria esecuzione del negozio annullabile"⁴²; mentre la si considera possibile in talune ipotesi di ratifica dell'operato del *falsus procurator* (art. 1399 c.c.)⁴³.

Tale osservazione serve per comprendere se la rinuncia al legato di bene immobile attribuito in sostituzione della legittima, necessaria al legittimario per agire in riduzione (art. 551 c.c.), possa essere tacitamente inclusa in un documento o possa essere implicita in un atto scritto che magari parli d'altro⁴⁴.

In altre parole l'atto di citazione che chiede la riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della legittima, contiene la rinuncia tacita al legato?

Inoltre se il legatario, pretermesso come legittimario, agisca in riduzione offrendo di conferire alla massa ereditaria il legato, questa dichiarazione comporta implicitamente (ma non tacitamente) la rinuncia al legato?

La giurisprudenza ritiene necessaria la rinuncia al legato, ma il problema è proprio quello in esame, cioè se la domanda di riduzione contenga la rinuncia tacita al legato e ciò è stato negato perché si ritiene che la sola azione di riduzione non deponga certamente per la rinuncia⁴⁵.

Senonché, tornando alla regola per cui la rinuncia

consiste in un comportamento inequivocabilmente incompatibile con la volontà di avvalersi del diritto, qualora la domanda di riduzione non contenga la richiesta di trattenere il bene legato, è evidente che la volontà di ottenere la quota di legittima è incompatibile con la volontà di rimanere legatario, giacché il bene legato deve rientrare nella massa ereditaria⁴⁶ e l'azione di riduzione pretende anzitutto la ricostruzione della massa ereditaria.

In altre ipotesi si è ammessa infatti la rinuncia, che deve essere scritta per gli immobili⁴⁷ ed anche implicita per gli altri beni: ed appunto potrebbe essere implicitamente ricompresa nell'azione di riduzione⁴⁸.

Da questo profilo, allora, il problema non è risolvibile astrattamente: dipenderà dal contenuto della domanda, nel senso che laddove l'azione di riduzione non contempli contraddittoriamente la volontà di trattenere anche il legato, allora sarà incompatibile con tale volontà e quindi la rinuncia rivestirà la forma scritta eventualmente necessaria ma sarà implicita nella domanda di riduzione.

La rinuncia quale condizione dell'azione di riduzione

La sentenza in esame qualifica per la prima volta la rinuncia come condizione dell'azione e quindi, seguendo un orientamento consolidato su tale requisito, ritiene che sia sufficiente che sopraggiunga al momento della decisione⁴⁹, laddove nel passato si chiedeva

avvenire esplicitamente o implicitamente mediante la pattuizione di un uso specifico, desumibile dalla natura della cosa comodata, dalla professione del comodatario, dagli interessi e dalle utilità perseguiti dalle parti.

⁴² Cass., 2 aprile 1982, n. 2029, in *Dir. Giur.*, 1985, 802; *contra* però Bozzi, *op. cit.*, 1144.

⁴³ V. ad es. Cass., 15 novembre 2016, n. 23274: il difetto di legittimazione processuale della persona fisica, che agisca in giudizio in rappresentanza di un ente, può essere sanato, in qualunque stato e grado del giudizio, con efficacia retroattiva e con riferimento a tutti gli atti processuali già compiuti, per effetto della costituzione in giudizio del soggetto dotato della effettiva rappresentanza dell'ente stesso, il quale manifesti la volontà, anche tacita, di ratificare l'operato del *falsus procurator*.

⁴⁴ Cass., 5 settembre 1998, n. 8815: in tema di tutela dominicale, il soggetto che vanti l'acquisto della proprietà di un bene immobile per usucapione non può, nel contempo, introdurre un giudizio per la divisione del bene stesso, poiché la relativa domanda, ponendosi in termini di assoluta incompatibilità con l'originaria pretesa di usucapione, comporta, inevitabilmente, la rinuncia (implicita) alla tutela giurisdizionale della vantata condizione di usucapiente, senza che, di tale rinuncia, sia necessaria la forma scritta ex art. 1350, n. 5, c.c.

⁴⁵ Cass., 11 novembre 2008, n. 26955, in *Giur. It.*, 2009, 2201: in materia di diritti riservati ai legittimari, poiché il legato si acquista senza bisogno di accettazione, la semplice acquisizione, da parte del legittimario, dell'oggetto del legato in sostituzione della legittima non implica automatica manifestazione della sua preferenza per il legato, con conseguente perdita della facoltà di conseguire la legittima; allo stesso modo, la proposizione dell'azione di riduzione non costituisce manifestazione chiara ed inequivoca della volontà di rinunciare al legato, essendo ipotizzabile un residuo duplice intento di conservare il legato e di conseguire la legittima. Inoltre per Cass., 15 maggio 1997, n. 4287, "la rinuncia, quale negozio unilaterale dismissivo di un diritto (reale o obbli-

gatorio) il cui acquisto si è verificato *ipso iure* al momento dell'apertura della successione, onde essere ritenuta e rinvenuta come tale, richiede una valida e non equivoca manifestazione dell'intento abdicativo del diritto".

⁴⁶ Nel caso citato nella nota recedente la suprema corte ha cassato la sentenza di merito che aveva dichiarato legittimamente proposta l'azione di riduzione da parte di un legittimario che aveva accettato un legato in sostituzione della legittima, vi aveva poi rinunciato con atto successivo alla proposizione della domanda giudiziale di riduzione e non aveva provveduto alla restituzione della somma legata: bastava semplicemente dire, come pare a tutta la letteratura, che l'accettazione espressa del legato è irrevocabile e comporta la perdita del diritto di ottenere la legittima: Cass., 16 maggio 2007, n. 11288.

⁴⁷ Cass., 10 giugno 2003, n. 9262: "l'atto di citazione sottoscritto da coloro che intendevano compiere la rinuncia integra il requisito della forma scritta necessaria per la rinuncia al legato avente ad oggetto beni immobili".

⁴⁸ Cass., 22 luglio 2004, n. 13785, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 2691.

⁴⁹ La giurisprudenza qualifica come condizioni dell'azione che possono quindi sopraggiungere alla proposizione della domanda, fino al momento della decisione, ad es.: "i documenti attestanti la regolarità urbanistica dell'immobile ovvero di rendere la dichiarazione sostitutiva di atto notorio di cui alla l. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40 al fine di ottenere la sentenza ex art. 2932 c.c." (Cass., 28 luglio 2015, n. 15947); "la cessazione della convivenza fra i genitori [ai fini dell'affidamento e il mantenimento del figlio naturale" (Cass., 18 maggio 2012, n. 790); "l'autorizzazione del consiglio d'amministrazione di un ente al presidente ad agire o resistere in giudizio" (Cass., 19 giugno 2007, n. 14260); "l'autorizzazione dell'assemblea al promovimento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, richiesta dall'art. 2393 c.c." (Cass., 10 settembre 2007, n. 18939); "l'inadempimento [essendo] una condizione dell'azione che può maturare in corso di causa e fino al momento della sentenza" (Cass., 1 giugno 2004, n.

che la rinuncia avvenisse “al più tardi” con la domanda giudiziale⁵⁰, sebbene l’attuale decisione rilevi che quei precedenti non si pongano in contrasto con quanto viene oggi affermato.

Dal profilo sostanziale vi sono eventi che condizionano la titolarità o l’esercizio dei diritti; ad es. la nascita che, oltre ad essere ovviamente il presupposto della vita e dunque della titolarità dei propri diritti, costituisce condizione di efficacia (art. 1 c.c.) delle altrui attribuzioni *mortis causa* (artt. 462 c.c.) e delle donazioni (art. 784 c.c.); il raggiungimento della maggiore età, per l’esercizio dei diritti ove la legge non lo consenta prima e la morte, quale fatto che determina l’efficacia delle disposizioni testamentarie: tali eventi sono puri fatti giuridici.

Vi sono invece eventi che dipendono non dalla vita ma dalla volontà delle persone: in materia successoria, riferendoci esclusivamente all’esercizio giurisdizionale dei diritti, il legittimario che intenda agire in riduzione deve accettare l’eredità con il beneficio d’inventario e l’art. 564 c.c. nella rubrica parla proprio di “condizioni per l’esercizio dell’azione di riduzione”.

Sebbene l’art. 551 c.c. non qualifichi espressamente la rinuncia al legato in sostituzione di legittima come condizione dell’azione, è evidente che si tratta di un identico presupposto: se il legatario vuole agire per ottenere la legittima, deve rinunciare al legato.

In entrambe le ipotesi, occorrendo la volontà diretta a rimuovere l’ostacolo all’esercizio del diritto, è evidente che si tratta di un onere in senso proprio: se la volontà non è dichiarata – e tale volontà costituisce un

diritto potestativo del titolare – allora non può essere esercitato il diritto.

Ma se dal profilo sostanziale il meccanismo è chiaro, il momento *intra quem* la volontà debba essere dichiarata non è stabilito, anche se il richiamo alle condizioni “per l’esercizio” dell’azione depone come presupposto dell’azione, cioè come fatto che deve sussistere per poter proporre (esercizio) la domanda.

Senonché la giurisprudenza, si è appena visto, afferma che la condizione dell’azione deve esistere al momento della decisione: è in quell’istante che il giudice, nell’accogliere o respingere la domanda, deve verificare se sussistano i presupposti.

Un’ipotesi è quella della titolarità del diritto che, potendo mancare al momento iniziale e della controversia sebbene affermata dalla parte, può sopravvenire purché prima della decisione⁵¹; altre due menzionate nella decisione sono la legittimazione *ad causam* e l’interesse ad agire.

Su questa base, dunque, la rinuncia al legato, se anche mancante prima, può sopravvenire quantomeno fino al momento della precisazione delle conclusioni.

Altra questione è infine quella, tutta processuale, di come si acquisisca in giudizio la prova dell’avvenuta rinuncia⁵²: la sentenza in oggetto, ad es., impone di prendere in considerazione anche “la rinuncia operata, a mezzo del procuratore speciale, all’udienza collegiale”, sicché a maggior ragione può essere compiuta in un atto anteriore purché firmato dalla parte (o dal procuratore speciale): es. in comparsa conclusoria.

Donazione tipica e donazione indiretta

Cassazione civile, Sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725 – Pres. Rordorf – Rel. Giusti – P.M. Fuzio (diff.) – C.E. (avv. Furio) – P.C. (avv. Tarlao). *Cassa con rinvio App. Trieste, 20 dicembre 2011.*

Donazione – Operazione bancaria – Trasferimento titoli dal donante al donatario – Donazione indiretta – Esclusione – Donazione tipica ad esecuzione indi-

retta – Configurabilità – Condizioni – Assenza dell’atto pubblico – Nullità

Il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario realizzato a mezzo banca, attraverso l’esecuzione di un ordine di bancogiro impartito dal disponente, non rientra tra le donazioni indirette,

10490; *id.*, 20 febbraio 2004, n. 3378); “la preventiva autorizzazione all’impianto della linea da parte della competente autorità” agli effetti della “imposizione di servitù di elettrodotto con sentenza” (Cass., 17 gennaio 2002, n. 483).

⁵⁰ V. ad es. Cass., 22 luglio 2004, n. 13785, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2691; *id.*, 22 giugno 2005, n. 13380, in *Riv. Notar.*, 2006, 778.

⁵¹ Più in generale Cass., 7 marzo 2001, n. 3314 ritiene che “nell’*actio negatoria servitutis*, in cui la legittimazione attiva e passiva compete a coloro che sono titolari delle posizioni giuridiche dominicali, rispettivamente, svantaggiate o avvantaggiate dalla servitù, la lite può proseguire per la emanazione della sentenza di merito ove la legittimazione di una delle parti, mancando all’atto della proposizione della domanda, sopravvenga nel corso del giudizio, anche di secondo grado, dato che, rappresentando la legittimazione ad agire una condizione dell’azione, è sufficiente che essa sussista al momento della decisione”.

⁵² Secondo Cass., 1° marzo 2010, n. 4863, “la prova mediante documenti delle condizioni dell’azione, nonostante queste, in caso di controversia sulle relative circostanze, siano verificabili fino al momento della decisione, da non limitarsi restrittivamente a quella di primo grado, è soggetta alle regole preclusive proprie di ciascun grado di giudizio”. Peraltro non si dice cosa accada se la condizione si realizzi dopo la scadenza del termine *ex art.* 183 c.p.c., a parte l’eventuale rimessione in termini *ex art.* 153 c.p.c.; in particolare, ad es., se si afferma che “il decreto del supremo tribunale di segnatura apostolica di esecutività della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario” appunto quale condizione dell’azione, “non è necessario che esso sussista allorché innanzi al giudice italiano viene introdotto il giudizio di delibazione di quella sentenza, ma nel momento in cui la lite viene decisa” (Cass., 15 gennaio 2009, n. 814, in *Giust. Civ.*, 2010, I, 1239), *quid se* sopraggiunge dopo quel termine?