

È evidente che la Cassazione, nel caso di specie, ha buon gioco nell'affermare che occorre la querela di falso per impugnare la veridicità di quanto dichiarato dal notaio, oppure per superare come non veritiera la dichiarazione del testatore di non essere sordo del tutto: valutazioni tutte richiedenti prove che potevano essere esperite soltanto innanzi al giudice di merito e non innanzi alla Corte di legittimità.

Va ricordato in proposito che altra volta la Suprema Corte aveva chiarito che il giudice di merito può desumere da una prova testimoniale l'insussistenza di un presupposto di fatto da cui dipende un requisito di forma (nel caso di specie, dedotta la nullità di un testamento per non aver il notaio dato atto delle difficoltà di sottoscrizione del testatore, il giudice di merito aveva dedotto dalla deposizione del notaio l'insussistenza della difficoltà e quindi del vizio di forma denunciato) (Cass., 26 maggio 1999, n. 5129).

Va in ogni caso chiarito che le conseguenze derivanti dall'inosservanza delle formalità che caratterizzano il testamento pubblico sono disciplinate dall'art. 606 c.c. il quale dispone che il testamento è nullo «quando manca la redazione per iscritto, da parte del notaio, delle dichiarazioni del testatore o la sottoscrizione dell'uno o dell'altro» (comma 1); mentre «per ogni altro difetto di forma il testamento può essere annullato su istanza di chiunque vi ha interesse» (comma 2).

d) Incidenza della normativa prevista dall'art. 61 L. Not.

L'art. 61 L. Not. dispone che i testamenti pubblici prima della morte del testatore sono custoditi in fascicoli distinti; e che gli stessi, dopo la morte del testatore, devono far passaggio dal fascicolo e repertorio speciale degli atti di ultima volontà a quello generale degli atti notarili.

Il ricorrente in Cassazione ha ritenuto che questa norma, e la data nella quale il notaio aveva formalizzato il passaggio dal repertorio per gli atti *mortis causa* al repertorio per gli atti tra vivi incidesse anche sul rito processuale e che pertanto, essendosi detto passaggio verificato in data successiva al momento in cui poteva essere presentata in giudizio la documentazione probatoria, doveva condurre all'impossibilità di produrre in giudizio il testamento contestato.

Anche su questo punto la Cassazione ha buon gioco nell'affermare che l'art. 61 L. Not. non può avere effetti né di diritto sostanziale né di diritto processuale, trattandosi di norma finalizzata al solo scopo di disciplinare come vadano custoditi dal notaio i testamenti dopo la morte del *de cuius*.

E chiaramente la norma in discorso appare prevalentemente finalizzata a concludere il periodo di rigorosa segretezza che circonda il testamento prima della morte del testatore.

in Riv. notariato, 2008, p. 1153 con nota di GIOVANNI CASU
F. Romoli

SUCCESSIONI — Successione necessaria — Accertamento della mancata rinuncia al legato in sostituzione di legittima da parte del legittimario — Rilevabilità d'ufficio — Insussistenza.

SUCCESSIONI — Successione necessaria — Diritti riservati ai legittimari — Legato in sostituzione di legittima — Accettazione espressa o tacita — Effetti — Diritto di chiedere la legittima — Caducazione — Successiva manifestazione della volontà di rinunciare al legato — Irrilevanza — Fattispecie.

In tema di azione di riduzione, l'accertamento della mancata rinuncia, da parte del legittimario, al legato in sostituzione di legittima, è rilevabile di ufficio (1).

Il comportamento posto in essere dal legittimario dal quale sia dato desumere la sua volontà, espressa o tacita, di conservare il legato in sostituzione di legittima,

se, per un verso, assume valenza confermativa (seppure superflua) della già realizzata acquisizione patrimoniale, per altro verso, 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 irrettrabilità 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 in cui sia stata manifestata la volontà di conservare il legato (sulla base di tale principio, è stato escluso che potesse attribuirsi valore all'atto di rinuncia al legato in sostituzione di legittima compiuto dal beneficiario in epoca successiva all'immissione nel possesso dei beni oggetto del lascito) (2).

[Cass., Sez. II, 16 maggio 2007, n. 11288 — Pres. Pontorieri — Est. Mazzacane]

(Omissis) Con il secondo motivo il ricorrente principale, deducendo violazione e/o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., assume che la sentenza impugnata non ha considerato che l'eccezione sollevata dalle controparti di mancata rinuncia al legato da parte dell'esponente atteneva soltanto alla ammissibilità dell'azione di riduzione ai sensi dell'art. 551 c.c. e che tale eccezione era stata in seguito superata dalla circostanza che M.V. aveva poi rinunciato formalmente al legato, come riconosciuto dallo stesso giudice di appello; intervenuta quindi tale rinuncia, nessuna delle controparti ne aveva mai eccepito l'inammissibilità per esser il rinunciante nel possesso dei beni legati, cosicché la Corte territoriale, nel rilevare come fatto pacifico o inconfutabile tale possesso, ha ampliato inammissibilmente il *thema decidendum*.

Con il terzo motivo il ricorrente principale, deducendo violazione e/o falsa applicazione degli artt. 551, 649, 2696 e 2946 c.c. censura la sentenza impugnata per aver ritenuto che M.V., essendosi immesso nel possesso dei beni oggetto del legato, aveva perso ope legis il diritto di chiedere la legittima ai sensi dell'art. 551 c.c.; il ricorrente principale rileva che l'assolvimento dell'onere della rinuncia al legato, costituendo condizione dell'azione di riduzione, deve essere accertato con riguardo al momento della decisione e non a quello della proposizione della domanda; orbene la rinuncia al legato da parte dell'esponente era avvenuta nell'anno 1997, ovvero prima del compimento della prescrizione decennale decorrente dall'apertura delle successioni dei genitori (1992 e 1995), e d'altra parte la prova del possesso da parte di M.V. di beni oggetto del legato o la richiesta di prova di tale possesso dovevano provenire dalle controparti e non ipotizzate dal giudice.

Con il quarto motivo il ricorrente principale denunciando omessa e/o insufficiente motivazione, assume che il giudice di appello, senza offrire alcuna giustificazione del proprio convincimento, ha ritenuto come circostanza pacifica ed inconfutabile il preteso possesso dei beni oggetto del legato da parte dell'esponente; del resto di tale fatto non era stata fornita alcuna prova, non essendo ancora il processo giunto alla fase istruttoria.

Le enunciate censure, da esaminare contestualmente in quanto connesse, sono parzialmente fondate e devono essere accolte per quanto di ragione.

La Corte territoriale ha ritenuto inammissibile la domanda di M.V. per la reintegrazione della quota di legittima per il fatto che quest'ultimo si era immesso nel possesso dei beni oggetto del legato, manifestando così con tale inequivocabile

comportamento la volontà di conservare il lascito testamentario. Orbene è pur vero che, contrariamente a quanto affermato dal ricorrente principale, non assume rilievo decisivo l'aver, o meno i convenuti M.D. e M.B. sollevato l'eccezione di mancata rinuncia al legato da parte di M.V., posto che tale circostanza è rilevabile d'ufficio (Cass., 18 aprile 2000, n. 4971), come correttamente ritenuto dalla sentenza impugnata.

Del pari neppure può attribuirsi un peso decisivo al fatto che M.V. con atto per notaio... del 23 gennaio 1997 aveva rinunciato al legato in questione, in quanto 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, e per altro verso comporta *ope legis* la contemporanea caducazione del diritto di chiedere la legittima, conseguenza alla quale non può essere posto rimedio neppure con eventuali atti successivi di respicenza, attesa la definitività e la irretrattabilità degli effetti acquisitivi del lascito testamentario correlati a detta manifestazione di volontà e la conseguenziale impossibilità di reviviscenza del diritto di scelta tra il legato sostitutivo e la richiesta di legittima, rimasto caducato al momento stesso in cui è stata manifestata la volontà di conservare il legato (Cass., 27 maggio 1996, n. 4883; Cass., 22 luglio 2004, n. 13785); alla luce di tale principio di diritto, quindi, 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 ai fini della decisione.

Ciò premesso, deve però aggiungersi che la sentenza impugnata 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; orbene i fatti allegati da una parte intanto possono considerarsi pacifici in quanto siano stati esplicitamente ammessi dall'altra parte, ovvero quando quest'ultima abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il riconoscimento dei fatti stessi, oppure si sia limitata a contestarne esplicitamente e specificamente taluni soltanto, mostrando in tal modo il proprio disinteresse ad un accertamento degli altri (Cass., 5 luglio 2002, n. 9741; Cass., 28 ottobre 2004, n. 20916); nella fattispecie, invece, il giudice di appello non ha minimamente evidenziato il comportamento processuale di M. V. sulla base del quale ha ritenuto come pacifica la circostanza della sua immissione nel possesso di beni legati.

In linea più generale, comunque, il convincimento in proposito espresso dalla sentenza impugnata è privo della indicazione degli elementi probatori idonei a legittimarli, e tale palese insufficienza sul piano motivazionale è resa ancor più evidente dal rilievo che in base ai testamenti sopra richiamati a M.V. era stata lasciata la sola nuda proprietà della metà indivisa di due fondi rustici, disposizioni quindi che di per sé non legittimavano il legatario al possesso pieno dei suddetti beni (*Omissis*).

(1-2) Brevi cenni sul legato in sostituzione di legittima

Il contenzioso in esame trae la sua origine da un atto di citazione con cui l'attore, figlio del *de cuius* e conseguentemente legittimario, beneficiario di un legato in sostituzione di legittima chiede la reintegrazione della propria quota di riserva.

Si può parlare di legato in sostituzione di legittima quando il testatore abbia manifestato in maniera certa, univoca ed inequivoca (1) la volontà (2) di tacitare (3), completamente ed integralmente per mezzo del legato, i diritti spettanti al legittimario.

Il referente normativo, art. 551 (4) c.c., permette di descrivere l'istituto come una vocazione (5) a titolo particolare, gravante sulla porzione indisponibile (6), che partecipa della struttura e della disciplina dell'art. 649 c.c., sottoposta alla condizione risolutiva-potestativa (7) della rinuncia, o meglio del rifiuto, da parte dell'onorato.

La dottrina si è occupata della natura sostanziale della disposizione in esame qualificandola ora come la stessa legittima sotto forma di legato (8), con conseguente applicazione dell'art. 549 (9) c.c., ora, invece, come sostitutiva della quota di riserva (10), in quanto capace di intaccare anche la quota disponibile.

Il citato articolo di riferimento delinea un meccanismo giuridico che vede attribuita al riservatario la facoltà di scegliere fra due distinte alternative.

Il beneficiario, da un lato infatti, può accettare il legato tacitativo privandosi della possibilità di chiedere alcun supplemento; dall'altro, può preferire acquisire la legittima, rinunciando alla disposizione testamentaria. Si verrà così a trovare nella medesima posizione di un legittimario pretermesso e, conseguentemente, dovrà agire in riduzione per divenire erede e per entrare a far parte della comunione ereditaria.

Soffermandoci sui passaggi descritti.

Acquisto del legato in sostituzione di legittima

L'acquisto del legato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 649 c.c., ha luogo immediatamente ed automaticamente (11) al momento della delazione senza alcuna necessità di accettazione (12).

Quindi, il comportamento (13) acquisitivo dell'onorato, espresso con un negozio unilaterale non recettizio, o tacito (14) attraverso fatti chiaramente indicativi della volontà del legittimario di preferire la vocazione testamentaria, assume soltanto un valore confermativo che acquista però, una particolare valenza dovuta all'immediato effetto di perdita *ope legis* del diritto di chiedere la legittima (15).

L'accettazione non può essere impugnata per errore (16) sulla consistenza del patrimonio ereditario, ma solo per violenza (17) o dolo (18): risulta del tutto indifferente il fatto che il minor valore del legato rispetto alla quota di legittima sia originario, derivando dalla volontà del testatore, o sopravvenuto, dipendendo da una nullità parziale del legato stesso (19).

Il riservatario, come ogni legatario, nel momento in cui non rifiuta il lascito in suo favore, non entra a far parte della comunione ereditaria (20), non è contadittore necessario nel giudizio di riduzione delle disposizioni testamentarie, non deve rispondere dei debiti ereditari, perde il diritto di chiedere il supplemento della legittima in caso di insufficienza, nonché il diritto di conseguire la sua quota in natura sui beni ereditari (21).

Facoltà di scelta del legatario: *facta concludentia*

La sentenza offre la possibilità di comprendere, all'interno della molteplice varietà di fattispecie concrete, quali siano e come vadano identificate le contingenze che portano alla configurazione dei *facta concludentia* caratterizzanti l'accettazione tacita di un legato in sostituzione di legittima.

Il possesso (22) dei beni oggetto del legato privativo può sicuramente essere annoverato come tipico comportamento conservativo del lascito testamentario ed, addirittura, l'atto di materiale conseguimento del legato è stato considerato prevalente ed assorbente rispetto ad una contraria manifestazione di volontà (23).

In proposito, la Suprema Corte, nel giudicato in esame, puntualizza che, per poter

parlare di accettazione tacita, deve essere seguito un attento percorso logico e valutativo.

Dato come necessario presupposto dell'esercizio della facoltà di scelta la conoscenza della disposizione testamentaria relativa al legato sostitutivo (24), accanto all'imprescindibile valutazione dell'epoca (25) in cui si siano verificati i presunti *facta concludentia*, devono essere analizzate le modalità e le concrete estrinsecazioni (26) della volontà del chiamato. Il comportamento di fatto, espressione quindi di un consapevole intento acquisitivo (27), deve emergere da espressioni o comportamenti inequivoci (28), non essendo sufficiente la meccanica applicazione di «nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza».

Conseguenze giuridiche della scelta a favore del lascito testamentario

Gli effetti della scelta dell'accettazione del lascito si concretizzano nella conferma, anche se superflua, della già realizzata acquisizione patrimoniale e nella contemporanea caducazione del diritto di chiedere la legittima.

L'irretrattabilità degli effetti acquisitivi, già puntualmente sottolineata dalla sentenza di Appello di Bari, che ha dato origine al giudicato in esame, è stata ulteriormente confermata dalla Suprema Corte, che testualmente dispone: «il comportamento del beneficiario... dal quale sia dato desumere la volontà... di conservare il legato... comporta *opè legis* la contemporanea caducazione del diritto di chiedere la legittima, conseguenza alla quale non può essere posto rimedio neppure con eventuali atti successivi di respicenza, attesa la definitività e l'irretrattabilità (29) degli effetti acquisitivi del lascito testamentario...» (30).

Si precisa, inoltre, che la definitività degli effetti riportati è indipendente dall'effettivo conseguimento dei beni assegnati con la disposizione testamentaria (31).

Conseguenze giuridiche della rinuncia (32) del lascito testamentario

È opportuno fare un accenno anche a questa ipotesi in quanto il ricorrente, nel caso di specie, in epoca successiva alla propria immissione nel possesso dei beni legati, aveva rinunciato formalmente al lascito testamentario con atto notarile.

La rinuncia, condizione del venir meno della sostituzione (33), è un negozio unilaterale dimissivo del diritto acquistato che può essere esercitata in maniera espresa.

Pertanto, la giurisprudenza ha ritenuto indefettibile, a pena di nullità, la forma scritta per i legati aventi ad oggetto un bene immobile (34), come nel caso in esame.

Specularmente all'accettazione, la volontà di rinunciare al legato deve risultare in maniera non equivoca dalle espressioni o dal comportamento del chiamato (35).

Venuta meno, a seguito della rinuncia, la disposizione a titolo particolare, il legittimario non è altro che un erede necessario pretermesso e, come tale, non partecipa alla comunione ereditaria se non dopo il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione (36) nei termini della prescrizione (37) ordinaria (38).

La Suprema Corte, toccando gli elementi essenziali del legato in sostituzione di legittima, conferma gli orientamenti giurisprudenziali precedenti, soffermandosi sull'essenzialità della rinuncia (39) quale spartiacque imprescindibile dell'apertura della successione legittima o testamentaria.

FLAVIA ROMOLI

(1) Tale volontà deve emergere sia da un'espressa proposizione, sia dal complesso delle proposizioni in cui si articola la scheda testamentaria. Non sono necessarie, però, né formule sacramentali, né l'espreso riferimento all'alternativa attribuita al legatario dall'art. 551 c.c., Cass., 26 gennaio 1990, n. 459, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1152; in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1241; in questa *Rivista*, 1990, II, p. 1121; in

Nuova giur. civ. comm., 1990, I, p. 667; Cass., 15 novembre 1982, 6098, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 49; in *Arch. civ.*, 1983, p. 733.

(2) L'indagine sulla volontà del *de cuius* è lasciata all'insindacabile giudizio della giurisprudenza di merito; se correttamente motivata: Cass., 28 ottobre 2005, n. 16085, per quanto consta inedita; Cass., 3 aprile 1954, n. 1040, in *Foro it.*, 1954, I, p. 754; Cass., 15 novembre 1982, n. 6098, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 49; e in *Arch. civ.*, 1983, p. 733, secondo la quale occorre, ove l'interpretazione non sia sicura, applicare il criterio interpretativo secondo cui l'attribuzione «in conto» è la regola, mentre quella «in sostituzione» è l'eccezione. L'attribuzione di beni determinati può infatti anche configurarsi come lascito a titolo universale a norma dell'art. 588 c.c. La giurisprudenza di merito ha stabilito che, risultando inequivoca la volontà del testatore di attribuire il bene a tacitazione dei diritti successori, la previsione contenuta nella scheda testamentaria «nomino eredi i tre figli maschi a saldo dei diritti, oltre quanto dato in vita per il matrimonio, lascio alle due figlie lire 500.000 ciascuna» integra, in favore delle figlie, un legato in sostituzione di legittima (Trib. Monza, 7 marzo 1985, in *Vita not.*, 1986, fasc. 1-3, pp. 171-175). In ugual modo configura un legato tacitativo il lascito di una somma di denaro al legittimario «a saldo dei diritti oltre quanto dato in vita per il matrimonio» (Trib. Monza, 15 gennaio 1985), MERZ, *La trasmissione familiare fiduciaria della ricchezza*, Padova, 1998, p. 25.

(3) Come sottolinea PALAZZO, *Le successioni*, Milano, 1990, p. 537, sarebbe addirittura incongrua la definizione data da SANTORO-PASSARELLI, *Staggi di diritto civile*, 1935, pp. 281-283, secondo cui «il legittimario, in cui favore sia stato disposto un legato tacitativo, è un legittimario diseredato». Il testatore, infatti, non intende con l'istituto in esame escludere il legittimario dalla successione legittima, laddove lo stesso non voglia o non possa accettare l'eredità e non si dia luogo a sostituzione, rappresentazione ed accrescimento.

(4) «Se ad un legittimario è lasciato un legato in sostituzione della legittima, egli può rinunciare al legato e chiedere la legittima.» comma 1, art. 551 c.c..

(5) Definita da CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 293, come «successiva», in quanto, al momento dell'apertura della successione, il legittimario è chiamato solo per testamento quale legatario e, solo in conseguenza dell'eventuale rinuncia ed al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, diventerà erede; la dottrina prevalente, infatti, sostiene che non esista una contemporanea doppia vocazione *ex testamento* ed *ex lege*; CRF. FERRI, *Dei legittimari*, Art. 536-564, Bologna, 1981, p. 123; MENGONI, *Successione per causa di morte, Parte Speciale. Successione necessaria*, Milano, 1990, p. 113.

(6) Il legato gravante sulla disponibile non può considerarsi privativo, cfr. Cass., 26 marzo 1968, n. 939, per quanto consta inedita; esclusivamente per la parte di valore che ecceda la quota di riserva grava sulla disponibile.

(7) CAPOZZI, cit., p. 293

(8) MENGONI, cit., pp. 113 ss.

(9) «Il testatore non può apporre condizioni sulla quota spettante ai legittimari, salva l'applicazione delle norme contenute nel titolo IV di questo libro.» art. 549 c.c..

(10) TAMBURRINO, voce *Successione necessaria*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, vol. XLIII, p. 1364; CANTILMO, *I legittimari*, Padova, 1991, p. 85; LEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, p. 24.

(11) CAPOZZI, op. cit.; MENGONI, op. cit.; Cass., 27 maggio 1996, n. 4883, per quanto consta inedita. Altri, invece, reputano necessario un vero e proprio atto negoziale di accettazione, quale elemento costitutivo del perfezionamento della fattispecie acquisitiva del legato; espressione di un diritto potestativo il cui esercizio concretizzerebbe una vera e propria dichiarazione negoziale di preferenza distinta dall'accettazione del legato stesso. Cfr. *Successioni per causa di morte, Parte generale: delazione ed acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, in *Trattato*, fondato da CICI e MESSINEO, Milano, 1961; Cass., 5 aprile 1990, n. 2809, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 4; in questa *Rivista*, 1991, p. 1078; in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2787; TRABUCCHI, *Forma necessaria per la rinuncia al legato immobiliare e natura della rinuncia al legato sostitutivo*, in *Giur. it.*, 1954, I, pp. 911-915; MORELLO, *Accettazione o preferenza del legato in sostituzione di legittima*, in *Foro it.*, 1964, I, p. 1209; Cass., 26 gennaio 1990, n. 459, in questa *Rivista*, 1990, p. 1121. La sentenza in esame abbraccia la posizione della Dottrina prevalente parlando appunto di «valenza confermativa, seppur superflua, della già realizzata acquisizione patrimoniale».

(12) La volontà di rinunciare allo stesso impedisca però il consolidarsi dell'acquisto: App. Brescia, 17 marzo 1955, in *Foro pad.*, 1955, I, p. 1057.

(13) Esempio tipico di tali comportamenti sono stati considerati gli atti dispositivi dei beni oggetto del legato accompagnati dalla dichiarazione di volerli imputare a proprio favore quali anticipo della quota di legittima: App. Venezia, 22 maggio 1957, in *Giust. civ. Mass.*, App., 1957, p. 58.

(14) Cass., 9 gennaio 1964, n. 36, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 586; in *Foro it.*, 1964, I, p. 1209, con nota di MORELLO, cit..

(15) Cass., 3 aprile 1954, n. 1040, cit..

(16) Si ritiene invece che non sia irrilevante l'errore sulla titolarità del bene, sicché, nel caso in cui lo stesso risulti di un terzo, la disposizione testamentaria è nulla, BONILINI, *Dei legati*, Milano, 2006, p. 203 ss.

(17) Cass., 11 maggio 1968, n. 1554, in *Giur. it.*, 1969, I, p. 1212; in *Foro it.*, 1968, I, p. 2558; App. Milano, 28 maggio 1968, in *Foro pad.*, 1968, I, p. 677; App. Messina, 5 marzo 1956, in *Giust. civ. Mass.*, App., 1956, p. 11.

(18) Non può qualificarsi dolo l'occultamento di cespiti ereditari nella denuncia di successione perché, mentre il dolo, come machinazione o preordinazione di raggini, deve comunque essere rivolto al soggetto che, tramite esso, si voglia indurre in errore, per contro, la denuncia di successione non può considerarsi in sé rivolta, per lo scopo fiscale cui è improntata e l'ente cui è diretta, al legittimario, né tradursi quindi in elemento decisivo per la dimostrazione del dolo nei suoi confronti, MERZ, *op. cit.*, p. 27.

(19) Cass., 17 febbraio 1965, n. 261, cit.

(20) Quindi, non potendo invocare alcun istituto proprio della divisione dei beni ereditari, rispetto ai quali difetta la legittimazione, ha diritto al legato e così al valore monetario dello stesso — ove ne sia prevista la liquidazione da parte del *de cuius* — al momento dell'apertura della successione e non a quello della relativa domanda giudiziale, Cass., 5 aprile 1990, n. 2809, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2787.

(21) App. Bologna, 19 maggio 1950, in *Foro pad.*, 1950, I, p. 77; App. Bologna, 15 maggio 1952, in *Tem. I*, 1952, p. 577; Cass., 11 giugno 1955, n. 1788, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 853; App. Brescia, 17 marzo 1955, in *Foro pad.*, 1955, I, p. 1057.

(22) La Cassazione ha espressamente stabilito, in data 19 dicembre 1973 con sentenza n. 4196, che il beneficiario non può esercitare la facoltà di rinunciare al legato qualora, avendo piena conoscenza della disposizione a proprio favore, vi abbia dato volontariamente esecuzione impetendosi nel possesso dei beni. A tal fine, la piena conoscenza da parte del legittimario si presume per effetto della pubblicazione del testamento, a meno che questi non dia prova che il notaio abbia ommesso di comunicare l'esistenza del testamento ai sensi e per gli effetti dell'art. 623 c.c..

(23) In particolare, una mera riserva di supplemento, espressa all'atto di conseguimento del legato, da un lato non è un equivalente giuridico della rinuncia che costituisce ai sensi di legge l'unico atto idoneo alla preservazione dei diritti inerenti alla qualità di erede, dall'altro non permette di conservare il diritto di rinuncia ormai estinto a causa del conseguimento Cass., 13 novembre 1979, n. 5893, in questa *Rivista*, 1980, p. 570.

(24) In proposito non costituiscono valida rinuncia né l'inerzia dell'onorato al conseguimento del legato, dato che questo si acquista automaticamente, né il fatto che egli, nell'ignoranza della disposizione testamentaria, abbia conferito mandato ad littera al proprio difensore per l'esperimento dell'azione di divisione. Cass., 5 giugno 1971, n. 1683, in *Foro it.*, 1971, I, p. 2516.

(25) I *facta concludentia* devono necessariamente precedere qualunque atto di rinuncia, come esplicitato nella sentenza che ne evidenzia l'irretrattabilità e la rilevanza ai fini dell'eventuale riconoscimento dell'attualità del diritto di esperire l'azione di riduzione a favore del legittimario, come ulteriormente specificato infra.

(26) La Corte mette in luce come la sentenza di appello impugnata è priva dell'indicazione degli elementi probatori idonei a legittimare il convincimento dell'avvenuta accettazione tacita del legato sostitutivo a mezzo dell'immissione nel possesso dei beni attribuiti. La mancanza dell'indicazione degli elementi probatori idonei e la conseguente insufficienza sul piano motivazionale risulta ancora più evidente per i giudici di legittimità dal fatto che i testamenti attributivi del legato lasciavano al beneficiario la sola nuda proprietà della metà indivisa di due fondi rustici. Tali disposizioni, quindi, non risultavano minimamente legittimanti il legatario al pieno possesso dei descritti beni.

(27) Presupposto indefettibile della definitiva esclusione del legittimario dalla qualità di erede è la scelta consapevole fatta dall'onorato in favore della successione testamentaria. Quindi, entrando nella concreta casistica, laddove il legittimario, trovandosi nel possesso del bene oggetto della disposizione testamentaria in suo favore ed interpretando questa come istituzione di erede, ne abbia conservato il possesso e chiesto il supplemento di legittima, ha ancora la facoltà di esercitare lo *ius poenitendi* e di rinunciare al legato. App. Messina, 7 luglio 1955, in *Foro it.*, 1956, I, p. 196. È stato ritenuto, inoltre, che l'univoca manifestazione della volontà di scelta a favore del legato non si verifica neanche nel caso in cui il legittimario resti, o si immetta, nel possesso di beni sia pure oggetto della disposizione testamentaria, ma da lui richiesti quali proprietario per averli conseguiti precedentemente in dono dal testatore. App. Trento, 21 giugno 1958, in *Giust. civ. Mass.*, App., 1958, p. 38.

(28) Relativamente alla volontà di rinunciare al legato in sostituzione di legittima Cass., 18 marzo 1968, n. 862, in *Vita not.*, 1968, p. 435; App. Catanzaro, 5 dicembre 1966, in *Calabria-giudiz.*, 1968, p. 380.

(29) L'accettazione del legato impedisce l'esercizio dello *ius poenitendi*, Trib. Messina, 26 luglio 1963, in *Foro pad.*, 1964, p. 1210; in *Giur. sic.*, 1964, p. 243, anche nel caso in cui non sia stato conseguito

l'effettivo possesso dei beni assegnati, Cass., 11 giugno 1955, n. 1788, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 853, con nota di CASSISA, *Sui limiti del ius poenitendi dell'onorato nel legato in sostituzione di legittima*; Cass., 16 febbraio 1954, n. 381, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, IV, p. 250, con nota di CUSANI, *Acquisto e conseguimento del legato, con particolare riguardo al legato in sostituzione di legittima*; Cass., 6 ottobre 1954, n. 3297, per quanto consta inedita; Cass., 17 febbraio 1965, n. 26, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 448, con nota di CASSISA, *Intema di legato in sostituzione di legittima*; in *Foro it.*, 1965, I, p. 1052; in *Giur. sic.*, 1965, p. 319; in *Foro pad.*, 1965, I, p. 956.

(30) Cass., 27 maggio 1996, n. 4883, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 781; in *Foro it.*, 1996, I, p. 3124; in *Vita not.*, 1996, p. 1363; Cass., 22 luglio 2004, n. 13785, in *Giust. civ.*, 2005, II, I, p. 2691.

(31) Cass., 17 febbraio 1965, n. 261, in *Foro it.*, 1965, I, p. 1052; in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 448.

(32) «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 — potere configurabile non come diritto autonomo ma come facoltà compresa nel diritto di agire per ottenere la legittima attraverso l'azione di riduzione spettante al soggetto incluso nella categoria dei legittimari *ex art.* 536 c.c. — postula l'assolvimento di un onere, consistente nella rinuncia al legato, che si rende necessario in ragione del fatto che il legato si acquista *ipso iure* e che, nel legato di specie, l'effetto traslativo dal testatore al beneficiario si verifica al momento stesso della morte del primo, onde, essendo i due benefici *ex lege* alternativi ed essendo l'oggetto del legato già entrato nel patrimonio del beneficiario, questi, per conseguire la legittima, deve, previamente o quanto meno contestualmente alla domanda di riduzione, dismettere il legato (in forma scritta *ad substantiam*, in caso di legato di immobili; anche mediante dichiarazione informale o per *facta concludentia*, per tutti gli altri legati): così Cass., 22 luglio 2004, n. 13785, per quanto consta inedita.

(33) Per Cass., 26 gennaio 1990, n. 459, cit., l'esistenza della descritta condizione deve essere accertata con riguardo al momento della decisione e non a quello della proposizione della domanda di riduzione.

(34) Cass., 2 febbraio 1995, n. 1261, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1509, con nota di DI MAURO, *Legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto diritti reali immobiliari e forma della rinuncia*; in *Giur. it.*, 1995, I, I, p. 1665; in *Notariato* 1995, p. 353; Cass., 3 aprile 1954, n. 1040, in *Foro it.*, 1954, I, p. 754; App. Cagliari, 18 luglio 2000, in *Riv. giur. Sarda*, 2001, p. 343, con nota di MASALA, *Sulla forma della rinuncia al legato sostitutivo di legittima avente ad oggetto beni immobili*; Trib. Messina, 26 luglio 1963, in *Foro pad.*, 1964, I, p. 1210; App. Milano, 28 maggio 1968, in *Foro pad.*, 1968, I, p. 677. Quanto esposto non è applicabile al caso in cui il contenuto del legato abbia carattere meramente obbligatorio di liberazione da una determinata prestazione dovuta a favore del testatore. Cass., 15 maggio 1997, n. 4287, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 3097, con nota di DI MAURO, *Legato di liberazione da un debito e remissione mortis causa: appunto sull'art. 658 c.c.* La pubblicità dovrebbe essere effettuata ai sensi dell'art. 2655 c.c., con annotazione a margine della trascrizione dell'acquisto, solo laddove quest'ultima sia stata già in precedenza effettuata sulla base di un estratto autentico del testamento ai sensi dell'art. 2648. Sul tema cfr. DI MAURO, *In tema di forma della rinuncia al legato avente per oggetto beni immobili*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 667; MENGONI, cit., in *Tratt. Cicu-Messineo*, proseguito da Mengoni, XLIII, Milano, 1984, p. 125; FERRI, *Delle successioni dei legittimari*, Artt. 536-564, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, sub art. 551, 131-132; CASCUOLA, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1991, p. 473; CICU, *Legato in conto od in sostituzione di legittima ed usufrutto del coniuge superstite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 284; CATTANEO, *La vocazione necessaria*, in *Tratt. Rescigno*, 6, Torino, 1983, p. 408; BIANCA, *Diritto Civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 1983, p. 522; TAMBURRINO, *Successione necessaria*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1364; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, par. 199, n. 8, p. 499; MORELLO, *Accettazione o preferenza nel legato in sostituzione*, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1210; DI MAURO, *Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2790; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Libro II c.c., Padova, 1982, pp. 250 e ss.; PEREGO, *I legati*, in *Tratt. Rescigno*, 6, t. 2, Torino, 1982, p. 225; MASTI, *Dei legati*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 15; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.*, a cura di V. De Martino, Novara, 1981, p. 355; TRABUCCHI, *Forma necessaria per la rinuncia al legato immobiliare*, in *Giur. it.*, 1954, I, p. 911; FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, pp. 16 e ss., 95 e ss.; BONILINI, *Legato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., X, Torino, 1993, p. 516; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, p. 225.

(35) Cass., 24 febbraio 1984, n. 1311, per quanto consta inedita. È necessario, quindi, facendo un esempio concreto, considerare il comportamento complessivo del legatario anteriore e successivo alla dichiarazione di accettazione con beneficio d'inventario con contestuale rifiuto delle disposizioni testamentarie lesive della legittima e con espressa riserva di chiedere in sede competente l'integrazione, al fine di trarre elementi univoci nel senso di un'effettiva rinuncia: Cass., 14 aprile 1992, 4527, per quanto consta inedita.

(36) Cass., 4 luglio 1973, n. 2586; Cass., 22 aprile 1992, n. 4800, per quanto consta inedito. L'accertamento se il legittimario abbia rinunciato o meno al legato a lui attribuito non attiene alla legittimazione ad agire in riduzione ma all'esistenza del diritto. La relativa questione non può, quindi, essere proposta per la prima volta nel giudizio di Cassazione, MERZ, *op. cit.*, p. 28.

(37) Attesa la natura di «facoltà» del potere di scelta della rinuncia (art. 650 c.c.), non è ipotizzabile un'autonoma prescrivibilità avulsa da quella del diritto in cui sono comprese, salva l'assoggettabilità a decadenza, come nell'ipotesi prevista dall'art. 650 c.c. di esperimento dell'atto interrogatorio da parte di un terzo. Cass., 26 gennaio 1990, n. 459, in *Nuova giur. civ. compar.*, 1990, I, p. 676.

(38) Il riservatario pretermesso che lasci decorrere inutilmente il termine prescrizione non può più pretendere nulla né dagli eredi testamentari né dagli altri legatari. Cass., 15 luglio 1966, n. 1910, in *Foro pad.*, 1968, I, p. 27.

(39) L'importanza di tale elemento è confermata dal fatto che la mancata rinuncia al legato è rilevabile d'ufficio: *cf.* Cass., 18 aprile 2000, n. 4971, per quanto consta inedita.

DIRITTI REALI — Proprietà — Edificazione nel sottosuolo — Accessione invertita — Insussistenza.

DIRITTI REALI — Proprietà — Modi di acquisto — Accessione invertita — Condizioni — Buona fede dell'occupante — Insussistenza.

La disciplina dell'accessione invertita ex art. 938 c.c. si applica solo alla fattispecie di occupazione orizzontale del suolo del vicino, e non nell'ipotesi di edificazione realizzata al disotto del suolo altrui (occupazione verticale) (1).

La buona fede rilevante ai fini dell'accessione invertita consiste nel ragionevole convincimento del costruttore di edificare sul proprio suolo e di non commettere alcuna usurpazione (2).

[Cass., Sez. II, 27 febbraio 2008, n. 5133 — Pres. Spadone — Rel. Calzone]

(*Omissis*). — Con il quarto motivo di ricorso, deducendo violazione degli artt. 938 e 2697 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, si censura la sentenza impugnata, per avere escluso l'applicabilità alla fattispecie sostanziale dell'istituto dell'accessione invertita, per difetto del requisito della buona fede del costruttore e per avere disposto la rimozione dell'opera senza tener conto che erano trascorsi sei mesi dalla sua effettiva esecuzione: si sostiene che l'art. 938 c.c., nella sua formulazione letterale, non esige che lo sconfinamento avvenga consapevolmente o inconsapevolmente, bensì che «che si occupi in buona fede una porzione del fondo attiguo e che il proprietario di questo non faccia opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione».

Anche tale motivo è infondato. Ben vero, per escludere l'applicabilità dell'art. 938 c.c., alla fattispecie sostanziale in esame, è sufficiente rilevare che non si versa in ipotesi di occupazione orizzontale di parte del suolo del vicino, bensì di edificazione avvenuta al di sotto del suolo altrui e, quindi, di occupazione verticale del medesimo, che è fuori dalla previsione legislativa.

Vale, comunque, rilevare che la buona fede rilevante ai fini dell'accessione invertita consiste nel ragionevole convincimento del costruttore di edificare sul proprio suolo e di non commettere alcuna usurpazione in danno del vicino, sicché la mancata opposizione di costui non vale a dimostrare lo stato soggettivo di buona fede dell'occupante, che deve, invece, riguardare le condizioni in cui il costruttore

si è trovato ad operare, sì da generare il convincimento di esercitare un suo preteso diritto (*Omissis*).

(1-2) Quanto alla nozione di edificio ai fini della disposizione sull'accessione invertita (art. 938 c.c., che pone una deroga al principio *superficies solo cedit*); una volta stabilito che è in considerazione l'ipotesi di costruzione giacente in parte sul terreno del costruttore ed in parte su terreno altrui e non quella di costruzione eseguita interamente su proprietà altrui, regolata dall'art. 936 c.c. (Trib. Cagliari, 20 settembre 2000, in *Riv. giur. sarda*, 2002, p. 357, con nota di PALMA), si può osservare come, secondo autorevole dottrina, la ratio del legislatore è data dall'evitare la distruzione di una ricchezza, quale la nuova costruzione.

In ragione di ciò, deve intendersi per «edificio» qualsiasi fabbrica incorporata nel suolo, la quale sia suscettibile di un uso (in questo senso, DE MARTINO, *Della proprietà*, IV ed., in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 512 s., che porta ad esempio: le case di abitazione, le officine, gli opifici, i depositi, la costruzione di un casotto in muratura, di una scala discendente in cantina, di un portico in muratura, una rimessa per autovettura).

La giurisprudenza tende, comunque, a dare un'interpretazione in senso restrittivo del concetto di edificio.

Si è, così, giudicato che il suolo del quale il costruttore, autore in buona fede dello sconfinamento, può conseguire la proprietà è solo quello su cui insistono le strutture dell'edificio, inteso quale opera muraria complessa, idonea alla permanenza nel suo interno di persone e di cose, e non quello occupato da opere accessorie, quale il muro di cinta, di contenimento o di divisione (così, fra le altre, Cass., 14 aprile 1999, n. 3676, in *Rep. Foro it.*, 1999; voce *Proprietà*, n. 54), o quale un tratto di strada (Cass., 4 marzo 2003, n. 3189, in *Giur. it.*, 2003, p. 2016).

In quest'ottica si muove anche la pronuncia sopra riportata, precisando che l'edificio ai sensi dell'art. 938 c.c. non può essere una costruzione edificata nel sottosuolo altrui.

Del resto, la fattispecie dell'occupazione di porzione di fondo attiguo, prevista dall'art. 938 c.c., costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale, e la norma è insuscettibile di applicazione analogica (Cass., 6 dicembre 1984, n. 6410, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 933; Cass., 21 febbraio 1972, n. 511, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Proprietà*, n. 55).

La buona fede costituisce un requisito autonomo, differente dalla mancata opposizione entro il termine di tre mesi da parte del confinante. A motivo di ciò, la mancata opposizione del confinante stesso non vale a dimostrare lo stato soggettivo di buona fede del costruttore (Cass., 15 dicembre 1994, n. 10784, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Proprietà*, n. 51).

La buona fede del costruttore non può, poi, essere presunta. Essa deve venire dimostrata dallo stesso costruttore che voglia conseguire, contro il principio generale dell'accessione il trasferimento della proprietà del suolo occupato con la costruzione (Cass., 30 marzo 1999, n. 3058, *cit.*; Cass., 7 maggio 1997, n. 3971, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 689).

Ai fini della prova della buona fede medesima, si deve avere riguardo al comportamento dell'uomo medio ed al convincimento che questi possa legittimamente farsi ordine alla realizzazione dell'opera sul proprio fondo e non su quello altrui, in base alle cognizioni effettivamente possedute e che tali devono presuntivamente ritenersi (Cass., 25 marzo 1997, n. 2589, in *Giur. it.*, 1998, p. 443).

Sul tema, si vedano: PARADISO, *L'accessione al suolo*, Milano, 1994; ROSSELLO, *Modi di acquisto della proprietà a titolo originario*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 687.