

“L’institutio ex re certa: eredità o legato?”

La storia infinita

Sommario: 1. Prefazione. - 2. Institutio ex re certa: un *tertium genus*? - 3. Natura giuridica dell’instituto ex re certa. - 3.1 L’institutio ex re certa e l’articolo 686 codice civile. - 3.2 I beni relitti ed i beni sopravvenuti: *quid iuris*? - 4. Conclusioni.

1. Prefazione

L’institutio ex re certa di cui all’articolo 588, secondo comma, codice civile è un istituto giuridico che da sempre costituisce oggetto di vivace dibattito in dottrina ed in giurisprudenza.

L’argomento di discussione investe soprattutto la questione se tale articolo configuri un’ipotesi di lascito a titolo universale od a titolo particolare.

La norma in esame così statuisce:

“Le disposizioni testamentarie, qualunque sia l’espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l’universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario.

L’indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio.”

L’articolo 588 codice civile, nella portata generale del suo primo comma, si pone dunque all’inizio delle norme dello stesso codice civile in materia di successione “mortis causa” proprio per gettare il *discrimen* tra quella che è una disposizione a titolo particolare e quella che è una disposizione a titolo universale.

Tuttavia tale norma si compone anche di un secondo comma, che fa intendere come si debba compiere un’indagine anche di carattere soggettivo al fine distinguere tra eredità o legato, e che andremo ad approfondire nel corso di questo lavoro.

2. Institutio ex re certa: un *tertium genus*?

L’interrogativo che permea la presente indagine riguarda il come si debba collocare la fattispecie inquadrata dall’articolo 588, secondo comma, codice civile che recita:

"L'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio".

L'analisi si deve dunque orientare nell'attribuire a tale istituto la qualifica di attribuzione a titolo universale od a titolo particolare, poiché *tertium non datur*.

Preliminarmente ricordiamo quali sono gli elementi di carattere oggettivo che sono utilizzati per distinguere un'attribuzione a titolo particolare da un'attribuzione a titolo universale, poiché la mera indicazione da parte del testatore di devolvere dei beni a titolo di eredità o di legato non è la sola che rileva.

Legatario è il beneficiario di un'attribuzione, effettuata mediante testamento ed avente immediata efficacia operativa, di diritti reali o di credito, e la cui portata rimane limitata esclusivamente ai singoli diritti attribuiti.

Erede è, invece, colui che, subentrando nella posizione giuridica del "de cuius", succede nell'universalità od in una quota dei beni del testatore.

Dall'analisi testuale della suddetta norma codicistica emerge che a qualificare l'istituto in esame, di cui al secondo comma dell'articolo 588 codice civile, concorrono un elemento oggettivo, costituito dall'attribuzione di uno o più beni determinati, ed un elemento soggettivo, rappresentato dall'intenzione del testatore di assegnare beni determinati come quota del patrimonio, oppure senza tale intenzione.

Il problema della distinzione tra eredità nella forma del secondo comma dell'articolo 588 codice civile e legato, è noto nelle letterature giuridiche in quanto si verifica in modo pressoché ricorrente nei testamenti olografi, dove il testatore fa spesso uso di formule vaghe ed ambigue, "mute sul titolo"¹, che non chiariscono se il lascito sia effettuato a titolo di eredità o di legato.

Le differenze applicative sono notevoli e ben note e proprio per questo è importante comprendere come debba essere inquadrata la fattispecie in commento, in quanto:

-il legatario subentra, quindi, solo in alcuni rapporti giuridici patrimoniali attivi, e non è tenuto, ai sensi dell'articolo 756 codice civile, a rispondere dei debiti ereditari; tale principio, tuttavia, non è assoluto, ma trova talune eccezioni nella legge, e può essere derogato dal testatore, come prevede l'articolo 752 codice civile, che prevede una diversa ripartizione del debito nei rapporti interni tra gli eredi. Tuttavia, anche in questo ultimo caso, così come per l'ipotesi di eventuali oneri ereditari, il legatario risponde solo e sempre, ai sensi dell'articolo 671 codice civile, entro i limiti di quanto ricevuto (*intra vires legati*).

-l'erede, al contrario, subentra nella posizione giuridica del *de cuius* nel suo complesso (*universum ius defuncti*), sia nei rapporti patrimoniali attivi che in quelli passivi. Per tale ragione, ai sensi dell'articolo 752 codice civile, egli risponde dei debiti ereditari in proporzione alla quota di eredità a lui devoluta, salvo la facoltà di accettazione con beneficio di inventario;

-è richiesta all'erede una specifica manifestazione di volontà atta a dichiarare di voler subentrare nel patrimonio del *de cuius*, fatte salve le ipotesi di accettazione tacita di eredità prevista dall'articolo 476 codice civile, o quelle del cosiddetto "acquisto (dell'eredità) senza accettazione" di cui all'articolo 485 codice civile, seconda comma ed all'articolo 527 codice civile. Inoltre alla condizione di erede non può essere apposto al-

¹ cfr. **G. Bonilini**, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 2013, 10.

cun termine (*semel heres, semper heres*), mentre il legato si acquisisce automaticamente senza alcuna manifestazione di volontà, fatto salvo il potere di rinunciare² e la sua efficacia può esser sottoposta a un termine iniziale o finale³.

La norma in esame dunque, introduce un elemento di carattere soggettivo nella valutazione dell'attribuzione, poiché ci dobbiamo interrogare su quella che è la concreta volontà del testatore e su come egli abbia voluto disporre di quei beni determinati.

Infatti, nonostante egli abbia individuato i beni, cosa che dovrebbe far propendere per un'attribuzione a titolo particolare, dal tenore letterale del testamento potrebbe intendersi che il testatore abbia voluto disporre di quei beni determinati a titolo di eredità come quota del suo patrimonio⁴.

Viene dunque in rilievo la considerazione che il testatore, piuttosto che attribuire il bene a titolo di legato per "distaccarlo" dal resto del patrimonio, abbia invece voluto porre quel bene in relazione con il tutto⁵.

Il legislatore, al primo comma della norma in esame, impone all'interprete di non attribuire altro significato al di fuori del significato proprio delle parole; al secondo comma del medesimo articolo, invece, autorizza l'interprete a prescindere dal significato della denominazione usata dal testatore⁶.

² Parte della dottrina ritiene che normalmente si faccia riferimento al concetto di rinuncia in materia di legato, ma che più propriamente si tratti di rifiuto c.d. eliminativo, in quanto l'acquisto è entrato nel patrimonio del legatario, ma non si è ancora consolidato, potendo il legatario rifiutare il beneficio proprio per il principio generale secondo cui "*invito beneficium non datur*". In tal senso cfr. **F. Gazzoni**, *La trascrizione immobiliare*, II, in Comm. c.c. Schlesinger, Milano, 1993, 115 ss.

³ Per una più approfondita distinzione, cfr. **G. Capozzi**, *Successioni e Donazioni*, Milano, 2012, 665.

⁴ **Capozzi**, *Successioni e donazioni*, cit., p. 81. Cfr., inoltre, **Gangi**, *La successione testamentaria*, p. 381; **Basini**, "*Lasciti*" di beni determinati ed istituzione di erede "*ex re certa*", in Fam. pers. succ., 2007, p. 245 ss.

In giurisprudenza, Cass. 25 ottobre 2013, n. 24163: «*In tema di distinzione tra erede e legatario, ai sensi dell'art. 588 cod. civ., l'assegnazione di beni determinati configura una successione a titolo universale ("institutio ex re certa") qualora il testatore abbia inteso chiamare l'istituito nell'universalità dei beni o in una quota del patrimonio relitto, mentre deve interpretarsi come legato se egli abbia voluto attribuire singoli, individuati, beni. L'indagine diretta ad accertare se ricorra l'una o l'altra ipotesi si risolve in un apprezzamento di fatto, riservato ai giudici del merito e, quindi, incensurabile in Cassazione, se congruamente motivato*».

⁵ **G. Bonilini**, *Institutio ex re certa e acquisto per virtù espansiva dei beni non contemplati nel testamento*, in Tratt. Bonilini, II, 242.

G. Amadio, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in Riv. dir. civ., 1986, I, 913 ss.

⁶ **L. Mengoni**, *L'istituzione di erede ex re certa secondo l'art. 588, comma 2°, c.c.*, in Riv. Trim. d. prc. civ., 1948, 762.

Il consolidato orientamento di dottrina⁷ e giurisprudenza⁸ graniticamente pende nel senso che, al fine di interpretare una disposizione testamentaria, non possano assumere valore decisivo le espressioni utilizzate dal testatore.

Pertanto, ai fini della designazione della qualità di erede, non rileva l'uso di formule sacramentali, purché si possa desumere, con certezza, la volontà del testatore di attribuire quei beni a titolo universale.

E' stato sostenuto in dottrina⁹ che la norma in oggetto individuerebbe una terza ipotesi di lascito, e che dunque l'attribuzione andrebbe a coprire l'ipotesi di modalità attributiva a sè stante ed autonoma, con una propria disciplina facente riferimento ad un'istituzione senza predeterminazione di quota attributiva dei beni in funzione di quota.

Tale interpretazione non ha raccolto molti favori nel panorama giuridico in quanto è lo stesso articolo 588 codice civile, al primo comma, che non sembra lasciare spazio ad ulteriori figure giuridiche attributive di beni, e soprattutto non si spiega da quale dato testuale si dovrebbe evincere non essere possibile una divisione senza che il testatore abbia previamente determinato le quote ereditaria.

L'istituto ex re certa, dunque, qualora dall'analisi interpretativa si evinca che sia erede, sarà tale per una quota di eredità determinata dal valore dei beni assegnati in relazione al patrimonio considerato nella sua totalità al momento dell'apertura della successione o della *testamenti factio*.

E' di rilevante importanza capire quale sia il momento al quale ancorare il calcolo del "tutto", poiché potrebbero emergere differenze pratiche consistenti, e di ciò si tratterà nel prossimo paragrafo.

Bisogna preliminarmente comprendere quando il lascito di beni determinati sia da considerare come legato e quando invece sia da considerare quale attribuzione a titolo universale.

In dottrina ed in giurisprudenza sono stati elaborati una serie di criteri interpretativi volti a coadiuvare il giurista nell'interpretazione del testamento.

Tali criteri possono essere così riassunti¹⁰:

- il criterio quantitativo, secondo il quale è da considerarsi erede il soggetto al quale è attribuita la maggior parte dei beni;

⁷ Per tutti: **Capozzi**, *Successioni e donazioni*, Milano 2009, 79 ss.

⁸ Ex multis: Cass. Civ. 12 luglio 2001 n. 9467: "*Al fine di distinguere tra disposizione a titolo universale, che indipendentemente dalle espressioni usate dal testatore, sono attributive della qualità di erede, e disposizioni a titolo particolare, che invece attribuiscono la qualità di legatario, il giudice deve compiere un'indagine di carattere soggettivo, riferita all'intenzione del testatore; ne consegue che soltanto in seguito a tali duplici indagini, può stabilirsi se attraverso l'assegnazione di beni determinati il testatore abbia inteso attribuire una quota di patrimonio unitariamente considerato ovvero abbia inteso escludere l'istituzione nell'universo ius*"

⁹ **L.Mengoni**, *L'istituzione di erede ex re certa secondo l'art. 588, 2° comma, c.c.*, in Riv. trim. dir. proc.civ., 1940, 740 ss

¹⁰ **Capozzi**, *Successioni e donazioni*, a cura di A.Ferrucci- C. Ferrentino, Milano, 2009, 80.

- il criterio del rapporto proporzionale tra il valore dei beni assegnati con la singola disposizione e quello dell'intero patrimonio¹¹;
- il criterio della presunzione di attribuzione a titolo di legato¹²;
- il criterio della presunzione di attribuzione a titolo universale¹³;
- il criterio che tende a privilegiare l'indagine sulla reale intenzione posta in essere dal testatore, anche ricorrendo ad elementi esterni al testamento¹⁴.

Tali criteri, tuttavia, non forniscono certezze, poiché non ve ne è uno adottato in modo predominante dalla giurisprudenza. Infatti alcune pronunce giurisprudenziali¹⁵ ritengono, ad esempio, che l'accertamento della volontà costituisce una questione di fatto che deve essere esaminata dal giudice di merito attraverso le normali regole ermeneutiche, anche quando il valore dei beni attribuiti non rappresenti una quota rilevante del patrimonio relitto, potendosi fare altresì riferimento ad elementi estrinseci alla scheda testamentaria, quali il grado di cultura, il livello di istruzione scolastica, la mentalità, l'ambiente di vita del testatore, eccetera. Tale orientamento si pone dunque in netto contrasto con alcuni dei criteri sopra esposti.

Alcuni autori¹⁶ sostengono che l'unico criterio adottabile sia un riferimento oggettivo, dato dalla valutazione "a posteriori" del rapporto tra il valore dei beni assegnati e quello dell'intero asse ereditario. Secondo tale orientamento infatti, questo criterio sarebbe l'unico in grado di ricostruire l'effettiva volontà del testatore; applicando tale parametro, infatti, non si incorrerebbe in un'analisi psicologica dei moventi dell'atto di disposizione, e verrebbero rispettati nello stesso tempo i canoni ermeneutici che in tema di testamento richiedono il più ampio ossequio della volontà del testatore.

¹¹ Cass. 26 ottobre 1972 n. 3282 in Foro Padano, 1974, I, 126.

¹² **G. Capozzi**, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, 81 ss.; **Basini**, "Lasciti di beni determinati ed istituzione di erede *ex re certa*", in Fam. pers. succ., 2007, 245 ss.; Cass. Civ. 25 ottobre 2013 n. 24163, *cit.*

¹³ Trib. Roma, 12 febbraio 2003, in Arch. civ. 2004, 488: "Qualora il testatore abbia disposto di alcuni suoi beni con clausole testamentarie atecniche, si deve propendere per la vocazione a titolo universale, posto il carattere residuale della qualità di legatario".

¹⁴ **Bigliazzi Geri**, *Il testamento*, in Tratt. Dir. Priv. diretto da Rescigno, 6, 2, Torino, 1997, 144 ss. **G. Bonilini**, *Institutio ex re certa ed acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati*, in Fam. Pers. Succ., 2008, 535.

¹⁵ Ex multis: Cass. Civ., Sez. II, 11 giugno 2015 n. 12158.

¹⁶ **F. Prandi**, *Interpretazione del testamento, rilevanza dei motivi e "institutio ex re certa"*, in Foro Padano, 1974, I, 130; **Mengoni**, *L'istituzione di erede ex re certa secondo l'art. 588. 2 c.c.*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1948, 759.

In giurisprudenza: Cass. 18 gennaio 2007, n. 1066, in Giust. Civ. Mass. 2007, 1 ed in Vit. Not., 2007, 1, 207: "in tema di interpretazione del testamento l'institutio ex re certa configura, ai sensi dell'art. 588, una successione a titolo universale nel patrimonio del de cuius, qualora il testatore nell'attribuire determinati beni, abbia fatto riferimento alla sua quota di legittima spettante all'istituito, avendo in tal modo intesi considerare i beni come una frazione rappresentativa dell'intero patrimonio."

Secondo altra dottrina¹⁷ l'adozione di tale criterio non consente di stabilire quale sia stata l'effettiva volontà del *de cuius*, che andrebbe invece ricercata facendo ricorso ad elementi extra testuali, quando la stessa volontà non risulti dalla scheda testamentaria valutata nel suo complesso.

Infatti, secondo tale orientamento¹⁸, "testo e contesto si pongono in un rapporto di essenziale relazione", poiché le parole utilizzate vanno analizzate tenendo conto anche del modo in cui sono state adoperate all'interno del testamento.

Coloro¹⁹ che ritengono di privilegiare l'interpretazione secondo cui l'*institutio ex re certa* determinerebbe una presunzione (semplice) di disposizione a titolo particolare fanno leva sul fatto che il secondo comma dell'articolo in commento non sia altro che un criterio interpretativo da utilizzare in maniera residuale e ciò anche sulla base della formulazione letterale della norma.

Infatti il legislatore statuisce che l'indicazione di singoli beni determinati non deve far escludere che il lascito possa qualificarsi a titolo universale.

Ciò significa che la prima interpretazione, secondo tali autori, deve essere quella di qualificare il lascito come legato; successivamente se dall'analisi della volontà testamentaria, utilizzando i criteri sopra esposti, dovesse addivenirsi ad una diversa qualificazione del lascito, saremmo in presenza di una disposizione a titolo universale.

Secondo tale orientamento dottrinale²⁰ è preferibile, dunque, ritenere che il lascito di beni determinati debba qualificarsi, nel dubbio, come legato, facendosi leva proprio sul disposto dell'articolo 588 codice civile per il quale si ha attribuzione della qualità di erede soltanto se la disposizione comprende l'universalità o una quota di beni del testatore, mentre le altre disposizioni sono a titolo particolare ed attribuiscono la qualifica di legatario; e soprattutto in relazione alla circostanza che l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni "non esclude" (in quanto si provi il contrario) che la disposizione testamentaria sia a titolo universale.

Ciò che vuole trasmettere il legislatore è proprio un'interpretazione alla luce del *favor testamenti*: vuol fare capire all'interprete che si può affrancare dalle espressioni utilizzate dal testatore per dare "nuova vita" ad un'attribuzione se, alla luce del contesto testamentario, il legato non sembra raggiungere il quadro che si era prospettato il *de cuius*.

La presunzione *iuris tantum* a favore del lascito a titolo particolare potrà essere superata solo nel caso in cui la volontà del testatore di assegnare i beni determinati come

¹⁷ **Bigliazzi Geri**, *Il testamento*, *op.cit.*, 144.

¹⁸ **V.Barba**, *La Heredis institutio ex certa re*, in "Le disposizioni testamentarie", Torino, 2012, 24.

¹⁹ **S. Delle Monache**, *Testamento*, in *Il Codice Civile Commentario*, Milano, 2003, 170.

²⁰ **G.F Basini**, *Lasciti di beni determinati ed istituzione di erede "ex re certa"*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 245 ss.

quota del patrimonio emerga con certezza dall'interpretazione oggettiva e soggettiva della disposizione testamentaria.²¹

Un'ipotesi, peraltro non pacifica, che riconduce la figura del lascito ex articolo 588, secondo comma, codice civile, nell'ambito del legato è data dal lascito di usufrutto universale.

Non sembra possano sussistere dubbi, invece, circa la natura di legato relativamente al lascito avente ad oggetto il diritto di usufrutto su singoli beni determinati.

Tuttavia, tornando all'aspetto interpretativo, non sempre tale volontà risulterà in modo univoco dall'interpretazione del testamento²², tenuto conto anche del fatto che "la ricostruzione della *mens testantis* dovrà avvenire dallo stesso testamento, non *aliunde*, non *extrinsecus*".²³

E' ricorrente però in giurisprudenza l'affermazione che l'interpretazione del testamento è caratterizzata da una più penetrante ricerca, al di là della mera dichiarazione, della volontà del testatore, la quale, alla stregua delle regole ermeneutiche di cui agli articoli 1362 e seguenti codice civile, va individuata sulla base dell'esame globale della scheda testamentaria con riferimento, essenzialmente nei casi dubbi, anche ad elementi estrinseci alla scheda; ed è costante l'orientamento giurisprudenziale secondo cui tale accertamento, se congruamente motivato, è incensurabile in Cassazione.

Affrontando ora una breve casistica giurisprudenziale dell'analisi dei testamenti contenenti *istituito ex re certa*, è stata qualificata²⁴ a titolo universale l'attribuzione di beni individuati per categorie o per classi, come nel caso tipico delle assegnazioni collegate avente ad oggetto tutti i beni mobili o tutti i beni immobili (il c.d. "fascio di attribuzioni").

Analogamente è stato ritenuto trattarsi di un'attribuzione a titolo universale il lascito di tutti i beni residui seguente ad una serie di lasciti a titolo di legato.

Si comprende che l'attività del giudice diventa fondamentale soprattutto nell'analisi dei testamenti olografi, in cui non vi è stata una previa attività di "raccolta di volontà" poi tradotta giuridicamente nel testamento pubblico, ove l'analisi interpretativa dovrebbe senz'altro essere più agevole.

3. Natura giuridica dell'*institutio ex re certa*

Una volta compiuta l'operazione ermeneutica che fa propendere per la qualificazione del lascito a titolo di eredità e non a titolo di legato, occorre interrogarsi sulla natura giuridica dell'*institutio ex re certa*.

²¹ **G.F. Basini**, *Lasciti di beni determinati ed istituzione di erede ex re certa*, Fam. Pers. succ., 2007, 03, Successioni, e, nello stesso senso, anche, **F. Mengoni**, *L'istituzione di erede ex re certa secondo l'art. 588, comma 2°, c.c.*, p. 758, secondo il quale "il problema se, nel dubbio, la res certa debba ritenersi attribuita a titolo universale o particolare deve certamente risolversi in ogni caso, nel secondo senso".

²² Cass. civ., 16 novembre 1985, n. 5625, e in dottrina, **F. Galgano**, *Diritto civile e commerciale*, vol. IV, Padova, 2004, p. 239

²³ Cass. civ., 26 giugno 1976, n. 2417.

²⁴ Trib. Monza, 9 ottobre 2006 in *Corr. Mer.* 07, 2, 168; Cass. Civ. 1986 n. 6516

La configurazione dell'istituto è ancora oggetto di divisioni dottrinarie, ed occorre preliminarmente sottolineare come, secondo la dottrina più autorevole, l'istituto in commento si componga di un unico momento in cui il titolo della chiamata e l'attribuzione coincidono.

A questo punto, dunque, si deve analizzare il rapporto tra *institutio ex re certa* e divisione testamentaria.

Infatti, accanto a chi ritiene che non vi sia alcuna distinzione tra l'istituto in esame e la divisione di cui all'articolo 734 codice civile, vi sono altri autori che invece ritengono che esso abbia una sua peculiare caratterizzazione.

Parte della dottrina²⁵ ritiene che vi sia distinzione tra l'articolo 588, secondo comma, codice civile, e l'articolo 734 codice civile, poiché, secondo tali autori, la divisione individuata da tale ultimo articolo sarebbe soltanto una divisione con predeterminazione di quote, mentre l'*institutio ex re certa* consentirebbe al testatore di porre in essere una divisione senza predeterminazione di quota.

Altra dottrina²⁶ ritiene invece che l'articolo 588, secondo comma, codice civile, si differenzi dall'articolo 734 codice civile, perché in quest'ultima norma è necessaria una preventiva istituzione ereditaria, non necessariamente richiesta nell'*institutio ex re certa*.

Da questo assunto derivano una serie di conseguenze applicative come, ad esempio, la non applicazione alla disciplina di cui all'articolo 588, secondo comma, codice civile, della nullità per preterizione propria della divisione testamentaria ex articolo 735 codice civile.

Altra dottrina²⁷, invece, ritiene che non vi sia distinzione tra i due articoli in commento, e che quanto previsto dall'articolo 588, secondo comma, codice civile, sia soltanto un mero criterio interpretativo; ed a tal riguardo si è ritenuto che l'articolo 734 codice civile, "regoli", e l'articolo 588, secondo comma, codice civile, "qualifichi"²⁸.

Secondo quest'ultimo orientamento, dunque, l'*institutio ex re certa* dovrebbe considerarsi soltanto un possibile mezzo tecnico di divisione fatta dal testatore, e pertanto sussisterebbe una forma di sovrapposizione tra le due discipline; la divisione del testatore dunque, secondo tale dottrina, non sarebbe l'unico mezzo per attuare il fine di apporzionamento dei beni.

L'unica differenza tra le due norme sarebbe da ravvisare nel fatto che l'articolo 588, secondo comma, codice civile, potrebbe essere utilizzato anche quando vi è un solo erede, mentre l'articolo 734 codice civile, avendo natura divisoria, implicherebbe invece, necessariamente, una pluralità di soggetti.

²⁵ **M.R. Morelli**, *La comunione e la divisione ereditaria*, Torino, 2011, 252 ss.

²⁶ **A. Burdese**, "*Institutio ex re certa*" e divisione fatta dal testatore (Sulla natura dell'atto divisorio), in Riv. dir. civ. 1986, II, 253.

²⁷ **G. Amadio**, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, op.cit. 243 ss.

²⁸ **G. Perlingieri**, *Heredis institutio ex re certa, acquisto di beni non contemplati nel testamento e art. 686 c.c.*, in Gazzetta Forense, 2011, 1, 15. Per l'autore: "l'istituzione di erede non sarebbe altro che un *posterius* rispetto all'attribuzione del cespite determinato."

Si deve comunque sottolineare che, secondo l'orientamento prevalente, le due figure si distinguono per il fatto che, nella prima fattispecie, non si ha necessariamente pre-determinazione delle quote, che occorrerà valutare "ex post" verificando il rapporto tra il valore delle "res certae" attribuite e l'intero patrimonio.

Proprio tale rapporto, da verificarsi successivamente all'apertura della successione, ha dato luogo a due questioni forse solo adesso in parte sopite: il rapporto con la successione legittima ed i beni sopravvenuti, ed il venir meno del bene attribuito ex articolo 588, secondo comma, codice civile.

3.1 *L'institutio ex re certa* e l'articolo 686 codice civile

Dobbiamo chiederci adesso cosa accada se il bene che il testatore attribuisce *ex re certa* sia venuto meno al tempo dell'apertura della successione.

Si deve comprendere come nell'ambito dell'*institutio ex re certa* la tematica della revoca del bene attribuito abbia una particolare rilevanza; infatti, se il bene definisce la quota di diritto spettante all'istituito, che cosa accade una volta che tale bene sia stato alienato o "trasformato"? L'istituito resta pur sempre chiamato all'eredità in quella quota astratta ma privo di attribuzione, oppure viene definitivamente a cadere la sua chiamata?

Si lascia facilmente intuire come la qualificazione della fattispecie sia di notevole rilevanza pratica anche per capire se si possa o meno applicare una serie di articoli a corredo della disciplina.

Resta di dubbia interpretazione se, in assenza di norme che contemplano la fattispecie, dal comportamento del testatore possa comunque desumersi la volontà implicita di determinare la caducazione dell'istituzione ereditaria del soggetto destinatario del bene determinato.

Secondo un illustre autore²⁹ si dovrebbe applicare all'*institutio ex re certa*, in via analogica, la norma stabilita in tema di legato dall'articolo 686 del codice civile; tale norma, prevede la revoca dell'attribuzione a titolo particolare in quanto, proprio sulla base dell'analisi della volontà del testatore, si desume che egli non voglia più beneficiare il legatario di quell'attribuzione.

Lo stesso autore ritiene che sia possibile estendere la portata applicativa dell'articolo 686 codice civile in quanto deve darsi preminenza al bene attribuito che funge da misura della quota; pertanto qualora il bene non vi sia più al momento di apertura della successione, non si potrà neppure determinare la quota in cui il beneficiario è stato istituito.

²⁹ **M.Talamanca**, *Successione testamentaria in Comm. Scialoja e Branca*, art.679-712, Bologna-Roma 1972, 172: *L'attribuzione della cosa determinata viene fatta sì in funzione dell'apporzionamento dell'asse ereditario, ma è volta a rimanere in primo piano. L'attribuzione della quota in tanto avviene in quanto avvenga l'attribuzione della res certa e nei limiti di quest'ultima attribuzione. Nell'istituzione ex re certa si ha quindi l'attribuzione di una cosa determinata e questa attribuzione rimane sempre in primo piano. Attribuzione di cosa determinata, come nel legato, in ordine al quale può verificarsi la presunzione di revoca disciplinata dall'articolo in esame. L'ulteriore funzione della suddetta attribuzione, di essere cioè in relazione ad un apporzionamento dell'asse ereditario, non mi sembra che possa impedire di scorgere nelle due fattispecie, l'eadem ratio. Così che sarei nettamente propenso ad ammettere, per l'heredis institutio ex re certa, l'estensione analogica dell'articolo in esame.*

Autorevole dottrina³⁰ ha criticato tale impostazione, ritenendo che non si possa estendere la disciplina dettata in ambito di legati ad un'attribuzione a titolo universale; tale dottrina, infatti attribuisce prevalenza all'istituzione ereditaria, conferendo all'*institutio* soltanto una funzione di apporzionamento.

Secondo questa prospettiva, dunque, l'atto di disposizione del testatore priva del suo oggetto l'attribuzione a titolo universale, ma non la stessa chiamata, e pertanto l'istituto potrà essere chiamato a concorrere su eventuali beni relitti e/o per il riparto dei debiti.

Una recente pronuncia della Suprema Corte³¹ assume una posizione netta tra le due posizioni sopra esposte, statuendo da un lato che non si possa applicare l'articolo 686 codice civile in quanto norma dettata in materia di legato, ma ritenendo dall'altro ritiene che non possa mantenersi l'istituzione, poiché l'assegnazione della *res certa* si pone in rapporto di mezzo a fine con l'istituzione ereditaria.

Tale sentenza si pone nel panorama giuridico come una mediazione tra due opposte esigenze, ovvero da un lato quella di tenere in considerazione la reale volontà del de cuius, e dall'altro quella di applicare le norme ai corretti istituti giuridici.

Questa impostazione della Suprema Corte, si pone in contrasto con altre pronunce giurisprudenziali³² in tema di divisione ereditaria, secondo cui istituzione e divisione sono figure distinte e non connesse da un rapporto di strumentalità; pertanto in caso di alienazione del bene attribuito in fase di divisione, l'istituzione rimarrà ferma e non verrà caducata dalla mancata presenza del bene attribuito al momento dell'apertura della successione.

3.2 I beni relitti ed i beni sopravvenuti: *quid iuris?*

Qualora dall'indagine interpretativa della disposizione testamentaria si concluda per ritenere che il lascito di beni determinati sia da qualificare come eredità ai sensi dell'articolo 588, secondo comma, codice civile, l'istituto ex re certa dunque sarà erede per una quota di eredità determinata dal valore dei beni assegnati in relazione al patrimonio considerato nella sua totalità al momento dell'apertura della successione o della testamenti factio³³.

³⁰ **G. Bonilini**, *op. cit.*, 27.

Secondo l'Autore "l'art. 686 c.c. è inapplicabile al caso in cui la quota d'eredità sia stata determinata in singoli beni, così detta *institutio ex re certa*: la loro alienazione o trasformazione, invero, non può comportare revocazione dell'istituzione d'erede dato che in essa è predominante non già l'attribuzione di beni, ma il riferimento alla quota."

³¹ Cass.Civ. Sezione VI, 17 marzo 2017 n. 6972

³² Per un approfondimento cfr. **G. CAPOZZI**, *Successioni e donazioni*, in *op. cit.* 85 e ss.

³³ **G. Amadio**, *L'oggetto della disposizione testamentaria*, in *Successioni e donazioni a cura di Rescigno*, I, Padova, 1994, 917 ss.

E' di rilevante importanza capire quale sia il momento a cui ancorare il calcolo del "tutto", poiché emergono differenze pratiche consistenti. Parte della dottrina³⁴ ritiene che la norma sembra far propendere, contrariamente all'opinione che appare dominare nel panorama giuridico³⁵, per l'idea che si debba tener conto del tempo di redazione del testamento.

Attraverso lo strumento dell'*institutio ex re certa* il testatore, pur senza indicare la quota astratta offerta al beneficiario, istituisce, comunque quest'ultimo erede, assegnandogli il bene od il complesso di beni determinato come quota del patrimonio. Tale forma di istituzione, seppure in via indiretta, assolve la medesima funzione di una qualsiasi disposizione testamentaria istitutiva in quota espressa. Il testatore è dunque libero di istituire i propri eredi in quote determinate od inesprese; tuttavia, secondo la dottrina che qui si riporta, non sarebbe rispettata la volontà del testatore se la misura della quota fosse valutata "a posteriori", in quanto il testatore, nel momento in cui ha istituito eredi, aveva in mente una certa rappresentazione del suo patrimonio.

Tale posizione si pone in linea di rottura con la dottrina maggioritaria³⁶ che invece ritiene che l'operare dell'*institutio ex re certa* abbia luogo solo facendo riferimento, come base di calcolo, al momento di apertura della successione, poiché altrimenti il chiamato sarebbe istituito in una quota determinata del patrimonio.

Questa tematica, tuttavia, per quanto controversa, introduce un più grande problema, ossia quello relativo ai beni sopravvenuti.

Ci si chiede dunque quale sia la sorte dei beni sopravvenuti, ovvero di quei beni di cui il testatore non ha disposto, o perché li abbia volutamente omessi, o perché essi non facevano ancora parte del suo patrimonio.

Il tema è stato affrontato in modo compiuto sia in dottrina che in giurisprudenza, e si sono avvicinate una serie di teorie che hanno contemplato quasi tutte le possibili ipotesi.

Si comprende facilmente che qualora il riferimento per la determinazione della quota sia previsto nella formula del lascito non si porranno problemi di riparto dei beni sopravvenuti; i problemi si porranno invece se il testatore utilizzerà formule quali ad esempio, "*Lascio a Caio in relazione a quanto previsto dall'articolo 588, secondo comma, codice civile, quale quota del mio patrimonio, il bene X*".

³⁴ **V. Barba**, *Istituzione ex re certa e divisione fatta dal testatore*, in Riv. Dir. Civ., 2012, 1, 20053.

Per comprendere meglio la fattispecie l'A espone un esempio: "Il tempo di riferimento del tutto, assume una straordinaria importanza al punto che la misura astratta della quota dell'istituito mediante l'indicazione di un bene determinato, potrebbe essere sensibilmente diversa a seconda che si debba fare riferimento al tempo di confezione del testamento a quello dell'apertura della successione. Ipotizzando che nel primo Tizio sia titolare dei beni X, Y e z e che nel secondo sia invece titolare dei beni X, Y, W e K, è ovvio che una istituzione ex certa re relativa al bene consentirà di attribuire al beneficiario una quota astratta diversa a seconda che si abbia riferimento all'uno o all'altro tempo. Perché nell'un caso, il valore della quota astratta è data dal rapporto x/xyz e nell'altro da $x/xywk$. Ciò sta a significare, supponendo, per esemplificazione che tutti i beni valgano 10, nel primo caso la quota astratta sarebbe $1/3$ e nel secondo $1/4$.

³⁵ **L.Mengoni**, *L'istituzione di erede "ex re certa" secondo l'art. 588, 2° comma, c.c.*, in Riv. trim. d. proc. civ., 1948, 748.

³⁶ **G.Amadio**, *L'oggetto della disposizione testamentaria*, in Successioni e donazioni a cura di Rescigno, I, Padova, 1994, 917 ss.

In fattispecie del genere, viene da chiedersi quale sia la sorte dei beni sopravvenuti alla redazione del testamento.

Si discorre quindi della cosiddetta "*vis expansiva*", ovvero della capacità dell'erede di raccogliere a sé tutti i beni dell'eredità in proporzione al valore della quota.

Un primo orientamento³⁷ ritiene che l'istituito ex re certa non partecipi al riparto dei beni sopravvenuti e che questi debbano essere assegnati esclusivamente agli eredi legittimi, aprendosi dunque la concorrente successione legittima³⁸.

I beni non contemplati nel testamento, pertanto, si devolvrebbero secondo le norme di cui all'articolo 457, secondo comma, codice civile, visto che il lascito di beni determinati vale sì come lascito a titolo universale ex articolo 588, secondo comma, codice civile, ma l'attribuzione deve comunque ritenersi limitata all'entità patrimoniale sussistente al momento della "testamenti factio".

In tal senso si ravvisa anche un orientamento giurisprudenziale³⁹ che ha statuito che laddove il testatore abbia assegnato a titolo universale solo una parte del suo patrimonio, in conformità ai principi che governano la materia, per la restante parte si avrà concorso tra successione legittima e testamentaria.

Secondo questo orientamento, insomma, mancherebbe una diversa volontà del testatore che faccia propendere per disporre in maniera diversa dall'apertura della successione legittima⁴⁰; ed a sostegno di tale opinione si adduce la norma prevista dall'articolo 734, secondo comma, codice civile, secondo cui se nella divisione testamentaria non sono ricompresi tutti i beni del testatore, quelli che non sono contemplati sono attribuiti conformemente alla legge, salvo che risulti una diversa volontà del testatore. Altra dottrina⁴¹ fa un'indagine di carattere generale, considerando la "*vis expansiva*" come un principio che governa la materia nell'ambito della successione a titolo universale e sostenendo pertanto che se l'istituito ex re certa viene considerato quale erede, allora allo stesso non potrà che applicarsi il suddetto "status" giuridico, con tutte le conseguenze che ne derivano. Qualora si argomentasse in modo contrario, allora l'istituito ex articolo 588, secondo comma, codice civile, dovrebbe essere qualificato come un legatario.

³⁷ **D.Barbero**, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1951, 821.

Questa tesi è molto legata alla funzione che l'institutio ex re certa aveva nel diritto romano, nel quale valeva ad istituire un soggetto erede limitando ad essa l'acquisto.

³⁸ **G.Gazzara**, v. *Divisione Ereditaria*, in Enc. D., XIII, Milano, 1964, 436.

³⁹ Cass. Civ. 23 marzo 1963, n. 737; Cass. Civ. 9 febbraio 1977, n.574

⁴⁰ In tal senso cfr. anche **Gangi**, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1960, 381.

⁴¹ **A. Trabucchi**, *Istituzione di diritto civile*, Padova, 2013, 862; **V. Barba**, *Istituzione ex re certa e divisione fatta dal testatore*, in Riv. Dir. Civ., 2012, 1, 20053.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴² sono recentemente intervenute in questo vasto panorama, e con tale Sentenza hanno statuito che "In tema di delazione dell'eredità, non vi è luogo alla successione legittima agli effetti dell'articolo 457, secondo comma, codice civile, in presenza di disposizione testamentaria a titolo universale, sia pur in forma di *institutio ex re certa*, tenuto conto della forza espansiva della stessa per i beni ignorati o sopravvenuti"

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno dunque ritenuto la piena compatibilità dell' "accrescimento" nell'ambito dell'istituto in esame, richiamando un principio già espresso in un precedente pronunciato⁴³ in cui si faceva leva sul fatto che la posizione dell'istituto *ex re certa* non fosse dissimile da quella dell'erede istituito senza determinazione di quota in favore del quale opera senz'altro la cosiddetta "vis espansiva" della delazione testamentaria, che riguarda anche i beni ignorati o sopravvenuti.

Alla luce di quanto sopra esposto, si comprende come tali tematiche risentano anche della teoria a cui si ritiene di aderire.

Infatti, qualora si aderisse alla teoria per cui l'articolo 588, secondo comma, codice civile, sia solo un criterio interpretativo, allora si dovrebbe concludere che nel caso in cui venga meno il bene l'istituzione dovrebbe restare ferma, e l'istituto dovrebbe concorrere nel riparto dei beni sopravvenuti: cadrebbe cioè l'attribuzione, ma non l'istituzione.

Qualora invece si dovesse sostenere che la norma in esame sia una figura a sé stante, allora, mancando la preventiva istituzione ereditaria, si dovrebbe concludere ritenendo che con il venir meno del bene cadrebbe anche l'istituzione, e che l'istituto non dovrebbe concorrere nel riparto.

Si precisa infine che se si dovesse ritenere che i beni fossero stati attribuiti a titolo di legato, nemmeno si porrebbe la problematica sopra esposta poichè, per sua natura, il legato non beneficia in alcun modo della forza espansiva proprio dei caratteri dell'eredità.

4. Conclusioni

Si comprende come la tematica in oggetto sia densa di sfaccettature e sia analizzabile da vari angoli visuali. Tuttavia l'elemento che fa da *fil rouge* a tale istituto, è l'analisi della volontà testamentaria.

L'interpretazione è ciò che accomuna i giuristi, siano essi notai, magistrati, od avvocati, nel capire la *ratio legis* di alcune norme, e, infatti, vi sono vari tipi di interpretazioni utilizzabili; in ambito successorio vengono però in rilievo altre regole, spesso extra testuali, considerando il fatto che l'istituto di cui all'articolo 588, secondo comma, codice civile, è considerato, come prima esposto, esso stesso un criterio interpretativo.

⁴² Cass, Civ. Sez. Un., 28 giugno 2018 n.17122.

Nella specie la Suprema Corte ha ritenuto che l'erede testamentario fosse succeduto nella proprietà della cappella realizzata in esecuzione di un onere apposto all'istituzione di erede ed al legato, essendo indifferente chi, tre erede e legatario, l'avesse concretamente realizzata.

⁴³ Cass. Civ., sez. II, 11 giugno 2015 n. 12158

Come scrive un noto giurista⁴⁴: *"Ciò che muta rispetto all'interpretazione della legge e del contratto, non è tanto la difficile dinamica tra testo e contesto, tra dato letterale e dato funzionale, quanto la prospettiva attraverso la quale si deve svolgere l'indagine con la consapevolezza che quel testo ha, a differenza degli altri, il fragile tratto della definitiva ed assoluta irripetibilità."*

L'interpretazione giuridica resta sempre divisa tra un dato funzionale, euristico, ed un dato letterale, vincibile e superabile⁴⁵.

Il notaio che riceve un testamento o il giurista che lo interpreta ex post dovrà dunque fare un'indagine sulla reale volontà del testatore e tradurla in piena aderenza alla volontà dello stesso testatore.

Le problematiche interpretative poste dall'articolo 588 codice civile non potranno mai essere sopite, ma certamente modalità redazionali equivoche ed ambigue non consentiranno mai il conseguimento di risultati certi e soddisfacenti

Ed è indubbio che tali problematiche, nella pratica, si riferiscono soprattutto al testamento olografo in quanto nel ricevere un testamento pubblico, il notaio dovrà e saprà adeguare la volontà del testatore decodificandola in modo tale da non ingenerare dubbi sul tipo di lascito che lo stesso testatore intende attuare, e dovrà e saprà evitare l'utilizzo di espressioni ambigue esercitando al meglio la sua funzione di adeguamento con una tecnica redazionale inequivoca e tale da non ingenerare dubbi circa la qualifica di disposizione a titolo universale od a titolo particolare da attribuirsi alla volontà del testatore.

⁴⁴ **E. Betti**, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Tratt. Mass, Torino, 1960, 370.

⁴⁵ **W. Bigiavi**, *Istituzione ex re certa e divisione del testatore*, in Riv. Dir. Civ, 1, 2012, 56.