



# Accademia

Rivista dell'Associazione dei civilisti italiani

Direttore: *Vincenzo Cuffaro*

numero **due** Maggio - Agosto 2023

- **CONFRONTI**

*Salvatore Patti, Carmelita Camardi, Claudio Scognamiglio, Paola Iamiceli, Pasquale Femia, Pietro Sirena, Carlo Granelli, Matilde Girolami, Alberto Maria Benedetti, Roberto Senigaglia, Nicolò Lipari, Filippo Nappi*

- **ORIENTAMENTI**

*Luigi Rovelli, Riccardo Omodei Salè, Martina D'Onofrio, Carolina Magli*

- **OPINIONI**

*Valentina Di Gregorio, Giulia Donadio, Andrea Dalmartello, Massimo D'Auria, Alfio Guido Grasso*

- **INTERSEZIONI**

*Andrea Barenghi, Lucia Bozzi, Maria Vita De Giorgi, Pasquale Femia, Roberto Conti, Antonio Ruggeri, Tommaso dalla Massara*

- **OSSERVATORI**

*Angelo Venchiarutti, Mauro Grondona*

**Direttore editoriale/Editor-in-chief:**

Vincenzo Cuffaro – Università di Roma Tre

**Vicedirettore/ Deputy director:**

Claudio Scognamiglio – Università di Roma Tor Vergata

**Comitato Editoriale/Editorial Board:**

Maria Astone – Università di Messina  
Angelo Barba – Università di Siena  
Francesca Bartolini – Università Link di Roma  
Elena Bargelli – Università di Pisa  
Ettore Battelli – Università di Roma Tre  
Elena Bellisario – Università di Roma Tre  
Claudia Benanti – Università di Catania  
Valentina Calderai – Università di Pisa  
Carmelita Camardi – Università Ca' Foscari di Venezia  
Francesca Cristiani – Università di Pisa  
Massimo D'Auria – Università di Siena  
Andrea Dalmartello – Università di Milano Statale  
Matteo Dellacasa – Università di Pavia  
Valentina Di Gregorio – Università di Genova  
Chiara Favilli – Università di Pisa  
Fulvio Gliotti – Università Magna Graecia di Catanzaro  
Mauro Grondona – Università di Genova  
Enrico Minervini – Università di Napoli Federico II  
Filippo Nappi – Università di Napoli Parthenope  
Riccardo Omodei Salè – Università di Verona  
Stefano Pagliantini – Università di Siena  
Teresa Pasquino – Università di Trento  
Enrico Quadri – Università di Napoli Federico II  
Francesco Ricci – Università LUM G. Degennaro  
Nicola Rizzo – Università di Pavia  
Francesco Sangermano – Università di Roma Tor Vergata  
Pietro Sirena – Università Bocconi di Milano  
Anna Scotti – Università di Napoli Federico II

**Comitato di Redazione/Editorial Staff:**

Edoardo Bacciardi – Università di Pisa  
Anna De Bellis – Università Ca' Foscari di Venezia  
Luigi Buonanno – Università Bocconi di Milano  
Francesca Cerea – Università di Bergamo  
Martina D'Onofrio – Università di Siena  
Andrea Maria Garofalo – Università di Trento  
Antonello Iuliani – Università di Siena  
Donato Maria Matera – Università LUM G. Degennaro

Mario Natale – Università di Foggia  
Susanna Sandulli – Università di Roma Tre  
Daniela Santarpia – Università di Siena  
Elisa Stracqualursi – Università di Pisa  
Franco Trubiani – Università di Napoli Parthenope

**Comitato dei Garanti per la valutazione scientifica/Referee Committee:**

Guido Alpa – Università di Roma La Sapienza  
Aurelio Gentili – Università di Roma Tre  
Gianni Iudica – Università Bocconi di Milano

**Valutatori/Referee**

Enrico Al Mureden (Università di Bologna) – Francesco Astone (Università di Foggia) – Fabio Bravo (Università di Bologna) – Enrico Camilleri (Università di Palermo) – Giovanna Capilli (Università telematica San Raffaele, Roma) – Donato Carusi (Università di Genova) – Claudio Colombo (Università di Sassari) – Maria Vita De Giorgi (Università di Ferrara) – Luca Di Donna (Università di Roma La Sapienza) – Paolo Gaggero (Università di Roma La Sapienza) – Lara Modica (Università di Palermo) – Andrea Nervi (Università di Sassari) – Fabrizio Piraino (Università di Palermo) – Massimo Proto (Università Link di Roma) – Giorgio Resta (Università di Roma Tre) – Lilliana Rossi Carleo (Università di Roma Tre) – Michele Sesta (Università di Bologna).

I contributi sono sottoposti alla procedura di revisione anonima (*single blind peer-review*) nel rispetto dei criteri indicati nell'art. 9 del vigente regolamento Anvur.

© Copyright 2023 – Accademia Rivista dell'Associazione dei Civilisti Italiani

Iscrizione al R.O.C. n. 6269  
Rivista online in open access periodicità quadrimestrale  
ISSN 2974-8755

Direzione e Redazione:  
Roma

Produzione e distribuzione  
Pacini Editore srl – Via Gherardesca 1 – 56121 Pisa Ospedaletto  
– tel. 050 313011



### Questioni ancora attuali in tema di *institutio ex re certa*



Martina D'Onofrio

**SOMMARIO:** 1. Recenti orientamenti in tema di *institutio ex re certa*. – 2. La differenza tra *institutio ex re certa* e legato. – 3. La sorte dei beni esclusi dal testamento. – 4. La sorte dell'istituzione *ex re certa* a seguito del venir meno dei beni attribuiti. – 5. Conclusioni: la decisività del criterio della esistenza e conoscenza dei beni.

#### 1. Recenti orientamenti in tema di *institutio ex re certa*

La figura dell'*institutio ex re certa*, prevista dal nostro codice all'art. 588, comma 2<sup>1</sup>, ancor oggi non ha smesso di suscitare le riflessioni degli interpreti con riguardo a numerosi punti controversi della sua disciplina.

Invero, in una serie di pronunce giurisprudenziali, la Suprema Corte è intervenuta a dirimere conflitti sviluppatasi, in specie, in merito a tre aspetti, su cui si tenterà di fare luce nel prosieguo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L'art. 588, comma 2, c.c. dispone che «l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio». Sulla *institutio ex re certa* si vedano, anzitutto MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 1 ss.; DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, in *Il codice civile. Commentario* fondato e già diretto da SCHLESINGER, continuato da BUSNELLI, Milano, 2005, 167 ss.; GERBO, *L'“institutio ex re certa”. Contributo per una rilettura critica degli articoli 457 e 558 del codice civile*, Milano, 2011. Da ultimo, si sofferma approfonditamente sul tema, VENTURELLI, *Divisione testamentaria incompleta e “vis expansiva” della “institutio ex re certa”*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 542 ss.

<sup>2</sup> Da ultimo, Cass. 5 agosto 2022, n. 24310. Precedentemente, Cass. 31 dicembre 2021, n. 42121, in *Fam. dir.*, 2022, 761 ss., con nota di BARBA, *“Institutio ex re certa”, funzione istitutiva e virtù espansiva*; Cass. 9 aprile 2021, n. 9487; Cass. 3 luglio 2019, n. 17868, in *Giur. it.*, 2020, 2417 ss., con nota di GERBO, *La c.d. “vis expansiva” dell’“institutio ex re certa”*; Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17122; Cass. 11 giugno 2015, n. 12158.

Un gruppo di sentenze ha tentato di tratteggiare i criteri utili a guidare l'interprete nella qualificazione di una disposizione testamentaria in termini di legato, ovvero di istituzione di erede *ex re certa*<sup>3</sup>.

Altre decisioni sono invece dedicate a criticità che si pongono a seguito della qualificazione delle disposizioni in termini di *institutiones ex re certa*<sup>4</sup>.

In particolare, qualora il defunto nell'atto di ultima volontà abbia tralasciato alcuni beni, ovvero allorché la consistenza dell'asse abbia subito variazioni tra il momento della redazione della scheda e quello della morte, dubbi si sollevano in merito alla sorte dei beni non contemplati da un testamento contenente un'istituzione di erede mediante indicazione di beni determinati.

Si tratta di una situazione che sovente si presenta quando vi siano beni sopravvenuti rispetto alla scrittura della scheda testamentaria ovvero in quel momento ignorati dal *de cuius*. A tal proposito, è necessario comprendere se in questi casi, con riguardo a tali cespiti, si apra la successione legittima, ovvero si accrescano le quote degli istituiti *ex re certa*.

Infine, altri problemi nascono allorché – tra il momento della redazione del testamento e l'apertura della successione – la consistenza del patrimonio del defunto si modifichi in difetto, a causa della fuoriuscita dall'asse di beni oggetto dell'istituzione *ex re certa*, in seguito ad alienazione, distruzione o altre cause che coinvolgano i medesimi<sup>5</sup>.

Sembra quindi utile cercare di mettere in luce gli approdi cui la Suprema Corte è giunta con riguardo ai profili appena menzionati.

## 2. La differenza tra *institutio ex re certa* e legato

Al fine di affrontare le questioni sopra delineate, pare anzitutto necessario chiarire gli snodi del ragionamento che occorre condurre per comprendere se un'attribuzione testamentaria si configuri in termini di *institutio ex re certa* ovvero di legato e prospettare i criteri che debbono guidare l'interprete nella scelta dell'una o dell'altra qualificazione<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Tra cui, di recente, Cass. 5 marzo 2020, n. 6125, in *Fam. dir.*, 2022, con nota di DONATO, *Principi di autonoma interpretazione del testamento e 'heredis institutio ex re certa'*.

<sup>4</sup> Si vedano anzitutto, di recente, Cass. 5 agosto 2022, n. 24310; Cass. 31 dicembre 2021, n. 42121, in *Fam. dir.*, 2022, 761 ss.; Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17122; Cass. 11 giugno 2015, n. 12158.

<sup>5</sup> Su questo aspetto, si è soffermata Cass. 17 marzo 2017, n. 6972, in *Dir. fam. succ.*, 2019, 595 ss., con nota di PERNICE, *'Institutio ex certa re' e revocabilità ex art. 686 c.c.*

<sup>6</sup> Sulla questione, cfr. in particolare GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1952, 363 ss.; ID., *Istituzione di erede e legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1929, 1 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*<sup>2</sup>, I, Milano, 2002, 51 s.; G. PERLINGIERI, *'Heredis institutio ex certa re', acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 459 ss. Nell'ambito di uno studio sul rapporto tra *institutio ex re certa* e divisione del testatore, si sofferma sugli elementi identificativi della prima AMADIO, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in *Riv.*

Com'è noto, il legislatore del '42 non ha previsto norme specifiche in tema di interpretazione del testamento, sicché giurisprudenza e dottrina hanno a lungo cercato di colmare la lacuna mediante le riflessioni che di seguito ci si propone di compendiare.

A tal proposito, può rappresentare un punto di partenza il paragrafo della Relazione al Re in cui viene trattata questa materia. Ivi si legge che «la intenzione del testatore d'assegnare beni determinati come quota del patrimonio deve essere desunta coi comuni criteri di interpretazione della volontà testamentaria»<sup>7</sup>.

In assenza di norme *ad hoc* sul testamento, la giurisprudenza ha – anche di recente – riconosciuto l'applicabilità dei canoni indicati agli artt. 1362 ss. c.c., riguardanti l'interpretazione del contratto, anche in materia testamentaria, per quanto compatibili<sup>8</sup>.

Per ciò che attiene alle disposizioni testamentarie, l'attività interpretativa deve essere in primo luogo volta a ricercare la volontà del testatore, come suggerisce – *mutatis mutandis* – l'art. 1362 c.c.; peraltro, occorre avere riguardo alle intenzioni che egli aveva al momento dell'atto, mentre vi è chi nega la legittimità di un'interpretazione evolutiva riferita alla condotta tenuta in epoca successiva rispetto alla redazione della scheda<sup>9</sup>.

Non decisiva è invece la lettera del testamento, come si può altresì evincere dall'art. 588 c.c., ove si stabilisce che la qualificazione di disposizione a titolo universale ovvero a titolo particolare va attribuita in base al contenuto della stessa, «qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore»<sup>10</sup>. Si tratta quindi di una questione di pura interpretazione del testamento, che deve basarsi su qualsiasi elemento utile a cogliere l'autentica volontà del defunto, a prescindere dall'eventuale terminologia impiegata da quest'ultimo.

Inoltre, alla stregua di quanto prevede l'art. 1363 c.c. per l'ambito contrattuale, le disposizioni non devono essere interpretate in maniera isolata: al contrario, occorre tenere conto del contesto complessivo della scheda testamentaria<sup>11</sup>.

---

*dir. civ.*, 1986, I, 244 ss.; su cui BURDESE, *'Institutio ex re certa' e divisione testamentaria (sulla natura dell'atto divisorio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 465 ss.; sul punto, successivamente, anche G. SALVI, *Note in tema di 'institutio ex re certa' e divisione testamentaria. L'assegnazione di quota di società di persone*, in *Dir. fam. succ.*, 2016, 822 ss. Di recente, F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2022, 42 ss.; BOSELLI, *Sui criteri di ermeneutica testamentaria*, in *Fam. dir.*, 2021, 830 ss.; MEGLIO, *Sui rapporti tra erede 'ex re certa' e legatario: la scheda testamentaria quale 'caput et fundamentum' dell'ermeneutica*, in *Familia*, 2020, 355 ss.; CACCETTA, *'L'institutio ex re certa': eredità o legato? La storia infinita*, in *Vita not.*, 2020, 495 ss.; PERNICE, *'Institutio ex certa re' e revocabilità ex art. 686 c.c.*, in *Dir. fam. succ.*, 2019, 599 ss.

<sup>7</sup> Questo estratto del n. 286 della Relazione al Re è reperibile nella ristampa *Relazione del Ministro guardasigilli al codice civile*, a cura di ROSSI e VASSANELLI, Verona, 2018, 214 s.

<sup>8</sup> L'applicabilità degli artt. 1362 ss. c.c. in quanto compatibili è pressoché pacifica. Per tutte, si veda Cass. 5 marzo 2020, cit. Nella giurisprudenza di merito, si è recentemente soffermata sul punto Trib. Monza 24 aprile 2020, in *Fam. dir.*, 2021, 827 ss., con nota di BOSELLI, *Sui criteri di ermeneutica testamentaria*.

<sup>9</sup> F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 34.

<sup>10</sup> Così, letteralmente, l'art. 588 c.c.

<sup>11</sup> F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 35.

Eventuali dubbi in merito ai caratteri della disposizione che dovessero residuare potrebbero poi essere chiariti mediante qualunque mezzo di prova<sup>12</sup>.

A tal fine non sembra invece rilevante la quantità dei beni attribuiti: potrebbe infatti configurare un'istituzione di erede *ex art.* 588, comma 2, c.c. anche quella riguardante un'esigua quota del patrimonio del disponente<sup>13</sup>.

Si precisi che ancor diversa è poi la situazione nella quale la menzione di determinati beni rappresenti soltanto un'esemplificazione della composizione della quota. Si deve ritenere che in tali ipotesi non venga in rilievo il comma 2 dell'art. 588 c.c., bensì il comma 1, in quanto si tratterebbe di una normale istituzione di erede *pro quota* e l'indicazione dei beni avrebbe mero valore dimostrativo<sup>14</sup>.

In dottrina si è talvolta sostenuto che – alla luce della formulazione dell'art. 588, comma 2, c.c. – si debba considerare l'istituzione *ex re certa* una fattispecie eccezionale rispetto alla regola in base alla quale, ove il testatore faccia riferimento a beni determinati, si tratterebbe di una disposizione a titolo particolare. Sicché, nel dubbio in merito alla natura dell'attribuzione, in assenza di elementi che depongano univocamente nell'uno o nell'altro senso, si dovrebbe propendere per la qualificazione in termini di legato<sup>15</sup>.

Tale impostazione non è peraltro accolta dalla giurisprudenza più recente e da altri autori, secondo i quali non operano automatismi e l'interpretazione in un senso o nell'altro andrebbe rimessa *in toto* all'indagine dell'intenzione del testatore nel caso concreto<sup>16</sup>.

Nondimeno, la scelta tra la qualificazione in termini di *institutio ex re certa* ovvero di legato consiste in un apprezzamento di fatto, non censurabile in sede di cassazione se adeguatamente motivato<sup>17</sup>.

Orbene, la qualificazione della disposizione testamentaria in termini di istituzione *ex re certa* solleva poi una serie di dubbi, per sciogliere i quali – come si ambisce a dimostrare – un ruolo centrale assume la costante ricerca della volontà del *de cuius*.

<sup>12</sup> In questo senso CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, XLII.1, Milano, 1954, 24.

<sup>13</sup> MENGONI, *L'istituzione di erede 'ex certa re' secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 765 ss.

<sup>14</sup> Così precisa BONILINI, *'Institutio ex re certa' e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 534.

<sup>15</sup> In questo senso, MENGONI, *L'istituzione di erede 'ex certa re' secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, cit., 758, afferma che «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». Successivamente, BONILINI, BASINI, *I legati*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2003, 27; M. CACCETTA, *L'istitutio ex re certa: eredità o legato? La storia infinita*, cit., 500. Nella giurisprudenza di merito, di recente Trib. Monza 24 aprile 2020, cit.

<sup>16</sup> Negano che l'*institutio ex re certa* abbia carattere di norma eccezionale, tra i molti, TRABUCCHI, voce *Legato (dir. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 609; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Successioni* 2, II, *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, Torino, 1997, 143 s.

<sup>17</sup> Cass. 14 aprile 1992, n. 4527, in *Riv. not.*, 1992, 909; Cass. 5 marzo 2020, n. 6125, cit.

### 3. La sorte dei beni esclusi dal testamento

Una volta assodato che una determinata disposizione non attribuisce un legato, bensì una quota dell'universalità, occorre chiedersi che cosa accada allorché il testamento, contenente un'*institutio ex re certa*, manchi di prendere in considerazione alcuni cespiti presenti nella massa ereditaria.

In particolare, ci si deve domandare come debbano essere suddivisi i beni taciuti nel negozio testamentario, a quel tempo ignorati, ovvero a esso sopravvenuti.

Tre sarebbero astrattamente le possibilità: attribuire l'intero patrimonio ai soggetti indicati nella scheda testamentaria come destinatari di determinati beni che rappresentino una quota, ovvero conferire tutti i beni residui agli eredi legittimi, oppure assegnarne una parte a questi ultimi e altra all'*institutio ex re certa*, in proporzione alle rispettive quote.

La prima tesi si fonda principalmente sulla presenza nel testamento di una vocazione a titolo universale che sarebbe preclusiva rispetto alla successione legittima, in forza dell'art. 457, comma 2, c.c., in base al quale «non si fa luogo a successione legittima se non quando manchi, in tutto in parte, la successione testamentaria».

Ebbene, secondo tale orientamento, l'operatività congiunta della successione testamentaria e di quella legittima sarebbe relegata all'ipotesi in cui il negozio *mortis causa* contenga soltanto disposizioni a titolo particolare, che sarebbero prive della *vis expansiva* per estendersi ai beni non espressamente menzionati dal *de cuius*<sup>18</sup>.

D'altra parte, se si negasse all'*institutio ex re certa* l'attitudine a espandersi ad altri beni, si differenzerebbe lo statuto dell'erede testamentario istituito *ex re certa* da quello dell'erede designato mediante l'indicazione di una quota e dal successore legittimo, in spregio al principio dell'unicità dello *status* di erede, qualsiasi sia la fonte della delazione. La *vis expansiva* è invero un «carattere essenziale» dell'istituzione di erede<sup>19</sup>.

Alla luce di ciò, secondo la ricostruzione appena descritta, i beni non contemplati dovrebbero essere assegnati *in toto* agli eredi testamentari, in proporzione alle quote loro

---

<sup>18</sup> Tale opinione è sostenuta, in particolare da BONILINI, *'Institutio ex re certa' e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, cit., 536 ss.; G. PERLINGIERI, *'Heredis institutio ex certa re', acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 c.c.*, cit., 465 ss., il quale tuttavia apre alla possibilità di assegnare una parte dei beni agli eredi legittimi ove l'esclusione dal testamento sia stata volontaria.

<sup>19</sup> Qualifica in tali termini la forza espansiva dell'istituzione di erede CAPOZZI, *Successioni e donazioni*<sup>2</sup>, cit., 52. Sull'essenzialità della *vis expansiva* anche BONILINI, *'Institutio ex re certa' e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, cit., 536 ss. Sulla necessaria idoneità della chiamata ereditaria, anche *ex re certa*, a raccogliere potenzialmente la totalità dei beni, si veda, per tutti, MENGONI, *L'istituzione di erede 'ex certa re' secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, cit., 742. In epoca successiva BASINI, *'Lasciti' di beni determinati, ed istituzione di erede 'ex re certa'*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 243 ss.

assegnate, privando gli eredi legittimi di qualsivoglia pretesa nei confronti della massa ereditaria<sup>20</sup>.

Nondimeno, si deve considerare che nel nostro sistema giuridico si è oramai affermata pacificamente nella giurisprudenza recente l'ammissibilità del concorso tra *institutio ex re certa* e successione legittima, allorché il *de cuius* non disponga di tutte le proprie sostanze per testamento<sup>21</sup>.

Nel solco di questa ricostruzione, alcuni autori hanno riconosciuto la possibilità per l'istituto *ex re certa* di ottenere – oltre ai beni specificamente attribuiti – una quota di quelli esclusi dal testamento, allorché lo stesso soggetto, oltre a essere erede testamentario, sia anche chiamato in base alle norme sulla successione legittima<sup>22</sup>.

Diversa tesi afferma invece che l'indicazione dei beni specifici nella disposizione che istituisce un erede *ex re certa*, oltre a rappresentare la quota spettante al medesimo, debba segnare anche il limite delle attribuzioni a favore di quel soggetto e che quindi, allorché alcuni cespiti non siano stati menzionati nel testamento, si apra – con riguardo a questi soltanto – la successione legittima<sup>23</sup>.

Si tratta probabilmente di un retaggio del diritto romano di epoca giustiniana, ove si era stabilito che agli istituiti *ex re certa* spettassero solo e soltanto i beni a loro attribuiti, mentre le altre poste attive o passive dovessero essere attribuite agli eredi istituiti *ex quota*<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> La Suprema Corte in alcune pronunce, ossia Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17122; Cass. 11 giugno 2015, n. 12158, ha effettivamente negato il concorso tra eredi legittimi e testamentari; tuttavia, è dubbia l'assimilabilità dei casi ivi trattati a quelli che qui ci occupano, come sottolinea la successiva Cass. 31 dicembre 2021, n. 42121, cit.

<sup>21</sup> Così, di recente, Cass. 31 dicembre 2021, n. 42121, cit.; Cass. 9 aprile 2021, n. 9487; Cass. 3 luglio 2019, n. 17868, in *Giur. it.*, 2020, 2417 ss., con nota di GERBO, *La c.d. 'vis expansiva' dell' 'institutio ex re certa'*. In questo senso si erano già espressi MENGONI, *L'istituzione di erede 'ex certa re' secondo l'art. 588, comma 2, c.c., cit.*, 767 s.; TRABUCCHI, in nota a Cass. 23 marzo 1963, n. 737, in *Foro it.*, 1964, I, 185 s.

<sup>22</sup> Svolgono tale precisazione CAPOZZI, *Successioni e donazioni*<sup>2</sup>, cit., 52; BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1993, 111 s.; Id., *Il testamento*, cit., 145 s.

<sup>23</sup> Attribuisce ai successori legittimi la parte di patrimonio su cui il testatore non si è espresso Cass. 23 marzo 1963, n. 737, in *Foro it.*, 1964, I, 185 ss., con nota critica di TRABUCCHI. In dottrina, così D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*<sup>3</sup>, II, Torino, 1951, 821 ss.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1952, 381; BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, cit., 111 s.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*<sup>2</sup>, cit., 53 s. Con riguardo allo stesso problema nel contesto della divisione, così GAZZARA, voce *Divisione ereditaria*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 436.

<sup>24</sup> Così si evince da un passo del codice giustiniano, C. 6.24.13 (a. 529), secondo la ricostruzione di BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino, 1993, 655. Per un approfondimento in merito alla storia della figura dell'*institutio ex re certa*, si veda ZANON, *L'oggetto della disposizione testamentaria*, in *La ricostruzione della volontà testamentaria*, a cura di VINCENTI, Padova, 2005, 18 ss.



Peraltro, si deve considerare che siffatta ricostruzione si colloca in un contesto giuridico totalmente diverso da quello attuale. All'esito descritto si è giunti infatti soltanto in epoca post-classica. Invero, nel diritto romano arcaico la *heredis institutio ex certa re* era inizialmente ritenuta nulla *tout court*, poiché si giudicava contraddittorio il fatto che all'erede, che succedeva in *universum ius*, venissero attribuiti singoli beni.

Soltanto in epoca classica si ammise anzitutto la validità dell'istituzione di erede, salvo considerare nulla la specificazione della *certa res* e, in un tempo ancora successivo, si aprì alla possibilità che l'*arbiter*, in sede di divisione, nel contesto dell'*actio familiae erciscundae* tenesse conto delle attribuzioni per procedere alla distribuzione dell'asse ereditario ai successori<sup>25</sup>.

Non sembra quindi possibile trarre da quanto descritto argomenti utili nell'attuale discussione in merito alla sorte dei beni non contemplati nel testamento.

Nondimeno, nessuna di queste due tesi è stata accolta dalla Cassazione, la quale – sollecitata più volte sul punto negli ultimi tempi – si è invece attestata su una posizione intermedia, che rimette all'interpretazione della volontà del testatore la soluzione della questione se i beni residui debbano essere devoluti agli eredi testamentari istituiti *ex certa re*, ovvero se gli stessi vadano attribuiti agli eredi legittimi<sup>26</sup>.

Il problema di fondo sta quindi nel comprendere se il testatore abbia inteso nominare l'istituito *ex re certa* erede per la totalità dei propri averi, ovvero limitatamente ai beni espressamente menzionati<sup>27</sup>.

La ricostruzione che si ritiene maggiormente fondata prevede che, *a posteriori*, si debbano calcolare le quote matematiche corrispondenti a ogni istituzione *ex re certa*, considerando il valore dei beni indicati in rapporto al patrimonio complessivo del *de cuius* al momento della redazione del testamento, al netto dei legati. Una volta evinte le quote, risulta agevole comprendere se rimanga o meno spazio per la successione legittima<sup>28</sup>.

Se la somma delle frazioni matematiche dovesse integrare la totalità del patrimonio, nulla spetterebbe agli eredi legittimi. Anche nelle ipotesi in cui – tra la redazione del testamento e l'apertura della successione – dovessero sopravvenire ulteriori beni, questi

<sup>25</sup> MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 620.

<sup>26</sup> Di recente, così anche F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 45 ss.

<sup>27</sup> Pone l'accento sulla rilevanza della volontà del testatore al fine di comprendere la sorte dei beni non compresi nelle assegnazioni AMADIO, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, cit., 268, su cui BURDESE, *'Institutio ex re certa' e divisione testamentaria (sulla natura dell'atto divisorio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 470 s.

<sup>28</sup> In merito al calcolo *ex post* della quota, cfr., per tutti, SCHLESINGER, voce *Successioni (dir. civ.): parte generale*, in *Nov. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 752; DELLE MONACHE, *Revoca tacita dell'istituzione 'ex re certa'*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 403; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*<sup>45</sup>, Padova, 2012, 440, nt. 1; TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*<sup>23</sup>, Milano, 2017, 1359; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II.2, *Le successioni*<sup>6</sup>, Milano, 2022, 339 s. Si sofferma sugli argomenti che portano all'individuazione del momento della redazione del testamento come parametro temporale di riferimento per quantificare il patrimonio del testatore ai fini del calcolo delle quote V. BARBA, *Istituzione 'ex re certa' e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 53 ss., in specie 75 s.

andrebbero divisi tra gli eredi testamentari, in proporzione alle loro quote. Affermare il contrario significherebbe negare la *vis expansiva* dello *status* di erede e ciò sarebbe, per quanto sin qui detto, del tutto contrario ai principi del nostro diritto successorio.

Allorché invece nel testamento le attribuzioni – tanto se esse avvengano mediante istituzioni di erede *ex art. 588, comma 1, c.c.*, quanto se siano riconducibili alle *institutiones ex re certa* – non esauriscano l'asse ereditario, rimane spazio per la delazione in favore di eredi legittimi.

I beni consapevolmente esclusi dalle disposizioni testamentarie devono essere attribuiti al chiamato *ex lege*, salvo che non emerga una volontà contraria<sup>29</sup>. In siffatte ipotesi, qualora rispetto al momento della redazione del testamento dovessero sopravvenire beni, questi andranno divisi tra eredi legittimi e testamentari in proporzione alle loro quote<sup>30</sup>. Naturalmente, con le stesse proporzioni saranno altresì ripartiti i debiti ereditari.

L'impostazione appena descritta sembra ormai essersi sedimentata: i beni sconosciuti al tempo della redazione dell'atto di ultima volontà, ovvero entrati nel patrimonio del defunto in epoca successiva, e perciò non menzionati nel testamento, dovrebbero essere attribuiti anche agli eredi istituiti *ex re certa* in base alla loro quota, che deve essere calcolata considerando la proporzione tra il valore dei beni attribuiti e l'intero patrimonio noto al *de cuius* al momento della redazione del testamento, al netto dei legati<sup>31</sup>.

Se invece, al tempo della formazione della scheda, il defunto aveva volontariamente tralasciato alcuni beni, questi dovranno essere attribuiti all'erede legittimo.

#### 4. La sorte dell'istituzione *ex re certa* a seguito del venir meno dei beni attribuiti

Sin qui si è analizzata l'ipotesi di sopravvenienza di beni rispetto al momento della redazione del testamento, ma parimenti controversa è la sorte dell'istituzione di erede

<sup>29</sup> Nella giurisprudenza recente, così si esprime, Cass. 3 luglio 2019, n. 17868, cit. In dottrina, cfr. LUCCHINI GUASTALLA, *Il diritto successorio tra questioni ancora aperte e nuove esigenze economico-sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1017, in specie 1022 s.

<sup>30</sup> Tale impostazione era già sostenuta da MENGONI, *L'istituzione di erede 'ex certa re' secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, cit., 765 ss.; CICU, *Successioni per causa di morte. Parte Generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, XLII.1, Milano, 1954, 23 ss. Successivamente, tra i molti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II.2, *Le successioni*<sup>76</sup>, cit., 342 s.; V. BARBA, *Istituzione 'ex re certa' e divisione fatta dal testatore*, cit., 76 ss.; ID., *'Institutio ex re certa', funzione istitutiva e virtù espansiva*, in *Fam. dir.*, 2020, 770 ss.

<sup>31</sup> Questo principio era già stato enunciato da Cass. 27 ottobre 1980, n. 5773; Cass. 5 giugno 1976, n. 2050; Cass. 12 maggio 1971, n. 1368; e, in tempi recenti da Cass. 31 dicembre 2021, n. 42121, cit.; Cass. 9 aprile 2021, n. 9487; Cass. 5 marzo 2020, n. 6125; Cass. 3 luglio 2019, n. 17868.

*ex re certa* allorché vengano meno i beni oggetto della disposizione in conseguenza della loro alienazione o distruzione<sup>32</sup>.

Ci si deve chiedere se, in tali ipotesi, l'istituzione di erede sia da ritenersi revocata, ovvero se la quota ideale che con quei beni s'intendeva attribuire debba essere soddisfatta con altri cespiti appartenenti all'asse.

Il codice non disciplina questa fattispecie. Alcuni interpreti hanno argomentato in senso favorevole alla revoca della disposizione testamentaria, muovendo dall'applicazione analogica dell'art. 686 c.c. in tema di alienazione e trasformazione della cosa legata. Ivi si prevede infatti che, laddove l'oggetto venisse meno in seguito a tali eventi, l'attribuzione a titolo particolare dovrebbe intendersi revocata. Secondo l'opinione in esame, il giudice dovrebbe di volta in volta valutare se nel caso concreto risulti preponderante il riferimento alla quota, ovvero l'indicazione dei beni determinati, applicando l'art. 686 c.c. in questa seconda ipotesi<sup>33</sup>.

L'impostazione appena illustrata non pare però pienamente convincente. Invero, la norma pocanzi citata sembra trovare la sua *ratio* nel fatto che con il legato il testatore intendesse assegnare al beneficiario unicamente il bene oggetto della disposizione e che, quindi, dall'alienazione o distruzione del medesimo, si debba desumere la volontà di revocare *tout court* l'attribuzione<sup>34</sup>.

Diversamente, come osservato sopra, già in sede interpretativa, la caratteristica che consente di qualificare una disposizione alla stregua di una *institutio ex re certa* è proprio la sottesa intenzione di conferire all'erede una quota del patrimonio, sicché in assenza di norme *ad hoc*, si dovrebbe probabilmente cercare di ricostruire la volontà del testatore e procedere di conseguenza, considerando revocata la disposizione soltanto allorché si riscontrino altri segnali – per esempio eventuali dichiarazioni del *de cuius* per dar conto del proprio comportamento<sup>35</sup> – che inducano a leggere nell'alienazione o distruzione del bene l'intenzione di revocare l'istituzione a titolo universale.

Pertanto, in assenza di indizi in senso contrario, sembrerebbe opportuno affermare che la percentuale dell'asse che il testatore intendeva attribuire all'erede *ex re certa* debba essere mantenuta intatta, nonostante la fuoriuscita dal *relictum* di uno o più cespiti menzionati nella disposizione istitutiva *ex art. 588*, comma 2, c.c.

<sup>32</sup> Della vicenda si è occupata di recente Cass. 17 marzo 2017, n. 6972, cit.

<sup>33</sup> In senso favorevole all'applicazione analogica dell'art. 686 c.c. G. PERLINGIERI, *'Heredis institutio ex certa re'*, cit., 469 ss.; PERNICE, *'Institutio ex certa re' e revocabilità ex art. 686 c.c.*, in *Dir. fam. succ.*, 2019, 607 ss.

<sup>34</sup> Nega l'applicazione analogica dell'art. 686 c.c., giungendo comunque alla revoca della disposizione Cass. 17 marzo 2017, n. 6972, cit. In dottrina, criticano la tesi dell'analogia SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 494; D'AMICO, *La revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 256; DELLE MONACHE, *Revoca tacita dell'istituzione 'ex re certa'*, cit., 420 s.; VENTURELLI, *Divisione testamentaria incompleta*, cit., 549 s.

<sup>35</sup> DELLE MONACHE, *Revoca tacita dell'istituzione 'ex re certa'*, cit., 416.

Ciò sembra ancor più sensato allorché il bene esca dal patrimonio ereditario per cause non riconducibili alla volontà del testatore, come per esempio avviene nel caso di pignoramento, di distruzione per caso fortuito, di furto, ecc. Invero, in tali casi, arduo sarebbe desumere dalla perdita del bene l'intenzione del *de cuius* di revocare l'istituzione di erede<sup>36</sup>.

## 5. Conclusioni: la decisività del criterio della esistenza e conoscenza dei beni

Nel tentativo di tirare le fila del discorso, sembra potersi affermare che, secondo il ragionamento dell'orientamento più recente della giurisprudenza di Cassazione, il criterio di attribuzione dei beni agli eredi legittimi ovvero a quelli testamentari si fonda su esistenza e conoscenza dei medesimi da parte del testatore al momento della redazione della scheda<sup>37</sup>.

Infatti, qualora il *de cuius* ometta di disporre di beni già presenti nel proprio patrimonio e della cui esistenza era consapevole, tali cespiti devono senz'altro essere assegnati agli eredi legittimi<sup>38</sup>.

Allorché, al contrario, i beni tralasciati siano sopravvenuti rispetto alla redazione del testamento, ovvero fossero all'epoca ignoti al *de cuius*, in base alla ricostruzione della Cassazione andrebbero divisi tra eredi legittimi ed eredi testamentari, in base alle quote calcolate tramite il metodo sopra illustrato.

Si tratta evidentemente di un ragionamento basato sulla ricostruzione presuntiva della volontà del testatore, che però lascia spazio ad alcune perplessità<sup>39</sup>.

Anzitutto, con riferimento ai beni sopravvenuti, potrebbe non risultare in modo pacifico l'intenzione del *de cuius* di attribuirli agli eredi istituiti nel testamento, se fossero esistiti al momento della redazione dello stesso. Si potrebbe infatti controbattere che, se avesse voluto, egli avrebbe potuto disporre mediante un testamento aggiuntivo, integrativo del precedente, al fine di disciplinare la sorte dei beni entrati soltanto successivamente a far parte del patrimonio del testatore. Pertanto, se ciò non avvenisse, l'inerzia potrebbe anche indurre ad argomentare nel senso della volontà del *de cuius* di lasciare che tali beni siano suddivisi in base alle norme sulla successione legittima<sup>40</sup>.

Inoltre, sul piano processuale, con riguardo ai beni ignoti, ci si potrebbe poi chiedere se spetti agli eredi testamentari provare che tali beni fossero sconosciuti al *de cuius*, ovvero incomba sugli eredi legittimi l'onere di dimostrare, al fine di vedersi attribuire

<sup>36</sup> Di questo avviso V. BARBA, *'Institutio ex re certa', funzione istitutiva e virtù espansiva*, in *Fam. dir.*, 2022, 765 s.

<sup>37</sup> Sul punto, la pronuncia più recente è Cass. 5 agosto 2022, n. 24310.

<sup>38</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II.2, *Le successioni*<sup>6</sup>, cit., 343.

<sup>39</sup> Sottolinea tali aspetti F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 48 s.

<sup>40</sup> In questo senso si esprime F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 49.

tali cespiti, che il defunto fosse a conoscenza della loro esistenza e si sia volontariamente astenuto dal disporne *mortis causa*.

Sebbene, come appena evidenziato, non manchino criticità – anche di tipo operativo – nell'applicazione del precetto elaborato dallo sciame di sentenze intervenute negli ultimi tempi a dirimere controversie sul regime dell'*institutio ex re certa* e la sorte dei beni ereditari ignorati o sopravvenuti, si è portati a ritenere che – nel ventaglio delle strade possibili – la Corte abbia scelto di percorrere quella maggiormente coerente con l'intento di ricostruire e assecondare la volontà del testatore, evitando di cadere in automatismi che escludano a priori gli eredi testamentari ovvero quelli legittimi dalla divisione dei beni di cui il *de cuius* non ha previsto le sorti.

#### ABSTRACT

Il contributo analizza i recenti orientamenti giurisprudenziali sul tema dell'*institutio ex re certa*. In particolare, ci si sofferma anzitutto sulla sorte dei beni non contemplati nel testamento in quanto sconosciuti al tempo della redazione della scheda, ovvero sopravvenuti rispetto alla medesima. In seguito, il saggio si concentra sulla disciplina delle situazioni nelle quali alcuni cespiti oggetto di una istituzione *ex re certa* escano dal patrimonio del testatore prima della sua morte.

The contribution analyses recent case law about the *institutio ex re certa*. In particular, it focuses first of all on the fate of assets not contemplated in the will because they were unknown at the time of its drafting, or because they have entered in the testator's property after that moment. Next, the essay focuses on the regulation of situations in which certain assets included in an *institutio ex re certa* leave the testator's estate before his or hers death.

