

Antonio Albanese

## NULLITÀ DELL'ATTO E CONSERVAZIONE DEL FATTO NELLE SUCCESSIONI *MORTIS* CAUSA E NEL DIRITTO DI FAMIGLIA\*

SOMMARIO: 1. Nullità e inesistenza nel diritto della famiglia e delle successioni. – 2. La conservazione del fatto nella conferma del testamento nullo. – 2.1. L'oggetto della conferma e l'attitudine del fatto testamentario alla produzione degli effetti. – 3. L'analoga fattispecie della conferma della donazione nulla. – 4. La simulazione matrimoniale. – 4.1. La sanatoria del matrimonio. – 5. La dichiarazione di invalidità del matrimonio dopo la morte di un coniuge. – 6. Il contratto di convivenza: dalla nullità del contratto tipico alla validità dell'atipico (come 'patto di convivenza'). – 7. Famiglia, successioni e frammentazione del concetto di nullità.

### 1. *Nullità e inesistenza nel diritto della famiglia e delle successioni*

Sia il diritto di famiglia sia la disciplina delle successioni *mortis causa* presentano significative ipotesi in cui il negozio concretamente posto in essere è nullo, ossia difforme dal modello legale per una delle tre classi di ipotesi previste all'art. 1418 c.c., e ciò nondimeno ne sono conservati gli effetti.

Il tema evidenzia la contraddizione o, se si preferisce, la necessità di una conciliazione, tra due affermazioni ormai scontate nel sistema civilistico italiano:

a) la sentenza che accerta la nullità è dichiarativa e dunque ha effetto retroattivo, secondo una convinzione pacifica già nel vigore del vecchio Codice, nel quale la improduttività di effetti era centrale nelle definizioni di 'nullità'<sup>1</sup>;

b) l'espressione «ordinamento giuridico» che accompagna, nell'art. 1173 c.c., il riferimento alla terza specie di fonti delle obbligazioni, ossia quelle che derivano «da ogni altro atto o

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> Cfr. A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.

fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico», non si risolve in una mera indicazione riassuntiva di un elenco chiuso costituito da tutte le altre fonti nominate (diverse dal contratto o dal fatto illecito), ma consente un'apertura all'analogia, ovvero alla possibilità che taluni accadimenti, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, siano ritenuti idonei alla produzione di obbligazioni alla luce dei principi e dei criteri desumibili dall'ordinamento considerato nella sua interezza, complessità ed evoluzione<sup>2</sup>.

Ma se l'atto è nullo, da cosa scaturiscono gli effetti che nonostante la nullità, in alcune ipotesi, l'ordinamento salvaguarda? Per rispondere a questa domanda non si può sfuggire alla teoria delle fonti delle obbligazioni e all'art. 1173 c.c. E la risposta non può che essere ricercata all'interno della terza specie di fonti: se la nullità dell'atto impedisce di qualificare il medesimo come negozio produttivo di effetti giuridici, essa non arriva ad escluderne la materiale esistenza e dunque il suo valore di fatto storico concretamente venuto in essere. Si tratterà, semmai, di capire di volta in volta a cosa quel fatto debba accompagnarsi per poter divenire fonte di obbligazioni. E, a sua volta, la comprensione del fenomeno non potrà che essere raggiunta alla luce del principio di atipicità delle fonti: se gli effetti non possono scaturire dal contratto o dall'atto unilaterale, in ragione della sua nullità, né dal fatto illecito, occorrerà rivolgere l'attenzione a «ogni altro [...] fatto idoneo a produrre obbligazioni *in conformità* dell'ordinamento giuridico»; formula, questa, con cui l'art. 1173 c.c. (diversamente dal precedente rinvio a «ogni altro caso *previsto dalla legge*» contenuto nel Codice del 1865) emancipa la nascita del vincolo obbligatorio dall'esistenza di una precisa e puntuale norma di legge ed estende il campo delle fonti a qualsiasi atto o fatto purché conforme all'ordinamento giuridico e, in particolare, ai principi generali di cui all'art. 12, comma 2°, delle preleggi<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Così Cass., 16 dicembre 2015, n. 25292, in *CED Cassazione*, 2015, per concludere, nella specie, che la responsabilità per fatto lecito dannoso non ha carattere eccezionale.

<sup>3</sup> M. CANTILLO, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* diretta da W. BIGIAMI, *Le obbligazioni*, I, Torino, 1992, p. 54; sulla atipicità delle

Un fatto, o una pluralità di fatti coordinati tra loro che dia-no vita a una fattispecie complessa, affinché ne sia valutata la coerenza coi principi generali dell'ordinamento, deve pur sempre esistere.

La riconducibilità della produzione di taluni limitati effetti (come la possibilità di conversione del contratto nullo) conferma la necessità logica di distinguere dalla nullità del negozio la sua 'inesistenza'. Ciò sarebbe comprovato dall'importanza sistematica di alcune norme, come l'art. 1338 c.c., l'art. 128 c.c. e l'art. 2126 c.c., all'interno della teoria che rivendica l'esistenza dell'atto nullo quale atto di autonomia privata<sup>4</sup>; il fine, come noto, è quello di sottolineare che quest'ultimo, a differenza del negozio 'inesistente', ha una rilevanza intrinseca quale atto 'qualificato negativamente', in sé produttivo di effetti indiretti (come accade, ad esempio, nel caso di esecuzione del contratto di lavoro subordinato).

Anche su questo punto le disposizioni in materia di famiglia e quelle successorie assumono un rilievo che trascende le singole ipotesi considerate e assume valore sistematico. Si pensi alla nullità del matrimonio: dopo l'emanazione della sentenza, il matrimonio si estingue e, giacché il vizio attiene al momento genetico del vincolo, dovrebbe essere inficiato retroattivamente; trattandosi, però, di un negozio del tutto particolare, con effetti assai rilevanti per le persone dei «coniugi», nonché per gli eventuali figli, la retroattività dell'efficacia della sentenza viene limitata proprio per tutelare quelle situazioni che si sono formate sull'apparenza di un valido atto matrimoniale. La Suprema Corte ha chiarito che il matrimonio nullo produce gli effetti di un matrimonio valido fino a quando la sentenza che ha pronunciato la nullità non sia passata

---

fonti delle obbligazioni, cfr. M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 73; C.A. CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, IX, Torino 1999, p. 25 ss.; C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, p. 6.

<sup>4</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 366; R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1965, p. 457. Criticamente: A. FEDELE, *op. cit.*, p. 28 ss.

in giudicato<sup>5</sup>. In definitiva, se il matrimonio è dichiarato nullo, qualora sussistano determinate condizioni («quando i coniugi stessi lo hanno contratto in buona fede, oppure quando il loro consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi»), fino alla sentenza che pronunzia la nullità si producono gli effetti del matrimonio valido. In questo caso, come in quello dell'art. 2126 c.c. (nullità del contratto di lavoro subordinato) ed in quello dell'art. 2332 c.c. (società per azioni iscritta nel registro delle imprese), la retroattività degli effetti della sanzione avrebbe comportato conseguenze pratiche inaccettabili: «la complessità degli *status* di coniuge e di figlio, con i diritti

---

<sup>5</sup> Cfr. Cass., 11 giugno 2008, n. 15562: il ricorrente, denunciando violazione dell'art. 128 c.c. in combinato contesto con l'art. 282 c.p.c., aveva sostenuto che i giudici di merito avessero errato nel ritenere che la 'sentenza' dichiarativa della nullità del vincolo, cui la norma codicistica ricollega il termine finale di produzione degli effetti del matrimonio putativo, sia la sentenza 'passata in giudicato', per cui, in pendenza del gravame avverso la pronunzia di primo grado, quegli effetti restino fermi. Per il ricorrente una tale soluzione sarebbe oggi incompatibile con il dettato del novellato art. 282 c.p.c., la cui riscrittura (l. n. 353 del 1990, ex art. 33) ha sancito la «provvisoria esecutività della sentenza di primo grado tra le parti», in precedenza subordinata ad apposita clausola, la cui concessione era in facoltà del giudice. La Cassazione ha tuttavia ribattuto che «la così generalizzata anticipazione dell'efficacia delle sentenze, rispetto al correlativo passaggio in giudicato, riguarda appunto il profilo e il momento della "esecutività", quello cioè della anticipata e provvisoria esecuzione. La quale, se è logicamente correlabile ad una statuizione di condanna, non lo è, invece, ad una pronuncia, quale quella ex art. 128 c.c., che incida, recidendolo in radice, sullo *status* di coniuge». Altrimenti, dovrebbe ammettersi la possibile intermittenza dello *status* di coniuge (nel senso della sua cancellazione con la sentenza di nullità di primo grado e del suo eventuale ripristino nel caso di successiva riforma di quella decisione): e ciò in evidente contrasto con il principio di certezza sullo stato delle persone. Per cui corretta è, invece, secondo la Suprema Corte, l'interpretazione che alla norma codicistica di riferimento aveva dato la Corte di appello (in conformità anche all'esegesi condivisa dalla più autorevole dottrina) nel senso, appunto, che il matrimonio nullo produce gli effetti di un matrimonio valido fino a quando la sentenza che ha pronunziato la nullità non sia passata in giudicato.

Nei casi in cui la legge riconosce ai coniugi gli effetti del matrimonio valido, tali effetti si producono fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della nullità. Se si tratta di sentenza ecclesiastica, fino al momento del provvedimento di esecutorietà della Corte d'appello. Cfr. Trib. Catania, 8 giugno 1979, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Matrimonio*, n. 206.

e i doveri connessi, specie di ordine (in senso lato) alimentare ed assistenziale, non consente evidentemente di ripristinare la situazione anteriore, ma postula all'opposto una diversa valutazione del fenomeno, che tenga adeguato conto della realtà di fatto»<sup>6</sup>.

Ciò significa che anche in relazione al matrimonio putativo il legislatore ha inteso tenere conto della realtà di fatto, al fine di salvaguardare lo *status* di coniuge e di figlio, ed ha quindi modellato il rapporto di fatto sul campione del corrispondente rapporto di diritto: tale stato di fatto giuridicamente rilevante suggerisce considerazioni analoghe a quelle connesse all'attuazione del rapporto di lavoro e del rapporto societario fondati su di un negozio nullo.

Esistono poi, sempre nel diritto di famiglia, ipotesi normative nelle quali per superare la rigidità della nullità il legislatore ha dato ingresso all'annullabilità, nonostante la nullità o l'inefficacia sembrassero, a rigore, più appropriate (art. 184, primo comma, c.c.).

In altri casi ancora la nullità è stata ritenuta opzione da scartare: si pensi al 3° comma del cit. art. 184 c.c., ove il coniuge (o unito civilmente) in comunione legale che abbia alienato un bene mobile senza il consenso dell'altro è chiamato a recuperarlo o, se non vi riesce (perché l'acquirente si oppone) a reimmettere nella comunione una somma di denaro attualizzata al valore della moneta al momento della ricostituzione della comunione. Il contratto di vendita è dunque perfettamente valido, nonostante il venditore abbia disposto di un bene di cui non è l'unico titolare.

L'art. 1423 c.c., nell'enunciare l'inammissibilità della convalida del contratto nullo, fa salva una diversa volontà di legge; a questa diversa volontà si è soliti ricondurre i casi eccezionali della conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle o di donazioni nulle (e, per alcuni autori, l'art. 2126 c.c.)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Così G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 173 s.

<sup>7</sup> S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 116 ss., affronta il problema nel quadro delle ipotesi in cui il contratto nullo è

Per la tesi più tradizionale, che non distingue tra negozio nullo e negozio inesistente, è la nullità stessa ad indicare la posizione di indifferenza che la legge assume nei confronti di una fattispecie difettosa; non può dunque parlarsi di qualificazione negativa, perché la nullità non designa una qualità giuridica dell'atto, ma l'assenza di qualsiasi rilevanza. Infatti, non essendosi completato lo schema normativo, «il diritto non interviene con la sua attività qualificativa. E se talora, per quanto risulti difettosa nel nucleo essenziale, la situazione di fatto produce delle conseguenze giuridiche, ciò avviene non in funzione della stessa norma, in rapporto alla quale il fatto concreto si presenta imperfetto, sibbene in relazione ad una diversa norma giuridica, il cui schema viene interamente realizzato dagli elementi venuti ad esistenza»<sup>8</sup>. Si aggiunge che la diversità dei casi in cui ricorrono le ipotesi di nullità e di inesistenza non legittima fra esse alcuna differenza, che potrebbe essere riferita solo alla produzione dell'effetto, mentre, a parte quest'aspetto, le due ipotesi si comportano in modo eguale. È vero che l'inesistenza presenta «una maggiore appariscenza», in quanto manca addirittura la possibilità di pre-

---

preso in considerazione dal legislatore; secondo questo autore (*ivi*, p. 150 ss.) la rilevanza giuridica del contratto nullo sarebbe da ricondurre alla presenza di una fattispecie complessa costituita dal 'fatto' del contratto stesso e dalla prestazione eseguita. E v. anche ID., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 174 ss.

In merito al dogma della insanabilità del contratto nullo, P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico nel diritto privato italiano*, in *Temì*, 1955, p. 191, la riteneva un carattere irrinunciabile imposto dalla logica, oltre che dal diritto positivo. Ma la dottrina più recente mostra una diversa apertura: cfr. le monografie di S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010; M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015.

<sup>8</sup> A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 36 ss. Contrari alla categoria della inesistenza giuridica anche F. CARNE-LUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. proc. civ.*, 1955, I, p. 210, e G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 51. Contestata in radice la distinzione tra nullità e inesistenza B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 68 ss., secondo cui un atto nullo è sempre inesistente: «l'unico concetto idoneo ad esprimere la situazione da cui nasce la nullità è: esistenza di fatto, inesistenza per il diritto».

cisare quale avrebbe potuto essere l'effetto, mentre il negozio nullo può produrre effetti giuridici. Ma, ed è questo il punto cruciale della tesi, il negozio nullo produce effetti «non come negozio giuridico, sibbene come fatto in senso stretto»<sup>9</sup>.

È vero che l'idea di una produzione di effetti da parte del negozio nullo era inconcepibile per i giuristi classici, che identificavano nullità e inesistenza; per essi, «da una parte c'è il nulla giuridico, dall'altra il negozio pienamente valido [...] sempre potenzialmente capace di produrre effetti anche se non ne produce alcuno»<sup>10</sup>. Ma in epoca moderna l'attitudine del negozio nullo alla produzione di effetti è difficilmente discutibile, sicché sembra ormai acquisita dalla nostra civilistica la necessità di distinguere la invalidità dalla inesistenza. Oggi prevale l'idea, oltre che della validità di una tale distinzione, della sua utilità: «l'inesistenza è al di là della stessa nullità: è inesistente il contratto o l'atto neppure identificabile come tale, privo del minimo essenziale che permetta di parlare di un certo accadimento come di un contratto o di un atto unilaterale. L'importanza della distinzione fra nullità e inesistenza sta in ciò: il contratto o l'atto inesistente non produce neppure quei limitati effetti che [...] il contratto o l'atto nullo produce»<sup>11</sup>.

## *2. La conservazione del fatto nella conferma del testamento nullo*

L'art. 590 c.c., in deroga al principio generale espresso dall'art. 1423 c.c., secondo cui il negozio nullo è insuscettibile di convalida, ammette la possibilità della sanatoria del testa-

---

<sup>9</sup> D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 84 ss.

<sup>10</sup> S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, p. 117. Cfr. anche A. MASI, *Nullità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 859 ss.

<sup>11</sup> Per tutti: F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. CICU, F. MESSINEO E L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2002<sup>2</sup>, p. 240.

mento invalido, sia mediante conferma espressa della disposizione sia mediante volontaria esecuzione di essa da parte di chi conosca la causa della nullità. Nel primo caso, la convalida ha luogo quando in un atto, per il quale non sono, tuttavia, richieste forme solenni, si faccia menzione della disposizione e dei vizi che l'affettano e si dichiari di volerla convalidare<sup>12</sup>; nel secondo caso, invece, la convalida opera indirettamente, per *facta concludentia*, e cioè attraverso un comportamento di attuazione della disposizione invalida, in modo da determinare volontariamente, rispetto ai beni ereditari, lo stesso mutamento della situazione giuridica che si sarebbe prodotto se il testamento non fosse stato nullo<sup>13</sup>.

I superstiti, pertanto, hanno la possibilità di conservare la volontà testamentaria, mantenendo ferma la disposizione del *de cuius* qualora essa, di per sé, fosse invalida (art. 590 c.c.). Ai congiunti dell'ereditando è consentito, per questa via, di onorare la sua memoria dando esecuzione ai suoi atti anche quando questi presentino irregolarità dal punto di vista giuridico.

Questo risultato può essere realizzato solamente da chi sia investito della titolarità e del potere di disposizione del diritto. La causa della conferma prevista dall'art. 590 c.c. consiste nell'intento di eliminare la nullità di cui è inficiata la dispo-

---

<sup>12</sup> Nella conferma espressa è stata richiesta la presenza degli stessi elementi previsti dall'art. 1444 c.c. per la convalida del negozio annullabile: la menzione della disposizione, l'indicazione del vizio di invalidità che la inficia e la dichiarazione di volerla confermare (Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, in *Mass. Giur. it.*, 1974).

<sup>13</sup> Cass., 16 maggio 1966, n. 1236, in *Giust. civ.*, 1966, p. 1274, ha affermato che occorre la conoscenza della causa di nullità, da intendersi come conoscenza storica del fatto invalidante e delle possibili conseguenze giuridiche, e che la volontaria esecuzione della disposizione testamentaria nulla implica l'esistenza di una volontà, da parte del soggetto che esegue, diretta ad adeguare la situazione di fatto a quella che sarebbe stata la nuova situazione giuridica voluta dal testamento nullo. Si è aggiunto (Cass., 5 maggio 1965, n. 807, in *Giust. civ.*, 1965, p. 602) la esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie importa rinuncia alla impugnazione della scheda testamentaria solo se risulti provata l'assoluta consapevolezza dell'oggetto della rinuncia dell'esecutore.



zione testamentaria ad opera della persona che potrebbe avvalersi di tale nullità.

È noto che la natura giuridica dell'istituto ha diviso gli studiosi, i quali hanno proposto le più svariate soluzioni interpretative<sup>14</sup>.

Alcuni<sup>15</sup> descrivono il fenomeno in termini di denegazione dell'azione di nullità: l'effetto non sarebbe una vera e propria sanatoria, inconcepibile per il negozio nullo, ma semplicemente l'impossibilità per chi ha sanato di ottenere in seguito l'invalidità del testamento a discapito del beneficiario. Senonché, si può obiettare che se il testamento rimane nullo, allora dovranno essere applicate tutte le norme relative alla nullità, compresa la rilevabilità d'ufficio; con la conseguenza che il confermate potrebbe sempre agire con l'azione di petizione ed il giudice, che d'ufficio non terrà conto del testamento nullo, dovrà accogliere la sua domanda<sup>16</sup>.

Altri<sup>17</sup> hanno fatto ricorso all'obbligazione naturale, ravvisando nel fenomeno un doppio passaggio: il primo, costituente una vera e propria successione *mortis causa*, dal testatore all'erede o legatario; il secondo, in adempimento di un dovere morale o sociale, dal testatore o legatario al beneficiario. Tuttavia, tra atto di conferma e obbligazione naturale intercorrono numerose differenze, evidenziate dalla dottrina successiva, che impediscono una assimilazione: basti pensare, ad esempio, che presupposto dell'obbligazione naturale è la spontaneità della prestazione, mentre per la conferma tacita è richiesta la volontarietà.

---

<sup>14</sup> V. il contributo di M. FRANZONI, *La conferma del testamento invalido*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da G. BONILINI, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1607 ss.

<sup>15</sup> A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1951, p. 100; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1952, p. 272 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 210. In giurisprudenza: Cass., 18 settembre 1956, n. 3232, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1110.

<sup>16</sup> G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 15. Condividono l'obiezione Cass., 20 gennaio 1964, n. 129, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 553, e Cass., 2 maggio 1965, n. 807, cit.

<sup>17</sup> S. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1945, p. 118; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 371.

Si è allora tentato di superare le difficoltà cui dà luogo la necessità di spiegare il trasferimento diretto, dal *de cuius* al terzo beneficiario della disposizione testamentaria nulla, affermando che in realtà non sussiste un unico passaggio dei diritti, ma si è al cospetto di una doppia attribuzione, la prima *mortis causa* e la seconda *inter vivos*: col testamento, dal testatore al successore; con un secondo negozio, che è sotto il profilo effettuale autonomo rispetto al negozio nullo confermato, dal confermante al terzo<sup>18</sup>. La tesi, che ha l'indubbio pregio di avere indotto ad una riflessione più approfondita sulla natura dell'atto di conferma in sé considerato, conduce però a una conclusione che è generalmente respinta: il terzo beneficiario diviene avente causa, anziché dal testatore, dal confermante, a seguito di un atto *inter vivos* (la conferma). E ciò mina la tesi alle fondamenta, perché ne mette in discussione l'utilità: per effettuare un'attribuzione di tal fatta è sufficiente porre in essere un qualsiasi atto a titolo gratuito, senza necessità che la legge preveda un apposito istituto.

Prevale la tesi di chi attribuisce alla conferma una sua propria causa, consistente nell'eliminazione dei vizi da cui è affetta la disposizione nulla<sup>19</sup>.

Ma va considerato che ciò può avvenire in quanto il negozio di conferma si integra con una fattispecie negoziale invalida ma comunque esistente, ed è dalla simbiosi di questi due atti che scaturiscono gli effetti. Gli effetti non sono prodotti dalla conferma in sé, ma dal testamento nullo *confermato*. Pertanto, il testamento nullo, in quanto *fatto* (di cui si è accertata l'esistenza), è parte di una fattispecie complessa che si compone del fatto e del negozio giuridico confermativo (o dell'esecuzione volontaria).

Affinché il comportamento di attuazione di un testamento nullo implichi convalida, si richiede un'attività positivamente rivolta all'attuazione della disposizione testamentaria, mentre non è sufficiente un mero comportamento passivo

---

<sup>18</sup> F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 141 ss.

<sup>19</sup> P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 155; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 249.

che lasci desumere l'intenzione di convalida. L'esecuzione volontaria del testamento invalido, ai fini della convalida prevista dall'art. 590 c.c., deve sempre estrinsecarsi in una attività positiva del soggetto interessato, diretta all'attuazione completa della disposizione testamentaria, e non palesante semplicemente l'intenzione di dare esecuzione alle disposizioni predette<sup>20</sup>.

La conferma o il comportamento attuativo sono, a loro volta, elemento di una fattispecie complessa che non si completerebbe senza il fatto. Anche per questa ragione, non può ammettersi la conferma del testamento inesistente<sup>21</sup>.

Il tema non riguarda solo gli effetti della nullità. Sebbene la norma citata faccia riferimento alla sola nullità, è indubbia la confermabilità pure del testamento annullabile: sia perché la convalida del negozio annullabile risponde a una regola generale del nostro ordinamento sia perché la nullità sanziona vizi più gravi, e non avrebbe senso ammettere la loro sanabilità negandola invece nei casi in cui è prevista una sanzione minore. Si tratta, semmai, di capire se sia applicabile l'art. 1444, norma deputata appunto alle disposizioni annullabili suscettibili di *convalida*<sup>22</sup>, o piuttosto l'art. 590: sembra preferibile interpretare estensivamente la seconda norma, piuttosto che applicare la prima, la quale è dettata per una materia diversa come quella dei contratti<sup>23</sup>. Anche se si preferisse l'applicazio-

---

<sup>20</sup> Pertanto, non può riconoscersi efficacia convalidante del testamento invalido, né alla pubblicazione di esso, né alla presentazione della denuncia di successione, in quanto la prima è soltanto condizione necessaria perché il testamento diventi eseguibile e la seconda ha natura e finalità meramente fiscali (Cass., 25 giugno 1969, n. 2273, in *Mass. Giur. it.*, 1969; Cass., 15 febbraio 1968, n. 535, in *Foro it.*, 1968, 1, c. 1949; Cass., 12 settembre 1970, n. 1403, in *Mass. Giur. it.*, 1970).

<sup>21</sup> Cass., 13 ottobre 1961, n. 2137, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1962. È, questo, uno dei punti di maggior emersione della distinzione tra nullità ed inesistenza (v. *supra*, cap. I).

<sup>22</sup> In tal senso: M. DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946, p. 104; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 313; R. CAPRIOLI, *Conferma ex art. 590 c.c., testamento annullabile e pluralità di interessati*, in *Dir. e Giust.*, 1976, p. 62.

<sup>23</sup> G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1425. In tal senso anche la giurisprudenza: Cass., 9 otto-

ne della norma contrattualistica, tuttavia, è certo che conferma e convalida non integrano fenomeni distinti, ma costituiscono atti rispondenti a funzioni sostanzialmente identiche.

I soggetti legittimati alla conferma si rintracciano, nel silenzio dell'art. 590 c.c., grazie alle indicazioni fornite dall'art. 799 c.c. per la conferma della donazione nulla (eredi e aventi causa del donante): si tratta, pertanto, degli eredi e degli aventi causa del testatore. (Aventi causa del testatore sono i legatari nel caso di sublegato e nel caso di legato nullo disposto in un testamento successivo a quello nel quale il medesimo bene era stato attribuito ad un altro soggetto).

Vi rientra, quindi, il caso dei parenti del defunto che, pur conoscendo l'invalidità del testamento, lo convalidano, così precludendosi la delazione dell'eredità che conseguirebbe dall'apertura della successione legittima.

È peraltro ovvio che la legittimazione al negozio di conferma, anche sotto forma di esecuzione volontaria, sussiste solo in capo a chi dall'accertamento giudiziale della invalidità trarrebbe un vantaggio che si sostanzia nel riconoscimento di diritti (o di maggiori diritti) oppure nell'accertamento della inesistenza di determinati obblighi testamentari.

Quanto al legatario, una volta riconosciuto che la convalida deve provenire da chi abbia interesse a far valere la invalidità del testamento, egli sarà legittimato sia in caso di sublegato nullo sia di legato nullo, disposto in un testamento successivo a quello nel quale lo stesso bene veniva attribuito ad altro soggetto. Tale legittimazione non compete invece al legatario con riferimento al testamento che lo gratifica, rispetto al quale egli è portatore di un interesse opposto all'invalidità del testamento stesso<sup>24</sup>.

---

bre 1972, n. 2958, in *Foro it.*, 1973, 1, c. 1885; Trib. Napoli, 24 gennaio 1976. Per Cass., 12 settembre 1970, n. 1403, cit., l'art. 590 c.c. si distingue dall'art. 1444 c.c. unicamente per il fatto che questo è applicabile ai soli casi di annullabilità, mentre quello è invece applicabile a tutte le ipotesi di nullità da qualunque causa derivante.

<sup>24</sup> Cass., 15 febbraio 1968, n. 535, cit.; Cass., 17 ottobre 2018, n. 26062, in *Foro it.*, 2019, 2, 1, c. 541; Cass., 15 dicembre 2020, n. 28602, in *Studium juris*, 2021, p. 946.

## 2.1. *L'oggetto della conferma e l'attitudine del fatto testamentario alla produzione degli effetti*

L'attitudine del fatto-testamento nullo, quale elemento della fattispecie complessa, a produrre effetti, è confermata dall'indagine sul complesso problema dell'oggetto della sanatoria, vale a dire che bisogna capire quali siano i testamenti confermabili.

Se è indubbia la sanabilità delle disposizioni nulle per difetto di forma, è discusso se la norma, che in effetti parla di nullità «da qualunque causa dipenda», sia estensibile a qualsiasi disposizione nulla, indipendentemente dal tipo di vizio.

Non v'è uniformità di vedute, in particolare, in ordine alla sanabilità delle disposizioni illecite: alcuni la escludono *tout court*<sup>25</sup>.

Altri distinguono tra contrarietà ad ordine pubblico o a buon costume da un lato e contrarietà a norme imperative (illegalità) dall'altro, ammettendo la conferma solo nel secondo caso<sup>26</sup>.

Su questa scia, pare invero decisivo valutare quale sia l'interesse che si intende perseguire e il suo eventuale contrasto con un interesse di ordine superiore. Occorrerà quindi capire di volta in volta se il risultato cui mira la disposizione, illecito in quanto perseguito con testamento, rimanga o meno illecito anche quando è perseguito mediante l'atto *inter vivos* di conferma: si finirebbe, altrimenti, con il realizzare mediante conferma quanto l'ereditando non poteva realizzare mediante testamento<sup>27</sup>. È per questa ragione che se l'illiceità discende dall'essere la disposizione testamentaria contrarie all'ordine pubblico o al buon costume, la conferma non può operare.

---

<sup>25</sup> M. ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, Torino, 1964, p. 70, la esclude per le ipotesi di illiceità od impossibilità dell'oggetto del negozio.

<sup>26</sup> G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento*, Padova, 1953, p. 113.

<sup>27</sup> Cass., 14 maggio 1962, n. 1024, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1893; Cass., 5 novembre 1973, n. 2874, in *Giur. it.*, 1975, c. 1652; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, cit., p. 1394 ss.

L'esempio più evidente è dato dall'usufrutto successivo: esso è illecito se costituito per testamento o per donazione, ma non lo è se costituito attraverso atti tra vivi diversi dalla donazione, tra i quali rientra anche l'atto di conferma. Parimenti, e per la stessa ragione, sono confermabili il mandato *post mortem* (giacché il mandato è proibito solo se contenuto in un testamento), le disposizioni in favore di persone incapaci di ricevere, le disposizioni rimesse all'arbitrio del terzo, il testamento congiuntivo.

Il risultato rimane illecito, invece, quale che sia il mezzo tecnico adoperato per raggiungerlo: (a) nel caso di sostituzione fedecommissaria o di disposizioni in favore dell'indegno (in questo secondo caso, il potere di perdono non può essere attribuito a soggetti diversi dal *de cuius*). (b) Nel caso di conferma di patti successori istitutivi<sup>28</sup>. In realtà, in questo caso la inconfirmabilità deriva non solo dal fatto che la nullità deriva da contrarietà (non all'ordine pubblico o al buon costume, ma) a norma imperativa, ma pure dall'essere la conferma *ex art. 590 c.c.* un istituto eccezionale, che non può estendersi al contratto. Per la stessa ragione è inconfirmabile il testamento reciproco, caratterizzato anch'esso dalla corrispettività. (c) In tutti i casi in cui scopo della disposizione sia il raggiungimento di obiettivi illeciti.

I dubbi, invece, che sussistono sulla convalidabilità del testamento orale (c.d. testamento nuncupativo) sono legati alla sanzione inflittagli: mentre chi parla di inesistenza esclude

---

<sup>28</sup> Cass., 6 ottobre 1955, n. 2870, in *www.leggiditalia.it*: bisogna distinguere la nullità del testamento perché contrario all'ordine pubblico o al buon costume, dal testamento illegale perché contrario a norme imperative proibitive; nel primo caso, in cui è prevalente la tutela dell'interesse pubblico generale della collettività organizzata, non può trovare applicazione la predetta disposizione di legge, mentre nella seconda ipotesi riprende vigore la previsione legislativa disciplinata dal citato articolo, il quale è pertanto applicabile al testamento nullo perché determinato da motivo illecito, in quanto pedissequa esecuzione di patto successorio vietato. Anche la esecuzione di una singola disposizione particolare può togliere all'interessato il diritto di impugnare di nullità il testamento in relazione a tutte le altre disposizioni nel medesimo contenute, agli effetti dell'art. 590 c.c. (art. 1311 c. abrog.), relativo alla conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle.

l'applicabilità dell'art. 590 c.c.<sup>29</sup>, più di recente si è fatta strada anche l'idea della nullità del testamento orale, con conseguente ammissibilità della conferma<sup>30</sup>. Così, si è potuta escludere la responsabilità del notaio che aveva ricevuto la conferma di testamento nuncupativo previo accertamento della volontà del *de cuius*, ritenendo (ma ciò pare opinabile) che quest'ultima attività non avesse invaso una sfera di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria<sup>31</sup>. Non è mancato, infine,

---

<sup>29</sup> Cass., 8 maggio 1984, n. 2800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2224; Trib. Trani, 28 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 682, ha affermato l'inapplicabilità della norma qualora manchi del tutto la volontà del testatore e l'apparenza del testamento.

Non può essere confermato un testamento revocato (Cass., 9 ottobre 1972, n. 2958, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1885), ma ciò vale solo quando la revoca sia avvenuta per volontà del testatore: mancherebbe, infatti, una volontà positiva da confermare. La Cassazione (19 aprile 1956, n. 1192, in *Foro it.*, 1956, I, c. 672) ha invece ammesso la sanatoria del testamento revocato *ex lege* per sopravvenienza di figli al testatore. Si tratta di un'attuazione del *favor testamenti*: la sanabilità deve estendersi a tutte le ipotesi nelle quali il testatore avrebbe potuto rinnovare o confermare le sue volontà. È chiara quindi la differenza con il testamento revocato (anziché *ex lege*) dallo stesso testatore, perché si tratta di un negozio che, essendo già venuto meno prima della morte del *de cuius*, non ha mai avuto giuridica rilevanza né prodotto effetto (quanto meno nei confronti dei terzi).

<sup>30</sup> App. Cagliari, 28 marzo 1955, in *Giust. civ.*, 1955, voce *Successione testamentaria*, n. 102. Cass., 16 maggio 1941, n. 1476, in *Foro it.*, 1941, I, c. 1036: «La norma dell'art. 1311 c.c. del 1865 secondo cui l'esecuzione volontaria di una donazione o di un testamento per parte degli eredi o aventi causa dal donante o dal testatore dopo la morte di lui sana i vizi di forma ed ogni altra eccezione, si applica non soltanto quando la disposizione manchi delle forme speciali all'uopo prescritte, ma anche quando sia priva di qualsiasi forma, come avviene nel caso di manifestazione verbale di ultima volontà o di donazione verbale di beni immobili».

<sup>31</sup> «Non commette illecito disciplinare ai sensi dell'art. 28 n. 1 L. 16 febbraio 1913 n. 89, il notaio che riceva conferma *ex art.* 590 c.c. dai legittimari del *de cuius* di testamento verbale reso da quest'ultimo, dopo aver raccolto le dichiarazioni dei primi in ordine: all'inesistenza di una scheda testamentaria, alla ripetuta e dettagliata volontà espressa dal defunto sulla destinazione dei propri beni, alla devoluzione dell'eredità a ciascuno degli intervenuti. La conferma dell'atto nullo, infatti, non presuppone necessariamente un'attività di accertamento giudiziale in ordine all'inesistenza di un formale testamento ed alla nullità inficiante l'atto che si vuole confermare, né può ritenersi invasiva della sfera di attribuzioni dell'autorità giudiziaria l'attività del notaio consistente nella mera raccolta delle dichiarazioni sopra indicate» (Cass., 11 luglio

chi ha ammesso la convalida del testamento orale seppur abbracciando la soluzione della inesistenza, ravvisando nell'esecuzione spontanea del testamento nuncupativo un'ipotesi di obbligazione naturale<sup>32</sup>.

Non è da escludere che siano confermate, anche, le eventuali disposizioni atipiche contenute nel testamento, purché abbiano carattere patrimoniale, come accade con la nomina dell'esecutore testamentario, col negozio di fondazione, con la riabilitazione dell'indegno, ecc. Non si possono confermare, invece, anche perché di norma soddisfano un interesse pubblico, le disposizioni atipiche prive del requisito della patrimonialità: riconoscimento del figlio naturale, designazione del tutore da parte del genitore, ecc.

Si potrebbe poi porre il problema della confermabilità, da parte dei legittimari, della volontà di disposizioni lesive della legittima; ma, a ben vedere, una eventuale conferma espressa del testamento, così come una sua esecuzione volontaria, di per sé non precluderebbero ai legittimari l'azione di riduzione; a tal fine occorre, piuttosto, che essi manifestino (anche tacitamente) la volontà di rinunciare all'integrazione della legittima<sup>33</sup>. D'altronde, le disposizioni lesive, sebbene suscettibili di riduzione, non sono nulle né annullabili, ma perfettamente valide: la lesione dei diritti dei legittimari non comporta alcuna invalidità negoziale, ma soltanto il diritto dei soggetti lesi di agire in riduzione per ottenere una declaratoria giudiziale di inefficacia (con conseguente obbligo del notaio di ricevere le disposizioni anche se pregiudicano la posizione gli eredi necessari).

---

1996, n. 6313, in *Riv. notar.*, 1997, p. 164, con nota di L. SCALIA, *Confermabilità del testamento orale: prova della volontà del de cuius, certezza dei rapporti e funzione notarile. Alcune riflessioni sul tema*).

<sup>32</sup> Cass., 5 maggio 1962, n. 888, in *Foro it.*, 1962, I, c. 902; App. Napoli, 3 maggio 1989, in *Dir. e giur.*, 1989, p. 407.

<sup>33</sup> Cass., 8 ottobre 1971, n. 2771, in *Mass. Giur. it.*, 1971. L'orientamento è stato di recente confermato da Cass., 31 agosto 2022, n. 25680, in *www.leggiditalia.it*, secondo cui la conferma delle disposizioni testamentarie o la volontaria esecuzione di esse non opera rispetto a quelle lesive della legittima, in quanto gli effetti convalidativi di cui all'art. 590 c.c. si riferiscono alle sole disposizioni testamentarie nulle.



In altri termini, una fattispecie complessa composta dal binomio testamento lesivo della quota di riserva – conferma non equivale alla fattispecie complessa richiesta dalla legge: testamento nullo – conferma.

Dalla ricostruzione quale fattispecie complessa formata dal fatto/testamento e dal negozio di conferma (o dall'esecuzione volontaria), deriva che non è in alcun modo confermabile, neanche per concorde volontà di tutti i soggetti interessati, un testamento falso. È possibile sanare soltanto un testamento qualificabile come esistente.

Se, infine, si confermassero altre disposizioni rispetto alle quali risulta mancante ogni volontà del *de cuius*, come nelle ipotesi di disposizione testamentaria non seria o inficiata da violenza o da errore ostativo, non si attuerebbe la fattispecie *ex art. 590 c.c.*, ma si tratterebbe di una vera e propria donazione in favore del soggetto indicato nel testamento.

### *3. L'analoga fattispecie della conferma della donazione nulla*

Come per il testamento (art. 590), anche per la donazione nulla è predisposta una norma, l'art. 799 c.c., che, in deroga al principio della insanabilità della nullità, concede agli eredi del donante, che vogliano rispettare la sua volontà, una particolare forma di sanatoria mediante conferma o volontaria esecuzione.

Non diversamente dalla conferma del testamento nullo, anche la conferma della donazione nulla richiede la conoscenza della causa di invalidità e la volontà di attribuire efficacia all'atto invalido, la quale volontà non deve manifestarsi attraverso l'adozione di formule sacramentali, potendosi implicitamente desumere dall'esecuzione spontanea della donazione; tuttavia, se la convalida avviene mediante atto formale, questo atto deve contenere i requisiti previsti dall'art. 1444 c.c. per la convalida dell'atto annullabile, cioè l'indicazione del ne-

gozio invalido e dalla causa d'invalidità nonché la dichiarazione che si intende convalidarlo<sup>34</sup>.

La convalida ai sensi dell'art. 799 c.c. presuppone una donazione nulla, che sia compiuta personalmente dal donante<sup>35</sup>. Non può essere né ratificata né convalidata dagli eredi del donante, quindi, la donazione compiuta dal rappresentante privo di potere (atteso anche che l'art. 1399 c.c. non è applicabile alla donazione)<sup>36</sup>.

Anche in questo caso, come per il testamento, la donazione, improduttiva di per sé di effetti quale negozio giuridico, vale come fatto storico che va a essere integrato dal negozio-conferma: un fatto, di per sé, inidoneo quanto l'atto nullo alla produzione degli effetti, ma che diviene efficace nel trasferirsi in un'unica fattispecie complessa nel negozio confermativo. Infatti, la conferma, da parte dell'erede, della donazione nulla effettuata dal *de cuius* può aversi solo laddove sia comunque intervenuto un accordo tra donante e donatario conforme (sebbene invalido) alla nozione legale di donazione.

Così come il fatto ha bisogno del successivo atto giuridico, l'atto giuridico non avrebbe alcun valore in assenza del fatto (così come, a maggior ragione, non ne avrebbe l'attuazione, senza il fatto). Il negozio di convalida non integra una donazione o un atto di liberalità, né implica una nuova ed autonoma attribuzione patrimoniale: la sua causa e la sua intima essenza vanno individuate in funzione dell'intento di eliminare la nullità da cui è inficiata la donazione e di conferire ad essa validità ed efficacia<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, in *Mass. Giur. it.*, 1974; Cass., 12 aprile 2018, n. 9091, in *Quotidiano Giuridico*, 2018.

<sup>35</sup> L. Di LORENZO, *La conferma della donazione nulla*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, p. 781; ID., *Art. 799 c.c. e la conferma della donazione nulla*, in *Notariato*, 2012, p. 297; F. MASTROBERNARDINO, *Conferma, e volontaria esecuzione, della donazione orale*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 151.

<sup>36</sup> Cass., 4 ottobre 2018, n. 24235, in *CED Cassazione*, 2018.

<sup>37</sup> Ciò non toglie che gli eredi, che intendono assicurare al coerede beneficiario di una donazione nulla l'effetto di questa, possano procedere (invece che a una convalida della donazione) alla collazione dei beni donati, attribuendo al coerede in sede di divisione lo stesso bene che gli era stato donato. Cfr. Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, cit.

Ancora una volta, dunque, si delinea la sostanziale differenza tra atto nullo e atto inesistente<sup>38</sup>. Se è mancato il fatto-donazione nulla, l'atto eventualmente posto in essere dagli eredi del donante non ha integrato né ratifica dell'atto compiuto in assenza di potere rappresentativo, né convalidazione della donazione nulla *ex art. 799 c.c.*, ma deve qualificarsi quale atto di disposizione autonomo e indipendente degli stessi eredi. Esso ha avuto in comune con il precedente l'oggetto e la persona del destinatario, ma resta pur sempre un nuovo e diverso atto di disposizione e come tale deve essere considerato.

La portata della donazione nulla come mero fatto storico è confermata indirettamente dalla giurisprudenza, quando si pronuncia sull'atto di conferma o il comportamento esecutivo parziali, ossia posti in essere soltanto da uno o da alcuni tra gli eredi o i legatari legittimati: una tale conferma non vale ad escludere la legittimazione degli altri, i quali potranno far valere la nullità della donazione<sup>39</sup>.

La donazione nulla è un fatto considerato dall'ordinamento in quanto racchiude una volontà; il senso della sanatoria risiede proprio nel rispetto di quella volontà. Per questa ragione, mentre è da escludere che sia sanabile la donazione

---

<sup>38</sup> Si tenga presente che, per la donazione orale, non sussistono i dubbi che hanno invece occupato la tematica testamentaria, in ordine alla sua esistenza: si ritiene che il formalismo abbia meno vigore rispetto a quello testamentario e che essa sia per ciò esistente (sebbene nulla). Cfr. L. GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 769-809*, Bologna-Roma, 1976, p. 457. In giurisprudenza, per la conferma di una donazione orale, Cass., 12 aprile 2018, n. 9091, cit.

Quanto invece alla donazione annullabile, l'art. 799 c.c. non sembra trovare spazio. Non vale qui, infatti, l'obiezione che fa dubitare dell'operatività dell'art. 1444 c.c. (in vece dell'art. 590 c.c.) in materia testamentaria, ossia che si estenderebbe all'atto unilaterale *mortis causa* una norma creata per i contratti. La donazione è un contratto, sicché è indubbio che in caso di sua annullabilità va applicata la regola che il Codice ha disposto per tutti i contratti annullabili: quella della convalida *ex art. 1444*.

<sup>39</sup> Cass., 11 agosto 1980, n. 4923, in *Foro it.*, 1981, I, c. 435; in *Riv. notar.*, 1981, p. 459: «La conferma o la esecuzione volontaria del testamento nullo o annullabile da parte di uno o alcuni soltanto degli interessati non esclude che gli altri possano far valere la invalidità, nel qual caso la disposizione testamentaria va dichiarata nulla o annullata nei confronti di tutti i soggetti originariamente legittimati ad impugnarla».

dell'incapace legale o naturale (art. 775 c.c.), è invece da ammettere la conferma, oltre che delle donazioni la cui nullità discende dalla mancanza della forma richiesta dalla legge, anche delle donazioni illecite.

Bisogna però chiedersi fin quando l'omaggio alla volontà del donante possa costituire un interesse talmente meritevole di protezione da derogare al principio *quod nullum est nullum producit effectum*. E poiché si tratta sempre di comparare tra loro interessi protetti dall'ordinamento, deve convenirsi che la donazione illecita è sanabile soltanto a patto che l'illiceità non derivi da contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume<sup>40</sup>.

A seguito della conferma, la donazione produce i suoi effetti *ex tunc*. Anche la volontaria esecuzione della donazione nulla impedisce ai coeredi e agli aventi causa del donante di far valere la nullità, da qualunque causa essa dipenda, purché l'esecuzione sia avvenuta nella consapevolezza della causa di nullità<sup>41</sup>.

La nullità, tuttavia, non resta del tutto ininfluenza: essa, nella specie, non trasmuta in uno scioglimento (come avviene per l'art. 2332 c.c.), perché la sanatoria ha efficacia solo tra le parti. È vero che, analogamente a quanto accade per le fattispecie regolate dagli artt. 2332 e 2126 c.c., sono fatti salvi gli effetti prodotti; ma è altrettanto vero che tali effetti non possono pregiudicare i diritti dei terzi acquirenti. Pertanto, gli eventuali atti conservativi o esecutivi, che il creditore abbia posto in essere prima della conferma, sono opponibili anche al donatario<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, 6, II, Torino, 19972, p. 585.

<sup>41</sup> Cass., 30 gennaio 2019, n. 2700, in *CED Cassazione*, 2019: «L'esecuzione delle donazioni nulle, disciplinata dall'art. 799 c.c., analogamente a quanto è richiesto, in via generale, dall'art. 1444 c.c. per la convalida dei contratti annullabili, intanto impedisce ai coeredi o aventi causa del donante di fare valere la nullità, da qualunque causa dipendente, in quanto i medesimi, con atti o fatti di contenuto non equivoco, diano volontaria esecuzione alla domanda con la consapevolezza della causa della nullità stessa».

<sup>42</sup> M. TAMPONI, *La sanatoria della donazione invalida*, in *Trattato delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. BONILINI, VI, Milano, 2009, p. 1143.

#### 4. *La simulazione matrimoniale*

La novella del 1975 ha ampliato l'ambito delle invalidità matrimoniali evidenziando il momento della scelta, libera e consapevole, di contrarre matrimonio: ha, infatti, disciplinato le ipotesi dell'errore e della simulazione (artt. 122 e 123 c.c.).

Prima dell'entrata in vigore dell'attuale testo dell'art. 123, il principio dell'indissolubilità del matrimonio (in epoca antecedente all'introduzione del divorzio) spingeva la parte prevalente della dottrina a escludere ogni rilevanza alla simulazione matrimoniale: il problema dell'effettività del consenso degli sposi ad onorare il rapporto di matrimonio passava in secondo piano rispetto alla necessità di salvaguardare il matrimonio-atto. La norma introdotta nel '75, la quale sostituisce il testo originario dell'art. 123 c.c. che era dedicato all'invalidità del matrimonio per impotenza, descrive la simulazione del matrimonio come l'accordo con il quale «gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti».

Si tratta di una soluzione legislativa che attua un compromesso tra due opposte esigenze: quella di valorizzare il consenso quale elemento imprescindibile dell'instaurarsi del vincolo coniugale; quella di garantire certezza e stabilità ai rapporti di coniugio. Alla soddisfazione della prima esigenza, tende il diritto di impugnare il matrimonio celebrato in assenza di una effettiva volontà di creare una comunione di vita; la seconda esigenza, invece, ha spinto il legislatore a limitare fortemente tale diritto attraverso la enucleazione di due cause di 'sanatoria' del matrimonio simulato. Ancora una volta la salvezza degli effetti prodotti discende da una comparazione tra interessi: «la tutela del consenso incontra un limite nell'esigenza di garantire certezza degli *status* e stabilità del rapporto coniugale, e quest'esigenza dà conto dei limiti molto stretti in cui l'impugnazione è proponibile»<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002, p. 634.

L'adozione del termine 'sposi', in luogo del termine 'coniugi', esplicita la necessità che l'accordo simulatorio preceda il matrimonio. Scopo delle parti è di ricavare dal matrimonio uno o più benefici che indirettamente si collegano ad esso, senza però l'intenzione di adempiere i doveri e rivendicare i diritti che caratterizzano una stabile comunione spirituale e materiale di vita. Tali benefici possono essere: la trasmissione di diritti pensionistici, l'ottenimento dell'espatrio, l'acquisto della cittadinanza (sebbene attualmente non vi sia più alcun automatismo tra la celebrazione del matrimonio e l'acquisto dello *status civitatis*: v. *infra*), l'acquisizione del cognome del marito (art. 143 *bis* c.c.), il conseguimento del visto di ingresso in un paese straniero, l'adeguata sistemazione economica del partner, la legittimazione di un figlio, l'acquisto di un'eredità, ecc.

Tuttavia, il fine o il motivo che spinge a simulare il matrimonio non assume alcun rilievo: conta, esclusivamente, l'accertamento della volontà degli sposi di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti dal matrimonio discendenti e, quindi, di escludere quella comunione di vita che costituisce, invece, elemento indispensabile della fattispecie matrimoniale<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> I giudici non hanno dubbi sull'irrilevanza dei motivi che spingono le parti alla simulazione: cfr. Trib. Pavia, 15 ottobre 1982, in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 123, con note di M. LIOTTA e di R. COLUCCI. La casistica giurisprudenziale (v. A. QUERCI, in G. FERRANDO, A. QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, p. 152) presenta ipotesi molto varie di creazione dell'apparenza del vincolo matrimoniale, voluta dalle parti ai seguenti fini: assecondare la volontà di un genitore in fin di vita (Trib. Pavia, 15 ottobre 1982, cit.); esaudire il desiderio dei genitori di regolarizzare una situazione pregressa attraverso il c.d. matrimonio riparatore (Trib. Messina, 28 agosto 1979, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 142, con nota di S. ARENA, *Simulazione e matrimonio nel nuovo diritto di famiglia*); rendersi autonomi rispetto alla famiglia di origine (Trib. Genova, 11 gennaio 1983, in *Giur. merito*, 1984, I, p. 314, con nota di E. GRECO, *Note in tema di simulazione del matrimonio civile*); ottenere punteggi per l'assegnazione di un alloggio o per poter partecipare a concorsi pubblici (Trib. Napoli, 10 ottobre 1986, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 3194); agire in giudizio per la liberazione di un appartamento dato in locazione (Trib. Padova, 14 dicembre 1987, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 471); dare adeguata sistemazione economica alla moglie (Trib. Palermo, 10 novembre 1990, in *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 1007); ottenere l'espatrio (Trib.

L'art. 123 c.c. ammette solo i coniugi stessi all'impugnazione del matrimonio simulato. Non è legittimato all'azione il pubblico ministero, essendo stata respinta la relativa proposta, avanzata in sede di riforma del diritto di famiglia. L'impugnazione del matrimonio simulato è possibile nel termine di un anno dalla celebrazione e sempre che i contraenti non abbiano convissuto come coniugi.

Discussa è la natura di tale azione, non definita espressamente dalla legge, la quale si limita a sancire che «il matrimonio può essere impugnato». La rubrica della norma, che fa riferimento alla «simulazione», è ritenuta non decisiva. Si sostiene che non possa parlarsi di vera e propria simulazione, giacché il matrimonio simulato produce tutti i suoi effetti anche in assenza di convivenza purché non sia impugnato entro un anno dalla celebrazione; la simulazione assoluta, al contrario, non produce alcun effetto tra le parti<sup>45</sup>. Né potrebbe parlarsi di simulazione relativa: se così fosse, dovrebbero essere sempre garantiti gli effetti leciti del negozio dissimulato (art. 1414 c.c.).

Ebbene, se l'art. 123 c.c. cristallizza un'ipotesi di simulazione, il matrimonio è nullo per mancanza di un requisito essenziale, il consenso. Per comprenderne la salvezza, quindi, occorrerebbe riconoscere nella norma un'ipotesi di convalida tacita del negozio nullo, assimilabile alle ipotesi previste agli artt. 590 e 799 c.c., poc'anzi esaminate.

Questa soluzione, come visto, non è esente da dubbi. Giova peraltro ricordare che le azioni di impugnativa del matrimonio invalido sono disciplinate, seguendo un elenco di ipotesi ritenute non tassative (perché rimane applicabile la disciplina generale dell'invalidità) dagli artt. 117 ss. c.c., che contemplano ipotesi sia di annullabilità sia di nullità. Con la con-

---

Genova, 18 luglio 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 615) o il visto d'ingresso (Trib. Milano, 6 luglio 1978, in *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 113) o la cittadinanza del coniuge (App. Firenze, 22 agosto 1988, *ivi*, 1990, p. 629).

<sup>45</sup> Ritengono si tratti di simulazione assoluta, invece, L. PUCCINI, *Contributo allo studio della simulazione nel matrimonio civile (art. 123 cod. civ.)*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 168 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2002<sup>2</sup>, p. 509 ss.

seguenza che la legittimità della distinzione tra le due categorie di invalidità è discussa, in ragione del principio, introdotto dalla riforma all'art. 128 c.c., secondo cui gli effetti di un matrimonio, sebbene dichiarato nullo, restano fermi nei confronti dei figli (non incestuosi né frutto di bigamia). Inoltre, si osserva che anche per il matrimonio «nullo» si renderebbe indispensabile, comunque, una sentenza giudiziale costitutiva per eliminare l'effetto, prodotto dal matrimonio e documentato dagli atti dello stato civile, dell'attribuzione dello *status* di coniuge.

Escluso che la norma contempra un'ipotesi di simulazione analoga alla simulazione contrattuale, la dottrina ha elaborato diverse ricostruzioni. Per un orientamento, si tratta di una annullabilità relativa e sanabile<sup>46</sup>. Anche nel caso di simulazione, infatti, così come in quelli di vizi del volere (errore, violenza e dolo) e di difetto di capacità (minore età, interdizione), il vizio può essere sanato dalla convalida delle parti, perché posto a tutela della formazione di un consenso libero e consapevole.

Altri ravvisano un'ipotesi di matrimonio indiretto<sup>47</sup> o di matrimonio fiduciario<sup>48</sup> o fanno ricorso alla figura dell'abuso del diritto<sup>49</sup>.

Continua ad accettare il riferimento alla simulazione, invece, chi accoglie, di questa, una nozione più elastica, idonea

---

<sup>46</sup> N. IRTI, *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile? Note sulla tecnica delle definizioni legislative*, in *Dir. Giust.*, 1976, p. 482; E. PEREGO, *La simulazione nel matrimonio civile*, Milano, 1980, p. 60 ss.; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, tomo II, sub art. 84-158, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 167 s.

<sup>47</sup> V. PIETROBON, sub art. 123, in *Comm. Carraro, Oppo, Trabucchi*, I, 1, Padova, 1977, p. 172 ss.

<sup>48</sup> C. GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, in *Temì*, 1951, p. 325 ss., nonché in *Studi in onore di Cicu*, Milano, 1951, p. 574 ss., il quale sottolinea che «le parti vogliono la celebrazione del matrimonio, ma non mirano ad acquistare l'oggetto che per legge è proprio del matrimonio e cioè che il matrimonio produca effetti fra loro»: come nella fiducia, esse vogliono il matrimonio allo scopo di acquistare una capacità o una condizione giuridica, ma senza «l'intento pratico diretto all'oggetto del consenso matrimoniale».

<sup>49</sup> M. COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 686 ss.



appunto a ricomprendere una voluta apparenza negoziale, e quindi anche il matrimonio contratto per fini diversi da quelli tipici. L'indirizzo di pensiero più seguito presso la dottrina recente, così, pur negando l'assimilazione della fattispecie alla vera e propria simulazione del contratto di cui agli artt. 1414 ss. c.c., ammette che trattasi di un caso particolare di simulazione, che condivide con l'istituto generale la presenza del patto di non esecuzione, ma che se ne distingue per la regolamentazione degli effetti, in ragione della specificità della materia matrimoniale<sup>50</sup>.

Si discute se il patto simulatorio contemplato dalla norma debba necessariamente riguardare tutti i diritti e i doveri discendenti dal matrimonio, o se, perché la disposizione sia applicabile, sia sufficiente che le parti convengano la non esecuzione di singoli obblighi o diritti determinati. Nel primo senso, è l'orientamento preferibile<sup>51</sup>, secondo il quale il patto diretto

---

<sup>50</sup> M. MANTOVANI, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 1282 ss.; L. PUCCINI, *Matrimonio "di fatto" e matrimonio "nullo" per simulazione: un connubio difficile*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 621 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Il matrimonio simulato nell'ordinamento civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 659; R. SACCO, voce *Simulazione*, (diritto civile), in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, p. 9 ss.; M. MANTOVANI, *La simulazione del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia*, Tratt. Bonilini, Cattaneo, I, Torino, 1997, p. 424.

In giurisprudenza, prima della riforma del diritto di famiglia, si escludeva la configurabilità di una simulazione matrimoniale. Con l'introduzione codicistica dell'istituto, il matrimonio simulato è stato considerato nullo da Trib. Messina, 28 agosto 1979; Trib. Pavia, 15 ottobre 1982; Trib. Napoli, 10 ottobre 1986; Trib. Modena, 23 gennaio 1987; Trib. Pavia, 14 dicembre 1987; è stato ritenuto annullabile da Trib. Genova, 11 gennaio 1983, in *Giur. merito*, 1984, p. 314, con nota di E. GRECO, *Note in tema di simulazione del matrimonio civile*; Trib. Napoli, 7 giugno 1984. Per Trib. Napoli, 7 giugno 1984, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3436, «la simulazione del matrimonio di cui all'art. 123 c.c. disciplina una ipotesi di annullamento nell'interesse dei contraenti per una causa specifica, costituita dall'illecita, consensuale preordinazione della esclusione della società coniugale fra i nubendi, una volta sposati; tale accordo, ove sussista la concorde dichiarazione dei coniugi, può essere provato con ogni mezzo». Trib. Padova, 14 dicembre 1987, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 471, ha invece sostenuto che «l'azione di simulazione di matrimonio dà luogo ad azione di nullità relativa e non di annullamento e non costituisce ipotesi di negozio indiretto».

<sup>51</sup> M. LIOTTA, *op. cit.*, p. 1300; N. IRTI, *op. cit.*, p. 481; V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 172 ss.; G. CONTE, *La simulazione del matrimonio nella teoria del negozio*

ad escludere specifici aspetti della vita matrimoniale non dà luogo alla simulazione del matrimonio, sicché quest'ultimo rimane valido, mentre il patto di non esecuzione è senza effetti: valgono, infatti, l'art. 108 c.c., che vieta di apporre termini o condizioni al matrimonio, e l'art. 160 c.c., secondo cui i diritti e i doveri matrimoniali non sono derogabili. Un diverso orientamento, invece, ammette la configurabilità della simulazione parziale<sup>52</sup>. Una idea intermedia distingue tra doveri essenziali e non essenziali: solo il patto diretto alla non attuazione dei doveri essenziali comporterebbe l'invalidità del matrimonio per simulazione<sup>53</sup>. Evidente è la difficoltà aggiuntiva imposta da tale tesi: occorre capire quali doveri siano essenziali e quali secondari; di solito, si è concordi nel ritenere essenziale il dovere di coabitazione, mentre più dubbi sono i casi del dovere di fedeltà e del dovere di assistenza.

Gli autori che escludono che la norma in esame si riferisca ad una vera e propria simulazione si dividono tra chi trova, in ciò, una conferma della inammissibilità nell'ordinamento di una simulazione assoluta del matrimonio<sup>54</sup>, e chi, invece, ritiene che la simulazione assoluta sia ancora ammissibile in base ai principi generali. Seguendo questa seconda scia, si identifica la 'vera' simulazione, comportante la nullità del matrimonio, nelle ipotesi in cui le parti contraggono le nozze senza avere la volontà di divenire marito e moglie<sup>55</sup> e, quindi, quando dalla fattispecie emerge la totale mancanza di consenso matrimoniale, imprescindibile per la validità del matrimo-

---

giuridico, Padova, 1999, p. 73; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002, p. 630 s.; A. QUERCI, *op. cit.*, p. 156.

<sup>52</sup> G. DEL PASQUA, *La simulazione matrimoniale*, in *Giust. civ.*, 1978, IV, p. 99; G. TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Torino, 1978, p. 174; N. VISALLI, *Profili giuridici della simulazione del matrimonio*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 1027.

<sup>53</sup> R. NICOLÒ, *La simulazione nel matrimonio nel quadro della nuova legge sul diritto di famiglia*, in *Quaderni romani diritto canonico*, diretti da A. FEDELE, I, Roma, 1977, p. 61; E. PEREGO, *op. cit.*, p. 60 ss.

<sup>54</sup> M. COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 686; N. IRTI, *op. cit.*, p. 481; V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 176.

<sup>55</sup> E. PEREGO, *op. cit.*, p. 99 ss.; F. FINOCCHIARO, *Appunti sulla simulazione nel matrimonio civile*, in *Giur. it.*, 1980, p. 172.

nio: in tal caso, non sono applicabili le decadenze e le sanatorie di cui alla norma in esame.

Tradizionalmente, alla configurazione della simulazione assoluta del matrimonio si opponeva la qualifica del matrimonio come atto del potere statale, che si forma, oltre che per volontà delle parti, con la volontà espressa dall'ufficiale di stato civile<sup>56</sup>. Questa obiezione, che si fonda su di una sopravvalutazione della funzione dell'ufficiale di stato civile, è però superata dalla considerazione che la dichiarazione di quest'ultimo non manifesta una volontà, ma si limita a certificare l'avvenuto completamento del procedimento amministrativo diretto alla formazione del vincolo coniugale<sup>57</sup>. E poiché si tratta di una certificazione che riguarda quanto appare *ex actis*, e giammai l'effettività delle volontà espresse dai nubendi, può essere comunque provato che le parti non volevano il matrimonio, con la conseguenza che, fornita tale prova, il matrimonio deve essere dichiarato nullo per mancanza del requisito essenziale del consenso. Si avrebbe simulazione assoluta, in definitiva, tutte le volte che il consenso matrimoniale sia *totalmente* assente.

Integra una ipotesi di nullità assoluta ed insanabile per mancanza di consenso matrimoniale, e non una ipotesi di simulazione, il matrimonio contratto per gioco<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> V. ad es. W. BIGIARI, *Sulla nullità del matrimonio per simulazione*, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, c. 359; A. CONSOLI, *La simulazione assoluta nell'ordinamento matrimoniale italiano*, in *Riv. dir. matrim.*, 1958, p. 23.

<sup>57</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 173.

<sup>58</sup> Trib. Milano, 24 ottobre 1974; Trib. Modena, 23 gennaio 1987, in *Foro it.*, 1988, I, c. 966 (nella specie, si trattava di matrimonio contratto all'estero, con la reciproca consapevolezza, da parte dei nubendi, di esser vincolati da precedenti matrimoni).

#### 4.1. *La sanatoria del matrimonio*

Due sono le cause di sanatoria previste dall'art. 123 c.c.: si tratta di ipotesi diverse, autonome l'una dall'altra<sup>59</sup>.

La prima causa di sanatoria è costituita dalla decorrenza di un anno dalla celebrazione del matrimonio senza che sia stata promossa l'impugnativa. Il termine annuale è tassativo. Questa ipotesi è stata accusata in dottrina di dubbia costituzionalità in riferimento agli artt. 3 e 39 Cost., perché nelle altre ipotesi di volontà imperfetta o viziata (artt. 119, 120 e 122 c.c.) la decadenza dell'azione di nullità e la conseguente sanatoria non sono collegate al mero decorrere dell'anno, ma alla continuativa coabitazione delle parti nel corso dell'anno; inoltre, il termine annuale di cui alla norma in esame decorre dalla celebrazione, e non, come accade nelle altre ipotesi enunciate, dal venir meno della causa che ha determinato gli sposi a contrarre matrimonio. Si è quindi ritenuto ingiustificato che una volontà matrimoniale limitata, come quella considerata dall'art. 123 c.c., «possa essere integrata e sanata dal solo decorso del tempo e in mancanza di un comportamento attuoso delle parti, che dimostri l'esistenza di un'effettiva volontà matrimoniale, idonea ad escludere l'effetto invalidante del precorso accordo simulatorio, diretto all'inadempimento

---

<sup>59</sup> Come chiarito da Cass., 5 febbraio 1988, n. 1262, in *Rep. Foro it.*, 1988, *Matrimonio*, n. 138: «L'art. 123, 2° comma c.c., il quale nega l'azione di simulazione del matrimonio quando sia decorso un anno dalla celebrazione, ovvero si sia verificata la convivenza dei coniugi, detta due norme autonome e distinte, in quanto la prima attiene all'apposizione di un limite temporale all'esercizio dell'impugnazione, mentre la seconda assegna rilevanza alla costituzione del consorzio coniugale, ancorché in pendenza di quel termine, quale fatto di per sé idoneo a superare od elidere il pregresso accordo simulatorio». Nella specie, con riguardo alla pronuncia della Corte d'appello, che aveva negato la delibazione della sentenza di nullità del matrimonio concordatario resa dal tribunale ecclesiastico per l'esclusione di un *bonum matrimonii*, sul rilievo dell'inosservanza di entrambe dette disposizioni, previa qualificazione delle stesse come norme di ordine pubblico, la Suprema Corte ha dichiarato l'innammissibilità del ricorso per Cassazione, che aveva contestato tale qualificazione solo con riferimento al limite temporale, stante la configurabilità di due diverse ragioni della decisione e la idoneità di quella non censurata a sorreggere la decisione medesima.

degli obblighi e al non esercizio dei diritti discendenti dalla celebrazione nuziale»<sup>60</sup>.

Altra dottrina<sup>61</sup> ha invece ritenuto giustificata la *ratio* del diverso trattamento «alla luce della scelta di attribuire rilevanza, nella fattispecie dell'art. 123 c.c., all'accordo simulatorio in sé e per sé – in quanto rivolto alla mancata attuazione del rapporto coniugale – a prescindere da una valutazione delle ragioni che hanno indotto gli sposi alla celebrazione; ciò che distingue la previsione in commento rispetto alle altre cause di invalidità, nelle quali, essendo il rimedio accordato in considerazione del motivo che ha determinato gli sposi a contrarre matrimonio, appare soluzione coerente quella di far decorrere il termine per l'impugnazione dall'accertamento del venir meno della causa di invalidità».

La brevità del termine di decadenza, che ha fatto lamentare una eccessiva privatizzazione della fattispecie matrimoniale, rischia di depotenziare l'efficacia deterrente dell'azione rispetto alla celebrazione di matrimoni fittizi, in una fase storica, peraltro, in cui a causa della crescente immigrazione, aumenta l'esigenza di ordine pubblico di arginare il fenomeno. Tuttavia, va ricordato che l'art. 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, ammette il coniuge di un cittadino a richiedere la cittadinanza italiana soltanto se abbia risieduto per un periodo di almeno sei mesi in Italia nella qualità di coniuge; oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio, se non vi sia stato, nel frattempo, scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili e se i coniugi non si siano separati legalmente, senza riconciliarsi<sup>62</sup>.

La seconda modalità di sanatoria attribuisce effetti alla convivenza, che non deve essere necessariamente protratta nel tempo (come accade per i casi previsti dagli artt. 119, 120

---

<sup>60</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 170; nello stesso senso Id., *Apunti sulla simulazione del matrimonio civile*, in *Giur. it.*, 1980, c. 44. La tassatività del termine annuale di decadenza è stata affermata da Trib. Bari, 22 gennaio 1981; Trib. Genova, 18 luglio 1981.

<sup>61</sup> M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 465 s.

<sup>62</sup> V. ampiamente P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Simulazione, matrimonio di comodo e cittadinanza*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 955 ss.

e 122 c.c.): è sufficiente che i due soggetti «abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione».

La legge, qui, non richiede la semplice coabitazione; l'effetto sanante è prodotto solo dalla convivenza come coniugi, ossia dall'esercizio dei diritti e dall'adempimento degli obblighi derivanti dal matrimonio, anche per un solo giorno.

Si richiamano, in proposito, gli obblighi e i diritti che derivano dal matrimonio ai sensi dell'art. 143 c.c., norma che, come noto, attua il principio costituzionale (art. 29 Cost.) in base al quale «il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi». La norma codicistica, in particolare, dopo aver disposto al primo comma che: «con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri», chiarisce, al 2° comma, quali siano i reciproci obblighi a carico dei coniugi: fedeltà, assistenza, collaborazione e coabitazione.

L'obbligo di fedeltà non si riduce alla mera astensione da relazioni sentimentali o da rapporti sessuali con terzi, ma va inteso in senso più ampio, quale dedizione spirituale all'altro coniuge<sup>63</sup>. Si tratta di un obbligo rilevante anche in sede di separazione con addebito, persino quando l'infedeltà sia soltanto apparente e tuttavia lesiva della dignità del coniuge tradito, tenuto conto del contesto sociale nel quale il sospetto del tradimento è sorto. (Sono state abrogate, invece, le norme, artt. 559 e 560 c.p., che sancivano sanzioni penali in caso di adulterio o concubinato).

---

<sup>63</sup> La giurisprudenza riconduce la fedeltà ai principi di lealtà: «Il dovere di fedeltà, collocato dall'art. 143 c.c. tra gli obblighi nascenti dal matrimonio, consiste nell'impegno, ricadente su ciascun coniuge, di non tradire la fiducia reciproca ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi, che dura quanto dura il matrimonio e non deve essere inteso soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali. È a dir poco riduttivo concepire quel dovere come mera astensione dall'adulterio. In effetti la nozione di fedeltà coniugale va avvicinata a quella di lealtà, la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune. In questo quadro la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia che si traduce nella capacità di saper sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si forma» (Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 10).

Quanto all'obbligo di assistenza morale, è stato affermato dai giudici che la condotta del coniuge, consistente nell'ingiustificato rifiuto di aiuto e conforto spirituale, con la volontaria aggressione della personalità dell'altro, per annientarla, deprimerla, o comunque ostacolarla, integra violazione dei doveri che derivano dal matrimonio, e giustifica una pronuncia di separazione personale con addebito, secondo la previsione dell'art. 151, 2° comma, c.c.<sup>64</sup>.

Nell'obbligo di assistenza, che va inteso quale dovere reciproco di ciascun coniuge di soddisfare le esigenze materiali e morali dell'altro, va incluso il dovere di contribuzione incombente sul coniuge che gode di un reddito maggiore; a questo dovere si connette, anche, quale espressione del principio di solidarietà familiare, l'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia. Infine, i coniugi sono tenuti, inderogabilmente, a mantenere la continuità della vita in comune, e quindi ad abitare nella stessa casa, salva la possibilità di assentarsi per brevi periodi.

Se gli atteggiamenti predetti sono stati osservati, allora i contraenti avranno 'convissuto come coniugi', e ciò, sul piano sostanziale, varrà a sanare l'eventuale negozio invalido derivante dall'accordo simulatorio; sul piano processuale, poi, la convivenza vale a pregiudicare la prova di tale accordo, e può anzi far presumere la sua inesistenza, «essendo difficile

---

<sup>64</sup> Cass., 7 giugno 1982, n. 3437, in *Mass. Giur. it.*, 1982; Cass., 23 marzo 2005, n. 6276, in *Foro it.*, 2005, c. 2994, ha stabilito che «il rifiuto, protrattosi per ben sette anni, di intrattenere normali rapporti affettivi e sessuali con il coniuge costituisce gravissima offesa alla dignità e alla personalità del partner e situazione che oggettivamente provoca senso di frustrazione e disagio, spesso causa, per come è notorio, di irreversibili danni sul piano dell'equilibrio psicofisico. Consimile contegno, pertanto, configura e integra violazione del dovere di assistenza morale e materiale sancito dall'art. 143 c.c., nella cui nozione sono da ricomprendere tutti gli aspetti di sostegno nei quali, con riferimento anche alla sfera affettiva, si estrinseca il concetto di comunione; si tratta, peraltro, di quel legame sentimentale sul quale realmente può reggersi e prosperare il rapporto di coppia. Ove volontariamente posto in essere, il rifiuto alla assistenza affettiva ovvero alla prestazione sessuale non può che costituire addebitamento della separazione, rendendo impossibile all'altro il soddisfacimento delle proprie esigenze di vita dal punto di vista affettivo e l'esplicarsi della comunione di vita nel suo profondo significato».

pensare che vi sia un accordo simulatorio sugli effetti del matrimonio, quando le parti abbiano cominciato ad esercitare i diritti e ad adempiere agli obblighi da esso derivati»<sup>65</sup>.

In caso di contestazione, l'onere di provare che non sono stati rispettati i comportamenti summenzionati, e che quindi non si trattava di convivenza ma di mera coabitazione, graverà sull'attore.

L'art. 123 c.c. ammette soltanto i coniugi all'impugnativa del matrimonio. Per chi ravvisa la sanzione nell'annullamento del matrimonio, si tratta di una conferma: come in tutti i casi di annullabilità, la legittimazione spetta solo ai soggetti a favore dei quali l'azione è predisposta. Manca invece, nella specie, un interesse dei terzi o di ordine generale all'accertamento della realtà sottostante a una celebrazione formalmente valida; con la conseguenza che la legge ha escluso la legittimazione attiva e dei terzi e del pubblico ministero: «L'accordo, volto a escludere diritti e obblighi nascenti dal matrimonio è un affare *privatissimo* delle due parti»<sup>66</sup>.

##### 5. *La dichiarazione di invalidità del matrimonio dopo la morte di un coniuge*

L'art. 125 c.c. preclude l'azione di nullità (o di annullamento) al p.m. dopo la morte di un coniuge. Sotto il profilo processuale, la norma mira all'economia dei giudizi: non avrebbe utilità concreta dichiarare la invalidità di un matrimonio che, a causa della morte di una delle parti, si è già sciolto. Sotto il profilo sostanziale, scopo della preclusione è la conservazione degli *status* personali rimasti improduttivi di effetti giuridici nei rapporti personali.

Verificatasi la morte di un coniuge, l'azione di nullità non può essere 'promossa' dal pubblico ministero, ma ciò non es-

---

<sup>65</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 171.

<sup>66</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 173. *Contra* E. PEREGO, *op. cit.*, p. 107, e N. VISALLI, *op. cit.*, p. 1439, i quali estendono la legittimazione attiva al p.m. ed a qualsiasi interessato.



cluderebbe, per un autore<sup>67</sup> che essa possa essere proseguita se era stata da lui già promossa prima della morte: iniziato il giudizio, l'intercorso decesso di una delle parti non impedirebbe al p.m. di portarlo avanti sino alla formazione del giudicato, anche proponendo, se del caso, appello o ricorso per cassazione. In senso contrario si esprime, però, la dottrina maggioritaria, la quale ritiene che il decesso di un coniuge nel corso del procedimento precluda al pubblico ministero la prosecuzione del giudizio, destinato quindi ad estinguersi<sup>68</sup>.

A sua volta, l'art. 127 c.c. consente agli eredi di subentrare nella titolarità dell'azione di impugnazione del matrimonio (a patto che il giudizio fosse già pendente alla morte dell'attore).

Detta norma consacra un'eccezione al principio del rapporto successorio, in base al quale l'erede subentra in tutti i rapporti patrimoniali ma non in quelli personali. La *ratio* è analoga a quella di cui all'art. 125 c.c., che preclude l'azione al pubblico ministero dopo la morte di un coniuge<sup>69</sup>: anche agli eredi l'azione di impugnazione compete solo se il giudizio diretto ad impugnare il matrimonio è già pendente alla morte dell'attore. Infatti, se il *de cuius* aveva già impugnato il matrimonio, il diritto di azione da lui esercitato entra a far parte del compendio ereditario, con conseguente facoltà dell'erede di proseguire il giudizio. Si evita, così, che vengano intrapresi giudizi che a causa della morte di uno dei coniugi sono divenuti inutili, e nel contempo si concretizza il *favor* per la conservazione degli *status* personali. La regola, peraltro, è coerente col principio di cui all'art. 110 c.p.c.: l'erede che abbia, espressamente o tacitamente, accettato l'eredità non può legittimamente qualificarsi terzo rispetto al *de cuius*, non potendosi considerare tale colui che subentri al defunto in tutti i pregressi rapporti giuridici, poiché l'oggetto della delazione ereditaria si sostanzia proprio nel complesso dei rapporti giuridici trasmissibili, dei quali viene mantenuta la continuità con il mezzo tecnico del sub-

---

<sup>67</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 180.

<sup>68</sup> Per la soluzione negativa si è espressa anche una risalente pronunzia della Corte di legittimità: Cass., 28 settembre 1955, n. 2671, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1937.

<sup>69</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 180.

ingresso del chiamato nella posizione del precedente titolare, senza alcun mutamento (a parte la modificazione soggettiva) né dell'oggetto né del titolo del singolo rapporto. Ne consegue che, verificatasi la successione nel processo, espressamente prevista dall'art. 100 c.p.c., sotto il profilo sostanziale si determina, in capo all'erede, la trasmissione della medesima situazione attiva o passiva già propria del *de cuius*, che deve essere accertata nei confronti del medesimo erede, senza che possa assumere rilievo alcuno la vicenda della morte del precedente titolare. Pertanto, seppure agisca in giudizio a tutela di diritti già facenti capo al *de cuius*, «l'erede esercita diritti ormai propri, il cui carattere ereditario attiene solo al titolo dell'acquisto e resta irrilevante rispetto alla legittimazione ad agire».

In definitiva, l'art. 127 c.c. presuppone che il matrimonio sia stato impugnato da uno dei coniugi, al quale spettava la relativa legittimazione, e che detto coniuge sia morto nel corso del giudizio<sup>70</sup>. Il limite di cui alla norma, quindi, vale solo quando legittimato all'impugnazione era il *de cuius* (v. artt. 120, 122 e 123 c.c.), e gli eredi subentrano nella sua posizione. La disposizione non riguarda, invece, i casi in cui gli eredi sono personalmente e direttamente legittimati all'esercizio delle azioni di impugnazione (artt. 117 e 119 c.c.), vale a dire quando la legge stabilisce la legittimazione di tutti coloro che abbiano un interesse legittimo ed attuale all'impugnativa. Sotto questo profilo, la norma è stata criticata, perché non consentirebbe, ad esempio, di reagire al matrimonio contratto da una persona molto anziana, potenzialmente incapace o, comunque, maggiormente soggetta ad inganni e violenza, con una persona più giovane che miri ad accaparrarsi l'eredità in danno dei familiari dell'altro coniuge. La disciplina in parola, pertanto, andrebbe modificata, in modo da concedere il pro-

---

<sup>70</sup> App. Roma, 19 aprile 2002, in *questa Rivista*, 2002, p. 1323: «Intrapreso il giudizio per la dichiarazione di nullità del matrimonio, se la parte attrice legittimata venisse a morte, l'azione stessa si trasmetterebbe ai suoi eredi».

Nel caso di morte del coniuge *convenuto* nel giudizio di nullità, si seguono le normali regole processuali, sicché è data facoltà all'attore di riassumere il giudizio nei confronti degli eredi del coniuge defunto.

movimento dell'impugnativa in tutti i casi nei quali il coniuge deceduto fosse ancora nei termini per agire in giudizio.

Gli eredi che proseguono il giudizio perseguono l'interesse del *de cuius* oltre la morte di lui.

Essi perseguono anche, però, un interesse proprio, perché con la dichiarazione di invalidità del matrimonio otterrebbero l'esclusione del coniuge superstite dal novero dei legittimari. Si pensi, ad esempio, all'interesse che avrebbero i figli a proseguire l'azione di impugnazione del matrimonio: innanzi tutto, essi eviterebbero, con l'annullamento del matrimonio, che al coniuge siano attribuiti i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano (se di proprietà del defunto o comuni). Inoltre, se chi muore lascia, oltre al coniuge, un solo figlio, legittimo o naturale, quest'ultimo sarà spinto a proseguire il giudizio di impugnazione perché, altrimenti, al coniuge del *de cuius* spetterebbe un terzo del patrimonio. Se i figli, legittimi o naturali, sono più di uno, essi avranno interesse ad evitare che il coniuge abbia in eredità per legge un quarto del patrimonio del defunto (art. 542 c.c.). Se, infine, chi muore non lascia né figli legittimi né figli naturali, ma ascendenti legittimi e il coniuge (art. 544 c.c.), i primi avranno tutto l'interesse alla continuazione del giudizio giacché, se l'azione non viene proseguita (o se la domanda di annullamento o nullità del matrimonio viene respinta), ad essi è riservato solo un quarto del patrimonio, mentre al coniuge, rimasto tale, ne spetterà la metà.

Senonché, va altresì considerato che, impugnando il matrimonio, gli eredi faranno anche cadere i presupposti che devono coesistere ai fini della collazione: la qualità ereditaria (sempre che il coniuge non fosse istituito per testamento, giacché in tal caso sarebbe comunque chiamato all'eredità a prescindere dal suo *status*); lo *status* di coniuge. La convenienza di una simile operazione dipenderà dalle donazioni fatte in vita dall'ereditando: se il coniuge superstite era stato beneficiario di cospicue liberalità (non dispensate), allora sarà più conveniente, ai coeredi, non intaccare la validità del matrimonio. Infatti, così, il coniuge sarà costretto a valutare se accettare l'eredità e conferire le donazioni alla massa, oppure tratte-

nere le donazioni ma rinunciare all'eredità. Viceversa, la dichiarazione di invalidità del matrimonio, provocando il venir meno dello *status* coniugale, consentirebbe agli eredi di agire in riduzione senza che il convenuto possa opporre il rispetto della propria quota di legittima, ma precluderebbe loro il diritto alla restituzione alla massa ereditaria quale conferimento *ex collazione*.

#### 6. *Il contratto di convivenza: dalla nullità del contratto tipico alla validità dell'atipico (come 'patto di convivenza')*

L'autonomia privata familiare e la meritevolezza dei contratti con causa familiare o parafamiliare, già riconosciute dalla giurisprudenza, sono oggi positivizzate dalla legge 76/2016, con particolare incidenza ai commi 50 e 53 art. 1<sup>71</sup>.

Anche in tale ambito, il tema della salvezza degli effetti prodotti dall'atto ed il principio *quod nullum est nullum pro ducit effectum* devono confrontarsi con gli interessi, pubblici e privati, in gioco. Nella specie, va altresì considerato in che misura e con quali modalità le trasformazioni sociali riconosciute e legittimate dalla Riforma che disciplina le Nuove famiglie, nonché l'ampio mandato al giudice che essa conferisce attraverso le clausole generali, si rapportino ai limiti che l'ordinamento stesso pone all'autonomia familiare, ossia all'esplicazione dell'autonomia privata da parte dei membri del consorzio familiare, sia esso matrimonio, unione civile o convivenza.

L'analisi dei limiti generali posti dall'ordinamento, tanto più delicata quanto più si conceda spazio all'autonomia contrattuale in ambito familiare, è analisi non meramente teorica, ma che incide dall'interno la prassi operativa, a causa della «rilevanza di quegli aspetti che assumono portata centrale nella materia familiare, ossia la rilevanza dei principi generali dell'ordinamento, con conseguenti limiti di ordine pubbli-

---

<sup>71</sup> G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1771.

co, e il ruolo centrale da attribuire al giudice nella dinamica familiare, ruolo che in maniera insufficiente e meno intensamente trova risposta nella disciplina generale del contratto»<sup>72</sup>.

Connotati qualificanti del contratto tipico di convivenza sono la sua opponibilità ai terzi e la forma.

Al di fuori del nuovo contratto tipico introdotto ai commi 50 ss., art. 1, resta però la possibilità di concludere, alla luce del principio di autonomia privata, un contratto di convivenza atipico<sup>73</sup>, che la dottrina ha iniziato per comodità a qualificare come 'patto di convivenza', al fine di distinguerlo dal vero e proprio 'contratto di convivenza' tipizzato dalla legge Cirinnà.

È patto di convivenza quello stipulato in difetto di uno dei requisiti previsti dal comma 36, art. 1 legge cit.<sup>74</sup>.

Ciò nondimeno, può trattarsi anche di un contratto redatto ai sensi dei commi 50 ss., art. 1, che però risulti nullo per mancanza di uno dei requisiti di legge: ebbene questo contratto di convivenza è, ai sensi della legge Cirinnà, un contratto nullo.

Ma se illiceità non attiene al suo risultato e non discende da contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume, la nullità del contratto di convivenza non può compromettere gli effetti che sono stati prodotti, invece, dall'atipico contratto in cui il negozio nullo si sia convertito.

Nel confronto tra gli interessi in gioco, va considerato che detto contratto atipico rappresenta l'unica possibilità riservata ai soggetti che diano vita alle convivenze c.d. libere o non regolamentate, giacché il contratto tipico è riservato dalla leg-

---

<sup>72</sup> D. ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, p. 1570.

<sup>73</sup> Per G. VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1189, è possibile (e, per alcuni aspetti, consigliabile) continuare ad utilizzare modelli atipici di contratti di convivenza.

<sup>74</sup> Il professionista incaricato della stipula, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti di legge, dovrà farsi consegnare dalle parti i certificati anagrafici attestanti l'inesistenza degli impedimenti (parentela, affinità, adozione, vincoli matrimoniali o derivanti da unione civile) e l'avvenuta dichiarazione all'anagrafe ex artt. 4 e 13, comma 1°, lett. b), d.p.r. n. 223/1989; tali documenti potranno anche essere sostituiti da altrettante autocertificazioni (U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, p. 1749).

ge 76/2016 ai soli ‘conviventi di fatto’ che possiedano i prescritti requisiti, pena la nullità: per il comma 57 lett. b), art. 1, il contratto stipulato in «violazione del comma 36» è affetto da nullità insanabile.

L’accesso al contratto tipico non è consentito ai conviventi che seppure qualificabili come ‘conviventi di fatto’ ai sensi del comma 36, non abbiano rilasciato la dichiarazione anagrafica di cui al successivo comma 37. Sia i soggetti privi dei requisiti previsti dalla legge 76/2016 sia i conviventi ‘non registrati’ non possono, pertanto, stipulare un contratto di convivenza ex comma 50, ma soltanto un patto di convivenza, libero dagli obblighi formali imposti dalla legge Cirinnà (comma 51) (ferme le prescrizioni in tema di forma in generale qualora incida su diritti reali immobiliari), ma non iscrivibile all’Anagrafe e, dunque, con valenza puramente ‘interna’ limitata ai rapporti tra partner: il patto di convivenza non ha efficacia verso i terzi.

L’esclusiva efficacia *inter partes* ne limita fortemente la portata: diventa praticamente inutile, ad esempio, un’eventuale clausola riproduttiva del regime di comunione legale, giacché soltanto la scelta del regime patrimoniale adottata nel contratto tipico di cui ai commi 50 ss., art. 1 l. 76/2016 è opponibile (sebbene non possa sottacersi l’inadeguatezza del sistema pubblicitario previsto). Se ai partner fosse consentito adottare un regime di comunione, e quindi prevedere gli acquisti congiunti, esso avrebbe effetti soltanto *inter partes*. A tale possibilità si frappone però un duplice ostacolo: si ritiene che l’autonomia privata non possa spingersi fino a incidere sulle regole della responsabilità personale e patrimoniale e di automatico subingresso negli acquisti<sup>75</sup>; un simile patto, che prevedesse la caduta in comunione di tutti i futuri acquisti, sarebbe nullo per indeterminatezza dell’oggetto, anche qualora avesse effetti meramente obbligatori<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 199.

<sup>76</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia*, Milano, 2017, p. 354.

È forse anche per questa ragione che il patto di convivenza (inteso come contratto atipico tra conviventi), già ammesso da diversi anni in quanto meritevole di interesse *ex art.* 1322, 2° comma, c.c., non ha finora riscosso successo e, anzi, è spesso utilizzato più per fini di protezione patrimoniale a danno dei creditori che per soddisfare effettive esigenze di sostegno del partner debole.

Inoltre, e infine, occorre marcare una ulteriore differenza tra contratto di convivenza e patto di convivenza: il primo, oramai divenuto un contratto tipico, non sarà assoggettato al vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322, comma 2°, c.c.; lo sarà per contro il secondo.

Parimenti, il giudizio di meritevolezza colpirà l'accordo che appaia come un contratto di convivenza ma, in quanto snaturato dalla mancanza di uno o più presupposti di legge, da contratto tipico nullo si converta nell'atipico patto di convivenza.

In questo caso, la nullità travolge con effetti retroattivi gli effetti del contratto di convivenza, ma non quelli del patto di convivenza in cui il primo deve ritenersi essersi convertito.

Emerge qui in tutta la sua evidenza la portata distruttiva dell'operare del principio *quod nullum est nullum producit effectum* in ordine agli effetti espansivi degli acquisti che erano stati prodotti dall'eventuale regime di comunione: gli acquisti del soggetto non partecipante all'atto dovranno considerarsi in proprietà esclusiva del solo acquirente. Una soluzione, questa, che avrebbe dovuto forse essere oggetto di maggior riflessione, anche in ordine alla protezione dei terzi, e la cui severità, tipica di una nullità classica retroattiva, configge con la diversa soluzione regolata dagli artt. 191 ss. per i casi di scioglimento del contratto (risoluzione o recesso *ex commi* 59-63, art. 1) e per l'ipotesi della stessa cessazione della convivenza.

## 7. *Famiglia, successioni e frammentazione del concetto di nullità*

È ormai acquisito che i diversi paradigmi della nullità dimostrano che esiste una nullità classica, caratterizzata da rigidità; ma esistono anche ‘nullità elastiche’ come la nullità *ex nunc*, la nullità sanabile, la nullità da comportamento, la nullità con funzione di sanzione civile<sup>77</sup>.

Una definizione della nullità non è reperibile né nel Codice civile né in letteratura e, poiché la nullità è uno strumento concettuale e di «uno strumento non si dice cos’è ma cosa fa», si è con ragione ritenuto che «la mancanza di una vera e propria definizione della nullità è [...] segno di saggezza»<sup>78</sup>.

In astratto, la nullità spiegata nella manualistica si presenta come una sanzione rigida, la cui rigidità è temperata da alcune sanzioni. Nel diritto vivente, la nullità si manifesta con una flessibilità che rappresenta un *unicum* all’interno del fenomeno patologico negoziale: né l’annullabilità né la risoluzione né la rescissione presentano una gamma così ampia e varia di colori e sfumature.

Il diritto di famiglia e delle successioni costituisce la principale e più variegata conferma di tale assunto, per la presenza di ipotesi in cui la salvezza degli effetti prodotti (art. 128 c.c.) si riallaccia al *favor matrimonii* o è persino consentita, in omaggio alla conservazione degli *status*, la sanatoria di un matrimonio celebrato per finzione (art. 123 c.c.). O altre ancora ove l’ossequio alla volontà del disponente supera le esigenze ancorate al formalismo della donazione (art. 799 c.c.) o del testamento (art. 590 c.c.).

Il rispetto della volontà nel testamento e nella donazione comporta che la fattispecie complessa si componga della volontà originaria del disponente e di quella (espressa o attraverso esecuzione) del confermante (artt. 590 e 799 c.c.). La fu-

---

<sup>77</sup> Cfr. A. ALBANESE, *Quod nullum est nullum producit effectum? I vizi dell’atto e la forza del fatto*, Bologna, 2023.

<sup>78</sup> A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, II, Torino, 2006, p. 1436.



sione di queste due volontà, inimmaginabile se il testamento o la donazione fossero inesistenti, costituisce l'interesse considerato dall'ordinamento prevalente rispetto a quello che soggiace alla nullità classica.

La celebrazione del matrimonio costituisce il substrato che consente, con la buona fede dei coniugi, il dispiegarsi di una fattispecie complessa sullo sfondo della quale si ergono interessi che hanno indotto alla conservazione degli effetti già prodottisi: dalla formazione di una comunità familiare all'affidamento dei coniugi (o del coniuge) (art. 128 c.c.). E il *favor matrimonii* giustifica la sanatoria del matrimonio simulato non appena siano ravvisabili gli embrioni di una volontà di conservazione del vincolo, come emergono dal semplice atteggiarsi concretamente a coniugi o dalla mancata impugnazione dopo un solo anno (art. 123 c.c.).

Siamo lontani dalla nullità 'classica' come appare regolata dal Codice civile nella parte generale sul contratto (Libro IV, Titolo I, Capo XI): sulla scorta di quelle norme, si afferma che la nullità rappresenta un vizio genetico strutturale dell'atto e che come tale essa è insanabile, imprescrittibile e rilevabile da chiunque vi abbia interesse, anche *ex officio* dal giudice.

Ma se si osserva l'evoluzione della nullità negli ultimi decenni, può ancora riconoscersi, in essa, un concetto unitario e, dunque, un rapporto tra regola ed eccezioni? Il Codice civile ne individua le cause (art. 1418), regola l'ipotesi di nullità parziale (art. 1419), sancisce la rilevabilità d'ufficio e, salvo diverse previsioni di legge, la legittimazione attiva di chiunque vi abbia interesse (art. 1421), ne afferma l'imprescrittibilità (art. 1422) e ne esclude la convalida (art. 1423).

Ciò nondimeno, la legislazione speciale, soprattutto quella di derivazione comunitaria, affianca alla nullità codicistica un arcipelago di nullità speciali che si distaccano da quel modello: basti pensare, quanto al capovolgimento del principio della legittimazione attiva, alle c.d. nullità di protezione. È in questo rinnovato contesto che ci si deve oggi domandare, anche, se l'efficacia retroattiva della nullità sia davvero una regola. E se l'irretroattività rappresenti ancora un'eccezione. Già Rodolfo Sacco avvisava che «nelle aree marginali dell'esperien-

za civilistica ci imbattiamo in continue disapplicazioni dell'idea per cui ciò che è nullo non genera effetti. Il contratto nullo non genera effetto, ma di esso rimane in vita la clausola compromissoria. Il contratto nullo non genera effetto, ma se non è neutralizzato da una sentenza ne sgorgano tutti gli effetti tributari che nascerebbero dal contratto valido. Il contratto nullo non genera effetti, ma sul concorso di una causa di nullità e una causa di annullabilità si può ammettere la protezione del terzo acquirente, fondata sull'art. 1445».

La dichiarazione di nullità incide sul negozio giuridico, ma non elimina l'atto o il contratto in quanto fatto avvenuto e consolidatosi nel mondo materiale; altrimenti, saremmo al cospetto di un negozio inesistente e non nullo. La nullità, in altre parole, comporta la degradazione dell'atto o del contratto al rango di semplice fatto storico.

In particolare, il diritto di famiglia e delle successioni contempla ipotesi in cui la salvezza degli effetti prodotti (art. 128 c.c.) si riallaccia al *favor matrimonii* o è persino consentita, in omaggio alla conservazione degli *status*, la sanatoria di un matrimonio celebrato per finzione (art. 123 c.c.). O altre ancora ove l'ossequio alla volontà del disponente supera le esigenze ancorate al formalismo della donazione (art. 799 c.c.) o del testamento (art. 590 c.c.). Si passa poi dalle ipotesi estreme in cui il legislatore evita la nullità nonostante sarebbe apparsa la sanzione più naturale a soluzioni mediane come quella di preferire una speciale annullabilità alla nullità, a rischio di attirare le attenzioni della Corte costituzionale (art. 184 c.c.).

Alla base di una tale pluralità rimediale è sempre un confronto tra interessi. Non può farsi luogo alla dichiarazione di nullità di un contratto se la relativa pronuncia non reca un effetto utile alla parte che ha proposto l'azione<sup>79</sup>. Il giudice,

---

<sup>79</sup> Cass., 20 luglio 2007, n. 16159, in *Società*, 2007, p. 1461, ha specificato che ciò vale anche con riguardo all'azione di accertamento della nullità di delibere assembleari disciplinata dagli artt. 1421-1423 c.c., in virtù del rinvio contenuto nell'art. 2379 c.c.: qui l'interesse, oltre a dover essere concreto ed attuale, deve riferirsi specificamente all'azione di nullità, e non può identificarsi con l'interesse ad una diversa azione, il cui esercizio soltanto potrebbe soddisfare la pretesa dell'attore.

pertanto, deve sempre valutare la concreta situazione posta alla sua attenzione col metro del soddisfacimento in concreto delle esigenze poste dalla singola fattispecie. Ciò si evince dall'aver l'ordinamento posto a suo carico la valutazione in ordine alla sussistenza di un interesse della parte attrice (art. 1421 c.c.). Chi aziona il rimedio deve quindi dimostrare il proprio interesse ad agire secondo le norme generali, *ex art. 100 c.p.c.*<sup>80</sup>.

Alla molteplicità degli interessi coinvolti corrisponde una moltiplicazione dei paradigmi di nullità, «secondo una linea evolutiva [...] di sempre più accentuata e crescente “storicizzazione” e conseguente “relativizzazione” della figura»<sup>81</sup>.

La Cassazione insiste nel ritenere che «una equilibrata soluzione che ricostruisca le diverse vicende di nullità negoziale in termini di rapporti di *genus* a *species* appare del tutto predicabile ancor oggi, così come solidamente confortata dalla stessa giurisprudenza comunitaria»<sup>82</sup>.

In senso opposto, si osserva, però, che «proprio la nullità europea sancisce il definitivo passaggio dalla nullità alle nullità»<sup>83</sup>. Piuttosto che affannarsi alla ricostruzione di un modello generale con tutti i disagi ermeneutici che comporta la riconduzione di c.d. eccezioni alla c.d. regola, è «preferibile affermare che in luogo della nullità, come categoria logico-sistemica, oppure come fattispecie unitaria di diritto positivo, esistono “le nullità”, e cioè più statuti delle invalidità»<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 502. In merito all'indisponibilità dell'interesse, cfr. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 52; Id., *Non tutto ciò che è virtuale è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 310.

<sup>81</sup> V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 184.

<sup>82</sup> Così, in motivazione, Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *in Giur. it.*, 2015, p. 70, con nota di I. PAGNI.

<sup>83</sup> V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, II, p. 505.

<sup>84</sup> G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 91. Contro la ricostruzione unitaria su cui hanno insistito le Sezioni Unite anche C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, p. 251 s.; S.

Anche la materia della famiglia e il diritto successorio confermano che un concetto unitario di nullità non è più rinvenibile nel sistema e forse non è mai esistito. L'essenza della nullità può oggi più che mai riconoscersi nella distinzione dalla inesistenza: l'atto o il contratto nullo esiste e il legislatore ne fa scaturire conseguenze che cambiano di volta in volta a seconda degli interessi, pubblici e/o privati considerati prevalenti; le nullità rispondono a paradigmi molteplici e flessibili, in grado di conformarsi a fattispecie tra loro molto distanti, mediante la modulazione di strutture processuali e sostanziali che vanno dalla rilevabilità del vizio alla legittimazione attiva, dalla prescrittibilità dell'azione alla sanatoria, fino alla salvezza degli effetti prodotti, generando sempre nuove ipotesi in cui il negozio nullo *producit effectum*.

---

PAGLIANTINI, "Parigi val bene una messa"? Le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito, in *Giusto proc.*, 2015, p. 150; L. GALANTI, *Il nuovo assetto dei rapporti tra impugnative negoziali, nullità e giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1049 s.

**ANTONIO ALBANESE, Nullità dell'atto e conservazione del fatto nelle successioni *mortis causa* e nel diritto di famiglia**

Sia il diritto di famiglia sia la disciplina delle successioni *mortis causa* presentano significative ipotesi in cui il negozio è nullo e ciò nonostante ne sono conservati gli effetti. Ma se l'atto è nullo, da cosa scaturiscono gli effetti che nonostante la nullità, in alcune ipotesi, l'ordinamento salvaguarda? Per rispondere a questa domanda non si può sfuggire alla teoria delle fonti delle obbligazioni e all'art. 1173 c.c. e al principio di atipicità delle fonti medesime: se gli effetti non possono scaturire dal contratto o dall'atto unilaterale, in ragione della sua nullità, né dal fatto illecito, occorrerà rivolgere l'attenzione a «ogni altro [...] fatto idoneo a produrre obbligazioni *in conformità* dell'ordinamento giuridico».

I numerosi esempi esposti nel saggio, in materia di famiglia e di successioni, confermano che un concetto unitario di nullità non è più rinvenibile nel sistema e forse non è mai esistito. L'essenza della nullità può oggi più che mai riconoscersi nella distinzione dalla inesistenza: l'atto o il contratto nullo esiste e il legislatore ne fa scaturire conseguenze che cambiano di volta in volta a seconda degli interessi, pubblici e/o privati, considerati prevalenti.

**Parole chiave:** matrimonio, famiglia, successione, testamento, donazione, nullità, invalidità.

**ANTONIO ALBANESE, Nullity of the deed and preservation of the fact in successions *mortis causa* and in family law**

Both family law and the discipline of succession *mortis causa* present significant hypotheses in which the transaction is null and yet its effects are preserved. But if the deed is null, from what do the effects arise which, despite the nullity, in some hypotheses, the legal system safeguards? To answer this question, one cannot escape the theory of the sources of obligations and art. 1173 of the civil code and the principle of atypical nature of the sources themselves: if the effects cannot arise from the contract or from the unilateral deed, due to its nullity, nor from the tort, it will be necessary to turn attention to «any other [...] fact capable of producing obligations in compliance with the legal system».

The numerous examples presented in the essay, in the field of family and succession, confirm that a unitary concept of nullity can

### *Abstract*

no longer be found in the system and perhaps never existed. The essence of nullity can today more than ever be recognized in the distinction from non-existence: the null deed or the null contract exists and the legislator gives rise to consequences, that change from time to time according to the interests, public and/or private, considered prevalent.

**Key words:** marriage, family, succession, will, donation, nullity, invalidity.