

Il Convegno costituisce l'occasione per fare il punto sullo stato dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia successoria. Quanto all'autonomia del testatore va detto che per molti anni, dopo l'entrata in vigore del Codice del '42, l'elaborazione dottrinale si è soffermata su argomenti quali la capacità di testare l'interpretazione della volontà del testatore, la patologia del testamento, non addentrandosi nel delicato tema dei possibili contenuti della scheda testamentaria se non per aspetti isolati, quali quelli relativi agli elementi accidentali. Anche se anni fa, ai tempi dell'università, si rifletteva sul contenuto atipico del testamento che aprì allora uno squarcio sul quale si è molto lavorato negli anni successivi sulle ampie possibilità del testamento. Il torpore dottrinale è stato risvegliato da lavori monografici di estremo interesse. Il pensiero, per esempio, per citare alcuni esempi, va alla pubblicazione di Bin in materia di discredazione, di Criscuoli sulle obbligazioni testamentarie, di Giorgianni sul contenuto del testamento, ancora qualche anno più tardi di (?) in materia di sanzione testamentaria. Il merito di tali lavori è quello di aver posto il problema dei margini da riconoscere all'autonomia testamentaria nella predisposizione di programmi da far valere per il tempo successivo alla morte. In essi si concentra l'attenzione sul testamento quale fonte di rapporti obbligatori sulle disposizioni negative di esclusione dalla successione, sulle disposizioni non patrimoniali, elementi questi che in precedenza non erano stati approfonditi dagli studiosi della materia. Il tema dell'autonomia negoziale non è più esclusivo della materia contrattuale, ma investe prepotentemente il testamento. Anche grazie a questi studi, nell'ultimo ventennio l'approfondimento del contenuto del testamento diventa centrale nell'elaborazione della dottrina e si affrontano ambiti in precedenza mai considerati nel programma di ultima volontà: la tipicità dei legati con il connesso tema della meritevolezza del volere testamentario, la destinazione del testamento, l'incidenza sui rapporti obbligatori fino a giungere alle disposizioni divisionali. All'operatore pratico viene offerto un modello di testamento profondamente diverso da quello del passato in cui, accanto alle istituzioni dirette dai legati tipici, vengono previste numerose altre disposizioni che testimoniano una grande incisività dei poteri di intervento del testatore. Dov'è apparso allora riuscire sapientemente a guidare una volontà a cui si riconoscono poteri di regolamentazione quanto mai ampi sugli assetti successivi con un'attività di adeguamento resa più delicata dalla considerazione per la quale le disposizioni sono dettate ora per allora, ossia sono destinate a valere per il tempo successivo alla morte del testatore. Dunque, nella fase attuativa, non consentono un'interpretazione autentica da parte dello stesso autore. A fronte di ciò e per motivi solo in parte diversi, la materia dei diritti dei legittimari è oggetto di grandi riflessioni tese a contemperare le esigenze di tutela dei diritti riservati con quelle di libera circolazione dei beni de iure condendo; insistenti sono le voci che auspicano un rinnovamento dei principi in materia di legittimità sotto un duplice profilo: consentire una conversione della quota di riserva in pretesa obbligatoria e diritto di credito in modo tale da liberare dai vincoli di possibili azioni giudiziarie i beni di provenienza donativa successiva e superare il divieto dei patti successori rinunciativi. Su questo versante già il Presidente D'Errico aveva delineato alcune linee di proposta su tale argomento di rinnovamento legislativo sul quale il Notariato si sta impegnando. Nell'ambito di tale dibattito, in cui appunto il Notariato svolge un ruolo di primaria importanza, il tema della circolazione dei beni di provenienza donativa assume al ruolo centrale nell'esigenza di trovare soluzioni che garantiscano la certezza nel traffico giuridico patrimoniale, evitando che le pretese dei legittimari possano, per lunghi anni, costituire un grave ostacolo all'affidabilità e alla tenuta giuridica degli atti di trasferimento. Sono sicuro che il Convegno odierno fornirà a tutti noi notai elementi di riflessione molto utili nell'esplicazione della funzione notarile che, come sottolineato dalla più recente dottrina civilistica, viene spesso ad assumere sempre più un ruolo per così dire "di sistema".

Mi sia infine consentito di rivolgere a tutti i qualificati odierni relatori, Accademici, Magistrati e Notai, un sentito e non formale ringraziamento.

Tipicità, patrimonialità, interessi del testatore

di Vincenzo Barba
Ordinario di Diritto privato, Università di Roma La Sapienza

Il testamento nel codice civile del 1865. I due problemi interpretativi: se un testamento possa contenere disposizioni non patrimoniali; se sia valido un testamento recante soltanto disposizioni non patrimoniali

La gestazione della norma di cui all'art. 587 c.c. è, certamente, tra le più complesse del secondo libro del codice civile, al punto che essa è una delle poche disposizioni di legge che muta, significativamente, non solo dal Progetto preliminare al Progetto definitivo di codice civile e da quest'ultimo al testo del 1939, entrato in vigore il 21 aprile del 1940, ma anche nel momento in cui l'ultimo è stato coordinato con gli altri libri del codice civile, ossia con l'approvazione del codice del 1942².

Non soltanto perché la nozione di testamento sollevava un problema di fondamento filosofico-razionale³ in ordine al diritto di testare⁴, nonché un problema di fondamento tecnico, dovendosi spiegare l'icongrue di un atto giuridico a produrre effetti quando l'autore di quella volontà era mancato, quando, cioè, quella volontà non era più⁵. Ma, soprattutto, perché il legislatore aveva in animo di risolvere due problemi avvertiti dalla letteratura e dalla giurisprudenza nella vigenza del vecchio codice⁶: se un testamento potesse contenere disposizioni di carattere non patrimoniale e se queste ultime potessero costituire l'unico oggetto del testamento, ossia se fosse valido un testamento con il quale il soggetto regolasse profili non patrimoniali della propria successione, senza disporre dei propri beni.

¹ Lo scritto, con l'aggiunta delle note bibliografiche essenziali, riproduce la relazione detta il 18 marzo 2016 al Convegno su «L'evoluzione del sistema successorio tra autonomia del testatore e tutela dei legittimari» organizzato dalla Fondazione italiana del Notariato. Rappresenta una prima e sintetica elaborazione di una ricerca più ampia che sto conducendo sul contenuto del testamento e atto di ultima volontà.

² Sul punto, si veda la ricostruzione proposta da N. DI MAURO, *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005, p. 28-47.

³ A. BRUNETTI, «Il diritto di testare secondo la teoria integrale del diritto privato», in *Giur. it.*, 1924, IV, c. 162 e ss., secondo il quale lo *ius testandi* «costituisce quella condizione, la quale, allorché si verifica l'evento della morte, fa sorgere nello Stato il dovere di distribuire in un determinato modo i beni che furono già di proprietà del disponente». In altri termini, il diritto di testare non è diritto di trasmettere i beni, bensì diritto di compiere un atto (il testamento), il quale fa sorgere nello Stato il dovere di distribuire i beni che furono del disponente in conformità alle sue volontà. Tale spiegazione del fondamento filosofico-razionale non convince, tuttavia, A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle*

donazioni, Torino, 1940, p. 225, secondo il quale si tratta di una mera «fraseologia descrittiva» della successione testamentaria.

⁴ V. POLACCO, *Delle successioni*, vol. I, *Lezioni tenute nella R. Università di Roma negli anni accademici 1922-1923, 1923-1924*, Roma, 1928, p. 137 e ss.

⁵ Secondo la teoria teologica, la quale faceva capo a Leibnitz, si replicava affermando che la volontà non cessa di essere con la morte del soggetto, perché l'uomo esiste spiritualmente; secondo la teoria contrattualistica, la quale faceva capo a Grozio e aveva ottenuto il consenso di Kant, si diceva che anche nel testamento si può rintracciare un accordo tra il testatore che dispone e il successore che accetta. Per un'attenta e ampia esposizione, si veda F. FILOMUSI GUELFI, *Successione (diritto di successione) Introduzione*, in *Dig. it.*, XII, parte III, Torino, 1889-1897, p. 1 e ss. La tesi contrattuale, com'è noto, è stata sostenuta anche da E. CIMBALI, *Il testamento è contratto*, in *Filangieri*, 1884, I, p. 265 e ss.

⁶ Altro e diverso era il problema sulla natura e funzione del testamento. E nota la tesi di R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, p. 16 e ss., secondo cui il testamento era, soltanto, il presupposto di fatto di un'attribuzione che aveva fonte esclusivamente legale. In senso contrario, D. RUBINO, *La fittispicie e gli effetti giuridici*

L'art. 759 del codice civile previgente⁷, limitandosi a definire il testamento come «un atto revocabile, col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse a favore di una o più persone», aveva, di fatto, riconosciuto all'atto una funzione esclusivamente attributivo-patrimoniale⁸.

Ciò, tuttavia, non aveva impedito alla dottrina di rispondere positivamente alla prima questione, sostenendo che il testamento potesse contenere anche disposizioni di contenuto non patrimoniale.

Dal resto, altre disposizioni di legge, come, a esempio, gli artt. 199, 235, 242, 726, 917 c.c. prev., nello stabilire che potevano essere contenute in atto notarile o in testamento sia la determinazione di legittimare o riconoscere un figlio naturale, sia la prescrizione alla madre superstita delle condizioni sull'educazione dei figli e sull'amministrazione dei loro beni, sia la designazione di un tutore, sia la decisione di riabilitare un indegno, sia la determinazione di revocare il testamento, dimostravano e confermavano la possibilità che il testamento potesse contenere disposizioni testamentarie non aventi contenuto patrimoniale.

Era fermo, però, il convincimento che il testamento fosse soltanto l'atto di ultima volontà con il quale il soggetto dispone di tutti o parte dei propri beni, sicché, così rispondendo negativamente alla seconda questione, si escludeva l'efficacia di una disposizione non patrimoniale nel caso in cui essa avesse costituito il contenuto esclusivo dell'atto testamentario.

In questa direzione si era orientata anche una parte della nostra giurisprudenza e, in particolare, il Tribunale di Venezia, che con la sentenza del 1 novembre 1923⁹, aveva negato che si potesse considerare testamento, e, dunque, che fosse valido ed efficace, quell'atto che, pur rivestendo la forma del testamento olografo, non contenesse alcuna disposizione di contenuto patrimoniale-attributivo, ma, soltanto, disposizioni di carattere non patrimoniale.

Vigendo il vecchio Codice e l'impostazione culturale del diritto di cui quello era espressione, la nostra dottrina, ancora fortemente intrisa di volontarismo, era impegnata più nel tentativo di spiegare il patrimoniale. Peraltro, in quel contesto, la regolamentazione di situazioni giuridiche esistenziali era un fenomeno, obiettivamente, limitato e, soprattutto, era spesso eluso attraverso argomenti volti a ridurre disposizioni a contenuto, palesemente, non patrimoniale entro i confini di quelle patrimoniali. Si diceva, a esempio, che la disposizione testamentaria sui funerali o sulla sepoltura si sarebbe dovuta, comunque, considerare una disposizione a contenuto patrimoniale, perché finiva con l'imporre all'erede o al legatario l'obbligo di pagare le spese del funerale, o della sepoltura. Ancora, che la disposizione testamentaria di revocazione del testamento era da considerare patrimoniale, dacché il suo effetto consisteva nell'attribuire i beni agli eredi nominati con l'eventuale testamento anteriore ovvero agli eredi individuati dalla legge.

Attraverso questo *escamotage*, ferma l'idea che il testamento era un atto a contenuto esclusivamente patrimoniale-attributivo, si negava che disposizioni a contenuto non patrimoniale potessero considerarsi contenuto del testamento e, dunque, che fossero valide ed efficaci nel caso in cui avessero

⁷ *primari*, Milano, 1939, p. 73 ss.; M. ANDREOLI, «La vocazione ereditaria», in *Studi senesi*, 54 (1940), p. 197 e ss. e 256 e ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, «Vocazione legale e vocazione testamentaria», in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 196 e ss.

⁸ Il testamento aveva, comunque assunto un significato molto diverso da quello che tale atto aveva nel diritto romano, nel quale serviva all'istituzione di erede, intesa come designazione della persona chiamata a subentrare al posto del defunto, per continuare l'attività giuridica.

⁹ Non è un caso che V. POLACCO, *op. cit.*, p. 193 e ss., Milano, 1951, p. 9.

nella sezione III intitolata «Contenuto del testamento», apra con un paragrafo dedicato alla «testimentificazione passiva», introducendo il tema con queste parole: «in favore di chi si può disporre? In altri termini: chi è capace di ricevere per testamento?» e che l'FA, a p. 138 e ss., apprezzi la definizione offerta dal codice civile perché essa, diversamente da quella proposta nelle fonti romane da Modestino, pone in rilievo «che l'atto deve contenere disposizioni patrimoniali».

⁹ La sentenza è citata da A. CICU, *Il testamento*, 2^a ed., Milano, 1951, p. 9.

costituito il contenuto esclusivo dell'atto avente la forma testamentaria¹⁰.

Dal progetto preliminare al testo dell'art. 587 c.c. Il superamento dei due problemi interpretativi

La difficoltà di ricondurre tutte le c.d.d. ultime volontà nei confini delle disposizioni patrimoniali e l'esigenza di attribuire validità a un atto testamentario non contenente disposizioni di carattere attributivo-patrimoniali, ossia i due problemi interpretativi che si agitarono attorno alla lettura dell'art. 759 c.c. prev., spiegano le ragioni del travaglio del nostro legislatore rispetto alla nuova norma sulla nozione di testamento.

La formulazione adottata nell'art. 140 del *progetto preliminare* del 1936 era, sicuramente, quella che, meglio di tutte le successive, avrebbe risolto il problema, dacché stabiliva che «il testamento è un atto revocabile, con cui taluno dichiara la sua ultima volontà, da valere dopo la morte, sia mediante disposizioni riguardanti tutte o parte delle proprie sostanze, sia mediante disposizioni non patrimoniali che abbiano carattere giuridico».

Formula ampia, che non riduceva il testamento al contenuto patrimoniale, sebbene fosse testualmente precisato, come non manca di rilevare Ludovico Barassi¹¹ nella relazione accompagnatoria al testo, che le disposizioni non aventi contenuto patrimoniale dovevano, tuttavia, avere carattere giuridico. Precisione reputata necessaria allo scopo di evitare, pur trattandosi di delucidazione pleonastica, che una «interpretazione troppo lata» potesse finire per indurre taluno a reputare contenuto del testamento anche disposizioni di carattere «puramente morale o affettivo».

L'ampiezza della definizione che compare nel progetto preliminare del 1936 è, significativamente, ridimensionata nel *progetto definitivo*, il quale, nell'art. 130, definisce il testamento «un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse» aggiungendo - al secondo comma - che «le disposizioni di carattere non patrimoniale, che possono essere contenute nel testamento, conservano la loro efficacia anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale».

Una scelta, dunque, radicalmente diversa da quella precedente, con la quale si ribadisce, come emerge chiaramente nella Relazione che accompagna questo testo, che si era reputato più conveniente «fissare innanzi tutto ... la nozione tradizionale di testamento e aggiungere, poi, in comma separato, la norma sull'efficacia delle disposizioni non patrimoniali». Ciò allo scopo di non frangere il concetto tradizionale di testamento, come atto di regolamentazione di profili prettamente attributivo-patrimoniali e, nondimeno, di consentire, nei casi previsti dalla legge, che il testamento potesse contenere anche disposizioni di carattere non patrimoniale.

Questa formula, tuttavia, non aveva creato consensi unanimi.

Gli studiosi e i giuristi coinvolti nella predisposizione del nuovo codice, pur concordi «nel ritenere che il testamento possa contenere anche disposizioni di carattere giuridico non aventi contenuto patrimoniale e che queste possano avere efficacia in mancanza di quelle patrimoniali»,¹² consideravano ininnanzi contraddittorio il testo dell'art. 130 del progetto definitivo. Si diceva, infatti, che esso recava un'intrinseca antinomia, «tra la prima parte, in cui si assume come carattere fisionomico del

¹⁰ Contra, A. CICU, *Le successioni. Parte generale - Successione legittima e dei legittimari - Testamento*, Milano, 1947, p. 283; ID., *Il testamento*, cit., p. 6 e ss.

¹¹ Vale la pena di precisare che nonostante queste affermazioni, svolte in occasione della presentazione del progetto preliminare, L. BARASSI, *Le successioni per causa* Parlamentare, n. 2.

di morte, la ed., Milano, 1941, p. 254 e ss., precisa, nel suo volume che il testamento può contenere istituzioni di erede, legati e eredi, con o senza disposizioni patrimoniali, «erede, legati e eredi, con o senza disposizioni di vario genere».

¹² Così si legge nella Relazione sui lavori della Commissione Parlamentare, n. 2.

testamento il suo contenuto patrimoniale e la seconda parte che ammette la figura del testamento anche se non vi è contenuto patrimoniale».

Il tentativo di mantenere ferma l'impostazione già assunta con il progetto definitivo di codice, ma di superare quell'apparente contraddizione, viene sperimentato¹³ con la stesura del libro del codice civile «Delle successioni per causa di morte e delle donazioni», approvato con R.D. del 26 ottobre 1939, entrato in vigore il 21 aprile 1940, il quale, all'art. 133, offre questa definizione: «il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse. - Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia anche se nell'atto mancano disposizioni di carattere patrimoniale».

Il testo, che pure aveva l'aspirazione di superare la contraddizione del precedente, riceve critiche severe da autorevole dottrina¹⁴, che lo considera non soltanto contraddittorio, almeno quanto il precedente, ma, addirittura, capace di snaturare e alterare il concetto stesso di testamento, dacché secondo la formulazione in esso contenuta «è testamento anche l'atto in cui non si contiene alcuna disposizione in ordine al patrimonio del testatore»¹⁵, a nulla valendo, per superare questa antinomia, le considerazioni svolte nella Relazione di accompagnamento¹⁶.

¹³ Così si legge nella *Relazione ministeriale* a S.M. il Re Imperatore, n. 61: «ad ampia discussione ha dato luogo in seno alla Commissione delle Assemblee legislative la definizione del testamento, contenuta nell'art. 130 del progetto definitivo. La Commissione è stata concorde nel ritenere che nel testamento possano essere contenute disposizioni di carattere giuridico non aventi natura patrimoniale e che esse possano avere efficacia anche in mancanza di quella a contenuto patrimoniale. Senonché la formula del progetto ministeriale non è stata ritenuta soddisfacente, sia perché le disposizioni non patrimoniali, considerate distintamente dalle patrimoniali, assumerebbero rispetto a queste ultime una posizione sussidiaria e sia perché sussisterebbe una certa contraddizione tra la prima parte del testo, in cui si pone come carattere essenziale del testamento il suo contenuto patrimoniale, e la seconda parte, che ammette, la figura del testamento anche se manca il contenuto patrimoniale. L'attento riesame della questione mi ha indotto a conservare il criterio del progetto definitivo. Non mi è sembrato conveniente porre sullo stesso piano le disposizioni patrimoniali e quelle non patrimoniali. Il testamento nella sua nozione tradizionale e nella sua funzione pratica è l'atto con cui si provvede alla destinazione dei beni *post mortem*. Esso può contenere disposizioni non patrimoniali, ma ciò indubbiamente costituisce una mera accidentalità, a prescindere dal fatto che sono poche le dichiarazioni di volontà non patrimoniali che la legge consente siano contenute nel testamento. La diversa importanza delle due specie di disposizioni non è priva di conseguenze giuridiche, poiché diverso è il regime a cui sono sottoposte le disposizioni patrimoniali rispetto a quelle non patrimoniali. Per le prime si applica tutta la disciplina del testamento e dal lato formale e dal lato sostanziale; per le seconde, invece, si esige bensì la forma testamentaria, ma in quanto alla loro intrinseca validità ed efficacia devono osservarsi le norme sostanziali

proprie dei singoli negozi, le quali possono divergere da quelle dettate dalla legge, per disciplinare il contenuto patrimoniale del testamento. Ora, una purificazione delle due specie di disposizioni oscurerebbe questa diversità di regime giuridico, che occorre invece mettere in evidenza. Né d'altra parte mi è sembrata di grave peso la critica di contraddittorietà mossa al testo ministeriale. La regola del secondo comma non annulla quella del primo, ma costituisce della stessa solo una attenuazione, giustificata dalla esigenza pratica di riconoscere giuridica efficacia a talune disposizioni non patrimoniali, rivestite della forma testamentaria, anche se l'atto manchi di contenuto patrimoniale. Ho avuto cura, ad ogni modo, di far risultare più chiaramente dalla formula del secondo comma dell'art. 133 che hanno efficacia soltanto quei negozi che la legge consente di compiere nella forma testamentaria. In tal modo, il campo d'applicazione della norma resta nettamente delimitato».

¹⁴ W. D'AVANZO, *Delle successioni*, t. II, *Parte speciale*, Firenze, 1941, p. 923 e ss.

¹⁵ W. D'AVANZO, *op. ult. cit.*, p. 924 e ss.

¹⁶ W. D'AVANZO, *op. ult. cit.*, p. 925, «né può riconoscersi decisiva rilevanza alla spiegazione che della norma, che giustamente può dirsi contraddittoria, ha ritenuto di dare al Guardasigilli nella sua relazione al re Imperatore; dire che il 1° e il 2° comma dell'art. 133 si conciliano perfettamente poiché questo non annulla quello, ma costituisce dello stesso solo un'attenuazione, giustificata dall'esigenza pratica di riconoscere giuridica efficacia a talune disposizioni non patrimoniali, rivestite della forma testamentaria, anche se l'atto manchi di contenuto patrimoniale, significa non aver considerato che con il cpv in esame, si è inteso risolvere positivamente la questione se poteva qualificarsi testamento l'atto che avesse racchiuso solo dichiarazioni di contenuto non patrimoniale, tuttocché rilevanti per l'ordinamento giuridico; questa è la sostanza

Non è un caso che i primi commentatori di questa disposizione di legge hanno insistito sul carattere esclusivamente patrimoniale del testamento, precisando che le disposizioni di carattere patrimoniale «non confluiscono sulla validità del testamento»¹⁷. Hanno negato, cioè, che la regolamentazione di interessi non patrimoniali costituisca contenuto del testamento, postulando che la causa di quest'ultimo coincida, fondamentalmente, con la disposizione dei propri beni per dopo la morte.

L'attaccamento della dottrina tradizionale al concetto di testamento quale atto attributivo-patrimoniale e il rischio che la formulazione linguistica dell'art. 133 c.c. potesse consentire non soltanto di affermare che le disposizioni non aventi contenuto patrimoniale potessero essere contenute in un testamento, ma che esse ne potessero anche costituirne unico oggetto, senza che l'atto perdesse il suo carattere sostanziale, hanno di fatto suggerito un'ulteriore modifica.

Per questa ragione, nel momento in cui, con l'approvazione degli altri libri del codice, si trattava di effettuare il coordinamento del libro «Delle successioni per causa di morte e delle donazioni», già approvato nel 1939, si rimangiò, ulteriormente, il testo. Il quale assume la conformazione che, oggi, conosciamo, mercé la sostituzione dell'ultima parte del secondo comma del vecchio art. 133, nella parte in cui prevedeva che le disposizioni di contenuto non patrimoniale «hanno efficacia anche se nell'atto mancano disposizioni di carattere patrimoniale», con la formula attuale: «hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale».

L'introduzione dell'incidentale «se contenute in un atto che ha la forma del testamento» era stata pensata per superare la contraddizione, risultando utile a precisare che il testamento è, sostanzialmente, un atto avente un contenuto attributivo-patrimoniale; che il testamento può contenere disposizioni non aventi contenuto patrimoniale e che l'efficacia di quest'ultime rimane ferma anche nel caso in cui le stesse costituiscano l'oggetto esclusivo di un testamento o, più esattamente, di un atto avente la forma testamentaria, ma non la natura.

Il risultato complessivo è, dunque, chiaro.

Ancora sentito il problema del fondamento filosofico-razionale del diritto di testare e del fondamento tecnico del succedere¹⁸, si è voluto rispondere positivamente alla prima questione che si poneva

delle cose di fronte alla quale si attenua di efficacia l'osservazione del Guardasigilli».

¹⁷ In questo senso, A. BUTERA, *op. cit.*, p. 222 e ss., «il secondo comma dell'art. 133 rende manifesto che le disposizioni non patrimoniali sono indipendenti da quelle patrimoniali e però non confluiscono sulla validità del testamento. Il testamento rimane valido anche quando manchi la disposizione dei beni».

¹⁸ In questo senso, le intense pagine di A. CICU, *Le successioni*, *cit.*, p. 280 e ss., nelle quali l'A. chiarisce che il problema del fondamento filosofico-razionale del diritto di testare - che, in verità, è un problema di fondamento politico - è tema di cui l'ordinamento si deve occupare. Il diritto di testare, da intendere come diritto di disporre dei propri beni per dopo la propria morte, al pari del potere di disporre dei propri beni in vita, è un potere inerente al diritto di proprietà. Quanto invece al fondamento tecnico della successione, ossia sul tema del quale sia la fonte degli effetti giuridici della successione, di là della disputa tra quanti ritengono che essa sia nel testamento e quanti nella volontà dello Stato, fungendo il testamento da mera condizione, l'A. precisa, con viva modernità,

che il problema debba essere spiegato in relazione alla diversa efficacia degli atti tra vivi e degli atti di ultima volontà. Nei primi l'effetto si produce, ancorché il medesimo possa essere differito a un tempo successivo alla morte di uno dei suoi autori, in quanto il negozio ha, immediatamente, creato un rapporto giuridico, che persiste quando l'effetto si realizza. Viceversa, quando il testamento è perfezionato, non produce alcun effetto, sicché si pone il problema di spiegare come si possa verificare l'effetto dopo la morte del testatore, ossia come si possa costituire un rapporto giuridico. Secondo C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. I, 2a ed., Milano, 1952, p. 17, il quale non si pone il problema dell'indoneità dell'atto di ultima volontà a costituire un rapporto giuridico prima della morte del suo autore, è sufficiente che l'autore dell'atto sia vivente al tempo del suo perfezionamento: «non vi è quindi nulla di eccezionale nel fatto che la volontà testamentaria produce i suoi effetti dopo la morte del testatore, posso che questa volontà sia stata validamente manifestata prima della morte». Diversamente, secondo A. CICU, *op. loc. ult. cit.*, il problema si risolve, sol se si abbondano l'idea che

quando vigeva il vecchio codice del 1865, ossia se un testamento potesse contenere disposizioni non aventi contenuto patrimoniale, e positivamente anche alla seconda, ovvero se queste ultime dovessero considerarsi efficaci, quand'anche il testamento non contenesse disposizioni a contenuto patrimoniale. Si mantiene, ferma, però, l'idea che il testamento è un atto patrimoniale-attributivo, con la conseguenza che le disposizioni non patrimoniali, che possono essere rese nel testamento, hanno solo la forma dell'atto testamentario, senza che da questo dato estrinseco si possa o debba, di necessità, inferire la loro natura testamentaria.

Due nuovi problemi interpretativi: se si possano dare disposizioni non patrimoniali oltre i casi espressamente ammessi dalla legge

Nel trionfo dell'idea che il testamento è un atto a contenuto patrimoniale-attributivo, si aprono, però, due nuovi problemi, ben più importanti: se disposizioni a contenuto non patrimoniale possano essere contenute in un testamento soltanto nei casi ammessi dalla legge, escludendo, così, che si possano inserire nel testamento disposizioni non patrimoniali, quando la legge non lo preveda, espressamente se le disposizioni non patrimoniali possano considerarsi testamentarie in senso proprio, ovvero atti di del testamento hanno solo la forma, come se quello fosse un mero contenitore destinato, unicamente a ospitarle, ovvero anche la sostanza.

Non v'ha dubbio che la proposizione incidentale introdotta nell'art. 587, comma 2, c.c., ha inteso significare la negazione del loro carattere testamentario e, dunque, la loro idoneità a valere quale atto di autoregolamentazione della propria successione.

Si trattava, del resto, di un'impostazione coerente all'idea di successione a causa di morte che al tempo si considerava dominante, ossia l'idea che il c.d. diritto successorio o ereditario fosse esclusivamente deputato a regolamentare i profili economico-patrimoniali del soggetto e, dunque, che il testamento quale atto di autonomia privata funzionale alla regolazione della propria successione, fosse un atto esclusivamente deputato alla istituzione di eredi e legatari.

La nuova formulazione dell'art. 587 c.c., la quale nasceva per risolvere quelli che nel vigore del precedente codice civile erano due problemi avvertiti dalla scienza e dalla prassi, ha finito con risolverli, creandone due, ancora, più complessi: se si potessero dare anche disposizioni non patrimoniali diverse da quelle ammesse dalla legge e se esse costituissero oggetto di testamento. Confermando, dunque, che non si può dare una disposizione di legge capace di risolvere i problemi applicativi che tanto è maggiore il grado di dettaglio di una regola o di prossimità semantica della stessa, tanto maggiore è il rischio che essa diventi incapace di offrire risposte coerenti ai molteplici casi, esigendo al giurista l'ineliminabile compito di individuare la disciplina del caso concreto nella complessità del sistema ordinamentale, alla luce dei suoi principi. Confermando che le norme principio e le clausole generali restano un'ineliminabile e irrinunciabile strumento normativo di adeguamento del sistema. Rispetto al primo problema, nonostante un'iniziale lettura restrittiva offerta dalla nostra letteratura¹⁹, qualche ostilità che continua a permanere, alla fine ha prevalso l'orientamento volto a ipotizzare che nel

il rapporto giuridico si debba costituire tra due persone.

«Nella successione testamentaria l'effetto è dovuto ai due distinti negozi unilaterali, testamento e accettazione, senza che si costituisca un rapporto tra testatore e chiamato. La singolarità della successione testamentaria è nel fatto che essa, a differenza della rinunzia, attua un trasferimento.

Il mezzo tecnico per operarla è dato dalla delazione: per essa al momento della morte il bene è posto a disposizione del chiamato; con l'effetto retroattivo dell'accettazione

testamento possano essere contenute disposizioni di carattere non patrimoniale, oltre i casi previsti dalla legge (come a es. disposizioni che riguardano il trattamento e la destinazione del cadavere, i funerali, il tempo, il luogo e il modo della sepoltura, la pubblicazione o non pubblicazione, o la distruzione di lettere o manoscritti, la sorte di ricordi di famiglia). Del resto si è osservato che un'interpretazione restrittiva²⁰, sarebbe incoerente, viepiù se si consideri che, da tempo, la giurisprudenza ha ammesso la possibilità che tali interessi *post mortem* non patrimoniali possano essere regolati mercé contratti di mandato *post mortem exequendum*²¹.

Si diceva, piuttosto, che la formulazione adottata nel testo dell'art. 587 c.c. sconfiggerebbe una sorta di dimenticanza da parte della Commissione²². La quale, pur essendo consapevole del problema, ha offerto una soluzione letterale contraria alla stessa intenzione manifestata da quella Commissione nel corso dei suoi lavori e in occasione della Relazione definitiva.

Inoltre, si poneva in dubbio, sollevandosi, ancora, il problema del fondamento tecnico del succedere, quali dovessero essere gli strumenti tecnici, mercé i quali gli interessi non patrimoniali potevano essere, concretamente, realizzati. Si diceva, infatti, che mentre il fondamento tecnico del succedere in un diritto, si poteva spiegare in ragione della delazione, senza necessità di dover ipotizzare un rapporto giuridico tra *de cuius* e avente causa, diversamente, la realizzazione d'interessi diversi, da quelli che avrebbero determinato un mero trasferimento di un diritto, avrebbero dovuto implicare la costituzione di un rapporto giuridico corrente, peraltro, tra eredi e legatari. Secondo questa logica, gli unici strumenti tecnici mercé i quali tali interessi si sarebbero potuti realizzare, erano il modo²³ o la

fate, qualunque ciò non risulti da espresse disposizioni di legge, oltre che con un mandato ad una o più determinate persone da eseguirsi naturalmente dopo la morte del mandante ..., anche, come più il più spesso accade, mediante testamento».

²¹ Così, A. CICU, *Le successioni*, cit., p. 285; C. GANGI, *op. cit.*, p. 34.

²² A. CICU, *Le successioni*, cit., p. 285; ID., *Il testamento*, 2^a ed., cit., p. 8 e ss., «ma vi sono disposizioni di carattere non patrimoniale di cui la legge non si occupa, non dice quindi che possano essere contenute in un testamento: ad es. la volontà con cui si dispone dei propri funerali, della sepoltura, della cremazione ecc. La Relazione al Re evidentemente non le ha avute presenti, poiché altrimenti non avrebbe potuto dire che non rientrano nella nozione tradizionale e funzione pratica del testamento ... Ci par certo che a questa conseguenza non pervenire il legislatore: e che l'art. 587 nei suoi due commi debba esser così interpretato: il testamento è normalmente atto di disposizione dei beni; ma le forme prescritte per esso vanno osservate anche se si manifesta una ultima volontà di carattere non patrimoniale. Era superfluo aggiungere ... che la disposizione dovesse esser "di carattere giuridico" dato che il diritto non può occuparsi che di materia giuridica».

²³ La questione porta a conseguenze quasi paradossali in quegli autori per i quali non si possano dare nel testamento disposizioni non patrimoniali oltre i casi ammessi dalla legge. F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, GIU. AZZARITI, *Successioni*, cit., p. 410 e GIU. AZZARITI, *Successioni (diritto civile)*, cit., p. 822, portando a compimento la tesi che, si trovano ad affermare che le disposizioni che il testatore faccia sul proprio cadavere sono prive di

anche nella 3a ed.) i quali considerano, addirittura un «assurdo» ipotizzare che le disposizioni di contenuto non patrimoniale possano essere contenute nel testamento quando la legge, espressamente, non preveda questa possibilità. Gli autori, anzi, insistono nel rilevare che detta regola vale sia nel caso in cui il testamento abbia anche un contenuto patrimoniale, sia nel caso in cui esso difetti.

«Laddove, invece, si tratti di negozi non patrimoniali che la legge, nel dettare la disciplina, non stabilisca potersi compiere nella forma testamentaria, esse non acquistano mai efficacia giuridica, tanto se nel testamento che le contenga non vi siano disposizioni patrimoniali (protesti del capoverso), tanto se il testamento abbia invece contenuto patrimoniale. Il principio, adunque, è unico, e la menzione della validità delle disposizioni non patrimoniali fatta soltanto nel cpv dell'art. 587 mira unicamente a risolvere la dibattuta questione sull'efficacia giuridica di simili disposizioni anche quando il testamento non contenga alcuna disposizione di beni, e non significa già che esse siano in ogni caso giuridicamente efficaci quando il testamento abbia un contenuto economico, anche se la legge non conte di compierle nella forma testamentaria».

La tesi si legge, con le medesime parole, anche in GIU. AZZARITI, *Successioni (diritto civile); Successione testamentaria*, in *Manus Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 821 e ss.

²⁰ C. GANGI, *op. cit.*, p. 30 e ss., «si deve ritenere che anche queste disposizioni [quelle non patrimoniali, non specificamente previste dalla legge] hanno efficacia, se contenute in un atto che la forma di testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale, ossia che anche esse possono formare l'unico contenuto del testamento inteso questo in senso formale ... le disposizioni anzidette infatti possono certamente essere

condizione, con intesa, che la scelta doveva essere esplicita e non ricavabile in via interpretativa e che, in ogni caso, il modo non avrebbe potuto assorbire l'intero patrimonio.

Riprendendo due casi dibattuti, si diceva, a esempio, che la volontà che il proprio animale fosse mantenuto nello stesso modo usato dal testatore, avrebbe richiesto un modo, o una condizione risolutiva a carico dell'erede o del legatario, in difetto della quale non si sarebbe, altrimenti, potuto ipotizzare l'esistenza di un onere tacitamente imposto all'erede legittimo, o testamentario²⁴; che la volontà che tutti i propri beni fossero venduti e con il ricavato eretto un monumento alla memoria del defunto²⁵, non poteva trovare attuazione, perché implicava l'esclusione dell'erede legittimo, o testamentario. Precisandosi, dunque, che, ove pure il testamento contenesse disposizioni di ordine morale, come l'invito ad abbracciare un tale stato, o l'esortazione a compiere un certo atto, reputato giusto, qualora esse non fossero costruite in termini di modo o di condizione e non collegate a una disposizione di carattere patrimoniale, si sarebbe trattato di mere raccomandazioni, ossia d'indicazioni giuridicamente non vincolanti, rimesse alla coscienza di coloro a cui sono destinate²⁶.

Segue: se le disposizioni testamentarie non patrimoniali costituiscono contenuto sostanziale del testamento

Più problematica, certamente, la seconda questione, rispetto alla quale, a fronte del tendenziale orientamento volto a escludere che le disposizioni a contenuto non patrimoniale possano considerarsi capaci di costituire contenuto del testamento, al quale si riserva, dunque, la funzione di disporre dei propri beni per dopo la morte, le uniche aperture hanno, nondimeno, finito con il distinguere il concetto di testamento, ipotizzando che si dovesse discorrere di testamento in senso stretto e in senso ampio²⁷.

effetti giuridici e creato mere obbligazioni naturali, «ove non si concretino in un *modus*». Gli autori, tuttavia non negano che questa soluzione che, nella loro prospettiva è l'unica rispettosa dell'art. 587 c.c., importa conseguenze difficilmente accettabili. «Se alcuno degli eredi, pur essendo largamente beneficiario, non intenda eseguire una disposizione di tal genere [una disposizione sulla sepoltura che non abbia la forma del *modus*] contenuta nel testamento, gli altri eredi non hanno azione contro di lui per costringerlo a concorrere alla relativa spesa. Questa, ci sembra sia l'unica soluzione che sulla base dell'art. 587 può adottarsi in una ipotesi somigliante: essa però conduce a risultati manifestamente immorali». Si avverte, dunque, il disagio culturale degli studiosi, il quale avrebbe dovuto, a mio credere, sollecitare un'interpretazione estensiva o l'adesione a un'interpretazione estensiva, già ampiamente e fortemente sostenuta da altri autori. Il caso dimostra, inequivocabilmente, che una valutazione giuridica che non tenga conto degli interessi e che rimane legata al mero dato letterale della disposizione, attraverso un metodo formalistico, conduce a risultati irragionevoli e incoerenti. Deve, dunque, sollecitare la riflessione sulla responsabilità del giurista.

²⁴ A. CICU, *Le successioni*, cit., p. 287; ID., *Il testamento*, 2^a ed., cit., p. 12, secondo cui questa soluzione non si sarebbe neppure potuta argomentare dall'art. 629 c.c., non soltanto perché essa richiama l'art. 648 c.c., ma

o in altra variante, di testamento in senso sostanziale e in senso formale²⁸, o, ancora, di testamento in senso negoziale o in senso documentale²⁹.

Postulando, in altri termini, di là delle formulazioni che, a volta a volta, sono state utilizzate, che il contenuto del testamento è soltanto quello dispositivo dei beni, mentre le disposizioni di carattere non patrimoniale non fanno parte del contenuto del testamento e, dunque, non sono, in senso tecnico, disposizioni testamentarie.

Soluzione che, svolta allo scopo di giustificare la diversità di disciplina tra le due specie di disposizioni, manca di considerare che questa diversità non dipende dalla natura giuridica della dichiarazione, bensì dall'interesse che ciascuna di esse è diretta a tutelare.

In altri termini si è cercato, anche in considerazione di ciò che risulta nella Relazione a S.M. il Re, di dire che la disciplina c.d. sostanziale del testamento trova applicazione soltanto al contenuto patrimoniale del testamento, ossia a quella parte di contenuto che qualifica l'atto testamentario, inteso come atto di attribuzione dei beni; diversamente essa non trova applicazione alle disposizioni non aventi contenuto patrimoniale, le quali non costituiscono contenuto del testamento vero e proprio, ma negozi giuridici diversi che vengono, meramente, ospitati nel testamento.

A queste disposizioni, pertanto, dovrebbero applicarsi soltanto la disciplina sulle forme e le formalità del testamento, ossia quelle norme che attengono alla modalità emissiva della dichiarazione.

In questo senso, la regola della revocabilità, così come quella sulla capacità, poiché riguardano la disciplina sostanziale e non quella formale dell'atto, dovrebbero applicarsi soltanto alle disposizioni aventi contenuto patrimoniale e non anche a quelle disposizioni che ne sono prive.

Questo argomentare, se da un lato, riesce a giustificare, perché la regola sulla revocabilità della

e testamento in senso formale: quest'ultimo avrebbe soltanto la forma del testamento, non la sostanza; e riguarderebbe quelle sole disposizioni "che la legge consente siano contenute nel testamento". ... A noi pare che parlare di testamento in senso puramente formale non abbia senso: testamento vuol dire atto di ultima volontà; ed è quindi questa sostanziale volontà che lo distingue da ogni altro atto.

²⁸ Così, C. GANGI, *op. cit.*, p. 31, il quale contesta la stessa idea di Cicu, affermando che il codice fa proprio il concetto tradizionale di testamento, ossia come atto di disposizione dei beni. «L'atto che ha la forma di un testamento quindi può essere o un testamento in senso materiale o sostanziale, ed esso è tale quando contiene disposizioni di beni, o esclusivamente o insieme con altre disposizioni di natura non patrimoniale, le quali prese a sé, isolatamente, non costituirebbero un testamento; ovvero un testamento in senso puramente formale, ed esso è tale quando non contiene disposizioni di beni ma soltanto disposizioni di altra natura, che la legge consente di fare anche nella forma del testamento».

²⁹ Così, M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1950-1951, p. 207 e ss., «ci sia consentito di rilevare la scarsa ricchezza dei concetti e la superficialità dei compilatori del nuovo codice. Non è vero, in primo luogo, che il nuovo codice abbia introdotto una nuova concezione del testamento. La parola "testamento" ha, in primo luogo, il preciso significato che risulta dal primo comma dell'art. 587 c.c. ...; in secondo luogo e come è noto, la parola "testamento"

viene riferita al documento testamentario. In altre parole il termine "testamento" va inteso in senso negoziale ed in senso documentale e ciò si verifica sia nei riguardi del codice abrogato sia nei riguardi del codice nuovo; il secondo comma dell'art. 587 del nuovo codice non ci dà una seconda concezione di testamento, come negozio che contiene delle disposizioni di carattere non patrimoniale; il capoverso dell'art. 587 c.c. non sancisce affatto che l'atto contenete disposizioni non patrimoniali assume la qualifica di testamento, ma si limita a stabilire una semplice ugualianza di forme tra atti sostanzialmente diversi». Successivamente, nel lavoro del 1957, l'A. porta a compimento questa ricostruzione. M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 27 e ss. e 102 e ss., precisa che il testamento è «un negozio patrimoniale a causa di morte», definizione nella quale il carattere della negozialità costituisce la nota generica, mentre i caratteri della efficacia *post mortem* e della patrimonialità le note specifiche.

In conseguenza deve assumersi che le disposizioni di cui al capoverso dell'art. 587 c.c. non sono disposizioni testamentarie vere e proprie, anche se il legislatore ha stabilito per la loro validità un formalismo uguale a quello prescritto per il testamento. Secondo questa chiave di lettura, l'art. 587, comma 2, c.c. non ha importato un allargamento del concetto di testamento, bensì un allargamento del concetto di negozio a causa di morte. Entro questa categoria si comprendono «le due sottocategorie del negozio a causa di morte *patrimoniale* e del negozio a causa di morte *non patrimoniale*».

dichiarazione non trovi applicazione al riconoscimento del figlio naturale, non spiega, però, perché altre disposizioni non patrimoniali, come a esempio, quelle inerenti la sorte del proprio cadavere debbono considerarsi revocabili e, dunque, soggette a una regola del c.d. testamento sostanziale. Il difficile nodo non credo che possa trovare un'utile risposta in questo modo di ragionare astratto, quale vorrebbe ipostatare la categoria delle disposizioni a contenuto patrimoniale, distinguendola da quelle prive di tale carattere, come se si trattasse di due categorie dogmatiche diverse, ciascuna dotata di una propria disciplina. Occorre abbandonare un'impostazione di questo tipo e valutare l'interesse che le singole disposizioni tutelano.

L'applicazione di una disciplina, o, più esattamente, l'ordinamento del caso concreto, soprattutto in materia testamentaria, non può legarsi a una valutazione puramente astratta, che si misuri sulla sola riconducibilità della disposizione entro quelle di tipo patrimoniale o non patrimoniale, ma deve valutare l'interesse che la singola disposizione testamentaria è volta a realizzare³⁰. Se si muova da questa prospettiva ne viene, senza necessità di dover ipotizzare categorie e forzature di quelle, che l'irrevocabilità del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio è regola, che non dipende dalla natura patrimoniale o non patrimoniale della dichiarazione e, dunque, dalla sua riducibilità a contenuto proprio del testamento o ad atto espresso in mera forma testamentaria, bensì dall'interesse effettivamente tutelato dalla norma, dalla sua incidenza su uno *status* familiare e, a tutto concedere, dalla sua discussa riconducibilità ad atto giuridico in senso stretto, piuttosto che ad atto di autonomia privata.

Il c.d. contenuto tipico e atipico del testamento. La teoria degli atti di ultima volontà diversi dal testamento

La teoria patrimoniale del testamento e l'idea che si debba distinguere tra disposizioni testamentarie aventi contenuto patrimoniale, alle quali si applica sia la disciplina sostanziale sia quella formale del testamento, e disposizioni aventi contenuto non patrimoniale, alle quali si applica soltanto la disciplina formale del testamento, viene ampiamente sviluppata da Giorgio Giampiccolo³¹, che a tal scopo adopera le fortunatissime espressioni di contenuto tipico e atipico del testamento.

Era molto forte nella pagina del Maestro l'idea patrimoniale del testamento: tale è soltanto l'atto di ultima volontà che ha contenuto non soltanto patrimoniale, ma anche attributivo, sicché il c.d. contenuto tipico del testamento coincide, sostanzialmente, con l'istituzione di erede, l'istituzione di legato e, ovviamente, tutte quelle disposizioni complementari o accessorie a quelle³².

Il c.d. contenuto atipico del testamento chiama, invece, a raccolta tutti quegli atti non direttamente attributivi che possono essere contenuti nel testamento.

³⁰ P. PERLINGHERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3a ed., Napoli, 2006, p. 369 e ss., 604, 618 e ss., 613, 855. Nell'introduzione, a p. XI, si legge: che l'interpretazione «a fini applicativi consente di presentare, nonostante la pluralità delle fonti e dei poteri normativi, l'ordinamento giuridico come unitario anche se complesso, quale risultato dell'insieme delle applicazioni; in un approccio sistematico volto a valutare l'impatto del fatto singolo nel sistema degli interessi e dei valori giuridicamente rilevanti, sapendo cogliere tra essi quelli prevalenti e sapendo realizzare gli opportuni bilanciamenti alla luce del principio di ragionevolezza insito nel sistema».

³¹ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 e ss.; ID., *Atto omotatis causae*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 e ss.

³² L'idea che le disposizioni di contenuto non patrimoniale contenute nel testamento non fossero da considerarsi disposizioni aventi natura testamentaria aveva indotto la dottrina a distinguere tra testamento in senso stretto e in senso ampio (A. CICU, *Le successioni*, cit., p. 286), oppure tra testamento in senso sostanziale e in senso formale (C. GANGI, *op. cit.*, p. 31), oppure testamento in senso negoziale o in senso documentale (M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, cit., p. 207 e ss.; ID.

Tale espressione non serviva per dire, come si potrebbe pensare e come oggi si è giunti ad affermare³³ muovendo da un concetto di successione coerente con l'attuale sistema ordinamentale, che il testamento è un atto con il quale il soggetto può regolare tutti i propri interessi *post mortem*, ma, all'esatto contrario per dire che era testamento, in senso proprio, soltanto quello avente un contenuto attributivo, e dunque, il testamento dispositivo della delazione. È servita, cioè, per negare che il contenuto atipico indicasse il testamento in senso proprio; per ribadire, dunque, che si tratta di atti diversi dal testamento e autonomi; atti di ultima volontà, ossia atti unilaterali e unipersonali, sempre revocabili, con il quale il soggetto può regolamentare taluni interessi *post mortem*³⁴.

Da questa intuizione di Giampiccolo, correggendone, ovviamente, la portata, credo che un discorso moderno e contemporaneo sul diritto delle successioni debba prendere le mosse. L'ordinamento italiano conosce, da tempo, atti di ultima volontà diversi dal testamento. Già nel codice civile v'è traccia di atti di ultima volontà, non necessariamente testamentari, idonei a ordinare profili successori della persona. Basti ricordare la scelta del tutore o dell'amministratore d sostegno del proprio figlio, per il tempo successivo alla morte del genitore compiuta per atto pubblico o per scrittura privata autenticata (artt. 348, comma 1, e 408, comma 1, c.c.), la dichiarazione coi cui si può escludere una persona dall'ufficio tutelare (art. 350, comma 1, n. 2 c.c.), nonché la stessa dispensa dalla collazione (art. 737 c.c.)³⁵, nonché il problema dei diritti della personalità³⁶. Ancora, la legge sul diritto d'autore (artt. 24, comma 3; 93, comma 4; 96, comma 2), la legge sulla c.d. donazione di organi (L. 1° aprile 1999, n. 91, art. 4), e la legge sulla cremazione e dispersione delle ceneri (L. 30 marzo 2001, n. 130), prevedono che il soggetto possa regolare i propri interessi per dopo la morte anche con un atto che non ha natura testamentaria.

In questa direzione, se si escludono le disposizioni patrimoniali attributive e, dunque, le istituzioni di erede e dei legati, che risultano riservate al solo testamento³⁷, non v'ha dubbio che tutti gli altri interessi *post mortem* della persona, anche di carattere patrimoniale, possano essere regolati, oltre che con l'atto testamentario, anche mercé l'atto di ultima volontà.

È la stessa legge a chiarire che taluni interessi essenziali *post mortem* della persona non reclamano un testamento, essendo sufficiente un atto di ultima volontà. Con intesa, che non si tratta di due categorie esattamente sovrapponibili e che tra l'uno e l'altro esiste un lato importante sul piano formale

Principi di diritto testamentario, cit., p. 27 e ss. e 102 e ss.).

³³ Chi, almeno, G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legati. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, p. 11 e ss., 48 e ss.; ID., *Testamento*, in *Dig. IV, sez. civ.*, XVII, Torino, 1999, p. 338 e ss.

³⁴ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto ...*, cit., p. 326 e ss., «le dichiarazioni di diverso contenuto [dalla istituzione di erede o di legatario] che in forma testamentaria possono compiersi, ne sussista o non l'unità formale con eventuali disposizioni di beni, non costituiscono testamento. Quando non si tratta di atti non negoziali, a cui risulta già incompatibile la nozione stessa di atto di ultima volontà (anche se compatibile sia, a qualche specie, quella di mero atto *mortis causae*) si tratta di negozi che o non sono a causa di morte ovvero sono al più negozi di ultima volontà a sé stanti, che rispondono alle regole generali della categoria a cui appartengono (atto di ultima volontà), ma non a quelle più particolari del testamento».

³⁵ E se pure a tutte queste dichiarazioni atipiche, anche quando non siano *mortis causae*, un effetto *post mortem* normalmente consegue, ciò dipende unicamente dalla particolare fattispecie emissiva che il soggetto assegna alla

dichiarazione col preceggierne la forma testamentaria ma da tale profilo l'atto (a rilevanza giuridica esterna *post mortem*) costituisce una categoria dommatica distinta così dall'atto sotto modalità di morte come dall'atto *mortis causae*.

³⁶ Da ultimo, V. BARBA, «La dispensa dalla collazione» in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 1 e ss.

³⁷ In tema, le convincenti considerazioni di G. RESTA *Persona e successioni*, in ID., *Dignità, persone, mercati*, Torino 2014, p. 123 e ss.

³⁸ Credo che la funzione della norma di cui all'art. 587 c.c. non sia di limitare il contenuto del testamento alle sole disposizioni patrimoniali-attributive, ossia le istituzioni di erede e il legato, allo scopo di escludere dal contenuto testamentario tutte le altre; ma all'esatto contrario di costituire una vera e propria riserva a favore del testamento di queste disposizioni. In altri termini, la norma di cui all'art. 587 c.c., in connessione con quella di cui all'art. 588 c.c., servirebbe per affermare che le istituzioni di erede e i legati possono essere contenute non in qualunque atto di ultima volontà, ma soltanto nel testamento.

L'atto di ultima volontà non è soggetto alle forme e alle formalità prescritte per il testamento, con la precisazione che ove pure, fosse prescritto un requisito di forma, o ove pure, in relazione alla funzione del singolo atto, si dovesse reputare che si tratti di atto formale, sarebbe, pur sempre, un requisito di forma meno rigoroso di quello proprio del testamento olografo.

Così, un testo a stampa, sottoscritto dal suo autore, mentre sarebbe un invalido testamento olografo e, dunque, un atto con il quale il soggetto non potrebbe validamente istituire un erede o un legatario sarebbe un valido atto di ultima volontà, quando contenesse prescrizioni in merito al soggetto al quale competano le scelte sul diritto di pubblicare le opere inedite del defunto o sulla sorte di epistolari e carte di famiglia, e ancora, quando contenesse prescrizioni sulle modalità funerarie, sulla cremazione sulla dispersione delle ceneri.

In questo senso, occorrerebbe riscoprire, accanto al testamento, anche l'atto di ultima volontà, inteso come atto unilaterale unipersonale sempre revocabile, dacché, come già aveva detto Giampiccolo a esso ciascuno può affidare il c.d. *contenuto atipico del testamento*. Sicché rispetto a questo contenuto, non v'ha dubbio che il soggetto abbia la libertà di disporre sia con testamento, sia con atto di ultima volontà.

Il ripensamento dell'atto di ultima volontà e la consapevolezza che esso, in quanto atto espressione dell'autonomia privata, attraverso il quale si realizza la dignità della persona³⁶, è suscettibile, con il limite delle istituzioni di erede e dei legati, di tutti i contenuti che risultano leciti e meritevoli, potrebbero conferire nuove potenzialità al diritto successorio. Del resto il suo riconoscimento, anche a livello costituzionale, può cogliersi non soltanto negli artt. 2 e 41 Cost., quanto anche nell'art. 118, comma 4, Cost. Il quale nell'affermare che all'atto di autonomia privata è consentita, secondo il principio di sussidiarietà³⁹, l'attuazione d'interessi generali, conferma la sua idoneità a realizzare anche interessi individuali. Con intesa che proprio la capacità di realizzare interessi generali costituisce un'importante frontiera, la quale attende, ancora, di essere pienamente esplorata.

Riconoscitura l'importanza dell'atto di ultima volontà, quale strumento di estrinsecazione del potere e della libertà di disporre, occorrerebbe assumere adeguata contezza della sua estensione e, anche in conformità al principio di economia delle dichiarazioni⁴⁰, avvertire che molti atti, spesso considerati clausole di contratti, o porzioni del contenuto di un contratto, sono, in verità, meri atti di ultima volontà, con tutte le conseguenze, in termini di efficacia e di revocabilità che ciò importa. Così, soltanto per trarre un esempio, dovrebbe dirsi per la dispensa dalla collazione⁴¹, o per la dispensa dall'imputazione, le quali, ove pure fossero contenute nel contratto di donazione, o documentate in atto separato, pur costruito in termini di liberalità contrattuale, tra vivi, non dovrebbero reputarsi, salvo che dall'interpretazione dell'atto non debba trarsi una conclusione necessariamente opposta, atti aventi natura contrattuale e, più in generale atti tra vivi, bensì atti di ultima volontà. Non diversamente potrebbe dirsi, nel caso di contratto a favore del terzo, le cui prestazioni debbono eseguirsi dopo la morte dello stipulante, a proposito della dichiarazione di nomina, della sua modifica e della sua revoca⁴².

In questa prospettiva assume coerenza anche l'idea che il contratto e il negozio unilaterale tra vivi,

ai quali ogni contenuto sembra doversi concedere, non possano (*rectius*: debbano) mai risolversi (costituendo, dunque, un limite assoluto alla loro capacità di regolamentazione) in una disposizione della delazione, ossia in attribuzioni patrimoniali inerenti la propria successione, o il proprio succedere, perché le prime restano affidate all'atto di ultima volontà e al testamento, e le seconde agli strumenti unilaterali dell'accettazione e della rinuncia all'eredità, senza che ciò possa importare inadeguatezza del nostro diritto delle successioni a causa di morte a realizzare una coerente e adeguata pianificazione successoria.

Se, davvero, esiste un ostacolo alla pianificazione ereditaria, esso non dipende dall'impossibilità di disporre contrattualmente della delazione inerente la propria successione o il proprio succedere, ma dall'eccessiva rigidità della disciplina di tutela dei legittimari, la quale andrebbe ripensata, almeno in termini di significativa riduzione delle quote di patrimonio di riserva, mercé una diminuzione di esse almeno della metà, nonché mercé la previsione di una diseredazione del legittimario connessa alla violazione dei doveri di solidarietà nei confronti del *de cuius*, rimessa a una valutazione del caso concreto e senza una tipizzazione in una fattispecie specifica e circoscritta, la quale sarebbe incapace di cogliere le esigenze e gli interessi che essa dovrebbe soddisfare.

Sotto un diverso profilo, occorrerebbe sapere cogliere con maggiore apertura le modificazioni legislative già realizzate nel diritto successorio, intendendo, anche al di là del testo linguistico delle medesime, spesso privo del rigore e della tecnicità, che caratterizza il nostro secondo libro del codice civile, gli interessi che sono in grado di soddisfare. E, in questo senso, penso, almeno, al patto di famiglia, alla disciplina sull'opposizione alla donazione e sull'azione di restituzione, al vincolo di destinazione per gli interessi meritevoli di tutela.

Superamento della distinzione tra disposizioni testamentarie tipiche e atipiche

Assunta consapevolezza che le disposizioni, di cui all'art. 587, comma 2, c.c., sono disposizioni testamentarie vere e proprie e che la loro ammissibilità non può essere subordinata ai soli casi espressamente previsti dalla legge, il concetto di contenuto tipico e atipico del testamento⁴³ ha finito con l'assumere un significato diverso da quello originario.

La maggior parte degli studi successivi, pur avendo contribuito a rendere questa espressione assolutamente ineliminabile nella definizione del testamento, ha ridimensionato e azzerato l'apporto culturale che tale distinzione avrebbe dovuto trascinare in termini di teoria dell'atto di ultima volontà. I concetti di contenuto tipico e atipico del testamento, i quali erano stati posti con la precisa finalità di spiegare, nel concreto, l'esigenza di offrire un contributo alla teoria dell'atto di ultima volontà, principiano a essere adoperati con significati che, a mano a mano, si distaccano dalla rigida distinzione tra disposizioni testamentarie aventi contenuto patrimoniale e no, e cominciano a essere assunti, quasi inconsapevolmente, con significati prossimi a quelli nei quali gli aggettivi "tipico" e "atipico" vengono ammessi in materia contrattuale⁴⁴.

Con il singolare risultato di considerare ammissibili disposizioni testamentarie c.d. atipiche nei limiti in cui le medesime risultano meritevoli di tutela⁴⁵ ex art. 1322 c.c., spingendo, addirittura, questo

³⁶ Sulla distinzione tra teorie liberiste e patrimonialistiche, v. N. DIMAURO, «Contenuto e funzione del testamento», in *Fam. prax. succ.*, 2006, p. 354 s.s. e, più ampiamente, ID., *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005, p. 47 e ss.

³⁷ Sulla critica del metodo che propone di individuare la disciplina del contratto in base al tipo, già, ampiamente, P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*,

in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 391 s.s. Più di recente, le condivisibili considerazioni G. PERLINGIERI, «La scelta della disciplina applicabile ai c.c.d. "vitalizi impropri"». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti», in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 545.

³⁸ Così, per tutti, G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni*

atipicità dei contratti, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 391 ss., spec. p. 402; ID., *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna - Roma, 1975, p. 20 e ss.; ID., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1995, p. 22 e ss.; ID., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, 161 c. ss.

³⁹ V. nota 35.

⁴⁰ V. BARBA, *I patti successori e il diritto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 116 e ss.

discorso fino alle disposizioni a titolo particolare⁴⁶.

Va, in primo luogo, sgomberato il campo dall'idea che si possa proficuamente discorrere di legati atipici, dacché la disposizione testamentaria a titolo particolare, indipendentemente dal suo contenuto e, dunque, dal suo effetto reale o obbligatorio e indipendentemente dalla circostanza che la vicenda di rapporto realizzata abbia, o no, una specifica disciplina, è, pur sempre, un modello di chiamata espressamente regolato. Sicché discorrere di atipicità del legato, serve soltanto per dire che si tratta di legato il cui rapporto è privo di una disciplina particolare, ma che oltre a tal profilo descrittivo è incapace di apportare un utile risultato. I legati espressamente disciplinati non possono essere considerati tipi di legato, ma specie di legati, e, in logica conseguenza, i legati non aventi un contenuto specificatamente regolato dalla legge non sono legati atipici, ma legati privi di una disciplina del loro rapporto⁴⁷. In altri termini, la tipicità non è del contenuto del legato, ma del legato come modello di chiamata. Con la conseguenza che, approvatane l'ammissibilità, non si pone, indipendentemente dal suo contenuto e dal suo avere per oggetto, o per effetto la costituzione, modifica o estinzione di un qualsivoglia rapporto giuridico⁴⁸, un problema di ammissibilità di quella delazione. Non si pone, cioè, rispetto al legato non espressamente regolato l'esigenza di dover verificare l'ammissibilità di quella

testamentaria, 2a ed., Milano, 1980, p. 159.

⁴⁶ Vale, tuttavia, la pena di segnalare che il concetto di atipicità, in questo significato, da taluni è stato impiegato anche per designare le disposizioni aventi carattere patrimoniale, ma funzione non attributiva o istitutiva di erede (in questo senso, anche Trib. Genova, 17 luglio 2009, in *Leggi d'Italia*, secondo cui si considera testamento atipico «il documento che, pur privo di contenuto dispositivo e/o testamentario, è diretto unicamente a precisare di avere già provveduto alla ripartizione dell'attivo ereditario»). Nella prospettiva secondo la quale il verbo "disporre", di cui all'art. 587 c.c. si sarebbe dovuto intendere, in connessione con quanto stabilito dall'art. 588 c.c., come sinonimo di "attribuire" (v. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Ciccù e Messineo, continuato da Mengoni, vol. XLIII, 1, 5a ed., Milano, 1993, p. 23, secondo cui la nozione di disposizione testamentaria, ex art. 587 3 588 c.c. «implica una decisione attuale sulla sorte dei beni nella forma di una dichiarazione negoziale il cui oggetto include essenzialmente la designazione della persona o delle persone alle quali i beni sono destinati»), non v'ha dubbio che tutte le disposizioni testamentarie aventi carattere patrimoniale, ma funzione non attributiva, si sarebbero dovute classificare come atipiche. L'idea che la formula verbale "disporre" impiegata nell'art. 587 c.c., debba essere intesa nel senso di "attribuzione" è, tuttavia, da considerare oggi minoritaria e ampiamente superata. A tal riguardo, si segnala che la anche Cassazione, decidendo un caso in tema di diseredazione (Cass., 25 maggio 2012, n. 8352, in *Fam. pers. succ.*, 2012, con nota di V. BARBA, «La disposizione testamentaria di diseredazione», in *Fam. pers. succ.*, 2012), aderendo alla migliore dottrina (già, seppur con riguardo al solo profilo patrimoniale, M. BIN, *La diseredazione*, Torino, 1966, p. 239), ha avvertito che il verbo "disporre" deve intendersi come sinonimo di "regolare" (G. BONILINI, *Testamento*,

forma di chiamata, perché essa è stata, una volta e per tutte, reputata ammissibile dal legislatore nell'art. 588 c.c.

Svolta questa precisazione, è chiaro che ipotizzare che la distinzione tra disposizioni testamentarie tipiche e atipiche serva per assegnare solo le ultime al controllo di meritevolezza è inaccettabile. Costituisce un'acquisizione consolidata, sulla quale non avrebbe senso, neppure, tornare, che oggi atto di autonomia privata debba essere sottoposto a un concreto controllo di conformità all'ordine pubblico costituzionale⁴⁹, ossia a un controllo di meritevolezza, il quale trova fondamento, non solo e non soltanto nella norma di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., bensì nel sistema ordinamentale nel suo complesso e, in particolare, nelle norme di cui agli artt. 2, 3, 41, 118, Cost.; con intesa che il controllo riguarda la concreta funzione dell'atto⁵⁰.

Tale giudizio, che deve esprimersi alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento, consente verificare che l'esercizio dell'autonomia privata sia conforme alle norme del nostro sistema, garantendo che l'atto di autonomia privata risponda a una funzione giuridicamente e socialmente utile e sia, cioè idoneo all'attuazione dei valori fondamentali⁵¹.

Il controllo di c.d. meritevolezza, inteso come controllo di conformità all'ordine pubblico costituzionale ed europeo riguarda, allora, qualunque atto di autonomia privata, indipendentemente dal suo essere indirizzabile al contratto tipico o atipico, all'atto tra vivi o all'atto di ultima volontà, a una disposizione testamentaria, avente un contenuto espressamente regolato o no.

Sotto un diverso profilo, ipotizzare che la distinzione tra disposizioni testamentarie tipiche e atipiche abbia una finalità disciplinare è conclusione che non può essere condivisa, dacché è noto che disciplina non può dipendere dalla sola sussunzione del fatto entro una fattispecie, occorrendo sempre, una valutazione attenta al singolo caso, che sappia individuare il suo ordinamento concreto prescindendo da schematizzazioni che rischiano, soltanto, di offrire una disciplina inadeguata⁵².

La distinzione tra disposizioni testamentarie tipiche e atipiche, dunque, di là della sua valen-

⁴⁹ G. PERLINGIERI, «Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.», in *Il foro nap.*, 2014, p. 59, nota 58, chiarisce che, da un punto di vista terminologico, si potrebbe anche sovrapporre il controllo di meritevolezza a quello di liceità, purché l'ultimo sia inteso come controllo di conformità all'ordine costituzionale. «Se si dovesse accettare tale prospettiva, salvo alcune ipotesi particolari (si pensi all'elusione fiscale, dove l'atto è da considerare lecito ma non meritevole; sul punto v. G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abusu tributario. Impugnabilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, p. 9, 70, 73, 93) e salvo i casi dell'atto futile o impossibile (ma in tali casi sembra preferibile discorrere di mancanza di causa) o, come più avanti si vedrà, del contratto non meritevole, ex art. 2645-ter c.c., la mera liceità coinciderà spesso con la meritevolezza. L'importante è la consapevolezza da parte dell'interprete che il controllo del regolamento contrattuale non si deve mai limitare alle fonti primarie ma deve essere esteso alle norme di grado superiore, con buona pace anche del falso c.d. principio di "non interferenza" tra regole di comportamento e regole di validità».

⁵⁰ Sarebbe impensabile, a meno di non rendere totalmente irrazionale l'intero ordinamento giuridico, che un sistema nel quale la produzione legislativa debba, sotto pena di invalidità, essere contentuisticamente coerente, conforme e attuativa dei principi fondamentali, massime racchiusi nella Carta costituzionale, l'atto di autonomia privata non

sia assoggettato al medesimo vincolo e controllo.

⁵² P. PERLINGIERI, «Applicazione e contro interpretazione giuridica», in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 317 e ss. V., anche, C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1998, p. 432; G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003; S. POLIDORI, «Illiceità di funzione negoziale e reator», in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 5 R. QUADRI, *Rendita vitalizia e tipicità del contratto*, Napoli, 2012.

Per tutti, P. PERLINGIERI, «Produzione scientifica realtà pratica: una frattura da evitare», in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 455, e in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989, p. 3 e ss.; ID., «Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa», *Dir. giur.*, 1975, p. 826 e ss.; ID., *Il diritto civile nella lega costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* (198 3° ed., Napoli, 2006, p. 341 e ss.; ID., «L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. e la nuova scuola dell'esegesi», in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 990 e in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 275; I. *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema it comunitario delle fonti*, Napoli, 1992; ID., «Valori normali e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natali Iribi», in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 802 e ss.; ID., «Complexe e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente», in *R*

descrittiva, non ha un valore pratico-applicativo⁵⁴ e, anzi, essa è alla base di quel pregiudizio che ha fortemente limitato le potenzialità del testamento come atto di disposizione e che ha tarpato le ali al tentativo di assegnare centralità all'atto di ultima volontà. Per questo meriterebbe di essere superata per dare, nuovo slancio al diritto successorio.

Disposizioni testamentarie aventi un contenuto c.d. tipico e un contenuto c.d. atipico, atti di ultima volontà e contratti regolativi di interessi *post mortem*, trovano unità nell'esigenza che gli uni, come gli altri, siano sottoposti al controllo di meritevolezza, volto ad accertare che l'atto di autonomia risponda a una funzione giuridicamente e socialmente utile.

Sulla base di queste premesse è indispensabile rileggere il diritto ereditario. Avendo mente, pur nel necessario bilanciamento dei principi e mai trascurando le particolarità del singolo caso concreto, che il riconoscimento dell'autonomia privata ha un ruolo centrale e importantissimo, perché costituisce un valore fondante del nostro sistema.

Lecture dell'autonomia testamentaria, ancora oggi non infrequenti, nella giurisprudenza e nella letteratura, che, vogliono considerare l'interesse familiare, quale espressione del principio di solidarietà, sempre prevalente su tutti gli altri non possono più essere condivise.

Nel metodo, perché il bilanciamento dei principi deve essere sempre fatto rispetto al singolo caso concreto, senza possibilità di poter consentire, ammettere o giustificare, almeno rispetto a principi fondamentali, graduazioni o valutazioni comparative idonee a valere a prescindere dagli interessi coinvolti nel singolo caso concreto.

Nel merito, perché mortificano, ingiustificatamente, l'autonomia testamentaria, senza coglierne le sue straordinarie potenzialità; soprattutto, perché non sono capaci di attuare la legalità costituzionale. La quale impone ben più difficile operazione culturale e ben altro bilanciamento di principi.

Modernizzare il diritto successorio non significa dover abdicare a favore del contratto, ma scoprire, a mano a mano, nell'interpretazione di ciascuna norma del diritto successorio, il valore dell'autonomia privata e le potenzialità dell'atto di ultima volontà. E, così, può rileggersi la norma sul divieto dei patti successori⁵⁵, le norme sulla capacità e sull'indignità a succedere, il problema della diseredazione del legittimario, i problemi sull'accettazione e la rinunzia, le norme sui diritti riservati al coniuge, le norme sul contenuto del testamento, le norme sui vizi della volontà e sugli elementi accidentali delle disposizioni testamentarie, le norme sull'azione di restituzione, le norme regolanti il contenuto di taluni legati.

Probabilmente il diritto ereditario, più degli altri settori del diritto civile, è quello che ancora attende i maggiori sforzi; ma quello che, da questo punto di vista, si presta a offrire risultati che decenni o sono erano inattesi.

Certamente è il settore del diritto nel quale l'ansia riformista del legislatore è meno effervescente; ma sul quale un'interpretazione assiologica e a fini applicativi, ancora poco sperimentata, può lasciare molto ben sperare per consentire una ragionevole e adeguata pianificazione ereditaria.

⁵⁴ *dir. cit.*, 2005, p. 188 e ss.; ID., «Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica», in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317; ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012.

Un'esausiva ed efficace ricostruzione, con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sull'evoluzione del diritto civil-costituzionale, si deve a M. PENNASILICO, «Legalità costituzionale e diritto civile», in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 840 e ss.

⁵⁵ Così, G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, in *La giustizia arbitrale*, a cura di V. Putorti, Napoli, 2015, p. 141 e ss.; nonché, più approfonditamente, ID., «La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento», in *Rass. dir. civ.*, 2016, in corso di pubblicazione.

⁵⁶ Così, V. BARBA, *I patti successori ...*, *cit.*, p. 171 e ss.

Il caso di Facebook: il potere dell'utente di scegliere se il proprio *account* debba essere cancellato o reso commemorativo. La nomina del c.d. contatto erede

La rilevanza che l'atto di ultima volontà diverso dal testamento ha nel nostro ordinamento e quella che esso è, a mano a mano, destinato ad acquisire nel corso degli anni, si avverte se solo si consideri, da ultimo, la scelta compiuta dal più importante *social network* mondiale.

Ora è poco che Facebook ha individuato nuove regole da valere per il tempo successivo alla morte, specificando in che modo esse possano essere, immediatamente e direttamente, compiute dal titolare di un *account*⁵⁶.

L'utente, in qualunque momento, può scegliere la sorte del proprio *account*⁵⁷, per il tempo successivo alla propria morte, stabilendo se esso e tutti i suoi contenuti debbano essere eliminati in modo permanente, ovvero se esso debba essere reso commemorativo, in modo da permettere ad amici e parenti di raccogliere e condividere i ricordi della persona tolta ai vivi⁵⁸.

In tale ultimo caso, accanto al nome della persona sul suo profilo sarà visualizzata l'espressione "in ricordo di"; i contenuti condivisi dalla persona (foto e *post*) continuano a essere in rete e sono visibili al pubblico con cui sono stati condivisi, mentre gli *account* non vengono più visualizzati in spazi pubblici come i suggerimenti delle "persone che potresti conoscere", "le inserzioni" o i "promemoria dei compleanni".

Viene precisato, inoltre, che, in nessun caso, possono essere fornite, ai parenti le credenziali per l'accesso all'*account* di persona mancata ai vivi; che in presenza di una precisa volontà dell'utente volta alla eliminazione dell'*account* non è possibile che i parenti chiedano che quell'*account* venga reso commemorativo⁵⁹; che i parenti della persona mancata ai vivi, in assenza di una scelta immediatamente e direttamente compiuta dal soggetto, possono chiedere che l'*account* venga reso commemorativo, oppure che venga eliminato.

L'utente che abbia scelto di rendere il proprio *account* commemorativo ha anche la possibilità di nominare il c.d. "contatto erede". Il quale è, così, definito: «un contatto erede è una persona che scegli per gestire il tuo *account* se viene reso commemorativo. Una volta reso commemorativo l'*account*, il contatto erede potrà eseguire attività come: - scrivere un *post* fissato in alto nel tuo profilo (ad es. per condividere un messaggio finale a nome tuo o fornire informazioni su un evento commemorativo); - rispondere alle nuove richieste di amicizia (ad es. vecchi amici o parenti che non erano ancora iscritti a Facebook); - aggiornare l'immagine del profilo e di copertina»⁶⁰. All'utente, infine, è lasciata la possibilità di decidere se il contatto erede nominato possa, o no, scaricare una copia dei contenuti che l'utente

⁵⁶ Informazioni reperibili, al momento in cui questo lavoro è confezionato, sul sito: <https://www.facebook.com/help/1506822589577997/>.

⁵⁷ Sulla successione nel patrimonio digitale, almeno, G. RESTA, *La "morte digitale"*, in ID., *Dignità, persone, mercati*, *cit.*, p. 375 ss.; S. DE PLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in *Internet e diritto civile*, a cura di C. Perlingieri e L. Ruggieri, Napoli, 2015, p. 427 e ss. V. anche, M. CINQUE, «La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 645 ss.; D. CORAPI, «Successione. La trasmissione ereditaria delle c.d. "nuove proprietà"», in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 379 e ss.; A. ZOPPINI, «Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)», in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 185 e ss.; M. MARTINO, *Le "nuove proprietà"*, in *Tratt. dir. succ. don.*, diretto da G. Bonilini, vol. I, Milano, 2009, p.

355 e ss.; L. LORENZO, «Il legato di *password*», in *Nol.*, 2014, p. 147 e ss.; U. BECHINI, «*Password*, credenziali e successione *mortis causa*», Studio n. 6-2007/AG approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato l'11 maggio 2007 (è leggibile in <http://ca.notariato.it/approfondimenti/6-07-IG-pdf>). Sul c.d. contatto erede di Facebook, già V. BARBA, «Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà», *cit.*, p. 347, nt. 6.

⁵⁸ V. nota 56.
⁵⁹ Si legge sul sito, offrendo ai familiari ai quali è inibito, in presenza di una scelta dell'utente di eliminare il proprio *account*, questo suggerimento: «se desideri creare un altro spazio per consentire alle persone su Facebook di condividere ricordi sul tuo caro, ti consigliamo di creare un gruppo».

⁶⁰ V. nota 56.

aveva condiviso sul social. Il contatto erede non può, in ogni caso, rimuovere o modificare i contenuti già esistenti, leggere messaggi privati che l'utente abbia inviato a propri contatti, rimuovere gli amici. Infine, Facebook precisa che: «potremmo aggiungere altre funzioni per i contatti eredi in futuro»⁶¹. Non v'ha dubbio che la nomina di un contatto erede, così come la decisione di eliminare il proprio account o di renderlo commemorativo, successivamente alla propria morte, sono da considerare veri e propri atti di ultima volontà, per effetto dei quali il titolare sceglie, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, le sorti del proprio patrimonio digitale esistente su quella piattaforma. Con intesa che il patrimonio digitale esistente su Facebook reclama e impone un'attenta riflessione, dacché si tratta di uno strumento che identifica la persona e rispetto al quale l'orizzonte dei problemi che esso solleva non credo possa essere affrontato secondo la logica propria del modello proprietario, con la quale storicamente è intesa la categoria delle cose e dei beni, bensì secondo una prospettiva e una logica tipicamente personalistica.

La nomina del contatto erede ha, anche, il grande vantaggio che non consente al contatto erede nominato di conoscere le credenziali di accesso alla propria pagina, prima della morte. Dacché sarà lo stesso gestore del servizio che, alla notizia della morte del titolare dell'account, provvederà a fornire al contatto erede nuove credenziali di accesso, diverse da quelle originarie del titolare.

Ciò implica due straordinari vantaggi: le credenziali diventano note soltanto alla persona interessata dopo la sua morte; le credenziali, essendo diverse da quelle originarie, consentono al contatto erede di accedere a taluni contenuti soltanto, escludendo l'accesso ad altri.

Il primo è, senz'altro, un vantaggio particolarmente significativo che, allo stato non si sarebbe altrimenti, potuto realizzare né con lo strumento del testamento, né con il mandato *post mortem exequendum*.

Ove la scelta fosse stata fatta per testamento, le credenziali di accesso sarebbero divenute note a tutti gli eredi, al notaio che lo pubblica e a chiunque abbia titolo o interesse di conoscere il testamento. Dunque, avrebbero avuto una diffusione molto più ampia di quella che il titolare avrebbe voluto.

Per contro, se la scelta fosse avvenuta tramite contratto (ossia un contratto successorio non patrimoniale valido in quanto non contrario al divieto di cui all'art. 458 c.c.⁶²), il nominato avrebbe avuto immediata notizia delle credenziali di accesso e, dunque, notizia di quel dato in un tempo anteriore all'apertura della successione, con tutte le conseguenze sfavorevoli connesse a una tale situazione.

Non meno rilevante è anche il secondo vantaggio. Sia nel caso di nomina testamentaria, sia nel caso di nomina per contratto il possesso delle credenziali di accesso originarie, avrebbe consentito al nominato di accedere a tutte le informazioni contenute nella pagina dell'utente (i.e. anche alla corrispondenza privata intercorsa con propri amici), senza le opportune limitazioni che la nomina di un contatto erede, invece, prevede.

Viene, espressamente, chiarito che il contatto erede non può, in ogni caso, accedere all'account originario, «rimuovere o modificare post, foto e altri contenuti condivisi sul tuo diario; leggere messaggi che hai inviato agli altri amici; rimuovere i tuoi amici»⁶³. Per contro, il contatto erede può «scrivere un post fissato in alto nel tuo profilo (ad es. per condividere un messaggio finale a nome tuo o fornire informazioni su un evento commemorativo); rispondere alle nuove richieste di amicizia (ad es. vecchi amici o parenti che non erano ancora iscritti a Facebook); aggiornare l'immagine del profilo e di copertina»⁶⁴. Resta invece, affidato alla scelta dell'utente se il contatto erede possa «scaricare» una copia dei contenuti che l'utente mancata ai vivi aveva condiviso su Facebook, restando aperta, come detto, la possibilità che il social possa in futuro implementare le funzioni del contatto erede. La nomina o scelta del contatto erede, così come la scelta di eliminare il proprio account, può essere:

⁶¹ V. nota 56.

⁶² Sul tema, V. BARBA, *I patti successorii ...*, cit., *passim*.

⁶³ Informazioni reperibili, al momento in cui questo lavoro

è confezionato, sul sito: <https://www.facebook.com/help/1568013990080948>.

⁶⁴ V. nota 63.

in qualunque momento revocata o modificata, garantendo, dunque, il ripensamento (*revocatus*: I revocabilità della disposizione) fino all'ultimo istante di vita.

Non pienamente condivisibile, invece, che il *social* abbia deciso che il compimento di questi atti possa essere fatta soltanto dall'utente che abbia compiuto il diciottesimo anno di età⁶⁵. Considerando la natura personale dell'atto, sarebbe stato auspicabile che tali atti fossero consentiti al soggetto naturalmente capace, indipendentemente dalla raggiunta maggiore età. Ma il tema, come è ovvio, ha una vocazione più ampia e implica un discorso, più generale, sulla capacità chiesta per il compimento dell'atto (ultima volontà, vieppiù quando questo abbia a oggetto la sistemazione di interessi non patrimoniali) ancor di più quei profili personali che si legano all'identità e all'identificazione del soggetto.

È da attendersi che la recente innovazione portata da Facebook, sarà sperimentata anche dagli altri *social network*, sicché la successione nel patrimonio digitale è, probabile e auspicabile, che nel giro di un lustro, possa essere integralmente regolata in modo analogo, ossia attraverso un atto di ultima volontà non formale.

Il legato di remissione del debito e la disposizione testamentaria di rinuncia al credito

Considerazioni molto significative idonee a confermare le linee che mi sono proposto di tracciare circa l'importanza dell'atto di ultima volontà diverso dal testamento, circa la non riducibilità del disposizioni testamentarie patrimoniali nelle sole istituzioni di eredi, legati e disposizioni modali e, soprattutto, circa l'esigenza di superare la distinzione tra disposizioni testamentarie tipiche atipiche, nella consapevolezza che la disciplina del caso concreto non può ricavarsi operando in mera sussunzione, bensì attraverso una valutazione attenta degli interessi concreti, bilanciando i principi in concorso, si traggono intersecando la disciplina delle disposizioni testamentarie con quel dell'estinzione del rapporto obbligatorio.

La norma di cui all'art. 658 c.c., nella parte in cui disciplina il legato di liberazione da un debito, offre ampi spazi alla ipotesi remissoria; a un legato, cioè, il cui contenuto consiste nella dichiarazione «voler liberare il debitore e il cui effetto è l'immediata estinzione dell'obbligazione».

Le affinità del legato di liberazione dal debito con la remissione sono evidenti, ma non sempre condivise, al punto che mentre secondo la dottrina maggioritaria si tratta di figure omologhe, ci si reclamano, dunque, una disciplina comune⁶⁶, secondo altra parte della dottrina sarebbero differenti per la necessaria natura liberale della seconda e l'eventuale natura liberale del primo⁶⁷.

In tema credo che l'una e l'altra prospettiva non siano pienamente condivisibili e scontino i rischi che in conformità a una valutazione puramente astratta delle strutture, che non abbia riguardato alla funzione⁶⁸ concretamente svolta dagli atti e che non consideri il rapporto giuridico nella sua complessità, privilegiandone il profilo della cooperazione, piuttosto che quello della contrapposizione

⁶⁵ V. nota 56.

⁶⁶ F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, GIU. AZZARITI,

Successioni per causa di morte e donazione, Successioni per causa

di morte e donazione, Padova, 1973, VI ed., p. 529; F.

MESSINEO, Manuale di diritto civile e commerciale, Milano,

1957, p. 517; A. GIORDANO MONDELLO, voce

Legato, dir. cit., in Enc. giur., Milano, p. 764.

⁶⁷ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2015, p.

669; C. ROMANO, *I Legati, in Diritto delle successioni*, a cura

di R. Calvo e G. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 1077.

⁶⁸ In tema, le attuali considerazioni di L. CARIOTA

FERRARA, «Mandato "post mortem" e disposizione sul sepolcrale», in *Foto lomb.*, 1934, c. 754, «concludendo si può affermare che il diritto di disporre della propria sepoltura è evidentemente personale, e, come tale, sottratto sempre all'influenza della volontà dell'eredo negoziato, o, in genere, il mezzo con cui lo si esercita indifferente, e, per la particolare natura dell'oggetto, non può che rimanere anch'esso fuori dei rapporti giuridici costituenti il compendio ereditario, i quali soltanto sono destinati a passare all'erede, ad averlo cioè come nuovo soggetto, arbitro e signore, com'era il *de cuius*».

conduca a risultati non sempre attendibili. Sebbene la remissione del debito sia considerata dalla maggioranza della dottrina un negozio unilaterale, non può trascurarsi che si possono dare numerosi casi, nei quali, in relazione all'interesse del debitore, la struttura unilaterale non potrebbe reputarsi sufficiente, sicché dovrebbe assumersi la sua struttura bilaterale. E anzi, secondo una prospettiva il rapporto sarebbe addirittura ribaltato, perché la remissione dovrebbe, tendenzialmente, reputarsi un contratto, regredendo ad atto unilaterale nel solo caso in cui, nel singolo rapporto, il debitore non abbia interessi meritevoli al mantenimento in vita del rapporto obbligatorio e quest'ultimo sia in essere in ragione dell'esclusivo interesse del creditore. Del resto, che la remissione del debito sia un atto sempre liberale è, certamente, revocabile in dubbio, dacché l'unico carattere essenziale alla remissione è soltanto quello della gratuità, sicché sotto questo profilo non è detto che il negozio di remissione e la disposizione testamentaria siano, tra loro incompatibili. Anzi sarebbero perfettamente omogenei perché entrambi sarebbero pur sempre atti gratuiti, talvolta anche liberali.

A muovere da queste considerazioni, appare ovvio, allora, che la norma di cui all'art. 658 c.c., nella parte in cui regola il c.d. legato di liberazione del debito, disciplina un'ipotesi, funzionalmente corrispondente alla disciplina della remissione del debito, confermando, ancora una volta, che non è possibile individuare la struttura di un atto prescindendo dalla sua funzione e dalla valutazione del concreto rapporto interessato dalla vicenda e che una vicenda di rapporto giuridico che, nella circolazione *inter vivos*, può, tendenzialmente, reclamare una struttura bilaterale, può essere realizzata anche con un atto di ultima volontà e, dunque, con un atto essenzialmente unilaterale.

Non credo, dunque, si possa revocare in dubbio che il legato di liberazione del debito, di cui all'art. 658 c.c., realizzi una vicenda omologa alla remissione del debito e che, non soltanto alla citata disposizione normativa, bensì anche alle norme sulla remissione del debito e, più in generale alla disciplina sull'obbligazione, è indispensabile far riferimento, per individuare l'ordinamento del singolo caso⁶⁹.

Il legato di liberazione del debito può, in concreto, essere reso con le formule più variegate: il testatore potrebbe ordinare all'erede di non esigere il credito, o dichiarare che il debitore sia liberato, o, ancora, dichiarare che il debito sia già stato pagato. In tale ultimo caso, un'attenta dottrina avverte dell'ipotesi che la disposizione valga come quietanza e non già come legato di liberazione dal debito⁷⁰. Sebbene secondo la dottrina maggioritaria il testatore possa, indifferentemente, usare le espressioni rinunziare al credito oppure liberare il debitore, e sebbene non vi abbia dubbio che, indipendentemente dalle espressioni utilizzate, occorre, sempre, interpretare la concreta disposizione testamentaria allo scopo di verificare quale sia stata l'intenzione del testatore, non v'ha dubbio che l'ipotesi della disposizione testamentaria di liberazione dal debito debba, comunque, essere distinta da quella di rinunzia al credito. Perché si tratta d'ipotesi, come ha insegnato la migliore dottrina⁷¹, non soltanto strutturalmente, ma anche funzionalmente molto diverse, tra loro⁷².

La remissione del debito produce come effetto, immediato e diretto, l'estinzione del rapporto obbligatorio, e, dunque, un effetto che incide sia sulla sfera giuridica del creditore sia del debitore ragione per la quale, nella circolazione *inter vivos*, la struttura deve considerarsi, tendenzialmente, contrattuale. Viceversa, la rinunzia al credito incide esclusivamente sulla sfera giuridica del rinunziante e importa la sola dismissione del diritto di credito, pur potendosi dare dei casi nei quali, per effetto della dismissione del credito, si possa dare, quale conseguenza mediata e indiretta, anche l'estinzione

⁶⁹ N. DI MAURO, *Le disposizioni modificative ...*, cit., p. 828 e ss.; N. DI MAURO, *Le disposizioni testamentarie, cit.*, p. 366 e ss.

⁷⁰ C. LOSANA, *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, Torino, 1894, p. 301 e ss.

⁷¹ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno ...*, cit., p. 89; ID., *Dei modi di estinzione ...*, cit., p. 213 e ss., spec. p. 235-

⁷² Per qualche ulteriore spunto applicativo, v. BARBA, *La rinunzia all'eredità*, Milano, 2008, p. 254 e ss.

dell'obbligazione. L'unità minima effettuale dei due atti è molto diversa: nella prima è l'estinzione rapporto obbligatorio; nella seconda la mera dismissione del diritto di credito.

Peraltro, non è neppure vero che remissione del debito e rinunzia al credito possano, semipotenzialmente coesistere, sicché appartenga alla sola decisione del creditore se compiere l'ur l'altra, dacché si possono dare casi in cui un soggetto può sia rinunziare al credito, sia rimettere un debito, ma anche casi nei quali un credito è soltanto rinunziabile, ma non remissibile, casi in cui un debito è rimettibile, ma non rinunziabile e casi nei quali un credito non è né rinunziabile remissibile. Ovviamente, nell'ipotesi in cui rispetto a un rapporto obbligatorio sia consentito al tit del credito sia di rinunziare, sia di rimettere il debito, compete all'interprete stabilire, in relazione singolo caso concreto, agli interessi perseguiti dal soggetto e al regolamento offerto, se ricorra l'ur l'altra ipotesi.

Nel caso in cui il testatore fosse creditore solidale, ben potrebbe con una propria disposizione testamentaria sia fare un legato di liberazione dal debito, ossia un legato con il quale intende liberare *pro quota*, il proprio debitore dall'obbligo, con la conseguenza che l'altro creditore potrà pretendere dal debitore soltanto l'adempimento della quota dell'obbligazione di sua competenza fare una disposizione testamentaria di rinunzia al credito, che abbia come unico effetto la dismissione del diritto e non l'estinzione del rapporto obbligatorio, con la conseguenza che l'obbligazione non estinguerebbe e che l'altro creditore potrebbe chiedere al debitore l'adempimento dell'intero. Ovviamente stabilire se, in un caso come questo, il testatore abbia concretamente voluto fare vero e proprio legato di liberazione di debito, oppure una disposizione testamentaria di rinunzia al credito, è compito dell'interprete, avendo riguardo non tanto alle espressioni adoperate, ma all'as d'interessi, al concreto rapporto e al regolamento dettato dal testatore. Con l'avvertenza che l'ur l'altra disposizione sarebbero affatto diverse. Perché mentre il c.d. legato di remissione del debito deve considerarsi un legato vero e proprio, sicché è necessario che il legatario abbia la possibilità rifiutarlo, dacché lo strumento del rifiuto diventa il mezzo tecnico con il quale il debitore conserva potere di reazione, nell'ipotesi in cui abbia interesse a che l'obbligazione non si estingua, diversam la disposizione testamentaria di rinunzia al credito non dovrebbe reputarsi suscettibile di rifiuto parte del beneficiario. Non perché si tratti di un legato che sfugge alla disciplina sua propria, perché, tecnicamente, dovrebbe escludersi che detta disposizione metta capo a un vero e proprio legato.

Considerando che per stabilire chi sia onorato del legato deve aversi esclusivo riguardo al rapporto generato immediatamente e direttamente dal legato e non anche, a coloro che conseguono vant *conditionis implendae causa capiens*⁷³, in tale disposizione testamentaria difetterebbe il beneficiario debitore non conseguirebbe, infatti, un reale vantaggio, dal momento che la dismissione del credito da parte del creditore in solido non lo libera dalla sua obbligazione, ma soltanto gli impedisce di adempire per l'intero all'indirizzo di quel creditore solidale. Neppure è possibile dire che beneficiario sia l'altro creditore solidale, dal momento che il vantaggio che consegue quest'ultimo non è una conseguenza immediata e diretta della disposizione testamentaria, che ha il solo effetto di dismettere il diritto di credito, bensì un effetto mediato e riflesso della stessa.

A ben ragionare, pertanto, mentre la disposizione testamentaria di liberazione del debito è, certamente, riducibile alla categoria del legato, con la conseguenza che deve trovare applicazione quella disciplina la disposizione testamentaria di rinunzia al credito, non potrebbe tecnicamente considerarsi legato, bensì una mera disposizione testamentaria regolativa di un interesse *post mortem* del de e non riducibile, né entro lo schema dell'istituzione di erede, né entro quello del legato. Dimostra ulteriormente, che le disposizioni testamentarie non necessariamente debbono essere ridotte e

⁷³ G. BONILINI, *I legati, cit.*, p. 64; G. BONILINI, *Il legato, cit.*, p. 433.

l'una o l'altra categoria e che si possono, senz'altro, dare disposizioni testamentarie, pur regolative di interessi, anche patrimoniali, del *de cuius* e nondimeno non riducibili entro quella bipartizione segnata dall'art. 588 c.c. Sotto questo profilo, quindi, la disposizione testamentaria di rinunzia al credito merita di essere considerata una disposizione di straordinario interesse, dal momento che essa non soltanto consente di confermare la necessità che l'individuazione dell'ordinamento del caso concreto muova da una valutazione complessiva del sistema ordinamentale, senza possibilità di parcellizzare in settori, deducendo la loro incomunicabilità, o non interferenza, ma, soprattutto, dimostra quanto sia inadeguata l'idea che volesse distinguere tra disposizioni testamentarie tipiche e atipiche e, vicepiù, l'idea che il contenuto tipico del testamento si debba, di necessità, esprimere attraverso le forme dell'istituzione di erede oppure di legatario.

I legati atipici quale strumento di realizzazione di interessi non attributivi del testatore

di Carmine Romano
Notaio in Napoli

Considerazioni introduttive

Oggetto di queste riflessioni è un'analisi del ruolo che la disposizione a titolo di legato ha assunto nella realizzazione di interessi del testatore diversi dalla semplice attribuzione di proprie sostanze. Emerge prepotentemente, sullo sfondo, il tema dei possibili contenuti della scheda testamentaria e di complessivo disegno funzionale del negozio di ultima volontà.

Giova rilevare come, in materia, a far tempo dagli anni Novanta, nel comune sentire di studio e operatori pratici cambia la percezione di ciò che debba intendersi per "testamento in senso sostanziale", ribaltandosi, sul piano assiologico, i tradizionali e angusti ambiti del regolamento successorio. Dal testamento quale esclusivo strumento di attribuzione di sostanze si passa ad un più ampio riconoscimento, sul piano funzionale, del negozio di ultima volontà, in grado di comporre disciplinare interessi di varia natura per il tempo in cui l'autore del negozio avrà cessato di vivere. La disposizione a titolo di legato, per la sua versatilità, si rivela quanto mai idonea ad intercettare regolare interessi non attributivi del testatore, dando nuova attualità al regolamento successorio fonte testamentaria. Se, infatti, l'elaborazione dottrinale, a partire dagli anni Ottanta, si interroga sugli strumenti alternativi al testamento, la vivacità degli studi recenti sembra aver riscattato il diritto successorio da anni di "stagnante" individuazione di principi generali, rendendo l'analisi quasi mai stimolante nell'individuare fin dove la vicenda effettuale della disposizione testamentaria possa spingersi.

Il legato di specie quale espressione della funzione attributiva del testamento

L'interpretazione dell'impianto normativo del Codice del '42 appare, invero, fortemente orientata dalla definizione offerta dall'art. 587 c.c., a norma del quale il testamento è «atto revocabile con cui taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere di tutte le proprie sostanze o di parte di esse il successivo articolo 588 c.c. traduce il "profilo causale generico" della disposizione patrimoniale in strumenti concreti, l'istituzione di erede ed il legato. Le disposizioni appena richiamate vengono interpretate dalla dottrina tradizionale come precisa scelta legislativa in ordine ai significati e alla funzione stessa della scheda testamentaria, cui viene affidato il compito di programmare l'attribuzione di sostanze per il tempo successivo alla morte del titolare dei beni. Nell'orientamento tradizionale, pertanto, funzione attributiva del testamento e tipicità delle disposizioni attraverso cui tale funzione si realizza, rappresentano principi intimamente connessi. Difatti, l'affermazione del portata esclusivamente attributiva del testamento, costituendo l'istituzione di erede ed il legato forme attraverso cui tale attribuzione si realizza nel quadro di una successione a titolo universale o particolare, conduce alla conclusione della tipicità delle disposizioni testamentarie¹, in sdriden contrasto con l'ampia autonomia riconosciuta ai privati in ambito contrattuale. È possibile legger

¹ D. RUSSO, *La diseredazione*, Torino, 1998, p. 142.

in saggi dell'epoca, che «con le disposizioni testamentarie il *de cuius* può solo trasferire a causa di morte il suo patrimonio. Tale trasferimento può attuarsi mediante gli unici due tipi di disposizioni testamentarie previste dalla legge: istituzione di erede e legato»² e che «il concetto dell'articolo 587 c.c. implica una decisione attuale sulla sorte dei propri beni nella forma di una dichiarazione negoziale ... questa connotazione è confermata dall'articolo 588, il quale, sebbene non preveda tutti i tipi di disposizione testamentaria patrimoniale, ma soltanto le due figure normali, tuttavia ne definisce il genere nei termini del concetto di attribuzione patrimoniale»³.

La conseguenza di siffatta impostazione è il riconoscimento di una vicenda effettuale piuttosto ridotta alla disposizione testamentaria: l'attribuzione di sostanze può avvenire a titolo universale o attraverso legati di specie; essendo questa la «minima unità effettuale» del programma *mortis causa*, le altre disposizioni hanno una portata meramente accessoria e secondaria: è il caso delle disposizioni divisionali, del *modus* testamentario, ma anche di legati diversi da quello di specie che, pur previsti dal legislatore, sembrano realizzare interessi residuali, ancillari rispetto allo schema-base del programma di ultima volontà. Le disposizioni in oggetto, infatti, nell'interpretazione corrente presuppongono pur sempre la trasmissione di sostanze del *de cuius*, ed hanno perciò il più limitato compito di completare un programma negoziale *mortis causa* che trova nella attribuzione di sostanze ereditarie il suo momento saliente. Da qui, l'accessorietà e, sovente, l'accidentalità di simili disposizioni, la cui cittadinanza giuridica - nell'ambito della scheda testamentaria - presuppone, quale *præius* logico, la presenza di una istituzione di erede o di un legato.

L'approccio ricostruttivo testè delimitato ha immediate conseguenze sulla configurazione dei possibili contenuti del legato. Se, invece, nell'istituzione di erede si realizza una trasmissione di sostanze a titolo universale, il legato appare duttile strumento di attribuzione di singoli diritti: benché il legislatore del '42 riconosca e disciplini possibili contenuti obbligatori dei legati, il legato di specie sembra collocarsi a pieno titolo nella ricostruzione del testamento quale programma attributivo del testatore.

Quando al versante giurisprudenziale, in un risalente intervento in materia di diseredazione⁴, la Corte di Cassazione afferma che «il contenuto tipico del testamento è dato dalla disposizione patrimoniale positiva che, come precisa il successivo art. 588, può essere costituita esclusivamente o dalla istituzione di erede (disposizione a titolo universale) o dal legato (disposizione a titolo particolare). ... La volontà del testatore è sì libera e sovrana, ma essa può essere espressa solo attraverso il testamento, attraverso cioè quello strumento tecnico e tipico anche quanto al contenuto, nel senso che il testatore può provvedere sì liberamente alle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di esistere, ma attraverso lo strumento della disposizione patrimoniale positiva, la istituzione di erede o il legato»⁵.

² A. PINO, *L'esclusione testamentaria dalla successione legittima*, Roma, 1955, p. 24 e ss.

³ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, Milano, 1969, p. 23. Cfr. anche E. BRUNORI, «Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato», in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 472, ove si legge che contro l'autonomia strutturale del modo depono «l'impossibilità, direi istituzionale, di creare un *tertium genus*, oltre le due, che poi sono le uniche, varietà di disposizioni testamentarie (l'istituzione, appunto, di erede ed il legato). L'art. 588 c.c., seguendo una ininterrotta tradizione, recepisce tale *sancta divisio* con termini che, a mio sommo avviso, non ammettono dubbi o perplessità».

⁴ Cass. 20 giugno 1967, n. 1458, in *Giur. civ.*, 1967, I, 2032; in *Fov. it.*, 1968, I, c. 574; in *Fov. pad.*, 1967, I, c. 943.

⁵ Nella pronunzia in commento, i giudici di legittimità definiscono «inattuabili» gli esempi, di matrice codicistica,

La possibilità che il testatore preveda nella scheda testamentaria disposizioni di altro tipo (quali le disposizioni in materia di divisione, la riabilitazione dell'indegno, la disposizione modale o i principi in forza dei quali ripetere le passività) non mette in crisi gli assunti testè formulati.

Invero, un decisivo contributo alla tesi della funzione esclusivamente attributiva del testamento viene storicamente offerto dalla particolare configurazione dei rapporti tra successione legittima e successione testamentaria, essendosi diffuso, negli ambienti dottrinali citati in precedenza, il convincimento in ordine alla preminenza della vocazione intestata su quella testamentaria⁶. In particolare, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del '42 si rinviene il fondamento della successione legittima nei doveri morali e sociali dell'individuo nei confronti della propria famiglia. Ne consegue che, sul piano dei valori, la *vocatio ab intestato* ha preminenza rispetto alla disposizione testamentaria, e ciò in quanto superiore interesse alla tutela della famiglia deve essere ascritto un ruolo prioritario rispetto alla tutela della volontà del testatore. L'art. 457 comma 2 c.c., a norma del quale «non si fa luogo alla successione legittima se non quando manchi, in tutto o in parte, quella testamentaria» viene interpretato nel senso che la *vocatio ex lege*, istituzionalmente volta al perseguimento di un fine di interesse di rilevanza generale, sia la regola, mentre il testamento - a fondamento del quale militavano istanze strettamente individuali - costituisca l'eccezione alla regolamentazione legislativa del fenomeno successorio⁷, i cui ambiti sono di conseguenza rigorosamente predefiniti.

In questo contesto storico - giuridico si assiste al diffondersi di un vero e proprio «pregiudizio antitestamentario»⁸ che conduce al progressivo abbandono del principio del *favor testamenti*, imponendo una interpretazione quanto mai restrittiva della scheda testamentaria, sì da ridurre le possibilità di applicazione delle regole legali⁹.

Intuibili sono le ripercussioni sulla tematica dei possibili contenuti della scheda testamentaria: Affermare la prevalenza, sul piano dei valori normativi, della *vocatio ex lege* significa riconoscere: *de cuius* un'unica possibilità per derogare e «vincere» la regolamentazione legale del fenomeno successorio: attribuire in diverso modo le sostanze ereditarie.

Il profilo funzionale della disposizione testamentaria appare, dunque, fortemente ridimensionato. I ricostruzioni della causa testamentaria in termini puramente attributivi costituiscono scelta «ideologica che orienta fortemente la prospettiva di analisi di numerosi istituti di fonte testamentaria, come un "ente" che deforma la percezione dell'intero sistema successorio.

riduzione (articolo 558 comma 2 c.c.), ovvero dalla norma che attribuisce al testatore la possibilità di accollare ad uno o più eredi debiti in proporzione maggiore della propria quota (art. 752 c.c.), o dalla dispensa testamentaria da collazione (prevista dall'art. 737 c.c.): «basta leggere le singole norme per vedere come, in tutti questi casi, si è in presenza di disposizioni accessorie e contenute in modalità di esecuzione della disposizione principale attributiva».

⁶ Si pensi, in particolare, a A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1943, p. 144 e ss.; P. RESCIGNO, *L'interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 148 e ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1944, p. 49 e ss.; F. SANTORO PASSARELLI, «Vocazione legale e vocazione testamentaria», in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 197.

⁷ Coerentemente a tali premesse, si riteneva altresì di dover riconoscere alle norme sulla successione legittima carattere dispositivo e non meramente suppletivo.

⁸ Così, testualmente, M. BIN, *La diseredazione*, Contributo allo

studio del contenuto del testamento, Torino, 1966, p. 75.

⁹ L'asserita preminenza della *vocatio ex lege* sulla testamentaria ha condotto ad una particolare interpretazione di numerose norme di diritto positivo. Così si ritiene, sulla base della particolare interpretazione del art. 457 comma 2, che al testamento non sia applicabile il principio di conservazione del negozio giuridico, post dall'art. 1367 c.c. in materia di contratti; che, in caso di istituzione testamentaria di tutti i successibili *ex lege* nel medesimo quote previste per la successione legittima: si apra per tutti la successione legittima e non quella testamentaria poiché la prima assorbe la seconda. In tutto senso si sono espressi diversi Autori le cui posizioni vanno ascritte all'orientamento dottrinale illustrato nel testo, tra i quali, R. NICOLO', *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, p. 32; F. SANTORO-PASSARELLI, *La successione per causa di morte*, vol. I, *Parte generale*, Napoli, 1977, p. 63.

Il testamento quale negozio "causalmente complesso": le nuove ricostruzioni del profilo causale

Con il passare degli anni si assiste, tuttavia, ad un progressivo mutamento delle tesi sul rapporto di valore tra i due modelli di vocazione e ad una diversa interpretazione dell' art. 457 c.c. In particolare, l'assunto, per il quale la successione legittima troverebbe il proprio fondamento in superiori ragioni sociali di tutela dell'organismo familiare, viene smentito sia dalla considerazione dei valori costituzionali sia da una interpretazione sistematica del libro II c.c.

In primo luogo, si nota come la tesi in parola tragga origine da una inesatta valutazione dell'istituto della famiglia. Se davvero la successione legittima avesse fondamento nell'esigenza di tutela di questa, quale istituto di rilevanza sociale, sarebbe intuitivo concludere che il legislatore, nel prevedere le diverse classi di successibili *ab intestato*, abbia dato rilevanza ad una nozione estremamente ampia di famiglia, tale da comprendere addirittura i parenti di sesto grado.

Tale dato, tuttavia, si pone in stridente contrasto con la disposizione dell'art. 29 della Costituzione, che configura la famiglia quale "società naturale fondata sul matrimonio", il che rafforza il convincimento secondo cui, al di fuori di questo ristretto ambito, parlare di istituto di importanza sociale non è corretto, né sociologicamente né giuridicamente. Sovente, i successibili *ex lege*, per lontananza di parentela, sono addirittura sconosciuti al *de cuius*, e comunque non condividono con lui alcun legame di solidarietà.

Alla considerazione che precede va aggiunto un ulteriore motivo di perplessità, tratto dall'analisi del sistema successorio delineato dal legislatore. Invero, è nelle norme sulla tutela dei legittimari che l'interesse successorio dei membri della famiglia (nell'accezione ristretta di cui si è detto) assurge a principio di ordine pubblico, limitando perciò il potere dispositivo del *de cuius*¹⁰. Nel sistema legislativo, dunque, la tutela dei più stretti congiunti è realizzata non già attraverso le norme sulla successione *ab intestato*, bensì "riservando" loro una frazione del patrimonio relitto.

La inattuabilità dell'opinione testè espressa, in ordine al fondamento della vocazione legittima ed ai rapporti tra la stessa e la vocazione testamentaria, è dimostrata da un'ulteriore considerazione. Se la *ratio* delle disposizioni dettate dagli artt. 565 e ss. c.c. fosse quella prospettata dalla richiamata dottrina, risulterebbe davvero difficile conciliare tale assunto con la libertà riconosciuta al *de cuius* di indirizzare in altro modo la vocazione, ossia la "chiamata" ereditaria, grauficando soggetti estranei al nucleo familiare. La derogabilità delle disposizioni in materia di vocazione intestata depone, pertanto, contro la tradizionale ricostruzione dei valori sottesi ad essa.

In forza dei rilievi svolti, la dottrina ritiene di dover ravvisare il fondamento della successione legittima nella necessità sociale che, alla morte di una persona, una successione vi sia, evitando che le sostanze ereditarie divengano *res derelictae*. Il legislatore individuò i successibili *ex lege* nei parenti del *de cuius* facendo riferimento al normale mondo degli affetti di quest'ultimo, sulla base di una valutazione tipica improntata ad un giudizio di normalità, derivante dalla considerazione dell' *ad quod plerumque accidunt*, ossia di quali successibili siano solitamente chiamati¹¹.

¹⁰ Ad essere precisi, anche in tal caso non è corretto ravvisare la *ratio* delle norme dettate dal legislatore nella tutela della famiglia quale istituto di rilevanza sociale:

¹¹ In tal senso, D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, p. 1101 e 1102; M. BIN, *op. cit.*, p. 118; L. CARRARO, *La vocazione legale alla successione*, Padova, 1979, p. 12 e ss.; D. RUSSO, *op. cit.*, p. 40 e ss. G. AZZARITI, *Successioni e donazioni*, Napoli, 1990, p. 335 e ss., sottolinea che «il fondamento razionale della successione legittima va ravvisato nel bisogno di supplire alla mancata o incompleta volontà del *de cuius*» e che «né la tesi dell'esistenza di un dovere etico, che il *de cuius*

I legati atipici quale strumento di realizzazione di interessi non attribuiti del testatore

Superato l'assunto del fondamento pubblicistico-familiare dalla vocazione intestata, è stato agevole abbandonare altresì il "dogma" della prevalenza della stessa sulla vocazione testamentaria, e dunque della tassativa predeterminazione dei margini di operatività dell'autonomia del testatore.

La rimediazione dei rapporti tra le forme di vocazione, privando la disposizione testamentaria del carattere di eccezionalità, stimola l'analisi verso un approfondimento della tematica della funzione del testamento e dei suoi possibili contenuti, riconsiderando la valenza della stessa norma definitoria dell'articolo 587 c.c., per il quale il testamento è atto con cui taluno "dispone" delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

Invero, proprio un'interpretazione letterale di tale ultima norma - quale quella offerta dall'orientamento tradizionale - genera numerose perplessità. Se, infatti, per disposizione patrimoniale deve intendersi la produzione, a favore di un soggetto, di un vantaggio suscettibile di valutazione economica (consistente nell'acquisto di un diritto, nella liberazione da un obbligo, nella rimozione di un limite, etc.)¹², con l'ulteriore precisazione che detto vantaggio debba essere riconducibile in via diretta, e non mediata all'atto di autonomia, ebbene tale risultato non viene necessariamente raggiunto nell'*hereditas institutio* nel legato, ossia nelle due disposizioni cui, secondo la richiamata dottrina, il legislatore ha tipicamente assegnato il ruolo di realizzare le attribuzioni testamentarie. Si pensi, quali esempi paradigmatici, a caso di *damosa hereditas* ovvero all'ipotesi di legato gravato da un peso (avente natura di sublegato onere) che ne assorba completamente il valore. In tali fattispecie, è difficile ravvisare un vantaggio patrimoniale diretto in capo all'erede o al legatario, pur non potendosi negare validità a disposizioni di tale genere. Ne consegue, allora, che quella tradizionale costituisce interpretazione formalistica del dato normativo, volta ad attribuire al termine "disporre" un significato tecnico-giuridico che esse invero, non può avere.

La stessa norma dell'articolo 588 c.c., che per lunghi anni ha costituito referente di centrale importanza nell'argomentare della dottrina tradizionale, si rivela in realtà priva di valore vincolante, inidonea a definire e cogliere la complessità di un fenomeno, quale quello testamentario, che invero trova oggi una delle manifestazioni più diffuse nei legati obbligatori, tecnicamente non sussumibili nella *summa divisio* disposta dalla norma stessa¹³.

Proseguendo nell'analisi di ordine critico, le teorie tradizionali destano perplessità anche per la sbrigativa quanto semplicistica qualificazione in termini di accessoria - rispetto a negozii c' trasmissione delle sostanze del *de cuius* - di particolari disposizioni che il legislatore ammette siano contenute nella scheda testamentaria.

Il riferimento va a numerose disposizioni previste nel sistema successorio: si pensi alle disposizioni con valenza divisionale, alla dispensa da collazione e imputazione, all'esclusione dell'operare dell' rappresentazione fino a giungere alle regole dettate dal testatore per la ripartizione di passività.

L'errore in cui cade la teoria "tradizionale", con riferimento a tali disposizioni, è quello di ritenere che esse trovino il proprio *primo* logico nell'esistenza di attribuzioni testamentarie, sì che le stesse collocino necessariamente *a latere* rispetto alle attribuzioni medesime. Al contrario, tali disposizioni testimoniano, in modo inequivocabile, come già nell'impianto normativo del '42 venivano riconosciuti

avrebbe, di provvedere anche dopo la sua morte al bisogno dei propri congiunti né la tesi della tutela della famiglia come istituto di interesse sociale sono di per sé sufficienti a spiegare il fondamento razionale della successione *ab intestato*.

¹² Al riguardo, si fa rinvio alle pagine di R. NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 283 e ss.

¹³ G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, II ed., Milano, 1980, p. 203: «l'articolo 588, per quel che ci riguarda, non ha funzione normativa, e quindi, sul piano

sistematico, non è impegnativo per l'interprete, dato che dalle altre norme del codice civile deriva chiaramente che istituzione di erede e legato non esauriscono il contenuto aggettivo del testamento».

A riprova di ciò, l'Autore nota come «l'articolo 588 c.c. considerato in stretta relazione con il precedente articolo 587 c.c., è incompleto per quanto concerne le previsioni del legato obbligatorio, in quanto nello stesso articolo si considera legatario esclusivamente il beneficiario di un disposizione testamentaria avente per oggetto sostanze cioè beni del testatore».

al testatore penetranti poteri di disciplina dei propri interessi per il tempo successivo alla morte, al di là della dicotomia «attribuzione a titolo universale - a titolo particolare». Esse testimoniano la complessità e ricchezza funzionale del regolamento di fonte testamentaria, nell'ambito del quale la patrimonialità della disposizione non può ridursi ad una decisione circa la titolarità dei beni. Il testamento in senso "sostanziale" è, dunque, negozio di ampio respiro, la cui "causa generica" è quella di consentire in vario modo al testatore di regolare i propri interessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere, «categoria giuridica nell'ambito della quale è possibile attuare regolamenti di interessi in materia patrimoniale essenzialmente diversi l'uno dall'altro, dotati d'autonomia e specifica disciplina e produttivi ciascuno di effetti peculiari»¹⁴. Riconducibile a tale nozione è qualsivoglia disciplina di interessi patrimoniali contenuta in un atto di ultima volontà. La trasmissione dei diritti è, allora, soltanto un tassello di un mosaico ben più ampio ed eterogeneo.

I nuovi ambiti dell'autonomia testamentaria: i legati atipici quale strumento di realizzazione di interessi non attributivi del testatore

Giunti a questo punto dell'analisi, è interessante verificare in cosa si traduca il rinnovato, e ampio riconoscimento dell'autonomia testamentaria nella concreta predisposizione dei programmi successori. La principale conseguenza delle rinnovate impostazioni è un deciso ampliamento dei possibili contenuti dei programmi negoziali di fonte testamentaria, permettendo di investire interessi un tempo ritenuti estranei al regolamento di fonte testamentaria. La versatilità dei legati appare in grado di dare disciplina ad interessi del testatore in settori quanto mai innovativi; nelle pagine che seguono si tenterà di individuare talune delle più significative linee evolutive dei contenuti testamentari.

a) I legati ed i rapporti contrattuali

Viene in rilievo, in primo luogo, il crescente utilizzo della disposizione testamentaria quale fonte di rapporti obbligatori tra coeredi o legatari in ambiti profondamente diversi da quelli riconosciuti in passato, come nel caso di disposizioni costitutive di obblighi di fare o non fare¹⁵. Al riguardo, merita particolare attenzione il ruolo che la disposizione testamentaria ha assunto nella genesi di rapporti contrattuali. Difatti, tra gli obblighi che possono sorgere in capo all'onerato in forza di una disposizione a titolo di legato rientrano gli obblighi di "facere negoziale", ossia di porre in essere un negozio determinato: in argomento, si parla anche di legati "di comportamento negoziale". Ciò chiarito, è possibile operare un'ulteriore distinzione, tra le ipotesi in cui il "facere negoziale" consiste nel compimento di un negozio unilaterale, e quelle in cui esso si concretizza in un'attività bilaterale. Nel primo caso, ai fini dell'adempimento del legato obbligatorio non necessita la cooperazione del legatario: si pensi all'ipotesi in cui il legato faccia obbligo all'onerato di ratificare un contratto concluso da *falsus procurator*, ovvero di porre in essere un riconoscimento di debito, di rinunziare ad un diritto, etc. Laddove, invece, si imponga all'onerato di stipulare un contratto con il legatario, si realizza una attività negoziale bilaterale, e si parla comunemente di legato di contratto.

Come sovente accade in materia di legati, sia tipici che atipici, la definizione comunemente data in dottrina ha una portata meramente descrittiva: oggetto del legato non è, infatti, il contratto, né la

¹⁴ M. NARDOZZA, «I decedenti e nuove sul *modus* fare concorrenza o il legato avente ad oggetto l'obbligo testamentario», in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1706.

¹⁵ Tra le obbligazioni di "non fare", possono essere proposti i casi di legato avente ad oggetto l'obbligo di non

posizione contrattuale (la disposizione della quale integra una diversa fattispecie). L'attribuzione sorgere, invece, in capo al legatario il diritto di credito a stipulare un futuro contratto con l'onerato trattasi, pertanto, di legato atipico ad efficacia obbligatoria¹⁶.

La vicenda effettuale della disposizione testamentaria fa emergere un legame di profondo interesse tra la volontà del testatore e la futura attività negoziale. Sul piano funzionale, immediate appaiono affinità tra il legato di contratto ed il contratto preliminare unilaterale: in entrambi i casi, infatti, so un obbligo di contrarre in capo ad un soggetto. Attraverso la disposizione testamentaria, è off al testatore la possibilità di delimitare, in maniera più o meno incisiva, il contenuto del regolamento negoziale che onerato e legatario andranno a concludere. Si faccia il caso di legato di contratto di compravendita: il testatore può limitarsi a fare obbligo all'onerato di vendere un determinato ceptate al legatario, ma potrà altresì prevedere che la vendita avvenga ad un prezzo previsto in scheda testamentaria, o a valore di mercato, o ancora per un corrispettivo determinato da un te arbitratore; potrà prevedere, ancora, determinati termini di pagamento o di consegna del bene. I consente di affermare che, nella scheda testamentaria, il testatore può non soltanto sancire l'obbligo dell'onerato di contrarre, ma altresì individuare taluni punti salienti del futuro regolamento negoziale contrattuale¹⁷, con una crescente incidenza del voluto testamentario nel delineare l'assetto finale interessi conseguente alla stipula del contratto.

L'analogia con la contrattazione preliminare si estende anche alla fase patologica dell'inadempimento dell'obbligo a contrarre: in applicazione del principio di cui all'art. 2932 c.c., ove l'onerato rifiuta stipulazione del contratto, il legatario potrà rivolgersi all'autorità giudiziaria domandando una sententia costitutiva che tenga luogo del contratto non concluso. Altro rimedio sarà quello del risarcimento danno, disciplinato dai principi generali.

Ma il legame tra disposizione a titolo particolare e contratto si traduce altresì nella possibilità di legato divenga strumento di trasmissione di rapporti contrattuali in corso, che per loro natura non estinguono alla morte del contraente. Si parla, in questo caso, di legato di posizione contrattuale disposizione testamentaria ha ad oggetto il complesso di rapporti giuridici di cui è investito il testatore in quanto parte di un contratto, e dunque diritti ed obblighi derivanti da un regolamento negoziale stipulato dal *de civitas*.

In via preliminare, giova rilevare le differenze fisionomiche tra la fattispecie appena esposta e quella del legato di contratto. In quest'ultima ipotesi, infatti, il testatore fa obbligo all'onerato di concludere un futuro contratto con il legatario: la disposizione testamentaria, pertanto, precede logicamente cronologicamente la conclusione del contratto.

Al contrario, nel caso di legato di posizione contrattuale, un contratto è già stato stipulato al momento della redazione della scheda testamentaria; da esso discende un, complesso di obblighi e diritti di cui il testatore intende disporre.

In assenza di riferimenti normativi, la dottrina¹⁸ in passato ha ritenuto di negare legittimità ad una simile fattispecie sottolineando come oggetto del legato possano essere esclusivamente beni o diritti non un rapporto contrattuale complessivamente inteso. Un simile risultato potrebbe essere raggiunto solo scomponendo i termini della fattispecie, che andrà ricostruita quale legato modale: oggetto di disposizione potranno essere le sole posizioni giuridiche attive (diritti e crediti) scaturiti dal contratto

¹⁶ G. BONILINI, *I legati*, in *Comm. cod. civ.*, fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, 2001, p. 127: «Il legato di contratto comporta che l'onerato concluda con il beneficiario l'accordo contrattuale diviso nella scheda. L'onerato, in altri termini, vanta verso il soggetto gravato, un credito, di cui l'ordinamento assicura l'esecuzione».

Cfr. F. BALDISSARA, «Il legato di contratto», in *not.*, 2007 p. 418.

¹⁷ Sia consentito rinviare a C. ROMANO, *I legati Diritto delle successioni*, a cura di R. Calvo e G. Perling volume II, p. 1098.

¹⁸ F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano 1990, p. 115 e ss.

con la previsione dell'onere di adempiere agli obblighi che trovano titolo nel contratto stesso. A supporto di una simile conclusione, siffatta dottrina adduce una serie di criticità che il legato di posizione contrattuale presenterebbe nell'applicazione di norme centrali nel microsistema successorio. Il riferimento va, in primo luogo, all'art. 671 c.c., che, nel porre il principio della responsabilità *intra vires* del legatario, dispone che questi «è tenuto all'adempimento del legato e di ogni altro onere a lui imposto entro i limiti del valore della cosa legata». Laddove oggetto della disposizione fosse un rapporto contrattuale, il valore dello stesso sarebbe di difficile determinazione, il che farebbe venir meno il parametro di riferimento della norma in commento.

Vengono, altresì, richiamati i possibili esiti di un vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, a seguito della quale il terzo contraente, che ha già subito il subingresso nel rapporto nel legatario, vedrebbe la modifica (*opae iudicis*) della controparte contrattuale senza poter manifestare alcuna volontà al riguardo.

Gli argomenti innanzi indicati non sono ritenuti decisivi da altra, preferibile, dottrina¹⁹, la quale riconosce invece cittadinanza giuridica all'istituto in oggetto, ritenendo di poter superare le obiezioni appena esposte. Si sottolinea, in primo luogo, come tutto ciò che può formare oggetto di contratto può, altresì, formare oggetto di legato: dal regolamento negoziale sorgono, in capo alle parti, diritti ed obblighi che, complessivamente considerati, ben possono formare oggetto di disposizione testamentaria. Del resto, pur in mancanza di una norma definitoria, il legislatore offre una "traccia" della possibilità che il rapporto contrattuale complessivamente inteso divenga oggetto di trasmissione *mortis causa*: in materia di locazione (art. 6 e 37 L. n. 392 del 1978) è prevista, infatti, una successione per legge nel rapporto contrattuale a seguito del decesso di uno dei contraenti. Né in senso contrario depone l'asserita inapplicabilità, alla fattispecie in oggetto, dei principi vigenti in materia successoria. Viene in considerazione, al riguardo, il principio della responsabilità *intra vires* del legatario. Ebbene, il valore della *res legata* (parametro di riferimento del principio in oggetto) va quantificato considerando che l'onorato è destinatario di una posizione giuridica unitaria e complessa, rappresentata da un fascio di diritti ed obblighi non scomponibili: il valore complessivo di tale posizione giuridica costituisce il limite entro il quale sussiste la responsabilità del legatario.

Inoltre, a parere di chi scrive, non appare decisivo l'argomento per il quale, laddove le passività contrattuali eccedessero le attività derivanti dal contratto stesso, il legatario sarebbe esposto ad un lascio dannoso, senza essere tutelato dal limite della responsabilità *intra vires*.

L'argomento, invero, si basa su un equivoco di fondo, che consiste nel ritenere che di siffatte passività il legatario risponda *iure successiois*: al contrario, ottenuta una attribuzione a titolo di legato, l'onorario risponde dei debiti contrattuali quale parte contrattuale²⁰. Appare, allora, opportuno precisare sul piano logico-giuridico i termini effettuali della fattispecie: a) la disposizione testamentaria fa conseguire al legatario una posizione giuridica complessa, formata da rapporti attivi e passivi: il valore del lascio corrisponde a tale complesso di rapporti; b) una volta conseguito il legato, e dunque "acquisita" la posizione contrattuale, il legatario risponde delle passività non *iure successiois*, ma quale parte del rapporto contrattuale, in cui è subentrato; c) pertanto, non viene in considerazione, non nella disposizione testamentaria, di cui formano oggetto; d) altri oneri imposti al legatario: l'adempimento concernente debiti contrattuali, in cui il legatario subentra per effetto dell'acquisizione di una posizione giuridica complessa non più scomponibile in posizioni attive e passive.

Quanto a possibili esiti patologici della vicenda, successoria, quale il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione da parte di un legittimario lesso o preterito, può farsi applicazione del principio posto

I legati atipici quale strumento di realizzazione di interessi non attribuiti del testator

dall'art. 560, comma 2, c.c., in tema di non comoda separabilità della *res legata*: facendo applicazione di tale disposizione, anche a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione il legatario potrebbe ritenere il rapporto contrattuale oggetto della disposizione, corrispondendo al legittimario l'equivalente in denaro.

b) i legati quale strumento di definizione di rapporti obbligatori

Proseguendo nell'analisi, appaiono di profondo interesse, anche per le numerose applicazioni pratiche le ipotesi di incidenza di disposizioni testamentarie su rapporti obbligatori in corso al momento dell'apertura della successione. Al riguardo il legislatore, con le disposizioni degli articoli 658 e 659 c.c., propone un modello operativo costante: il rapporto debito/credito è termine di riferimento esterno rispetto alla disposizione testamentaria, chiamata ad incidere in vario modo sulla vicenda obbligatoria, liberando il debitore dalla propria obbligazione, dando luogo ad una vicenda circolatore *mortis causa* del credito, consentendo al testatore/debitore di effettuare disposizioni *volentis causa* beneficio del proprio creditore.

In particolare, nell'ipotesi contemplata dall'art. 659 c.c., la disposizione testamentaria va a premiare colui il quale vanti un credito verso il testatore: l'interpretazione del voluto testamentario dovrà chiarire se la disposizione sia effettuata a scopo di adempimento o si risolva in una liberalità ulteriore che non estingue il rapporto obbligatorio in essere. Si parla, nel primo caso, di "legato di debito", e l'espressione ancora una volta descrittiva, giacché oggetto della prestazione dovuta dal debitore, debito, ma la somma (o il bene) che formava oggetto della prestazione non è, né potrebbe essere, Ebbene, partendo dalla fattispecie individuata dal legislatore, la dottrina ha analizzato la possibili che il testatore estingua il proprio debito attraverso un percorso diverso e più articolato.

Viene in considerazione, in primo luogo, l'ipotesi di "offerta", attraverso la disposizione testamentaria di una prestazione diversa dall'adempimento: la fattispecie richiama, sul piano effettuale, l'istituto della *datio in solutum* di cui all'art. 1197 c.c. Invero, se dal dato funzionale si passa a quello fisiologico e strutturale, l'assimilazione tra le due figure impone di valutare la necessità del consenso del credito ai fini dell'estinzione dell'obbligazione per il tramite di una prestazione diversa da quanto dovuto. I dato in solutum integra un contratto tra debitore e creditore, assurgendo il consenso di quest'ultimo a elemento costitutivo della fattispecie²¹. Ciò sembrerebbe stridere con l'ambientazione testamentaria della vicenda solutoria. Tuttavia, *re melius perpensa*, la contrattualità della dazione in pagamento è da strutturale che discende da un preciso connotato funzionale della fattispecie: il mutamento dell'oggetto della prestazione è idoneo ad estinguere l'originaria obbligazione solo se su esso converge il vole della parte creditrice. Ecco perché, per realizzare la propria causa, la *datio in solutum* esige lo scambio di consensi tra i protagonisti del rapporto obbligatorio.

Ebbene, l'aver collocato sul piano funzionale la giustificazione della necessaria bilateralità dell'istituto in oggetto consente di ritenere che essa possa sussistere anche allorché siffatta funzione s'perseguita in forme diverse da quella tipica di cui all'articolo 1179 c.c., come nel caso in cui dichiarazione di volontà del debitore sia affidata alla scheda testamentaria. Lo scambio dei consensi nell'ipotesi in oggetto, avverrà secondo le logiche del diritto successorio: la disposizione testamentaria "offre" al creditore la possibilità di definire la vicenda obbligatoria attraverso il conseguimento una prestazione diversa da quella dovuta dal testatore debitore, integrando un legato *volentis causa* conseguendo detto legato, il creditore manifesta il proprio consenso a detto programma estintivo.

²¹ Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano 1999, p. 431 e ss.; C. GRASSETTI, *Datio in solutum (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1970, p.

174 e ss.; S. RODOTÀ, *Dazione in pagamento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 734 e ss.

¹⁹ F. GRADASSI, «Clauseole testamentarie in tema di legato di posizione contrattuale», in *Notariato*, 1999, p. 43; sul punto cfr. anche l'analisi di C.M. BIANCA, *Diritto*

civile, 2, p. 608.

²⁰ Sia consentito rinviare, sul punto, a C. ROMANO, *legati*, cit., p. 1241.

Considerazioni non dissimili possono essere effettuate per programmi testamentari di natura novativa. In questo caso, intenzione del testatore (titolare della posizione soggettiva passiva) è quella di estinguere il precedente rapporto obbligatorio non già attraverso una prestazione che soddisfi (in maniera diretta o indiretta) il creditore, ma facendo sorgere, in sostituzione della precedente, una nuova obbligazione²². Il legato al creditore, in questo caso, ha causa estintiva, ma non satisfattiva: oggetto della disposizione testamentaria potrà essere la costituzione di una nuova obbligazione in sostituzione della precedente, ovvero la modifica dei termini sostanziali dell'originaria obbligazione, che così si estingue e viene sostituita da nuovo rapporto obbligatorio. Sul piano strutturale, trattasi di legato a favore del creditore, fatto con menzione del debito, con effetto estintivo, benché non satisfattivo (es. *ad estinzione del debito su di me gravante nei confronti di Tizio, lego a quest'ultimo, ex art. 659 c.c., il diritto a pretendere dai miei eredi la prestazione consistente nella somma di euro 100.000,00, così novando l'obbligazione originaria*). Così come in materia di dazione in pagamento, il risultato novativo viene realizzato attraverso l'incontro delle volontà di debitore e creditore che non si saldano nella struttura contrattuale delineata dall'art. 1230 c.c., ma si esprimono nel rispetto dei principi del diritto successorio. Attraverso detto percorso ricostruttivo, il legato diventa strumento quanto mai duttile di disciplina di rapporti obbligatori in essere al momento della apertura della successione, tanto che la dottrina ne ammette l'applicazione anche a fenomeni compensativi di rapporti obbligatori reciproci o a vicende estintive che trovino titolo nella cosiddetta confusione di posizioni giuridiche attive e passive.

c) La funzione sanzionatoria attuata tramite legati

All'ampliamento dei possibili contenuti di carattere obbligatorio della scheda testamentaria fa riscontro il sempre più deciso ricorso a strumenti, di fonte negoziale, finalizzati a garantire la realizzazione degli assetti così predisposti. Il riferimento va alle cosiddette "sanzioni di fonte testamentaria", anche definite disposizioni testamentarie "a titolo di pena", termine questo con il quale si intendono quelle disposizioni con le quali il testatore - una volta dettati obblighi o imposti divieti nell'ambito del proprio programma successorio - esercita una coazione psicologica sull'erede o sul legatario, al fine di indurre l'onorario al rispetto della sua volontà²³. Il legislatore, invero, offre una traccia di simili disposizioni nell'ultimo comma dell'art. 648 c.c., in materia di disposizione modale, ove si ammette la risoluzione giudiziale dell'attribuzione per inadempimento dell'onere nel caso in cui la risoluzione sia stata prevista dal testatore.

Trattasi di disposizioni che accedono ad una volontà testamentaria principale, rafforzando gli obblighi o i divieti imposti dal testatore, configurandosi quale strumento di pressione sull'onorario per indurlo al rispetto della volontà del *de cuius* consegnata alla scheda testamentaria. La disposizione prospetta uno svantaggio patrimoniale che funge da pena per l'onorario qualora non osservi l'obbligo imposto: la perdita totale o parziale dell'attribuzione nel caso di decadenza o riduzione del lascito, l'obbligo di compiere una determinata prestazione, in genere pecuniaria, nell'ipotesi di penale testamentaria.

²² Sul punto, N. DI MAURO, *op. cit.*, p. 822; P. PERLINGHERI, *Da modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja Branca*, 1975, p. 193 e ss., a carattere sanzionatorio (o *poenae nomine*) diretta ad esercitare una pressione psicologica sul beneficiario al fine di indurlo a compiere, se vuole conseguire il beneficio, quanto richiesto dal testatore, ha lo stesso trattamento delle disposizioni condizionale, soggetta all'unico limite incidente sulla loro volontà di non essere impossibili o illecite.

²³ In argomento, M. ANDREOLI, «Le disposizioni testamentarie a titolo di pena», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 331 e ss.; V. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano 1988, p. 3 e ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 93. In giurisprudenza, Cass. 18

Pur nella loro eterogeneità, le disposizioni appena richiamate sono accomunate dal dato della duplice funzione: coercitiva, quale induzione all'adempimento, agendo in via preventiva sull'onorario quod simulo psicologico ad osservare la volontà principale del *de cuius*, prospettando le conseguenze dell'inadempimento; repressiva e sanzionatoria, nell'ipotesi di mancata osservanza degli obblighi o divieti imposti dal testatore. Al riguardo, giova sottolineare come la funzione affittiva di legato non si accompagni ad una funzione satisfattoria. Il testatore non mira, infatti, alla reintegrazione proprio patrimonio, giacché simili disposizioni sono per definizione destinate ad operare a far tem dall'apertura della successione. Due, allora, sono i possibili scenari che, sul piano effettuale, conseguono al volere testamentario, entrambi nel senso di un arricchimento del programma successorio: nel caso di decadenza o di riduzione, esse pongono l'esigenza di prevedere una diversa allocazione delle sostanze ereditarie residue dalla perdita totale o parziale del lascito da parte del soggetto inadempiente; nel caso di penale testamentaria, determinano il diritto ad una prestazione pecuniaria a beneficio di un soggetto determinato, secondo lo schema tipico dei legati. La collocazione di tale clausole in ambito testamentario pone il delicato tema della predisposizione congiunta della sanzione che richiama il più ampio argomento delle pene private.

In particolare, essendo il programma testamentario per definizione frutto di una volontà unilaterale taluni ambienti dottrinali è stato sottolineato come l'onorario subirebbe la sanzione, non partecipando alla creazione di essa, facendo difetto pertanto il carattere di bilateralità e reciprocità. Dinanzi a tali rilevanti obiezioni, la dottrina più moderna ha tuttavia sottolineato come l'onorario, accettando comunque non rifiutando il beneficio in suo favore, esprime un consenso ad un programma negoziato di cui la sanzione è parte integrante; inoltre, benché non ci sia predisposizione congiunta della misi affittiva, il soggetto obbligato è messo in condizione di conoscere in via preventiva, con certezza le conseguenze della sua condotta inadempiente, avendo contezza di tutti i possibili esiti delle disposizioni testamentarie. Attraverso queste argomentazioni (esposte in estrema sintesi in considerazione degli scopi dell'analisi), piena legittimità viene riconosciuta alle sanzioni di fonte testamentaria.

d) I cosiddetti "legati rinunziativi"

Con l'espressione "legati rinunziativi" si fa riferimento ai legati aventi ad oggetto la rinunzia ad un diritto²⁴. La disposizione testamentaria costituisce, in questo modo, veicolo (come si vedrà, indiretto), di trasmissione di un diritto, apparendo pertanto esattamente specularmente allo schema tipo attributivo del legato di specie.

Il testatore può fare obbligo all'onorario di rinunziare ad un diritto facente parte dell'asse ereditario ovvero ad un diritto proprio: in entrambi i casi, dalla rinunzia deve conseguire un vantaggio patrimoniale diretto per altro soggetto, l'onorario, affinché la fattispecie possa essere ascritta all'arca dei legati.

Diversi, invero, sono gli esempi formulati in dottrina. Si faccia il caso che la disposizione testamentaria faccia obbligo all'onorario di rinunziare ad una servitù precedentemente costituita a favore di un proprio fondo, con conseguente vantaggio per il titolare del fondo dominante.

Altra ipotesi è quella in cui la rinunzia abbia ad oggetto un diritto di prelazione o di opzione, nonché un termine, favorevole per l'onorario, apposto ad una obbligazione. È, altresì, configurabile un legato con il quale il testatore faccia obbligo all'onorario di ottenere da un soggetto terzo, titolare di un diritto che il testatore intende estinguere, la rinunzia al diritto stesso: la fattispecie è astrattamente configurabile, e sarà valida al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 651 c.c. Sul piano effettuale

²⁴ G. BONILLINI, *Autonomia testamentaria e legato*, Milano, 1990, p. 110.

tutti i casi innanzi richiamati sono riconducibili entro l'area dei legati obbligatori di comportamento negoziale, che impongono all'ontrato il compimento di un negozio unilaterale. Occorre tuttavia domandarsi se sia consentito al testatore porre in essere una disposizione rinunziativa con efficacia immediata al tempo dell'apertura della successione: si faccia il caso in cui Tizio, proprietario del fondo Tusculano a vantaggio del quale è stata costituita servitù di passaggio a carico del fondo Cornelianò di proprietà dell'amico Sempromio, intenda nella scheda testamentaria rinunziare a tale diritto. Ebbene, per raggiungere siffatto scopo, sarà necessario porre il relativo obbligo a carico dell'erede (o del legatario cui il fondo si devolgerà) oppure è possibile la rinunzia diretta da parte del testatore (cosiddetta rinunzia testamentaria)? La tesi preferibile ritiene ammissibile il legato rinunziativo con efficacia diretta, facendo applicazione in via analogica della normativa sul legato di liberazione da debito (art. 658 c.c.)²⁵. In caso di "rinunzia diretta", il legato produrrà un effetto estintivo immediato all'apertura della successione, senza necessità di comunicazione al soggetto passivo del rapporto.

e) La destinazione patrimoniale attuata tramite legato: il trust testamentario

L'area dei legati si rivela, altresì, idonea a disciplinare una vicenda destinataria di fonte testamentaria. Il pensiero va alla delicata materia del trust testamentario. La costituzione del trust a mezzo del negozio testamentario è espressamente prevista dall'articolo 2 della Convenzione dell'Aja. La vicenda segregativa e destinataria diviene, in tal caso, parte integrante del programma testamentario; il rinvio alla legge straniera (*professo juris*), fa sì che convivano due sistemi disciplinari: l'uno, quello della legge straniera, relativo a validità ed interpretazione dell'atto istitutivo di trust, poteri del trustee, valutazione dell'amministrazione fiduciaria, l'altro, quello di diritto interno, teso a regolare validità della scheda testamentaria, capacità del testatore, vizi del volere, tutela di diritti inderogabili quali quelli dei legittimari. La coesistenza delle due discipline presenta elementi di criticità sovente molto accentuati. Sul piano effettuale, il trust testamentario può assumere una duplice fisionomia: il testatore può costituire il trust nello stesso testamento (costituzione diretta, alla quale saranno dedicate le successive considerazioni), ovvero fare obbligo ad eredi o legatari onerati di costituire in trust i beni loro devoluti (costituzione indiretta).

Ebbene, particolarmente problematica si rivela ancora oggi la ricostruzione della disposizione testamentaria che direttamente costituisce un trust, fatisce che pone in primo luogo un problema di carattere qualificatorio. Appare intuitivo, infatti, come un simile programma presenti elementi di criticità nel confronto con le categorie tradizionali, dovendosi offrire adeguata ricostruzione al ruolo da riconoscere ai soggetti della vicenda trust nella successione del testatore - disponente. La "sequenza trust", calata in una scheda testamentaria, rende protagonisti del regolamento successorio soggetti (quali il trustee, il beneficiario di reddito, il beneficiario finale), estranei alla nostra cultura giuridica, il cui ruolo deve essere attentamente valutato attraverso il "prisma" delle categorie concettuali del nostro sistema successorio, quali, le figure di erede, legatario, esecutore testamentario²⁶.

Si consideri, in primo luogo, la posizione del trustee: questi, per effetto della morte del settlor, acquista la titolarità del trust fund, potendo anche conseguire ampia parte dei beni relitti dal *de cuius*. Si pone il problema di offrire adeguata qualificazione alla disposizione attribuitiva dei beni al trustee. Una prima ricostruzione dottrinale qualifica il trustee in termini di erede *cum onere*²⁷. Si ritiene, infatti, che, in

I legati atipici quale struttura di realizzazione di in non attributivi del tes

ossequio ai principi generali, colui il quale consegna, per effetto del decesso di una persona, quota del suo patrimonio o l'intero suo patrimonio, debba definirsi erede; l'obbligo di gestire il patrimonio di devolvere le rendite, di trasferire gli stessi beni alla scadenza del trust può essere ascritto al n delle obbligazioni modali. La ricostruzione in oggetto, tuttavia, solleva dubbi sul piano funzic Difatti, attesa la natura accessoria della disposizione modale, qualificare l'attribuzione al trust termini di istituzione con clausola modale significa ricostruire nei seguenti termini la progres attribuitiva ingenerata dal trust: l'attribuzione al trustee sarebbe negozio principale; l'impiego dei come imposto dal settlor costituirebbe disposizione accessoria. Il profilo funzionale della fattis che si realizza con il trust è, invece, esattamente opposto: nel programma testamentario, princ è l'attribuzione al beneficiario finale; rispetto ad essa, strumentale e transitoria è l'attribuzio trustee. Il trust esprime, allora, un disegno funzionale che va oltre la figura del trustee, nei cui confr testatore non manifesta alcun intento liberale e non realizza alcuna delazione²⁸.

Ulteriori elementi, invero, sembrano deporre contro una qualificazione del trustee in termini di e La struttura del trust colora causalmente la stessa acquisizione patrimoniale del trustee: questi amministrare beni nell'interesse del beneficiario che è destinatario finale degli stessi; entrati nella giuridica del trustee, i beni ne costituiscono massa separata, vanno gestiti secondo le istruzioni imp dal disponente, alla scadenza vanno trasferiti al beneficiario finale. A ciò si aggiunge che ne responsabilità viene dallo stesso assunto, né *ultra vires* né *intra vires*, per il pagamento dei debiti erc Nella disposizione testamentaria diretta al trustee va letta non già l'offerta di sostanze, ma il conferin di un incarico gestorio. L'ingresso dei beni nel patrimonio del trustee è mezzo a fine per la realizza di un più ampio disegno: quella del trustee è una proprietà conformata, ossia programmatican destinata ai beneficiari finali, temporaneamente esercitata nel loro interesse; proprio siffatto inte invero, da un lato giustifica, dall'altro limita la proprietà del trustee, costituendo "spina dor della vicenda segregativa. La qualificazione del trustee in termini di erede *cum onere* si rivela, pert idonea a cogliere la vicenda destinataria e segregativa che così si realizza, rischiando di travis stessa causa del programma negoziale diviso dal testatore. Non c'è delazione, né a titolo di c né a titolo di legato: l'attribuzione al trustee non è animata da logiche del diritto successorio; invece, è prodromica ad altra attribuzione, in favore del beneficiario finale. La vicenda segregat finalisticamente vincolata è il *pruis* rispetto all'attribuzione *mortis causa*, che si dirige in direzion beneficiari finali.

È su queste basi che in dottrina è stata proposta una lettura dell'attribuzione al trustee in g di valorizzarne proprio le peculiarità funzionali. Si è parlato di un nuovo *genus* di dispozi testamentaria.

Nel disegno del testatore, è il beneficiario finale ad essere destinatario di una attribuzione patrimon; In dottrina si è parlato di delazione sospesa a suo favore; sospesa, e non semplicemente differit quanto essa risentirà necessariamente, nella sua entità, dei risultati della gestione fiduciaria del trust Indubbiamente, l'attribuzione del trust fund (quale risultante dalla gestione del trustee) è vivificata d intento liberale da parte del disponente. In caso di trust *inter vivos* a scopi liberali, la comune opin qualifica tale attribuzione "finale" in termini di donazione indiretta. Nel caso di trust testamentari difficoltà ricostruttiva nasce dal dato per il quale, per volontà del testatore, un soggetto riceve sost da un patrimonio che non è del *de cuius*, ma di un terzo soggetto, il trustee, la cui gestione avrà, pera reso quelle sostanze di regola diverse (sul piano quantitativo o qualitativo) da quelle "uscite" patrimonio del testatore. L'attribuzione del trust fund viene, pertanto, "deviata" dalla connotazi

²⁵ CORSO, «Il caso di un trust testamentario e le implicazioni di diritto tavolare», in *Trust att. fid.*, 2000, p. 277.

²⁶ S. BARTOLI, «La natura dell'attribuzione *mortis causa* al trustee di un trust testamentario», in *Trust att. fid.*, 2004,

2, p. 178 e ss.

²⁷ A. DE DONATO, *Il trust nel sistema successorio*, in *I nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni del nota* Milano, 2002, p. 103.

²⁵ Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2015, p. 669.

²⁶ BARTOLI - D. MURITANO - C. ROMANO, *Trust e ali di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, p. 171 e ss.

²⁷ Cfr. M. LUPOI, *Trusts*, II ed., Milano, 2004, p. 630 e ss.; F.

triangolare del *trust*, di talché, sul piano tecnico giuridico, il beneficiario finale è avente causa dal *trustee*. Le considerazioni innanzi espresse escludono, invero, che il beneficiario finale possa essere qualificato erede, quand'anche egli consegua, per effetto della disposizione testamentaria, una quota del patrimonio del testatore. A testimonianza di ciò, egli non risponde delle passività ereditarie, né il suo acquisto ha alcuna capacità espansiva.

L'estrema elasticità dell'area dei legati può indurre a ritenere che il beneficiario sia legatario. Trattasi, invero, di disposizione che non realizza *reala via* una attribuzione dal disponente al beneficiario finale; è un legato il cui profilo effettuale necessita della cooperazione del *trustee*. In argomento, sia consentito sottolineare come, quanto meno nella configurazione più usuale del *trust*, il beneficiario alla scadenza non consegue automaticamente la titolarità del *trust fund*, necessitando a tal fine un atto traslativo *solutiois causa* da parte del *trustee*. Evocando categorie più vicine alla nostra cultura giuridica, può dirsi che il *trust* non instaura, per il beneficiario, una vicenda ad effetti reali differiti, bensì una fattispecie obbligatoria. Appare congruo, allora, qualificare la delazione sospesa al beneficiario finale in termini di legato di comportamento negoziale. Per effetto della disposizione testamentaria, il beneficiario consegue il diritto a che il *trustee* ponga in essere l'atto di adempimento traslativo. Applicando le categorie del nostro diritto successorio, va sottolineato come onerato di siffatto sia l'erede, su cui grava il peso economico dell'attribuzione, giacché, in forza di essa, egli perde il diritto a conseguire i beni costituiti in *trust*. Resta, tuttavia, fermo il principio, proprio dei *trusts*, per il quale il beneficiario abbia azione diretta verso il *trustee* per il conseguimento del *trust fund*, nella sua connotazione originaria ovvero nelle trasformazioni che esso subisce per effetto della gestione del *trustee (tracing)*.

Alla categoria dei legati può rivolgersi la nostra attenzione anche nel tentativo di offrire una compiuta qualificazione all'acquisto dei beneficiari di reddito: trattasi di un legato di credito, strutturalmente autonomo.

In conclusione, può affermarsi che dalla vicenda *trust* di fonte testamentaria sorgano, di regola, tre attribuzioni patrimoniali: l'una, strumentale, in direzione del *trustee*, che trova titolo unicamente nel *trust*; le altre, *jure successiois*, in direzione di beneficiario di reddito e beneficiario finale: in entrambi i casi, appare congrua la ricostruzione in termini di legato obbligatorio.

L'interpretazione delle disposizioni testamentarie: aspetti problematici

di Roberto Triola

Già Presidente di sezione della Corte di Cassazione

Il problema della individuazione del testamento

Secondo la S.C. non esiste testamento se l'autore dello scritto non abbia manifestato una precisa e attuale intenzione di disporre dei propri beni¹, atteso che perché si abbia una disposizione di ultima volontà e quindi esista un negozio *mortis causa* è necessario che lo scritto contenga la manifestazione di una volontà definitiva dell'autore, nel senso che essa si sia compiutamente ed incondizionatamente formata e manifestata e sia diretta a disporre attualmente, in tutto o in parte, dei propri beni per il tempo successivo alla morte².

La questione è stata approfondita da una recente decisione, che ha affermato che ai fini della configurabilità di una scrittura privata come testamento olografo non è sufficiente il riscontro dei requisiti di forma individuati dall'art. 602 c.c., occorrendo, altresì, l'accertamento dell'oggettiva riconoscibilità nella scrittura della volontà attuale del suo autore di compiere non già un mero progetto, ma un atto di disposizione del proprio patrimonio per il tempo successivo al suo decesso. Tale accertamento, che costituisce un *prius logico* rispetto alla stessa interpretazione della volontà testamentaria, è rimesso al giudice del merito e, se congruamente e logicamente motivato, è incensurabile in sede di legittimità³. La S.C. ha rilevato come problema distinto da quello della necessità di formule sacramentali quale requisito di validità del testamento sia quello della esigenza della riscontrabilità di una volontà testamentaria validamente espressa in un atto il quale abbia i requisiti formali di un testamento olografo. A tale quesito deve darsi risposta affermativa, poiché, proprio in considerazione della serietà dell'atto e delle sue conseguenze giuridiche, vanno individuati requisiti minimi di riconoscibilità oggettiva nell'atto di cui si tratta di un negozio *mortis causa*, che valgono, ad esempio, a distinguere da una donazione, o da un riconoscimento di debito, etc. Si versa, qui, in un campo che rappresenta un *prius logico* rispetto alla stessa interpretazione della volontà testamentaria. E, dunque, non v'è luogo a discretare sull'applicabilità o meno dell'art. 1367 c.c., peraltro generalmente riconosciuta. Infatti, il problema della configurabilità oggettiva di una volontà testamentaria nelle espressioni adottate nella scrittura da esaminare prescinde anche dall'effettivo intento dell'autore della scrittura. In altri termini, una volontà che non sia sostenuta da una espressione oggettivamente idonea, sulla base di sia pure

¹ Cass. 3 gennaio 1950, n. 14.

² Cass. 24 agosto 1990, n. 8668, che ha confermato la sentenza di merito la quale aveva ritenuto che nessuna manifestazione di una volontà diretta a disporre attualmente dei propri beni per il tempo successivo alla morte era contenuta in una lettera inviata dal *del cuius* ai nipoti, nella quale il mittente si era limitato ad approvare l'operato dei nipoti che avevano eseguito dei lavori di miglioramento in una cascata di sua proprietà, preannunciando che alla sua prossima visita avrebbe sistemato ogni faccenda al fine di far loro ereditare «quel poco bene che possiedo»; in altri termini aveva semplicemente preannunciato l'intento di dare un certo

assetto ai suoi interessi, ma certamente non era con tale lettera che intendeva attuarlo.

³ Cass. 29 maggio 2012 n. 8490, che, in applicazione di tale principio, ha cassato la sentenza di merito, la quale aveva ravvisato la sussistenza di un testamento olografo in un documento del seguente tenore: «Tutti i miei beni sono esclusivamente di proprietà mia signora», ritenendo plausibile l'intento del *de cuius* di disporre in tal modo delle sue sostanze per il tempo in cui avesse cessato di vivere. Secondo la S.C., invece, come il dire «sostituì mio erede» non equivale a «sostituisco mio erede», tale espressione non equivaleva a «sostituisco erede in tutti i miei beni mia moglie».