

ANGELO SPATUZZI

AUTONOMIA TESTAMENTARIA

E

LIBERTA' DEI CHIAMATI

INDICE

CAPITOLO I

LA SUCCESSIONE *MORTIS CAUSA*: FONDAMENTO, AUTONOMIA DISPOSITIVA E VALORI.

1. Preliminare riflessione sull'ampiezza e rilevanza della nozione di successione.....	9
2. Individuazione degli interessi sottesi alla regolamentazione successoria tra tradizione sistematica ed evoluzione sociale.....	12
3. La trasmissione <i>mortis causa</i> nell'ottica proprietaria e familiare. Il concetto di famiglia costituzionalmente rilevante.....	15
4. Il fenomeno successorio nella regolamentazione testamentaria e legale.....	20
5. Connotati essenziali del testamento. Negoziabilità e revocabilità.....	22
6. Unilateralità e personalità.....	24
7. Tipicità, gratuità e formalismo.....	25
8. Il testamento. Profili politico-sociali.....	28
9. Autonomia testamentaria e tutela delle libertà coinvolte: l'esigenza di un equilibrio.....	30

CAPITOLO II

GLI STRUMENTI DELL'AUTONOMIA TESTAMENTARIA.

Sezione I

IL MODUS

1. La natura giuridica del <i>modus</i> , tra accessorietà e autonomia.....	35
2. Accidentalità ed accessorietà nella fattispecie modale.....	39

3. Onere testamentario e legato. I diversi criteri distintivi.	41
4. Onere testamentario e condizione. Aspetti differenziali.....	43
5. L'adempimento delle obbligazioni modali.....	45
6. Inadempimento del modo e sua imputabilità. Effetti risolutivi sulla disposizione testamentaria. L'individuazione dei soggetti legittimati ad agire per la risoluzione.....	50
7. Il <i>modus</i> illecito o impossibile. Individuazione delle fattispecie e riflessi sulla volontà testamentaria.....	55

Sezione II

LA CONDIZIONE

1. La condizione testamentaria. Generalità.....	59
2. Caratteri e classificazioni.....	62
3. Le fasi della condizione. a) La pendenza.....	66
4. (<i>segue</i>). b) Avveramento. c) Mancanza.....	69
5. Limiti all'impiego della condizione: impossibilità e illiceità.....	72
6. Le condizioni impossibili.....	73
7. Le condizioni illecite. Rilevanza della potestatività e mutevolezza del concetto in relazione allo spirito dell'epoca	76
8. La regola sabiniana. Evoluzione normativa e approcci ricostruttivi della sua <i>ratio</i>	78
9. Giustificazioni della regola sabiniana alla luce delle novità introdotte dal codice del 1942.....	82
10. I tentativi di superamento del principio di inscindibilità della volontà condizionata.....	84
11. La regola sabiniana come ipotesi di conversione legale di natura sostanziale.....	89
12. Art. 634 cod. civ. quale norma per l'accertamento della valenza condizionale o modale della volontà testamentaria.....	92
13. Gli articoli 634 cod. civ. e 626 cod. civ.: le diverse ricostruzioni teoriche dei loro rapporti..	93
14. Il motivo determinante: criteri di individuazione e rapporti con la causa testamentaria.....	97
15. L'illiceità del motivo e della condizione nei rapporti tra gli artt. 634 cod. civ. e 626 cod. civ	101
16. L'individuazione della funzione individuale del negozio testamentario alla luce del giudizio di scindibilità o inscindibilità della clausola condizionale.....	103
17. Considerazioni conclusive sui presupposti di operatività e sugli effetti dell'art. 634 cod. civ. e sul richiamo all'art. 626 cod. civ.....	106

Sezione III

FUNZIONAMENTO DELLA REGOLA SABINIANA IN ALCUNE FATTISPECIE

PARTICOLARI

1. Rapporti tra gli artt. 634 e 1419 cod. civ.: riflessi della nullità della singola disposizione testamentaria sull'intero negozio <i>mortis causa</i>	109
2. Apposizione di una condizione illecita o impossibile alla revoca del testamento ed alla revoca della revoca.....	112
3. Revoca della condizione testamentaria sua apposizione successiva.....	114
4. Applicabilità dell'art 634 cod. civ. al contratto di donazione. Rapporti della condizione impossibile con l'art 626 cod. civ.....	116
5. L'art. 634 cod. civ. nel rapporto con gli artt. 549 e 470 cod. civ.....	118
6. Sanatoria delle disposizioni testamentarie nulle ai sensi degli artt. 634 e 626 cod. civ., mediante conferma o esecuzione volontaria.....	120
7. Sopravvivenza della disposizione testamentaria a seguito dell'inadempimento della condizione lecita e possibile. Giudizio di scindibilità. Rapporti tra gli artt. 634 e 624 cod. civ.....	123

CAPITOLO III

L'INCIDENZA DELLA VOLONTA' TESTAMENTARIA SUL POTERE

DISPOSITIVO DEI CHIAMATI

Sezione I

IL DIVIETO TESTAMENTARIO DI ALIENAZIONE

1. Premessa.....	128
2. La ricostruzione della figura alla luce della legge 19 maggio 1975, n. 151.....	131
3. Le posizioni contrarie all'ammissibilità di un divieto testamentario di alienazione. Vaglio critico.....	133

4. L'applicabilità dell'art. 1379 cod. civ. in campo testamentario tra estensione analogica e limiti di tipicità dei diritti reali.....	136
5. I requisiti di validità della clausola di inalienabilità. L'efficacia obbligatoria.....	138
6. Il limite temporale.....	141
7. L'apprezzabilità dell'interesse sotteso.....	144
8. Gli strumenti di rafforzamento del vincolo di inalienabilità. La condizione di inadempimento, la penale, la trascrizione. Limiti applicativi.....	147

Sezione II

LA CLAUSOLA *SI SINE LIBERIS DECESSERIT*

1. La clausola <i>si sine liberis decesserit</i> . Problematiche ricostruttive e interferenze con il divieto delle sostituzioni fedecommissarie. Delimitazioni.....	153
2. La prevalente ricostruzione della clausola come valido strumento dell'autonomia testamentaria.....	155
3. Le osservazioni contrarie alla legittimità della condizione risolutiva <i>si sine liberis decesserit</i> in relazione ai suoi risultati pratici e alle ricadute sulla libertà dispositiva dell'istituto.....	158

Sezione III

PRELAZIONE TESTAMENTARIA, DIVIETO DI COSTITUZIONE DI IPOTECA E DI IMPUGNAZIONE DEL TESTAMENTO

4. Diritto testamentario di prelazione.....	164
5. Il divieto di costituire ipoteca.....	169
6. Divieto di impugnazione del testamento e diritto alla tutela giudiziale.....	170

Sezione IV

LA CLAUSOLA ARBITRALE DI FONTE TESTAMENTARIA

1. Libertà di scelta della giurisdizione. La disposizione arbitrale. Argomenti contrari alla sua liceità.....	176
2. Validità della disposizione arbitrale testamentaria: contributi a sostegno.....	179
3. Il contenuto della clausola arbitrale testamentaria.....	183
4. La configurazione della disposizione arbitrale sotto forma di condizione.....	186
5. Le ulteriori configurazioni in termini di legato di contratto e di <i>modus</i> . I possibili strumenti di rafforzamento del disposto.....	189

Sezione V
IL POTERE DI DISPORRE *MORTIS CAUSA*

1. L'art. 692 cod. civ. e la tutela della libertà di disposizione <i>mortis causa</i> degli eredi e legatari.....	193
2. La c.d. clausola captatoria e le lesioni al potere di disporre <i>mortis causa</i>	199
3. La sorte della disposizione captata. Le soluzioni proposte.....	204

CAPITOLO IV

L'INFLUENZA SULLE LIBERTA' DI NATURA PERSONALE

Sezione I
LA LIBERTA' MATRIMONIALE

1. Premessa	208
2. Art. 636 1° comma cod. civ.: l'attentato alla libertà matrimoniale mediante la condizione di non contrarre le prime nozze o le ulteriori.	209
3. I divieti relativi delle nozze. Varietà dei tipi e criteri giurisprudenziali e dottrinari per l'accertamento della loro liceità.....	213
4. L'autonoma disciplina dell'art. 636 1° comma cod. civ. e i suoi rapporti con l'art 634 cod. civ.....	219
5. Art. 636 2° comma cod. civ. In particolare il legato per il tempo della vedovanza.....	220
6. Natura giuridica dello strumento adoperato dall'art. 636 2° comma cod. civ. Per attribuire rilevanza all'evento contemplato.....	224
7. La giustificazione causale del legato <i>ex art. 636 cpv.</i> operata dalla legge e la possibilità di una indagine sull'impiego distorto della figura da parte del testatore.	225
8. Diritti trasferibili <i>ex art. 636 cpv. cod. civ.</i> , in particolare nel caso di legato disposto in favore del coniuge superstite.....	227
9. La cessazione dello stato di celibato o di vedovanza quale momento finale per l'efficacia del legato. Individuazione della fattispecie.	229
10. Efficacia risolutiva <i>ex nunc</i> del matrimonio. Conseguenze dello scioglimento del vincolo....	231

Sezione II

ULTERIORI LIBERTA' E PREROGATIVE DELLA PERSONA

1. Il diritto dei successori ad autodeterminarsi nella scelta dell' attività professionale. Le ingerenze della volontà testamentaria, in particolare, mediante l'impiego della condizione.	234
2. Clausole testamentarie relative alla libertà di pensiero e di fede religiosa dei chiamati. Precisazione del loro contenuto e inammissibilità di un fine coercitivo.	237
3. Libertà dei chiamati a scegliere il luogo in cui risiedere e le persone con cui convivere. Le limitazioni di origine testamentaria e, in particolare, quelle scaturenti da una condizione di assistenza.....	240
4. Disposizioni testamentarie offensive e tutela della reputazione. Il legato infamante e l'illecito commesso per testamento.....	242
5. Diritto dei successori alla conservazione del nome quale essenziale coelemento dell'identità personale.....	246

Bibliografia.....

CAPITOLO I

LA SUCCESSIONE *MORTIS CAUSA*: FONDAMENTO, AUTONOMIA DISPOSITIVA E VALORI

SOMMARIO: 1. Preliminare riflessione sull'ampiezza e rilevanza della nozione di successione. – 2. Individuazione degli interessi sottesi alla regolamentazione successoria, tra tradizione sistematica ed evoluzione sociale. – 3. La trasmissione *mortis causa* nell'ottica proprietaria e familiare. Il concetto di famiglia costituzionalmente rilevante. – 4. Il fenomeno successorio nella regolamentazione testamentaria e legale. – 5. Connotati essenziali del testamento. Negozialità e revocabilità – 6. Unilateralità e personalità – 7. Tipicità, gratuità e formalismo – 8. Il testamento. Profili politico-sociali – 9. Autonomia testamentaria e tutela delle libertà coinvolte: l'esigenza di un equilibrio.

1. Preliminare riflessione sull'ampiezza e rilevanza della nozione di successione.

Il concetto di successione, nel suo significato tecnico, richiama la vicenda del subingresso di un soggetto nella titolarità di una determinata situazione giuridica la quale, nonostante il mutamento di uno dei suoi elementi essenziali, si ritiene mantenga la propria identità, nel senso di riconoscere, a colui che vi succede, una posizione corrispondente a quella goduta dal precedente titolare. L'ampiezza e il carattere dei rapporti su cui si realizza il fenomeno successorio consente di distinguere una successione di tipo universale da una di tipo particolare, ricorrendo la prima nel caso che l'avvicendamento interessi l'universalità dei rapporti attivi e passivi dell'estinto; ricorrendo la seconda ove i rapporti coinvolti siano specifici e determinati.

Il meccanismo successorio trova, nella morte del soggetto, una necessaria causa di operatività non potendo, in sua mancanza, subentrarsi nei diritti e nelle posizioni del defunto. Ciò risponde, indubbiamente, ad evidenti e imprescindibili istanze economico-sociali di cui l'ordinamento giuridico si fa recettore allo scopo di scongiurare conseguenze inconciliabili con la tenuta dell'ordine giuridico e sociale. Se, infatti, con la morte del *de cuius* vi fosse estinzione dei rapporti ad esso relativi, le obbligazioni verrebbero meno e, così, le pertinenti

posizioni creditorie e debitorie; i beni diverrebbero *res nullius* e la cessazione del possesso consentirebbe a chiunque di creare una relazione di fatto con le cose.

In nome di ciò si è sovente riconosciuto, nell'incedere programmatico ed attuativo del legislatore italiano, l'intento di assegnare alla successione *mortis causa* il ruolo di strumento privilegiato, come tale, preservato da manovre eccessivamente riformatrici o innovative e poco aperto all'ingresso di legislazioni speciali. Su tale contegno ha pesato, senza dubbio, la tradizionale convinzione secondo la quale il diritto alle sostanze del *de cuius* non può che spettare a soggetti a lui legati *jure sanguinis* o *jure nuptiarum*. In tal senso, è possibile veder emergere quella funzione sociale che caratterizza il fenomeno vocazionale – soprattutto quello legale – attraverso cui si mira a rispondere al superiore interesse della famiglia quale istituto ad alta rilevanza sociale¹.

Ad innescare un processo successorio, tuttavia, possono essere anche meccanismi causali *inter vivos* di diversa struttura e complessità. Si pensi, a mò d'esempio, alle figure della cessione del credito o a quella del contratto, capaci di ridisegnare il profilo soggettivo del rapporto, rispettivamente, dal solo lato attivo o da entrambi i lati, oppure all'adempimento del terzo, ex art. 1180 cod. civ., che non richiede a tal fine un'attività contrattuale, atteggiandosi piuttosto, a negozio unilaterale. In altri casi la vicenda è prodotta dalla stessa natura del rapporto, come nel caso delle obbligazioni *propter rem* o degli oneri reali, il cui legame con la *res* ne comporta la trasmigrazione in capo a chi si renda titolare della stessa e ciò a prescindere dal consenso del disponente. Connotato comune a tutte le fattispecie di successione per atto *inter vivos* è l'attitudine ad incidere esclusivamente su rapporti singoli e determinati di altro soggetto e giammai sulla totalità degli stessi².

La lettura dell'art. 42 della Carta Costituzionale disvela come esista uno stretto collegamento tra la successione a causa di morte e l'istituto della proprietà stante la ricomprensione di entrambe le figure all'interno della medesima norma³. Ciò, all'evidenza, non vuole significare un'assonanza dello strumento successorio con le sole realtà dei sistemi

¹ CICU, *Successioni per causa di morte*, Parte generale, in tratt. dir. civ. e comm a cura di CICU e MESSINEO, Milano, 1961, p. 7; CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, Milano, 2002, p. 11; PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, in Ann Univ. Messina, IX, Milano 1931, 392; RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in AA. VV., in Trattato *Successioni a causa di morte e donazioni* diretto da RESCIGNO, I, Padova;

² BIGLIAZZI GERI, *Le successioni a causa di morte*, Diritto civile Vol. IV, Torino, 1996, p. 2

³ Art. 42 Cost. : “La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.”

capitalistici e, di riflesso, un suo progressivo arretramento dai regimi a struttura socialista, ma intende soltanto fissare il principio per cui i beni sui quali è configurabile una proprietà individuale potranno essere oggetto anche di successione ereditaria. Si osserva⁴, infatti, come la questione vada meditata in base ad una preliminare separazione tra i beni di produzione, diretti a generare nuovi beni per soddisfare, in via indiretta, i bisogni dei consociati, e i beni di consumo, capaci di appagare direttamente tali bisogni. Ora, poiché nei regimi socialisti i beni appartenenti alla prima categoria devono, generalmente, appartenere allo Stato e non ai privati, se ne esclude una loro possibile assoggettività ai principi della successione a causa di morte mentre, riguardo ai secondi, sono le disposizioni delle relative Costituzioni nazionali a prevederne tale subordinazione.

Il concetto della successibilità risulta necessariamente agganciato a quello della trasmissibilità, nel senso che il prodursi di una vicenda successoria non può prescindere dalla idoneità dei diritti e dei rapporti in essa coinvolti a vedere modificata la loro titolarità senza che ciò ne cagioni l'estinzione. Non sono, ad esempio, trasmissibili i diritti e gli interessi legati, imprescindibilmente, alla persona, quali i diritti personalissimi (diritti della personalità, rapporti e stati familiari) né quei rapporti che seppur di indole patrimoniale, si presentano connotati da una natura strettamente personale: si pensi ai diritti e agli obblighi alimentari di cui agli artt. 433 e ss. cod. civ. o a quelli derivanti da separazione personale o divorzio tra i coniugi. In altri casi è la natura temporanea dei diritti e la loro durata collegata alla vita del titolare a rendere impossibile una dinamica successoria a causa di morte: ciò accade per i diritti di usufrutto, uso e abitazione⁵. Così pure risultano intrasmissibili le posizioni dedotte all'interno di un contratto di durata avente per oggetto prestazioni di *facere*: è il caso del contratto di appalto, ove la considerazione dell'appaltatore sia motivo determinante del contratto, del contratto di agenzia, del contratto di lavoro subordinato o del contratto di mandato per il caso di morte del mandatario⁶.

2. Individuazione degli interessi sottesi alla regolamentazione successoria, tra tradizione sistematica ed evoluzione sociale.

⁴ CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, Milano, 2002, p. 12; GALGANO, *Diritto privato*, Padova, pp. 120-121

⁵ Resta, invece, pienamente possibile, qualora il diritto di usufrutto sia stato ceduto ad un cessionario, la sua caduta in successione a favore degli eredi di quest'ultimo ove egli premoia al cedente. In tali ipotesi, infatti l'usufrutto permane fino alla morte del cedente.

⁶ Ciò non vale, ex art. 1722 n. 4, qualora il mandato abbia ad oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio dell'impresa visto che, in tali ipotesi, esso non si estingue per morte del mandante o del mandatario, salvo che gli eredi non preferiscano recedere dal contratto.

La predisposizione di norme dirette a disciplinare il fenomeno successorio, da sempre, si presenta sensibilmente condizionata dalle esigenze e dalle scelte del sistema politico, chiamato, per ruolo e vocazione, a farsi interprete delle istanze dei consociati onde darvi soluzione ed organizzazione. Dette istanze, a loro volta, hanno conosciuto, nell'arco della storia, una sostanziale mutevolezza a causa del variegato atteggiarsi, nelle diverse epoche, del fattore demografico, di quello economico e di quello sociale⁷. Tutto ciò ha influito, indubbiamente, sull'effettiva funzione che le regole successorie sono state chiamate a realizzare atteso che, pur conservando, queste, un certo *nomen*, diverso n'è stato l'apprezzamento e l'impiego.

Aldilà, tuttavia, di tali possibili variazioni che affiorano con evidenza anche ad una ricognizione di tipo comparatistico⁸, il sistema successorio appare imperniato attorno a due punti stabili e centrali quali la proprietà e la famiglia, risultando particolarmente forte il legame che li annoda in sede di trasmissione dei patrimoni⁹.

Partendo da tali premesse, la disciplina delle successioni *mortis causa* è chiamata, più in particolare, a fornire adeguata protezione verso una serie di interessi tra di loro, spesso, contrapposti.

In *primis*, si individua quello del *de cuius* a disporre delle proprie sostanze per il periodo successivo alla morte, da intendersi non quale mera attività di attribuzione, per cui occorra limitarsi alla semplice designazione dei suoi beneficiari, ma, più estensivamente, quale organica sistemazione dei diritti trasmissibili. A tale interesse si ricollega quello alla modificabilità e revocabilità del voluto già espresso, che, come risulta dall'art. 679 cod. civ., assurge a requisito irrinunciabile dell'autonomia testamentaria.

Rileva, poi, l'interesse dei familiari del defunto a vedersi trasmettere il patrimonio relitto, potendo ciò attuarsi non solo per effetto di un'indicazione volitiva del disponente, ma anche

⁷ A. ROMANO, *Famiglia successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, 1994, p. 23, sottolinea la sensibilità della materia successoria rispetto ad elemento normativo frutto delle esigenze e delle scelte politiche del potere sovrano e dei ceti egemoni; ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, Torino, 2002, p. 1 ss.; L.M. FRIEDMAN, *The Law of Succession in Social Perspective*, in E. HALBACH (a cura di), *Death, Taxes, and Family Property*, New York, 1977, p. 9 ss. il quale eleva il ruolo del sistema successorio ad elemento genetico di una società.

⁸ ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., p. 3 ove si scorge sul piano storico, nonché in termini socio-culturali, una considerevole variazione circa le concrete modalità della successione ereditaria, segnatamente con riguardo: alla tempistica della trasmissione ereditaria; all'entità della proprietà trasmessa; alle forme di proprietà e ai tipi di beni trasmessi; all'apportionamento tra i figli.

⁹ Sul punto, P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in Riv. dir. civ., 1972, I, p. 1 ss.; ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio*, cit., p. 11; P. PICONE, *La legge applicabile alle successioni*, in *La riforma del diritto internazionale privato e suoi riflessi sull'attività notarile*, Atti del convegno di studi in onore di M. Marano (Napoli 30-31 marzo 1990), Milano, 1991, p. 63 ss.

in relazione a meccanismi di legge chiamati ad operare in presenza di particolari rapporti parentali¹⁰.

Il trapasso della ricchezza, ancora, coinvolge gli interessi di coloro che maturarono, verso il *de cuius*, ragioni creditorie e che, successivamente al suo decesso, mirano ad assicurarsene la conservazione. In tal senso, è ad essi offerta la possibilità della separazione dei beni ereditari, disciplinata dagli artt. 512 ss. cod. civ. ed utile per il caso che a poter essere incapiente non sia l'eredità bensì il patrimonio personale dell'erede¹¹.

Rilievo particolare assume, infine, l'interesse generale a che non venga pregiudicata la fluidità dei traffici e il dinamismo del libero mercato, come dimostra, ad esempio, la disciplina dettata dall'art. 692 cod. civ. per la sostituzione fedecommissaria o dall'art. 698 cod. civ. per l'usufrutto successivo¹² nonché la discussa definizione dei confini dell'autonomia testamentaria circa l'imposizione di limiti e divieti alla libertà dispositiva dei successori, su cui si avrà modo di soffermarsi.

Alla poliedricità di tali interessi corrisponde un'articolata disciplina del codice civile tesa a regolamentare le implicazioni che la morte determina sul funzionamento degli istituti di volta in volta chiamati ad operare e ciò a testimonianza di come l'ordinamento manifesti premura e sensibilità verso la delicata vicenda successoria, rivelandosi essa, terreno d'incontro tra volontà legislativa e volontà privata e reclamando, pertanto, una loro congrua armonizzazione in coerenza al contesto sociale ed economico¹³.

¹⁰ La particolare connessione della successione per causa di morte con gli istituti familiari si coglie pienamente valutando le indubbe ricadute che la riforma del diritto di famiglia ha determinato sulla materia delle successioni, relativamente alla disciplina delle vocazioni legali. Cfr. G. GABRIELLI, *La successione per causa di morte nella riforma del diritto di famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Padova, 1986, p. 169; M. DOSSETTI, *Introduzione*, in *Il diritto delle successioni. Successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio*, Tratt. dir. da G. Bonilini, Torino, 2004, p. 1 ss.

¹¹ E' indubbio che la confusione dei patrimoni possa nuocere, oltre che agli eredi (che possono tutelarsi mediante un'accettazione beneficiata), anche ai creditori ereditari, dovendo essi concorrere con i creditori degli eredi ai quali potrebbero competere pretese di ammontare eccedente le disponibilità dei loro debitori. A fondamento della separazione viene riconosciuto il generale diritto di garanzia che la legge collega al credito: l'interesse dei creditori del *de cuius* non può, cioè, venir pregiudicato dalla morte del loro debitore, che dava sufficiente fiducia di solvibilità, tanto da non far pretendere garanzia specifica sui suoi beni. Fondamento, d'altronde, confermato dallo stesso legislatore il quale, al 1° comma dell'art. 512, afferma che la separazione assicura il soddisfacimento, con i beni del defunto, dei creditori di lui e dei legatari che l'hanno esercitata, a preferenza dei creditori dell'erede. Così CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 220; D'AVANZO, *Delle successioni*, Firenze, 1940-1941, p. 137 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, Art. 512-535, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 2 ss.

¹² Pur non costituendo l'usufrutto successivo, una vera e propria sostituzione fedecommissaria (manca, infatti, l'obbligo di conservare e restituire e non v'è uguaglianza tra diritto goduto dall'istituto e diritto trasferito al sostituto), analoghi ne sarebbero gli inconvenienti economici quali l'ostacolo alla libera circolazione dei beni ed al loro migliore impiego economico. In tal senso, C. RAFFAELE, *I diritti reali. Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, Trattato di diritto civile, 3, Torino, 2009, p. 57

¹³ M. COMPORATI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Famiglia*, 2003, p. 27, ove si sottolinea il ruolo assunto dalla struttura della società e dal

Il tenore degli interventi normativi, invero, denuncia l'esistenza, all'interno del sistema, di uno spirito fortemente conservatore, sintomatico di un forte attaccamento del diritto successorio ai principi della tradizione. A dispetto, infatti, dell'esigenza, da più parti avvertita, di un approccio maggiormente riformatore della materia¹⁴, modesto è il numero delle innovazioni che possono effettivamente registrarsi¹⁵.

E' pur vero, tuttavia, come, ormai da tempo, il diritto delle successioni soffra un certo ridimensionamento delle sue prerogative funzionali, assistendosi, sempre con maggior frequenza, ad un vero e proprio aggiramento della vicenda ereditaria ai fini del trasferimento della ricchezza. E' noto, infatti, come numerosi complessi patrimoniali non siano più riferibili a singoli individui, ma piuttosto, ad organismi collettivi e che le vicende inerenti i primi non possano ugualmente incidere anche sui secondi. In particolare, il rapporto societario ben si presta a garantire, senza l'ausilio dei meccanismi successori, forme di attribuzione *mortis causa* dei beni, creando, insieme ad altri strumenti negoziali adottabili nella pratica, un sistema successorio parallelo¹⁶.

Allo stesso tempo, non vanno dimenticate le diffuse forme di disposizione *inter vivos* con cui, sovente, si anticipano, rispetto al momento della morte, le assegnazioni patrimoniali in favore di figli e discendenti onde assicurargli un'immediata disponibilità delle sostanze¹⁷ senza però rinunciare a garantirsi il soddisfacimento delle proprie esigenze di vita¹⁸. A spingere in tal

sistema economico relativamente alla funzione del patrimonio familiare. In presenza di un'economia di tipo chiuso, proprio della società agraria, infatti, domina l'idea di conservare la sua unità e ciò in coerenza col modello della grande famiglia patriarcale; nell'economia aperta della società industriale, invece, coerentemente al modello della famiglia formata da pochi membri, prevale la preoccupazione di assicurare ad ogni membro della stessa, adeguati mezzi patrimoniali mediante la destinazione di una quota del patrimonio familiare.

¹⁴ Un profondo rinnovamento è auspicato soprattutto in tema di successioni necessarie. In tal senso si vedano i contributi di BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in Fam., pers. succ., 2007, p. 581; AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in Riv. not., 2007, p. 803 ss.; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in Riv. not., 2007, p. 815 ss.

¹⁵ Si pensi alla novella degli artt. 561 e 563 cod. civ. realizzata con legge n. 80 del 2005 ed alle "modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia" di cui alla legge n. 55 del 14 febbraio 2006.

¹⁶ Sull'argomento, ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., p. 10-11; P. SHELESINGER, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 131 ss.; M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia – Le successioni*, Milano, 1985, p. 423; A. LISERRE, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, in Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno, V, Torino, 2 ed., p. 20

¹⁷ ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., p. 10 il quale sottolinea come la tendenza ad anticipare gli effetti successori risulta strettamente legata al dato demografico da cui emerge come la vita media di uomini e donne risulti, ormai, dall'entrata in vigore del *Code civil* ad oggi, raddoppiata. Da ciò consegue che la trasmissione ereditaria ha conosciuto un salto generazionale in quanto statisticamente si eredita in un'età successiva all'inserimento nel mondo del lavoro e, a differenza del passato, solo eccezionalmente l'erede è un minore.

¹⁸ In molti di questi casi il proprietario, pur spogliandosi definitivamente della titolarità dei beni pone la sua fiducia nella correttezza dei beneficiari e nei vincoli affettivi e familiari con essi esistenti; altre volte, invece, si tutela mediante un trasferimento della proprietà accompagnato dalla riserva dell'usufrutto. Così, BONILINI, *La successione a causa di morte*, in Tratt. di diritto delle successioni e donazioni, I, Milano, 2009, p. 40

senso può essere, certamente, anche la consapevolezza del non irrilevante carico fiscale destinato, altrimenti, ad abbattersi sui successori di seguito all'apertura della successione come pure l'intento di soddisfare particolari interessi ed esigenze legati alla natura di taluni beni (si pensi a quelli destinati all'impresa) od alle condizioni dei destinatari, tali, ad esempio, da richiedere aiuto e sostentamento.

Opaca, sembra essere oggi, anche la valenza politica del fenomeno successorio attesa la mutata organizzazione sociale che si orienta a logiche liberali e di mercato e si chiude, invece, a sistemi in cui le regole successorie siano capaci di incidere sull'assetto politico-istituzionale, mediante la trasmissione dei ruoli e delle posizioni di potere, fino a mortificare il criterio meritocratico e, così, la concorrenza tra i privati.

3. La trasmissione mortis causa nell'ottica proprietaria e familiare. Il concetto di famiglia costituzionalmente rilevante.

Una volta assodato come, morto il titolare, la sopravvivenza del suo patrimonio ne reclami una sistemazione presso i successori al fine di assicurarne la conservazione e l'ulteriore sfruttamento economico, occorre considerare come tali obiettivi vengano perseguiti tenendo in pari considerazione sia l'interesse dell'ereditando ad esercitare fino in fondo le facoltà connesse al diritto di proprietà, sia quello dei suoi familiari a veder valorizzato il legame che li astringe al primo.

Il riconoscimento, nel testo costituzionale, della proprietà privata, infatti, reca con sé l'esigenza della sua trasmissibilità *mortis causa* quale modalità di acquisto a titolo derivativo che consente di attuarne la circolazione. In assenza di simile previsione, d'altronde, l'ordinamento, precludendo la possibilità di disporre delle sostanze accumulate in vita anche per il periodo successivo alla morte, avrebbe incentivato una tendenza consumistica e pericolosamente orientata alla distruzione della ricchezza piuttosto che alla sua protezione ponendosi in contrasto con l'art. 47 Cost. che al primo comma "incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme"¹⁹.

¹⁹ BONILINI, *La successione a causa di morte*, in Tratt. di diritto delle successioni e donazioni, Milano, 2009, p. 33; P. SCHLESINGER, voce *Successioni (dir. civile)*, Parte generale, in Nss. Dig. it., Torino, 1971, p. 750 il quale osserva come anche la soluzione di avocare allo Stato ogni compendio ereditario rischierebbe di incrementare i consumi e scoraggiare la propensione al risparmio non potendo davvero, quest'ultimo, dirsi incoraggiato qualora al singolo non fosse consentito destinare almeno una parte dei propri beni in funzione di quei vincoli personali e di affetto, di stima o riconoscenza che costituiscono uno dei principali impulsi dell'azione umana e della cura che si dedica al proprio patrimonio.

La trasmissibilità dei beni, invero, realizzata *inter vivos* o a causa di morte, si colloca in modo coerente nel contenuto stesso del diritto di proprietà inteso, ai sensi dell'art. 832 cod. civ., come diritto a godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo. Sarebbe inconsequente, pertanto, da un lato, assumere la logica proprietaria a scelta fondamentale e sistematica e, dall'altro, negare una sua vicenda successoria mercè il riconoscimento della facoltà di indicare i soggetti che vi dovranno subentrare.

La libertà negoziale dei privati rappresenta, infatti, valore fondamentale della persona²⁰, strumentale alla regolamentazione dei propri interessi e idonea ad orientarli verso il raggiungimento delle finalità più sentite, quali, in questa sede, l'assicurare a determinati soggetti l'utilizzazione di alcuni beni, il soddisfare specifiche esigenze morali o esistenziali proprie o dei successori e, in genere, trasformare l'attuale assetto proprietario in uno più adeguato alle future evoluzioni.

Al fenomeno successorio non è estranea, poi, la tutela di interessi collettivi che si attua per il tramite del prelievo fiscale operato dallo Stato sui patrimoni individuali e idoneo a ridistribuire la ricchezza tra i consociati. Si tratta di un'istanza a carattere sociale, costituzionalmente garantita dallo stesso quarto comma dell'art. 42 Cost., ove si parla dei "diritti dello Stato sull'eredità" ed attuata attraverso una specifica imposta fiscale. Di tale dato costituzionale ne era sostenuta la violazione con riferimento all'avvenuta (provvisoria) soppressione di tale imposta, guardandosi ai prelievi fiscali, per suo tramite operati, come ad una forma di attuazione della norma indicata.

Il *favor* per la proprietà privata, però, se, come visto, porta a riconoscere la trasmissibilità *mortis causa* dei diritti, non arriva a lasciare alla volontà esclusiva del loro titolare l'organizzazione della vicenda successoria. La preoccupazione di salvaguardare i rapporti familiari, invero, conduce l'ordinamento a riservare in favore dei più stretti congiunti una parte del patrimonio, realizzando, così, un adeguato equilibramento tra autonomia dispositiva del proprietario e principio di solidarismo familiare²¹.

L'indiscriminata distribuzione delle sostanze, in verità, è preclusa, oltre che per l'esistenza dei diritti riservati ai legittimari, anche per l'incidenza che le donazioni compiute in vita dal

²⁰ In tal senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, II ed., p. 30 in cui l'autonomia privata è valutata quale esplicazione della personalità umana e dunque come diritto fondamentale della persona, tutelato dall'art. 3, secondo comma, Cost.

²¹ Un'espressione evidente di preferenza per le posizioni dei familiari si rinviene nel trattamento tributario dei loro acquisti ereditari sottoposti ad aliquote tanto più ridotte quanto più stretto sia il vincolo con il *de cuius*. BONILINI, *La successione a causa di morte*, cit. p. 39.

de cuius rivestono sul calcolo della legittima, atteggiandosi, queste, ad anticipazioni delle attribuzioni testamentarie²².

L'attenzione alle esigenze familiari, mediante destinazione ai suoi componenti di parte del compendio, si rinviene anche in caso di assenza di un negozio testamentario ed apertura della successione legittima. Ciò che vuole assicurarsi è il soddisfacimento dei bisogni di vita di ciascuno, escludendosi, invece, una finalità di mera conservazione della posizione sociale ed economica precedentemente goduta e da perpetuare in capo ai successivi membri della compagine familiare.

Il discorso va, tuttavia, condotto tenendo in adeguata considerazione l'evoluzione e le trasformazioni cui, nel tempo, è andato incontro il concetto di famiglia, nel senso, ad esempio, di una sua valutazione in termini, ormai, soltanto nucleari o di uno spostamento, al di fuori di essa, di compiti e funzioni che prima invece vi competevano, in specie quelli relativi allo Stato sociale.

In particolare, la famiglia sembra oggi declinarsi in una molteplicità di modelli tali da precluderne l'univoca considerazione²³. La stessa esistenza di un vincolo matrimoniale non è più garanzia di uniformità dei contenuti, assumendo, anche in tali casi, i rapporti familiari, dinamiche variegata ed incostanti. Il fenomeno diviene ancor più ampio in considerazione delle crescenti esperienze parafamiliari che sembrano recare un'aggressione alla tipicità del tipo legale indebolendone il fondamentale ruolo e creando i presupposti per parlare di "nuova famiglia" o di "famiglie"²⁴ oltre che per incoraggiare, data l'assenza di una specifica regolamentazione normativa, un'estensione delle tutele apprestate dal diritto familiare e

²² Di recente, si è posto il dubbio se il senso di disagio del testatore, conscio della minor possibilità di esprimere la propria autonomia in presenza di eredi legittimari, possa trovare una prima salvaguardia proprio nell'ultimo capoverso dell'art. 42 Cost. La risposta è stata sostanzialmente negativa, auspicando piuttosto l'intervento del legislatore: emerge senza incertezza dallo stesso principio costituzionale, che è riservato al legislatore ordinario l'individuazione dei limiti alla successione testamentaria; conseguentemente, se viene assicurato un ragionevole potere di autonomia al testatore (art. 3 Cost.), la cui estensione è liberamente determinabile dallo stesso legislatore (art. 42 Cost.), il principio richiamato sarebbe salvo. La determinazione dell'ampiezza di questo potere è, dunque, materia di politica legislativa. Così A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, p. 48.

²³ Sul punto, ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., p. 12; P. RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della 'mediazione' familiare*, in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, p. 331 ss.; C. SARACENO, *Modelli di famiglia*, in AA. VV., *Ritratto di famiglia degli anni 80*, Bari, 1981, p. 47 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, *Diritto privato*, Milano, 1998, p. 847 ss.; V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1985, 270 ss.; diversamente, E. DEL PRATO, *L'autonomia nei rapporti familiari*, ed. provv., Milano, 1999, p. 7 ss.

²⁴ Si fa riferimento alle famiglie fondate sul matrimonio in cui manchi la coabitazione (e, dunque, la cooperazione) tra i coniugi, le famiglie «ricomposte» per effetto d'un successivo matrimonio, le famiglie di fatto, le convivenze omosessuali, le famiglie cd. mono-parentali. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., p. 13.

successorio, invocandosi, a tal fine, un criterio che premi l'effettività dei rapporti in essere e le necessità di coloro che ne sono parte²⁵.

Il sistema ereditario, in realtà, confortato dalle pronunzie della Corte costituzionale, è tutt'ora incentrato su di un modello legittimo di famiglia che guarda al matrimonio come a suo indefettibile presupposto. La certezza e stabilità del rapporto giuridico, infatti, non sarebbe garantita da un'unione precaria e sempre suscettibile di ritrattazione e disconoscimento alla quale non poter ricollegare alcun diritto o dovere.

Partendo, dunque, dal disposto dell'art. 29 Cost. che definisce la famiglia quale "società naturale fondata sul matrimonio", occorre concludere come, al di fuori dalle demarcazioni ivi indicate, siano riconoscibili realtà diverse da quelle familiari appartenenti, al più, alla categoria delle formazioni sociali, idonee, comunque, a valorizzare la personalità degli individui che vi si riuniscono²⁶. Sembra, allora, coerente col testo costituzionale l'esclusione del convivente *more uxorio* dalla schiera dei successibili *ab intestato* mancando, in capo ad esso, un rapporto stabile e certo tale da giustificare una considerazione in termini successori²⁷. Resta vero, nondimeno, come, frequentemente, l'ininfluenza sul piano giuridico di simili esperienze, finisca col non garantire, in capo alla vicenda successoria, esiti conformi alle volontà del *de cuius* o col non premiare adeguatamente chi, durante la vita di questi, gli offri reale sostegno e conforto.

L'irrilevanza della convivenza di fatto, orfana del presupposto matrimoniale, si arricchisce, però, di eccezionale valore nel caso in cui oggetto della trasmissione ereditaria sia l'abitazione, intesa quale espressione di una fondamentale istanza della persona al cui soddisfacimento lo Stato deve porre primario riguardo.

²⁵ Sul punto, vedasi la riflessione sviluppata da SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerario di un percorso ancora aperto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1989, p. 387 ss.

²⁶ Sul punto: G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in Dir. fam. pers., 2006, p. 1219 ss.; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in Aa.Vv. (a cura di V. Scalisi), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 43 ss.; E. LAMARQUE, voce *Famiglia (dir. cost.)*, in Diz. Dir. pubbl., dir. da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, p. 2420 ss.; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in Quad. cost., 4/2007, p. 751 ss.

²⁷ In tal senso, Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, ove si afferma che la situazione del convivente *more uxorio* è nettamente diversa da quella del coniuge, poichè i caratteri di stabilità e di certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri nascono solo dal matrimonio; pertanto, gli artt. 565 e 582 c.c. non sono in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., per il fatto di non includere fra i successibili *ab intestato*, parificandolo al coniuge, il convivente *more uxorio*. Tale posizione risulta confermata con la sentenza 25 luglio 2000, n. 352, in CP, 2001, 28, ove si è ritenuta non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p. sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non stabilisce la non punibilità dei fatti di cui al titolo XIII, libro secondo c.p. commessi in danno del convivente *more uxorio*. La corte, in linea con la propria giurisprudenza, ha disatteso la fondatezza della censura, incentrate sulla disparità di trattamento tra convivente *more uxorio* e coniuge non legalmente separato, sottolineando la diversità che corre tra i due stati e rifiutando, in nome dell'impossibilità di una loro assimilazione, una parificazione nel trattamento.

La singolare rilevanza di simile diritto ha portato la Corte costituzionale, con sentenza n. 404/1988, a dichiarare l'illegittimità dell'art. 6 comma 1 della l. 392/1978 (equo canone), nella parte in cui non prevedeva che tra i soggetti legittimati a succedere nel contratto di locazione stipulato dal *de cuius* fosse contemplato anche il convivente *more uxorio*, genitore dei figli naturali avuti col soggetto deceduto²⁸. In nome di quel dovere di solidarietà sociale per cui occorre impedire che taluno resti privo di abitazione, è stata considerata irragionevole l'assenza di ogni riferimento a tale soggetto, ritenendosi, anche alla luce del testo di cui all'art. 61, l. 392/1978 (nel quale si fa riferimento a "eredi, parenti, affini con lui stabilmente conviventi"), come il legislatore non abbia voluto circoscrivere la tutela alla sola famiglia nucleare o parentale, bensì assicurarla ad un gruppo più esteso, aperto, come nel caso degli eredi, anche a soggetti estranei.

I definiti confini in cui la carta costituzionale, mediante l'art. 29, rinchiude i concetti di famiglia e matrimonio, sbarrano il passo, inoltre, ad una giuridica regolamentazione delle convivenze tra persone dello stesso sesso.

Da più parti, invero, si è, negli ultimi anni, affacciata la richiesta di una equiparazione delle relazioni omosessuali con quelle eterosessuali al fine di apprestarvi le medesime tutele previste per l'istituto matrimoniale e, di riflesso, anche quelle di natura successoria²⁹.

Oltre ad immaginarsi una disciplina limitata ad alcuni, specifici profili di simili realtà, non vi sono stati, però, concreti interventi sulla materia né si è giunti a sbocchi di carattere legislativo, in ossequio all'impianto attualmente esistente della famiglia e della successione.

4. Il fenomeno successorio nella regolamentazione testamentaria e legale.

Nel nostro ordinamento positivo l'indicazione del numero e dell'identità delle fonti in materia di vocazione ereditaria è affidato al 1° comma dell'art. 457 cod. civ nel quale si legge

²⁸ In tale sentenza la Consulta si è fatta interprete di quel dovere di solidarietà sociale che ha per contenuto l'impedire che taluno resti privo di abitazione, e che qui si specifica in un regime di successione nel contratto di locazione, destinato a non privare del tetto, immediatamente dopo la morte del conduttore, il più esteso numero di figure soggettive anche al di fuori della cerchia della famiglia legittima, purchè con quello abitualmente convivente. F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile. Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Milano, 2007, p. 303-304.

²⁹ Sull'argomento, si vedano i contributi di: N. PIGANTELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra « istituzione » matrimoniale e « funzione » familiare*, in Riv. dir. cost., 2005, p. 243 ss.; A. D'ALOIA, *Sul divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Tra « identità individuale » e « pluralismo sociale »*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006, p. 319 ss., part. p. 332 ss.; ID, *La successione mortis causa nella costituzione*, in Tratt. di diritto delle successioni e donazioni, diretto da G. Bonilini, p.52 ss.; M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007, spec. p. 332 ss.

che: “l’eredità si devolve per legge o per testamento”. Tali due fonti non si pongono in rapporto di assoluta alternatività potendo operare congiuntamente ove necessario ad veder garantita una completa organizzazione *post mortem* delle sostanze e dei rapporti facenti capo al *de cuius*. Il 2° comma dell’art. 457 cod. civ., infatti, dispone che: “non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria”. Dunque la successione potrà essere regolata da uno o più testamenti ove con essi il testatore disponga di tutte le sue sostanze; dalla sola legge, ove manchi del tutto una volontà testamentaria valida ed efficace; da entrambi, se le volontà testamentarie interessino solo una parte del patrimonio ereditario. Risulta, pertanto, evidente la scelta sistematica tesa a riconoscere preferenza alle norme della successione testamentaria in quanto capaci di ricondurre sotto il controllo della *voluntas* del testatore lo sviluppo della vicenda successoria, lasciando ai principi della successione legittima il compito di colmare eventuali lacune di tali voleri. Voleri che, dal canto loro, non possono affrancarsi dal rispetto delle norme dettate in materia di successione dei legittimari, potendo la tutela dei diritti di questi ultimi, interdire, in tutto o in parte, la loro efficacia³⁰.

La duplicità di fonti della vocazione ereditaria, tuttavia, non sempre ha rappresentato conclusione pacifica in dottrina, riscontrandosi più di una posizione diretta a riconoscere nella sola legge l’origine del fenomeno ed a negare, così, al testamento, l’indole di negozio giuridico e di atto di autonomia privata³¹. L’assunto muove dalla considerazione che ai fini della configurazione, in astratto, di una vocazione ereditaria non occorrerebbe l’individuazione di un destinatario determinato, risultando bastevole all’uopo una sua designazione virtuale operata in via preordinata dalla norma di legge.

La concreta designazione del vocato contenuta nel testamento, invero, non esaurirebbe l’intera vicenda vocazionale, rappresentandone, semmai, soltanto una sua fase diretta a specificarne la portata relativamente alla fattispecie concreta. La delazione si atterrebbe, allora, come fenomeno sostanzialmente legale sul quale la volontà privata potrebbe incidere solo nel senso di imprimervi una direzione e delimitarne un *quantum* senza, invece, poter incidere sulle modalità di acquisto. La conclusione non riesce ad essere persuasiva, oltre che per la sua portata eccessivamente capziosa, per la considerazione che l’ineludibile esigenza avvertita dall’ordinamento non consiste tanto nel riferire alla legge l’individuazione di un

³⁰ Si rileva come nei confronti dei legittimari lesi o preteriti la delazione non operi in via immediata, al pari di quanto accade nella successione legittima e testamentaria (sempre che non vi sia un suo differimento), ma richiede il preventivo, vittorioso esperimento dell’azione di riduzione.

³¹ NICOLO’, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934; SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale all’eredità*, Padova, 1940; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano 1970; IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all’arbitrio altrui*, Milano, 1967.

successore quanto nell'assicurare che, con la morte del soggetto, si avvii comunque un procedimento successorio capace di assicurare la continuazione dei rapporti trasmissibili un tempo facenti capo al *de cuius*.

Ulteriore problematica su cui ha indugiato la dottrina riguarda il riconoscimento ad una delle due forme delative di valore preminente rispetto all'altra³². Si tratta di questione tradizionalmente risolta in favore della successione legittima in virtù della sua pretesa attitudine a tutelare il superiore interesse della famiglia³³, ma che poi il successivo sviluppo interpretativo ha condotto a differenti punti d'arrivo. V'è, infatti, chi ha rinunciato ad affrontare il problema in termini di interpretazione del diritto positivo collocandolo semmai nel perimetro della politica legislativa e riconoscendo una ragguardevole funzione sociale e familiare alle successioni *mortis causa* globalmente intese tale da svilire il significato di un confronto tra i diversi tipi di delazione³⁴. Parimenti la suddetta finalità sociale e familiare della successione legittima finisce con l'essere smentita da alcune considerazioni. In *primis* si osserva come, benché il diritto del successore legittimo trovi giustificazione in un rapporto di parentela o di coniugio, egli succede sempre come singolo e non come membro della famiglia di modo da soddisfare un suo interesse personale e non un interesse familiare. Inoltre, il supposto interesse superiore posto alla base della delazione legittima avrebbe coerentemente esatto la predisposizione di norme cogenti per la sua disciplina e non semplicemente dispositive. Infine, il dato empirico rivela come, in numerose ipotesi, la tutela dell'interesse familiare venga, in concreto, maggiormente garantita attraverso lo strumento testamentario stante che, lungi dal disporre in favore di eredi o legatari estranei al consorzio familiare, il testatore mirerà a distribuire le sostanze ai suoi congiunti ben tenendo presenti i loro bisogni, le loro condizioni e le loro capacità.

5. *Connotati essenziali del testamento. Negozialità e revocabilità.*

Il consolidato orientamento, maturato in seno al dibattito dottrinario, porta a fotografare il testamento come negozio giuridico, riconoscendosi in esso un autoregolamento di interessi

³² MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione legittima*, Trattato di diritto civile e commerciale diretto da CICU e MESSINEO, vol XLIII, t. 1°, p.10

³³ SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, p. 11; CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1948, 2° ed.; MENGONI, cit., p. 11;

³⁴ LUIGI FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Bologna, 1997, p.86; Rescigno, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Successioni e donazioni*, Padova, 1994, I, p. 12; GANGI, *Successione testamentaria*, Milano, 1952, I, p. 2 ss..

privati finalizzato ad assumere oggettiva rilevanza giuridica. Come spiegato, si dà vita con esso, ad un regolamento volontario diretto a programmare un determinato assetto dei propri rapporti trasmissibili destinato ad operare successivamente alla morte del suo autore³⁵. La sua collocazione nella cornice negoziale, tuttavia, non giustifica, secondo parte della dottrina³⁶, l'applicabilità delle norme sui contratti, invocandosi, a tal fine, il dato letterale dell'art. 1324 cod. civ. per il quale dette norme, salvo diverse disposizioni di legge, si osservano, in quanto compatibili, soltanto per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. A suffragio di tale preclusione, inoltre, deporrebbe la diversità ontologica delle esigenze che il testamento ed il contratto sono chiamati ad appagare.

La constatazione circa l'impossibilità di garantire che la portata effettuale del programma testamentario rispecchi sempre puntualmente la *voluntas testatoris* (è il caso in cui operi la rappresentazione), convince alcuni autori ad infirmare la tesi della negozialità³⁷. Ma l'assunto non ha pregio dinanzi alla considerazione che l'intervento legislativo negli ambiti in cui si esercita l'autonomia privata è eventualità tutt'altro che straordinaria, come dimostra il principio di cui all'art. 1374 cod. civ, per il quale le parti che stipulano un contratto (ossia un negozio giuridico) restano obbligate non soltanto a quanto in esso convenuto, ma anche tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge.

La partecipazione del testamento ai profili strutturali e funzionali dei negozi giuridici, però, non deve far dimenticare come esso si corredi di ulteriori e qualificanti caratteri capaci di rivestirlo di un'identità propria e tipizzata.

Uno di questi caratteri è la revocabilità, espressamente indicata nell'art. 587 1° comma cod. civ. il quale definisce appunto il testamento come atto revocabile e confermata dall'art. 679 cod. civ. il quale aggiunge che non può in alcun modo rinunziarsi alla facoltà di revoca o di modifica delle disposizioni testamentarie. Traspare, pertanto, in maniera inequivoca, la preoccupazione del legislatore a non vedere compromessa la libertà del testatore circa la scelta sull'*an* o sul *quomodo* di una ritrattazione di quanto già espresso e, in tale traiettoria, si pongono anche gli artt. 458 e 589 cod. civ. L'assenza dei simili meccanismi di protezione facilmente condurrebbe a spogliare tale negozio della sua precipua funzione non corrispondendo, invero, l'ultima volontà, ad un concetto fisso e inamovibile, ma, piuttosto, ad una nozione in potenziale evoluzione fino all'estremo limite dell'esistenza. Appartiene,

³⁵ In senso conforme: S. DELLE MONACHE, *Testamento, Disposizioni generali*, Cod. civ. Comm, fondato da P. Schelesinger e diretto da F.D.Busnelli, Milano, 2005, p.3 ss e 67 ss.; C.GANGI, *La successione testamentaria*, I, p.35 ss., Milano, 1964; BIGLAZZI GERI, *Il testamento, Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, p. 35 ss.; CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1995, p. 35-36.

³⁶ G. BONILINI, cit. p. 29; ID., *Autonomia testamentaria e legato*, Milano 1990, p. 65 ss.

³⁷ N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970

infatti, all'autonomia del testatore - quella stessa autonomia che aveva dato vita al negozio - il diritto di rivalutare, in ogni momento, l'opportunità di affidare la regolamentazione della propria successione al testamento già esistente o di riqualificarne il contenuto per renderlo il più possibile conforme alle sue estreme volontà. L'esercizio di un tale *ius poenitendi*, d'altronde, non rischia di sorprendere l'affidamento dei terzi attesa l'assenza di ogni efficacia *ante mortem* in capo alle volontà revocate.

Argomentando dal requisito della revocabilità, non è mancato chi ha riconosciuto nel testamento un negozio in progressiva formazione, destinato a divenire definitivo soltanto al momento della morte del suo autore. In realtà, a parer d'altri, la possibilità stessa di concepire una revoca non può che presupporre l'esistenza di un negozio già perfetto, in grado di partorire quegli effetti che non sono più voluti dal revocante e destinati a prodursi in modo differito rispetto alla stesura del documento³⁸.

E' stato affermato³⁹ che oggetto della revoca non potrebbe mai considerarsi il testamento inteso come negozio bensì il documento testamentario, valutato quale atto volitivo e ciò varrebbe tanto ove si considerasse la revoca come atto *inter vivos*, perché in tal caso, avendo essa efficacia immediata, precluderebbe la nascita stessa di un negozio testamentario, tanto nel caso in cui si guardasse alla revoca come atto *mortis causa*, perché l'originaria volontà testamentaria non potrebbe, in tal modo, mai progredire da atto dichiarativo a negozio.

In chiave critica, si obietta, però, come il differimento dell'efficacia del testamento non ne preclude il carattere di regolamento negoziale perfetto e definitivo, ancorché quiescente, impedendo, allora, l'atto revocatorio, non già la mera evoluzione del documento-atto in negozio, ma, piuttosto, privando il negozio testamentario della suddetta natura di assetto programmatico completo e esaustivo.

Quanto alla forma della revoca esiste una forma espressa, disciplinata dall'art. 680 cod. civ. per il quale occorre "un nuovo testamento o un atto ricevuto da notaio alla presenza di due testimoni", e una forma tacita che si affida a comportamenti dal significato tipizzato⁴⁰.

La facoltà di revoca può, inoltre, riguardare, totalmente o parzialmente, un precedente atto di revoca con lo scopo di assegnare nuovamente valore dispositivo attuale alle volontà originarie.

³⁸ G. BONILINI, cit., p. 32; A. CICU, *Testamento*, p. 15, Milano, 1969.

³⁹ CRISCUOLI, *Il testamento*, cit, p.170-171.

⁴⁰ Ci si riferisce alla redazione di un testamento posteriore contenente disposizioni incompatibili; alla cancellazione, lacerazione e distruzione di un precedente testamento olografo; al ritiro del testamento segreto che non presenti i requisiti per valer come testamento olografo; all'alienazione o trasformazione, da parte del testatore, della cosa legata; alla rimozione definitiva della cosa legata da prendersi in un certo luogo indicato dal testatore.

In ultimo, il meccanismo revocatorio presenta un funzionamento bivalente rivelandosi sempre operativo nei confronti delle disposizioni di carattere patrimoniale, ma smarrendo, a volte, la sua incidenza su quelle dichiarazioni non patrimoniali: è il caso del riconoscimento di figlio naturale, *ex art. 256 comma 1° cod. civ.*, che, quando si trova inserito nella scheda testamentaria, non perde mai la sua efficacia per le stesse ragioni pubblicistiche e le stesse conseguenze che sottendo ad un simile alla specialità di tale atto.

6. Unilateralità e personalità

Il testamento è negozio necessariamente unilaterale che può validamente svolgere la funzione cui è deputato solo quando racchiuda e veicoli la dichiarazione di volontà di un solo disponente⁴¹. Di tanto rappresenta conferma già la formula utilizzata dall'art. 587 cod. civ. nonché la censura ai patti successori contenuta nell'art. 458 cod. civ. e, ancora, il divieto della condizione di reciprocità o dei testamenti congiuntivi e reciproci. Riguardo a tali ultime figure, il testamento congiuntivo è stato riconosciuto in tutti i casi in cui più sottoscrittori affidino alla medesima scheda il compito di beneficiare un terzo, mentre il testamento reciproco ricorrerebbe ove più testatori, sempre con un'unica scheda, dispongano ciascuno a favore dell'altro.

La *ratio* sottesa alla preclusione di tali forme testamentarie è rinvenuta nella presunzione di un mutuo condizionamento psicologico che, presumibilmente, emana dal precedente accordo dei testatori ricadendo, in modo anche solo moralmente restrittivo, sulla libertà di ciascuno a modificare o revocare le disposizioni⁴².

Alla unilateralità del testamento si aggancia il requisito della non recettività che ne fa un negozio idoneo ad assumere rilevanza giuridica senza la sua comunicazione ai terzi. Ciò non è smentito, relativamente ai testamenti olografi e segreti, dalla necessità della pubblicazione, essendo questa solo una condizione per la sua eseguibilità, né, in caso di testamento pubblico,

⁴¹ CICU, cit, p. 16; M. BIANCA, *Diritto civile II, La famiglia. Le successioni*, Milano, p. 735;

⁴² BIGLIAZZI-GERI, cit, p. 92, la quale esclude che simili disposizioni costituiscano necessariamente il frutto di preventive convenzioni pattizie. Se così fosse, si osserva, si ricadrebbe nel divieto dei patti successori e allora non sarebbe ben chiara la ragione per cui l'art 589 cod. civ. debba presumere *juris et de jure* un difetto di libertà dispositiva del testatore o una limitazione alla sua libertà di revoca, dovendosi, semmai, porre a carico degli interessati la prova dell'una e dell'altra.

il notaio rogante e i testimoni possono considerarsi destinatari delle dichiarazioni, intervenendo, costoro, nella diversa veste di cooperatori alla documentazione del negozio⁴³.

Anche se non esplicitamente, l'ordinamento indica il testamento come un negozio strettamente personale riconoscendo, cioè, la *facultas testandi* al solo disponente⁴⁴. Non sono in alcun modo tollerate forme di sostituzione nella fase di formazione ed esternazione delle ultime volontà, risultando, pertanto, precluso ogni possibile ricorso allo strumento della rappresentanza legale e volontaria ed anche a quello della semplice ambasceria. La previsione dell'art. 604 cod. civ., poi, non contraddice quanto affermato, giacché, pur consentendo al testatore, in caso di testamento segreto, di servirsi di un terzo per la redazione della scheda, non innesca alcun fenomeno rappresentativo operando il terzo quale semplice amanuense equivalente al "mezzo meccanico" previsto dalla stessa norma.

Atteggiamento più lasco e concessivo da parte del legislatore si registra con riguardo all'ipotesi che il testatore si avvalga di un terzo per completare una disposizione lacunosa⁴⁵. Opera in tali casi la c.d. *relatio* il cui esercizio, tuttavia, è lecito e possibile solo se non si traduca in una sostituzione del *de cuius* nella formazione del voluto testamentario. L'accertamento di tale abuso va condotto caso per caso tenendo, però, in conto i margini di liceità che il sistema ha predeterminato ed entro i quali è precluso il sindacato giudiziale.

7. Tipicità, gratuità e formalismo.

Ulteriore dato distintivo del testamento è rappresentato dalla sua tipicità. Tale negozio è, cioè, nel nostro sistema, l'unico strumento espressamente predisposto per consentire una regolamentazione *post mortem* dei propri interessi⁴⁶.

L'enunciato principio presenta però profili problematici relativamente al tenore di tale tipicità dibattendo, le proposte dottrinarie, sull'effettivo atteggiarsi della causa all'interno del negozio testamentario.

⁴³ GIANPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento, contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954; BIGLIAZZI-GERI, cit. p. 95-96; G. BONILINI, cit., 35-36

⁴⁴ Dati normativi in tal senso si ricavano, ad esempio, dall'art. 602 c.c. per il quale il testamento olografo dev'essere scritto di mano dal testatore; dall'art 605 c.c. 2° co. per il quale la scheda del testamento segreto va consegnata personalmente dal testatore; dall'art 603 c.c. 2° co. per il quale oggetto della comunicazione del testatore al notaio è la "sua" volontà.

⁴⁵ Si tratta delle ipotesi governate dagli artt. 630, 631, e 632 cod. civ.

⁴⁶ Si rammenta come oggi anche il patto di famiglia possa prestare i suoi servizi per la organizzazione di interessi patrimoniali atteggiandosi, però, a negozio *inter vivos* dotato di efficacia immediata e non *post mortem*.

Superando la posizione di coloro che, negando la natura negoziale del testamento, inevitabilmente ne escludono anche una giustificazione causale, v'è chi giunge alla medesima conclusione pur partendo dal riconoscimento della sua negozialità. Si sostiene⁴⁷ in tal senso che nell'ambito della realtà testamentaria non ci sarebbe spazio per una nozione di causa intesa come obbiettiva funzione economico-sociale del negozio, essendo qui preminente il concreto *volutum* del testatore rispetto alle finalità sociali che l'atto sarebbe chiamato a soddisfare: in altre parole ruolo determinante sarebbe assunto dai motivi, quali circostanze influenti sulle scelte del *de cuius*, e non dalla causa. Ma la teoria sembra viziata nella parte in cui dimentica che i motivi non potrebbero collimare con elementi meramente oggettivi, dovendo invece riconoscersi in quelle valutazioni personali che il *de cuius* realizza su di essi, valutazioni che, quindi, non potrebbero vantare quella caratterizzazione oggettiva richiesta per la causa del negozio giuridico⁴⁸.

Altro orientamento⁴⁹, sostenuto dalla giurisprudenza⁵⁰, parla del testamento come di un negozio non animato da una causa unitaria ma da tante cause quante sono le disposizioni in esso collocate. Si finisce, così, a ben vedere, per svilire il mezzo testamentario a mero contenitore formale in cui raccogliere una pluralità di negozi ciascuno autonomamente giustificato dal punto di vista causale, contraddicendo a quanto traspare dall'art. 587 cod. civ. che, invece, mette chiaramente in luce una destinazione funzionale sua propria dell'atto di ultima volontà sì da renderlo tipico. Ciò nondimeno sembra possibile recepire l'affermazione per cui tutte le disposizioni, pur diversamente articolate e disciplinate, partecipano della stessa finalità oggettiva di regolamentare i rapporti *post mortem* ed anzi ne rappresentano i concreti mezzi di attuazione⁵¹. D'altronde la tipicità di alcune disposizioni testamentarie (si pensi al legato od all'istituzione di erede) scaturisce dalla loro collocazione all'interno del perimetro testamentario, mentre, fuori di esso, queste resterebbero orfane di un'autosufficienza funzionale: è quindi la partecipazione ad un programma testamentario che colora casualmente dette disposizioni, rendendole momenti di tale programma e non già il contrario.

⁴⁷ G. ALPA, *In margine all'interpretazione dell'art. 624 c.c. 2° co.*, in Foro pad. 1972, I c. 406 ss.; M. BESSONE, "Causa" e "motivo" nella disciplina del testamento, in Giur. Ital., 1972, I, 1, c. 769 ss.

⁴⁸ CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1995, p. 296

⁴⁹ B. BIONDI, *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in Foro ital., 1949, I, p. 566 ss.; MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 80; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, RDCo, 1991, I, p. 715.

⁵⁰ Cass 16-5-1966, n. 1236

⁵¹ BIGLIAZZI GERI, *Le successioni a causa di morte*, cit., p. 97

Venendo al requisito della gratuità, il testamento si presenta sempre ammantato di questo carattere atteso che con esso si realizza un'attribuzione senza alcun corrispettivo. Non è, viceversa, essenziale l'attributo della liberalità non recando, necessariamente, la disposizione testamentaria un arricchimento del suo destinatario; sono, infatti, diverse le circostanze che possono impedire il realizzarsi di un tale beneficio: alcune relative alla situazione patrimoniale esistente al tempo di apertura della successione, altre legate agli interessi che il *de cuius* intende riversare nella scheda. Si rammenta, all'uopo, il caso della *damnosa hereditas* e cioè di quella massa ereditaria la cui consistenza è interamente corrosa dalle passività oppure l'ipotesi del *modus* il cui adempimento assorba completamente il vantaggio connesso al lascito o ancora il legato disposto in favore di un creditore con sole finalità solutorie. In tutte queste ipotesi, dunque, la carenza di una liberalità non attenta alla natura dell'atto che resta testamentario.

In nuce, il testamento è sicuramente uno strumento capace di essere piegato a scopi liberatori (e spesso se ne registra tale impiego), vista la sua attitudine a discostarsi dalle norme della successione legittima, ma, è stato giustamente osservato⁵², a differenza del donante, il quale è sospinto da un determinante spirito liberale, il testatore si trova a disporre delle proprie sostanze in un contesto – quello successorio – che scaturisce da un fatto estraneo dalla sua volontà e pertanto il suo (eventuale) *animus liberandi* sarà, presumibilmente, più affievolito. Il negozio a causa di morte, da ultimo, si pone nel nostro ordinamento come negozio a forma vincolata il quale per poter validamente assolvere alla sua tipica funzione, deve corredarsi di determinati requisiti formali richiesti *ad substantiam*. Si assiste qui ad una deroga rispetto al generale principio che lascia liberi i consociati di scegliere il mezzo negoziale da impiegare nell'esercizio della propria autonomia.

Gli schemi di testamento predisposti dal legislatore italiano presuppongono tutti la redazione di un documento scritto sebbene per ognuno di essi occorra una serie di specifiche formalità. Tutto ciò preclude l'ipotizzabilità di un testamento nuncupativo, espresso cioè in forma orale e imprime sul negozio *mortis causa* un alto rigore formale.

Le giustificazioni di questo spiccato formalismo sono state variamente individuate. Si è invocata al riguardo l'esigenza di vestire della massima certezza possibile le volontà espresse dal testatore, essendo esse considerate fragili perché destinate ad operare dopo la morte del loro autore e cioè in un tempo in cui questi non potrà intervenire a risolvere dubbi e

⁵² S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590*, Commentario Codice Civile, diretto da P. Schelesinger, Milano, p. 50; A. PALAZZO, *Il testamento*, in A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi. Grandi questioni e pareri*, a cura di G. Palazzolo, in Tratt. teorico-pratico dir. priv., dir da G. Alpa e S. Patti, Padova, 2008, p. 29 ss.

incertezze emergenti dal documento. Si è poi sottolineato il bisogno di proteggere la libertà dispositiva da perniciose ingerenze⁵³ o alterazioni e quello di assicurare un'adeguata riflessione e ponderazione sulla direzione da dare alle proprie scelte dispositive⁵⁴.

Le forme testamentarie si declinano in forme ordinarie e forme speciali. Alle prime appartengono il testamento olografo e il testamento per atto di notaio, il quale è a sua volta differenziabile in testamento pubblico e testamento segreto. Rientrano, invece, nella seconda categoria le figure disciplinate dagli artt. 609 ss. cod. civ. che si contraddistinguono per un alleggerimento delle formalità e per una efficacia provvisoria, pari a tre mesi dal venir meno delle circostanze eccezionali.

8. Il testamento. Profili politico-sociali.

Assunta la natura del testamento come strumento mediante il quale i consociati possono autonomamente regolare la propria successione *mortis causa* preordinandovi una o più disposizioni di ultima volontà destinate ad assumere efficacia nel periodo successivo alla loro morte, occorre rilevare come, pur trovandosi questo già menzionato nell'art. 457 cod. civ. (indicato, insieme alla legge, quali uniche possibili fonti di delazione), la sua organica disciplina è affidata agli artt. 587 ss. cod. civ.

L'esatta valenza dell'istituto testamentario non potrebbe essere completamente compresa ove si omettesse di sottolinearne il ruolo politico e sociale assunto all'interno della realtà.

Le voci interpretative registrate su tale profilo hanno evidenziato approcci e sensibilità diverse, sfociando, dapprima, in posizioni di marcata ed energica censura del mezzo testamentario motivate dalla considerazione di come l'impianto normativo ad esso sotteso esaltarebbe l'aspetto egoistico ed individualistico a spese di ogni altro interesse coinvolto⁵⁵ e in special modo di quello relativo alla libertà dei traffici e degli scambi fino a paventarsi il contrasto con l'art. 42 2° comma Cost. che riconosce, invece, la proprietà privata solo in presenza di una finalità sociale.

⁵³ CRISCUOLI, *Il testamento*, cit. p.21; BONILINI, cit. p. 44.

⁵⁴ CRISCUOLI, op. loc. ult. cit. p.21; BONILINI, cit. p. 44.

⁵⁵ R. TROP LONG *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, I, Bruxelles, 1855, p. 1 indicava nel testamento “ *le triomphe de la liberté dans le droit civil*”;

BIGLIAZZI-GER, *Il testamento*, in Tratt di dir. priv. diretto da Rescigno, 6, II, Torino, 1982, p. 5 ss. che parla di “strumento di preta marca autoritaria e conservatrice, (...) capace di favorire – contribuendo alla creazione e al mantenimento di situazioni di privilegio economico – il concentramento della ricchezza nelle mani di pochi e di escludere o di sensibilmente ridurre la possibilità di un effettivo avvicendamento e ricambio delle classi sociali in ordine alla stessa titolarità e disponibilità dei beni della vita”.

Questo timore, invero, risulta infondato se solo si pensi, com'è stato osservato⁵⁶, che la funzione sociale della proprietà non si dispiega nella fase di trasmissione dei beni bensì in quella relativa al suo godimento e alla sua amministrazione.

Per altro verso, è stato rilevato un sensibile declino del mezzo testamentario evidenziatosi sia dal punto di vista quantitativo sia da quello qualitativo. E' emerso, infatti, un suo tendenziale arretramento in termini frequenza d'impiego che ha significato maggiore apertura verso le successioni di tipo legale, in nome del passaggio evolutivo che ha interessato la famiglia e la sua struttura, mediante il passaggio da assetti di tipo aristocratico e da esigenze di tipo dinastico, a forme ed istanze più semplici ed elementari⁵⁷. Così, anche la nascita di nuove e più elastiche forme di ricchezza ha consentito un sempre più robusto accesso a meccanismi e soluzioni alternative al testamento (e, più in generale, alle successioni *mortis causa*).

Ad espressione di tale funzione transmorte sono stati indicati, ad esempio, i conferimenti immobiliari all'interno dei capitali societari, le clausole di continuazione e consolidazione nei contratti di società, i contratti a favore di terzi, le cointestazioni di conto correnti bancari⁵⁸. Alle alternative elaborate dall'autonomia privata si aggiungono, a volte, aperture di tipo normativo tra cui è possibile ricomprendere la recente legge 14 febbraio 2006 n. 55 con cui si è introdotto l'innovativo "patto di famiglia", figura che, pur se strutturata come atto *inter vivos* e pur necessitante, per la sua operatività, della presenza di specifici presupposti oggettivi e soggettivi, è in grado creare assetti proprietari definitivi e, come tali, impermeabili ai meccanismi della collazione e riduzione.

I dati riportati, però, non riescono a disarcionare il testamento dal suo ruolo di istituto giuridico elementare e vitale in qualsiasi ordinamento, non solo per la sua elettiva funzione – di cui può trovarsi a partecipare anche la successione legittima – di organizzare *post mortem* i rapporti facenti capo al suo autore, onde non lasciarli precari quando questi non si estinguano con lo spegnersi del suo titolare, ma anche per la mirabile ricchezza di contenuti e di interessi

⁵⁶ G. CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., 1995, p. 4-5; RESCIGNO, *Le successioni testamentarie. Nozioni generali*, Padova, 1984.

⁵⁷ G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, Milano, 2009, p. 5; G. CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., p. 5; V. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972; BIGLIAZZI GERI, *Le successioni a causa di morte*, cit., p. 83 richiama la distinzione tra negozi trasmorte e negozi *inter vivos* con effetti *post mortem*, affermando come per la validità dei primi, quali alternative in senso stretto al testamento, si richieda che l'uscita del bene dal patrimonio dell'autore dell'attribuzione avvenga prima della sua morte, che l'acquisto del beneficiario diventi definitivo solo dopo la morte del disponente e che quest'ultimo possa sempre vanificare, sino alla sua morte, l'assetto creato. Riguardo ai secondi essi sono considerati quali alternative in senso più lato, anch'essi destinati a divenire efficaci con la morte del loro autore ma privi di uno o di altro dei requisiti richiesti per i precedenti.

⁵⁸ G. CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., p. 6; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

che con esso possono essere veicolati. Non è raro, infatti, constatare all'interno delle schede testamentarie la presenza di dichiarazioni di volontà e di scienza suscettibili di essere rese *aliunde* oppure di disposizioni di natura morale tese a curare profili non patrimoniali o di dichiarazioni capaci di dar vita a diritti od obbligazioni anche da atto illecito⁵⁹. Ciò attira sul negozio testamentario un'indubbia cifra sociale ed una spiccata attitudine a valorizzare la persona umana in linea con le aspirazioni della carta costituzionale (art. 2) tanto più se si pensa a quanto stretto sia, in esso, il legame tra sentimenti e volontà di chi dispone e quanto antico ed intimo si atteggi il bisogno dell'uomo di dar voce ai suoi estremi voleri⁶⁰.

9. Autonomia testamentaria e tutela delle libertà coinvolte: l'esigenza di un equilibrio.

La lettura dell'art. 587 cod. civ. sembra autorizzare una ricostruzione del negozio testamentario nei termini di strumento deputato, per sua essenziale funzione, alla allocazione dei beni, sfuggendo, invece, dal suo fisionomico contenuto, la sistemazione dei rapporti di indole meramente morale e non patrimoniale. Il secondo comma della norma, infatti, proprio riferendosi alle disposizioni deputate alla sistemazione di tal ultimo tipo di interessi, pare destinarle ad un ruolo ancillare ed eventuale, favorendo, così, una visione del testamento in prospettiva esclusivamente patrimonialistica, funzionale, cioè, alla tutela di interessi meramente economici.

Una più puntuale e lucida disamina dell'istituto, tuttavia, mette in condizione di coglierne un'inconfutabile duttilità, in nome della varietà di strumenti che il *testator* ha a disposizione per orientare le attribuzioni *mortis causa* verso una molteplicità di fini anche di carattere non traslativo. Possono citarsi, all'uopo, la condizione, il termine, l'onere, i legati (compresi i legati in conto e in sostituzione di legittima ed il prelegato), le sostituzioni, la nomina di un o più esecutori testamentari, le istituzioni *ex re certa*, la divisione del testatore (art. 734 cod. civ.) e le norme dettate per la divisione (art. 733 cod. civ.)⁶¹.

Ci si avvede facilmente, pertanto, come costringere la successione testamentaria in un'ottica strettamente patrimoniale non le restituirebbe un'immagine veritiera giacchè occulterebbe la sua attitudine a far convivere la regolamentazione di interessi economici con quella di

⁵⁹ E' quanto accade in presenza di dichiarazioni integranti la fattispecie della diffamazione o del legao infamante.

⁶⁰ G. BONILINI, cit., p. 6; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in Riv.dir.civ., 1970, p.44 ss.

⁶¹ BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit. p. 13 ss.; CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 189 ss.; PALAZZO *Le successioni*, cit., p. 8.

interessi personali, in coerenza con la c.d. depatrimonializzazione del diritto privato che, prendendo le distanze da una logica prettamente economica dei rapporti giuridici, ne abbraccia una più incline alla valorizzazione della persona e dei suoi interessi⁶².

D'altronde, non può ignorarsi come le ultime volontà veicolino, spesso, le istanze più profonde della coscienza e servano a dar voce ai desideri ed alle aspirazioni che l'idea della morte può suggerire a chi vi si approcci in veste di testatore. Non è raro, infatti, ritrovare all'interno delle schede testamentarie, tentativi di incidere, in modo più o meno intenso, su rapporti e vicende personali e familiari al fine di orientarle in una certa direzione.

Spazio rilevante possono, allora, ritagliarsi anche le disposizioni a carattere spirituale, che, valutate con sensibilità unicamente economica, finirebbero col non ricevere considerazione alcuna, mortificandosene non solo gli scopi cui sono dirette, ma anche la stessa qualificazione in termini di disposizione testamentaria. Ad esse fa espressamente riferimento l'art. 629 cod. civ. che, disciplinando le disposizioni a favore dell'anima, riconosce la possibilità di rivolgere, per la loro realizzazione, parte delle sostanze ereditarie.

In tale fattispecie, può osservarsi, ciò che muove il testatore non è l'interesse al trasferimento dei beni *mortis causa*, ma, appunto, la soddisfazione di un sentimento religioso ovvero non patrimoniale⁶³.

⁶² Nel senso di affrancarsi da una visuale patrimonialistica: MENGONI, Le successioni, in "Riv. trim. dir. e proc. civ.", 1986, p. 203 ss.; CARRESI, *I fatti spirituali nella vita del diritto*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1956, p. 419 ss.; FALZEA, *I fatti di sentimento*, in Studi in onore di Francesco Santoro, Passarelli, VI, Napoli, 1972, p. 315 ss.; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 12 ss.; BONILINI, voce *Testamento*, in Dig. disc. priv., sez. civ., XIX, Torino 1999, p. 342; ID., *I legati* (artt. 649-673 cc.), in Cod. civ. comm. diretto da P. Schlesinger, Milano 2001, p. 4 ss.; TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in Riv. dir. civ., 1970, p. 40 ss.; MAESTRONI, *Questioni in tema di legato*, in "Nuova giur. civ. comm.", 1988, II, 89 ss.; SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1989, p. 387 ss. Sul fenomeno della depatrimonializzazione, in giurisprudenza, Cass. n. 10741 2009, in Resp. civ. e previdenza, 2009, p. 2063, ove si parla della depatrimonializzazione come della attribuzione alla persona (in una prospettiva non individuale, ma nelle formazioni sociali in cui estrinseca la propria identità e l'insieme di valori di cui è espressione) una posizione di centralità, quale portatrice di interessi, non solo patrimoniali, ma anche personali. In dottrina: DONISI, *Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in "Rass. dir. civ.", 1980, p. 649 ss.; PERLINGIERI, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in "Rass. dir. civ.", 1983, p. 1 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1984, p. 210 ss.; in senso critico DE CUPIS, *Sulla depatrimonializzazione del diritto privato*, in Riv. dir. civ., 1982, II, 482 ss., osserva che alla "invigorita difesa degli interessi personali non ha davvero corrisposto l'impoverimento del contenuto patrimoniale del diritto privato...perché l'homo privatus è tuttora, in larga misura, homo oeconomicus, portatore di esigenze economiche, il cui giusto soddisfacimento compete al diritto privato".

⁶³ Si vedano i contributi di COPPOLA, *Disposizioni a favore dell'anima, disposizioni a favore dei poveri e ricostruzione della volontà testamentaria*, in "Nuova giur. civ. comm.", 2000, p. 377 ss., il quale rileva anche in tali disposizioni il carattere della patrimonialità, poiché, pur non realizzando alcun vantaggio diretto per i terzi, individuano il loro esclusivo fondamento in un interesse del testatore riconosciuto dall'ordinamento; LISERRE, *Quid novi in tema di successione mortis causa*, in Nuova giur. civ. comment., 1997, p. 13 ss.; FERRANDO, voce *Persona fisica (diritto privato)*, in Enc. del dir., XXXIII, Milano 1983, p. 193 ss., il quale sottolinea l'esigenza di una più premurosa considerazione del contenuto spirituale del testamento; ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successioni. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988, p. 32 ss., ove, di fianco alla tradizionale bipartizione tra diritti patrimoniali e non patrimoniali, vi colloca un

Le ampie potenzialità organizzative e programmatiche del testamento, allora, ne fanno uno strumento capace di rispondere su più fronti ai bisogni di chi vi ricorre⁶⁴, ma pongono, al contempo, un problema di bilanciamento tra due libertà: quella di chi dispone e quella di chi è chiamato a subire gli effetti di tale attività dispositiva.

E' senz'altro vero, infatti, che disporre per testamento rappresenti un'essenziale esplicazione della personalità umana se non, addirittura, il contenuto di un fondamentale diritto di rango costituzionale ricollegabile all'art. 2 Cost ed all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma è altresì vero che particolarmente rischioso sarebbe il riconoscere a siffatta libertà i caratteri dell'intangibilità e sacralità atteso che, imboccando tale strada, risulterebbe poi difficilmente attuabile la pur necessaria tutela degli ulteriori, inviolabili, diritti coinvolti nella vicenda successoria⁶⁵.

Appare, allora, necessario ricercare un punto di equilibrio nella salvaguardia di suddette libertà, consapevoli che, soltanto a tale condizione, il programma *post mortem* potrà dirsi meritevole di tutela giuridica e in grado di incidere, senza censure, sugli assetti posti ad oggetto della sua regolamentazione. Tale impostazione si fa ancor più urgente se solo si pensi a quanto seducente possa esser reso il contenuto del lascito ereditario che, pur in grado di arricchire chi ne beneficia, rechi poi gravose ricadute sulla sua libertà personale. E' noto, d'altra parte, come nella predisposizione di simili volontà compaiano, non di rado, accorgimenti e meccanismi sanzionatori capaci di imprimervi particolare vincolatività

tertium genus, rappresentato dal cd. diritto personalpatrimoniale che particolare rilevanza assume proprio nell'ambito delle successioni a causa di morte; DE CUPIS, *Il testamento spirituale*, in "Rass. dir. civ.", 1988, I, p. 32 ss.; BONILINI, "... Così al vento nelle foglie levi si perdea la sentenza di Sibilla", in "Studium iuris", 2002, p. 139 ss.; FALZEA, *I fatti di sentimento*, in Studi in onore di F. Santoro Passarelli, VI, Napoli 1972, p. 315 ss.; CARIOTA FERRARA, Le clausole testamentarie atipiche, in "Dir. e giur.", 1972, p. 825 ss.; CARRARO, *Il diritto sui ricordi di famiglia* in AA. VV., Studi in onore di A. Cicu, I, Milano, 1951, p. 9 ss.; CARRESI, *I fatti spirituali nella vita del diritto*, in "Riv. trim. dir. e proc. civ.", 1956, p. 419 ss.

⁶⁴ CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., p. 6, il quale intravede nel testamento l'esplicazione finale e conclusiva della personalità umana, sottolineando come la Costituzione (art. 2) garantisca la strutturazione di una società in cui ciascuno possa far valere quel suo valore anche sul campo dell'ultima sfida tra la vita e la morte. Per questo verso il testamento non andrebbe considerato soltanto, e molto riduttivamente, come mero strumento gratificativo di trasmissione di averi.

⁶⁵ MAJELLO, in AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino 2002, p. 69, ove è evidenziato come i diritti degli altri rappresentino e si pongano come limite alla libertà della persona; TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, p. 12 ss; PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli-Camerino 1982, p. 32 ss., il quale stigmatizza il fondamentale ruolo della persona all'interno dell'intero sistema; DOGLIOTTI, *I diritti della personalità: questioni e prospettive*, in "Rass. dir. civ.", 1982, p. 657 ss.; LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in "Riv. dir. civ.", 1996, I, p. 418 ss.; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in Trattato di dir. civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, IV, Milano 1959, IV, p. 222 ss.; CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano 1972, p. 78 ss.; MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in Enc. del dir., XXXIII, Milano 1983, p. 386 ss.; A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009, p. 44, il quale nella ricerca dei limiti legali in capo all'autonomia dei privati in materia successoria, ossia nella individuazione degli interessi di rango superiore che costituiranno comunque limiti all'attività non solo dei privati, ma, altresì, dello stesso legislatore, ritrova la risposta in un'analisi della Carta costituzionale, giacché questa pone limiti insuperabili, non solo all'attività dei privati, ma anche allo stesso legislatore.

mediante, ad esempio, l'impiego di una condizione, di una clausola di risoluzione della disposizione modale⁶⁶, di una penale⁶⁷, di una clausola di decadenza⁶⁸.

Emerge da ciò, una valutazione socialmente evoluta dei diritti fondamentali in virtù della quale è chiesto di privilegiare un'impostazione di tipo solidaristico ovvero una forma di controllo sull'autonomia dei soggetti che si muovono nel contesto successorio tendente ad assicurare l'istaurarsi di rapporti giusti. Quanto, infatti, delle volontà testamentarie, venga volto a restringere e sacrificare l'autonomia negoziale e personale di altri individui senza rispondere ad una finalità sociale e collettiva, finirebbe col tradursi in una lesione dei stessi diritti fondamentali della persona, riprovata dall'ordinamento e priva, pertanto, della sua protezione⁶⁹.

Il principio di solidarietà, d'altronde, è sancito, verso i terzi, dagli artt. 2 e 3 della Costituzione e si pone a regola-guida dell'attività legislativa onde assicurare, anche dove occorra intervenire in modo restrittivo sulla libertà dei singoli, la necessaria giustizia dell'atto. E', infatti, mediante la preordinazione, in chiave sistematica, delle finalità di giustizia sociale che l'ordinamento orienta le attività private indirizzandole verso un fine con esse coerente, pur con la precisazione che, molto spesso, in sede di espressione dell'autonomia privata, gli

⁶⁶ Simili clausole vengono riportate nel concetto di pena testamentaria da ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1949, p. 334; V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 155;

⁶⁷ Sulla possibilità di servirsi di una clausola penale per il rafforzamento dell'obbligazione testamentaria, parte della dottrina si pone in posizione contraria sottolineandone l'incompatibilità tra la sua natura bilaterale e quella unilaterale del negozio testamentario. Così, MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 92 ss.; GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, in Contratti in generale diretto da Alpa e Bessone, in Giur. sist. Dir. civ. e comm., fondata da Bigiavi, Torino, 1991, III, p. 416. Favorevole la prevalente dottrina, la quale sottolinea il ruolo dell'accettazione dell'eredità o della mancata rinuncia del legato al fine di assicurare la necessaria bilateralità in capo al negozio dispositivo della sanzione. In tal senso CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 427; BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990 p. 163; TRIMARCHI, *Clausola penale*, Milano, 1954, p. 154 ss.; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 5 ove si condivide l'affermazione secondo cui l'autonomia testamentaria possa incontrare limitazioni solo dinanzi a disposizioni illecite, tra le quali, però, non rientra la previsione di una conseguenza sanzionatoria a fronte di un'inadempienza. Inoltre, laddove il legislatore abbia voluto impedire l'uso della penale, lo ha fatto espressamente come con l'art. 79 cod. civ. per il caso di promessa di matrimonio.

⁶⁸ CANDIAN, *La funzione sanzionatoria del testamento*, Milano, 1988, p. 145 ss., per il quale il problema della validità di queste clausole richiede un preciso giudizio circa la liceità dello scopo cui esse sono preordinate, cioè dell'interesse che, loro tramite, il testatore vuole soddisfare. Invero è agevole comprendere che, trattandosi di una clausola rafforzativa di un'obbligazione testamentaria, la sua ammissibilità dipende direttamente dalla liceità e dalla rilevanza dell'intento perseguito; cfr. GIORGIANNI, *Il «modus» testamentario*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1957, p. 219; TEDESCHI, voce «*Decadenza (dir. e proc. civ.)*», in Enc. dir., XI, Milano, 1962, p. 771 ss.; SARACENO, *Della decadenza*, in Comm. cod. civ., a cura di D'AMELIO, VI, Firenze, 1943, p. 1009 ss.; MAGAZZU', voce «*Decadenza (dir. civ.)*», in Noviss. Dig. it., V, Torino, 1960, 231 ss.; TEDESCHI, voce «*Decadenza (dir. e proc. civ.)*», in Enc. dir., XI, Milano, 1962, p. 771 ss.

⁶⁹ L'idea della giustizia della disposizione emerge nell'estensione dei casi di nullità previsti per la condizione testamentaria illecita, in quanto, spesso, codeste condizioni costituiscono lesione della libertà e dei diritti fondamentali dell'individuo: ad esempio, il divieto di nozze, quello di impedire all'onorato il divorzio e il divieto di impugnare il testamento. Così, A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, cit., p. 53

spazi ad essa destinati subiscono un rilevante ridimensionamento a causa dell'intervento delle leggi di mercato finendo per svilire il ruolo della funzione sociale del diritto⁷⁰.

E' giusto concludere, quindi, che il diritto testamentario non sfugga ad una regolamentazione funzionale alla protezione dei processi economici che avvolgono l'attuale realtà, ma che a questa si accosti, oggi, in modo sempre più sentito, l'esigenza di una tutela forte della persona da intendersi quale portatrice dei valori essenziali della libertà, uguaglianza e dignità. Tramonta, in tal senso, la valutazione del fenomeno ereditario nei termini di vicenda meramente conservativa e trasmissiva nella quale il chiamato tenda ad essere considerato solo come membro del consorzio familiare, ma non anche come individuo a sé stante, meritevole, in quanto tale, di autonoma e specifica protezione⁷¹.

⁷⁰ S. GRUDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 257; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, 1997, Napoli, cit., p. 9.

⁷¹ Ciò è coerente col tenore dell'impianto costituzionale ove la persona non è più il soggetto del diritto formalistico ed astratto, ma il soggetto storico reale considerato nella molteplicità delle sue esplicazioni e manifestazioni attive, oltre che nella varietà dei suoi bisogni, interessi, esigenze, qualità individuali, condizioni economiche, posizioni sociali ed in quanto tale da valutarsi come portatore di valori essenziali (dignità, sicurezza, uguaglianza, libertà) e fondamentali istanze di promozione e crescita della persona (salute, lavoro, istruzione). Così, SCALISI, *Persona umana e successioni*, cit., p. 390; PANZA, *Il rilievo della funzione sociale nell'acquisto mortis causa*, Bari, 1989, p. 204 ss.; FERRI, *Socialismo e diritto successorio*, in *Arch. Giur. "Serafini"*, 1964, p. 121 ss.

CAPITOLO II

GLI STRUMENTI DELL'AUTONOMIA TESTAMENTARIA. IL *MODUS* E LA CONDIZIONE

Sezione I

IL *MODUS*

SOMMARIO: 1. La natura giuridica del *modus*, tra accessorietà e autonomia. – 2. Accidentalità ed accessorietà nella fattispecie modale. – 3. Onere testamentario e legato. I diversi criteri distintivi. – 4. Onere testamentario e condizione. Aspetti differenziali – 5. L'adempimento delle obbligazioni modali. – 6. Inadempimento del modo e sua imputabilità. Effetti risolutivi sulla disposizione testamentaria. L'individuazione dei soggetti legittimati ad agire per la risoluzione. – 7. Il *modus* illecito o impossibile. Individuazione delle fattispecie e riflessi sulla volontà testamentaria.

1. La natura giuridica del modus, tra accessorietà e autonomia.

Tra gli strumenti messi a disposizione del testatore per esercitare più puntualmente la propria autonomia dispositiva si annovera, tra gli altri, il *modus* (od onere).

Appartiene tradizionalmente a tale elemento l'attitudine ad incidere sugli effetti del negozio testamentario mediante la previsione, accanto alla volontà principale, diretta alla produzione dei tipici effetti, di una volontà ulteriore, orientata a soddisfare interessi personali del *de cuius* che acquistano, per tale strada, una rilevanza giuridica di cui altrimenti resterebbero orfani.

L'esatta definizione del modo testamentario non è recuperabile dal dato legislativo, limitandosi l'art. 647 primo comma, cod. civ., a prevedere che “*tanto all'istituzione di erede quanto a quella di legato può essere apposto un onere*”. D'altronde la sua stessa disciplina

appare assai succintamente concentrata, oltre che nella suddetta norma e nell'art. 648 cod. civ., anche negli artt. 549, 629 e 671 cod. civ.

Compete, allora, all'interprete il compito di tratteggiare l'istituto in una esauriente formula descrittiva, giungendosi così a riconoscere, in esso, un peso imposto al beneficiario di una liberalità consistente in un comportamento positivo o negativo da dirigere a vantaggio dello stesso disponente o di terzi oppure alla realizzazione di una certa finalità e capace, perciò, di assorbire in tutto o in parte l'attribuzione originaria.

Tralasciando, si assume la natura accessoria dell'onere rispetto al negozio testamentario⁷² ma, pur se l'assunto ha incontrato, anche in tempi più recenti, l'approvazione di una parte della dottrina⁷³, non manca chi, abbracciando prospettive affatto diverse, postula la natura di negozio autonomo che si affianca all'istituzione di erede o di legato.

A suffragio dell'accessorietà, invero, è possibile invocare anzitutto il dato di geografia normativa che colloca l'essenziale disciplina della figura nel contesto delle disposizioni condizionali, a termine o modali. Il fatto che nessuna menzione del *modus* compaia nell'intestazione del capo V del titolo III del secondo libro del codice civile la quale impiega

⁷² In favore del carattere accessorio del modo si sono espressi in tempi meno recenti: G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 5; ZAPPULLI, voce « *Modus* », in *Nuovo dig. it.* VIII, Torino, 1939, p. 681; C. SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, Palermo, 1909, *passim*, spec. p. 107 ss. e 209 ss.; POLACCO, *Delle successioni*, I, Milano-Roma, 1937, p. 300 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, III ed. p. 445 ss.; GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, I, Padova, 1933, II ed., p. 36 ss.; ID., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1952, II ed. p. 228 ss.; F. DEGNI, *Lezioni di diritto civile. La successione a causa di morte. II. La successione testamentaria*, 2, Padova, 1936, II ed., p. 120; E. FILIPPON, *Rapporti tra il legato e il modus*, in *Giur. it.*, 1938, IV, c. 232 ss. In tempi più attuali: AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 582; BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1995, p. 627; ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 109; CICU, *Testamento*, Milano, 1951, 206; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., 683; DE SIMONE, *Il legato a carico del legatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 101 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 187; VINDIGNI, voce *Modo (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 821 ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1978, p. 187; A. GIORDANO MONDELLO voce *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 725 ss.; GARDANI CONTORSI LISI, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 772; ID., *Il legato modale (Lineamenti)*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 957 ss.;

⁷³ CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, Padova, 1994, p. 1084 ss.; BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961,1, p. 468; GRASSI, *La fattispecie modale*, Padova, 1975; C. GIANNATTASIO, *Delle Successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1978, II ed., p. 238; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1965, 1084; A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 155 ss.; F. AZZARITI, G. MARTINEZ, Giù. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, VII ed., p. 516; M. COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in *AA.VV.*, *Le successioni testamentarie*, in *Giur. sist.* Bigiavi, Torino, 1983, p. 158 s.,; G.B. BRUNO, *L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 3314, testo e nota 4.

La tesi trova seguito in giurisprudenza, cfr., tra le tante, Cass. 18 marzo 1999, n. 2487, in *Notariato*, 2000, 148; Cass. 7 settembre 1992, n. 10281, in *Foro it.*, 1993, 1, 116; Cass. 21 giugno 1985, n. 3735, in *Rep. Giur. it.*, 1985, voce *Donazione*; n. 8; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, in *Giur. it.*, 1976,1,1,1973.

la formula “*Dell’istituzione di erede e dei legati*”, evidenzerebbe, d’altronde, il ruolo di sovraordinazione della disposizione attributiva rispetto alla disposizione che reca la modalità. Conferme in tal senso giungono dalla stessa lettera dell’art. 647 cod. civ. il quale, esordendo con l’affermazione secondo cui all’istituzione di erede e al legato possa essere apposto un onere, sembra lasciare chiaramente intuire come l’impiego di tale elemento non possa non presupporre una chiamata a titolo universale o particolare cui esso dovrà accedere.

Indubbio valore assume, poi, la constatazione di come, mentre in caso di nullità del legato, l’istituzione ereditaria o quella a titolo particolare (in caso di sublegato), restano pienamente valide, nel caso, invece, in cui sia la disposizione attributiva (a titolo universale o particolare) ad essere invalida o inefficace, anche il *modus* ne sarà travolto. Orbene, una simile conseguenza, non prevista espressamente dal legislatore, intanto può ragionevolmente accogliersi, in quanto il modo venga ricondotto in un rapporto di subordinazione con la disposizione principale, atteso che, in presenza di un rapporto di reciproca autonomia, difficilmente sarebbe spiegabile il silenzio del legislatore⁷⁴.

La stessa disciplina dell’onere, ancora, depone a favore della sua natura accessoria. Si pensi all’art. 647 cod. civ., 3° comma, che in presenza di un onere impossibile o illecito privo di valore determinante, considera quest’ultimo come non apposto (*vitiatur sed non vitiat*) lasciando così salva la disposizione principale oppure all’art. 648 cod. civ., 2° comma, relativo alla risolubilità della disposizione per inadempimento del modo.

Anche l’art. 629 c.c., dettato in materia di disposizioni a favore dell’anima, non sembra smentire il principio dell’accidentalità; tale norma chiarisce che simili disposizioni “si considerano come un onere a carico dell’erede, o del legatario, e si applica l’art. 648”. Da ciò pur potendosi arguire come il lascito a favore dell’anima, che è un *modus*, possa esaurire in sé l’intera delazione testamentaria, sicché l’erede o il legatario, senza godere di alcun vantaggio per sé, diverrebbero meri erogatori dei beni del defunto, può altrettanto dedursi, però, come la legge presupponga, ugualmente e sempre, la presenza di un erede o legatario a carico del quale si pone l’onere, il che è un’indiretta conferma dell’accidentalità⁷⁵.

Da ultimo, in via più generale, si osserva come nell’ambito delle disposizioni testamentarie a carattere patrimoniale, l’art. 588, 1° comma, cod. civ., contempli le due sole tipologie di

⁷⁴ In senso conforme: CIRILLO, *Disposizioni condizionali*, cit., p. 1085; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 179.

⁷⁵ CIRILLO, *Disposizioni condizionali*, cit., p. 1093-1094.

disposizioni a titolo universale e a titolo particolare senza lasciare spazio ad un possibile *tertium genus* ⁷⁶.

Venendo ora alla diversa tesi che fotografa il *modus* come disposizione autonoma rispetto all'istituzione di erede o di legato cui si affianca, parte della dottrina ⁷⁷, sulle orme del Giorgianni, cui si deve l'elaborazione della teoria, ha ricacciato l'idea della sua necessaria accidentalità ed accessorietà, proponendo, all'uopo, diverse argomentazioni.

In primis, viene posta in evidenza la disciplina positiva dell'art. 671 cod. civ. ove è contemplato un identico trattamento per i legati e gli oneri posti a carico del legatario tale da riconoscervi l'intento di porre le due figure sul medesimo piano. Anche in caso di accettazione beneficiata, l'art. 490, n. 2) cod. civ. prevedendo una limitazione della responsabilità a carico dell'erede, per il pagamento dei debiti ereditari e dei legati, entro il valore dei beni a lui pervenuti, ricalca il medesimo trattamento riservato all'onerato.

Particolare rilievo, poi, viene riconosciuto al dato della c.d. ambulatorietà, quale elemento caratterizzante sia la disciplina del *modus* sia quella del legato. Muovendo, infatti, dagli artt. 676, 2° comma, 677, 2° comma e 677, 3° comma, cod. civ., è possibile notare come nell'uno come nell'altro caso, ove l'onerato non venga alla successione, ovvero venga pronunciata la risoluzione della disposizione per inadempimento dell'onere, colui che gli subentra, in virtù dell'accrescimento o meno, è tenuto ad adempiere la prestazione oggetto di *modus* o di legato ⁷⁸. Analoga capacità migratoria dell'onere è legislativamente prevista anche in materia di rappresentazione, ex art. 467, comma 1, cod. civ., laddove il rappresentante subentra in luogo del rappresentato e dall' art. 690 cod. civ., in tema di sostituzione ordinaria. Orbene,

⁷⁶ BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, cit., p. 472; CIRILLO, *Disposizioni condizionali*, cit., p. 1085; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1958, p. 194.

⁷⁷ GIORGIANNI, *Il "modus" testamentario*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1957, p. 889 ss., ora in *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 273 ss.; ID., *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, in Dir. e Giur., 1959, p. 149; FADDA, *Il diritto romano nella pratica, Legato modale e fondazione*, in Il Filangieri, 1896, 176 ss. e 257 ss. La teoria di Giorgianni ha trovato seguito in dottrina, cfr. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 218; CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, 189 ss.; PEREGO, *"Favor legis" e testamento*, Milano, 1968, p. 163; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2000, 488; LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 159 ss.; COSTANZO, *Problemi dell'onere testamentario*, in Riv. dir. civ., 1978, II, p. 294 ss; GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 242 ss.; CARNEVALI, voce *Modo*, in Enc. dir., Milano, XXVI, 1976, p. 686 ss.; LUPO, *Il modus testamentario*, in Riv. dir. civ., 1977, II, p. 394 ss., p. 506 ss., p. 616 ss., (spec. 415 ss.); GARRUTI, *Il "modus" testamentario*, Napoli, 1990, p. 32 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno, VI, Successioni, 2, Torino, 1997, p. 157; GARDANI CONTURSI LISI, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità dell'onere testamentario*, in Riv. dir. civ., 1955, I, 772ss.; ID., *Il legato modale (Lineamenti)*, in Riv. dir. civ., 1956, p. 957 ss. ove si riconduce il modo nell'ambito dell'esecuzione testamentaria. In senso critico alla suddetta costruzione, A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale*, cit., p. 184 ss.

⁷⁸ Se, in altri termini, Tizio nomina erede Caio con l'onere di costruire un ospedale e Caio rinuncia all'eredità, la quale viene accettata dall'erede legittimo Sempronio, costui subentrerà anche nell'obbligo predetto, che non può essere un elemento accessorio, venendo a mancare, con la rinuncia, l'efficacia della disposizione testamentaria principale. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 489.

emergendo da tali norme una vistosa deroga al principio *accessorium sequitur principale*, attesa l'attitudine dell'elemento accessorio a sopravvivere nonostante il venir meno della disposizione principale, prodotto, ora da rinuncia, ora da impossibilità di accettare, ora, infine, da invalidità della disposizione principale, se ne conclude come il modo sia da considerarsi, al pari del legato, una disposizione di carattere autonomo⁷⁹.

L'affermata autonomia del modo, ove accolta, recherebbe con sé notevoli risvolti sul piano pratico, soprattutto perché legittimerebbe l'ipotesi di un testamento con contenuto formato esclusivamente da un modo. Si pensi, a mò di esempio, al caso in cui il *de cuius* si limiti a dire: "voglio che venga costruita una chiesa"⁸⁰.

2. Accidentalità ed accessorietà nella fattispecie modale.

Il tradizionale insegnamento secondo cui, attraverso il meccanismo modale, si consente di veicolare all'interno della struttura negoziale un motivo personale sprovvisto, altrimenti, di rilevanza giuridica, riconoscendovi in tal modo quella stessa prerogativa propria anche della condizione e del termine, conduce ad allocare tale elemento nella generale categoria degli elementi accidentali, intesi quali elementi estranei al contenuto tipico del negozio utilizzato⁸¹.

⁷⁹ Parte della dottrina ridimensiona, però, il peso dell'ambulatorietà del *modus* osservando come il passaggio degli oneri costituisca una vicenda meramente effettuale che origina esclusivamente dalla legge, la quale, tuttavia, si richiama ad un atto di autonomia privata al fine di delimitarne il contenuto e la portata. L'ambulatorietà, oltretutto, riferendosi esclusivamente al profilo effettuale della figura, come regolato dalla legge, relativo al passaggio della situazione soggettiva modale ai chiamati in subordine, non assumerebbe rilevanza alcuna nella soluzione del problema circa l'accidentalità o meno del *modus*, che si pone invece riguardo alla disposizione modale, valutata sotto il profilo della fattispecie ed involge i suoi rapporti con la disposizione principale. BERTOTTO, *In tema di onere a carico dell'erede legittimo*, nota a Cass. 21 febbraio 2077, n. 4022, in *Notariato*, 2008, p. 137; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 167

⁸⁰ Qualora il modo gravi sul beneficiario della disposizione testamentaria (erede o legatario), il rapporto che lega i due negozi, ancorché autonomi, è ricostruito, da alcuni, nei termini di un collegamento negoziale. Ed è proprio l'esistenza di questo collegamento a spiegare la disciplina giuridica dell'istituto e, in particolare, l'incidenza dell'onere impossibile o illecito sulla disposizione testamentaria (art. 647, 2° comma). CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 489.

⁸¹ Analoga interpretazione del concetto di accidentalità si ritrova in: NATOLI, *Della condizione del contratto*, in *Comm. cod. civ. diretto da M. D'Amelio - E. Finzi*, Firenze, 1948; CARIOTA FERRARA, *Il negozio*, cit., p. 121 ss.; FADDA e BENZA, *Note a Windscheid, Diritto delle pandette*, IV, Torino, 1930, p. 471; D'AMELIO FINZI, IV, *Delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 423; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 515; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 13; RESCIGNO, voce *Condizione* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 763. Altri, onde riconoscere l'accidentalità di un elemento, ne valutano la necessità o meno della sua presenza ai fini della validità o della perfezione del negozio, BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 544; MESSINEO, *Manuale*, cit., I, 582; Parla di concause di efficacia non essenziali ai fini della struttura intrinseca dell'effetto: FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 155 ss.

Occorre, però, rilevare come il concreto atteggiarsi dell'accidentalità all'interno del congegno modale presenti caratteristiche proprie tali da differenziarlo rispetto all'ipotesi in cui sia chiamato ad operare in un negozio condizionato o a termine. Dottrina e giurisprudenza, invero, riconoscono in simili casi il principio della inscindibilità della volontà negoziale in tal modo formulata e ciò, in materia di condizione, verrebbe consacrato nell'art. 1354 1° comma, cod. civ., ove è sancita la nullità del contratto in cui è apposta una condizione sospensiva o risolutiva illecita.

La volontà condizionata o sottoposta a termine, infatti, si presenta strutturalmente e funzionalmente unitaria ed autonoma rispetto alla volontà pura e semplice, di talchè il negozio così costruito si sostanzia in qualcosa di diverso da quello puro, attesa la volontà del soggetto stipulante che gli effetti si producano solo in coerenza con l'evento dedotto. La volontà precettiva, in altri termini, risulta unica, posto che gli effetti sono voluti solo in quel modo e non in un altro⁸².

Nel negozio modale, invece, sarebbe sempre possibile riconoscere due distinte volontà: una principale, diretta alla produzione degli effetti tipici ed una subordinata, diretta a veicolare il *modus* all'interno del negozio e ad aggiungere così effetti ulteriori ed accessori rispetto ai primi.

Si può allora osservare come l'innesto di una condizione o di un termine all'interno dello schema negoziale non è in grado di attivare la produzione di effetti aggiuntivi rispetto a quelli già normalmente ad esso riconducibili, realizzandosi, piuttosto, un intervento su tali effetti tipici diretto a sospenderli o risolverli ovvero a differirne nel tempo la nascita o l'estinzione. Al contrario, nel negozio *sub modo*, si realizza, di fianco al tipico effetto liberale – di natura reale, obbligatoria o liberatoria – la produzione di un ulteriore effetto a carattere obbligatorio e limitativo in senso economico del contenuto della liberalità.

⁸² In favore dell'inscindibilità della condizione, si vedano, tra gli altri, i contributi di: TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., XL ed., p. 163; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in Comm. cod. civ. a cura di magistrati e docenti, IV, Torino, 1980, p. 233; BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 515 ss.; D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, in Riv. dir. civ., 1970, I, p. 70 ss.; FADDA BENSA, *Note a Windscheid*, cit., 468 ss.; BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937, p. 13 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio*, cit., 656; GIAMPICCOLO, op. cit., p. 158; MESSINEO, *Manuale*, cit., I, p. 584; MARINI, *Il modus come elemento accidentale*, cit., p. 327 ss.; DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995, p. 33 ss.; DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, p. 400; Su posizioni critiche circa il dogma dell'inscindibilità, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 88 ss.; GARDANI CONTURSI LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1997, p. 76 ss.; SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 459 ss.; TRABUCCHI, *Il valore attuale della regola sabiniana*, in Giur. it., 1953, I, 1, 844; WINDSHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di Fadda e Bensa, I, Torino, 1930, p. 284.

Da ciò si deduce come nell'ambito della fattispecie modale, il rapporto che lega la disposizione attributiva principale con la disposizione subordinata e secondaria non è tanto quello dell'accidentalità, bensì quello dell'accessorietà. Ciò, invece, non potrebbe ripetersi per la condizione stante l'unicità ed inscindibilità della volontà condizionata che esclude quella necessaria dualità concettuale tra l'elemento principale ed accessorio⁸³.

Risulta, tuttavia, possibile parlare di accidentalità del modo qualora esso sia apposto ad un'istituzione testamentaria a titolo universale o particolare, giacché in simili eventualità l'accidentalità si riferisce solo al negozio ed indica la possibilità di configurare il tipo di disposizione testamentaria attributiva anche in assenza del modo.

3. *Onere testamentario e legato. I diversi criteri distintivi.*

La definizione del *modus* scolpita dagli interpreti, secondo cui tale elemento si traduce in un peso posto in capo ai destinatari di un negozio di liberalità, ne palesa, implicitamente, l'ulteriore natura di beneficio in favore di chi è designato ad avvantaggiarsene. Da qui si intravedono aspetti simili con la disposizione a titolo di legato tali da spingere dottrina e giurisprudenza a interrogarsi sulla reale entità dei rapporti correnti tra le due figure. Operazione, questa, che mette in luce differenti letture interpretative cui si legano altrettante differenti soluzioni.

Un primo criterio, seguito soprattutto in giurisprudenza, riporta la problematica ad una *quaestio voluntatis* ossia alla necessità di valutare in che direzione sia orientata la volontà del testatore. Ove, infatti, questi abbia inteso realizzare in favore del beneficiario un'attribuzione diretta, potrà riconoscersi un legato; qualora, invece, detta attribuzione sia costruita come una modalità attributiva meramente indiretta, potrà parlarsi di onere. Coerentemente, il legatario

⁸³ Sulla distinzione delle nozioni di accidentalità ed accessorietà si veda: MARINI, *Il modus come elemento accidentale nel negozio gratuito*, cit., p. 36, il quale riferisce l'accessorietà all'intensità dell'interesse perseguito mentre l'accidentalità pone la questione della compatibilità col tipo; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, p. 196 ss., in cui si tratteggia anche la differenza tra elementi primari e secondari del negozio; relativamente alla condizione, questa è inquadrata, sin dalla Pandettistica, tra le « *Nebenstimmungen* », o « determinazioni accessorie » dell'atto, il che sta a significare la non essenzialità dell'elemento considerato rispetto alla residua regolamentazione negoziale, tuttavia, la condizione diventa essenziale nel concreto regolamento di interessi, costituendo elemento primario del relativo contenuto, ed incidendo in modo rilevante sulla sua disciplina. Per l'accessorietà intesa come difetto di autonomia della condizione e di inidoneità della stessa a costituire oggetto esclusivo di regolamentazione negoziale essendo necessariamente parte di un più completo programma di interessi si veda PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita su «cosa futura»*, cit., p. 131, il quale afferma correttamente che « L'accessorio non è l'inessenziale, il contingente, l'accidentale, ma ciò che non ha ragion d'essere senza il principale ».

si attingerà ad avente causa dal *de cuius* ed il beneficiario del modo ad avente causa dall'onerato.

In realtà, il descritto principio sembra peccare di una certa fragilità nel momento in cui presume di affidarsi ad interpretazioni e supposizioni incerte e non verificabili circa la volontà testamentaria onde collocare la disposizione nell'una o nell'altra categoria. Viepiù, quando si tratti di discernere il modo testamentario dal legato di tipo obbligatorio, ovvero privo di efficacia attributiva diretta dei beni del testatore, resterebbe molto arduo sostenere che il legatario succeda direttamente al *de cuius*, e, poiché non pochi sono i casi in cui l'ordinamento contempra ipotesi di legato ad effetto meramente obbligatorio, la distinzione proposta non può dirsi sufficientemente appagante⁸⁴.

Altra ricostruzione poggia, invece, sulla assunta accessorietà del *modus* a fronte dell'autonomia del legato; il modo presupporrebbe sempre, come visto, *ex art. 647, 1° comma cod. civ.*, un'istituzione di erede o di legato cui poter accedere, laddove il legato si sostanzierebbe in una disposizione a titolo particolare rientrante nella bipartizione di cui all'art. 588 cod. civ. Questa impostazione, tuttavia, risulta ampiamente avversata da altra parte della dottrina, la quale, come si è già precedentemente rilevato, sottolinea come essa si ponga in aperto contrasto con la disciplina legislativa di cui agli artt. 676 e 677 cod. civ., da cui emerge un'ampia ambulatorietà del *modus* dal lato passivo che è inconciliabile con l'indicata accessorietà.

Ulteriore prospettiva è quella di chi sostiene come il legato abbia un contenuto necessariamente patrimoniale, a dispetto del *modus*, capace, invece, di assumere portata diversa.

⁸⁴ GIORDANO-MONDELLO, voce «*Legato*», in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 724 e ss., nonché TRABUCCHI, voce «*Legato (diritto civile)*», in *Noviss Dig it IX*, Torino, 1963, pp. 610-611; AZZARITI, G. MARTINEZ GIÙ AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 517; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 582; ALLARA, *Il testamento. I. Il testatore. II. La volontà testamentaria e la sua manifestazione*, Padova, 1936, p. 121; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano.*, pp. 34-36, CARAMAZZA, *Delle successioni*, cit., p. 310; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., pp. 238-239; DE SIMONE, *Il legato a carico del legatario, (c.d. sub-legato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 101 ss.; VINDIGNI, voce *Modo (diritto civile)* in *Novissimo Digesto Italiano*, p. 826; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., p. 239; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 491 il quale osserva come «tra la disposizione « lascio a Tizio il fondo Tuscolano con l'obbligo di dare cento a Mevio » (ipotesi che secondo il criterio enunciato sarebbe disposizione modale) e la disposizione « lascio il fondo Tuscolano a Tizio e lego a Mevio cento che gli saranno dati da Tizio » (sicura ipotesi di sublegato) sostanzialmente non c'è differenza; entrambe le disposizioni, sia pure concepite in forma diversi, sono, nella realtà, due legati».

In giurisprudenza: Cass., 30 luglio 1999, n. 8284, in *Giur. it* 2000 p. 1175 ss.; Cass., 28 novembre 1984, n. 6194, cit.; Cass., 26 gennaio 1981, n. 576, in *'Rep Foro it'*, 1981, « Successioni (imposta) », n. 57; Cass., 11 giugno 1975, n. 2306; Cass. 16 gennaio 1975, n. 162, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 1408 ss.; Cass. 10 agosto 1963, n. 2278, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2316; Cass., 21 maggio 1958, n. 1706, in *Mass. Giur. it.*, 1958, 388-389; Cass. 31 ottobre 1958, n. 3580; Cass., 5 marzo 1959 n. 629 in *Foro it.*, 1960, I, c. 824 ss.; Cass., 5 novembre 1955, n. 3597, in *Giur. it.* 1956, I, 1, c. 208 ss.; Cass., 13 giugno 1950, n. 1498.

Anche tale soluzione non appare persuasiva alla luce del dato sistematico che sembra deporre in favore di una visione del *modus* sotto forma di vera e propria obbligazione: ne è prova la previsione di un'apposita azione volta ad ottenere l'adempimento del modo e che lascia presupporre come il beneficiario debba ritenersi titolare di un vero e proprio diritto di credito con conseguente rilevanza patrimoniale della stessa disposizione, senza contare, poi, la previsione generale dell'art. 1174 cod. civ. che esige, in capo alla prestazione oggetto dell'obbligazione, l'idoneità ad essere valutata in termini economici.

L'inadeguatezza degli approcci finora analizzati spinge la più moderna dottrina ad abbandonare la ricerca dell'elemento differenziale tra *modus* testamentario e legato, in un dato meramente intrinseco e a prediligere, invece, un criterio basato sulla indeterminatezza o meno del loro beneficiario⁸⁵. Si osserva, infatti, come il *modus* quando non è disposto in favore dello stesso testatore, può legittimamente rivolgersi anche a beneficio di un'intera categoria di persone o comunque di soggetti non determinati, mentre legatari non possono non essere persone esattamente determinate, ciò valendo anche per l'ipotesi di cui all'art. 631 cod. civ.⁸⁶. Da ciò consegue, peraltro, come il modo concepito a favore di una persona esattamente determinata assuma, in realtà, l'identità di un legato, destinatario, come tale, delle norme codicistiche ad esso dedicate e, ancora, che anche per il modo debba trovare applicazione il principio generale dettato dall'art. 628 cod. civ., per cui la relativa disposizione testamentaria è nulla se i beneficiari dell'onere non possono essere in alcun modo determinati.

4. Onere testamentario e condizione. Aspetti differenziali.

Il confronto tra l'onere e la condizione coinvolge ed interessa diversi aspetti ed è pertanto sviluppato su più fronti. Esso non si estende a tutti i tipi di condizione, ma esclusivamente a

⁸⁵ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 393-394; COSTANZO, *Problemi dell'onere testamentario*, in Riv. dir. civ., 1978, p. 310; CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 15 ss.; TRIOLA, *Il testamento*, cit., p. 258 ss; BONILINI, *Il concetto*, in BONILINI - BASINI, *I legati*, in Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 23; BONILINI, *Dei legati (Artt. 649-673)*, in Cod. civ. Comm., fondato e già diretto P Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2006, II ed., p. 33; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio*, cit. p. 159 ss.; CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1085; BRUNO, *L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere*, nota a Cass. 18 marzo 1999, n. 2487, in Giust. civ., 2000 p. 3315.

⁸⁶ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 492. Il legato è il mezzo tipico per beneficiare un soggetto mediante disposizioni *mortis causa*, poco importando se il vantaggio si realizza *recta via* (legato reale) ovvero per intermediazione dell'onerato (legato obbligatorio). In entrambe le ipotesi, infatti, l'onorato diventa attributario di un diritto, reale o di credito, alla morte del testatore; ciò è sufficiente per l'esistenza dei connotati tipici del legato.

quella potestativa visto che solo in questa, come nell'onere, il contenuto è dato dal comportamento del soggetto.

Relativamente alla struttura, è facile notare come, per coloro che aderiscono alla tesi del *modus* quale negozio autonomo, benché collegato a quello principale, la differenza rispetto alla condizione si giustifichi per la natura accidentale di quest'ultima.

Quanto all'impatto sull'efficacia del negozio, dottrina e giurisprudenza non mancano di segnalare come i due elementi reagiscano diversamente. La condizione, infatti, agendo sugli effetti tipici del negozio li rende incerti; al contrario, il *modus* non interviene su di essi per modificarli, bensì per aggiungerne di ulteriori, realizzando così una restrizione dei primi solo in senso economico⁸⁷.

Occorre, tuttavia, mantenere distinta la condizione sospensiva da quella risolutiva.

La prima, invero, atteso il suo effetto sospensivo, impedisce al negozio principale di esplicare la sua efficacia, ma nessun vincolo determina in capo alle parti; il *modus*, invece, non sospende l'efficacia dello stesso ma crea un vincolo di natura obbligatoria tra le parti⁸⁸.

Anche in presenza di una condizione risolutiva potestativa, il soggetto non è tenuto ad alcun adempimento coincidendo, semmai, l'esecuzione del comportamento dedotto in condizione, con l'interesse a che il negozio non diventi inefficace. Ove, poi, tale comportamento non venga mantenuto, la condizione risolutiva opera automaticamente, mentre la stessa cosa non può dirsi in caso di inadempimento del modo, atteso che qui non si risolvono gli effetti della liberalità e, se è stata prevista la risoluzione, sarà comunque necessaria la pronuncia dell'autorità giudiziaria, come risulta dagli artt. 648, 2° comma e 793, 4° comma.

La condizione, infine, è dotata di un'efficacia retroattiva reale, in grado di rendere opponibile, anche nei confronti dei terzi, le conseguenze dell'avveramento o inavveramento della stessa, mentre l'inadempimento del *modus*, sempreché sia prevista la risoluzione, non può avere che retroattività obbligatoria come accade per ogni risoluzione per inadempimento.

Particolare rilievo assume, infine, l'aspetto interpretativo inteso come indagine volta a evidenziare il reale valore attribuito dallo stipulante agli elementi introdotti nel negozio.

In tal senso, può affermarsi che la condizione rivesta sempre valore determinante giacché al suo avveramento si riallaccia indubbiamente (quando previsto) un effetto risolutivo sul negozio; il modo, al contrario, pur potendo, non riveste necessariamente il ruolo di motivo

⁸⁷ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, p. 186; CARNEVALI, voce *Modo*, cit., p. 689; COSTANZO, voce *Modo*, cit., p. 3.

⁸⁸ Cass. 13 giugno 1950 n. 1498 in *Giur. Compl. Cass. civ.* 1950, III, 1058 con nota di NATOLI, *In tema di modo condizionale*; Cass. 11 giugno 1975, n. 2306, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1968. In dottrina: MARINI, *Il modo come elemento accidentale del negozio*, cit., p. 319 ss. il quale mostra, tuttavia, alcune perplessità.

unico e determinante della volontà negoziale come si ricava dagli artt. 647, 3° comma e 794 cod. civ.

Ove, però, l'impiego di questo criterio non restituisca risultati soddisfacenti, potrà soccorrere l'art. 1371 cod. civ., in ragione del quale il negozio gratuito deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato cosicché i casi dubbi vadano risolti nel senso di riconoscere una condizione che, come visto, non dà luogo ad obbligazioni, a differenza del modo, e costituisce, quindi, l'interpretazione più favorevole al beneficiario, il quale, rispetto alla clausola da interpretare, è l'unico soggetto obbligato⁸⁹.

Quanto detto, comunque, non impedisce di cogliere come condizione e modo condividano l'attitudine a veicolare i motivi individuali nell'ambito del negozio concreto pur dovendo specificarsi come il *modus* si presenti maggiormente autonomo nei confronti del negozio principale di quanto non accada per la condizione; a differenza di quest'ultima, infatti, il suo carattere è quello di una disposizione accessoria che si affianca ma non si compenetra nella relativa disposizione *mortis causa*, cioè non forma con essa una volontà unica.

Da ciò discende che la disciplina di cui all'art. 647, 3° comma, cod. civ., ove si afferma il principio per cui l'onere impossibile o illecito si considera *tamquam non esset*, a meno che non abbia costituito l'unico motivo della disposizione, appare, in ragione della maggior autonomia del modo, più coerente e comprensibile rispetto a quanto avviene, in materia di condizione, per l'art. 634 cod. civ. e per la regola sabiniana ivi contemplata, atteso che, in quest'ultimo caso, la parziale sopravvivenza della disposizione testamentaria può concepirsi solo al costo di una vistosa deroga al principio di inscindibilità della volontà condizionata.

5. L'adempimento delle obbligazioni modali.

La varietà di contenuto in cui può articolarsi l'obbligazione modale trova riflesso e fondamento nell'altrettanta poliedricità di interessi che possono animare il testatore al momento di disporre; interessi che, attraverso il modo, si vogliono veder realizzati e che a tal fine, possono suggerire di rivolgere le prestazioni ora a vantaggio proprio, ora a vantaggio dell'onerato, ora in favore di categorie di persone indeterminate⁹⁰.

⁸⁹ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 490; CARNEVALI, voce *Modo*, in Enc. Dir., vol. XXVI, Milano, 1976, p. 689 ss.

⁹⁰ BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 236; GIORGIANNI, *Il « modus » testamentario*, cit., p. 899; Esempi di onere concepiti per il vantaggio dello stesso disponente sono quelli in cui la prestazione abbia ad oggetto la erezione di un monumento funebre o il mantenimento di un animale caro al *de*

L'adempimento delle obbligazioni modali, invero, rappresenta tematica poco sviluppata in campo legislativo, rintracciandosi sul punto l'unica norma dell'art. 648, 1 comma, cod. civ., che, con formula sfumata e un pò generica, legittima ad agire, per l'adempimento del *modus*, qualsiasi interessato. Tale formula, tuttavia, parlando espressamente di adempimento, porta a concludere come ci si trovi nel campo delle obbligazioni e che i soggetti qui indicati non agiscano come portatori di un interesse altrui, ma di un interesse proprio⁹¹.

La conferma di tale carattere obbligatorio, sta nella previsione dell'art. 647, 2° comma cod. civ., relativa alla possibilità per l'autorità giudiziaria di costringere l'onereato, mediante la procedura di cui all'art. 750 c.p.c., al versamento di una cauzione. Ebbene, la cauzione è strumento verosimilmente concepito in vista di un futuro adempimento e, pertanto, di una possibile insolvenza dell'onereato cosicché, in coerenza alla realtà normativa, una sua previsione da parte della legge sta ad indicare che vi sono dei creditori portatori di aspettative giuridicamente protette.

Si pone, allora, il problema di definire esattamente tale categoria chiarendo subito come questa non coincida con coloro che sono genericamente portatori di un interesse ad agire in base all'art. 100 c.p.c.⁹² e ciò sia che si assuma l'irrelevanza dell'interesse processuale ad agire⁹³, sia che si riconosca in capo alla norma natura precettiva⁹⁴.

cuius; appartengono, invece, alla seconda ipotesi i casi in cui il testatore imponga di destinare la somma elargita all'istruzione dell'onereato; ricorre, infine, un'ipotesi di modo a vantaggio di categorie indeterminate di persone quando sia fatto obbligo all'onereato di destinare un immobile a lui legato a centro di assistenza medica, sociale o culturale, o di consentire l'accesso agli studiosi presso una biblioteca o un archivio a lui legati, o, ancora, di offrire sostegno economico a uno studente bisognoso da scegliere fra quelli frequentanti una certa università.

⁹¹ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 910. Diversa la posizione di GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., pp. 233-234 il quale, pur ammettendo la capacità del *modus* di generare un obbligo giuridico, aggiunge che gli interessati non sono creditori, perché agiscono come esecutori della volontà del testatore.

⁹² GRASSO, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus*, 1968, p. 349 ss.; SASSANI, voce *Interesse ad agire*. I), *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, p. 6 s.; GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, p. 334 ss.; ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Problemi di diritto*. I, Milano, 1957, p. 233; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, pp. 92 ss. e 123 ss.; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 342 s.; PROTO, *Il modo*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da Bonilini, t. II, p. 1129, il quale afferma come: "per un verso, l'art 648 cod. civ. pone un problema di legittimazione ad agire, ossia di *qualificazione simultanea* di rapporti, che logicamente precede ogni questione circa l'interesse processuale. Per altro verso, configurando una "prognosi di utilità dell'effetto giuridico" — richiesto e valutato, da colui che agisce, come conforme alla norma sostanziale invocata — il giudizio sull'interesse processuale non assume rilievo nelle azioni di condanna, quale è quella per l'adempimento del modo, almeno dove l'assenza della necessità di tutela consegua alla carenza di taluno degli elementi necessari per il conseguimento di un provvedimento favorevole: l'assenza del potere di pretendere l'esecuzione della prestazione si traduce in una carenza non già dell'interesse ma del 'diritto', con conseguente obbligo del giudice di rigettare la relativa domanda come infondata e non come inammissibile".

⁹³ ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, cit., p. 227; REDENTI, *Diritto Processuale*, Milano, 1980, III ed. a cura di E. Carancini e M. Vellani, p. 67 s.; SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, p. 169ss.; REDENTI, *Diritto Processuale*, Milano, 1980, III ed. a cura di E. Carancini e M. Vellani, p. 67 s.

⁹⁴ V., specialmente, G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, p. 3 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1953, II ed., p. 162 s.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli 1979, p. 312 ss.; SASSANI, voce *Interesse ad agire*. I), *Diritto processuale*

Tale impostazione, infatti, determinerebbe una non corretta sovrapposizione tra interesse e legittimazione ad agire e non consentirebbe di identificare con certezza i possibili creditori dell'adempimento limitandosi solo a rinviare la questione.

L'analisi, allora, consapevole della non scontata coincidenza fra beneficiario del *modus*, inteso come destinatario dell'attività dell'onerato e soggetto interessato al suo adempimento, abilitato cioè ad agire in giudizio in caso di inadempimento, va condotta con riferimento alle singole ipotesi in concreto verificabili, escludendo quella dell'onere disposto in favore di persona determinata che si è detto corrispondere ad un legato.

Principiando dalla fattispecie del *modus* disposto in favore di categorie indeterminate di persone, si rileva come il più delle volte ad essa sottenda un fine assistenziale o di beneficenza che si esplica in favore di quei soggetti che vivano uno stato di precarietà fisica, patrimoniale o sociale. Dinanzi all'incertezza che avvolge simili disposizioni è possibile invocare l'art. 630 cod. civ. in virtù del quale "le disposizioni a favore dei poveri e altre simili, espresse genericamente, senza che si determini l'uso o il pubblico istituto a cui beneficio sono fatte, s'intendono fatte in favore dei poveri del luogo in cui il testatore aveva il domicilio al tempo della sua morte, e i beni sono devoluti all'ente comunale di assistenza". Da tale norma si ricava l'esistenza di un criterio atto a correggere la denunciata indeterminatezza mediante l'indicazione di un soggetto determinato, quale un ente specifico, su cui concentrare il potere rappresentativo del gruppo chiamato e riconoscere la titolarità del diritto ad agire per l'adempimento, essendone il solo ed autentico interessato⁹⁵.

La soluzione descritta, però, non trova spazio ove la disposizione modale sia strutturata dal testatore in modo da non consentire l'intestazione dell'interesse in capo ad alcun soggetto, dovendosi allora considerare il *modus* come non apposto oppure valutarlo alla stregua di una mera raccomandazione, munita di rilevanza esclusivamente morale e inidonea, qualora violata, a rappresentare inadempimento⁹⁶.

civile, in Enc. giur. Treccani XVII, Roma, 1989, p. 4 ss.; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996, II ed., p. 341 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2007, VII ed., a cura di V. Colesanti, E. Merlin e E.F. Ricci, p. 144 ss.

⁹⁵ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 904; *contra* MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio*, cit., p. 237-238, il quale paventa il rischio di un indebito restringimento della cerchia degli interessati.

⁹⁶ In giurisprudenza: Cass., 11 giugno 1975 n. 2306, in *Giur. it.*, 1976, I, 1968. Non sussiste una necessaria coincidenza fra i soggetti legittimati all'azione di adempimento di un onere testamentario e quelli legittimati a proporre l'azione di risoluzione della disposizione testamentaria gravata dall'onere per inadempimento dell'onere stesso. Infatti, la legittimazione alla domanda di adempimento compete unicamente ai portatori dell'interesse, anche non patrimoniale, la cui realizzazione il testatore ha avuto di mira nel disporre il modo e, più precisamente, nei casi in cui l'onere sia stato disposto a vantaggio di una categoria generica di persone, legittimati a chiedere l'adempimento sono tutti gli appartenenti a questa categoria, salvo che non sussista un ente istituzionalmente preposto a curare in modo esclusivo gli interessi della categoria medesima e, nel caso in cui il modo sia diretto a soddisfare un interesse morale dello stesso testatore, legittimati non sono gli eredi in quanto

Nel diverso caso in cui il testatore abbia voluto orientare l'adempimento del *modus* in proprio favore, appare evidente come gli interessi presi in considerazione siano necessariamente legati a circostanze e situazioni future, destinate a formarsi per il tempo successivo alla sua morte. E' il caso, ad esempio, dell'aspirazione a veder onorata la sua memoria mercè la costruzione un monumento funebre o ad assicurarsi suffragi per la propria anima mediante la celebrazione di messe.

In simili circostanze, a ben vedere, diventa difficile sostenere come il beneficiario dell'onere sia sempre anche l'interessato al suo adempimento atteso che il *de cuius* pur essendo il destinatario delle prestazioni, non sarà, evidentemente anche il portatore dell'interesse ad agire per il loro adempimento.

Apertasi la successione, pertanto, l'individuazione di coloro che saranno chiamati a tutelare questo interesse privato e personale del defunto avverrà non tanto in base alla qualità ereditaria, bensì in relazione all'intimità del vincolo esistente col *de cuius*, di talchè la titolarità dell'azione di adempimento non potrà che spettare esclusivamente ai suoi prossimi congiunti⁹⁷.

Da ultimo, resta l'ipotesi dell'onere rivolto a vantaggio dello stesso onerato; circostanza in cui il maggior problema è proprio quello di individuare i soggetti interessati all'adempimento, atteso che qui, pur se l'onerato è chiamato al compimento di una certa prestazione che limita l'effetto liberale del negozio, si verifica, comunque, in suo favore, l'acquisto di un'utilità. All'assenza di qualsiasi interessato, invero, conseguirebbe che un eventuale inadempimento resti privo di conseguenze (ciò che rappresenterebbe un'evidente incoerenza con la disciplina

tali, ma i prossimi congiunti del *de cuius*, ai quali si trasferisce la tutela degli interessi più intimamente connessi alla persona del defunto. Per contro, la legittimazione a chiedere la risoluzione della disposizione testamentaria gravata dall'onere compete esclusivamente ai soggetti che, per effetto di detta risoluzione, subentreranno nella posizione giuridica dell'onerato inadempiente e, cioè, nel caso in cui l'onere sia a carico dell'erede testamentario, la legittimazione ad agire compete agli eventuali sostituiti, o ai coeredi aventi diritto all'accrescimento ovvero agli eredi legittimi e, nel caso in cui l'onere gravi sul legatario, la stessa legittimazione spetta all'eventuale sostituito, o al collegatario avente diritto all'accrescimento, ovvero agli eredi testamentari o legittimi e, più in generale, agli onerati del legato; Cass., 30 settembre 1968, n. 3049, in *Giust. civ.*, 1969, I, 1135, l'azione per l'adempimento spetta a chiunque abbia un interesse materiale ed anche non patrimoniale all'adempimento e, tra questi, al beneficiario del *modus*; Cass., 10 agosto 1982, n. 4478, in *Foro it.*, 1983, I, 707.

⁹⁷ Si veda, Cass. 13 agosto 1980, n. 4936, in *Mass. Giur. it.*, 1980, 1216. Nel caso in cui l'onere testamentario sia diretto a soddisfare un interesse morale dello stesso testatore, legittimati ad agire per l'adempimento sono non gli eredi in quanto tali, ma i prossimi congiunti del *de cuius*, ai quali si trasferisce la tutela degli interessi più intimamente connessi alla persona del *de cuius* medesimo. In dottrina, GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 906;

del codice)⁹⁸ dovendosi allora diversamente interpretare la volontà del testatore non più come disposizione modale, ma piuttosto quale *nudum praeceptum* o raccomandazione⁹⁹.

Merita riflettere, infine, sul problema dei limiti alla responsabilità che investe l'onerato nell'adempimento dell'obbligazione modale, dovendosi stabilire, in sostanza, se questi vi sia tenuto *intra vires*, ossia nei limiti delle sostanze ricevute o *ultra vires*, ossia oltre tale confine coinvolgendo così anche il suo personale patrimonio.

Il problema è specificamente affrontato in sede legislativa solo per il legato attraverso il disposto dell'art. 671 cod. civ. che, coerentemente al carattere di disposizione a titolo particolare, sostanzialmente limitata, dispone che il legatario sia tenuto all'adempimento del legato e di ogni altro onere a lui imposto entro i limiti del valore della cosa legata.

Riguardo alla posizione dell'erede, invece, il silenzio del legislatore sul punto porta dottrina e giurisprudenza prevalenti a richiamare, inevitabilmente, i generali principi dettati in materia successoria cosicché, salvo che l'eredità sia stata accettata con beneficio d'inventario, questi sarà tenuto all'adempimento dell'onere anche oltre il valore della quota ricevuta¹⁰⁰.

Tale conclusione, seppur ha il pregio della coerenza al dato sistematico, non appare comodamente coordinabile con l'essenza stessa del modo, inteso, come detto, quale peso o limite posto dal disponente alla disposizione liberale. Infatti, in ossequio a tale definizione, l'onere non potrebbe arrivare a svuotare del tutto il valore dell'attribuzione ed anzi col rappresentare strumento peggiorativo per le condizioni dell'erede onerato, finendo, altrimenti, per assumere, rispetto alla relativa disposizione, un ruolo ben diverso dal semplice peso e una capacità ben lontana da quella di correggere semplicemente l'entità del beneficio erogato. Viepiù, la stessa finalità del *modus* rischierebbe di restare mortificata dinanzi alla probabile scelta dell'erede di sottrarsi all'adempimento di una tale, gravosa prestazione lasciando così inappagati gli interessi da esso veicolati. Tale scelta, tuttavia, potrebbe essere scongiurata

⁹⁸ CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1088; GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 907.

⁹⁹ CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., pp. 264-265, il quale avanza perplessità circa la stessa ammissibilità della fattispecie. Riscontrandosi il legato in ogni disposizione a titolo particolare fatta in favore di un soggetto determinato, consegue che non sono configurabili modi in favore dello stesso onerato dovendosi piuttosto ravvisare nelle relative disposizioni una condizione risolutiva se non quella di un semplice *nudum praeceptum*.

¹⁰⁰ GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, p. 234; CARNEVALI, voce *Modo*, cit., p. 692; BIGLIAZZI-GERI, *Le successioni a causa di morte*, cit., p. 138; CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 343; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, p. 247;

In giurisprudenza: App. Lecce 20 marzo 1958; Cass., 31 marzo 1953, n. 855, in *Giust. civ.*, 1953, I, 1146; ove è senz'altro ammessa la possibilità che l'onere apposto ad una disposizione testamentaria assorba l'intero valore dell'attribuzione; Cass., 10 agosto 1963, n. 2278, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2316; Cass., 25 febbraio 1981, n. 1154, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1339 ove è affermata una responsabilità *ultra vires* anche per l'erede puro e semplice.

dinanzi ad una prestazione frazionabile e, come tale, suscettibile di essere eseguita solo in parte ossia in misura proporzionale a quanto ricevuto in eredità¹⁰¹.

Uscendo dalle ipotesi dell'adempimento volontario, giova cennare alla possibilità di intervenire in via forzata sull'esecuzione dell'onere testamentario. Il ricorrere, infatti, dei caratteri dell'obbligazione e il suo frequente atteggiarsi nei termini di prestazione di dare o fare, induce la giurisprudenza a non ravvisare ostacoli all'applicazione di una simile procedura, occorrendo sempre, però, che la prestazione si presenti fungibile.

La non completa ed assoluta corrispondenza della fattispecie modale alla vera e propria obbligazione, renderà necessario apportare alcuni adattamenti alla procedura esecutiva, adattamenti non adoperabili, invece, con la norma di cui all'art. 2932 cod. civ., considerata qui assolutamente inconciliabile¹⁰².

6. Inadempimento del modo e sua imputabilità. Effetti risolutivi sulla disposizione testamentaria. L'individuazione dei soggetti legittimati ad agire per la risoluzione.

Il legislatore affida all'art. 648, cod. civ., la disciplina della risoluzione della disposizione modale, stabilendo che ad essa possa farsi luogo esclusivamente in due casi: o quando questa sia stata prevista dal testatore o quando l'adempimento dell'onere abbia rappresentato il solo motivo determinante della disposizione.

Tale normativa, evidentemente limitativa, pur orientandosi a disciplinare un epilogo anomalo e residuale della vicenda, si rivela indispensabile per riconoscere rilevanza giuridica all'onere testamentario evitando che esso abbia a ridimensionarsi a mera esortazione di natura morale.

Alla base del rimedio risolutivo si scorge qui sempre un giudizio di segno negativo circa la realizzabilità o meno, da parte dell'onerato, dell'interesse del *de cuius*, vuoi perché in tal senso deponga il comportamento del soggetto obbligato, vuoi perché l'esecuzione della prestazione si faccia impossibile.

L'estensione all'onere testamentario delle disposizioni dettate negli artt. 1453 e ss. cod. civ. in materia di risoluzione contrattuale, trova accoglimento in gran parte della dottrina nonché

¹⁰¹ CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1089

¹⁰² Si esprimono in favore dell'esecuzione forzata del *modus*, CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in Comm. teorico pratico del cod.civ. dir. da De Martino, Novara-Roma, 1982, pp. 324-325; GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, cit., p. 915; MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XX, Torino, 1985, p. 275 e ss. il quale si sofferma sulla questione della infungibilità della prestazione dedotta.

In giurisprudenza: App. Lecce 20 marzo 1958; Cass., 17 marzo 1964, n. 605, in *Mass. Giur. it.*, 1964, e. 187; Cass., 19 novembre 1969, n. 3754, in *Foro it.*, 1970, I, 837, con nota di PERA; Cass. 25 febbraio 1981, n. 1154.

della giurisprudenza ¹⁰³, mentre tutt'altro che pacifica appare la soluzione circa i presupposti di tale applicazione distinguendosi tra chi esige a tal fine l'esistenza di un inadempimento colpevole e chi invece rifiuta la necessità di simile qualificazione.

La questione, invero, si riannoda all'individuazione dell'esatto fondamento sotteso alla risoluzione per inadempimento.

Coloro che ravvisano in questa uno strumento con fine sanzionatorio e punitivo ¹⁰⁴ concludono che l'inadempimento non possa non avere carattere colposo ¹⁰⁵; al contrario, chi guarda alla risoluzione come ad una misura diretta a intervenire nei casi in cui il rapporto obbligatorio non trovi attuazione, non esige a suoi presupposti particolari colorazioni soggettive, concentrandosi unicamente sul dato della non esatta esecuzione ¹⁰⁶.

¹⁰³ BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia-Le successioni*, Milano, 2001, III ed., p. 723; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., p. 496; COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., p. 171; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 2004, IV ed., p. 231; SANTARSIERE, *Disposizioni del legato con onere. Se il ritardato adempimento possa determinarne la risoluzione*, in *Arch. civ.*, 1998, II, p. 1086; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 237 s.; CARNEVALI, voce *Modo*, cit., p. 693, il quale esprime alcune perplessità.

In giurisprudenza: App. Napoli, 15 luglio 1951, in *Giur. compi. Cass. civ.*, 1951, XXX, p. 1124 ss.; App. Palermo, 6 novembre 1957, in *Giur. siciliana*, 1958, p. 236 ss.; Cass., 18 gennaio 1951, n. 133, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 97 ss.; Cass., 15 ottobre 1954, n. 3741, in *Foro it.*, 1955, I, c. 190 ss.; Cass., 9 giugno 1997, n. 5124, cit.; Cass., 20 febbraio 2003, n. 2569.

¹⁰⁴ La tesi è sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria. Cfr. Cass., 7 giugno 1980, n. 3680, in *Mass. Foro it.*, 1980, c. 736; Cass., 7 maggio 1982, n. 2852, in *Mass. Foro it.*, 1982, c. 589; Cass., 14 maggio 1983, n. 3328, in *Mass. Foro it.*, 1983, e. 695; Cass., 11 giugno 1983 n. 4023, in *Mass. Foro it.*, 1983, c. 842; Cass., 8 luglio 1983, n. 4591, in *Mass. Foro it.*, 1983, c. 948; Cass., 5 aprile 1984, n. 2221, in *Mass. Foro it.*, 1984 c. 436; Cass., 9 luglio 1984, n. 4020 in *Mass. Foro it.*, 1984, c. 813 s.; Cass., 28 febbraio 1985, n. 1741, in *Mass. Foro it.*, 1985, c. 332; Cass., 23 maggio 1985, n. 3119, in *Mass. Foro it.*, 1985, c. 582; Cass., 22 gennaio 1986, n. 394, *Mass. Foro it.*, 1986, c. 79; Cass., 22 maggio 1986, n. 3408, in *Foro it.*, *Mass.* 1986, c. 600 s.; Cass., 27 giugno 1987 n. 5710, in *Mass. Foro it.*, 1987, e. 967 s.; Cass., 2 giugno 1990, n. 5169, in *Mass. Foro it.*, 1990, c. 673; Cass., 17 novembre 1990, n. 11115, in *Mass. Foro it.*, 1990 e. 1222; Cass., 9 maggio 1991, n. 5192 in *Vita not.*, 1991, p. 944 ss.; Cass. 30 gennaio 1992, n. 1020, in *Mass. Foro it.*, 1992, c. 83; Cass., 29 gennaio 1993, n. 1119, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1469 ss.; Cass., 26 novembre 1994, n. 10102, in *Contratti*, 1995, p. 145 ss.; Cass., 9 giugno 1997, n. 5124, cit.; Cass., 3 luglio 2000, n. 8881, in *Mass. Foro it.*, 2000 c. 824; Cass., 14 luglio 2000 n. 9356, in *Mass. Foro it.*, 2000, c. 864; Cass., 14 giugno 2002, n. 8607, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 720 ss.; Cass., 19 novembre 2002, n. 16291 in *Mass. Foro it.*, 2002, c. 1207; Cass., 27 ottobre 2003, n. 16096 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 687 ss.; Cass., 11 febbraio 2005, n. 2853. in *Mass. Foro it.*, 2005, c. 188; Cass., 23 gennaio 2006, n. 1226, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 93; Cass., 14 marzo 2006, n. 5447, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 527; Cass. 30 marzo 2006, n. 7561, in *Mass. Foro it.*, 2006, e. 742; Cass., 14 aprile 2006, n. 8418, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 681;

¹⁰⁵ BUSNELLI, voce *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 198; NATOLI, *Il termine essenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 233; BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1995, p. 263; TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997, p. 62 ss.; BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, pp. 122 ss. e 255 ss.;

¹⁰⁶ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 166; GRASSO, *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e « sanzione » per l'inadempimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 270 ss., spec. p. 273 s.; GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*. Napoli, 1973, pp. 32 ss. e 45 ss.; MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli, 1950, p. 12 ss.; MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, UTET (Artt. 1321-1469), Torino, 1984, III ed., p. 603 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, IV, 2, Torino, 1980, III ed., p. 270; Nel senso di considerare sempre necessaria l'imputabilità a prescindere dalla *ratio* della risoluzione per inadempimento: DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1973, p. 127 s.; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, cit, p.

La prima di tali teoria risulta suffragata dall'indirizzo prevalente e porta a concludere come la risoluzione non possa prescindere da un inadempimento colpevole. Il creditore che agisca per l'adempimento di un *modus* testamentario sarà sollevato dal compito di dimostrare la colpa o il dolo¹⁰⁷ della condotta tenuta dall'onerato inadempiente, essendo questa già presunta; gli competerà, piuttosto, dimostrare solo l'oggettiva esistenza dell'inadempimento e il titolo della sua pretesa. Sarà, invece, l'onerato a dover superare la suddetta presunzione mediante la prova della non imputabilità dell'inesecuzione ad un suo contegno colposo¹⁰⁸.

Una più profonda riflessione sull'identità funzionale della disposizione modale, tuttavia, porta a sviscerare le conclusioni testè esposte. Ove, infatti, si ragioni che il testatore abbia voluto servirsi del *modus* per veder soddisfare un suo specifico interesse e, solo a tal fine, abbia concepito la relativa disposizione *mortis causa*, creandosi in tal modo un collegamento particolarmente intenso tra il primo e la seconda, ci si potrà avvedere come ogniqualevolta

559 ss.; BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, voce in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1317; CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, p. 127 ss.; LUMINOSO, *La risoluzione per inadempimento*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1990, p. 29 ss.; TAMPONI *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 1999, p. 1486.

In senso critico alla teoria della risoluzione come sanzione dell'inadempiente: SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2007, pp. 36 ss. e 160 ss.

¹⁰⁷ La considerazione della gratuità della prestazione conduce parte della dottrina ad esigere una diligenza minima in capo all'onerato e ad agganciare così la risoluzione solo ad un inadempimento dell'onere doloso o gravemente colposo. Si veda: BONILINI, *Dei legati*, cit., p. 53; BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia-Le successioni*, cit., p. 723;

In giurisprudenza, v. App. Palermo, 6 novembre 1957, in *Giur. siciliana*, 1958, p. 236 ss.; Cass., 15 ottobre 1954 n. 3741, in *Foro it.*, 1955, I, c. 190 ss.; Cass., 9 giugno 1997, n. 5124.

¹⁰⁸ Cass., 5 agosto 2002, n. 11717. In materia di responsabilità contrattuale, l'art. 1218 cod. civ. è strutturato in modo da porre a carico del debitore, per il solo fatto dell'inadempimento, una presunzione di colpa superabile mediante la prova dello specifico impedimento che abbia reso impossibile la prestazione o, almeno, la dimostrazione che, qualunque sia stata la causa dell'impossibilità, la medesima non possa essere imputabile al debitore. Peraltro, perché l'impossibilità della prestazione costituisca causa di esonero del debitore da responsabilità, non basta eccepire che la prestazione non possa eseguirsi per fatto del terzo ma occorre dimostrare la propria assenza di colpa con l'uso della diligenza spiegata per rimuovere l'ostacolo frapposto da altri all'esatto adempimento; Cass., 30 novembre 2001 n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss. In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

detto interesse venga disatteso in modo definitivo e irreversibile, potrà farsi luogo al rimedio risolutivo, senza che a questo fine assuma rilievo il dolo o la colpa in capo all'onerato.

In tal senso assumerebbe valore confermativo il disposto di cui al 3 comma dell'art 647 cod. civ. secondo il quale in caso di onere impossibile o illecito, esso si considera non apposto, rendendo, tuttavia, nulla la disposizione ove abbia costituito il solo motivo determinante. Ci si avvede anche qui come a precludere l'efficacia della disposizione sia la mancata realizzazione dell'interesse avuto di mira dal testatore sia che ciò sia che ciò si riallacci ad una situazione di impossibilità originaria, sia che generi da una impossibilità sopravvenuta¹⁰⁹. Orbene, quando l'onere abbia rappresentato motivo unico e determinante del lascito, sarà sempre possibile veder preclusa ogni efficacia in capo alla disposizione bastando a ciò la sola circostanza dell'avvenuta frustrazione dell'interesse qui veicolato. Non assume pregio, invece, la precisazione che ad originare tale epilogo sia stato un inadempimento imputabile all'obbligato, una situazione di impossibilità sopravvenuta od un'onerosità della prestazione divenuta eccessiva.

Riguardo all'individuazione dei soggetti legittimati ad agire per la risoluzione della disposizione nel caso di mancato adempimento della prestazione, manca, all'interno dell'art 648 cod. civ., ogni riferimento sulla questione.

Un primo orientamento¹¹⁰ ricomprende nell'ambito della categoria esclusivamente coloro i quali, a seguito della risoluzione, sono destinati a sostituire, nei diritti e negli obblighi, l'onerato inadempiente. Si tratta dei soggetti chiamati in sostituzione dei coeredi o dei collegatari titolari del diritto di accrescimento e degli eredi testamentari o legittimi.

Altra parte della giurisprudenza e della dottrina contempla altresì quanti risultino legittimati ad agire per l'adempimento del modo. Prendendo, infatti, le mosse dalla considerazione che, con la risoluzione, l'onere verrà a trasferirsi in capo a nuovi soggetti, obbligati, perciò, ad

¹⁰⁹ GIORGIANNI, *Il « modus » testamentario*, cit., p. 920; GARDANI CONTORSI LISI, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario* cit., p. 112 ss.; CARNEVALI voce *Modo*, cit., p. 694. In senso contrario, MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*; ALLARA, *Sulla impossibilità sopravvenuta del « modus »*, in *Foro pad.*, 1952, I, 992 il quale, in presenza di una impossibilità a veder realizzato il risultato cui è preordinata l'apposizione dell'onere, distingue l'ipotesi della sua impossibilità o illiceità originaria, di cui agli artt. 647, 5° comma e 794 cod. civ. – per la quale è previsto che la disposizione testamentaria o la donazione siano nulle – e quella del suo inadempimento, di cui agli artt. 648, 2 comma e 795, 4° comma, per la quale l'autorità giudiziaria può pronunciare la risoluzione dell'attribuzione.

¹¹⁰ BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia-Le successioni*, cit., p. 725; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 258; PUGLIATTI, *Della istituzione di erede e dei legati*, in *Codice civile. Libro delle successioni*, Comm., dir. da M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1941, p. 542; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 258; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, VI, 2, Torino, 1997, II ed., p. 159; App. Napoli, 15 luglio 1951; Cass., 50 settembre 1968, n. 5049, in *Foro it.*, 1069,1, c. 1969 ss.; Cass. 10 novembre 1975, n. 4145, in *Rep. Giust. civ.*, 1976, voce *Successione* n 11; Cass., 11 giugno 1975, n. 2506, in *Giust. civ.*, 1975,1, p. 1418 ss.;

adempiere la prestazione, si conclude come l'azione volta a un simile vantaggio non possa non interessare chi ne desideri l'esecuzione¹¹¹. La risoluzione della disposizione, invero, si attegga quale operazione strumentale all'attuazione dell'onere, atteso che, a differenza di quanto accade per il contratto che viene eliminato retroattivamente, la risoluzione di una disposizione testamentaria non implica l'estinzione delle relative obbligazioni, ma solo un cambiamento nella titolarità dei diritti attribuiti per via testamentaria cui si accompagna il subingresso del un nuovo soggetto nell'originaria obbligazione modale.

Tale diversità, d'altronde, ben si coordina con l'incapacità del *modus* di alterare la natura dell'attribuzione liberale su cui va ad incidere cosicché l'adempimento dell'onere non assume mai il valore di un corrispettivo, il che esclude anche un altro essenziale carattere della risoluzione contrattuale quale la sinallagmaticità delle prestazioni, secondo l'art. 1453 cod. civ. Conseguentemente, discostandosi dalla disciplina contrattuale, deve ritenersi inapplicabile, al caso in esame, il 2° comma dell'art. 1453 cod. civ. laddove si esclude, una volta chiesta la risoluzione, la possibilità di chiedere l'adempimento¹¹²; osservandosi come, in simili circostanze, permanga nel beneficiario un interesse all'adempimento¹¹³.

Ne deriva che in ambito testamentario, diversamente dal contesto contrattuale, il rimedio risolutivo non conduce al ristabilimento della situazione preesistente sicché il suo ricorso può giustificarsi sulla base di interessi e scopi diversi, rintracciabili, non solo in capo a chi

¹¹¹ Cass. 11 giugno 1975 n. 2306; Cass. 10 novembre 1976 n. 4145; Cass., 18 marzo 1999, n. 2487 nella quale si legge: "in tema di legato modale, l'inadempimento del *modus* da parte del legatario legittima i prossimi congiunti del *de cuius* a proporre sia l'azione di adempimento, sia quella di risoluzione, giusta disposto dell'art. 648 c.c. (e ciò tanto se essi cumulino la qualità di prossimi congiunti con quella di eredi del testatore, quanto se facciano valere esclusivamente la prima qualità). Le azioni predette sono funzionali alla tutela del medesimo diritto all'esecuzione della prestazione modale (pur nella incontestabile diversità del relativo *petitum*), sicché la proposizione della domanda di adempimento ha efficacia interruttiva della prescrizione anche con riferimento al diritto di chiedere, successivamente, la risoluzione della disposizione modale, diritto che potrà essere, pertanto, legittimamente esercitato sino a quando il termine prescrizione non sia nuovamente decorso per l'intero, poiché l'attribuzione, ad un soggetto, da parte dell'ordinamento, di una pluralità di mezzi di tutela, lasciando al predetto, nel contempo, la facoltà di scelta tra essi, non può, poi, risolversi nella negazione di fatto dei rimedi non azionati se, nel tempo necessario per far valere l'uno, gli altri risultino suscettibili di venir meno per prescrizione". In dottrina, si vedano i contributi di M. GIORGIANNI, *Il « modus » testamentario*, cit., p. 918; CARNEVALI, voce *Modo*, cit., p. 695; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 275; COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., p. 173; VINDIGNI, voce *Modo (diritto civile)*, cit., p. 829; CASSISA, *In tema di legittimazione attiva alla risoluzione per inadempimento dei lasciti modalì*, nota a Cass 30 settembre 1969 n. 3049, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 1158 ss.; GARDANI CONTURSI LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modalì*, cit., p. 325 ss.; COSTANZO, *Problemi dell'onere testamentario*, cit., p. 331 ss.; AZZARITI, G. MARTINEZ, Giù. AZZARITI, *Successioni per causa di morte f donazioni*, cit., p. 522; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*. Napoli, 1990, p. 587.

¹¹² L'azione diretta ad ottenere la risoluzione della disposizione testamentaria per inadempimento dell'onere richiede sempre una pronuncia del giudice ed è sottoposta alla prescrizione ordinaria decennale. Cass. 19 novembre 1993, n. 11430, in *Vita not.*, 1994, p. 493 ss.; Cass., 19 ottobre 1998, n. 10338, in *Giur. it.*, 1999, p. 1371 s.; Cass., 18 marzo 1999, n. 2487, in *Foto it.*, 1999, I, c. 1826 ss.

¹¹³ GIANNATTASIO, *Delle successioni testamentarie*, p. 246; CARAMAZZA, *Delle successioni*, cit., p. 329.

sostituirà l'onere inadempiente, ma anche in capo a quei soggetti portatori di interessi propri e diretti alla prestazione¹¹⁴.

Giova, da ultimo, evidenziare l'efficacia retroattiva della pronuncia di risoluzione che, in base al dettato dell'art. 2652 n. 1 e diversamente da quanto accade per la condizione risolutiva, non determina una retroattività di carattere reale dal momento che l'eventuale accoglimento della domanda giudiziale lascia integri i diritti acquistati da terzi in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda. Tale scelta legislativa è evidentemente giustificata dal fatto che se i terzi sono messi nella possibilità di conoscere l'esistenza di una condizione o di un termine grazie al disposto di cui all'art. 2660 n. 6 cod. civ., non godono della stessa possibilità quando si tratta di un *modus*¹¹⁵.

7. Il modus illecito o impossibile. Individuazione delle fattispecie e riflessi sulla volontà testamentaria.

Come per la condizione testamentaria, anche per l'onere, l'ordinamento contempla la possibilità che esso possa essere affetto da vizi e anomalie tali da incidere sul suo funzionamento e, quindi, sulla realizzazione degli interessi cui era stato preposto.

L'illiceità del *modus* è testualmente regolata dall'art. 647 3 comma cod. civ., che dispone un trattamento differenziato secondo che esso abbia o non abbia costituito l'unico motivo determinante della disposizione, dandosi la duplice possibilità di veder operare ora il principio del *vitiatur et vitiat*, ora quello del *vitiatur sed non vitiat*¹¹⁶.

¹¹⁴ GIORGIANNI, *Il « modus » testamentario*, cit., p. 904 ss e p. 917 ss.; COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, cit., p. 175; CARNEVALI, voce *Modo*, cit., p. 693; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 273 ss.; GARDANI CONTURSI LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 313 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., p. 496 ss.; LUPO, *Il modus testamentario*, in Riv. dir. civ., 1977, II, p. 627 ss.;

¹¹⁵ Per i conflitti relativi ad acquisti mobiliari, restano ovviamente valide le regole generali di cui agli artt. 1153 e ss. cod. civ.

¹¹⁶ Dalla possibilità di considerare non apposto l'onere impossibile o illecito che non abbia costituito il solo motivo determinante della disposizione, i fautori del carattere autonomo del modo traggono argomento a sostegno della propria tesi (cfr. LUPO, *Il modus testamentario*, cit., p. 655; GARUTTI *Il « modus » testamentario*, cit., p. 94 ss.), nonostante la citata regola di cui all'art. 647 cod. civ. coincida con la disciplina prevista dall'art. 634 cod. civ. in tema di condizioni impossibili o illecite; il cui carattere accessorio non è revocato in dubbio (l'analitica descrizione della condizione quale « coelemento accidentale » della fattispecie si deve a FALZEA *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano, 1941).

L'accertamento dell'illiceità del *modus* opera secondo le regole generali, dovendosi perciò verificare se le prestazioni da esso contemplate siano in contrasto con norme imperative, con i principi di ordine pubblico e con il buon costume¹¹⁷.

Il *modus*, può invero concepirsi anche come in frode alla legge, laddove la prestazione sia imposta all'obligato al fine di eludere una norma imperativa relativa ai rapporti con il terzo beneficiario: in questo caso l'onerato assume il ruolo di persona interposta e la sorte della disposizione modale seguirà la regola di cui all'art. 647 3 comma cod. civ., dovendosi valutare l'effettiva incidenza dello scopo fraudolento rispetto alla relativa attribuzione e se esso abbia o meno costituito il suo unico motivo determinante.

L'illiceità del modo può distinguersi in oggettiva e soggettiva. Appartengono alla prima categoria quelle ipotesi in cui il peso dedotto in capo all'obligato si traduca nell'obbligo di tenere un comportamento obiettivamente *contra legem*, come accade, per esempio, quando sia richiesto di commettere un reato o di realizzare attività lesive di beni e interessi legalmente protetti. Ricadono, invece, nel secondo raggruppamento, i casi in cui la prestazione indicata sia oggettivamente lecita, ma venga richiesta dal *de cuius* per raggiungere un fine illecito tale da rendere soggettivamente censurabile l'impiego dello strumento modale.

Ci si avvede, allora, al pari di quanto accade con l'impiego del meccanismo condizionale, come anche in simili circostanze, lo strumento testamentario può divenire mezzo atto a invadere, in maniera più o meno penetrante, la sfera patrimoniale oltre che personale del soggetto obbligato, fino a poter influire, in un modo più o meno indiretto, pena la possibile risoluzione del lascito, su valutazioni e scelte altrimenti assunte in modo del tutto autonomo e personale¹¹⁸.

¹¹⁷ L'accertamento se il *modus* illecito apposto ad una disposizione testamentaria ne ha costituito o meno il solo motivo determinante, ai fini della pronuncia di nullità della disposizione stessa (ex art. 647, terzo comma, cod. civ.), involge, al pari di ogni altra indagine relativa all'interpretazione del testamento, una questione di mero fatto, non deducibile per la prima volta in sede di legittimità. Così Cass. 16 aprile 1984, n. 2455.

¹¹⁸ In merito all'incidenza sulla libertà dispositiva si veda Cass. 8 febbraio 1986 n. 802: l'onere per gli eredi, in caso di vendita di uno specifico bene compreso nella massa ereditaria di trasferire lo stesso a un determinato soggetto indicato dal testatore, non contrasta con i principi dell'ordine pubblico, nè con alcuna norma di legge riguardante i poteri di disposizione del testatore, nè in specie con il divieto pattizio di alienazione a norma dell'art. 1379 cod. civ., e comporta la costituzione in favore del designato, di un diritto di prelazione azionabile - in caso d'inosservanza - a termini dell'art. 648 cod. civ..

Per ulteriori spunti, cfr. Cass. 3 febbraio 1978 n. 511, Giust. civ., 1978, I, p. 627: la disposizione del fondatore di un ente di assistenza e di beneficenza, con cui si stabilisce l'onere di assunzione di un determinato lavoratore è lecita, in quanto non incide sul potere dell'ente di disciplinare mediante regolamenti i rapporti con i propri dipendenti. Cass. 23 maggio 1986, n. 3467, Giur. it., 1988, I, 116, con nota di CHIEFFI: qualora il testatore faccia carico ad un erede, a titolo di onere modale apposto alla disposizione in suo favore, di rilasciare ad una determinata data il fondo rustico che egli conduca in forza di un contratto agrario, in quanto assegnato ad altro erede, l'assoggettamento di detto rapporto agrario a regime vincolistico con scadenza posteriore all'indicata data, vale ad escludere che l'erede medesimo, ancorchè abbia accettato l'eredità, sia tenuto all'adempimento di

Orbene in simile contesto, la norma di cui all'art. 647 3 comma cod. civ., stabilendo che l'onere impossibile o illecito si considera non apposto, salvo rendere nulla la disposizione ove ne abbia costituito il solo motivo determinante, rappresenta un utile strumento, predisposto dall'ordinamento, per effettuare il dovuto controllo sul corretto esercizio dell'autonomia testamentaria evitando che il testatore possa vedersi libero di esercitare un'autorità privata di fatto troppo ampia rispetto ai margini riconosciutigli dal sistema. Tale disciplina, invero, appare, in ragione della maggior autonomia del modo, più coerente e plausibile rispetto a quanto avviene, in materia di condizione, con la regola sabiniana disposta nell'art. 634 cod. civ., atteso che, in quest'ultimo caso, la parziale sopravvivenza della disposizione testamentaria reca con sé una rilevante deroga al principio di inscindibilità della volontà condizionata.

L'art. 647 cod. civ. si riferisce altresì al caso di impossibilità di eseguire il *modus*, dettando la medesima regola stabilita per l'illiceità. Si tratta di un'impossibilità incolpevole, in presenza della quale nessun addebito può muoversi all'onerato come avviene per l'ipotesi del caso fortuito o del fatto del terzo.

Come noto, l'impossibilità può intendersi in senso naturalistico quale irrealizzabilità fisica o in *rerum natura*, da tener opportunamente distinta dalla mera difficoltà di adempimento. Più dubbia, invece, appare la possibilità di collocare nel concetto di impossibilità anche quella di tipo giuridico, ossia dipendente da un fatto vietato dalla legge, atteso che, in simili ipotesi, essa tende a coincidere col divieto di una volontà testamentaria illecita¹¹⁹.

Resta certo, tuttavia, come risulta dall'opinione largamente seguita in dottrina e giurisprudenza, che l'impossibilità contemplata dall'art. 647 3 comma cod. civ. sia solo quella originaria, coeva alla redazione della scheda testamentaria, ponendosi perciò la questione di accertare le conseguenze giuridiche che discendono da una impossibilità successiva e sopravvenuta di adempiere l'obbligazione modale. Occorre, in altri termini, valutare se in tale ipotesi la disposizione testamentaria, pur privata dell'elemento modale, sia in grado di sopravvivere oppure se sia destinata a risolversi o a invalidare l'intera disposizione.

quell'onere, atteso che il carattere imperativo delle norme sulla proroga dei contratti agrari rende inoperante l'onere stesso, perché *contra legem*, e che inoltre una rinuncia da parte del conduttore alla proroga non può essere di per sé ravvisata nell'accettazione dell'eredità, perché sottoposta dalle suddette norme a particolari modalità e garanzie; Cass. 6 marzo 1992 n. 2708.

¹¹⁹ I concetti di impossibilità dell'oggetto del contratto (art 1418 cod civ.) e di impossibilità dell'onere apposto ad una disposizione testamentaria (art 647, terzo comma, cod civ.) sono uniformi: la impossibilità è causa invalidante quando sia, al tempo stesso, assoluta, materiale, obiettiva ed attuale (esistente all'epoca della apertura della successione, qualora riguardi l'onere suddetto). Non integra l'ipotesi dell'impossibilità dell'onere apposto ad una disposizione testamentaria la circostanza che le rendite del patrimonio ereditario non siano sufficienti per sostenere il peso economico dell'onere stesso. Cass. 10 ottobre 1976, n. 4145

A ben vedere, nessuna utilità potrebbe discendere dalla risoluzione giacché il tipico effetto ad essa ricollegabile, del trasferimento dell'onere in capo ad un nuovo soggetto, non gioverebbe alla soluzione del problema attesa la maturata inesorabilità della prestazione che tale resterebbe anche a seguito della sostituzione del soggetto obbligato; più congrua appare, in ragione dell'inaddebitabilità all'onerato dell'impossibilità all'adempimento, la soluzione di mantenere in vita la disposizione pur se epurata dell'elemento modale¹²⁰, giungendo così ad applicarsi il principio di cui all'art. 1256 cod. civ. Tale conclusione, però, se da un lato si rivela pienamente coerente con la tesi della accessorietà del *modus* e risulta indirettamente confermata dal disposto di cui all'art. 673 cod.civ., dettato nell'affine materia dei legati, ove è prevista la liberazione dell'onerato quando la prestazione diventi impossibile per causa a lui non imputabile, incontra, dall'altro, un certo scetticismo in chi nota come essa rischi di essere ben poco rispettosa della volontà del disponente nel caso in cui il *modus* abbia costituito l'unico motivo determinante dell'attribuzione¹²¹.

Sotto questo aspetto, allora, appare più giustificato e prudente non discostarsi dalla soluzione indicata nell'art. 647 3 comma cod. civ. con la conseguenza di dover sempre lasciar spazio ad un'attenta e lucida attività ermeneutica tesa a far emergere il reale ruolo assunto, di volta in volta, dal congegno modale nell'intera disposizione *mortis causa*.

¹²⁰ MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 284-285.

¹²¹ GIORGIANNI, *Il « modus » testamentario*, cit., p. 920; CARNEVALI, voce *Modo*, cit., p. 694;

Sezione II

LA CONDIZIONE

SOMMARIO: 1. La condizione testamentaria. Generalità. – 2. (*segue*).Caratteri e classificazioni – 3. Le fasi della condizione. a) La pendenza – 4. (*segue*) b) Avveramento. c) Mancanza 5. Limiti all’impiego della condizione: impossibilità e illiceità – 6. Le condizioni impossibili 7. Le condizioni illecite. Rilevanza della potestatività e mutevolezza del concetto in relazione allo spirito dell’epoca. – 8. La regola sabiniana. Evoluzione normativa e approcci ricostruttivi della sua ratio. – 9. Giustificazioni della regola sabiniana alla luce delle novità introdotte dal codice del 1942. – 10. I tentativi di superamento del principio di inscindibilità della volontà condizionata – 11. La regola sabiniana come ipotesi di conversione legale di natura sostanziale. – 12. Art. 634 cod. civ. quale norma per l’accertamento della valenza condizionale o modale della volontà testamentaria. – 13. Gli articoli 634 cod. civ. e 626 cod. civ.: le diverse ricostruzioni teoriche dei loro rapporti. – 14. Il motivo determinante: criteri di individuazione e rapporti con la causa testamentaria. – 15. L’illiceità del motivo e della condizione nei rapporti tra gli artt. 634 cod. civ. e 626 cod. civ. – 16. L’individuazione della funzione individuale del negozio testamentario alla luce del giudizio di scindibilità o inscindibilità della clausola condizionale – 17. Considerazioni conclusive sui presupposti di operatività, sugli effetti dell’art. 634 cod. civ. e sul richiamo all’art. 626 cod. civ.

1. La condizione testamentaria. Generalità.

Tra gli strumenti che l’ordinamento mette a disposizione dei consociati acchè questi possano meglio esercitare la propria autonomia privata, rivestono particolare peso i c.d. elementi accidentali. Trattasi di quelle clausole con cui arricchire il contenuto tipico del negozio pur nei limiti offerti dalla elasticità del tipo utilizzato e nel rispetto dei divieti posti dalla legge (si pensi alla incompatibilità con i c.d. *actus legitimi*).

Nonostante la ricomprensione del testamento tra le fonti dell’obbligazione, come si ricava dall’art. 1173 cod. civ., risulta abbastanza esiguo il campionario dei mezzi giuridici offerti al testatore per incidere in modo più efficiente e deciso nella collocazione delle proprie sostanze *post mortem* oltre che per riuscire a imporre nei confronti dei chiamati, attraverso la logica

degli incentivi e dei deterrenti, determinati comportamenti cui subordinare l'acquisto o la perdita del lascito.

Occorre precisare che detti elementi, una volta fatto ingresso nel regolamento privato, cessano di considerarsi come "eventuali" e diventano, in relazione al concreto volere espresso dalle parti, "essenziali". Ne deriva che l'accidentalità è tale soltanto in astratto e cioè quando è posta in relazione con il tipo legale, mentre perde tale carattere nei confronti del particolare assetto specificamente creato¹²².

Appartengono, tradizionalmente, alla categoria degli elementi accidentali, la condizione, il termine (applicabile alla sola disposizione di legato) e l'onere. Ciascuno di essi risulta connotato dalla capacità di incidere sull'efficacia del negozio attraverso la costituzione di un collegamento tra tale efficacia e una circostanza esterna, ma, tale incidenza, si manifesta in maniera diversa: il termine è in grado di porre un limite temporale agli effetti; la condizione li rende incerti, o sospendendoli o risolvendoli; il modo aggiunge effetti ulteriori a quelli tipicamente prodotti dal negozio.

Riguardo alla condizione, questa si atteggia quale evento futuro e incerto da cui far dipendere l'iniziale produzione degli effetti del negozio o la loro cessazione: nel primo caso si parla di condizione sospensiva, nel secondo di condizione risolutiva.

Meglio degli altri elementi accidentali, la condizione, in particolare quella potestativa, riesce a prestarsi ad efficiente strumento per imporre in capo ai chiamati una determinata condotta, con la prerogativa, rispetto all'onere, di poter riferirsi anche a comportamenti non coercibili e non patrimoniali e con la differenza, in caso di insecuzione del contegno richiesto, di assicurare una risoluzione automatica *ex tunc* della disposizione.

Il meccanismo condizionale, come del resto anche quello modale, è in grado di veicolare all'interno del negozio i motivi interni e individuali dei negozianti rendendoli parte del regolamento e investendoli, così, di una rilevanza giuridica di cui, altrimenti, sarebbero orfani¹²³, ciò in perfetta coerenza con la struttura del testamento quale atto di autonomia privata unilaterale e personalissimo nonché con la sua revocabilità *ad nutum*¹²⁴.

¹²² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, p. 907.

¹²³ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 585 ss.; PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, II, Milano, 2000, p.736, il quale parla delle condizioni e degli oneri come di "motivi oggettivizzati"; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1986, p.194; D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 101 ss; GARDANI CONTURSI LISI, *Disposizioni condizionali, a termine e modali*, Commentario del Codice civile vol. 2 - Successioni (artt. 633-648), Bologna, 1992, p. 5 ss., il quale sottolinea la particolare rilevanza degli impulsi e degli intenti del testatore nel procedimento di formazione della volontà testamentaria. Nel diritto romano la possibilità di condizionare il contenuto di una disposizione testamentaria a condizioni di diversa natura, con il limite della impossibilità o illiceità, si trovava ad essere riconosciuta solo

L'uso di elementi accidentali e, in particolare della condizione, all'interno del testamento è espressamente ammesso nel nostro ordinamento mediante la previsione dell'art. 633 cod. civ., che consente di sottoporre tanto la disposizione a titolo universale tanto quella a titolo particolare ad una condizione sospensiva o risolutiva. Tale norma ha posto fine al diuturno dibattito circa la compatibilità dell'istituzione ereditaria e della condizione risolutiva con il principio *semel heres sempre heres* e con il divieto della sostituzione fedecommissaria accogliendosi, invero, le chiare argomentazioni già espresse dalla dottrina sul punto¹²⁵.

Attraverso le disposizioni condizionali si opera, apoditticamente, un consistente allargamento dell'autonomia privata del testatore permettendogli di amministrare gli effetti delle proprie disposizioni *mortis causa* nella direzione di una protezione e valorizzazione dei propri interessi privati e ciò è del resto confermato dall'art. 587 2° co., il quale, atteggiandosi a norma interpretativa, riconosce un testamento anche in un atto contenente solo disposizioni di ordine personale e non patrimoniale. Sarebbe pertanto inesatto ravvisare, in presenza di una condizione, un assottigliamento in termini di efficacia della disposizione *mortis causa*, dovendosi all'opposto riconoscersi un potenziamento del voluto testamentario capace di arricchirsi di scopi ulteriori ed estrinseci rispetto a quelli tipici e primari del negozio a causa di morte, quali la programmazione dei propri rapporti *post mortem* attraverso l'istituzione di eredi e di legatari¹²⁶. Non di rado, infatti, ci si avvale del mezzo condizionale per indicare, all'interno della scheda testamentaria, fatti sospensivi o risolutivi attraverso i quali pretendere dai soggetti delati un comportamento positivo o negativo conforme al volere di chi dispone.

con riferimento al legato. Il codice Napoleonico la fece propria a seguito della fusione tra istituzione a titolo universale e particolare avvenuta nel diritto francese e da esso è giunta nel nostro ordinamento già con l'art. 848 del codice civile del 1865.

¹²⁴ Rispetto alla definizione di testamento data dal vecchio codice nell'art 759, secondo cui esso è "*l'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 in favore di una o più persone*", l'attuale 587 cod. civ ha eliso l'inciso "secondo le regole stabilite dalla legge". Si è scorto, in tale scelta redazionale, l'intenzione di dare risalto a quel significato sociale del testamento che prescinde da quello giuridico e lo precede come dimostra la diffusione dello strumento testamentario nella realtà della piccola impresa e in quella contadina a differenza, invece, di quanto accaduto nella fascia sociale più evoluta dal punto di vista economico

¹²⁵ CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, Milano, 2002, p. 474; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1952, II° ed pp. 178 ss.; L. GARDANI CONTURSI LISI, *Disposizioni condizionali, a termine e modali*, in Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, pp. 8 ss. E' stato osservato, infatti, che la condizione risolutiva, a differenza del termine, è munita di retroattività e pertanto elimina, sin dall'origine, la disposizione. Inoltre mentre nella sostituzione fedecommissaria si individuano due condizioni in ordine successivo, nella istituzione sotto condizione risolutiva, invece, si ha un'unica istituzione soggetta a risoluzione.

¹²⁶ PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Milano, 2000, p.92 ss.; ANDRINI, *La condizione nel testamento*, Riv. not., 1983, n. 3, p. 330, sottolineano come l'apposizione degli elementi accidentali costituisca esercizio di un'autonomia offerta dalla legge al testatore di modo da consentirgli l'impiego del mezzo testamentario per raggiungere effetti ulteriori rispetto a quelli tipici e per soddisfare interessi estranei a quelli realizzabili con le semplici disposizioni a titolo universale o particolare

Se è vero, tuttavia, che l'impiego dei meccanismi modali e condizionali (di tipo potestativo) dilatano in modo apprezzabile la libertà dispositiva del testatore, è vero altresì che, dall'altro lato, essi incidono in modo restrittivo sulla libertà personale di coloro che sono chiamati a realizzare la prestazione dedotta nella disposizione ed è proprio l'attitudine di tali clausole accessorie ad invadere la sfera personale dei loro destinatari a porre la delicata questione di individuare un confine tra la libertà dispositiva del testatore e la libertà personale del chiamato cui si richiede un dato contegno per conseguire il lascito. La problematica, quindi, non si pone con riguardo alla utilizzabilità o meno degli strumenti in commento all'interno del corpo testamentario, quanto al loro profilo contenutistico ed alle connesse conseguenze. La condizione testamentaria vede articolarsi la propria disciplina codicistica in un complesso di norme di cui alcune mutuata dalla materia contrattuale ed operanti nei limiti di compatibilità (artt. 1353-1361). Vi rientrano gli artt. 633-636, relativi alla condizioni impossibili o illecite nonché gli artt. 638-642, dotati di efficacia integrativa del regolamento di interessi ed operanti nella fase di pendenza.

2. Caratteri e classificazioni.

Perché un evento possa valere come condizionante occorre che presenti due attributi: l'incertezza e la futurità, i quali devono ricorrere contemporaneamente perdendo, altrimenti, la loro capacità qualificante.

Relativamente al primo, si osserva come il concetto di incertezza rechi con sé quello di imprevedibilità, nel senso di doversi poter escludere, in capo al testatore, una sua conoscenza sicura circa la futura realizzazione della vicenda condizionale. Ciò, però, non preclude, in capo al disponente, lo spazio per una valutazione in senso probabilistico circa l'avveramento dell'evento, atteso che saranno proprio gli esiti di tale calcolo ad incidere sulla scelta di inserire o meno la clausola nel corpo delle disposizioni testamentarie.

L'incertezza deve atteggiarsi come oggettiva, potendo quindi dedursi in condizione soltanto ciò che sia incerto da un punto di vista universale e non ciò che venga valutato tale alla stregua di una stima personale, visto che su di essa facilmente potrebbero incidere situazioni di inconsapevolezza, superficialità e inesperienza ¹²⁷.

¹²⁷ M. COSTANZA, *Condizione nel contratto*, Comm. Cod. Civ Scialoja-Branca a cura di Galgano, Bologna, 1997, p.14; Cass., 5 luglio 1954, n. 2345, in Foro it., 1954 per la quale la totale mancanza di uno stato di

La mancanza di certezza deve abbracciare i due profili dell'*an* e del *quando*; ciò vale a differenziare la condizione dal termine di efficacia, che si traduce nell'evento futuro ma certo al cui verificarsi riferire l'efficacia iniziale del negozio o il suo esaurirsi: ne deriva che l'incertezza abbraccerà soltanto il *quando* ma non anche l'*an*.

Venendo al connotato della futurità si è posto il problema di poter identificare l'evento futuro in un fatto già verificatosi al momento di apertura della successione. Ci si è chiesti, cioè, se la futurità dell'avvenimento dedotto in condizione debba essere tale rispetto al momento di redazione della scheda o invece a quello di morte del testatore. Il dibattito si è sviluppato soprattutto in relazione alle fattispecie della istituzione di erede o al legato condizionati alla circostanza che i destinatari delle disposizioni avessero prestato assistenza al *de cuius* fino alla sua morte. Sul punto, un primo orientamento¹²⁸ ritiene che, pur in mancanza di un esplicito dato normativo, sarebbe doveroso e logico riferire la futurità e l'incertezza dell'evento alla data di apertura della successione, in nome della considerazione che la condizione opera ed incide sugli effetti del negozio cui accede e pertanto presuppone che il negozio stesso sia in grado di produrne, mentre il testamento è per sua natura un negozio inefficace fino al tempo della morte del suo autore. Ne deriva che quando il fatto sia posteriore alla confezione del testamento, ma debba realizzarsi prima della morte del testatore, si è di fronte ad una condizione impropria (*condicio in praesens vel in praeteritum collata*) di talchè, intanto il diritto potrà costituirsi a mezzo del testamento, in quanto l'evento risulti già verificato al tempo della morte del testatore. D'altronde, si aggiunge, la contestualità o l'antiorità dell'evento condizionante rispetto al tempo di stesura della scheda testamentaria precluderebbe la nascita di una reale fase di pendenza e quindi di una aspettativa giuridicamente tutelata¹²⁹.

L'indirizzo che si rivela decisamente prevalente sia in campo dottrinario che giurisprudenziale¹³⁰, abbraccia, tuttavia, una soluzione diversa, pretendendo che la circostanza chiamata a condizionare una o più disposizioni di ultima volontà, si atteggi come momento futuro rispetto alla compilazione dello scritto testamentario e non all'apertura della

oggettiva incertezza impedisce di riconoscere una condizione in senso tecnico-giuridico lasciando lo spazio soltanto ad una condizione impropria priva di valore normativo.

¹²⁸ App. Firenze, 19 giugno 1958, in Rep. Foro it., 1959, voce *Successione legittima o testamentaria*, c. 2405, nn. 87-88; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in Tratt. dir. priv., dir. da P. Rescigno, 6, Successioni e donazioni, t. 2, Torino, 1997, II ed., pp. 147-148.

¹²⁹ N. DI MAURO, *Gli elementi accidentali*, in Trattato di diritto delle successioni e donazioni, Milano, 2009, p. 1095.

¹³⁰ Cass. 16 marzo 1960, n. 531; Cass. 6 ottobre 1970, n. 1823. In dottrina: CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in Comm. teorico-pratico cod. civ. a cura di V. De Martino, Novara, 1981, II ed., pp. 257-258; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*. Torino, Comm.cod.civ., II, 1978, p. 202; TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 1998, p. 229;

successione. Nessun riscontro normativo si registra, infatti, a conforto della necessaria contemporaneità o anteriorità dell'evento rispetto alla morte del *de cuius*, cosicché la condizione sarà perfettamente valida ove abbia ad oggetto un'attività di assistenza da prestare in favore del testatore fino all'ultimo giorno della sua vita, determinando, quindi, il suo mancato avveramento, la caducazione della disposizione.

A seconda delle circostanze da cui viene fatto dipendere l'avveramento della condizione, è possibile isolare, analogamente a quanto accade per i negozi tra vivi, tre distinte forme di condizioni testamentarie: potestativa, casuale e mista.

Si parla di condizione potestativa quando l'avvenimento consista in un fatto volontario dell'istituto o del legatario (ad esempio: lego a Tizio diecimila euro a condizione che parta per Roma); si ha condizione casuale quando il fatto sia estraneo alla volontà del beneficiario (lego a Tizio diecimila euro a condizione che salga il prezzo del petrolio); si ha, infine, condizione mista se l'avveramento dipenda solo in parte dalla volontà del destinatario della disposizione testamentaria e, per altra parte, dalla volontà di un terzo o dal caso (lego a Tizio diecimila euro a condizione che parta per Roma insieme a Caio).

In *subiecta materia* si registra l'esistenza di un nutrito dibattito dottrinario sviluppatosi intorno al problema dell'ammissibilità, anche nella realtà testamentaria, di una condizione meramente potestativa, con la quale, cioè, ancorare l'avveramento dell'evento al mero arbitrio del delato, senza assunzione, da parte sua, di alcun sacrificio.

In tal senso ci si chiede se possa ritenersi valida ed ammissibile una disposizione *mortis causa* la cui efficacia iniziale o la cui cessazione sia fatta discendere esclusivamente dal mero arbitrio della persona destinataria.

Una prima voce interpretativa¹³¹ prende le mosse dalla considerazione che l'art. 1355 cod. civ., dettato in materia di contratto, non possa trovare il suo spazio operativo anche in ambito testamentario, non esistendo qui, a differenza del campo contrattuale, l'esigenza di salvaguardare un equilibrio tra due contraenti. Nell'atto testamentario, infatti, è lo stesso *de cuius* a riconoscere ai beneficiari delle disposizioni una posizione di vantaggio con la quale ben potrebbe dirsi coerente la scelta di subordinarne l'efficacia al loro libito. Ne discende che in tali casi più che di condizione meramente potestativa, potrà parlarsi di condizione potestativa semplice.

A conclusioni diverse giunge altra corrente dottrinarica, secondo la quale la disposizione cui si apponga una condizione meramente potestativa va valutata come disposizione pura e

¹³¹ ANDRINI, *La condizione nel testamento*, in AA.VV., *Le successioni testamentarie*, a cura di C.M. Bianca, in *Giur. sist. Dir. civ. comm. fondata da Walter Bigiavi*, Torino, 1983, p. 110

semplice nel senso di non riconoscere in capo alla volontà del testatore il funzionamento di alcun meccanismo condizionale, considerandosi, la condizione eventualmente prevista, come non apposta. La *ratio* dell'assunto va ricercata in una valutazione di ordine logico. Si osserva, infatti, come il principio per il quale l'acquisto dell'erede o del legatario possa avvenire solo in presenza di un'accettazione o di un mancato rifiuto è già consacrato nei principi del nostro sistema successorio senza, quindi, che all'uopo occorra un meccanismo di origine volontaristica quale la condizione testamentaria.

Si dà atto, infine, di una terza ricostruzione secondo la quale la questione deve essere risolta alla luce dell'art. 1355 cod. civ. che dichiara "nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinatamente ad una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore". L'applicazione di tale norma alla materia testamentaria troverebbe spiegazione nel ruolo di integrazione che le norme dettate in materia di condizioni contrattuali rivestirebbero nei confronti della disciplina delle condizioni testamentarie, affetta quest'ultima, da alcuni vuoti e incompletezze¹³².

Specificamente disciplinate, nell'ambito delle condizioni potestative, risultano essere le ipotesi di cui agli artt. 638 e 645 cod. civ.

Il primo di tali articoli prevede, in caso di disposizione sottoposta alla condizione che l'istituto o il legatario non faccia o non dia qualche cosa per un tempo indeterminato, che questa venga considerata sottoposta ad una condizione risolutiva, salvo che dal testamento non risulti una contraria volontà del testatore. Il *proprium* di una simile previsione sta nella sua portata interpretativa, mirando il legislatore, attraverso di essa - in ossequio al *favor testamenti* - ad assicurare certezza e ragionevolezza in capo alla *voluntas* espressa dal *de cuius*. Qualora, infatti, non si procedesse a trasformare la condizione *de quo* da negativa e temporalmente indeterminata, in positiva, si metterebbe il beneficiario del relativo lascito in condizioni di non poterlo mai conseguire, atteso che la certezza circa l'avveramento della condizione potrebbe essere assunta soltanto con la sua morte.

La soluzione ermeneutica qui adottata, dunque, è concepita quale strumento per dare esecuzione alla presunta volontà del testatore considerando tale il far profittare

¹³² BIGLIAZZI GERI, cit., p. 108; L. BARASSI, *Le successioni a causa di morte*, Milano, 1947, III ed., p. 416 in nota 215.

immediatamente della disposizione il suo destinatario grazie all'impiego di un meccanismo condizionale risolutivo anziché sospensivo¹³³.

L'intervento legislativo, tuttavia, non giunge a forzare la volontà del disponente ove essa sia stata espressa in senso contrario alla previsione normativa.

Riguardo all'art. 645 cod. civ., esso stabilisce che in presenza di una disposizione in favore di un erede o un legatario sottoposta a condizione sospensiva potestativa priva di termine per l'adempimento, gli interessati possono adire l'autorità giudiziaria perché fissi questo termine. Le finalità di tale disposto si rinvengono nell'esigenza di rispondere ad un principio generale di certezza del diritto, scongiurando quella situazione di precarietà che verrebbe a profilarsi ove l'efficacia della disposizione *mortis causa* non fosse circoscritta in confini temporali certi. A farne le spese sarebbero i chiamati in subordine che non potrebbero mai invocare un inadempimento della condizione quale circostanza determinante del loro subentrare e, in genere, tutti coloro che vantassero un'aspettativa da ricollegarsi a tale inadempimento.

Si precisa che in capo a tali soggetti non sussiste un obbligo di adire l'autorità giudiziaria, bensì un mera facoltà o, meglio, un diritto potestativo che non può dirsi riconoscibile, per analogia, in altre ipotesi, considerandosi la norma *de qua*, di stretta interpretazione.

3. Le fasi della condizione. a) La pendenza

La clausola condizionale vive, all'interno della successione testamentaria, tre distinti momenti, ciascuno specificamente connotato. Si tratta della pendenza, dell'avveramento e della mancanza.

Relativamente al primo, si riconosce una situazione di pendenza in quella fase di incertezza che separa l'apertura della successione dall'avveramento della condizione o dal suo definitivo mancamento. In tale stadio, stante il dubbio circa il verificarsi dell'evento o del suo venir meno, si verifica una limitazione degli effetti in capo alle disposizioni testamentarie condizionate e viene a crearsi, alternativamente, una situazione di attesa o di precarietà nell'acquisto del lascito.

Nei casi in cui venga adoperata una condizione sospensiva si pone il problema di individuare in quale momento il soggetto possa considerarsi effettivamente chiamato a succedere. Il

¹³³ CRISCUOLI, cit. p. 278-279; Parla di vera e propria conversione *ex lege* della condizione potestativa negativa in condizione risolutiva positiva: CAPOZZI, cit. p.480-481; GIANNATTASIO, cit., p. 234; BARASSI, *La successione*, cit., p. 416. In giurisprudenza: Cass, 6 agosto 1953, n. 2672.

dubbio su cui si è soffermata la dottrina riguarda la possibilità di riconoscere un'efficace delazione già al momento dell'apertura della successione o, invece, in coincidenza dell'avveramento della condizione. La risposta interpretativa che ha trovato maggiori suffragi¹³⁴ ritiene che il meccanismo condizionale sia inconciliabile con l'attualità della delazione dovendosi, invero, attendere la realizzazione dell'evento futuro e incerto. Depone in tal senso il combinato disposto degli artt. 480 2° co. e 2935 cod. civ. ove si prevede, rispettivamente, che il termine decennale per esercitare il diritto di accettare l'eredità decorre, in caso di istituzione condizionale, dal giorno in cui si verifica la condizione e che la prescrizione inizia a maturare dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Dunque, mancando una delazione attuale, sarebbe precluso l'esercizio del diritto *de quo*.

A rafforzare quanto assunto contribuisce l'art. 642 cod. civ., il quale non riconosce, in capo al chiamato sotto condizione sospensiva, alcuno dei diritti che l'art. 460 cod. civ. attribuisce ad ogni delato e difatti la competenza ad amministrare i beni così disposti viene concessa ai diversi soggetti indicati dalla norma. L'esito di una simile impostazione è quello di potersi individuare a favore del destinatario solo una aspettativa di delazione.

Diversamente, quando l'istituzione è sottoposta ad una condizione risolutiva, la delazione opera immediatamente pur potendo risolversi col verificarsi dell'evento. Non vi sono perciò ostacoli ad un immediato acquisto del diritto di accettare – che comincerà a prescriversi dal giorno di apertura della successione – né all'esercizio dei poteri dell'art. 460 cod. civ.

Durante la fase di pendenza sorge l'esigenza di salvaguardare adeguatamente le ragioni di tutti coloro che sono stati chiamati a succedere in via ulteriore o successiva.

In tal senso emerge, in *subiecta materia*, l'assenza di una norma equivalente all'art. 1358 cod. civ. la quale prevede un dovere di comportamento secondo buona fede per il titolare del diritto condizionato e che si pone in linea con gli artt. 1175 e 1375 cod. civ. inerenti, rispettivamente, i concetti di comportamento secondo correttezza e di esecuzione secondo buona fede. La ragione di una tale assenza è da rinvenirsi nella unilateralità del negozio testamentario che impedisce di scorgere, nei confronti della volontà testamentaria, posizioni di controparti da salvaguardare nella loro integrità. Risulterebbe pertanto inutile, nei rapporti tra testatore e istituito, una previsione simile all'art. 1358 cod. civ.

In tale contesto la funzione di garanzia e di tutela è affidata ad altre norme. All'uopo, dispone l'art. 639 cod. civ. che se la disposizione testamentaria è sottoposta a condizione risolutiva,

¹³⁴ Tra gli altri: CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, pp. 70 ss.; GROSSO e BURDESE, *Le successioni*, parte generale in Tratt. di dir. civ. it., diretto da Vassalli, Torino, 1977, p.162 ss.; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1965, p. 878; CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Parte generale, Napoli, 1977, p. 246.

l'autorità giudiziaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può imporre all'erede o al legatario di prestare idonea garanzia a favore di coloro ai quali l'eredità o il legato dovrebbe devolversi nel caso che la condizione si avverasse, ma se tale garanzia non è prestata viene nominato un amministratore ai sensi dell'art. 641 cpv., cod. civ. L'art. 640 cod. civ., inoltre, stabilisce che se a taluno è lasciato un legato sotto condizione sospensiva o dopo un certo tempo, l'onere può essere costretto a dare idonea garanzia al legatario, salvo che il testatore abbia diversamente disposto. Anche qui la mancata prestazione della garanzia potrà comportare la nomina di un amministratore giudiziario. Quando, invece, ad essere condizionata sospensivamente sia una istituzione di erede, non è prevista la necessità di un'idonea garanzia, ma ci si affida, quale misura indispensabile, alla nomina di un amministratore dell'eredità deputato a svolgere quelle attività conservative del patrimonio senza le quali rischierebbero di mortificarsi gli interessi dell'istituto sotto condizione, nel caso questa si avverasse nonché quelli dei soggetti cui l'eredità sarebbe destinata in caso di mancato avveramento. D'altronde, se nasce l'esigenza di siffatta nomina è proprio perché il meccanismo condizionale impedisce l'acquisto in via definitiva di diritti sui beni ereditari precludendo l'individuazione di un loro sicuro titolare.

Relativamente all'individuazione dei soggetti cui spetta l'amministrazione, si dà atto che in presenza di una condizione risolutiva, sarà il chiamato, prima dell'accettazione, a dover esercitare tale funzione pur nei confini disegnati dall'art. 460 cod. civ., mentre, dopo l'accettazione, l'erede godrà di pieni poteri ma suo sarà anche l'obbligo di prestare la garanzia impostagli dalla legge. L'amministratore richiesto dall'art. 641 1° co., in presenza di un meccanismo condizionale sospensivo, è determinato *ipso iure* dall'art. 642 cod. civ. 1° e 2° co. nelle persone del sostituto, dei coeredi con diritto di accrescimento e dei presunti eredi legittimi ossia di quei soggetti a favore dei quali l'eredità si devolvrebbe ove la condizione non si verificasse¹³⁵. In presenza di giusti motivi l'autorità giudiziaria¹³⁶ può provvedere diversamente, ad esempio nominando un amministratore estraneo: si tratta per lo più di quelle ipotesi in cui i soggetti chiamati ad amministrare non abbiano ben assolto alla funzione o non vi abbiamo affatto provveduto¹³⁷.

L'identificazione dei poteri spettanti agli amministratori dell'eredità condizionata passa attraverso la lettura dell'art. 644 cod. civ. il quale estende nei loro confronti la disciplina

¹³⁵ La considerazione della natura non tassativa dell'elenco di cui all'art. 642 1° co. cod. civ. e il carattere integrativo della disposizione rispetto all'ipotesi di una carenza determinativa del testatore, porta a ritenere ammissibile una diversa scelta da parte di quest'ultimo, su chi investire delle funzioni gestorie

¹³⁶ In base agli artt. 644 e 528 cod. civ. e 781 c.p.c., competente per tale nomina è il tribunale del circondario in cui si è aperta la successione

¹³⁷ CAPOZZI, cit. p.483; DI MAURO, cit. p. 1161; GIANNATTASIO, cit. p. 244

dettata dagli artt. 528 ss. cod. civ. in materia di curatore dell'eredità giacente¹³⁸. Sarà pertanto possibile compiere tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione ove necessari o utili con il limite, però, di non poter godere dei frutti e degli interessi che devono essere accantonati a favore di chi spetta secondo le modalità previste per l'amministrazione dell'eredità giacente *ex art. 529 cod. civ.*

L'erede o il legatario, la cui disposizione sia sottoposta a condizione risolutiva, godendo di un titolo adeguato ad un immediato acquisto ereditario, possono esercitare i diritti ad essi attribuiti compiendo liberamente atti di amministrazione ordinaria e straordinaria i cui effetti, non di meno, saranno suscettibili di essere travolti dal funzionamento retroattivo della *condicio*. All'opposto, coloro che potrebbero sostituirsi al chiamato in caso di avveramento, possono agire mediante atti conservativi salvaguardando le loro ragioni.

E' opportuno ribadire che l'istituto sotto condizione risolutiva non può qualificarsi come erede apparente, secondo quanto previsto dall'art 534 cod. civ. E' stato, infatti, affermato che l'erede apparente non è altro che colui che si comporta in modo oggettivamente idoneo a ingenerare nei terzi il ragionevole convincimento di trovarsi dinanzi all'erede vero, mantenendo un contegno analogo a quello di un erede pur senza esserlo e ciò o perché gode del possesso dei beni ereditari o perché vanta un titolo astrattamente idoneo alla vocazione, quale una disposizione testamentaria poi revocata o, infine, perché è considerato tale nel convincimento comune¹³⁹. Diversa si presenta, al contrario, la posizione dell'erede sotto condizione risolutiva, il quale sarà un vero erede fino al momento dell'avverarsi della condizione e ciò in base ad un valido titolo che è il testamento; titolo, la cui necessità è esclusa dalla dottrina riguardo all'ipotesi dell'apparenza nella qualità di erede.

4. (segue). b) Avveramento. c) Mancanza.

Il verificarsi dell'evento dedotto in condizione determina che gli effetti della disposizione testamentaria condizionata retroagiscono a far tempo dalla data di apertura della successione. Opera, dunque, anche per le disposizioni condizionate di ultima volontà, il principio della retroattività previsto, in materia di condizione contrattuale, dall'art. 1360 cod. civ. essendone stata rilevata, come si legge nella Relazione al Progetto preliminare del codice civile e come

¹³⁸ Si rileva che l'applicazione di tale normativa andrebbe ristretta alla sola ipotesi dell'istituzione di erede sospensivamente condizionata, atteso che, in tale evenienza, il patrimonio ereditario, trovandosi orfano di un titolare, vivrebbe una situazione simile alla giacenza.

¹³⁹ Cass., 1961, n. 901, in Giust. Civ., 1961, I, 1178;

era stato sottolineato dalla precedente dottrina, una sua maggiore conformità al concetto stesso di condizione.

L'art. 646 cod. civ., contenuto all'interno del nuovo codice, innova rispetto all'art. 853 del precedente codice del 1865, il quale stabiliva che nel caso la persona a cui favore era stato disposto per testamento sotto condizione sospensiva fosse morta prima del verificarsi della condizione, la disposizione sarebbe divenuta inefficace¹⁴⁰.

Le conseguenze dell'avveramento mutano in base alla tipologia di condizione utilizzata.

Una volta verificatasi la condizione sospensiva, la delazione diviene attuale e il legatario o il chiamato a titolo universale, che abbia provveduto ad accettare, acquistano tali qualità, definitivamente, dal momento di apertura della successione (e non già, come stabilito dall'art. 1360 1° co. cod. civ., dalla data di conclusione del negozio, come accade per le attività negoziali *inter vivos*).

Verificatasi la condizione risolutiva, la delazione in favore dell'istituito si considera mai avvenuta cosicché questi non potrà, in alcun modo, considerarsi erede o legatario e diverrà attuale la delazione in favore degli ulteriori chiamati di talchè occorrerà riferirsi al momento di apertura della successione per la loro identificazione e l'accertamento di eventuali loro cause di incapacità.

La retroattività in commento è di natura reale e non meramente obbligatoria. Essa opera di diritto sui rapporti e sulle attività che *pendente condicione* si sono venuti a realizzare.

La regola generale (*ex art. 1361, 1° co. cod. civ.*) stabilisce il mantenimento della validità e dell'efficacia per gli atti di amministrazione compiuti dall'istituito sotto condizione. Relativamente agli atti di disposizione, invece, come per i negozi *inter vivos*, la loro sorte è agganciata all'operare del meccanismo condizionale adottato ed infatti vengono riservati due diversi trattamenti a seconda che gli atti siano stati messi in essere in pendenza di una condizione sospensiva o risolutiva. Nel primo caso gli atti restano perfettamente validi ed efficaci oltre che pienamente vincolanti per colui che li realizzò, stante l'assunzione da parte di questi della qualità di erede o legatario fin dalla morte del *de cuius*; nel secondo caso, all'opposto, vengono meno tutti i diritti costituiti dall'istituito in favore di terzi e ciò in quanto questi, per il verificarsi della condizione, è come se non avesse mai goduto della

¹⁴⁰ Riflessioni sulla novità introdotta dall'art. 646 cod. civ. si ritrovano in L. GARDANI CONTURSI LISI, *Dell'istituzione di erede e di legati*, in Comm. cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1983, p. 217 ss.; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in Comm. dir. civ., II, 2, Torino, 1978, p.252. In giurisprudenza: Cass., 21 gennaio 1959, n. 141; In giurisprudenza: Cass., 17 maggio 1969, n. 1701.

qualità di erede o di legatario¹⁴¹. Resta, però, in tale ultimo caso, da tutelare la buona fede di quei terzi che abbiano contrattato con l'erede e che vedono operare meccanismi diversi a seconda che l'attività dispositiva abbia riguardato beni mobili o beni immobili. Relativamente ai primi, l'art. 1150 cod. civ. rende salvi gli acquisti dei quali il terzo abbia conseguito il possesso in buona fede in base ad un titolo idoneo, mentre, quanto ai secondi, la buona fede non è in grado di impedire l'inefficacia dell'acquisto atteso l'obbligo di trascrizione di cui agli artt. 2659 e 2660 cpv., n. 3, cod civ.¹⁴²

La regola della retroattività viene però mitigata in relazione all'ipotesi disciplinata nel 2° co. dell'art. 646 cod. civ. ossia dalla restituzione dei frutti in caso di avveramento della condizione risolutiva. Per tale evenienza la norma *de quo* prevede che l'erede ed il legatario siano tenuti a restituire i frutti soltanto dal giorno in cui si è verificata la condizione.

Obiettivo di tale disposizione, secondo quanto si legge nella Relazione al progetto definitivo al codice civile, è stato quello di ammorbidire le rigide conseguenze scaturenti da un'applicazione ortodossa della retroattività, infatti, potendo l'istituto sotto condizione risolutiva possedere più beni ereditari e godere dei loro frutti anche per lungo tempo prima che si verifichi l'evento condizionante, egli si troverebbe verosimilmente in evidente difficoltà dinanzi all'obbligo di restituire tutti i frutti *medio tempore*, maturati. D'altronde ciò trova fondamento nella presumibile volontà del testatore, il quale, in base ad una normale interpretazione della sua volontà, si ritiene abbia voluto attribuire un vantaggio economico tale all'istituto seppur condizionato risolutivamente. Proprio in base alla rilevanza assunta dalla volontà del testatore in tale fattispecie nonché dalla considerazione della natura derogabile della norma, si ricava la possibilità, in capo al testatore, di discostarsi da tale previsione normativa obbligando l'istituto a restituire i frutti sin dall'apertura della successione¹⁴³.

¹⁴¹ Cass., 1 marzo 1945, n. 128, secondo la quale, quando si avvera una condizione risolutiva, degli atti compiuti dall'istituto resterebbero validi ed efficaci soltanto quelli che avrebbe potuto compiere in veste di amministratore e ciò in base alla considerazione che con l'avveramento della condizione è vero che egli deve considerarsi come se non fosse mai stato erede o legatario e quindi privo della titolarità dei beni, ma è altresì vero che egli assumerebbe, sin dall'apertura della successione, la veste di possessore e amministratore dei beni medesimi.

¹⁴² Cass, 18 giugno 1963, n. 1637; Cass, 28 febbraio 1969, n. 663.

¹⁴³ In merito alla possibilità, da parte del testatore, di derogare *in toto* alla regola della retroattività precludendone in tutto o in parte l'operatività, parte della dottrina ne riconosce l'ammissibilità al fine di evitare un trattamento deteriore rispetto alla disciplina contrattuale che contempla una simile facoltà; In tal senso: L. GARDANI CONTURSI LISI, cit., p. 100 ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I e II, Milano, 1964, rist, II ed. p. 221; in realtà lo spazio per una tale contraria e generica volontà del testatore è stato negato, in sede di redazione del nuovo Codice, per il timore di consegnare al *de cuius* un potere eccessivo, capace di alterare, come si legge nella Relazione al progetto definitivo, le linee essenziali della condizione.

La mancanza della condizione, intesa quale acquisita certezza del suo inavveramento, non trova, all'interno dell'impianto codicistico, una specifica regolamentazione, tuttavia, è ugualmente possibile, facendo leva sui principi che governano la materia, addivenire a conclusioni sistematiche circa le sue conseguenze. Si afferma, infatti, che ove venga a mancare una condizione sospensiva, verrà meno pure l'istituzione nei confronti del suo destinatario, attualizzandosi, in tal guisa, quella in favore degli ulteriori chiamati (sostituti, coeredi in accrescimento, eredi legittimi) e così, in caso di legato, il diritto destinato al legatario resterà definitivamente nella titolarità dell'onerato. Quando, poi, a mancare sia una condizione risolutiva, non si creeranno nuovi assetti proprietari, ma solo si consolideranno quelli già formati a seguito della avvenuta delazione e accettazione.

Anche in materia testamentaria, da ultimo, si ritiene applicabile il principio secondo cui la deficienza della condizione non deve essere imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento, considerandosi altrimenti già avverato l'evento futuro e incerto e ciò in virtù di una finzione di legge predisposta, in materia contrattuale, dall'art. 1359 cod. civ. Si tratta, a parere di certa dottrina, di uno strumento sanzionatorio che, mediante la realizzazione in forma specifica dell'aspettativa, colpisce la parte che alterò il grado di incertezza della fattispecie mediante il suo comportamento ostativo¹⁴⁴.

5. Limiti all'impiego della condizione: impossibilità e illiceità.

Al pari di quanto accade in sede contrattuale, anche in ambito testamentario è disposto il principio della inutilizzabilità di condizioni e oneri sprovvisti dei requisiti della possibilità e liceità. Affinché tali elementi conservino il ruolo di (rilevanti) strumenti dell'autonomia privata in materia testamentaria, attraverso cui subordinare l'efficacia delle disposizioni al rispetto di determinati comportamenti da parte dei chiamati, occorre che l'evento o il comportamento in essi dedotto rispetti determinati limiti di contenuto e risponda ad interessi tutelabili secondo l'ordinamento giuridico. Ne deriva l'inidoneità a valere come modalità accidentale della disposizione *mortis causa* da parte di quella condizione o di quell'onere che si pongano come impossibili o in contrasto con i principi delle norme imperative, dell'ordine pubblico o del buon costume.

¹⁴⁴ C. GANGI, cit., p. 215; G. CAPOZZI, cit., p. 484; M. C. TATARANO, *Il testamento*, in Tratt. del Cons. naz. del Notariato, dir. da P. Pierlingieri, Napoli, 2003, p. 303; In giurisprudenza: Cass., 29 marzo 1982, n. 1928.

La reazione del sistema normativo in tali casi è la stessa per entrambi tali elementi: la disposizione testamentaria si considera valida e libera dalla loro influenza (*vitiantur sed non vitiant*) in quanto la condizione o l'onere impossibili o illeciti si hanno per non apposti (artt. 634 e 647 cod. civ.). Ciò resta vero, però, solo se tali elementi non abbiano costituito il motivo unico e determinante della disposizione perché, in tal caso, essa dovrà dichiararsi interamente nulla¹⁴⁵.

6. Le condizioni impossibili

Il concetto di condizione impossibile e illecita non riceve dal legislatore una specifica definizione, al pari di quanto accade per la condizione pura e semplice, rinunciandosi, pertanto, a fornire dei criteri stabili e certi per la loro identificazione. Invero, di fronte alla varietà e complessità delle fattispecie astrattamente ipotizzabili – tali da precludere spesso una risposta certa alle questioni ermeneutiche che possono porsi – l'operazione sarebbe risultata alquanto ardua.

Può dirsi tuttavia che l'impossibilità della condizione scaturisca sempre dalla impossibilità dell'evento, ma che il suo concreto accertamento richieda poi una specifica attività ermeneutica.

La condizione può dirsi impossibile, in senso naturalistico, ove l'evento dedotto non possa realizzarsi per contrarietà alle leggi fisiche o naturali (*si digito coelum tetigeris*), mentre è incerta la configurabilità di una condizione impossibile dal punto di vista giuridico ossia diretta a conseguire un risultato precluso dalle norme di legge, atteso che, per alcuni, essa configurerebbe niente altro che un caso di volontà testamentaria *contra legem*, sussumibile, come tale, nel più ampio concetto di illiceità¹⁴⁶.

¹⁴⁵ ARCHI, voce Condizione (*diritto romano*), in Enc. Del dir., VIII, Torino 1961, p. 748 ss.; COSENTINI, *Conditio impossibilis* 1952, Milano, p. 136, l'unitarietà della disciplina delle condizioni impossibili ed illecite risale al diritto giustiniano che applicò ad entrambe la regola sabiniana, mentre, in precedenza, tale soluzione interessava soltanto la condizioni impossibili. Per le condizioni illecite o turpi, infatti, era prevista una *remissio* da parte del pretore ossia una eliminazione della *conditio* attraverso cui garantire la conservazione della disposizione testamentaria. Scopo della *remissio* pretoria era quello di sollevare l'onorato dall'alternativa tra l'adempiere la condizione illecita, assumendosi le conseguenze della condotta anti-giuridica ovvero non adempierla e perdere il lascito a lui diretto dal *de cuius*.

¹⁴⁶ In tal senso BARASSI, *Le successioni testamentarie*, Milano, 1936, p. 408; ANDRINI, *La condizione nel testamento*, cit. p. 118; PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale"*, cit. p. 167, nota 1, l'impossibilità dovrebbe valutarsi solo in termini naturalistici, mentre illecita dovrebbe intendersi solo la condizione che mira al perseguimento di risultati vietati dall'ordinamento giuridico; AURICCHIO, *Un caso di impossibilità giuridica?*, in Dir. giur., 1956, p. 101 ss., secondo il quale la distinzione tra le condizioni impossibili e illecite si affida a criteri diversi. La dottrina classica riconosce una condizione impossibile quando la realizzazione

Relativamente all'impossibilità naturale, si osserva come essa non vada valutata in relazione al dato della realtà già sperimentata, nel senso di poter dare rilevanza soltanto ad una impossibilità reale ed assoluta (che interdirebbe l'esistenza stessa del negozio giuridico), bensì in base al criterio della prevedibilità secondo quanto avvertito dalla coscienza dell'uomo medio: non potrebbe, cioè, formare oggetto di una condizione l'evento assolutamente impossibile, ma solo quello impossibile dal punto di vista previsionale. Tuttavia, è da precisarsi che la valutazione dell'evento in termini di prevedibilità non può considerarsi stabile, variando, invero, in relazione all'evoluzione dei tempi e dei luoghi, capaci di creare diverse sensibilità e diverse capacità percettive e valutative.

Come accade per la futurità anche l'impossibilità e l'illiceità della condizione vanno di norma valutate con riferimento al tempo dell'apertura della successione, dovendo, cioè, atteggiarsi come originarie ed essere quindi coeve alla stesura del testamento, occorrendo poi, ai fini dell'operatività dell'art. 634 cod. civ., che esse persistano fino al tempo in cui il negozio testamentario acquisti efficacia. Per tale verso, una impossibilità naturale o una illiceità dell'evento meramente transitorie che lasciassero spazio, prima dell'apertura della successione, ad una sopraggiunta possibilità o liceità, sarebbero incompatibili con l'applicazione della norma *de quo*¹⁴⁷.

L'operatività dell'art. 634 cod. civ. è stata altresì negata, da parte di autorevoli voci dottrinarie¹⁴⁸, riguardo alla condizione testamentaria impossibile in base alla considerazione che l'inattuabilità dell'evento andrebbe ad erodere, fino ad eliminarlo, uno dei requisiti essenziali del testamento e, in genere, del negozio giuridico, qual è la volontà, comportando

dell'evento è impedita dall'ordine naturale delle cose; a fianco ad essa la giurisprudenza parlò di una impossibilità giuridica ove l'evento si fosse posto in contrasto con l'ordine pubblico. Tale distinzione però non fu recepita e difatti non ve n'è traccia nella compilazione di Giustiniano nella quale l'impossibilità continuò ad essere indicata come un impedimento naturale. Contrari all'assimilazione dell'impossibilità giuridica col concetto di illiceità: GIU. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 524, che porta ad esempio la condizione di contrarre matrimonio con la propria figlia; W. D'AVANZO, *Delle successioni*, Firenze, 1941, p. 719 che ravvisa l'impossibilità giuridica quando la norma impedisca la realizzazione dell'evento, distinguendola dalla illiceità che riguarderebbe le ipotesi in cui il comportamento previsto violi la legge, ma non possa essere impedito; M.C. TATARANO, *Il testamento*, cit., p. 309; PUGLIATTI, *Testamento epistolare e volontà testamentaria*, in Temi, p. 525; FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 12.

¹⁴⁷ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 524; PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e di legati*, Firenze, Comm. cod. civ. dir. da D'Amelio - Finzi - Barbera, 1941, p. 438, ritengono che l'impossibilità dell'evento vada rapportata solo al tempo di apertura della successione e non anche a quello di redazione del testamento di talché l'art. 634 cod. civ. potrebbe operare anche quando l'evento sia divenuto impossibile solo a seguito della stesura delle disposizioni di ultima volontà. *Contra* Cass. 2002 n. 5871 secondo la quale non può parlarsi di impossibilità originaria quando l'evento risulti possibile al momento di preparazione della scheda, ma non più al tempo della morte del suo autore perché, in tal caso, dovrà parlarsi di mancanza della condizione originariamente possibile.

¹⁴⁸ BARASSI, *La successione*, cit., p. 351; BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Napoli, 1982, p. 52; PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e di legati*, cit. p. 526; TRABUCCHI, *Il valore attuale della regola sabiniana*, in Giur. It. 1953, I, 1;

così la completa nullità della disposizione. Si è osservato, infatti, che, mentre una volontà espressa in subordine ad un evento illecito, ma possibile, si atteggierebbe pur sempre come volontà responsabile e consapevole, un volere subordinato ad un evento impossibile, al contrario, sarebbe privo del requisito della serietà. A ciò, però, si è aggiunto che l'effetto invalidante della disposizione, qui, sarebbe prodotto non solo dal semplice elemento oggettivo della impossibilità, ma anche dall'elemento soggettivo della conoscenza, da parte del testatore, di tale impossibilità, occorrendo che questi non ignori lo stato di fatto che si ponga da impedimento al verificarsi dell'evento. In tali casi il volere espresso dal *de cuius* non è considerato idoneo a supportare una reale disposizione *mortis causa* scorgendosi uno stretto collegamento tra impossibilità della condizione e mancanza di una seria volontà.

In chiave critica, tuttavia, è possibile notare come l'accoglimento di tale ultima prospettiva finisca per dar vita a contraddizioni sistematiche. Riconoscendo, infatti, nella condizione impossibile sempre una causa di esclusione della volontà testamentaria e quindi di nullità dell'intera disposizione, si arriverebbe a infirmare il dettato degli artt. 634 cod. civ., che espressamente si riferisce alle condizioni impossibili, e 1354 cod. civ., che non prevede la nullità per il caso di condizione risolutiva impossibile. In particolare si finirebbe per circoscrivere la regola sabiniana alle sole ipotesi in cui il disponente ignori l'impossibilità di avveramento della *condicio*, circostanza questa che richiederebbe uno sforzo interpretativo particolarmente gravoso teso a decifrare il reale atteggiamento psicologico del testatore in sede di impiego del meccanismo condizionale, senza escludere che una siffatta indagine possa divenire punto di emersione di altri vizi del volere testamentario quali, ad esempio, la mancanza della capacità di intendere e volere.

Preclusioni all'efficacia della disposizione conseguono, altresì, nel caso in cui l'evento o il comportamento posto in condizione siano di per sé possibili nella loro realizzazione, ma non sia altrettanto possibile l'accertamento del loro verificarsi e ciò, vuoi perché tale verifica sfugga allo strumentario delle conoscenze umane, vuoi perché il fatto appartenga alla sfera intima dell'individuo e riguardi scelte etiche, spirituali o politiche, come tali, collocate all'interno di processi mutevoli e insondabili¹⁴⁹, vuoi, infine, perché l'accertamento sia impedito da ragioni di carattere temporale quali la mancata fissazione di un termine per l'avveramento.

La soluzione dell'inefficacia della disposizione viene dedotta, secondo alcuni, dal fatto che l'incertezza dovrebbe interessare soltanto l'avvenimento condizionante e non anche i criteri

¹⁴⁹ Si pensi alla condizione di abbracciare o abbandonare un determinato credo religioso.

per verificarne il prodursi, atteso che, in caso contrario, l'incontrollabilità del suo avveramento si tradurrebbe in una situazione di definitiva certezza (nel senso di lasciare per sempre incerto quell'evento), rimuovendo così quella situazione di dubbio richiesta in ogni meccanismo condizionale. In simili circostanze, allora, lungi dal riconoscersi la presenza di una vera condizione in grado di assegnare rilevanza giuridica ai sottesi interessi del *testator*, si individuano soltanto delle mere raccomandazioni o esortazioni.

7. Le condizioni illecite. Rilevanza della potestatività e mutevolezza del concetto in relazione allo spirito dell'epoca.

Si definiscono illecite tutte quelle condizioni che, pur riferendosi ad un evento materialmente realizzabile, si scontrano, ricevendone censura, con i principi dell'ordinamento giuridico o di quello morale. Come per la causa del negozio, anche la condizione è considerata illecita ove contrasti con una norma imperativa, con l'ordine pubblico o il buon costume. L'esatta demarcazione di tali concetti in relazione alle concrete fattispecie è, pertanto, operazione irrinunciabile per la pronuncia di illegalità di una condizione, tuttavia, in un simile contesto, occorre misurarsi con la continua mutevolezza di questi principi, riflesso delle diverse epoche e dei loro costumi¹⁵⁰.

A rendere illecita una condizione, contrattuale o testamentaria, può essere non solo il valore obbiettivamente antiggiuridico dell'evento dedottovi, quale, ad esempio, la consumazione di un determinato reato, ma anche l'effettiva finalità perseguita dal disponente. Il testatore può ricorrere, infatti, al congegno condizionale per proporre al chiamato un determinato comportamento, di per sé lecito, al quale conformarsi per poter beneficiare del lascito, prospettando, però, in tal modo, una pressione psicologica sulla libera formazione della volontà mediante la logica dell'incentivo e della deterrenza. Ciò accade, all'evidenza, nelle condizioni potestative ove si fa riferimento ad uno specifico atteggiamento cui il chiamato è richiesto di adeguarsi e che è tale da incidere sulle libertà del soggetto limitandone l'estensione e l'esercizio. E' propria di tale genere di condizione, infatti, l'attitudine a

¹⁵⁰ Si parla di "norme imperative" alludendo a tutte le norme giuridiche cui i consociati sono chiamati ad uniformarsi in virtù del loro carattere imperativo e inderogabile. Più ardua, invece, risulta la nozione di ordine pubblico racchiudendo, essa, tutti i principi insiti nell'ordinamento giuridico che debbano considerarsi, in relazione alle finalità perseguite ed al preciso momento storico, come fondamentali e insostituibili. Il buon costume, infine, si delinea, a seconda delle diverse sensibilità interpretative, ora nel complesso di quei principi etici, universalmente riconoscibili, costituenti la morale sociale cui si adegua la generalità delle persone oneste, corrette, di buone fede, ora tutte le ipotesi di illiceità comunque atte a turbare l'ordine morale ed economico della società.

stimolare il delato al compimento o al non compimento di una determinata azione, facendone ciò, uno strumento di insostituibile utilità soprattutto quando le condotte poste in *condizione* si presentino incoercibili poiché, come spesso accade, legate alle scelte fondamentali con cui orientare la propria vita (si pensi alla decisione di contrarre o meno il matrimonio, di procreare un figlio, di svolgere o meno una certa attività lavorativa).

Quando, però, a dedursi in condizione siano atteggiamenti corrispondenti a libertà personali dei chiamati, occorre chiedersi fino a che punto l'utilizzo dello strumento condizionale intinga nella liceità e, ove si ammetta l'impiego di simili condizioni, in che misura l'autonomia del testatore possa incidere sulla sfera personale del beneficiario.

E' evidentemente difficile fornire una risposta univoca, valida per tutte le epoche vista l'instabilità dei costumi e delle società in termini di percezione morale. L'evoluzione sociale, culturale ed economica di ogni nazione incide, infatti, inevitabilmente sulla distinzione di ciò che è illecito e ciò che non lo è, determinando, tutto questo, una diversa reazione dell'ordinamento ai comportamenti negoziali (e non negoziali) dei consociati¹⁵¹.

L'ingerenza del *pater familias* nelle scelte esistenziali più profonde e delicate dei suoi familiari, attuata mercè una o più disposizioni di ultima volontà, non era, in passato, giudicata con sfavore, rappresentando, anzi, una coerente derivazione della sua libertà testamentaria. La volontà del *de cuius* era avvolta, infatti, dal carattere della sacralità e ciò in sintonia col ruolo di governo e supremazia affidato al *pater* all'interno della struttura gerarchica della famiglia, chiamato ad esercitare un potere monocratico diretto a salvaguardarne il superiore interesse.

Il sacrificio delle libertà personali dei chiamati, pertanto, veniva giustificato dalla ricerca di una loro migliore realizzazione in campo sociale, professionale ed esistenziale. Ciò era attuato mediante l'esercizio di un potere assoluto e insindacabile da esercitarsi, però, nel rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla moralità.

Lo sguardo riformatore con cui il legislatore ha posto mano, negli ultimi anni, al diritto di famiglia, ne ha consentito una riorganizzazione in chiave più moderna segnando un mercato

¹⁵¹ Sul concetto di contrarietà all'ordine pubblico: FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970, p.151; GUARNERI, *L'ordine pubblico e le fonti del diritto civile*, Padova, 1974, p. 30 ss.; LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Camerino-Napoli, 1978, p. 69 ss.

Sul concetto di contrarietà al buon costume: DEIANA, *In tema di contratti contrari al buon costume*, in Giur. coml. Cass.civ., 1948, III, p. 147 ss.; PANZA, *L'antinomia fra gli artt 2033 e 2035 c.c. nel concorso tra illegalità e immoralità del negozio*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1971; CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in Riv. trim. dir. e proc.civ., 1949; RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in Riv. dir. civ., 1966, I, p. 1 ss. La contrarietà al buon costume è ravvisata ad esempio nelle condizioni aventi ad oggetto: attività di disposizione sul proprio corpo, di commercio delle proprie libertà fisiche e morali, di corruzione di pubblici uffici, di meretricio, di gioco e scommessa.

allontanamento, dal punto di vista culturale, rispetto al passato. La famiglia vive oggi, nella considerazione del legislatore, non più come una realtà in cui le espressioni personali ed egoistiche dei suoi componenti vengono percepite come minacce al superiore interesse della sua unità, bensì come formazione sociale in cui a ciascuno è dato di poter esprimere e realizzare la propria personalità in linea con il dettato dell'art. 2 Cost. in cui la famiglia si palesa quale luogo per la realizzazione dell'individuo.

L'impatto di tali evoluzioni si è avverito anche nell'approccio assunto dal giurista verso le condizioni testamentarie illecite, in nome della maggiore sensibilizzazione ed apertura ai valori della persona umana ed alle sue libertà inviolabili, arrivandosi a porre concreti argini all'espressione dell'autonomia testamentaria contro il rischio di un suo valicare il confine del lecito mediante l'invasione di sfere strettamente intime dei destinatari che, come tali, si presentano, oggi, decisamente intolleranti all'intrusione di influenze esterne¹⁵².

8. *La regola sabiniana. Evoluzione normativa e approcci ricostruttivi della sua ratio.*

Il recepimento dell'antica regola sabiniana, di origine romanistica¹⁵³, all'interno dell'ordinamento italiano, ha conosciuto, nel tempo, diversi gradi di apertura, interessando dapprima le condizioni impossibili ed estendendosi, poi, anche a quelle illecite, per essere mantenuta fino ad oggi, pur non senza atteggiamenti di critica e malcontento, nell'ambito della disciplina testamentaria.

Sotto il vigore del codice civile del 1865 la regola sabiniana era riprodotta, attraverso l'art. 849 c.c., nella sua formulazione pura ossia in modo da non poter mai attentare alla validità della disposizione cui accedeva. Tale disciplina positiva, però, non sembrava rispondere pienamente alle esigenze emergenti in sede di tutela del voluto testamentario cosicché gran parte della dottrina e della giurisprudenza ritennero di dover invocare, in simili casi, anche il dettato dell'art. 828 cod. civ. 1865, che definiva prive di effetto le disposizioni universali o

¹⁵² Sono considerate ormai valide e legittime le disposizioni testamentarie e donative compiute in favore di figli aduleterini o del convivente *more uxorio*: GARDANI CONTURS LISI, *Donazioni*, in *Giur. sist. Civ. e comm. diretta da W. Bigiavi*, Torino, 1967, p. 224 ss.; Cass, 30 giugno 1950 n. 1678; Cass, 18 maggio 1963 n.1290

¹⁵³ In epoca giustiniana la scuola dei Proculiani e quella dei Sabiniani furono parti di una nota disputa, sostenendo, i primi, che in presenza di una condizione impossibile apposta ad una disposizione testamentaria, quest'ultima dovesse considerarsi del tutto priva di effetti, affermando, invece, i secondi, che gli atti *inter vivos* accompagnati da una simile condizione dovessero considerarsi pienamente efficaci, mentre, per quelli *mortis causa*, la condizione andava considerata *pro non scriptis*. Il prevalere di tale ultima regola, determinato dall'appartenenza di Giustiniano alla scuola sabiniana, non ricevette un immediato riscontro in termini legislativi, conoscendo piuttosto una progressiva applicazione in via interpretativa.

particolari fondate su una causa erronea ed espressa la quale avesse assunto valore determinante per il testatore nonché dell'art. 1119 cod. civ. 1865, che prevedeva l'inefficacia dell'obbligazione priva di una causa o fondata su una causa falsa o illecita¹⁵⁴. Successivamente il legislatore ha assunto una posizione propria rispetto alle scelte operate in altri sistemi europei¹⁵⁵ rinunciando ad una regola sabiniana pura e stabilendo, attraverso il disposto dell'art. 634 cod. civ., la nullità dell'intera disposizione testamentaria qualora la condizione impossibile o illecita dovesse rappresentare motivo unico e determinante della *voluntas* e ciò risulti dal testamento.

Si è così assistito, in virtù del collegamento con l'art. 626 cod. civ., al richiamo del principio *vitiatur et vitiat* riconosciuto per la condizione contrattuale dall'art. 1354 cod. civ.. Detto richiamo, intervenendo su di una norma di carattere eccezionale, quale si presenta l'art. 634 cod. civ., ne lenisce tale natura poiché la riporta sui binari della disciplina contrattuale arrivando a consentire, come detto, la pronuncia di nullità sull'intera disposizione ed anzi prestandosi ad una soluzione di maggior rigore rispetto a quanto stabilito in sede contrattuale dove, in presenza di una condizione risolutiva impossibile apposta ad un atto *inter vivos*, si consente la salvezza dell'atto al contrario di quanto è previsto per il negozio *mortis causa*.

La ricerca di una esauriente e convincente giustificazione della regola sabiniana consacrata nell'art. 634 cod. civ. è risultata, già sotto il vigore dell'abrogato codice e, ancora oggi, con il suo abbandono, da parte del nuovo codice, della sua versione pura, particolarmente ardua e tortuosa.

La maggioranza delle voci dottrinarie italiane¹⁵⁶, ancor prima della riproduzione della regola all'interno dell'attuale legislazione, stentava a ritrovarne un adeguato supporto razionale,

¹⁵⁴ DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, I, 979; DEGNI, *Illiceità dei motivi e illiceità della causa rispetto ai negozi fondati su rapporti immorali*, in Riv. dir. comm., 1911, II, p. 433; In giurisprudenza: Cass. 7 giugno 1935 n. 2165, in Foro it., 1935, I 979. Il richiamo al concetto di causa illecita e non a quello di motivo illecito è dovuto alla mancanza, nel codice del 1865, di una norma analoga all'attuale art. 626 cod. civ.

¹⁵⁵ Negli ordinamenti europei l'accoglimento della regola sabiniana è avvenuto in modo non omogeneo, registrandosi, conseguentemente, diverse soluzioni disciplinari in materia di condizioni impossibili o illecite. In Francia l'art. 900 del codice civile del 1804 accoglieva il principio in modo immutato estendendolo altresì agli atti di liberalità pur consentendo, tuttavia, la dichiarazione di nullità della disposizione ove fosse accertato il valore impulsivo e determinante della condizione sulla liberalità. Nessuna regolamentazione normativa è prevista, invece, in Germania dove il BGB non contiene regole specifiche per le condizioni testamentarie illecite o impossibili. La regola sabiniana viene qui veicolata in campo applicativo per il tramite della dottrina, in ossequio al *favor testamenti*, distinguendo, da un lato, le condizioni illecite o immorali e le condizioni sospensive potestative di natura potestativa, che rendono nullo il testamento e, dall'altro, le condizioni risolutive impossibili che si considerano come non apposte: DIETZ, *Erbrecht*, Bonn, 1949, p. 60; COING, *Bedingung. Zeitbestimmung*, in *Staudingers Kommentar zum B.G.B., Allgemeiner Teil*, Vorben, Berlin, 1957 p. 916 ss.; LEHMANN-HUBNER, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1966, p. 282.

¹⁵⁶ VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie, IV*, Napoli, 1909, p. 363; COVIELLO, *Manuale del diritto civile italiano, Parte generale*, Roma, 1915-16, DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1921, I, p. 275 ss; RAMPONI, *Le condizioni di celibato e di vedovanza nei testamenti e nei contratti*, Firenze, 1893, p. 22 ss; In epoca più recente: GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954;

ravvisando, tutt'al più, un atteggiamento di attaccamento e di fedeltà da parte del sistema verso la tradizione romanistica. Tale avversione non impedì, tuttavia, l'ingresso della regola nel nuovo codice pur se si passò da una versione pura della stessa ad una connotata dal richiamo al motivo illecito onde colpire, con la nullità, tutte quelle disposizioni testamentarie nelle quali la condizione fosse assunta a motivo determinante e ciò per adeguare il trattamento della condizione illecita a quello del motivo illecito.

Nella ricostruzione della *ratio* giustificatrice della regola sabiniana ha da sempre assunto ruolo preponderante il principio del *favor testamenti*, in ragione del quale giustificare una scissione della condizione illecita o impossibile dalla relativa disposizione testamentaria e giungere, così, a salvaguardare la validità ed efficacia di quest'ultima dal contagio della prima.

Invero, in coincidenza con l'evolversi del concetto di testamento, si è assistito, nel tempo, ad un corrispondente mutamento del concetto di *favor testamenti*, il cui significato, dapprima, fu letto in una chiave puramente oggettiva per poi assumere, in seguito, una valenza prevalentemente soggettiva. Nel sistema romano, infatti, al testamento era affidata la primaria funzione di designare l'erede, inteso quale soggetto con cui dare risposta ad interessi personali più che patrimoniali; competevano, invero, a quest'ultimo i compiti di dare continuazione al culto familiare, alle tradizioni, al nome, alle attività economico-giuridiche. Da ciò si comprende quanto fosse sentita l'esigenza di far salve le ultime volontà del *de cuius* e, in particolare, l'istituzione di erede anche se, a tal fine, si fossero rese necessarie manovre interpretative particolarmente ardite e sottili capaci di forzare e stravolgere il senso delle disposizioni pur di scongiurare l'apertura della successione legittima.

In una simile cornice il *favor* si atteggiava quale strumento di protezione, non tanto della *voluntas defuncti*, quanto dell'*heredis institutio* e, in tale direzione, erano chiamati ad operare i principi quali la regola sabiniana o il brocardo *semel heres semper heres*. Obiettivo era quello di eludere tutte quelle disposizioni testamentarie capaci di ostacolare la successione dell'erede e tra queste, evidentemente, rientravano le condizioni impossibili o illecite¹⁵⁷.

Quando la connotazione del negozio testamentario divenne prevalentemente patrimoniale, la volontà del testatore assunse un ruolo predominante e a porsi quale preoccupazione

CIRILLO *Disposizioni condizionali e modali*, in Successioni e donazioni a cura di Rescigno, I, Padova, 1994, p. 1060.

¹⁵⁷ PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970; DE CUPIS, *Il principio di conservazione nell'interpretazione dei testamenti*, in Dir. e giur., 1947, p. 85; BIONDI, *Successione testamentaria - Donazioni*, Milano 1943, p. 3 ss.; D'ORTA, *Saggio sull'heredis institutio. Problemi di origine*, Torino, 2000, p. 165; VISMARA, *Appunti intorno alla heredis institutio*, in *Scritti di storia giuridica*, 6, *Le successioni ereditarie*, Milano, 1988, p. 39 ss; FADDA, *Concetti fondamentali del diritto romano ereditario*, I, Napoli, 1900, p. 292.

principale degli interpreti non fu più la salvezza dell'istituzione ereditaria, ma la tutela dell'ultima volontà. Si è arrivati così, fino ad oggi, col riconoscere nel *favor testamenti* una regola di ermeneutica diretta ad esaltare e ad estendere il dato volontaristico assicurandone adeguata salvaguardia e, proprio in tale solco, si pone il disposto dell'art. 634 cod. civ.

Prima dell'entrata in vigore del codice del 1942 la maggior parte della dottrina scorgeva nella regola sabiniana uno strumento diretto a tutelare, in tutte quelle ipotesi in cui il disponente fosse stato all'oscuro della illiceità o impossibilità della *condicio*, la sua volontà presunta, ritenendosi, cioè, che questi avrebbe preferito mantenere in vita la disposizione, pur se depurata della condizione, piuttosto che vederla completamente svuotata della sua validità.

Tale ragionamento presuntivo, però, era aperto ad una diversa dimostrazione, restando ferma l'inefficacia del testamento ove fosse risultata con certezza la volontà del suo autore di non scindere la disposizione dal meccanismo condizionale viziato o allorquando fosse stato lo stesso *de cuius* a prevedere espressamente l'inefficacia dell'atto *mortis causa* in presenza di illiceità o impossibilità della condizione¹⁵⁸.

La tendenza a declinare il *favor testamenti* in una chiave soggettiva, pur giustificandosi con l'intento di assicurare, mediante una *benigna interpretatio*, la conservazione di una volontà giocoforza irripetibile e diversamente destinata alla sterilità sul piano giuridico, veniva nondimeno raggiunta dalla considerazione critica secondo cui, per tale china, si arrivava a tutelare non già il reale voluto testamentario, bensì qualcosa di diverso e distante da esso in spregio alla sua sacralità. In altri termini, scindere la volontà dalla condizione avrebbe significato scavalcare il principio di inscindibilità della volontà condizionata finendo per forzare la volontà privata e stravolgerne il senso.

Tale approccio critico restava, nell'ambito del panorama dottrinario, minoritario, muovendosi invece, l'orientamento prevalente, nella direzione di giustificare la regola sabiniana, in versione pura, mediante il richiamo al concetto di scindibilità della volontà testamentaria rispetto alla condizione. Tale convinzione intingeva, secondo alcuni, nella considerazione che il testatore avrebbe comunque voluto eseguire il testamento anche se reso orfano degli elementi accidentali appostivi; secondo altri la ragione di tale scindibilità non era di carattere soggettivo, ma oggettivo, legandosi all'intento legislativo di fare salve le disposizioni *mortis causa* altrimenti invalide. Non mancava chi invocasse la disciplina del contratto per sottolineare come in tale contesto la determinazione del concreto regolamento negoziale, e

¹⁵⁸ BARASSI, *La successione testamentaria*, cit., p. 342; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 565; COVIELLO, *Corso completo del diritto delle successioni*, Napoli, 1914 -15; G. BRUNETTI, *Le condizioni impossibili o illecite nei testamenti*, in *Scritti giuridici vari*, IV, Torino 1925, p. 202; In giurisprudenza: Cass. 30 maggio 1953 n. 1633.

quindi anche la scelta di introdurre una condizione, era sempre il frutto della concorde volontà di tutte le parti, mentre in ambito testamentario, l'apposizione di una *condicio* e, in genere, l'intero impianto delle ultime volontà, rifletteva il volere del solo testatore sicché non sarebbe apparso congruo lasciare che il beneficiario della disposizione soffrisse la perdita del lascito a causa della illiceità di una condizione appostavi senza alcun concorso da parte sua¹⁵⁹. In ultimo, si affermava come la condizione testamentaria – nell'ambito dei soli atti *mortis causa* - fosse in grado di creare, di fianco alla tipica volontà dispositiva, una volontà ulteriore e aggiunta, diretta a scopi e finalità diverse, la quale, grazie al funzionamento della regola sabiniana, avrebbe potuto essere soppressa per assicurare la conservazione della volontà testamentaria.

Gli apporti teorici espressi dalla dottrina, se da un lato valsero a vivacizzare il dibattito, dall'altro non riuscirono a rivoluzionarne le conclusioni, restando queste impiegate sul principio della inscindibilità della volontà condizionata quale assioma insuperabile e per questo fonte di non poche difficoltà nella comprensione della regola sabiniana. Di fronte al suo valore derogatorio, infatti, è risultato arduo fornire risposte esaurienti e, in tal senso, neppure il principio del *favor testamenti*, in tutte le sue declinazioni, è riuscito ad offrire soluzioni condivise.

9. Giustificazioni della regola sabiniana alla luce delle novità introdotte dal codice del 1942

Il passaggio da una formulazione pura della regola sabiniana, così come concepita sotto il codice del 1865, ad una connotata dal riferimento al motivo illecito, attraverso il richiamo all'art. 626 cod. civ., non riuscì a proiettare il dibattito sulla sua *ratio* giustificatrice al di fuori dei precedenti confini, segnati, per un verso, dal principio cardine dell'inscindibilità della volontà condizionata e, per altro verso, dal criterio del *favor testamenti* quale leva su cui poggiare la deroga della stessa in campo testamentario.

Le analisi dottrinarie, in questa fase, muovono da una considerazione dell'art. 634 cod. civ. come espressione di un principio di conservazione del negozio testamentario. Si afferma, cioè, un'accezione oggettiva del *favor testamenti*, nei termini di principio diretto non più alla realizzazione, ad ogni costo, della estrema volontà del *de cuius*, bensì diretto alla

¹⁵⁹ G. BRUNETTI, *Le condizioni impossibili o illecite nei testamenti*, cit. 187; VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, 1972, Napoli, p. 67; COSENTINI, *Conditio impossibilis*. Milano, 1952

salvaguardia del negozio testamentario contro il rischio di una sua inefficacia e conseguente incapacità a regolamentare la vicenda successoria¹⁶⁰. In tal senso, è stata estesa anche al testamento l'applicazione dell'art. 1367 cod. civ., dettato in tema di interpretazione dei contratti, sottolineandosi anzi come una tale norma troverebbe nel campo dell'interpretazione testamentaria più estesa applicazione¹⁶¹.

Secondo alcuni, punto di arrivo di simili osservazioni è l'affermazione per cui l'art. 634 cod. civ. andrebbe a garantire, in nome del *favor testamenti*, la conservazione dell'atto grazie a una duplice operazione di annullamento della disposizione e sua successiva creazione in forma ridimensionata, ma, comunque, in grado di evitare l'apertura della successione legittima. Prezzo da pagare per mantenere in vita la disposizione sarebbe quello di amputare da essa la condizione illecita o impossibile, determinando, per contro, uno scollamento dall'originaria volontà del testatore e una riformulazione, in termini qualitativi, dell'assetto da questi voluto, con la conseguenza di mettere in discussione l'indole negoziale dell'atto, stante la sopraggiunta irrilevanza della *voluntas testatoris* nella produzione del suo effetto attributivo¹⁶².

Particolarmente originale, rispetto agli orientamenti tradizionali, si presenta la lettura della regola sabiniana operata da alcuni autori¹⁶³, i quali, affrancandosi dall'idea della stessa come strumento di attuazione del *favor testamenti*, vi ravvisano, piuttosto, una sanzione legale a suo carico attraverso cui incidere in modo restrittivo sulla volontà espressa e sulla libertà esercitata. Più precisamente, a presupposto di un tale atteggiamento punitivo, si individua un abuso del testatore che, nell'esercizio della propria autonomia, si è spinto fuori dal perimetro di legalità tracciato dall'ordinamento, piegando così lo strumento testamentario a finalità non meritevoli di tutela. Anzi, in tale ottica, l'applicazione dell'art. 634 cod. civ. svolge un'insostituibile ruolo protettivo della libertà di chi riceve le sostanze ereditarie, mirando ad evitare che questi soggiaccia (sempre che non decida di rinunciare) ad una volontà espressa

¹⁶⁰ BARASSI, *La successione per causa di morte*, cit.; D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, Napoli, *Studi in onore di Santoro Passarelli*, II, 1972, p. 103; DE CUPIS, *Il principio di conservazione nell'interpretazione dei testamenti*, in *Dir. e giur.*, 1947, p. 92;

¹⁶¹ DE CUPIS, *Il principio*, cit. p. 95 ss.; BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371, Commentario codice civile*, Milano, 1991, p. 300; GRASSETTI, voce *Conservazione (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, p. 574 ss.

¹⁶² Parlare di *favor* dell'ordinamento nei confronti di un regolamento privato dovrebbe significare proteggerlo da atti impugnativi, ma non anche arrivare a tradursi in una forma di indipendenza e smarcamento dalla volontà espressa perché ciò decreterebbe piuttosto una negazione dell'autonomia. In tal senso N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, p. 257

¹⁶³ FERRARA, *Teoria del negozio*, cit., p. 315 ss.; BARASSI, *La successione*, cit., p. 495; JEMOLO, *Condizione testamentaria che "vitiatur et vitiat"*, in *Foto it.*, 1954, I, che parlava di meccanismo sanzionatorio contro l'autore di una volontà antisociale; Più di recente: ANDRINI, *La condizione nel testamento*, cit., p. 138; PEREGO, *Favor legis e testamento*, cit., p. 174.

in modo ridondante ed abusivo. Conclusione, questa, ancor più valida ove si pensi alla possibilità del *de cuius* di cogliere l'occasione della redazione della scheda testamentaria per imporre, dolosamente, all'istituto, contegni che, pur se non corrosivi della consistenza patrimoniale del lascito, si rivelino capaci, però, di disturbare, se non ferire, la sensibilità del ricevente e gli spazi della sua sfera più intima e personale.

La tesi in commento non disconosce il principio della inscindibilità della volontà condizionata, ma, anzi, ad esso fa riferimento per sottolineare come l'art. 634 cod. civ. si ponga, rispetto ad esso, quale evidente deroga e ciò proprio in nome di un intento sanzionatorio contro la volontà antisociale espressa nella scheda testamentaria. Si osserva, infatti, che depurando la disposizione condizionata del suo elemento accidentale, si andrebbe a riferire alla persona del testatore una volontà diversa da quella originariamente concepita, giungendo a limitare la sua autonomia e precludendo quel risultato che si sarebbe potuto produrre solo con l'adempimento della condizione programmata ossia attuando per intero la sua ultima volontà.

Se l'affermazione di una finalità sanzionatoria può ben dirsi concepibile alla luce di una regola sabiniana in versione pura, essa invece perde consistenza dinanzi all'attuale formulazione dell'art 634 cod. civ. che, richiamando l'art. 626 cod. civ., offre una disciplina diversamente articolata nel senso di non affidarsi esclusivamente alla regola sabiniana pura, ma preoccupandosi di garantire, fin quando possibile, la salvezza della volontà dispositiva, dopo averla depurata dell'elemento condizionale viziato, purchè, però, essa possa ancora dirsi riferibile alle determinazioni del *testator*.

10. I tentativi di superamento del principio di inscindibilità della volontà condizionata quale soluzione per la sua armonizzazione con la regola sabiniana

L'ampio e consolidato accoglimento del principio di inscindibilità, da parte della dottrina maggioritaria¹⁶⁴, rappresenta una tra le più rimarchevoli cause di chiusura verso una possibile

¹⁶⁴ BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937, p. 13 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 512; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, p.584; LIPARI, *Autonomia privata*, cit., p. 253 ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit. p. 163; PEREGO, *Favor legis*, cit., p. 167; PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e di legati*, cit. p. 527; DI MAURO, *Condizioni illecite*, cit., p. 33 ss.; In giurisprudenza: Cass. 7 agosto 1952 n. 2561.

Contrari al principio della inscindibilità: D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, in Riv.dir.civ., 1970, I, p. 72 ss.; PETRELLI, *La condizione*, cit. p. 88 ss; BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del testamento*, Torino, 1966, p. 172; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 88.

conservazione della disposizione *mortis causa* successivamente alla elisione da essa dell'elemento condizionale. La *communis opinio*, infatti, è quella di considerare la manifestazione di volontà condizionale non già come il combinarsi di due dichiarazioni tra di loro separabili e legate da un rapporto di essenzialità-reciprocità, quanto piuttosto come un *unicum* inscindibile in cui la *condicio* si pone come elemento dotato di un ruolo essenziale nel processo di formazione della volontà e tale per cui, in sua mancanza, la scelta di stipulare il negozio non verrebbe più presa in considerazione.

La presenza di una condizione all'interno di un regolamento negoziale, quindi, imprimerebbe su di esso una ben precisa connotazione ben distinta da quella riconoscibile in sua assenza e ciò in quanto le ripercussioni in termini di efficacia sono tali da far dedurre che lo stipulante non avrebbe potuto voler concludere il negozio anche orbato della clausola condizionale, stante l'assenza, in tal caso, del rapporto di subordinazione dell'effetto negoziale rispetto all'evento futuro e incerto.

Risulta, tuttavia, non poco problematico sostenere che il principio di inscindibilità della volontà condizionata sia destinato ad operare in modo unitario nei confronti di qualsiasi tipo di negozio, tra cui quello testamentario e ciò per l'esistenza nel nostro sistema di una norma, quale l'art. 634 cod. civ., che in dissonanza con detto principio isola e distingue, all'interno della disposizione *mortis causa* ivi regolata, una volontà pura e semplice, destinata alla produzione dell'effetto attributivo e, al suo fianco, una clausola condizionale di natura illecita. All'armonizzazione di tale norma nell'ambito della teoria generale del negozio si perviene dichiarandone la sua natura derogatoria ed eccezionale giustificata dal trattamento di favore riservato al negozio testamentario. La presunzione *iuris tantum* di scindibilità della volontà condizionata, prevista dalla prima parte dell'art. 634 cod. civ., infatti, trae partito, secondo alcuni, dal c.d. *favor testamenti* soggettivo, ossia dalla tutela dell'ipotetica volontà del *de cuius* che, se avesse conosciuto la nullità, avrebbe rinunciato alla condizione; secondo altri, invece, dal c.d. *favor testamenti* oggettivo, ovvero dalla premura di mantenere in vita una disposizione volitiva altrimenti non ripetibile.

Il principio di inscindibilità, dunque, non perde il suo ruolo di principio cardine, come confermato non solo dall'art. 1354 cod. civ. che consacra sul piano generale la regola dell'unità psicologica e giuridica della volontà condizionata, ma anche dall'innovativo richiamo all'art. 626 cod. civ. che conferma la regola dell'unitarietà della volontà condizionata e l'eccezionalità della deroga predisposta dal legislatore. A ciò non si sottrae il trattamento delle condizioni impossibili e illecite apposte al negozio testamentario, arrivandosi, altrimenti, a privare il fenomeno condizionale di unitarietà mediante il

riconoscimento di una sua diversa influenza a seconda che operi nel campo delle attività negoziali tra vivi o di quelle a causa di morte¹⁶⁵.

Nonostante tali conclusioni, occorre dar atto che la spiegazione dell'art. 634 cod. civ. ha, in alcuni casi, stimolato una più generale rivalutazione del principio di inscindibilità tesa a negarne il carattere dell'assolutezza ed a riconoscergli quello della derogabilità, giungendo a ravvisare, nella scindibilità della condizione, una presunzione di legge. In altri termini, non potrebbe, quel principio di inscindibilità, godere di una forza vincolante tale da precludere ogni possibile indagine sulla concreta vicenda negoziale perché alla sua base non vi sarebbe una aprioristica e insuperabile valutazione legislativa, ma solo una consolidata tendenza normativa e teorica fondata sull'*id quod plerumque accidit*.

La riprova di quanto assunto emergerebbe, invero, da una visione sistematica sulla normativa delle condizioni, avendo, in tale materia, il legislatore adottato soluzioni tra loro così difformi e discrepanti da impedire il riconoscimento di una sua scelta univoca e generale in favore del principio della inscindibilità o della scindibilità. In questo senso è possibile mettere a confronto gli artt. 1354 cod. civ., dettato per le condizioni impossibili e illecite in materia di atti *inter vivos* e l'art. 634 cod. civ., dettato, per lo stesso tipo di condizioni, in materia di testamento. Ebbene le diverse discipline veicolate da queste norme non operano in un rapporto di regola ed eccezione traendo piuttosto la loro giustificazione nella diversa struttura e natura degli atti su cui incidono. Nel testamento, difatti, la scelta di apporre una condizione è il frutto della sola volontà del *de cuius* senza che ad essa partecipi anche il destinatario della disposizione universale o particolare, cosicché la dichiarazione di nullità dell'intero atto danneggerebbe quest'ultimo senza possibilità di porvi rimedio, vista l'irripetibilità dell'atto. Nel contratto, al contrario, alla costruzione del regolamento partecipano tutte le parti dello stesso con la conseguenza che ciascuna sarà penalizzata dalla nullità del regolamento.

Fenomeno analogo si riscontra in materia di apposizione di condizioni al c.d. *actus legitimus*, inteso quale atto per sua natura intollerante ad ogni forma di condizionamento. Anche qui l'ordinamento non offre un criterio unitario disponendo ora la nullità dell'intero atto ora la nullità della sola condizione¹⁶⁶: ci si muove, pertanto, tra le due antinomiche soluzioni del

¹⁶⁵ FALZEA, *La condizione*, cit., p. 89; PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e di legati*, cit., p. 527; BARBERO, *Contributo*, cit., p. 13ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. 163; BARASSI, *La successione testamentaria*, cit., p. 409; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 515.

In giurisprudenza: Cass. 30 maggio 1953 n. 1633; Trib. Brescia, 8 febbraio 1954.

¹⁶⁶ E' prevista, ad esempio, la nullità della sola condizione in caso di clausole limitatrici degli effetti del riconoscimento di figlio naturale ex art. 257 cod. civ. oppure in caso di condizioni previste in materia di matrimonio o ancora per l'ipotesi regolata dall'art. 470 cod. civ. relativa alla condizione apposta dal testatore di accettare o non accettare con beneficio d'inventario. Si considera *tamquam non esset*, inoltre la condizione apposta alle quote di legittima, come previsto dall'art. 549 cod. civ. e quella di irrevocabilità del testamento

vitiatur et vitiat e del *vitiatur sed non vitiat* la cui reciproca distanza scoraggia il tentativo di ricercare una disciplina unitaria e impedisce di individuare i precisi presupposti in presenza dei quali considerare la condizione scindibile o inscindibile.

Il tentativo di superamento del principio di inscindibilità della volontà condizionata trova un più estremo approccio nella soluzione proposta da una minoritaria dottrina, la quale ravvisa nella regola della scindibilità non una semplice eccezione, ma, addirittura, la regola generale. L'art. 634 cod. civ. si porrebbe, in realtà, come un'applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur* di cui all'art. 1419 cod. civ. e troverebbe applicazione anche per gli atti tra vivi salva l'ipotesi che l'apposizione della condizione non abbia rappresentato motivo determinante¹⁶⁷.

La conclusione di dare prevalenza all'art. 634 cod. civ. rispetto all'art. 1354 cod. civ. avrebbe il pregio, anche in presenza di un contratto, di assicurare una più congrua forma di protezione degli interessi coinvolti a fronte di condizioni illecitamente dirette a invadere le libertà fondamentali della persona menomandone la sua libertà di autodeterminazione. In tali casi, invero, l'applicazione dell'art. 1354 cod. civ., estendendo la nullità all'intero negozio, mortificherebbe, anziché salvaguardare, gli interessi del contraente debole senza produrre alcun effetto sanzionatorio verso la parte più forte.

Da ultimo, l'assolutezza del principio di inscindibilità può essere messa in dubbio mediante un'operazione di rielaborazione dogmatica della condizione con cui sottolineare l'autonomia della clausola rispetto alla dichiarazione di volontà e ciò sia da un punto di vista strutturale sia da quello funzionale. Si osserva, in proposito, come la previsione di un meccanismo condizionale recherebbe con sé la convivenza, all'interno del relativo regolamento, di due sfere di interessi, interni ed esterni al processo formativo del negozio, nonché alla determinazione del suo contenuto e della sua portata effettuale.

La scindibilità, dunque, intesa come possibilità di valutare separatamente l'interesse sotteso alla condizione – quale interesse a differire o a render precario l'interesse primario del negozio – dovrebbe valutarsi alla luce di un'apposita indagine conoscitiva tesa a verificare la capacità di sopravvivenza della disposizione dopo averne espunto l'elemento accidentale. Più precisamente, occorrerebbe accertare, in riferimento al caso concreto e non a quello meramente astratto, l'attitudine dell'atto a rispondere ancora esaurientemente agli interessi

prevista dall'art. 679 cod. civ. La nullità, invece, è estesa all'intero atto in caso di accettazione o rinuncia dell'eredità nonché in caso di accettazione della nomina di esecutore testamentario.

¹⁶⁷ D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1934, p. 23 ss.; PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit. p. 177; ss.; COSTANZA, *La condizione nel contratto*, cit., p. 55 ss.

originariamente perseguiti dallo stipulante nonostante la soppressione della previsione condizionale. Non è detto, infatti, che l'interesse sotteso alla condizione debba necessariamente godere, rispetto a quello tipicamente sotteso al negozio, della stessa rilevanza o di una rilevanza maggiore e così non può assumersi con certezza che il motivo determinante della disposizione possa attuarsi solo attraverso il meccanismo condizionale. Ne consegue che l'affermazione di una indissolubilità giuridica e psicologica della volontà condizionata non potrebbe assumersi quale principio di ordine assoluto e teorico, valevole in modo generalizzato, ma dovrebbe raggiungersi alla fine di un lavoro interpretativo su ciascuna concreta fattispecie. Diverso sarà, ad esempio, il valore della condizione a seconda che la disposizione testamentaria si ponga solo come strumento per realizzare l'interesse associato alla prima¹⁶⁸ o se, al contrario, la condizione sia rivolta ad attuare un interesse che, pur legato a quello perseguito, si aggiunga a quest'ultimo: nel primo caso, ove la condizione sia illecita o impossibile, l'intera disposizione risulterà nulla; nel secondo caso, invece, in coerenza con la regola sabiniana, cadrà soltanto l'elemento accidentale¹⁶⁹.

Le elaborazioni esposte, tuttavia, non riescono ad essere del tutto persuasive e contro di esse può tornarsi a ricordare come, sia il dato giuridico sia quello empirico, depongano in favore della inscindibilità della volontà condizionata. La condizione, cioè, merita di vedersi riconosciuto il ruolo che le è connaturato ossia quello di ragione primaria della *voluntas testatoris* capace di incidere sul programma negoziale fino a trasformarlo in programma condizionale¹⁷⁰. In tal senso la presenza di una clausola condizionale incide, inevitabilmente, sul profilo causale del negozio in quanto esso si atterrebbe come funzione economica individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato¹⁷¹.

Dunque, la condizione si pone, riguardo al negozio concreto, come suo elemento essenziale capace di orientarlo alla soddisfazione di interessi che diversamente le parti non potrebbero veder realizzati. Inoltre, se è vero che pel tramite della condizione si attribuisce rilevanza giuridica ai motivi ad essa sottesi, tali motivi non potranno che divenire determinanti nell'economia del negozio concluso di talchè, ove l'efficacia del regolamento venga fatta

¹⁶⁸ Si pensi all'esistenza di due interessi distinti che trovino, pel tramite della clausola condizionale, una valutazione necessariamente congiunta oppure a due o più interessi che, compenetrandosi, diano vita ad un interesse nuovo ed ulteriore.

¹⁶⁹ In tal senso D'ANTONIO, *La regola sabiniana*, cit. p. 70

¹⁷⁰ PUGLIATTI, *Dell'istituzione di eredi e di legati*, cit., p.527; TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit. p. 163; *Il modus testamentario*, Napoli, 1990, p. 16; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, pp. 327, 330; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, p. 214;

¹⁷¹ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490: causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato.

discendere dall'avveramento di eventi illeciti, si concluderà per l'illiceità anche degli interessi ad essi collegati: la causa, pertanto, risulterà illecita e il regolamento resterà sguarnito di protezione da parte dell'ordinamento¹⁷².

Quanto affermato trova conferma nell'art. 1354 cod. civ. che dichiara nullo quel negozio cui sia apposta una condizione illecita dando atto, perciò, di come la volontà condizionata sia unica, sia in senso giuridico che psicologico e non può che essere per intero invalidata qualora tenda a perseguire scopi illeciti. L'assunto opera anche per la disposizione testamentaria illecitamente condizionata, la quale, pur se colpita, al pari dell'atto *inter vivos*, da nullità, gode di una disciplina di favore in ragione della sua irripetibilità.

11. La regola sabiniana come ipotesi di conversione legale di natura sostanziale

Il principio della inscindibilità della disposizione testamentaria cui acceda una condizione illecita impedisce di individuare all'interno di essa una duplicità di proposizioni volitive portando quindi a concludere, come accade per i casi di negozi tra vivi illecitamente condizionati, per la sua nullità.

L'assunto rappresenta punto di partenza per una ulteriore ricostruzione della regola sabiniana¹⁷³ che viene ricondotta all'interno del fenomeno della conversione legale¹⁷⁴, quale strumento approntato dall'ordinamento per dare attuazione al principio di conservazione del negozio giuridico.

L'intento conservatore perseguito dal legislatore in capo alla disposizione testamentaria tende a preservarla dal rischio di una sua assoluta inefficacia e ciò per il tramite di un processo di conversione *ex lege* capace di trasformare una disposizione nulla in una disposizione pienamente valida. Un tale meccanismo richiede però di incidere sulla originaria espressione volitiva modificando, in senso riduttivo, la portata, in quanto si passa da un'attribuzione agganciata al meccanismo condizionale ad una pura e semplice.

¹⁷² RESCIGNO, voce *Condizione (diritto vigente)*, in Enc. Dir. VIII, Milano, 1961, p. 765-766; CARUSI, *Condizione e termine*, in Tratt. contr. Dir. d' V. Roppo III, a cura di M. Costanza, Milano, 2006, p. 303.

¹⁷³ In passato JEMOLO, *Condizione testamentaria*, cit., p. 1399; Più di recente N. DI MAURO, *Considerazioni sulle condizioni testamentarie illecite*, cit. p. 10; ID., *Condizioni illecite e testamento*, p. 32 ss.; G. CIAN, *Il testamento nel sistema degli atti giuridici*, in Aa. V., *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, in S. DELLE MONACHE, in Quaderno Riv. dir. civ., Padova 2007, pp. 160-161.

¹⁷⁴ Sull'applicazione del principio di conservazione al testamento si veda BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit. p. 200-201.

L'intervento modificativo del legislatore, invero, non avviene in spregio al principio di inscindibilità inquantoché la *voluntas* non viene qui frazionata ma di essa viene data attuazione solo a quella espressa in modo conforme alla legge, permettendo così, al programma testamentario, di incanalarsi, previa manovra manipolativa, sui binari della legalità e godere di protezione da parte dell'ordinamento¹⁷⁵.

L'operatività di un simile meccanismo, tuttavia, si lega necessariamente ad uno dei seguenti accertamenti in capo alla volontà testamentaria, dovendosi cioè verificare, da un lato, che il testatore non fosse a conoscenza della illiceità della condizione inserita nel testamento e quindi della nullità ad essa conseguente. Occorre, in altri termini, presumere che il disponente, ove avesse saputo della nullità, avrebbe comunque voluto la disposizione seppur col contenuto risultante dalla conversione ma ancora in grado di rispondere all'intento pratico da lui perseguito. Dall'altro lato, occorre verificare che il motivo determinante, sotteso alla condizione illecita, non fosse illecito, impedendosi, in tale eventualità, l'applicazione dell'art. 634 cod. civ. e lasciando operare esclusivamente l'art. 626 cod. civ.

E' agevole notare come l'intervento della legge sulla disposizione rientra nella più generale tendenza dell'ordinamento a salvaguardare l'efficacia dell'atto *mortis causa* riconoscendogli, ove possibile, un qualche effetto piuttosto che nessuno e impedendo, così, l'apertura della successione legittima: ciò in ragione della sua natura di atto irripetibile destinato ad operare quando il suo autore non sarà più.

In tale contesto a rendere meritevole di tutela la volontà consegnata alla scheda testamentaria è lo scopo lecito perseguito dal testatore il quale o ignorava l'illiceità della condizione oppure era animato da un motivo perfettamente lecito. Dunque, i parametri su si fonda la regola dell'art. 634 cod. civ. non sono di natura soggettiva, atteso che non è richiesta l'interpretazione della volontà presunta del *de cuius* bensì il ricorrere di alcuni dati oggettivamente apprezzabili, quali l'ignoranza della illiceità da parte di chi dispone e la non illiceità del motivo determinante.

Costo da pagare per la salvezza della disposizione è una alterazione del suo precedente tenore tale da renderla meramente attributiva di beni o di diritti attraverso l'eliminazione di ogni sua

¹⁷⁵ Cass. 11 ottobre 1980, n. 5451: La conversione del contratto nullo richiede, a norma dell'art 1424 cod civ, che l'atto, nullo come negozio di un determinato tipo, contenga i requisiti di sostanza e di forma, compresa la manifestazione di volontà delle parti, di un negozio diverso. Conseguentemente, per decidere se ricorra la possibilità della conversione, deve procedersi ad una duplice indagine, l'una rivolta ad accertare la sussistenza di un obbiettivo rapporto di continenza tra il negozio nullo e quello che dovrebbe sostituirlo, e l'altra, implicante un apprezzamento di fatto sull'intento negoziale dei contraenti riservato al giudice del merito, diretta a stabilire se la volontà che indusse le parti a stipulare il contratto nullo possa ritenersi orientata anche verso gli effetti del contratto diverso

subordinazione al verificarsi di un dato evento e ciò senza sacrificare lo scopo principale e pratico del predisponente.

In nuce, il legislatore, preso atto della inattuabilità della volontà testamentaria così come confezionata, permette comunque una devoluzione testamentaria diversa da quella programmata, ma non per questo da essa indipendente. Per tale via, si giunge ad affermare che il ruolo della volontà viene qui esaltato e non mortificato, giacchè, nonostante l'esistenza di un vizio, è comunque garantito l'effetto voluto dal testatore pur a seguito di una riformulazione in senso riduttivo della *voluntas*¹⁷⁶. Il meccanismo condizionale, difatti, a ben guardare non incide tanto sull'effetto dell'atto quanto sul rapporto di causalità che lega l'atto con l'effetto. Questo rapporto non godrà più di una causalità immediata proprio perché il congegno condizionale si sostituirà ad essa, nel senso di creare incertezze o rinvii temporali sulla produzione degli effetti.

Le affermazioni di tale teoria, tuttavia, se nelle premesse si propongono una piena coerenza col principio di inscindibilità della volontà condizionata, non sempre poi riescono a centrare tale traguardo. Si osserva, infatti, che il concetto di inscindibilità esige di riferire alla persona del disponente una sola volontà e precisamente quella delineata nella disposizione condizionata. Ora, sostenere che un programma testamentario – e in genere negoziale – possa ancora ricollegarsi alla volontà del suo autore dopo averne ridisegnato il contenuto attraverso la elisione da esso della clausola condizionale, significherebbe contravvenire alla suddetta inscindibilità e concludere che il testatore volle indifferentemente e simultaneamente tanto la disposizione condizionata quanto quella depurata dalla condizione in virtù del procedimento di conversione.

Da ultimo, non risulta completamente pacifica l'utilizzabilità di una conversione legale di tipo sostanziale nell'ambito della materia testamentaria. Muovendo dagli artt. 607 e 685 cod. civ., invero, è possibile constatare come l'ordinamento conosca in tale ambito soltanto una conversione formale perché la sola in grado di non infirmare la paternità del testatore sul contenuto oggettivo e soggettivo del testamento, garantendo, quindi, che quanto previsto nella scheda coincida con quanto stabilito dal suo autore. In ossequio a tale esigenza, valutata ormai alla stregua di un principio generale in materia testamentaria, occorrerebbe evitare qualsivoglia forzatura sulle ultima volontà potendo ammettersi soltanto due forme di

¹⁷⁶ Parlare di riduzione degli effetti mercè l'eliminazione della condizione e quindi la trasformazione di una disposizione condizionata in una pura, sembra contraddire il dato di realtà giuridica emergente dalla fattispecie, atteso che il venir meno del meccanismo condizionale porta, semmai, ad un ampliamento degli effetti: il buon esito della disposizione, infatti, cessa di dipendere dal prodursi di un determinato evento futuro e incerto o dal comportamento di un determinato soggetto. In tal senso: TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit, p. 213.

intervento: o il mantenimento della disposizione così come partorita dal *testator*¹⁷⁷ oppure la sua completa eliminazione ove la volontà non possa ricostruirsi correttamente¹⁷⁸.

12. Art. 634 cod. civ. quale norma per l'accertamento della valenza condizionale o modale della volontà testamentaria

Parte autorevole della dottrina ha proposto un percorso ricostruttivo dell'art. 634 cod. civ. tratteggiato da spunti e intuizioni nuove ed originali¹⁷⁹.

Acclarato il principio di inscidibilità della volontà condizionata, si osserva come il fatto che la norma suddetta consenta di mantenere valida la disposizione *mortis causa*, reca con sé delle implicazioni rilevanti, occorrendo infatti ammettere che l'evento cui si è collegata l'efficacia del lascito non assurge, invero, ad una condizione propriamente intesa e ciò nonostante la terminologia impiegata dal testatore che abbia espressamente parlato di condizione o di clausola condizionale, ma acquista il ruolo ed il significato di onere o *modus*. Più precisamente l'art. 634 cod. civ. si porrebbe quale norma per accertare il concreto ruolo della clausola condizionale nell'ambito della disposizione testamentaria e in tal senso la norma sarebbe scomponibile in due distinte parti, ciascuna diretta a regolamentare casi diversi.

La prima parte dell'articolo porrebbe una regola destinata ad operare tutte le volte in cui la clausola non si atteggi a strumento capace di condizionare realmente gli effetti della disposizione ossia incidere su di essi quale vera e propria condizione, ma piuttosto si rivolgerebbe a quelle disposizioni congegnate dal *de cuius* per l'attuazione di aspirazioni ed obbiettivi esprimibili anche attraverso una clausola modale.

La seconda parte, invece, in virtù del richiamo all'art. 626 cod. civ., si rivolgerebbe a quei casi in cui la clausola si vesta, in concreto, di un ruolo condizionante rispetto alla *voluntas* senza la possibilità di ammetterne una meno incisiva influenza. Il *discrimen*, dunque, verrebbe dato dall'esistenza o meno di un motivo determinate, tale da rappresentare la ragione esclusiva della attività dispositiva.

Pertanto il riferimento ad un siffatto motivo, operato col richiamo all'art. 626 cod. civ., non servirebbe tanto a disciplinare ipotesi eccezionali bensì ad introdurre un principio di portata

¹⁷⁷ Si pensi alle ipotesi regolamentate dagli artt. 624 e 626 cod. civ.

¹⁷⁸ Si pensi ai casi di cui agli artt. 625 e 628 cod. civ.

¹⁷⁹ CICU, *Testamento*, Milano, 1951; II ed., p. 141; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 328.

generale destinato, come tale, a governare anche le ipotesi di cui alla prima parte della norma¹⁸⁰.

L'art. 634 cod. civ., in ultima analisi, offrirebbe i criteri per verificare l'esistenza di un nesso di interdipendenza tra la disposizione testamentaria e la condizione consentendo di dimostrare che tale elemento accidentale rappresentò per il *testator* motivo unico e determinante della disposizione stessa in assenza del quale si sarebbe beneficiata una persona diversa da quella indicata o si sarebbe disposto in modo differente del proprio patrimonio ereditario, escludendosi, in ogni caso, che il disponente avrebbe voluto riconoscere un qualsiasi valore alla sua volontà indipendentemente dalla condizione prevista.

In presenza di tali riscontri sarebbe preclusa, pertanto, ogni operazione di separazione della clausola rispetto alla disposizione dovendosi concludere per la sicura inscindibilità delle due¹⁸¹.

13. Gli articoli 634 cod. civ. e 626 cod. civ.: le diverse ricostruzioni teoriche dei loro rapporti

L'attuale richiamo all'art. 626 cod. civ. da parte dell'art. 634 cod. civ., ha inciso in modo considerevole sulla concreta disciplina delle condizioni impossibili e illecite apposte a disposizioni di ultima volontà, abbandonandosi a una formulazione pura della regola sabiniana e indicando due possibili sorti della disposizione condizionata: la sua completa nullità (qualora la condizione impossibile o illecita ne abbia rappresentato motivo unico e determinante) o la sua conservazione, previa rimozione dell'elemento accidentale (ove, esso non abbia assunto ruolo decisivo).

L'adozione di una delle due soluzioni richiede, apoditticamente, una preliminare valutazione ermeneutica della volontà testamentaria onde accertare il reale peso della condizione viziata

¹⁸⁰ TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit. p. 254 ss.; GARDANI CONTURSI LISI, *Disposizioni condizionali, a termine e modale*, in Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, 62. *Contra* N. DI LAURO, *Condizioni illecite e testamento*, cit., p. 41 ss.

¹⁸¹ GARDANI CONTURSI LISI, *Controllo sulle disposizioni testamentarie e ricerca della volontà del testatore*, in Riv. dir. civ., II, 1987, p. 297 a parere del quale il motivo richiamato nell'art. 634 cod. civ. va valutato alla stregua di due diversi criteri: in relazione all'intensità con cui esso incide nella formazione delle ultime volontà e in relazione ad un esame comparativo dei diversi motivi teso a individuare quello esclusivo. Diversamente, MEARELLI, *Sulla rilevanza del motivo nel testamento*, in Giur. merito, 1979, p. 488, ritiene che tale valutazione debba affrancarsi da un'indagine di tipo psicologico e debba affidarsi ad un giudizio oggettivo sulle circostanze che accompagnarono il processo volitivo.

sulla sua genesi e a comprendere se il testatore si sarebbe comunque affidato a quel tipo di disposizione anche senza il contributo della condizione.

Il percorso che ha portato il legislatore a rivisitare il tenore della regola sabiniana ha senz'altro avuto inizio dalla considerazione del particolare rilievo assunto dal motivo illecito, osservandosi, in via deduttiva, come, se è vero che l'art. 626 cod. civ. prevede la nullità della disposizione cui acceda un motivo illecito unico e determinante e se è vero che la condizione altro non è se non un motivo espressamente dedotto nell'atto, non sarebbe logico mantenere in vita la disposizione quando il motivo illecito sia apposto come condizione e decretarne la nullità ove il motivo illecito determinante sia rimasto tale senza assurgere a condizione.

Il collegamento, oggi offerto, dall'art. 634 cod. civ. con l'art. 626 cod. civ., si spiega così per le indubbe implicazioni che i motivi rivestono rispetto alla condizione sia sul piano psicologico sia, conseguentemente, su quello giuridico. Nella pratica, infatti, pur se i motivi conservano autonomia concettuale rispetto alla condizione, molto spesso fanno ingresso nel regolamento negoziale proprio sotto tali sembianze, in coerenza con la tradizionale affermazione per cui la condizione si pone a strumento con cui conferire valore giuridico ai motivi individuali delle parti, altrimenti destinati all'irrelevanza¹⁸². Dunque grazie al coordinamento della regola sabiniana col motivo illecito si crea l'esigenza di una più penetrante indagine sulla *voluntas* espressa nel testamento perché solo in tal modo potrà verificarsi se il motivo illecito o impossibile abbia giocato un ruolo determinante sulla disposizione e questa sia, pertanto, da dichiararsi nulla¹⁸³.

La scelta legislativa di cui all'attuale art. 634 cod. civ. rappresenta il punto di convergenza di due distinti principi: quello della nullità dell'intera disposizione ancorata ad una condizione impossibile o illecita e quello della inefficacia della sola *condicio*. Il riferimento all'art. 626 cod. civ. ha, dunque, consentito di coordinare il trattamento delle condizioni illecite e impossibili con quello riservato al motivo illecito estendendo tale accomodamento anche ai motivi illeciti assorbiti in una condizione¹⁸⁴.

¹⁸² DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, p. 10; CARNEVALI, voce *Modo*, in Enc. dir., XXVI, Milano, 1974, pp. 689 ss.; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, III, ed., p. 104; PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 527; CICU, *Testamento*, Milano, 1951, II ed., p. 141

¹⁸³ *Relazione al codice civile n. 310*; Cass. 30 maggio 1953 n. 16339 Trhb. Brdqcia 8 febbraio 1954.

¹⁸⁴ *Visda la stretta inderferenza tra motivo illecito e condizione si è mirapo, attr'verso il richiamo all'art. 626 cod. civ., a colpire l'illiceità del motivo anche nei casi in cui esso fosse stato veicolato per il tramite di clausola condizionale. In tal senso: BARBARO, voce *Condizione*, in N.3o Dig&it., vol. III, p. 1017; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, in Comm.cod.civ., dir. da D'Amelio e Finzi, Libro IF, Firenze, 1948, p.439.*

Rispetto all'innovativo richiamo all'art. 626 cod. civ. non è seguito, in campo dottrinario, un unitario atteggiamento ermeneutico dovendosi, in parte, ritrovarne le ragioni nella non ancora pacifica definizione dei rapporti tra il concetto di condizione e quello di motivo.

Coloro che riferiscono il suddetto richiamo alle sole ipotesi in cui la disposizione sia stata giustificata in modo determinante da un motivo contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, concludono che a provocare la nullità della stessa non sia l'illiceità della condizione bensì quella del motivo. Valore determinante nella formazione della volontà, cioè, non sarebbe assunto dalla condizione illecita, ma dal motivo illecito oggettivato nella condizione, osservandosi, come, un motivo elevato a condizione risulti sempre determinante¹⁸⁵. Sarebbe impreciso, dunque, dal punto di vista terminologico, affermare che il richiamo all'art. 626 cod. civ. si leghi al ricorrere di una condizione illecita e determinante essendo vero, piuttosto, che il motivo illecito si oggettivizzerebbe nella condizione, valendo, essa, quale semplice elemento rilevatore del primo¹⁸⁶.

Ne deriva, che all'interno dell'art. 634 cod. civ. sarebbero riconoscibili due distinte proposizioni. La prima, riferibile ad una illiceità oggettiva della condizione ovvero ad una illiceità dipendente dall'entità dell'evento e non dall'intento perseguito dal testatore: in tal caso opererebbe la regola sabiniana pura, attraverso la quale salvaguardare la validità della disposizione e ciò in deroga a quanto previsto dal principio generale di cui all'art. 1354 cod. civ. per il quale sono nulle le disposizioni testamentarie cui acceda una condizione illecita. Tale regime di favore trova la sua *ratio* nell'esigenza di evitare un rimedio sanzionatorio eccessivo e irreparabile contro la volontà del *de cuius* per sua natura irripetibile.

La seconda riguarda, invece, l'illiceità soggettiva della condizione ossia l'ipotesi in cui, a risultare *contra legem*, sia lo scopo perseguito dal *testator* in virtù di un motivo illecito avente valore determinante e tale da richiamare l'applicazione dell'art. 626 cod. civ. che prevede la nullità dell'intera disposizione a causa di morte¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Sarebbe erroneo agganciare la nullità della disposizione alla condizione illecita determinante tradendosi, in tal modo, il principio generale della inscindibilità psicologica e giuridica della volontà condizionata: DI MAURO, *Condizioni illecite*, cit., p. 29.

¹⁸⁶ DI MAURO, *Considerazioni*, cit., p. 5; ID., *Condizioni illecite*, cit., p. 29; BARASSI, op. cit., p. 429; CICU, *Testamento*, cit., p. 141; C. M. BIANCA, *Diritto civile 3, Il contratto*, cit. p. 510; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., p. 204; PUGLIATTI, op. cit., p. 527; PALAZZO, *Osservazioni sulla centralità del testamento*, in *Dir.Priv.*, 1998, IV, Padova, 1999, p.34; In giurisprudenza: Trib. Catania, 12 dicembre 1997, in DI MAURO, *Le disposizioni testamentarie modificative del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005, pp. 540-544; App Roma, 28 aprile 1959, in *Giut. Civ.*, 1959, I, p. 2216.

¹⁸⁷ Parte della dottrina spiega il richiamo alla disciplina sul motivo illecito con la necessità di colpire l'illiceità che riveste il motivo anche ove esso si sostanzia in una condizione. In tal senso, tra gli altri: ANDRINI, *La condizione nel testamento*, cit. p. 126; GARDANI CONTURSI LISI, *Controllo sulle disposizioni testamentarie*, cit. p. 314; BARBERO, voce *Condizione*, cit., p. 1097; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit. p.439.

Secondo altra impostazione teorica, prendendo le mosse dal principio di inscindibilità della volontà condizionata, è possibile equiparare la condizione al motivo unico e determinante ed affermare che il rimando all'art. 626 cod. civ. possa operare solo se ricorra una autentica condizione connotata, come tale, dal carattere della inscindibilità e capace, pertanto, se illecita o impossibile, di rendere nulla l'intera disposizione. In mancanza di tale carattere, invece, la condizione perderebbe la sua identità atteggiandosi piuttosto a semplice precetto o a *modus*¹⁸⁸.

Le soluzioni testè descritte sono state sottoposte a vaglio critico e se n'è rilevata la dissonanza con lo spirito che informa l'art. 634 cod. civ., il quale, si presenta come norma recante una disciplina unitaria, tale da richiedere una lettura d'insieme della stessa e non una valutazione parziale e frazionata. Se ne esclude, perciò, la possibilità di una sua scissione in distinti enunciati e in particolare la riferibilità della nullità dell'intera disposizione non all'art. 634 cod. civ. bensì all'art. 626 cod. civ. ravvisando, altrimenti, nel richiamo a tale ultima norma, non più uno strumento per costruire una disciplina propria ed autonoma, bensì una via per consentire l'applicazione ora dell'una ora dell'altra norma in un rapporto di alternatività e non di complementarità. Attraverso l'art. 634 cod. civ., invero, il legislatore ha inteso predisporre una disciplina specifica e tipica delle condizioni illecite e impossibili senza che il richiamo all'art. 626 cod. civ. la trasformi in una formula meramente evocativa. E' vero, infatti, che i motivi, quando veicolati pel tramite di una condizione, acquistano una rilevanza giuridica altrimenti preclusa, ma è vero altresì che i motivi, se erronei o illeciti, rivestono già nel nostro sistema un proprio rilievo del tutto indipendente da quello riconosciuto alla condizione. L'art. 634 cod. civ., in conclusione, mirerebbe a sfruttare il portato dell'art. 626 cod. civ. per dare vita ad una disciplina potenziata e, pertanto, diversa rispetto ad esso.¹⁸⁹

Da ultimo, il richiamo all'art. 626 cod. civ. viene interpretato nel senso di obbligare ad una attività di indagine diretta a verificare se la condizione illecita abbia rappresentato o meno la ragione essenziale e decisiva della volontà testamentaria, dovendosi, in caso positivo, dichiararne la integrale nullità. Occorre, in altri termini, verificare se alla luce di una prova di resistenza, la disposizione testamentaria, una volta depurata dalla modalità condizionale viziata, corrisponda ancora ai voleri del disponente visto che quando ciò non dovesse accadere dovrà concludersi che l'elemento accidentale è entrato nel contenuto testamentario

¹⁸⁸ CICU, *Il testamento*, cit., p.140 ss.

¹⁸⁹ TOTI, *Condizione testamentaria*, cit. p. 233; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa*, Padova, 1974, p. 32;

quale sua parte necessaria e insostituibile¹⁹⁰. Lo spazio per l'applicazione della regola sabiniana pura, allora, potrà rinvenirsi solo quando possa disconoscersi una tale incidenza della *condicio*, lasciando, così, in vita il programma *mortis causa* pur se spogliato della condizione.

14. Il motivo determinante: criteri di individuazione e rapporti con la causa testamentaria.

Il legame normativo tra gli artt. 634 e 626 cod. civ. investe l'interprete della delicata, quanto necessaria, funzione di illustrarne il senso e la portata. Tutto ciò, partendo dalla preliminare precisazione dei concetti di motivo e condizione.

Il motivo assurge, nel nostro sistema, ad espressione polisemica e riceve, generalmente, una lettura di natura soggettiva essendo descritto come una fase del processo formativo della volontà negoziale nella quale il complesso degli stati emotivi e psicologici direziona lo stipulante nella scelta di concludere l'atto e nella determinazione del suo contenuto¹⁹¹. Ciò è tanto più vero per il negozio testamentario dove la volontà su cui incidono i motivi riveste un ruolo ancor più primeggiante.

L'apprezzamento dei motivi non avviene, generalmente, nei termini di una indagine particolarmente penetrante e approfondita su di essi, attesa la loro rilevanza meramente interna che ne esclude la necessità di una valutazione in termini di liceità e meritevolezza sociale e giuridica. I profili psicologici sottesi alle volontà testamentarie entrano, invece, in gioco quando occorre ricostruire il contenuto delle disposizioni, dovendosi, in tale sede, aver riguardo sia agli aspetti oggettivi sia a quelli soggettivi che accompagnarono la redazione della scheda, con la precisazione che, in determinate circostanze, l'analisi di simili profili si riveste di specifica intensità, incidendo il motivo, sulla stessa validità della disposizione: è il caso dell'errore sul motivo di cui all'art. 624 cod. civ; del motivo illecito di cui all'art. 626 cod. civ; delle condizioni illecite o impossibili di cui all'art. 634 che richiama l'art 626 cod. civ e dell'onere impossibile o illecito di cui all'art. 647 cod. civ.

¹⁹⁰ AZZARITI MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1982, p. 513; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in Comm.cod.civ., libro II, Torino, 1978, p. 222; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., p. 101; BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, cit., p. 279; PUGLIATTI, *Dell'istituzioni di erede e di legati*, cit. p. 528;

¹⁹¹ GARDANI CONTURSI LISI, *Dell'istituzione di erede e di legati. Disposizioni generali (artt. 624-632 c.c.)*, in Comm. cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1983, p. 63 ss.; DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Napoli, 1980, p. 7 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, voce *Motivo del negozio giuridico*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2002, p. 466 ss.; PAGLIANTINI, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000, p. 132 ss.

La generale regola dell'irrelevanza dei motivi viene, nel nostro sistema, derogata solo in presenza di determinate condizioni, occorrendo, allo scopo, che il motivo si presenti connotato da un ruolo determinante, da un'indole illecita od erronea e che risulti dal testamento. In questo modo il motivo cessa di atteggiarsi come mero contegno psicologico e vicenda soggettiva interiore, ossia come una mera rappresentazione di un fatto che stimola all'attività negoziale ed assume rilevanza giuridica esterna cioè diventa il risultato cui il disponente protende mediante la sua attività.

La necessità che il motivo illecito o erroneo risulti dal testamento trova diverse ragioni giustificatrici che l'elaborazione dottrina ha individuato, anzitutto, nella difesa del principio di certezza dei rapporti e, più in particolare, di quelli successori, attraverso la limitazione della tutela alle sole volontà oggetto di dichiarazione nonché nella protezione di tali ultime volontà da impugnative pretestuose e immotivate; dall'altro lato, si è scorta l'esigenza di assicurare serietà al volere espresso oltre che di consentire su di esso un attendibile accertamento *post mortem*¹⁹².

Risulta superfluo, poi, nell'opinione prevalente, che il motivo illecito o erroneo, quando debba risultare dal testamento, debba necessariamente essere espresso, potendo invece, rendersi riconoscibile anche implicitamente o in base ad elementi da esso avulsi¹⁹³. Depone in tale senso il dettato normativo che non fa più riferimento ad un "motivo espresso" e ciò, forse, al fine di evitare un'eccessiva gravosità della relativa prova.

Con riferimento al ruolo determinante assunto dal motivo va chiarito che questo deve sostanziarsi in un rapporto di interconnessione causale con la disposizione testamentaria, nel senso di assumere, rispetto ad essa, un valore essenziale tale da incidere in maniera profonda sul processo formativo della volontà¹⁹⁴. Nessuna rilevanza assumerebbe, infatti, un motivo che, benché affetto da illiceità o erroneità, non abbia rilevato, nella fase precedente all'assunzione della scelta dispositiva del *de cuius*, come ragione esclusiva e fondante. In tali casi, invero, nessun riflesso avrebbe, sulle decisioni del testatore, l'assenza di tale motivo

¹⁹² Tra gli altri: CICU, *Il testamento*, cit., p. 136; BARASSI, *La successione*, cit. p. 282.

¹⁹³ Contrari a tali conclusioni: GIANNATTASIO, *Delle successioni testamentarie*, cit. p. 282; CICU, *Il testamento*, cit., p. 142.

¹⁹⁴ Secondo alcuni autori occorre che tale rapporto di causalità risulta dal contenuto della scheda testamentaria. Così: SANTORO PASSARELLI, *Disposizione testamentaria*, in Riv. dir. civ., 1942, p. 942 ss. Per altri, invece, ciò potrebbe risultare *aliunde* ed essere accertato senza limiti probatori. In tal senso: OPPO, *Adempimento e liberalità*, Camerino, 1979, p. 32; BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, cit., p. 244; DEIANA, *I motivi del diritto privato*, cit., p. 169. In giurisprudenza: Cass, 2 agosto 1966 n. 2152; Cass. 9 dicembre 1980, n. 6365.

patologico giacchè questi continuerebbe ad adottare uguali soluzioni anche senza l'influsso psicologico dello stesso¹⁹⁵.

Parte della dottrina afferma che la concezione meramente psicologica dei motivi non sembra più trovare un'adeguata giustificazione e sostegno rispetto ai dati della realtà giuridica ritenendosi più opportuno e adeguato orientare l'analisi degli stessi verso un concetto di interesse comune destinato ad assumere rilevanza giuridica attraverso il mezzo negoziale e potendo, in tale sede, ricevere un apprezzamento negativo o positivo¹⁹⁶. Per tale strada, si è giunti a mettere in discussione il tradizionale principio della irrilevanza dei motivi: ciò, non solo in virtù di una rivisitazione del concetto di causa, che da funzione economico-sociale obbiettivamente intesa è stata valutata in termini di funzione economico-individuale, ma anche in ragione di diversi dati normativi, quali gli artt. 1343, 1344, 1345, 624, 626, 787, 788 cod. civ, rappresentanti punto di emersione di un legame tra interesse personale riversato dal negoziante nell'atto di autonomia e funzione astratta e tipica dell'operazione¹⁹⁷.

La singolare rilevanza del motivo determinante nell'ambito della realtà testamentaria ha giustificato un consistente dibattito sui rapporti tra motivo e causa ricevendo, ora una lettura in termini di generale e reciproca indipendenza, ora di sostanziale equiparazione, ora di paritaria partecipazione al meccanismo funzionale.

I sostenitori della prima interpretazione prendono le mosse da una valenza oggettiva della causa testamentaria, intesa quale funzione economico-sociale del negozio *mortis causa* consistente nella regolamentazione *post mortem* dei rapporti patrimoniali, tenendola distinta dalla causa concreta, quale modalità specifica con cui perseguire la causa astratta. I motivi, invece, sono rivestiti di una connotazione prettamente soggettiva atteggiandosi come le ragioni concrete che spingono all'attribuzione patrimoniale, ma che, a differenza della causa, non si pongono come ragione giustificatrice dell'atto, bensì solo come suoi elementi

¹⁹⁵ L'incidenza esercitata dal motivo patologico sulla disposizione *mortis causa* richiederà, necessariamente, un'attività di accertamento circa il presupposto della scelta adottata dal testatore. In tale valutazione può ricorrersi a criteri pratici quali, ad esempio, verificare se tra i motivi sottesi alla disposizione ve ne sia uno lecito e se questo sia stato o meno determinante, assicurandosi, in caso positivo, la salvezza della disposizione; oppure indagare se il motivo sia unico perché in tal caso esso sarà sempre dotato di efficacia causale.

¹⁹⁶ SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2004, p. 685; SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., p.435 ss.

¹⁹⁷ BARASSI, *La successione testamentaria*, cit., p. 221; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa*, cit., 45; PAGLIANTINI, *Causa*, cit., p.18; G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p.382; Si pronunziano, anzi, per un principio di rilevanza dei motivi: G.B. FERRI, *Il negozio tra giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1990, p. 224; SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, 1992, Padova, p. 226; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p.187;

determinanti. In altri termini, i motivi, pur influenzando sulla causa, non sarebbero in grado di assorbirla dovendo piuttosto presupporla¹⁹⁸.

In base alla seconda impostazione teorica, invece, si rileverebbe un rapporto identitario tra motivo determinante e causa del testamento. Ciò è dettato dal particolare rilievo assunto dall'elemento motivazionale all'interno della disciplina testamentaria da cui emergerebbe un evidente primato della volontà tale da indurre ad una considerazione preminente delle ragioni soggettive sottese alle disposizioni. Il motivo determinate si oggettivizzerebbe, entrando a far parte del congegno causale e finendo per tradursi nella autentica e sola ragione giustificatrice del programma testamentario¹⁹⁹.

A metà tra le posizioni sopra espresse si pone la tesi che colloca la causa del testamento, piuttosto che in un rapporto di completa equivalenza o di assoluta autosufficienza dal motivo determinante, in una forma di reciproco condizionamento. Essa presenterebbe, invero, una struttura complessa formata da un profilo di tipo soggettivo, corrispondente allo scopo individuale che anima il disponente e da un profilo oggettivo, corrispondente alla funzione giuridica svolta dal negozio. Ebbene, tali profili verrebbero a collocarsi all'interno della stessa realtà per rappresentarne diversi aspetti. Preso atto, infatti, che finalità costante del testamento è quella di programmare la successione *post mortem* attraverso una organizzazione alternativa alla successione legittima, tale negozio si porrebbe come strumento deputato a esprimere quel motivo determinante e a garantirne soddisfazione²⁰⁰.

Da quanto esposto può agevolmente dedursi che accogliere l'idea di un motivo quale parte integrante della causa sottesa al voluto testamentario significa legare inscindibilmente al perdurare del primo le sorti del secondo di talchè ogni volta che sopravviva un motivo lecito e determinante anche la disposizione *mortis causa* beneficerà di un effetto conservativo mentre, ove questo venga a mancare, la disposizione sarà destinata a perdere la sua giustificazione.

¹⁹⁸ In tal senso: BONILINI, *Il testamento*, cit., p. 342 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 82; PEREGO, *Favor legis*, cit., p. 162; GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico*, in Enc. dir., VI, Milano, 1960, p. 574.

¹⁹⁹ ALPA, *Atto di liberalità e motivi dell'attribuzione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1972, p. 375 ss.; ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in Foro It., 1971, I, p. 2377 ss.; SCOGNIGLIO, *Interpretazione*, cit., p. 34; FERRANDO, *Spirito di liberalità e motivi dell'attribuzione. Appunti in margine alla definizione di "causa donandi"*, 1974, I, 2, p. 739 ss.; SATTA, *"Spirito di liberalità" e rilevanza dei motivi nella definizione di "causa" della disposizione testamentaria*, in "Temi", 1974, p. 191 ss.; BESSONE, *Adempimento e rischi contrattuale*, cit., p. 240 il quale giunge a sostenere che il testamento sarebbe orfano di una autentica nozione di causa venendo questa sostituita con quella di motivo, inteso non tanto come impulso psicologico, quanto come complesso di circostanze che agirono come ragione determinante della scelta dispositiva.

²⁰⁰ PAGLIANTINI, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000, p. 2 ss.

15. *L'illiceità del motivo e della condizione nei rapporti tra gli artt. 634 cod. civ. e 626 cod. civ.*

L'analisi del legame tra gli artt. 626 e 634 cod. civ. porta a sottolineare il confine che separa la condizione illecita dal motivo illecito. Si è sottolineata, in merito, la potenziale autonomia riscontrabile tra tali due elementi in virtù della quale ciascuno di essi può godere di vita propria senza essere necessariamente legato alla sussistenza dell'altro e ciò, d'altronde, si riflette nell'autonomia che connota la disciplina dell'art. 626 cod. civ.

L'equiparazione tra condizione illecita e motivo illecito non vale, all'evidenza, nel caso di condizione oggettivamente illecita ove la sua natura *contra ius* discende direttamente dall'evento dedotto e non dall'entità dei motivi perseguiti, ma non sembra valere neppure in presenza di una condizione soggettivamente illecita in cui il disponente, pur volendo dirigere la sua volontà verso scopi antiggiuridici, sia animato da motivi moralmente sani²⁰¹. Si pensi, a mò di esempio, a chi condizioni l'istituzione ereditaria al fatto che il beneficiario abbracci una determinata strada lavorativa al fine di incentivare le sue inclinazioni o assicurargli vantaggi organizzativi (come godere gratuitamente di locali destinati ad un'attività commerciale già avviata o disporre di una clientela già formata). Qui, l'intento socialmente e moralmente apprezzabile di fornire al chiamato sicurezze per il futuro si scontra con la soggettiva illiceità del mezzo impiegato, diretto a forzare una libertà personale dell'individuo. Lasciandosi alle spalle l'equazione tra condizione e motivo determinante e quella tra condizione illecita e motivo illecito, occorre ricostruire il significato dell'art. 634 cod. civ. e del suo richiamo all'art. 626 cod. civ., teso a disattivare l'operatività della regola sabiniana pura, in applicazione della quale la condizione illecita o impossibile è considerata *tamquam non esset*. Scopo del rinvio all'art. 626 cod. civ., orbene, non è tanto quello di ricercare l'illiceità del motivo sotteso onde giustificare l'illiceità della clausola, essendo all'uopo sufficiente la natura dell'evento dedotto e dello scopo perseguito, bensì quello di indagare sull'esistenza di un reale rapporto di interdipendenza della condizione illecita col motivo illecito tale da dimostrare il valore determinate e decisivo della condizione sulla volontà testamentaria in assenza della quale la direzione impressa alle sostanze ed ai rapporti ereditari sarebbe stata diversa. Tale indagine, secondo alcuni, va condotta in base ai dati

²⁰¹ In senso contrario: D'ANTONIO, *La modificazione del regolamento negoziale*, Padova, 1974; DI MAURO, *Condizioni illecite*, cit., p. 34 ss. che equiparando la condizione illecita al motivo illecito non ritengono possibile la sopravvivenza della disposizione testamentaria a seguito della elisione della clausola condizionale secondo il dettato dell'art. 634 cod. civ.

concreti risultanti dalle volontà espresse, agli scopi ed ai *desiderata* del *de cuius* che influirono sull'adozione della clausola condizionale senza quindi indugiare su soluzioni ipotetiche ed astratte²⁰².

L'essere stata o meno la condizione ragione unica e determinante del lascito deve rappresentare il punto di arrivo della suddetta ricerca in modo da adottare una delle possibili variabili previste dalla norma: caducare, della disposizione, soltanto l'elemento accidentale oppure invalidarla interamente²⁰³.

Il portato dell'art. 634 cod. civ., unitamente al disposto dell'art. 626 cod. civ., consentono allora di dare adeguata regolamentazione a diverse ipotesi rinvenibili nella realtà.

Tutte le volte in cui, ad esempio, il testatore, mediante l'innesto della condizione impossibile o illecita all'interno della disposizione di ultima volontà, abbia inteso perseguire un fine considerato basilare e insostituibile di modo che l'interesse alla realizzazione della condizione si ponga come sovraordinato a tutti gli altri interessi sottesi alla disposizione, l'istituzione ereditaria si atteggerà come mero strumento per la realizzazione di quell'interesse. E' possibile, in tal caso, affermare che la clausola condizionale cessa di essere una modalità del negozio ed assume le vesti di fondamento unico ed esclusivo della volontà attributiva. Ne discende che, una volta espunto tale elemento "accidentale" viziato, il contenuto testamentario non sarebbe più in grado di rispecchiare la reale volontà del disponente e, pertanto, non potrebbe essere mantenuto in vita.

La sorte dell'intera disposizione non potrà che essere l'integrale nullità e un tale effetto non si ricollega all'illiceità o impossibilità della condizione o del motivo a questa sotteso quanto piuttosto al carattere inscindibile e indispensabile della clausola condizionale.

Qualora risulti che il testatore mirasse a garantire un effetto attributivo in favore dell'erede o del legatario autonomamente dalla esecuzione della condizione illecita o impossibile, potrà congruamente concludersi che quella condizione non costituì ragione esclusiva e determinante della disposizione, militando in suo favore altre ragioni valide e legittime. Di tale *condicio*, dunque, emergerebbe il ruolo di mezzo deputato ad attuare, parallelamente agli

²⁰² GARDANI CONTURSI LISI, *Controllo sulle disposizioni testamentarie*, cit., p. 297 ss.

²⁰³ Dibattuta è la valenza dell'ignoranza, da parte del testatore, della illiceità o impossibilità della *condicio*. Parte della dottrina - DI MAURO, *Considerazioni sulle condizioni testamentarie illecite*, cit. p. 45 - ritiene che il meccanismo di conservazione della disposizione di cui all'art. 634 cod. civ. potrebbe operare soltanto se il *testator* ignori l'illiceità o l'impossibilità della condizione ove, in caso contrario, l'applicazione della regola sabiniana pura si tramuterebbe in uno strumento di sproporzionata forzatura. In senso opposto TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 256, che, rilevata preliminarmente la difficoltà di una tale indagine, considera irrilevante un simile dato ai fini della qualificazione della condizione come illecita o impossibile, valutandolo alla stregua di uno stato puramente soggettivo. D'altronde, com'è noto, nessun rilievo potrebbe assumere l'ignoranza di legge

interessi primari del testatore, i suoi ulteriori e secondari scopi. In tal caso potrà parlarsi di scindibilità della condizione rispetto alla disposizione e applicarsi, conseguentemente, la regola sabiniana pura che lascia salva la disposizione pur se dopo averla spogliata dell'elemento viziato. Tale ultima operazione, infatti, non lascia orfano il programma testamentario di un fine essenziale perseguito dal testatore, restando la scheda ancora espressione della concreta volontà di quest'ultimo.

Si staglia, allora, nell'ambito di tale fattispecie, tutta la rilevanza del motivo essenziale che, in quanto lecito e non erroneo, giustifica pienamente la sopravvivenza della disposizione pur se privata della condizione e diventa elemento cui subordinare la validità del negozio testamentario.

Da ultimo, assunta la possibilità di una netta autonomia tra condizione illecita e motivo illecito – nel senso che la sussistenza della prima non è necessariamente legata al ricorrere del secondo e viceversa – se ne ricava la loro possibile coabitazione all'interno della stessa disposizione, potendo, questi elementi, anche arrivare a coincidere ed assumendo, allora, la condizione, la veste di veicolo formale per l'esteriorizzazione del motivo illecito. L'applicazione dell'art. 626 cod. civ., in tali fattispecie, funziona in modo autonomo rispetto all'art 634 cod. civ., occorrendo, invece, rifarsi a tale ultima norma ed al rinvio all'art. 626 cod. civ., ivi contenuto, quando, sottesi alla condizione illecita, esistano motivi leciti. Solo in tale evenienza occorrerà assodare quale sia stata la ragione unica e determinante della disposizione *mortis causa*.

16. La funzione economico-individuale del negozio testamentario alla luce del giudizio di scindibilità o inscindibilità della clausola condizionale.

Lo studio del motivo, nella sua declinazione di motivo unico e determinante, ha prodotto, in campo testamentario, un intenso dibattito, il cui risultato è stato quello di vivacizzare la tradizionale attività distintiva tra causa e motivo e soffermare l'attenzione sull'esatta individuazione della causa testamentaria, muovendosi, all'uopo, tra le variabili della soggettività-oggettività o dell'astrattezza-concretezza.

In tal senso, la risposta partorita dall'orientamento più classico è stata quella di ricostruire la funzione del negozio *mortis causa* in senso oggettivo come disposizione di tutto o parte del patrimonio per il tempo successivo alla morte.

La problematica, però, si riannoda a quella sul rapporto tra condizione e causa testamentaria che si caratterizzerebbe per la coesistenza, accanto all'interesse tipicamente perseguito con lo schema negoziale adottato, di un interesse ulteriore da realizzarsi contemporaneamente al primo e senza che ciò produca un'alterazione dei caratteri propri del negozio stesso²⁰⁴.

Parte della dottrina giudica la condizione non come un meccanismo deputato ad incidere sull'atto o sul rapporto negoziale, quanto, piuttosto, sui suoi effetti; ne deriva che essa non contribuirebbe alla formazione della causa del negozio in cui è chiamata ad operare, ma si limiterebbe ad incidere su un complesso di interessi esterni a quelli oggettivamente propri del negozio prescelto. In ragione di tale diversa attitudine, allora, ove la condizione si riveli illecita, le sue ricadute sul negozio non potranno che essere diverse da quelle prodotte in presenza di una causa illecita. In tale ultima ipotesi, invero, è la stessa funzione del negozio ad essere pregiudicata perché *contra ius*, mentre, nel primo caso, a porsi in contrasto con l'ordinamento, sarà il meccanismo di subordinazione sospensiva o risolutiva dell'effetto negoziale.

Diversa è l'impostazione offerta da altri autori²⁰⁵ che, partendo dalla considerazione di come le parti del negozio possano avvalersi della condizione come di una clausola necessaria alla realizzazione della funzione economico-individuale del negozio, concludono come essa diventi, nella realtà, un elemento a questa essenziale, di talchè, ove la condizione inserita si riveli illecita, di tale illiceità non potrà che contagiarsi anche l'intero regolamento negoziale, risultando intaccata la stessa sua funzione economico-individuale.

La conclusione risente del principio di inscindibilità della volontà condizionata, inscindibilità, invece, non richiamata negli stessi termini riguardo ad altri elementi accidentali, quali il *modus* che, quando illeciti, possono estendere il giudizio di immeritevolezza all'intero negozio solo ove risulti accertato, in virtù dell'incidenza sulla funzione economico-individuale, l'intento delle parti di assegnarvi valore determinante ed essenziale.

Quanto detto consente un'appropriata percezione del rapporto tra elementi primari e secondari, dovendosi riconoscere come il raggiungimento di una unitaria finalità economico-individuale possa realizzarsi, tramite il negozio, solo grazie al concorrere di una pluralità di

²⁰⁴ PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale del negozio giuridico"*, cit., p. 88 ss.; Più in generale, sull'incidenza della condizione sulla causa e sulla capacità della prima di concorrere a realizzare la funzione economico-individuale del negozio: BESSONE, *Adempimento*, cit., p. 225 ss.; FERRI G. B., *Causa e tipo*, cit., p. 378 ss.; NATOLI, *Della condizione del contratto*, cit., p. 425 ss.; ZAPPULLI, voce *Condizione nei negozi giuridici*, cit. p. 728. Di contrario avviso chi relega la causa ad una sfera meramente oggettiva riconoscendo, invece, alla condizione (come pure al motivo) un valore esclusivamente soggettivo: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 193 ss.; MENGONI, *Il contratto*, cit., p. 175;

²⁰⁵ Tra gli altri, FERRI G.B., *Causa e tipo*, cit., p. 378 ss.,

elementi soggettivi ed oggettivi, accidentali e non accidentali, i quali, concentrati e coordinati nello stesso perimetro negoziale, concorrerebbero a definire l'elemento causale.

Dunque, gli elementi secondari, seppur orfani, di per sé, di una loro rilevanza causale, attesa la loro scindibilità dal restante programma negoziale, contribuiscono alla valutazione dell'operazione giuridica nella sua globalità mediante la precisazione del concreto interesse perseguito, potendosi, anzi, giungere a verificare, sulla base di un giudizio *a posteriori* relativo al ruolo concretamente assunto, come un elemento astrattamente secondario, si sia in realtà rivelato determinante.

Ricomprendere la condizione tra gli elementi secondari risulta, però, più arduo tutte le volte che questa si presenti come inscindibilmente legata allo scopo pratico perseguito dal *de cuius* emergendo, in tale occasione, la rilevanza causale di questa e dell'interesse veicolato. In tali circostanze la disposizione di ultima volontà si riduce, in base alle intenzioni del testatore, a strumento per realizzare l'interesse connesso alla condizione, di modo che quando tale interesse sia illecito o impossibile, la regola sabiniana pura incontrerà un limite alla sua applicazione dovendosi decretare la nullità dell'intera disposizione.

Si addivene, così, alla conclusione che se anche la funzione astratta del testamento, di disporre *post mortem* a favore di un destinatario, è per sua natura, sempre conforme alla legge, ciò non può valere anche per la sua la funzione economico-individuale.

Qualora l'interesse illecito portato dalla *condicio* si compenetri nella stessa funzione oggettiva della disposizione, creando una inscindibile connessione tra condizione e disposizione, si avrà anche uno stretto intreccio tra motivo unico-determinate e condizione: ne deriva un indubbio riflesso sulla stessa efficienza causale della clausola nel processo di formazione della volontà dispositiva.

In definitiva la valutazione in termini di liceità e meritevolezza della funzione individuale assoluta dal testamento si realizza anche attraverso l'analisi degli elementi accidentali appostivi e, in tale direzione, gli artt. 634 e 647 cod. civ., relativi alla condizione e al *modus* illeciti o impossibili, oltre che inscindibili dalla disposizione, insieme all'art. 626 cod. civ., forniscono preziosi supporti normativi.

Una volta accertata l'inscindibilità della volontà condizionata, memori del principio consacrato nell'art 1322 2° co. cod. civ., è possibile estendere tale esame alla causa stessa del negozio testamentario da intendersi non come funzione astratta riservata dall'ordinamento -

perché in tali termini essa ha già ricevuto un giudizio di segno positivo - bensì sul piano della concreta funzione economico-individuale, che, in quanto tale, sfugge ad una tipizzazione²⁰⁶. A conclusione di quanto detto, può sinteticamente affermarsi che una volta acclarata la inscindibilità della disposizione testamentaria con la condizione illecita o impossibile appostavi, la dichiarazione di nullità si estenderebbe alla disposizione tutta intera, ciò perché risultando illecito lo scopo pratico perseguito con quel determinato programma testamentario, esso si trasformerebbe in uno strumento finalizzato a traguardi non conformi con le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume e, per questo, privo di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

17. Considerazioni conclusive sui presupposti di operatività, sugli effetti dell'art. 634 cod. civ. e sul richiamo all'art. 626 cod. civ.

Accertata la consacrazione, nel nostro ordinamento, del principio di inscindibilità della volontà condizionata come risultante dall'art 1354 cod. civ., il legislatore ha assunto, in materia testamentaria, attraverso l'art. 634 cod. civ., una diversa posizione, rinunciando così ad abbracciare una soluzione unica, valida in qualsiasi contesto. In quest'ultima norma, infatti, a differenza della prima, si stabilisce una presunzione di scindibilità, creandosi, più che una evidente deroga al primo principio, una regolamentazione diversa del fenomeno.

La presunzione *iuris tantum* di scindibilità della condizione rispetto alla volontà negoziale cui essa si aggancia, realizzata dall'art. 634 cod. civ. mediante il richiamo all'art 626 cod. civ., deve valutarsi alla luce di alcuni criteri interpretativi, capaci, nelle concrete ipotesi, di far emergere la reale incidenza della clausola condizionale sulla volontà dispositiva. Occorre, allo scopo, verificare l'unicità dell'elemento accidentale, il suo rilievo determinante e la sua emersione dall'atto per comprendere quale sia stata l'entità del suo apporto alle istituzioni di

²⁰⁶ La necessità di una valutazione sulla meritevolezza dell'interesse individuale perseguito rappresenta affermazione pacifica per tutti i negozi tipici e atipici: in tal senso PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 136, per il quale condurre un giudizio di meritevolezza sull'interesse perseguito dalle parti concentrandosi esclusivamente sul tipo astratto adottato, non assicurerebbe quella necessaria, globale valutazione degli interessi coinvolti ed il loro confronto col risultato sostanziale. Per Altri: FERRI G.B., *Causa e tipo*, cit., p. 377, il controllo di cui all'art. 1322 cod. civ. non riguarderebbe il testamento, negandosi in capo a questo una reale forza creativa del rapporto - il quale verrebbe creato direttamente dalla legge. Mancherebbe, in altri termini, una vera espressione di autonomia privata

erede o di legato. Non potrebbe, a questo fine, prescindere dall'attività di interpretazione testamentaria per saggiare l'effettiva intensità del vincolo tra condizione e disposizione²⁰⁷.

Possono, allora, darsi due eventualità: ove la condizione illecita o impossibile abbia rappresentato l'unico motivo determinante della volontà condizionata fino ad assumere una funzione causativa all'interno del meccanismo negoziale, cadrà l'intera disposizione *post mortem* senza altre soluzioni e ciò in virtù di quanto combinatamente disposto dagli artt. 634 e 626 cod. civ.; ove, invece, il congegno condizionale non assume tenore causale nei confronti dell'istituzione universale o particolare, esso sarà *tamquam non esset* e la disposizione potrà continuare a vivere.

Occorre, per una valida applicazione dell'art. 634 cod. civ., indagare su due fronti: anzitutto verificare la liceità o la possibilità della condizione in base al suo contenuto e, di seguito, misurare l'intensità del legame che astringe la clausola con la disposizione. Tale ultimo accertamento può rivelare combinazioni di vario tipo tra l'interesse tipico e, generalmente principale, dell'atto testamentario, di attribuire le proprie sostanze a determinate persone, con quello estrinseco e secondario veicolato con la modalità accessoria: potrà prospettarsi una coesistenza, una subordinazione od una prevalenza.

Come ricordato, nell'eventualità che la disposizione testamentaria risulti utilizzata al solo fine di attuare l'obiettivo illecito connesso al verificarsi della *condicio*, l'intera disposizione risentirà di tale illiceità e soffrirà una pronuncia di nullità. Viceversa, laddove l'interesse condotto in condizione risulti scindibile dall'interesse primario all'attribuzione *mortis causa* perché, rispetto a questo, abbia conservato la natura di elemento estrinseco, ulteriore o secondario, la disposizione resterà in vita, ma sempre che vi si riconosca ancora la volontà del suo autore.

Quanto detto consente di evidenziare le logiche di funzionamento dell'art. 634 cod. civ. e la *ratio* che vi sottende.

La regola sabiniana, garantendo il mantenimento in vita della disposizione a causa di morte depurata dalla condizione viziata, mira ad assicurare la realizzazione dello scopo prioritario del testatore di investire della qualità di erede o di legatario un determinato destinatario, ma ciò avviene sempre col supporto della effettiva volontà del *de cuius* senza mai esautorare il testamento dal suo ruolo di atto di autonomia privata. La sorte della disposizione illecitamente condizionata non prescinde mai dall'indagine sulla reale volontà del suo autore

²⁰⁷ Uguali indici valgono, ai sensi dell'art. 626 e 624 cod. civ., nella valutazione di rilevanza del motivo illecito o erroneo tale da cagionare la nullità o l'annullabilità dell'intero negozio. Sul tema GARDIANI CONTURSI LISI, *Controllo*, cit., p. 307, nota 30; AZZARITI, *Disposizione testamentaria sub condizione*, in Riv. dir. fam. e pers., 1986, I, p. 110.

obbligando, l'art. 634 cod. civ., a verificare che tipo di interconnessione vi sia tra la disposizione e la modalità accidentale. Ciò non avviene sul campo delle presunzioni, ossia riferendosi alla ipotetica volontà del testatore, bensì nell'ambito del contesto concreto e storico in cui si esercita l'autonomia testamentaria e, dunque, con riferimento alla *voluntas* realmente partorita e capace di perdurare a seguito della mutilazione della condizione illecita o impossibile. Si assiste, in altri termini, ad un ridimensionamento dell'autonomia testamentaria e non ad uno suo abbattimento: l'operazione di elisione della condizione viziata, infatti, avviene su quanto il testatore ha effettivamente voluto e disposto.

In nome di ciò ci si avvede come la regola sabiniana sia espressione del *favor testamenti* da intendersi non tanto in senso oggettivo, quale mezzo di conservazione del documento testamentario, quanto in senso soggettivo, quale meccanismo di salvaguardia della reale volontà del *de cuius* di disporre della propria successione per il tempo successivo alla morte. La tutela degli eredi e legatari, infatti, ai quali è dato di beneficiare del lascito nonostante l'illiceità o l'impossibilità della condizione appostavi, può trovare spazio, ai sensi dell'art. 634 cod. civ., solo quando a sorreggere la disposizione *mortis causa* vi sia la volontà del suo autore²⁰⁸.

Il congegno di cui all'art. 634 cod. civ., a ben vedere, non si avvale di peculiari principi interpretativi atteso che l'indagine sulla scindibilità o meno dell'elemento viziato, onde intuirne la forza determinante o l'accidentalità nei rapporti con la disposizione, si ricollega al principio generale di conservazione dell'attività giuridica espresso, in materia di nullità parziale, dall'art 1419 cod. civ.

²⁰⁸ Rispetto all'art. 634 cod. civ. l'art 1354 cod. civ. peccherebbe di minor coerenza nella parte in cui impone di considerare *tamquam non esset* la condizione risolutiva impossibile senza prevedere, al fine, alcuna indagine ermeneutica sulle volontà delle parti.

Sezione III
FUNZIONAMENTO DELLA REGOLA SABINIANA IN ALCUNE FATTISPECIE
PARTICOLARI

SOMMARIO: 1. Rapporti tra gli artt. 634 e 1419 cod. civ.: riflessi della nullità della singola disposizione testamentaria sull'intero negozio *mortis causa* – 2. Apposizione di una condizione illecita o impossibile alla revoca del testamento ed alla revoca della revoca. – 3. Revoca della condizione testamentaria sua apposizione successiva – 4. Applicabilità dell'art 634 cod. civ. al contratto di donazione. Rapporti della condizione impossibile con l'art 626 cod. civ. – 5. L'art. 634 cod. civ. nel rapporto con gli artt. 549 e 470 cod. civ. – 6. Sanatoria delle disposizioni testamentarie nulle ai sensi degli artt. 634 e 626 cod. civ., mediante conferma o esecuzione volontaria. – 7. Sopravvivenza della disposizione testamentaria a seguito dell'inadempimento della condizione lecita e possibile. Giudizio di scindibilità. Rapporti tra gli artt. 634 e 624 cod. civ.

1. Rapporti tra gli artt. 634 e 1419 cod. civ. Riflessi della nullità della singola disposizione testamentaria sull'intero negozio mortis causa

La presenza all'interno del programma testamentario di una o più clausole condizionali, di tipo sospensivo o risolutivo, tali da rivelarsi, ai sensi del combinato disposto degli artt. 634 e 626 cod. civ., illecite o impossibili e, per questo, capaci di rendere nulla la disposizione cui afferiscono, interroga su quali siano le ricadute di tale nullità parziale sull'intero negozio di ultima volontà.

Sul punto non soccorre l'art. 634 cod. civ. che riferisce la salvezza o la dichiarazione di invalidità alla sola disposizione illecitamente condizionata e ciò a differenza di altre cause, quali, ad esempio, la mancanza dei testimoni nel testamento pubblico, la mancanza della data nel testamento olografo, che travolgono l'intero testamento.

La questione si riallaccia a quella più generale se le disposizioni testamentarie debbano valutarsi alla stregua di semplici clausole di un unitario negozio o invece di tipi negoziali

autonomi e indipendenti²⁰⁹. Sul punto parte della dottrina ha fortemente sottolineato l'autonomia delle singole disposizioni *mortis causa* a tal punto da infirmare l'affermazione del testamento quale concetto unitario dal punto di vista formale e causale, riducendolo invece ad uno spazio tipizzato destinato ad raccogliere in sé una pluralità di negozi *mortis causa*.

Più robusto e prevalente risulta essere l'orientamento di chi, pur riconoscendo alle singole disposizioni testamentarie una propria, reciproca indipendenza e la capacità a produrre singolarmente specifici effetti, respinge l'idea di un frazionamento della causa del testamento in tante cause quante sono le singole disposizioni. L'impianto delle disposizioni testamentarie, infatti, esprimerebbe inevitabilmente una sua unitarietà anche dal punto di vista causale: ognuna di esse, cioè, dovrebbe valutarsi quale strumento per la concreta attuazione dell'unitaria e tipica funzione consegnata al testamento da parte dell'ordinamento, di assicurare la regolamentazione *post mortem* dei propri rapporti trasmissibili. Riconoscere ad ogni singola disposizione testamentaria una autonoma causa precluderebbe la possibilità di individuare un contenuto tipico del negozio di ultima volontà compromettendo, anzi, la stessa possibilità di collocarlo nel perimetro negoziale e mortificandolo a mero contenitore documentale in cui far convergere una pluralità di negozi *mortis causa*²¹⁰.

L'esatta individuazione dei rapporti tra la nullità della singola disposizione e nullità dell'intero corpo testamentario passa attraverso la lettura dell'art. 1419 cod. civ., che, assunto quale espressione del principio generale di conservazione, condivide con l'art. 634 cod. civ. l'aspetto della scindibilità o meno della volontà negoziale. Entrambe le norme, infatti, impongono di saggiare preliminarmente il tipo di legame che annoda l'elemento viziato con la restante parte del negozio per stabilire quali ricadute abbia il primo sul secondo e così l'art. 634 cod. civ., mediante il richiamo all'art. 626 cod. civ., in caso di condizione impossibile o illecita, contempla quali possibili conseguenze o la nullità della sola condizione o quella

²⁰⁹ Parte della dottrina si pronunzia a favore di tale autonomia rinvenendo, nella pluralità di disposizioni testamentarie, una somma di negozi *mortis causa*, ciascuno dotato di una propria giustificazione causale. Il testamento, pertanto, non vanterebbe un'unica causa, ma tante cause quante sono le disposizioni che in esso convergono. In tal senso: BETTI, *Teoria generale*, cit., p.319; BARASSI, *La successione per causa di morte*, cit., p. 382 ss.; BIONDI, *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in Foro it., 1949, I, p. 566 ss.; MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 80 ss.; In giurisprudenza, Cass., 16 maggio 1966, n. 1336; Altro indirizzo afferma che il testamento sarebbe unico e pur mantenendosi le singole disposizioni autonome le une dalle altre, esse concorrerebbero a realizzare la sua unitaria funzione. Così, tra gli altri: BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 38; BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in Riv. dir. civ., 1984, I, p. 246;

²¹⁰ LIPARI, *Autonomia*, cit. p. 82; BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, BONILINI, *Autonomia testamentaria*, cit., p. 48, CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., p.289

dell'intera disposizione; l'art. 1419 dal canto suo, in presenza di una nullità di singole clausole, prospetta la nullità parziale o quella totale.

Il richiamo e l'applicazione diretta dell'art. 1419 cod. civ. all'ambito delle condizioni non appare omologabile e ciò *in primis* in base all'art. 634 cod. civ. il quale, in ossequio al principio generale *utile per inutile non vitiatur*, già reca con sé la presunzione di scindibilità, ma anche per l'incompatibilità dell'art. 1354 cod. civ. con l'art. 1419 cod. civ. attesa la previsione di inscindibilità della volontà condizionata prevista dalla prima norma in contrasto con l'opposta regola di cui all'art. 1419 cod. civ.

La disciplina dell'art. 1419 cod. civ., tuttavia, può utilmente impiegarsi, nelle ipotesi in cui sia già stata accertata l'inscindibilità della condizione testamentaria impossibile o illecita con la disposizione di ultima volontà e, pertanto, la nullità di quest'ultima, per accertare l'intensità di tale inscindibilità nei rapporti tra la stessa disposizione e il negozio testamentario interamente considerato. A tal fine la disciplina di cui all'art. 1419 cod. civ. verrebbe considerata non nel suo aspetto positivo – quale incapacità della nullità parziale di contagiare l'intero regolamento d'interessi - bensì in quello negativo – quale capacità della nullità parziale di estendersi alla totalità del negozio²¹¹.

Partendo dal disposto dell'art. 1419 cod. civ. per il quale la nullità, in materia contrattuale, quando è parziale o riguarda singole clausole, comporta nullità dell'intero atto solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte viziata del suo contenuto, ci si è chiesti se anche in materia testamentaria una nullità parziale possa travolgere l'intero atto qualora risulti che l'autore del negozio non avrebbe costruito il programma in quel determinato modo senza cioè il contributo della disposizione affetta da nullità. Per rispondere al quesito occorre allora indagare sul grado di essenzialità da riconoscersi alla parte del negozio colpita da invalidità onde accertarne l'effettiva inscindibilità con la restante parte valida. Ove il ruolo della disposizione invalida risulti essere stato insostituibile e basilare nella predisposizione del complessivo programma testamentario, tale per cui in sua assenza il *testator* non avrebbe più adottato quella scelta, ma avrebbe preferito soluzioni in tutto o in parte diverse o addirittura avrebbe rinunciato *in toto* al negozio, quest'ultimo verrà

²¹¹ In dottrina si sono espressi a favore della estensione dell'art. 1419 cod. civ. al testamento in considerazione della portata generale riconosciuta alla regola *utile per inutile non vitiatur*: BIONDI, *Autonomia delle disposizioni testamentarie*, cit., p. 566; BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, cit., p. 133; ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, cit., p. 187; CICU, *Il testamento*, cit., p. 95.

In senso contrario: LIPARI, *Autonomia*, cit., p. 389, per il quale l'inapplicabilità dell'art. 1419 cod. civ. al testamento è supportata anzitutto dal dato legislativo che palesa una diversa scelta operata dall'ordinamento quale quella di prevedere espressamente la nullità di singole disposizioni testamentarie. Viepiù, il rapporto che lega il testamento e le disposizioni ivi calate si atteggia in modo affatto diverso rispetto a quanto avviene tra il contratto e le sue clausole.

colpito da nullità. E' vero, infatti, che nel testamento vige la reciproca autonomia delle singole disposizioni per cui il concetto di nullità parziale coincide qui con quello di nullità delle stesse, salvo i casi in cui sia disposta l'invalidità dell'intero negozio²¹², ma è altresì vero che l'accertamento della inscindibilità della singola disposizione farebbe venir meno, nella *mens* del disponente, la suddetta autonomia.

Gli esiti del giudizio circa l'essenzialità della disposizione testamentaria invalida nei confronti del globale programma testamentario vanno recuperati prestando particolare attenzione all'insieme degli interessi che il *de cuius* mirava a soddisfare. Per tale strada si arriva a doversi confrontare con la complessiva funzione economico-individuale sottesa all'atto dispositivo e a dover, in ragione di essa, considerare le conseguenze di tale invalidità. In presenza di una totale nullità del testamento non può che conseguire l'apertura della successione legittima in luogo di quella testamentaria e una tale soluzione può trovare spazio anche per l'ipotesi in cui la nullità sia soltanto parziale e interessi l'istituzione di erede: in tal caso, la successione legittima assumerà valore integrativo e non sostitutivo rispetto a quella testamentaria.

In conclusione, la conservazione del programma testamentario, relativamente alla parte non viziata, rappresenta un congruo punto d'arrivo della questione solo se il negozio, pur non potendo più soddisfare tutti gli interessi personali e patrimoniali affidatigli dal suo autore, possa comunque assicurare la realizzazione di quelli che, nelle sue intenzioni, assunsero carattere determinante²¹³.

2. Apposizione di una condizione illecita o impossibile alla revoca del testamento ed alla revoca della revoca.

²¹² La nullità della singola disposizione *mortis causa* è prevista da una nutrita serie di norme: artt. 596, 597, 598, 599 in materia di incapacità a ricevere per testamento da parte di tutore, protutore, notaio, testimoni, interpreti, persona che ha scritto, o ricevuto il testamento segreto nonché da parte delle persone interposte a quelle indicate; artt. 626, sul motivo illecito; 628, inerente le disposizioni in favore di persona incerta; 629, circa le disposizioni a favore dell'anima; 361, inerente le disposizioni rimesse all'arbitrio altrui; 634, relativo alle condizioni impossibili o illecite; 635, sulla condizione di reciprocità.

Sono cause di nullità dell'intero negozio testamentario, invece, vizi quali i difetti di forma, i vizi di incapacità.

²¹³ Il concetto di essenzialità di un elemento negoziale è valutato da parte di certa dottrina in termini soggettivi ossia con riferimento alla volontà, anche presumibile dei contraenti. In tal senso: BIGLIAZZI GERI, *Clausola illecita, scindibilità del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperativa nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale*, in *Giur. It.*, 1966, I, 1, p. 1555 ss.; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p.155. Altri autori, richiamando il concetto di buona fede, sostengono una essenzialità di tipo oggettivo. Tra questi: ROPPO, *Nullità parziale e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 687; In giurisprudenza: Cass, 10 gennaio, 1975 n. 91, in *Giur. It Mass*, 1975.

L'analisi della revoca testamentaria e dei suoi rapporti con la condizione pone da subito il quesito se la prima possa dirsi compatibile con la seconda. Sul punto si ravvisa una risposta di segno positivo attesa l'assenza di valutazioni contrarie, ravvisabili, invece, relativamente alla apponibilità di un onere – in virtù della sua natura non attributiva - o di un termine (iniziale o finale) vista la necessità di assicurare valore definitivo alla stessa, salvo sua successiva revoca²¹⁴.

Il problema si sposta, allora, sulle conseguenze connesse all'impiego di una condizione illecita o impossibile e in special modo sulla concreta normativa da applicare per questa ipotesi. La soluzione risente del dibattito sulla natura della revoca testamentaria.

La dottrina prevalente²¹⁵ vi riconosce un atto *inter vivos* atteso che, nonostante esso si riferisca ad un atto a causa di morte, è comunque in grado di esplicare i propri effetti dal momento della sua conclusione e quindi già durante la vita del suo autore senza dover attendere il suo decesso. Ciò avverrebbe non solo nella direzione di precludere la produzione degli effetti che il negozio sarebbe destinato a partorire, ma anche nel senso di sottrarre all'atto revocato il significato e l'identità di una espressione volitiva attuale. Sarebbe dunque impossibile riconoscervi la funzione tipica degli atti *mortis causa* di regolamentare *post mortem* i rapporti giuridici trasmissibili.

Logica derivazione della tesi testè esposta è l'inapplicabilità dell'art. 634 cod. civ. dovendosi piuttosto richiamare l'art. 1354 cod. civ. che dispone la nullità tutte le volte che la condizione sia illecita o quando sia contemporaneamente sospensiva e impossibile. Risultando nulla la revoca, quindi, il testamento non verrebbe più privato della sua capacità a governare la successione consentendo al chiamato di mantenere il lascito

Altra teoria²¹⁶ attribuisce alla revoca la natura di atto *mortis causa* trattandosi pur sempre di un atto che impedisce la successione testamentaria. Si individua, cioè, un atto di secondo grado ovvero un *contrarius actus* che avrà necessariamente la stessa natura dell'atto

²¹⁴ Parte della dottrina ha ritenuto, in passato, di poter riconoscere una vera e propria revoca testamentaria solo quando questa fosse concepita come pura e semplice, precisandosi che la presenza di una condizione la equiparerebbe ad un nuovo e distinto atto dispositivo *mortis causa* condizionato in senso inverso alla revoca. Tra gli altri: ROMANO S., *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova 1955, p. 332; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, III, Milano, 1952, p. 406. La conclusione non è stata accolta per l'inammissibilità delle conseguenze, osservandosi, all'uopo, che valutando la revoca condizionata alla stregua di una nuova disposizione, si dovrebbe considerare valido il secondo testamento anche ove quello originario si rivelasse nullo. Viepiù, la revoca condizionata dovrebbe sempre assumere una forma testamentaria, ma ciò contraddice il dato di cui all'art. 680 cod. civ. che ammette anche la forma notarile.

²¹⁵ CICU, *Il testamento*, cit., p. 143; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 632; ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951, p. 87; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 100 ss..

²¹⁶ BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*; 1985, p. 631 ss. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 546.

principale da eliminare. Ne discende, in tal caso, la piena applicazione della regola sabiniana con l'effetto di considerare la *condicio* come non scritta, salva l'applicazione dell'art. 626 cod. civ.. Il testamento sarebbe quindi privato di ogni efficacia.

Riguardo alla revoca della revoca del negozio testamentario si registrano anche qui diverse letture della sua natura giuridica. Per alcuni²¹⁷ tale atto si atteggierebbe in realtà come un testamento *per relationem*, in quanto il *de cuius*, revocando la revoca, mirerebbe in realtà al solo scopo di disporre attualmente del suo patrimonio e ciò conformemente a come aveva disposto nel testamento revocato. Si riconoscerebbe, pertanto, non un atto di revoca bensì un nuovo testamento in senso sostanziale, dotato di efficacia attributiva e avente, *per relationem*, lo stesso contenuto del testamento revocato.

Di contrario avviso è altra parte della dottrina la quale osserva che con la revoca della revoca, il testatore, lungi dal voler compiere un'attività attributiva, mira soltanto ad eliminare gli effetti della revoca precedente; diversamente, si osserva, si avrebbe una disposizione confirmatoria. L'atto, perciò, produrrebbe la reviviscenza del testamento revocato con effetti *ex tunc*.

Aldilà della impostazione che si sposi, si osserva come qualora a tale atto venga apposta una condizione impossibile o illecita, troverà applicazione l'art. 634 cod. civ. in quanto si scorge qui una disposizione di tipo attributivo e adottando una soluzione contraria si darebbe spazio a soluzioni non congrue. Infatti sottoporre la revoca della revoca alla condizione, ad esempio, che l'istituito sposi una determinata persona equivale a istituire quella stessa persona con il testamento sotto condizione sospensiva illecita. Facendo operare il meccanismo di cui all'art. 634 cod. civ. e considerando, quindi, la condizione come non apposta, la revoca della revoca funzionerà regolarmente e l'effetto attributivo sarà fatto salvo.

3. Revoca della condizione testamentaria e sua apposizione successiva.

La possibilità da parte del testatore di intervenire sul contenuto della scheda per modificarne il contenuto attraverso la revoca di una o alcune sue parti è vista dalla dottrina come operazione lecita e coerente con la natura revocabile del negozio testamentario. Si osserva, infatti, che, sempre che sia possibile riconoscere nelle parti non mutilate del documento delle autonome disposizioni *mortis causa*, la soppressione di elementi accidentali comporta la

²¹⁷ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p.81 ss.; TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 1998, p. 448; CARLEO, *La revoca della revoca testamentaria mediante nuovo testamento*, in *Dir. e giur.*, 1966, p. 150 ss.

nullità disposizione da questi depurata. Attesa, infatti, la inscindibilità che connota la disposizione costruita col contributo di una condizione, di un termine o di un *modus*, si conclude che quando da essa si elide l'elemento accidentale occorrerà riconoscere una nuova manifestazione di volontà. Ciò deriva dal fatto che, come tradizionalmente affermato in tema di condizione, pur non rappresentando tale elemento requisito essenziale per la configurabilità dello schema negoziale tipico cui accede, una volta inseritovi, guadagna un ruolo integrante rispetto a tale regolamento, dimettendo così il connotato della accidentalità. Conseguenza da ciò che depennare dalla disposizione *mortis causa* la condizione equivarrebbe ad esprimere una nuova volontà che tuttavia, orfana dei requisiti formali necessari, risulterebbe nulla.

In senso critico rispetto alle affermazioni che precedono si è sottolineato come l'accoglimento della inscindibilità della volontà condizionata, qui, è tutt'altro che pacifico. Se, infatti, il testatore stesso ha scelto di revocare la condizione liberando da essa la disposizione, ciò significa che nella sua valutazione tale modalità non rappresentava una nodale giustificazione dell'attribuzione *post mortem* bensì un mero strumento diretto a soddisfare interessi secondari ed accessori, strumento che l'autore successivamente provvede ad abbandonare. Così ragionando, non si profilerebbe una nuova espressione di ultima volontà, volendosi piuttosto, attraverso l'esclusione della modalità accidentale, provvedere contestualmente ad una revoca parziale e ad una riaffermazione della volontà di istituire erede o legatario una determinata persona, senza che a tale scopo occorranò nuovi requisiti formali²¹⁸.

Relativamente alla possibilità di introdurre all'interno del regolamento negoziale e successivamente alla sua conclusione una clausola condizionale, la questione, affrontata con riguardo al negozio *inter vivos*, ha portato la dottrina ad esprimersi nei termini di una rinnovazione del negozio con la conseguente necessità di adottare gli accorgimenti formali occorrenti per la sua validità.

In campo testamentario la suddetta affermazione si veste di ulteriore vigore attesa la tipica revocabilità del regolamento testamentario fino a quando il suo autore è in vita. L'apposizione di una condizione in capo ad una disposizione concepita come pura e non agganciata ad una modalità accidentale rivela, indubbiamente, un mutamento nella generale organizzazione della propria successione tale da inquadrare la disposizione così rinnovata in un contesto negoziale nuovo e autonomo rispetto al precedente. Scegliere di istituire un

²¹⁸ PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 224; SCALISI, *La revoca non formale del negozio giuridico e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 459 ss.

soggetto quale erede o legatario in modo puro e semplice riflette, in altri termini, un'impostazione ben precisa del testatore per superare la quale non può che ricorrersi ad una nuova espressione di volontà da corredare con quei suoi autonomi requisiti formali capaci di conferirgli certezza e definitività.

4. Applicabilità dell'art 634 cod. civ. al contratto di donazione. Rapporti della condizione impossibile con il richiamo all'art 626 cod. civ.

L'estensione della regola sabiniana anche ai contratti di donazione fu questione dibattuta in passato, in occasione del passaggio dal codice del 1865 all'attuale codice del 1942.

Prima di tale evoluzione, l'art 1065, in conformità alla disciplina dei contratti, prevedeva la nullità della donazione condizionata ad eventi illeciti o impossibili²¹⁹, successivamente tale disposizione non fu ripresa nel codice del 1942 essendo disposta, attraverso l'art. 794 cod. civ., per l'onere impossibile o illecito una disciplina analoga a quella dell'art. 634 cod. civ.

La scelta di non riproporre tale norma convinse parte della dottrina²²⁰, interrogatasi sulla sorte della donazione sottoposta a condizione illecita o impossibile, ad applicarvi la regola sabiniana anziché l'ordinaria disciplina contrattuale ex art. 634 cod. civ. e ciò sulla base di alcune considerazioni considerate pregnanti. *In primis* si sottolineò la tradizionale vicinanza della donazione col negozio testamentario in ragione della condivisione di numerose norme e della comune gratuità del titolo; si richiamò la riconducibilità sia della condizione che dell'onere nel concetto di motivo e quindi la loro uguale natura; infine si mostrò l'uguaglianza di trattamento dell'onere impossibile e illecito nell'ambito del testamento e della donazione.

La questione fu successivamente superata allontanandosi definitivamente e irreversibilmente da tale opinione ed affermando, invece, in modo unanime e indubbio che la regola sabiniana potesse operare esclusivamente in ambito testamentario e che le donazioni condizionate in modo illecito o impossibile dovessero essere sottoposte, come gli altri contratti, alla applicazione degli artt. 1353 ss. cod. civ.

²¹⁹ Tale norma segnava un allontanamento rispetto a quanto previsto nel codice del 1865 il quale, sotto l'influenza del Codice Napoleonico, aveva esteso la regola sabiniana – dapprima prevista solo per il testamento – anche alle donazioni.

²²⁰ Tra gli altri: BARBERO, *Sistema del diritto privato*, Torino, 2001, p. 449; RESCIGNO, voce *Condizione*, cit., p. 791.

A suffragio di ciò depone, in modo esauriente, la mancata conservazione dell'art. 1065 cod. civ. del codice del 1865 nell'attuale sistema e l'assenza, nella disciplina della donazione, di una norma corrispondente all'art. 634 cod. civ. che non potrebbe essere supplita da una applicazione analogica delle norme sul testamento atteso che, in materia di donazione, quando si è scelto di recepire le specifiche norme del testamento lo si è sempre fatto in modo espresso per tramite di precise disposizioni, senza mai affidarsi cioè a significativi silenzi. Viepiù, rispondendo il regime delle condizioni impossibili o illecite ad esigenze di ordine pubblico non potrebbe questo essere sostituito con un regime più favorevole in nome di un ragionamento meramente astratto né, a maggior ragione, in nome di un meccanismo analogico valendo gli artt. 634, 647 e 794 cod. civ. come norme eccezionali.

In nuce, dunque, la disciplina delle condizioni impossibili e illecite assume connotati diversi a seconda che sia destinata ad operare nell'ambito del testamento o della donazione: soltanto nel primo negozio troverà spazio il favorevole meccanismo di cui all'art. 634 cod. civ., per il quale sarà possibile salvaguardare la validità della disposizione *mortis causa* tutte le volte che la condizione viziata non sia stata posta quale ragione determinante dell'attribuzione; in caso di donazione, invece, opererà l'art. 1354 cod. civ. per il quale l'apposizione di una condizione impossibile o illecita determinerà la nullità dell'intero negozio, salva l'ipotesi della condizione risolutiva impossibile²²¹.

L'estensione della regola sabiniana oltre che alle condizioni illecite anche alle condizioni impossibili è stata, in passato, oggetto di censura da parte di alcune voci dottrinarie²²² le quali, ponendo l'accento sulla lettera dell'art. 634 cod. civ., hanno sottolineato come tale norma richiamasse l'art. 626 cod. civ., relativo al motivo illecito, senza fare alcun riferimento al motivo impossibile. L'assunto, in verità, trovava principale sostegno nell'idea che la condizione illecita dovesse sempre sottendere un motivo illecito ed anzi coincidere con esso di talchè il richiamo all'art. 626 cod. civ. avrebbe trovato una sua ragionevole giustificazione soltanto per la condizioni illecite.

Alla base di tale posizione veniva poi richiamato il principio del *favor testamenti* volendosi, cioè, attraverso la dichiarata irrilevanza della condizione impossibile, scongiurare la pronuncia di nullità della disposizione a causa di circostanze che il testatore avrebbe potuto non programmare.

²²¹ Sul punto si veda: PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 295; TORRENTE, *Le donazioni*, cit, p. 478 ss.; MESSINEO, *Brevi note sulla condizione illecita*, cit., p. 33.

²²² BIANCA, *Diritto civile*, cit., II, p. 618

Il superamento della tesi citata si snoda nelle seguenti obiezioni. Anzitutto in nome del parallelismo esistente tra gli artt. 634 e 647 cod. civ. – visto che tale ultima norma considera comunque nulla la disposizione cui acceda un onere impossibile o illecito quando questo ne abbia rappresentato motivo unico e determinante – sarebbe incoerente adottare un'interpretazione di carattere restrittivo. Stando poi alla lettera dell'art. 634 cod. civ. non può non accorgersi come tale disposizione rechi nella sua intitolazione la chiara dicitura “condizioni illecite o impossibili” derivandone una sua palese apertura ad entrambi le forme di condizione viziata senza quindi riconoscere nel richiamo all'art. 626 cod. civ. alcun connotato di eccezionalità²²³. Infine scindere la condizione impossibile dal richiamo di cui all'art. 626 cod. civ. significherebbe privare l'interprete di un necessario strumento di misurazione del grado di inscidibilità della condizione – e dell'interesse con essa veicolato - rispetto alla disposizione *mortis causa*. Anche la presenza di una condizione impossibile, infatti, una volta accertatane la sua indole, deve sollecitare un giudizio sulle intenzioni e sui motivi del testatore onde rilevare, secondo quanto richiesto dall'art. 626 cod. civ., attraverso i criteri ivi indicati, la sua eventuale unicità e la sua concreta capacità determinante.

E' dunque possibile concludere che anche la condizione impossibile, al pari di quella illecita, può determinare la nullità dell'intera disposizione ove si riveli da essa inscindibile per averne rappresentato la ragione unica e determinante.

5. *L'art. 634 cod. civ. nel rapporto con gli artt. 549 e 470 cod. civ.*

Il funzionamento dell'art. 634 cod. civ. è stato analizzato anche nei rapporti con l'art. 549 cod. civ. al fine di valutarne una sua possibile applicazione.

L'art. 549 cod. civ., come noto, dispone l'inapponibilità di qualsiasi peso o condizione in capo alla quota riservata dalla legge agli eredi legittimari, tracciandosi, così, una specifica forma di trattamento per tale categoria di successibili rispetto a tutte le altre²²⁴.

La dottrina è orientata, pressoché unanimemente, a riconoscere, quale effetto della violazione dell'art. 549 cod. civ., la nullità assoluta di tutte le condizioni, gli oneri, i legati ed i pesi predisposti dal *de cuius* in capo alla quota riservata, considerandosi tale norma, di carattere imperativo. Si scorge qui una illiceità della causa o dell'oggetto della disposizione dovuta

²²³ DI SALVO, *Sul regime delle condizioni impossibili od illecite nelle disposizioni testamentarie*, cit., p. 185

²²⁴ Sarà invece legittimamente adoperabile la condizione in capo alla disposizione con cui si attribuisca ai legittimari la parte eccedente la quota di riserva.

alla insita lesività del voluto e tale, perciò, da influire sul profilo funzionale o sull'oggetto del negozio²²⁵.

Altra dottrina, asserendo l'illiceità della condizione gravante sulla quota di legittima quale conseguenza della violazione di una norma imperativa, ha invocato l'applicazione dell'art. 634 cod. civ. e, da qui, il meccanismo di salvaguardia della disposizione di considerare *tamquam non esset* la modalità appostavi²²⁶.

Tale ricostruzione, tuttavia, non ha incontrato un incondizionato favore essendo stato diversamente valutato il funzionamento degli artt. 634 e 549 cod. civ. In tale direzione, infatti, si è anzitutto rilevato come ad essere *contra legem* non è tanto il peso o la condizione apposta alla legittima, quanto, piuttosto, la loro stessa apposizione.

Diversi appaiono, poi, i presupposti di operatività delle due norme e le conseguenze della loro violazione: soltanto l'art. 634 cod. civ., infatti, contempla l'ipotesi della illiceità e soltanto tale norma predispone la sanzione della nullità. L'art. 549 cod. civ., invece, aldilà della natura illecita della *condicio*, dispone un'inefficacia relativa della stessa che opera in base alla sola eccezione del legittimario senza che occorra una sentenza costitutiva.

L'esigenza di porre l'accento sulla circostanza concreta della sua apposizione più che sul suo contenuto e sulla sua qualificazione in termini di illiceità o impossibilità, rende il trattamento della condizione apposta alla legittima, autonomo e indipendente da quello previsto nell'art. 634 cod. civ. L'art. 549 cod. civ., pertanto, disvela un ruolo preminente ed assorbente rispetto a tale ultima norma consentendo di assicurare ai legittimari una più robusta tutela dei loro diritti; ciò grazie al meccanismo caducativo operante *ipso iure*, il quale, senza necessità di agire in giudizio – né ai sensi dell'art. 634 cod. civ. né ai sensi dell'art. 554 cod. civ. – permette di privare di ogni effetto le diverse modalità gravanti sulla quota di riserva.

Restano, di conseguenza, fuori dal funzionamento dell'art. 549 cod. civ. quelle valutazioni di carattere soggettivo ed oggettivo, richiamate dall'art. 626 cod. civ. e necessarie a saggiare i presupposti di operatività della regola sabiniana quali l'accertamento della illiceità o impossibilità della condizione e la scindibilità o inscindibilità della stessa rispetto alla volontà attributiva.

Analoghe problematiche possono riscontrarsi anche con riferimento ai rapporti dell'art. 634 cod. civ. con l'art. 470 cod. civ. Tale ultima norma dispone la nullità del divieto, diretto o

²²⁵ CARPINO, *Considerazioni sulla "nullità" e non apposizione" in tema di intangibilità della legittima*, Vita not., 1998, p. 3 ss.; FERRI, *Dei legittimari (artt. 536 – 564 c.c.)*, in Comm. cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 105 ss

²²⁶ TAMBURRINO, *voce Successione necessaria (diritto privato)*, in Enc. del dir., XLIII, Milano, 1990, p. 1361; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 299;

indiretto²²⁷, posto nel testamento, di accettare l'eredità con beneficio d'inventario, volendosi, in tal modo, favorire l'accettazione delle eredità per l'interesse sociale che vi sia un erede e che i rapporti giuridici abbiano continuità²²⁸.

La dottrina espressasi sul tema²²⁹ ha ricollegato il funzionamento della regola sabiniana anche all'ipotesi di cui all'art. 470 cod. civ. poiché, anche se la norma non si riferisce esplicitamente alla condizione, sembra comunque possibile farla rientrare nel concetto di "divieti" indicato dalla disposizione. Ne consegue che trattandosi di una condizione illecita per contrarietà ad una norma imperativa, essa si avrà per non apposta, salvo il richiamo all'art. 626 cod. civ.

Occorre, però, chiarire che la regola sabiniana, come accade anche per l'art. 549 cod. civ., non trova qui lo spazio per una completa operatività potendo applicarsi solo nella sua forma pura, tale da comportare l'automatica inefficacia della clausola viziata. Più precisamente, l'art. 470 cod. civ. – come pure l'art. 549 cod. civ. – non possono valutarsi quali applicazioni della regola sabiniana atteso che questa si riferisce esclusivamente all'istituzione di erede o di legato e non anche a diverse manifestazioni di volontà. La conferma di ciò si evince dal fatto che la tutela dell'erede o del legatario, in tali ipotesi, non si aggancia ad una obbligatoria azione giudiziale, ma resta affidata ad un automatico meccanismo caducativo.

6. Sanatoria delle disposizioni testamentarie nulle ai sensi degli artt. 634 e 626 cod. civ., mediante conferma o esecuzione volontaria.

In presenza di una disposizione testamentaria cui venga apposta una condizione illecita o impossibile la quale, ponendosi come ragione unica e determinante della stessa, divenga causa della sua nullità, ci si chiede se possa individuarsi uno spazio applicativo per l'art. 590 cod. civ. Occorre, cioè, chiedersi se una simile disposizione possa essere confermata o eseguita volontariamente.

Seppure tale norma sia stata valutata quale principio di carattere generale attinente a qualsiasi ipotesi di invalidità testamentaria, non è mancato, in dottrina e giurisprudenza, il tentativo di

²²⁷ Sono forme di implicita violazione del divieto ad esempio: la condizione di accettare il lascito puramente e semplicemente, l'imposizione sull'erede del pagamento dei debiti ereditari o dei legati.

²²⁸ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit. p. 173, per il quale il fondamento politico per cui il legislatore consente dall'erede di limitare la propria responsabilità viene individuato nella volontà di evitare che, in caso di eredità onerate da debiti, il chiamato sia indotto a rinunciare con la conseguenza che il compito della liquidazione venga a gravare sullo Stato.

²²⁹ Tra gli altri: PEREGO, *Favor legis*, cit., p. 277; CICU, *Successioni*, cit., p. 202

precisarne la portata, isolando una serie di casi in cui escludere il funzionamento del meccanismo confermativo e ciò in ragione delle diverse e variabili cause di invalidità o inefficacia che possono colpire la disposizione *mortis causa*.

Relativamente all'ipotesi di illiceità della volontà testamentaria, una parte della dottrina e giurisprudenza espressasi sul tema, abbracciando una soluzione particolarmente prudente e rigida, guardava ad essa come ad una causa di malformazione permanente del negozio tale da precluderne la possibilità della sanatoria venendo, un tale vizio, a trasmettersi e a contagiare inevitabilmente, anche l'atto di conferma e rendendolo così nullo.

Il descritto funzionamento, diverso da quello previsto per le altre cause di invalidità, veniva giustificato per la particolare riprovazione prodotta dall'illiceità, tale da rendere incondizionatamente immeritevole di tutela il risultato perseguito dal testatore, ma, di riflesso, anche l'equivalente risultato inseguito dalle parti col negozio di conferma²³⁰.

Il dibattito, tuttavia, si è successivamente alimentato di posizioni e contributi meno estremi avvertendosi, alla base, l'esigenza di tenere in debita considerazione ulteriori elementi di riflessione e valutazione.

In tale direzione, è stato posto l'accento sul rapporto tra risultato perseguito e mezzo impiegato, osservandosi, all'uopo, come l'illiceità del primo possa conseguire, non tanto al suo insito contenuto, quanto al mezzo adottato per realizzarlo. Se, in altri termini, una disposizione testamentaria è considerata nulla perché diretta a raggiungere un certo risultato, non è detto che lo stesso risultato non sia lecitamente perseguibile con un strumento diverso²³¹. E' il caso della costituzione di ipoteca, perfettamente lecita e ammissibile se concepita per atto *inter vivos*, ma illecita, perché preclusa espressamente *ex art. 2821 cod. civ.*, se affidata ad una disposizione di ultima volontà²³². Risulta, allora, necessario indagare sulla natura dell'interesse sotteso al divieto normativo per verificarne la natura privata o

²³⁰ In senso coerente: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 249; GANGI, *La successione*, cit. II, p. 197; CICU, *Il testamento*, cit., p. 142; Per un'apertura dell'art. 590 cod. civ. anche alle disposizioni testamentarie illecite si veda: BETTI, *Convalescenza del negozio giuridico*, in *Novissimo Dig It.*, IV, Torino, 1959, p. 789 ss.; FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit. p. 27.

²³¹ In senso contrario, è possibile sostenere l'autonomia della causa del negozio di conferma il quale sarebbe sorretto da una sua specifica funzione di sanare i vizi del testamento. Dunque, l'illiceità che affligge il negozio confermato non verrebbe a trasmettersi ineluttabilmente al negozio di conferma.

²³² Il divieto riguarderebbe il solo legato con efficacia reale. Circa, invece, l'ammissibilità di un legato obbligatorio di ipoteca la prevalente dottrina si esprime in senso favorevole affermando che la costituzione della garanzia da parte dell'erede o del legatario ovvero del giudice con sentenza *ex art. 2932 cod. civ.* non raggiungerebbe lo stesso risultato vietato dall'art. 2821 cod. civ. perché la *par condicio creditorum* esiste pur sempre al momento dell'apertura della successione in quanto l'ipoteca viene iscritta in base ad un titolo successivo: così CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 629. Nello stesso senso: DEGNI, *Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ. a cura di D'Amelio e Finzi*, Firenze, 1943, Libro della tutela dei diritti, p. 718; GORLA, *Tutela dei diritti. Del pegno. Delle ipoteche. Art. 2740-2899*, in *Comm. cod. civ. a cura di Scialoja e Branca*, Bologna - Roma, 1954, p. 461; CHIANALE, voce *Ipoteca*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1993, Sez. civ., vol. X, p. 171 ss.

pubblica, concludendo per l'applicabilità dell'art. 590 cod. civ. solo nella prima ipotesi. Non confermabile sarebbe, per tale verso, il testamento in favore di un soggetto indegno attesa la natura di ordine pubblico delle norme sull'indegnità oppure quello che contenga un fedecommesso *de residuo*²³³.

Da altra parte si è dato risalto alla fonte della sanatoria, riconoscendo in essa una matrice esclusivamente legale: la scelta delle parti di confermare il negozio sarebbe, cioè, soltanto l'evento che innesca l'intervento della legge. Trattandosi di un divieto legislativo, dunque, non sarebbe concepibile un suo superamento ad opera di una volontà privata, ma ciò ben può avvenire, invece, attraverso provvedimento di legge.

Non mancano, in questo senso, esempi ricavabili dallo stesso sistema normativo: è il caso degli artt. 794 cod. civ. e 647 3 comma cod. civ., relativi all'onere impossibile o illecito, in materia, rispettivamente, di successione e donazione o dell'art. 634 cod. civ. inerente alla condizione. In tali casi l'originaria impossibilità o illiceità dell'assetto negoziale viene superata, non tanto attraverso una scelta delle parti di natura sanante, quanto, piuttosto, da un intervento preliminare della legge teso a vestire di liceità il regolamento suddetto, seppur ricorrendo ad una *factio*.

Le conclusioni raggiunte in dottrina sono state successivamente assunte anche nelle sentenze di merito, dapprima riconoscendo la confermabilità dei negozi illegali, intesi quali negozi posti in violazione dei limiti e degli oneri previsti dalla legge per ottenere rilevanza giuridica e diversi, pertanto, dai negozi illeciti - configurabili quando l'interesse perseguito dalle parti si ponga in contrasto con norme imperative e proibitive - poi estendendosi anche alle disposizioni *mortis causa* illecite per contrasto all'ordine pubblico purchè il negozio di conferma non fosse affetto anch'esso da tale illiceità²³⁴. E' evidente che solo in caso di illiceità del risultato, aldilà del mezzo impiegato, dovrà concludersi per l'inaccessibilità delle parti al rimedio di cui all'art. 590 cod. civ.

L'indagine sull'illiceità, quale contrarietà ai principi di ordine pubblico, si è arricchita di recente di nuovi spunti e valutazioni tendenti a distinguere i profili attinenti alla persona umana con quelli attinenti alla sua libertà economica. Si è affermato sul punto che, quanto ai primi, vi sarebbe l'assoluta preclusione di ogni atto dispositivo in quanto incidente sulla integrità, dignità e libertà, dell'individuo; quanto ai secondi, invece, sarebbero consentite

²³³ Si veda sul punto: GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 253;

²³⁴ Necessita, in tal senso, distinguere tra illiceità dello strumento adottato e illiceità del risultato cui si tende con tale strumento, precisando che talvolta la legge interdice il raggiungimento di un determinato risultato solo se questo venga perseguito con un particolare mezzo giuridico, riconoscendo, invece, la legittimità dello stesso risultato ove questo venga inseguito per il tramite di congegni alternativi. E' il caso dell'usufrutto successivo *ex art. 698 cod. civ.* o delle ipotesi di incapacità a ricevere per testamento.

limitazioni convenzionali semprechè in armonia con i limiti di legge e con i gli interessi superiori potenzialmente coinvolti. L'ossequio ai principi di ordine pubblico impone di saper individuare, all'interno dei singoli istituti adoperati dai privati, i principi preordinati ad esigenze etico-politiche e alla tenuta del complessivo sistema, rispetto a quelle rispondenti a mere istanze tecniche: soltanto i primi, infatti, rientrerebbero nel concetto di ordine pubblico, cosicché il loro superamento proietterebbe il negozio, a tal fine impiegato, verso l'illiceità.

7. Sopravvivenza della disposizione testamentaria a seguito di inadempimento non imputabile della condizione lecita e possibile. Giudizio di scindibilità. Rapporti tra gli artt. 634 e 624 cod. civ.

La disciplina della condizione si arricchiva, sotto il vigore del codice civile del 1865, del disposto di cui all'art. 1166 cod. civ. che, dettato in tema di adempimento della *condicio*, stabiliva il principio generale per cui qualsiasi condizione andava adempiuta nel modo verosimilmente voluto e inteso dalle parti. Il nuovo codice pur non richiamando espressamente l'applicazione di tale principio sottintese comunque l'applicazione delle generiche regole sull'adempimento e inadempimento in caso di dolo e di circostanze non imputabili all'istituto dando per assunto l'adempimento della condizione quando l'istituto avesse compiuto, a tal fine, tutto quanto gli era possibile²³⁵.

²³⁵ Rilevante ipotesi di inadempimento della condizione non imputabile è data dalla cd. finzione di avveramento, disciplinata dall'art. 1359 cod. civ., a tenore del quale, la condizione si considera avverata tutte le volte in cui questa sia mancata per il comportamento doloso o colposo (attivo o passivo) della parte avente interesse contrario al suo avveramento. Si tratta di uno strumento sanzionatorio di carattere privato teso a reprimere i comportamenti abusivi di chi, in spregio al principio di buona fede di cui all'art. 1358 cod. civ., tende a mortificare gli interessi di una parte. Si osserva, infatti, che ove il realizzarsi o meno del fatto calato in condizione dipenda dalle scelte del contraente, questi sarebbe tenuto ad orientare la propria condotta al criterio della correttezza e della lealtà.

L'applicabilità dell'art. 1359 cod. civ. è stata ormai assunta anche nell'ambito dei negozi testamentari benché in essi difetti la natura bilaterale del rapporto e l'assenza di un'altra parte le cui ragioni vadano conservate integre; in tal senso, GANGI, *La successione testamentaria*, cit., II, p. 215; TRIMARCHI, *La finzione di avveramento e la finzione di non avveramento nella condizione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1966, p. 809; MESSINEO, *Manuale*, cit. VI, p. 189. E' agevole, infatti, constatare come anche nell'ambito di una disposizione testamentaria, sospensivamente o risolutivamente condizionata, possano sussistere una o più parti, portatrici di interessi propri ed autonomi per la tutela dei quali occorra lasciare inadempita la clausola. Si pensi, a mò di esempio, all'onere di adempiere un legato il quale venga fatto gravare su di un erede e che venga agganciato ad una condizione: in tal caso l'erede onerato sarà presumibilmente interessato a che la *condicio* non si avveri pur contrastando tale epilogo con l'interesse del legatario ad assicurarsi l'acquisto del lascito e quindi il realizzarsi dell'evento.

Altro caso in cui assume rilievo la causa non imputabile d'inadempimento della condizione si rinviene nella morte del chiamato anteriormente al suo avverarsi. In tale evenienza si pone la questione di individuare la sorte della delazione. Invero, il codice del 1865 dedicava al problema una espressa disciplina attraverso l'art. 853 cod. civ., il quale, in nome della natura strettamente personale degli atti liberali, disponeva la completa inefficacia

A ciò si riconduce, in materia testamentaria, il proposito di salvaguardare l'efficacia dell'istituzione ereditaria considerando avverata la condizione su di essa gravante ove questa non si realizzi per causa non imputabile a chi era tenuto al comportamento richiesto²³⁶ o a causa del rifiuto del terzo di eseguire la prestazione²³⁷.

Il concerto adempimento verrebbe così sostituito dalla logica della buona volontà, intesa quale comportamento ad esso equipollente e corrispondente ad un impegno adeguato ed effettivo per la realizzazione dello scopo previsto dal testatore. L'assunto troverebbe terreno fertile nell'ambito della realtà testamentaria dove, in coerenza col principio del *favor testamenti*, occorrerebbe interpretare la volontà del *de cuius* in modo il più possibile favorevole ricordando che la natura liberale delle disposizioni di ultima volontà porterebbe a ritenere che il testatore, più che esigere in modo perentorio il risultato programmato, abbia potuto voler testare la buona volontà del destinatario desiderando da questi un contegno attivo e produttivo.

Nella stessa ottica interpretativa si colloca lo sforzo di certa dottrina di individuare, accanto alla normale forma di adempimento in modo specifica della condizione testamentaria, anche una forma di avveramento per equipollente, da intendersi come realizzazione di eventi o comportamenti equivalenti a quello dedotto in condizione, ma poi non realizzatosi. Tale giudizio di equivalenza non potrebbe, ovviamente, prescindere da un'attenta indagine sulle volontà delle parti e del disponente e sui rapporti tra queste volontà e l'evento indicato in condizione, trattandosi di recuperare la più corretta ricostruzione sul ruolo di tale evento alla luce dei voleri coinvolti²³⁸.

La ricostruzione proposta, tuttavia, ha incontrato diverse censure tali da far respingere l'idea di un superamento della normale logica sottesa al meccanismo condizionale, per il quale l'evento condizionale può dirsi realizzato solo nel caso di suo obiettivo avveramento o

del meccanismo delativo precludendo, in tal modo, agli erede del soggetto istituito, la possibilità di acquistare il lascito al suo posto. Con il passaggio al codice del 1942, la materia, rimasta orfana della disposizione citata, è stata affrontata concentrandosi sul concetto di pendenza, concludendo come l'apposizione di una condizione sospensiva non sospenda tanto la delazione, quanto il conseguimento della definitività e completezza in capo all'acquisto dei chiamati. Ne deriva che i soggetti istituiti sotto condizione sospensiva ben possono succedere al testatore, pur se deceduti dopo di lui e pur se la condizione non si sia ancora avverata, con la conseguenza che essendo i diritti così trasmessi già entrati a far parte del patrimonio personale, essi cadranno in successione a favore dei loro eredi. Dunque, in pendenza della condizione sospensiva è dato ai chiamati il diritto di accettare o rinunciare all'eredità nonché di disporre *mortis causa* della posizione così acquisita.

²³⁶ Si pensi alla condizione di far celebrare, per i tre mesi successivi alla morte del testatore, un certo numero di messe a suffragio della sua anima. Ove il testamento contenente tale disposizione venga rinvenuto dopo lo scadere dei tre mesi, la condizione non potrebbe più avverarsi e ciò per ragioni non imputabili al soggetto tenuto al comportamento indicato nella condizione bensì a ragioni di oggettiva e assoluta impossibilità.

²³⁷ Si pensi alla condizione che l'istituto stipuli un contratto con un determinato soggetto il quale però si rifiuti di addivenirvi o non possa addivenirvi per premorienza.

²³⁸ In senso favorevole ad un avveramento per equipollente: COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1992, p. 435 ss.; GROSSO, *Contributo alla teoria dell'adempimento della condizione*, Torino, 1930, p. 56.

adempimento, senza possibilità, quindi, di considerare ugualmente realizzatosi l'evento quando esso sia mancato per rifiuto, mancata cooperazione del terzo, forza maggiore, caso fortuito e senza poter accettare un semplice inizio o tentativo di adempimento, pur se sostenuti dalla buona volontà o, ancora, un adempimento solo equipollente a quello programmato.

Riguardo alle condizioni di carattere potestativo, infatti, si osserva che ove occorra considerare, in relazione alla corretta indagine sulle volontà delle parti, la condotta del beneficiario che abbia messo in essere tutti i comportamenti occorrenti alla realizzazione dell'evento, come equivalente all'avveramento vero e proprio, occorrerebbe chiedersi cosa sia stato realmente dedotto in condizione: l'evento o lo svolgimento delle attività strumentali al suo verificarsi²³⁹. Qualora, infatti, ci si sia riferiti a tali attività, dovrà parlarsi non di una forma equivalente di adempimento ma di un adempimento vero e proprio.

La problematica è stata, però, affrontata secondo altra prospettiva²⁴⁰ soppesando adeguatamente il rapporto, tracciato dal testatore, tra la clausola condizionale e gli effetti del negozio. Per tale strada è possibile affrancarsi dal tentativo di ampliare le maglie dell'art 1359 cod. civ. al fine di estendere il meccanismo della finzione di avveramento oltre i confini che gli spettano, attesa l'eventualità che l'inavveramento della *condicio* possa non rivestire valore determinante ai fini della dichiarazione di inefficacia della disposizione e possa così ugualmente raggiungersi lo scopo della conservazione in capo a quest'ultima.

La tesi muove dal disposto degli artt. 624 e 626 cod. civ. dai quali emerge la rilevanza del motivo testamentario essenziale, alla cui identificazione si addivene attraverso un processo di indagine e di comparazione tra tutte le determinazioni che spingono il *de cuius* a disporre in un determinato modo. Il motivo sotteso alla *voluntas* sarebbe in grado di invalidare quest'ultima non tanto se illecito o erroneo, ma in quanto essenziale, dovendosi sempre salvaguardarsi la disposizione ove imperniata su di un interesse lecito e non erroneo che assurga in essa valore predominante. Ebbene, un simile giudizio di rilevanza potrebbe essere condotto anche relativamente all'art. 634 cod. civ. onde verificare se la condizione lecita irrealizzata costituiva o meno motivo determinante della disposizione e concludere, in quest'ultimo caso, per la conservazione del voluto testamentario. Si osserva, infatti, che l'art.

²³⁹ Contrari all'idea di un adempimento per equipollente ritenendo insufficiente il criterio della buona volontà: CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 658 ss.; RESCIGNO, voce *Condizione*, cit., p. 798; BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 543; TRIMARCHI, *La finzione di avveramento e la finzione di non avveramento*, cit., p. 817.

²⁴⁰ TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 319 ss.

624 cod. civ. si porrebbe come principio generale destinato a svilupparsi anche al di fuori dello schema dell'errore.

A rafforzare l'assunto militerebbe l'art. 648 cod. civ., il quale, stabilendo che la risoluzione della disposizione testamentaria per inadempimento dell'onere ad essa appostovi è possibile soltanto in due ipotesi e, cioè, quando tale soluzione sia stata espressamente prevista dal testatore oppure quando l'esecuzione dell'onere aveva rappresentato motivo determinante dell'attribuzione, farebbe emergere il particolare peso assunto da un dato elemento nella vita del negozio. Orbene, tale peso non verrebbe ridimensionato o eliminato ove il mancato adempimento dell'onere sia dipeso da un fatto non imputabile all'onerato o da impossibilità sopravvenuta per causa indipendente dall'onerato, atteso che, in tali ipotesi, il nesso di interdipendenza, voluto dal testatore, tra l'attribuzione *mortis causa* e l'obbligazione modale, non viene meno e, di riflesso, non viene meno neppure l'effetto risolutivo.

Può, allora, concludersi che, come l'onere, così la condizione, possono costituire il mezzo eletto dal testatore per la soddisfazione di suoi interessi essenziali e che l'effetto risolutivo che consegue all'inesecuzione di tali modalità non potrebbe essere infirmata dalla circostanza che l'inadempimento sia imputabile o meno al beneficiario o impedito da una impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore, ma solo dall'accertamento che dette modalità non hanno assunto un ruolo determinante nell'economia della disposizione.

Il problema si sposta, quindi, sul terreno della scindibilità o meno della modalità rispetto alla disposizione testamentaria, ricollegandosi, la risoluzione dell'intera disposizione, alla sola ipotesi di inscindibilità della prima con la seconda. Come, infatti, in materia di onere, l'art. 648 cod. civ. fa riferimento al motivo determinante, ammettendo, così, implicitamente, l'evenienza di un motivo privo di tale carattere e ricollegando, a seconda del ricorrere dell'una o dell'altra ipotesi, la caducazione dell'intera disposizione o del solo *modus*, così l'art. 634 cod. civ., considerando non apposta una condizione illecita o impossibile che non abbia costituito motivo essenziale, autorizzerebbe, a maggior ragione, a considerare *tamquam non esset* la condizione lecita e possibile che non è assurta a motivo essenziale e che non è stata adempiuta per causa non imputabile al chiamato.

La salvezza totale o parziale della volontà espressa dal testatore, in conclusione, risulta saldamente legata alla valutazione sull'intensità del legame che lega la clausola condizionale con la volontà attributiva. Spetta all'interprete riconoscere se, nelle intenzioni del *de cuius*, fu prevalente l'interesse devolutivo in favore del chiamato oppure quello di veder eseguito quanto dedotto in condizione. Nel primo caso si concluderà per una scindibilità della condizione e, pertanto, la sua inesecuzione non avrà ricadute sulla efficacia della

disposizione la quale sopravvivrà, benché amputata della modalità accidentale; nel secondo caso, invece, emergendo un'ipotesi di inscindibilità, l'inottemperanza, imputabile o non imputabile, della condizione priverebbe di ogni effetto l'intera disposizione.

Pur se non espressamente, emergerebbe, quindi, dal combinato disposto degli artt. 634 e 626 cod. civ., in presenza di una condizione lecita e scindibile, non adempiuta per causa non imputabile al chiamato, la capacità del motivo essenziale, lecito e non erroneo, di assicurare un autonomo sostegno alla disposizione testamentaria in modo da giustificare la conservazione e l'efficacia attributiva.

CAPITOLO III

L'INCIDENZA DELLA VOLONTA' TESTAMENTARIA SUL POTERE DISPOSITIVO DEI CHIAMATI

Sezione I

IL DIVIETO TESTAMENTARIO DI ALIENAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La ricostruzione della figura alla luce della legge 19 maggio 1975, n. 151. – 3. Le posizioni contrarie all'ammissibilità di un divieto testamentario di alienazione. Vaglio critico. – 4. L'applicabilità dell'art. 1379 cod. civ. in campo testamentario, tra estensione analogica e limiti di tipicità dei diritti reali. – 5. I requisiti di validità della clausola di inalienabilità. L'efficacia obbligatoria. – 6. Il limite temporale. – 7. L'apprezzabilità dell'interesse sotteso. – 8. Gli strumenti di rafforzamento del vincolo di inalienabilità. La condizione di inadempimento, la penale, la trascrizione. Limiti applicativi.

1. Premessa.

La possibile ampiezza di intervento del testatore sul potere dispositivo *inter vivos* dei beni ereditari pone, quale indispensabile punto di partenza per un meditata analisi, alcune puntualizzazioni di orine terminologico.

I possibili divieti con cui restringere o annullare l'autonomia dei successori possono, infatti, riguardare, ora la *disposizione*, ora l'*alienazione* dei beni. Nella prima ipotesi vengono estensivamente ricomprese tutte le multiformi espressioni relative alla disposizione nonché all'esercizio e al godimento del diritto di proprietà, quali la costituzione, la cessione totale o

parziale, la scelta dello schema negoziale a tal fine impiegato, l'adozione di una causa gratuita, liberale od onerosa. Rientrano, invece, nella seconda figura, quelle più ristrette e specifiche attività dispositive attraverso le quali si realizza il distacco del diritto di proprietà dal suo titolare onde trasmetterlo ad altro soggetto²⁴¹. Si tratta di una categoria di atti considerati quali *species* rispetto al *genus* degli atti di disposizione e il cui significato si riallaccia a quanto indicato dal testo dell'art. 1379 cod. civ. con conseguente autonomia rispetto ai concetti di *cessione* e di *disposizione*, di cui agli artt. 965, 980, 1260 cod. civ.²⁴².

Un'opportuna linea di demarcazione sembra doversi tracciare anche rispetto alla figura dei vincoli di destinazione, riferibili, invero, ad una pluralità di fattispecie non collocabili in un ambito omogeneo e per i quali è oggi prevista la trascrivibilità ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ. Si tratta di strumento frequentemente impiegato nella prassi testamentaria con le forme dell'onere o del divieto e attraverso le quali possono imporsi limiti e preclusioni diretti a realizzare lo scopo cui il bene viene destinato. Si ravvisa, pertanto, sempre un vincolo di inalienabilità o di indisponibilità, con durata variabile e quindi una forte ricaduta sulle facoltà del proprietario, erede o legatario, in termini di limitazione o di esclusione²⁴³. Ciò giustifica, onde accertarne la validità, la necessità di un controllo di liceità e di coerenza con la funzione sociale della proprietà, controllo che a differenza di altre figure tipiche, quali il fondo patrimoniale o i patrimoni di destinazione di natura societaria, non avviene in via preventiva da parte dello stesso legislatore, ma si realizza in relazione al caso concreto. Tali connotati portano a propendere per l'applicazione anche in tale ambito dell'art. 1379 cod. civ. benché

²⁴¹ Per tale ricostruzione si vedano: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*. I, Milano 1957, p. 168; DE RUGGIERO, voce *Alienazione*, in *Diz. prat. dir. priv.* I, Milano, s.d., p. 139 ss.; MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 272 e nota 9

²⁴² Il concetto di alienazione risulta in dottrina diversamente elaborato. Il suo tenore polisemico, d'altronde, sembra confermato dal variegato impiego riscontrabile nei singoli documenti legislativi. Si veda: ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 411; MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 434 ss. D'AMBROSIO, *A proposito di un caso di applicabilità del divieto decennale di alienazione nell'edilizia residenziale pubblica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, p. 1564 e nota 8; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, rist., p. 222; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, V, 2, Torino, 1960, p. 299; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, rist., p. 222; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, II, Padova, 1931, p. 176 ss. il quale sottolineava come la facoltà di alienare rappresentasse una delle più vistose e rilevanti forme di disposizione; MENGONI - REALMENONTE, voce *Disposizione – Atto di disposizione* in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.; PUGLIATTI, voce *Alienazione*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.; TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 404 ove si annovera tra i divieti di alienazione il trasferimento *inter vivos* a titolo gratuito e oneroso o quello a causa di morte, la costituzione di diritti reali parziali, la costituzione del pegno e dell'ipoteca, la prelazione e l'atto unilaterale di rinuncia.

²⁴³ GALGANO, *Il patto di non alienare*, *Diritto civile e commerciale*, II, Milano 1999, p. 479; FUSARO, *In tema di fondazioni: clausole di inalienabilità e vincoli di destinazione d'uso contenute in donazioni disposte a loro favore*, in *Vita not.*, 1997, p. 1616 ss.; CHIANALE, *Vincoli negoziali di indisponibilità*, in *Studi in onore di Sacco*, II, Milano 1994, p. 199 ss.; MOSCATI, voce *Vincoli di indisponibilità*, in *Novissimo Dig. It.*, XX, Torino 1975, p. 818.

la figura regolata dalla norma non sia completamente sovrapponibile ad un vincolo di destinazione²⁴⁴.

Il particolare scopo perseguito dal testatore può arrivare a giustificare l'adozione di entrambi i vincoli testamentari, quello di inalienabilità e quello di destinazione: tra di essi infatti può ben evidenziarsi un rapporto di strumentalità se solo si pensi a come un divieto ad alienare possa efficacemente impiegarsi per impedire la distrazione del bene dalla specifica destinazione voluta.

L'attitudine della volontà testamentaria ad influire restrittivamente sulla circolazione dei diritti soggettivi patrimoniali dei successori non può che riferirsi a diritti trasmissibili, dovendo, invece, escludersi quelli incompatibili con vicende cessorie. Per essi non avrebbe senso la previsione di preclusioni o limitazioni²⁴⁵.

Il divieto testamentario di alienazione è analizzabile da un duplice punto di osservazione potendo valutarsi sia come clausola negoziale sia come condotta richiesta nell'ambito del rapporto²⁴⁶.

Nel primo significato, se ne scorge lo specifico profilo funzionale di elemento accessorio ad una disposizione *mortis causa* attributiva. La veste giuridica generalmente assunta sarà quella condizionale o modale essendo questi i tipici meccanismi attraverso cui dotare di rilevanza giuridica i motivi personali del disponente che, altrimenti, ne sarebbero privi.

In tale contesto assume rilievo il problema dell'ammissibilità dei divieti di fonte testamentaria e, più in generale, quello dei limiti all'autonomia testamentaria.

²⁴⁴ FUNAJOLI, voce *Divieto di alienazione* (dir. priv.), Enc. dir., XIII, 1964, p. 404; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; In giurisprudenza: Cass. 11 aprile 1990, n. 3082, in Foro it. Rep., 1990, voce *Contratto in generale*, 2777; e in Riv. dir. comm., 1992, II, 489 con nota di COLOMBO, *Il vincolo di destinazione di fonte contrattuale gravante su un immobile*; Cass. 30 luglio 1984 n.4530, in Giust. civ., 1985, I, 205; Cass. 17 novembre 1999, n. 12769, in Notariato 2000, p. 413: la disposizione dell'art. 1379 cod. civ. con riguardo alle condizioni di validità del divieto convenzionale di alienare (limite temporale di durata; rispondenza ad apprezzabile interesse di una parte) si applica, essendo espressione di un principio di portata generale, anche a pattuizioni che come quelle contenenti un vincolo di destinazione, seppur non puntualmente riconducibili al paradigma del divieto di alienazione, comportino comunque limitazioni altrettanto incisive del diritto di proprietà. *Contra*: BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977, p. 48 il quale esclude che l'art. 1379 cod. civ. possa rivestire portata generale attesa la previsione di una specifica e completa regolamentazione in capo alle ulteriori limitazioni convenzionali del potere dispositivo esistenti nel quadro ordinalmente; MANDELLI, *Il divieto di alienazione e la sua attuale portata*, in Giust. civ., 2002, 117; COMPORTI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, in studi in onore di P. Rescigno 1998, V, p. 847 ss. ove si sottolinea come il vincolo di destinazione incida sul diritto di proprietà in modo molto diverso inerendo solo alla facoltà di godimento e di utilizzo del bene mediante l'indicazione di un ben preciso uso.

²⁴⁵ Si pensi al diritto di servitù prediale la cui alienazione potrebbe realizzarsi soltanto col contestuale trasferimento della proprietà del relativo fondo dominante o al diritto di ipoteca, che essendo accessorio ad un credito non potrebbe trasferirsi autonomamente da quest'ultimo o ancora ai diritti di uso e abitazione la cui cedibilità è espressamente disposta dall'art. 1024 cod. civ.

²⁴⁶ CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano 1969, p. 8 ss; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 205-206.

Riguardo al secondo profilo, il comportamento dedotto viene riconosciuto quale possibile oggetto dell'obbligazione modale e precisamente di una obbligazione negativa.

2. La ricostruzione della figura alla luce della legge 19 maggio 1975, n. 151

Anteriormente all'entrata in vigore della legge 19 maggio 1975, n. 151, l'ultimo comma dell'art. 692 cod. civ. considerava nulla ogni disposizione con la quale si fosse vietata all'istituto la possibilità di porre in essere atti di disposizione *inter vivos* o *mortis causa*. L'art. 197 della legge di riforma è intervenuto sul punto in modo fortemente innovativo mercè la completa eliminazione di tale comma.

Il significato e la portata di tale intervento sono stati per lungo tempo al centro delle riflessioni dottrinarie, giungendosi, però, a ricostruzioni multidirezionali tendenti ora a riconoscere la piena e incondizionata validità del divieto, ora a negarla del tutto, ora, infine, ad ammetterla nel rispetto di alcuni limiti.

La questione è certo connotata dall'assenza di un esplicito dato normativo in grado di disvelare la reale intenzione del legislatore, ma, ai fini ricostruttivi, tale assenza riveste, di per sé, un proprio significato di cui l'interprete deve tener conto nel tentare di delineare una concreta disciplina.

Sotto il vigore del codice del 1865 le posizioni dottrinarie e giurisprudenziali convergevano verso l'affermazione della legittimità dei divieti di alienazione, sia testamentari sia contrattuali, purchè limitati nel tempo, dotati di efficacia meramente personale e giustificati da un apprezzabile interesse del disponente, dell'acquirente o di un terzo²⁴⁷.

Con l'introduzione del codice del 1942 il legislatore formulò una disciplina diversa a seconda che la provenienza del divieto fosse di tipo contrattuale o testamentario.

Nella prima ipotesi si ribadì la soluzione già adottata per il passato, mentre, nella seconda, ci si riferì all'ultimo comma dell'art. 692 cod. civ. con cui sembrava escludersi in termini generali l'ammissibilità di ogni divieto testamentario inerente le disposizioni per atto tra vivi

²⁴⁷ La liceità venne formulata in relazione a clausole di inalienabilità apposte principalmente a eredità o legati oltre che a donazioni. Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato*, VII, 3, Torino, 1929, p. 289; BONIELLO, *La clausola di inalienabilità nel diritto francese e in quello italiano*, in *Annuario dir. comp.* 1966, p. 31 ss. ove è tracciata un'analisi comparativa degli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali nell'esperienza francese e in quella italiana; DEMOGUE, *Traité des obligations en general. Effets des obligation*. VII, Paris, 1933, p. 80 ss.; CHÉRON, *La jurisprudence sur les clauses d'inalienabilité*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1906 p. 339 ss. In precedenza si registrava un atteggiamento di chiusura e sfavore in virtù del quale qualsiasi tipo di divieto veniva ricollegato all'ambito della nullità: BIANCHI, *Corso di dir. civ. it.*, IX, I, Torino, 1886, p. 817; RICCI, *Corso teorico-pratico di dir. civ.*, III, Torino, 1887.

e ciò aldilà di un limite temporale, del tipo di efficacia, obbligatoria o reale, o della determinatezza della persona nei cui confronti era rivolta la disposizione.

L'introduzione della nuova norma determinò, dapprima, un comportamento conservativo di parte della dottrina²⁴⁸, convinta di poter continuare a riconoscere piena validità al divieto di alienazione quando fosse stato collocato in limitati margini temporali. La posizione fu presto superata ritenendo non più plausibile ancorarsi ad un tale criterio per valutare la validità del *pactum*.

La misura della nullità veniva variamente spiegata. Generalmente, era ricollegata all'intento di impedire l'uso indiretto e occulto della sostituzione fedecommissaria, ma, in tal senso, non si mancava di obiettare come la norma, limitata in simile perimetro, sarebbe risultata del tutto superflua²⁴⁹.

Secondo altri²⁵⁰, il fondamento andava ricercato nell'esigenza di non contravvenire al principio di libera circolazione dei beni risultante dall'art. 692 ult. co. cod. civ.: l'affermazione, tuttavia, cadeva dinanzi alla previsione dell'art. 1379 cod. civ. che si poneva in contrasto con la pretesa genericità del primo. Invero, la diversità delle due discipline era motivata dalla differente portata del negozio testamentario rispetto all'accordo contrattuale, atteso che, nel primo, a differenza del secondo, il disponente gode di un più ampio spazio nella determinazione del regolamento.

Al fine di ridimensionare l'operatività dell'ultimo comma dell'art. 692 cod. civ., riportandolo nei suoi reali margini, se ne evidenziò l'originaria *ratio* ricordando come la norma fosse stata concepita al preciso scopo di precludere, mediante la previsione della nullità, l'uso della sostituzione fedecommissaria. Ne discendeva che fuori da tali confini il richiamo di tale dettato sarebbe stato ingiustificato e che pertanto non se ne sarebbe potuto concepire l'applicazione in ipotesi di divieto di alienazione per atto tra vivi circoscritto nel tempo²⁵¹.

Il lavoro di analisi condotto in dottrina disvelò tutte le difficoltà che il testo normativo poneva agli interpreti riguardo alle esigenze di coerenza sistematica e ciò anche in ragione della sua particolare rigidità e ampiezza.

²⁴⁸ GANGI, *La successione testamentaria*, cit., pp. 196 e 300; BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli – Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, p. 399.

²⁴⁹ CASULLI, voce *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 979; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Comm. c.c.*, III, 2, Torino, 1968, p. 390; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Comm. c.c. a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1978, rist. agg., p. 325 e nota 5. In giurisprudenza: Trib. Genova, 23 maggio 1956, in *Nuovo dir.*, 1957, p. 132 e App. Firenze, 24 marzo 1942, in *Foro it.*, 1953, I, c. 921.

²⁵⁰ MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 174; BARASSI, *Le successioni a causa di morte*, cit., p. 445.

²⁵¹ Lo spunto fu di CICU, *Il testamento*, cit, p. 225; In giurisprudenza: Trib. Genova, 18 aprile 1952, in *Foro It.*, 1952, I, cc. 1112-1114.

3. Le posizioni contrarie all'ammissibilità di un divieto testamentario di alienazione. Vaglio critico.

Il prevalente orientamento formatosi dopo l'ingresso della novella del 1975 tendeva a valutare con sfavore la figura del divieto di alienazione di fonte testamentaria giudicandolo inammissibile e, perciò, invalido.

Tale conclusione è stata a volte tratta direttamente dal sistema, ritenendo, così, di giungere ad una soluzione sufficientemente certa; altrove, si è sostenuto come la conclusione non avrebbe cessato di ricollegarsi al precedente testo dell'art. 692 ult. co. cod. civ. che, in virtù dell'ampiezza della sua formula, intendeva regolare anche fattispecie estranee alle sostituzioni fedecommissarie²⁵².

L'invalidità è stata, in altri casi, spiegata ritenendo esistere una sostituzione fedecommissaria indiretta ossia una fattispecie con cui perseguire finalità analoghe a quelle del fedecommesso, ciò in ragione della maggior ampiezza dell'attuale divieto di cui all'art. 692 ult. co. che ha reso superfluo il mantenimento dell'ult. cpv. dell'art. 692 cod. civ. 1942²⁵³.

²⁵² In tal senso TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1981, pp. 423, 693 e 923; AMATO, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Perlingieri, II, Torino, 1980, sub. Art. 592; AMATO-MARINARO, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Napoli, 1979, p. 32-39 e p. 40; VITUCCI, *Clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituto*, in *Dir. famiglia*, 1983, p. 667;

In giurisprudenza: Cass. 12 novembre 1981 n. 6005, in 'Foro It. Rep.', 1981, voce *Successione ereditaria*, n. 91 ove si afferma che "la nullità della clausola testamentaria, con la quale si imponga all'erede il divieto di alienare i beni ricevuti, a pena di risoluzione della relativa istituzione, ai sensi e nel vigore dello art. 849 del codice civile del 1865, ed in correlazione al divieto assoluto di sostituzione fedecommissaria sancito da tale codice, va affermata, all'infuori delle ipotesi di ammissibilità del fedecommesso, anche nel vigore dell'attuale codice civile, tanto prima della riforma introdotta dalla legge 19 maggio 1975 n. 151 sul diritto di famiglia, in considerazione dell'espresso disposto dello ultimo comma dell'art. 692 (vecchio testo) cod. civ., quanto dopo la riforma, tenuto conto che questa ha soppresso il citato ultimo comma dell'art. 692 cod. civ. per l'inutilità di una ripetizione della sanzione di nullità in questione, a fronte di una riduzione della validità del fedecommesso al solo caso di tutela degli incapaci. Pertanto, in applicazione dell'art. 137 delle Disposizioni transitorie del codice civile vigente, la domanda rivolta allo accertamento della suddetta nullità, con riguardo a successione apertasi prima della data di entrata in vigore, del codice stesso, può essere promossa o proseguita anche dopo tale data, ed anche dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia di cui alla legge n. 151 del 1975".

²⁵³ BENEDETTI, *Sostituzione fedecommissaria*, in Commentario della riforma del diritto di famiglia, a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, I, 2, Padova, 1977, p. 888; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Comm. c.c.*, III, 2, Torino, 1978, pp. 370-371; Cass. 10 luglio 1979, n.3969, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, p. 1746 ove, seppur in via incidentale, si legge: "La disposizione con la quale il testatore abbia stabilito la inalienabilità del suo patrimonio e ne abbia affidato la amministrazione ad alcuni esecutori, attribuendo nel contempo l'usufrutto dei beni che compongono il patrimonio stesso ai discendenti in ordine successivo di una determinata linea della sua famiglia (nella specie: discendenti di un cugino), non dà luogo a una Fondazione avente personalità giuridica, facendo in tal caso difetto uno scopo che funga da elemento unificante dei detti beni, bensì da vita a un ente di mero fatto, il quale anche se sia stato validamente costituito sotto il vigore di leggi antecedenti, deve ritenersi incompatibile con l'attuale ordinamento giuridico, in quanto, oltre a perseguire finalità analoghe a quelle della

In realtà, già da tempo, risulta chiarita la differenza tra divieto testamentario di alienazione e sostituzione fedecommissaria, sottolineandosi come, con la prima figura, si imponga all'istituto soltanto un obbligo di conservare, espresso in termini negativi, ma non un obbligo di restituire a persone determinate, viceversa, nel secondo caso, la proibizione ad alienare i beni ereditari è finalizzata alla restituzione degli stessi al successivo istituito onde regolare la successione del primo chiamato. Ne consegue che solo in presenza della doppia previsione di un divieto di alienazione e di un obbligo di restituzione dei beni alle persone indicate dal testatore ha senso l'accostamento tra *pactum de non alienando* e fedecommissario.

La semplice previsione di un divieto di alienazione per atto tra vivi dei beni di provenienza ereditaria, dunque, anche quando imposto per tutta la vita dell'istituto, non è di per sé strumentale alla conservazione e trasmissione *mortis causa* a determinate persone ossia ad attuare gli scopi di una sostituzione fedecommissaria di mantenere le sostanze nell'ambito familiare, bensì, si palesa solo quale mezzo di conservazione dei beni ricevuti senza, peraltro, precludere, in capo all'istituto, la facoltà di disporre per atto *mortis causa*²⁵⁴.

Ove il testatore non si preoccupi di designare i soggetti chiamati a succedere in sostituzione dei primi chiamati, si è affermato che la designazione verrebbe ad operare in via implicita a favore degli eredi legittimi, succedendo, questi, per vocazione diretta al loro dante causa e non in virtù dell'originaria disposizione²⁵⁵.

Il richiamo alla figura del fedecommissario risulterebbe parimenti inadeguato nel caso in cui il divieto fosse predisposto nell'interesse di un soggetto determinato, dovendo, in tal caso, più opportunamente parlarsi del riconoscimento di un diritto di prelazione²⁵⁶.

A ben vedere, dunque, con la scomparsa dell'ultimo comma dal testo dell'art. 692 cod. civ. si è definitivamente sconfessato un legame tra la sostituzione fedecommissaria ed il divieto testamentario di alienazione. La legittimità e la tenuta di un simile veto va oggi ricercata unicamente nei principi che governano gli atti tra vivi e che si riferiscono alla tutela

sostituzione fideicommissaria, si pone, altresì, in contrasto con divieti sanciti da norme di ordine pubblico (art 462, 698, 699, 796, 979, 1379 cod civ) che fissano limiti all'autonomia privata.

²⁵⁴ In tal modo potrebbe sempre impedirsi il permanere dei beni ereditari nel contesto familiare atteso che il divieto interesserebbe le sole attività dispositive *inter vivos* e non anche quelle *mortis causa*. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 423; COSATTINI, voce *Sostituzione fedecommissaria*, in Nuovo dig. It., XVIII, Torino, 1940, p. 641; Trib. Napoli, 29 dicembre 1954, in Dir. e giur., 1956, p. 237; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., p. 38 ss.; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., II, p. 300.

²⁵⁵ NEGRO, *I divieti convenzionali e testamentari di disporre* in Riv. dir. priv., 1941, I, p. 38; CASULLI, *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, in Novissimo Digesto italiano, XVII, Torino, 1970; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, 1978, cit., p. 370-371.

²⁵⁶ FADDA e BENSÀ, *Note a WINDSHEID, Diritto della Pandette*, IV, Torino, 1926, p. 543; CUTURI, *Dei fidecommissi e delle sostituzioni: nel diritto civile italiano*, S. Lapi, 1889, p. 285; circa gli effetti limitativi del patto di prelazione sul potere dispositivo dell'alienante: RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.) - Nozioni generali*, in Enc. dir., XXIX, Milano, 1979, p. 193; COVIELLO iun., *Il divieto negoziale di alienazione e l'art. 288 cpv. del progetto del III libro del codice civile*, in Riv. dir. civ., 1937, p. 395 nota 3.

dell'affidamento dei terzi, alla libertà delle contrattazioni, e, in particolare, alla libera circolazione dei beni, principio ricavabile anche in relazione all'art. 1379 cod. civ.²⁵⁷ e considerato da alcuni di ordine pubblico²⁵⁸.

Alla luce dell'art. 1379 cod. civ., tuttavia, è possibile cogliere una scelta legislativa che ponendosi a risultato di un'evoluzione storica, va verso una degradazione della libertà circolativa dei beni da principio di ordine pubblico ad istanza economica di interesse generale suscettibile di essere compressa o rimodulata²⁵⁹.

Sarebbe, infatti, arduo sul piano logico-giuridico dare conto della contestuale esistenza sia di una nozione di circolazione innalzata a fondamento di ordine pubblico sia di un *pactum de non alienando* di cui all'art. 1379 cod. civ. che, seppur dotato di efficacia meramente obbligatoria e tale da garantire l'autonomia di disposizione, rappresenta, comunque, in relazione alla capacità dissuasiva dei rimedi previsti in caso di violazione del divieto, un disconoscimento alla libertà dei traffici e un freno all'esercizio della propria autonomia. Mal si concilierebbe, infatti, l'assoluta inderogabilità che connota l'area dell'ordine pubblico con dei temperamenti o delle deroghe salvo voler ammettere il primato di esigenze pratiche su quelle logiche e teoriche onde veder tutelati interessi legittimi e meritevoli.

Per questa strada ci si avvede come l'individuazione dei limiti cui i privati sono chiamati ad attenersi nella creazione di divieti di alienazione, in campo contrattuale come in campo testamentario, non avviene in relazione al concetto di libera circolazione dei beni bensì in

²⁵⁷ Considerano questa norma espressione di tale principio generale: FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione (diritto privato)*, cit., p. 401 ss.; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 114; MOSCATI, voce *Alienazione (divieto di)*, in Enc. giur. Treccani, I, Roma 1989, p. 3 ss.; SBISA, *I limiti negoziali alla circolazione dei beni*, Milano 1975; FUSARO, *Il divieto contrattuale di alienazione*, in *Contratti in generale*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, in Giur. sist. dir. civ. e comm. diretta da W. Bigiavi, Torino 1990, p. 59 ss. In giurisprudenza: Cass. 23 maggio 1994, n. 5024, in "Giust. civ.", 1995, I, 1786. In senso contrario: BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali*, cit., p. 102, il quale richiama, accanto all'art. 1379 c.c., altre autonome norme atte a regolare i patti di non disposizione in vari settori (ad esempio, gli artt. 965, 980, 1024, 1260 cod. civ.).

²⁵⁸ Si esprimono in tal senso: GABBA, *Concetto della sostituzione fedecommissaria* in *Nuove questioni di diritto civile*, 2^a ed., Torino, 1912, p. 270; SORGE, *Efficacia reale, oppure solo obbligatoria della clausola di indisponibilità di immobili, compresa in un concordato fallimentare omologato*, in *Foro it.*, 1940, I, c. 1023; LISSONI, *Trattato pratico del testamento*, Milano, 1973, pp. 155-156; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, III, Delle successioni, Roma-Torino-Napoli, 1923, pp. 1923, pp. 770-772; MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 322; GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974, p. 61 ss.; CARNELUTTI, *Intorno alla clausola testamentaria "si line liberis decesserit"*, in "Foro It.", 1958, IV, p. 113 ss.; Cass. 11 aprile 1990 n. 3082. in "Foro It. Rep.", 1990, voce *Contratto in genere*, n. 277. In senso negativo, invece, FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano 1964, p. 403 ss.; ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 428; LOJACONO, voce *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano 1970, p. 895 ss.; DI MAURO, *Condizioni illecite*, cit., p. 139.

²⁵⁹ BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, IX, 1, Torino, 1895, p. 817, ove più che di ordine pubblico si parlava di interesse pubblico; COVIELLO iun., *L'obbligazione negativa*, I, cit., pp. 94-95; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXI, 2, Milano, 1972, p. 93; LOJACONO, voce *Inalienabilità (clausole di)*, cit., p. 895; PIRAS, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, p. 36 e nota 59.

base al contenuto del diritto di proprietà che contempla, quale suo elemento essenziale, il potere dispositivo²⁶⁰.

Chi ritiene invece che la facoltà di disporre si ponga al di fuori del contenuto del diritto di proprietà motiva l'atteggiamento legislativo di sfavore verso i divieti in commento sulla base della considerazione che con essi si attenterebbe alla capacità di agire o a quella giuridica del loro destinatario²⁶¹ e ciò in quanto il potere dispositivo sarebbe ad essi riconducibile.

Si oppongono, tuttavia, alla ricevibilità di una simile conclusione, da un lato, il dato normativo di cui all'art. 1379 cod. civ. che, pur legittimando un limite di natura convenzionale all'esercizio del potere privato di disposizione, non giunge a confortare l'idea di un'autentica autonomia di tale potere atteso che il compimento di tali atti non è precluso; dall'altro, l'osservazione, comunemente assunta, per cui la capacità giuridica e di agire giammai potrebbe riferirsi in via diretta all'efficacia giuridica appartenendo, queste, ad una fase anteriore alle attività giuridiche del soggetto²⁶².

4. L'applicabilità dell'art. 1379 cod. civ. in campo testamentario tra estensione analogica e limiti di tipicità dei diritti reali.

²⁶⁰ Anteriormente alla codificazione del 1942: CICU, *Osservazioni sul terzo libro del progetto di codice civile*, Milano, 1936, p. 30, secondo il quale qualsiasi tipo di divieto, temporaneo o assoluto, deformerebbe l'istituto della proprietà; VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, III, cit., p. 66; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico*, cit., p. 61 e nota 51; PACIFICI - MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato con la legge romana: Trattato delle successioni*, VII, 3, Torino, 1929, p. 314; L. COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, cit., p. 316.; HUC, *Tratte théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, I, Paris, 1891, p. 17 ss.; Più recentemente: SCUTO, *I divieti legali di alienazione*, cit., p. 11 ss.; NEGRO, *Lineamenti di un trattato sull'indisponibilità giuridica*, Padova 1957, p. 3 ss., che ricollega necessariamente il problema dell'indisponibilità giuridica ad un problema di essenza del dominio atteso che il travalicamento di certi limiti distrugge senz'altro il diritto di proprietà; ID., voce *Indisponibilità giuridica*, in *Novissimo Dig. It.*, VII, Torino 1938, p. 605; BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali*, cit., p. 104 ss.; LOJACONO, voce *Inalienabilità*, cit., p. 895 ss.; GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974, p. 38; ROCCA, *Il divieto testamentario*, cit., p. 430. In favore alla ricomprensione nel diritto di proprietà si pronunziano: RODOTA', voce *Proprietà* (dir. vig.), in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 142; COMPORTI, *Diritti reali in genere*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, VIII, 1, Milano, 1980, p. 41 in nota e pp. 157-158; NEPPI, *Il valore intrinseco del diritto di proprietà*, Padova, 1934, p. 31 ss.; NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1965, p. 62 ss. e in particolare pp. 71-78; Cass., 21 maggio 1958, n. 1706, in *Giur. agr. it.*, 1958, p. 228, ove si parla del potere dispositivo come del primo e fondamentale attributo della proprietà.

In senso contrario: BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, cit., p. 719; BARASSI, *La proprietà nel nuovo codice civile*, Milano, 1941, pp. 9-10; COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, pp. 65-68.; Salv. ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 338 ss.;

²⁶¹ Si riferisce alla capacità di agire: CHIOVENDA, *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, p. 86 ss.; fa invece riferimento alla capacità giuridica: F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, p. 327.

²⁶² ROCCA, cit., p. 432; FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 15 ss.

La soluzione circa la reale portata di una clausola testamentaria che interdica l'attività dispositiva *inter vivos* dell'istituto, sembra gravitare, in assenza di un esplicito dato normativo, intorno alla disposizione dell'art. 1379 cod. civ.

In tale articolo si rinviene, anzitutto, la chiusura, da parte del sistema, ad una possibile, incondizionata ammissibilità del divieto e, di riflesso, l'esigenza di una precisazione dei confini entro i quali l'autonomia privata può spingersi nel regolamentare il diritto di proprietà curando di non tradire quel principio di ordine pubblico relativo alla necessaria tipicità delle situazioni reali che scaturiscono dai relativi atti dispositivi; principio che non può non trovare applicazione per l'ipotesi del divieto di alienazione, andando questo ad incidere su uno degli aspetti essenziali del diritto di proprietà²⁶³.

Compete, infatti, all'autonomia privata di incidere in modo limitativo sui poteri e facoltà del *dominus* mercè la costituzione delle figure dei diritti reali predisposte dall'ordinamento, spettando, altresì, di articolare diversamente il relativo regolamento pur senza uscire dal relativo perimetro di tipicità. E', appunto, riservata alla legge la competenza a individuare gli schemi adoperati nella prassi dai privati al fine di ordinarli in chiave sistematica consegnando loro una disciplina organica.

Il regolamento privato che si discosti dallo schema tipico non rappresenta un superamento della figura legale qualora non ne si rinneghino i connotati tipici. Occorre, pertanto, saper riconoscere quali elementi siano deputati ad incarnare, proteggendola, l'identità della figura e quali, invece, siano estranei a tale funzione giacchè soltanto per i primi potrà porsi un problema di insuperabilità e di continenza dell'iniziativa privata.

Le conseguenze del volontario allontanamento dalla struttura tipica, nondimeno, vanno valutate in relazione al concreto assetto venuto alla luce, dovendosi chiedere quando e se l'oltrepassare tale confine possa significare costituire un diritto reale nuovo. Di certo, appartiene all'iniziativa privata la possibilità di trarre poteri e facoltà dalle fattispecie legali per reimpiegarli in rapporti di valore obbligatorio, restando, invece, precluso l'accesso a schemi di natura reale.

In tale contesto, l'elezione dell'art. 1379 cod. civ. a principio generale in materia di limiti alla regolamentazione privata del diritto di proprietà, chiamato, come tale, ad operare anche oltre

²⁶³ Dispone infatti l'art 832 cod. civ. che "il proprietario ha diritto di godere e *disporre* delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico".

LOJACONO, voce *Inalienabilità*, cit., p. 895 ss.; GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, cit., p. 38; BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali*, cit., p. 104; SCUTO, *Divieti legali di alienazione*, cit., p. 11 ss.; NEGRO, *Lineamenti di un trattato sull'indisponibilità giuridica*, Padova 1957, p. 3 ss., che collega, inevitabilmente, il problema di indisponibilità giuridica a quello dell'essenza del dominio trattandosi di limiti, varcati i quali, si esce dal concetto di proprietà; ID., voce *Indisponibilità giuridica*, cit., p. 605; COMPARTI, *Diritti reali*, cit., p. 216 ss.; ROCCA, *Il divieto testamentario*, cit., p. 430.

la frontiera contrattuale, comporta che ad esso si faccia riferimento per saggiare la liceità dei divieti testamentari di alienazione. Una simile estensione può giustificarsi in ragione dell'art. 1324 cod. civ. o in base all'art. 12 preleggi, ma il punto non è pacifico e rappresenta oggetto di disputa in dottrina²⁶⁴.

5. I requisiti di validità della clausola di inalienabilità. L'efficacia obbligatoria.

Mutuando dall'art. 1379 cod. civ. le condizioni acchè il divieto testamentario di alienazione possa validamente funzionare, è possibile richiamare l'esigenza di una efficacia meramente obbligatoria del vincolo, di una sua temporaneità e di un suo orientamento ad interessi meritevoli di tutela²⁶⁵.

Relativamente al primo di questi requisiti, ci si avvede come in caso di alienazione realizzata in spregio al veto, l'atto, in nome di un'efficacia *inter partes* della clausola, resti perfettamente valido nei confronti del subacquirente, ingenerando, in capo al successore che disattese il vincolo, soltanto l'obbligo del risarcimento dei danni. Nessuna dissociazione, cioè, si verifica tra la proprietà della posizione giuridica e il potere di disporre giacchè l'obbligazione priva di portata reale si pone come limitazione indipendente ed esterna rispetto a tale facoltà dispositiva.

Ove, invece, l'imposizione a non alienare fosse munita di efficacia reale, il titolare del diritto verrebbe privato del potere di disporre e l'alienazione compiuta verrebbe considerata come mai avvenuta in termini traslativi, atteso che, scopo di una simile clausola sarebbe quello di

²⁶⁴ Sotengono l'applicabilità analogica delle norme sui contratti al testamento: BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 100; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in Comm. c.c. a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 52 ss.; BIN, *La diseredazione, Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, p. 177 ss.; PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 462 ss.

Si esprimono in senso contrario: LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 37 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 35 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in Comm. cc., IV, 2, Torino, 1980, p. 38; CARRESI, *Contratti e atti unilaterali (Note critiche)*, in Studi in memoria di F. Vassalli, I, Torino, 1960, p. 270 ss.; ID., *Corso di diritto civile sul contratto*, Bologna, 1961, p. 12 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 491, il quale diffida da soluzioni unitarie dedotte da un concetto unitario di negozio giuridico e applica al testamento le norme sui contratti che risultino congrue in relazione alla struttura e alla funzione del negozio testamentario.

²⁶⁵ L'esistenza di più norme del codice civile contemplanti veti all'alienazione (artt. 1379, 965 e 716 cod. civ.) porta a guardare a simili divieti, anche di carattere testamentario, come all'espressione di una regola e a riconoscere invece solo nelle proibizioni assolute, la violazione del principio di ordine pubblico della libera circolazione. Così COMPORTI, *Divieti di disposizione e vincoli di alienazione*, in Studi in onore di P. Rescigno, Milano, 1998, p. 853; Trib. Cagliari 21 settembre 1999, in "Riv. giur. sarda", 2000, 161 ss. con nota di CHELO, *Brevi considerazioni sul divieto di alienazione imposto dal testatore*.

incidere direttamente sull'atto di trasmissione dell'acquirente privandolo della dignità di vicenda traslativa²⁶⁶.

Le ripercussioni di una tale ultima regolamentazione porterebbero, secondo alcuni, a dover riformulare il giudizio sull'identità del diritto di proprietà acquistato dall'istituto, poiché la sottrazione del potere dispositivo ne produrrebbe una profonda trasformazione²⁶⁷.

Nel caso poi in cui l'istituto muoia durante il tempo previsto per l'operatività del divieto, la dottrina si è chiesta se la relativa obbligazione possa gravare in capo ai suoi eredi realizzando così un'estensione della clausola di decadenza anche verso tutti coloro che succedono *mortis causa* all'erede del beneficiario.

Simile ricostruzione reclamerebbe un divieto di alienazione strutturato in termini di rapporto obbligatorio reale passivo tale per cui, in ogni momento della sua esistenza, l'individuazione del soggetto obbligato sarebbe realizzata mediante il riferimento al soggetto titolare del bene gravato cosicché in caso di devoluzione ereditaria, universale o particolare, opererebbe l'automatico trasferimento *mortis causa* in capo ai successivi titolari.

Per tale strada, tuttavia, si giunge a riconoscere una forma di *obligatio propter rem* a non trasmettere *inter vivos* la proprietà; obbligazione che il creditore avrebbe il potere di far valere non solo contro l'erede e il legatario, ma anche contro i loro successori, a carico dei quali, di regola, non passano le obbligazioni personali del proprio dante causa. Si riconoscerebbero, allora, gli elementi sintomatici della realtà quali l'accessorietà della posizione passiva con la titolarità del diritto reale - nel senso che la titolarità del diritto reale determina l'obbligo dell'adempimento - e l'ambulatorietà, che esprime il mutamento della persona del debitore con la trasmissione del diritto reale²⁶⁸; ciò in contrasto con l'efficacia personale che coinvolge, nel vincolo, l'obbligato e il suo successore universale²⁶⁹.

²⁶⁶ ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 98; ID., *La successione familiare suppletiva. Corso litografato di diritto civile*, Torino, 1954, p. 30 ss.; CARRESI, *Gli effetti del contratto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, pp. 496-497 il quale però con posizione in parte diversa, sottolinea come la clausola di inalienabilità ad efficacia reale inciderebbe sulla cosa rendendola indisponibile.

²⁶⁷ ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 442; il diritto, così alterato, andrebbe inserito in un'area intermedia tra la proprietà e l'usufrutto. Si differenzerebbe da quest'ultimo, a tacer d'altro, per il decisivo rilievo che, estinguendosi il divieto di alienazione per qualsiasi causa, il diritto del titolare del bene gravato si trasformerebbe in diritto di proprietà piena, in virtù del principio di elasticità del dominio; PELOSI, *La proprietà risolubile, nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 429, rilevando l'uso atecnico del termine proprietà, impiegato per indicare istituti non omogenei e non riconducibili ad una categoria unitaria, sottolinea come il fenomeno andrebbe ricondotto alla categoria dei diritti su cosa propria, costituendo solamente un aspetto non tipizzato dell'unitario concetto di proprietà.

²⁶⁸ Tale è la posizione spessa dalla prevalente dottrina. In senso critico: F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., p. 120 ss.; BIONDI, *Le servitù*, in Trattato dir. civ. e comm., diretto da Cicu e Mes-sineo, XII, Milano, 1967, p. 715 ss.;

²⁶⁹ Sulla generale differenziazione tra diritti di credito e diritti reali si vedano, tra gli altri: GROSSO, *Servitù e obbligazione «propter rem»*, in Riv. dir. comm., 1939, I, p. 213 ss.; ID., *Tipicità delle obbligazioni « propter rem »*, in Giur. compi. Cass. civ., 1951, I, p. 249 ss.; ID., *Le servitù prediali*, in Trattato dir. civ. it., diretto da F.

L'idea di un divieto di alienazione munito di efficacia reale e tradotto in un'obbligazione reale deve, però, essere respinta. Ove, infatti, sull'obbligazione fosse possibile riconoscere i connotati dell'immediatezza e dell'inerenza con la *res* tali da rendere la stessa opponibile *erga omnes*, dovrebbe concludersi per la sua ricomprensione nella categoria chiusa dei diritti reali conseguendone, così, la violazione della relativa tipicità²⁷⁰.

Impedimenti nascono anche dalla ritenuta tipicità delle obbligazioni *propter rem* che preclude la possibilità di concepire un'obbligazione vincolante per i successori a titolo particolare se non nelle ipotesi dalla legge predeterminate²⁷¹.

Ulteriore argomento contro la plausibilità di un divieto di alienazione ad efficacia reale si rinviene nell'osservazione che, in tal modo, verrebbe privilegiata l'autonomia negoziale del solo dante causa restando, invece, limitata quella dell'avente causa; l'efficacia obbligatoria, al contrario, sarebbe in grado di garantire un punto di equilibrio tutelando adeguatamente la libertà negoziale del primo senza tuttavia arrivare a mortificare quella dei suoi successori²⁷².

Ma, oltre che col principio generale della libera circolazione dei beni, una clausola reale porrebbe problemi di coerenza anche col contenuto stesso del diritto di proprietà che,

Vassalli, V, 1, Torino, 1963, p. 59 ss.; DEJANA, *In tema di « obligationes propter rem » accessorie ad un rapporto di servitù*, in Riv. dir. comm., 1952, II, p. 91 ss.; BIONDI, *Limiti legali della proprietà, servitù, oneri reali, obbligazioni propter rem in rapporto all'art. 913 codice civile*, in Foro it., 1950, I, C. 618; ID, *Servitù reciproche, servitù « in faciendo », oneri reali e obbligazioni « propter rem »*, in Giur. it., 1952, I, 1, C. 29 ss.; GIORGIANNI, voce *Diritti reali (dir. civ.)*, in Noviss. dig. it., V, Torino, 1960, p. 752 ss.; FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni « propter rem »: a proposito di una distinzione tra diritti di credito e diritti reali*, in Giust. civ., 1953, I, p. 163 ss.; DISTASO, *Diritto reale, servitù e obbligazioni « propter rem »*, Riv.trim. dir. e proc.civ., 1953, p. 437 ss.;

²⁷⁰ FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in "Riv. crit. dir. priv.", 2000, p. 439 ss.; LONGO, *Sostituzione fedecommissaria nel caso di obbligo di trasmettere cosa singola ad un terzo*, in "Giur. compl. cass. civ.", 1954, I, p. 89 ss.; COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., pp. 143 e 304 ss.; NEGRO, *I divieti convenzionali*, cit., p. 22 ss.; Diverse le posizioni di COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in Studi in onore di C. Grassetti, Milano 1980, I, p. 438 ss.; FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in "Riv. crit. dir. priv.", 2000, p. 439 ss.

²⁷¹ BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 706 ss.; TORRENTE, *Servitù ed oneri reali*, in Giur. comp. Cass. civ., 1946, I, p. 393 ss.; BALBI, *Le obbligazioni « propter rem »*, Torino, s.d., p. 163 ss.; DISTASO, *Diritto reale*, cit., p. 453 ss.; C.A. FUNAIOLI, cit.; ID., *Tipicità delle obbligazioni « propter rem »*, cit., p. 252; In giurisprudenza: Cass., 7 settembre 1978, n. 4045, in Giur. it., 1979, I, 1, c. 796 e in Foro it., 1979, I, c. 724.: "Le obbligazioni reali costituiscono figure legali tipiche, e possono, quindi, sorgere per contratto solo nei casi e col contenuto espressamente previsto dalla legge; pertanto, in tema di comunione, ove la relativa disciplina prevede solo obbligazioni di dare, non è lecito all'autonomia privata creare obbligazioni di fare vincolanti i terzi acquirenti a titolo particolare della quota di uno dei contraenti".

²⁷² LOJACONO, voce *Inalienabilità*, (clausole di), in Enc. dir., XX, Milano, 1970, p. 890; LONGO, voce *Inalienabilità*, in Nuovo Dig. It., VI, Torino 1938, p. 922; COVIELLO J., *L'obbligazione negativa*, cit., p. 117; ID., *Il divieto di alienazione*, cit., p. 392 ss.; Diverso è l'atteggiamento dell'ordinamento francese ove, tradizionalmente, vi è la tendenza al riconoscimento dell'efficacia reale delle clausole di inalienabilità confermata anche dall'art. 900-1 del *code civil* relativo agli atti a titolo gratuito.

spogliato della facoltà dispositiva, vedrebbe intaccato il suo contenuto minimo ed essenziale e, di riflesso, la sua stessa identità²⁷³.

Resta, in conclusione, possibile per i privati, come in ambito contrattuale, così in ambito testamentario, predisporre un divieto di alienazione meramente obbligatorio incapace di compromettere l'acquisto del terzo subacquirente e tale da obbligare al solo ristoro dei danni. E' proprio in ragione di tale limitata vincolatività che si pone un problema di rafforzamento del divieto avvedendosi, però, come si vedrà, che non tutti gli strumenti siano, a tal fine, adoperabili dall'autonomia privata.

6. Il limite temporale.

Ulteriore presupposto per la validità di un divieto di alienazione di fonte testamentaria è rappresentato, ai sensi dell'art. 1379 cod. civ., dalla sua necessaria temporaneità o, più precisamente, dalla sua ricomprensione in "apprezzabili limiti di tempo".

Tradizionalmente, l'ordinamento ha espresso un atteggiamento sfavorevole per la costituzione di rapporti obbligatori, di segno positivo o negativo, idonei ad astringere il debitore per lungo tempo o, addirittura, *sine die*.

Già anteriormente all'attuale codice civile, si avvertiva l'esigenza di tutelare l'integrità del diritto di proprietà evitando che questo, mediante un simile divieto, venisse mutilato di una delle sue più rilevanti manifestazioni, atteso che un'indisponibilità indeterminata, pur se ad efficacia obbligatoria, reca con sé la capacità di deformare il nucleo centrale della situazione reale²⁷⁴. Una tale, perdurante compressione, d'altronde, si poneva in contrasto con la logica

²⁷³ ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 98; ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 441; BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., p. 113 ss.; COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., p. 124 ss.; ID., *Diritti reali in generale*, cit., p. 157 ss.; ROCCA, *Il divieto testamentario*, cit., p. 441 ss. In giurisprudenza, Cass. 30 luglio 1985 n. 4530, in "Giust. civ.", 1985, I, 2015, ove si sottolinea che, pur occorrendo assicurare al proprietario la libertà di vincolarsi in favore di un terzo creditore, resta immanente la necessità d'impedire la dissociazione all'infinito della proprietà e del suo contenuto economico e ogni limitazione o filtrazione del godimento che valga a spogliare il diritto del proprietario dell'utilità economica della cosa, ed in particolare di quell'utilità che rappresenta la ragione della sua tutela giuridica.

²⁷⁴ In tali ipotesi, pur non dandosi vita ad figure reali nuove e pur non violando formalmente lo schema tipico, si creerebbero vincoli permanenti sul bene si da svuotare concretamente il contenuto essenziale. In dottrina: DI MAIO, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972, p. 206; DE SIMONE, *Il divieto negoziale di alienazione e l'art. 1341 cc.*, in *Dir. e giur.*, 1958, p. 710; In giurisprudenza, Cass., 18 gennaio 1951, n. 146, in *Mass. Foro it.*, 1951, c. 34.

di libera competizione che informa il mercato pregiudicandone la fluidità e, per questo, il suo stesso funzionamento²⁷⁵.

In dottrina, come in giurisprudenza, si riconosceva la validità del divieto di alienare quando questo avesse avuto un carattere temporaneo, in ragione del fatto che l'impiego di una simile clausola poteva realizzare un interesse giuridicamente apprezzabile ed oggi una tale affermazione risulta ancor più valida alla luce dell'art. 1379 cod. civ. che pone quale criterio fondamentale per decidere la legittimità o meno dei limiti testamentari alla disposizione dei beni lasciati all'istituto, proprio la perpetuità o la temporaneità degli stessi²⁷⁶. Di ciò vi è evidente traccia nell'atteggiamento tenuto dal legislatore, il quale, lungi dall'affidarsi ad un principio generale atto a proibire qualsiasi clausola limitativa del potere dispositivo, ha scelto di regolamentare diverse fattispecie indicando, per esse, specifiche limitazioni temporali (si pensi agli artt. 713, 965, 1260, 1379 cod. civ.).

La necessità di individuare un limite temporale, tuttavia, ha incontrato la difficoltà di predeterminare un termine fisso, giungendosi, in tal modo, alla soluzione dei "convenienti" limiti di tempo e rimettendo tale valutazione, caso per caso, al prudente arbitrio dell'autorità giudiziaria. Ne deriva che, in via eccezionale, la congruità della durata del divieto contrattuale, va accertata secondo criteri variabili, dipendenti dagli specifici aspetti che connotano il caso concreto²⁷⁷ meditando adeguatamente, in chiave comparativa, gli interessi coinvolti nella fattispecie e arrivando a giudicare non meritevole di tutela quel vincolo che tuteli in modo sbilanciato le ragioni del testatore a spese di quelle del proprietario del bene²⁷⁸.

²⁷⁵ M. GIORGIANNI, voce *Obbligazioni (dir. priv)*, in Noviss. Dig. It., XI, Torino, 1968, pp. 608-614; RESIGNO, voce *Obbligazioni, (diritto privato)*, in Enc. dir., vol. XXIX, Milano, 1979, pp. 177-178, pp. 192-193 secondo il quale il senso della temporaneità è da ricercarsi nella tutela della posizione debitoria; G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in Riv. dir. civ., 1984., p. 244; DIONISI, *Il notaio ed il « controllo di liceità » del regolamento negoziale*, in Ricerche di diritto civile, Napoli, (s.d.), p. 34; BIONDI, *Divieto di concorrenza e obbligazione « propter rem »*, nota ad App. Milano, 13 marzo 1959, in Foro pad., 1960, I, c. 741 ss.

²⁷⁶ FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 254; COVIELLO N. Jr., *L'obbligazione negativa*, Napoli 1931. I, p. 114 ss.; SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, cit., p. 125; In giurisprudenza: App. Milano 22 settembre 1917, in "Mon. trib.", 1918, 123; Trib. Frosinone 2 luglio 1925, in "Giur. It. Rep.", 1925, voce Successioni, 58; App. Milano 7 giugno 1932, *ivi*, 1933, voce cit., 246.

²⁷⁷ Non soccorrono qui i parametri indicati dal legislatore per alcune fattispecie tipiche, quale quella in materia di enfiteusi, di cui all'art 965 3 co. cod. civ., ovvero quella in materia di divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 cod. civ., o quella di cui all'art. 2596 cod. civ. relativo al patto di non concorrenza. Il problema della temporaneità non si pone, dunque, nei termini di una minore o maggiore astratta congruità di un termine rispetto ad un altro, quanto in quelli della qualità e durata del bisogno cui occorre dare risposta nel caso specifico. G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., p. 245; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, cit., p. 485; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazioni*, cit., p.614

²⁷⁸ ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 450; in termini critici: A. NATALE, *Il divieto di alienazione*, in Trattato di diritto delle successioni e donazione, dir. da G. BONILINI, Milano, 2009, p. 769; ID, *L'inapplicabilità dell'art. 1379 c.c., al divieto testamentario di alienazione*, in Fam., pers. e succ., 2007, p. 1019 ss. secondo il quale, una volta ammesso che il divieto sia valido a prescindere da un apprezzabile interesse sottostante, sarebbe contraddittorio che fosse proprio quest'interesse l'indice per la valutazione della congruità

La mancanza di un preciso ed espresso termine di legge ha stimolato la ricerca di parametri valutativi il più possibile certi, capaci di bilanciare l'ampiezza della regola di cui all'art. 1379 cod. civ. relativa alla convenienza dei limiti.

In tal senso, ci si è chiesti come atteggiarsi rispetto all'ipotesi in cui il termine sia stato ritenuto ridondante o sia stato del tutto omesso. La possibile correzione o fissazione per via giudiziaria trova consensi in dottrina riguardo al divieto disposto per atto *inter vivos*, richiamandosi, all'uopo, i dati normativi di cui agli artt. 1183, 2 comma, 1367, 1374 e 1339 cod. civ., mentre si rivela più dibattuta relativamente al testamento.

In dottrina, a supporto di una soluzione positiva si è invocato il *favor testamenti*, inteso quale espressione di una particolare premura in favore delle ultime volontà: in nome di questo non si ravvisano ostacoli a che il giudice intervenga per salvare dall'invalidità una volontà non più ripetibile dopo la morte del suo autore. D'altronde, a suffragio di una generale ammissibilità dell'intervento giudiziario in materia testamentaria, militerebbe il disposto dell'art. 645 cod. civ., che, nel caso di condizione sospensiva orfana di un termine, rimette agli interessati la libertà di delegare al giudice la fissazione del termine entro il quale la *condicio* dovrà adempersi. Sarebbe, allora, incongruente lasciare operare un simile meccanismo nei casi in cui l'inalienabilità si ricolleggi ad una modalità condizionale e precluderla, invece, quando la stessa si agganci ad un comportamento obbligatorio²⁷⁹. Va, cioè, adoperato un criterio ermeneutico elastico attraverso cui consentire il recupero della volontà testamentaria, destinata, altrimenti, alla sterilità.

Posizione critica è assunta da altra parte della dottrina la quale non manca di osservare come il ricorso all'applicazione analogica di norme dettate per la condizione sospensiva desterebbe più di una perplessità, intanto perché si profilerebbe qui, più che una condizione sospensiva, una condizione risolutiva e poi perché la retroattività degli effetti, propria al meccanismo condizionale, solleverebbe dubbi circa la validità di un divieto così veicolato²⁸⁰.

della durata (ed invero, se così fosse, ad un interesse bizzarro del imponente dovrebbe corrispondere una durata del divieto pari a zero). Inoltre, è principio consolidato quello di limitare la discrezionalità del giudice (specie in assenza di una norma che a questo lo autorizzi), nell'individuare quando un termine di inalienabilità espresso dal testatore sia congruo; d'altra parte, il ricorso all'equità in materia di integrazione del negozio di ultima volontà, non sembra ammissibile, giusta la regola di inapplicabilità posta dall'art. 1324 cod. civ.

²⁷⁹ In senso favorevole all'intervento del giudice: ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 453; PELOSI, *La proprietà risolubile*, cit., p. 302; LOJACONO, voce *Inalienabilità* cit., p. 899; ALLARA, *Principi*, cit., p. 183 ss., il quale riconosce all'art. 1183 cod. civ. una portata particolarmente ampia, tale da consentire l'intervento del giudice ogniqualvolta ciò si reda necessario per evitare un'incertezza protratta per troppo tempo circa la titolarità del diritto; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 252 ss., vede nell'art. 645 cod. civ. una specifica applicazione dell'art. 1183 cod. civ.; *contra* VASCELLARI, in *Comm. breve c.c.* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 1994, *sub art.* 695, p. 270.

²⁸⁰ A. NATALE, *Il divieto di alienazione*, in Trattato di diritto delle successioni e donazioni, cit., p. 771-772.

Altra norma indicata come possibile riferimento in tale materia è l'art. 713 3 co. cod. civ. che, in presenza di gravi circostanze e su istanza di uno o più coeredi, investe l'autorità giudiziaria, del potere di consentire che la divisione si effettui senza indugio o dopo un termine minore di quello stabilito dal testatore. In tali circostanze, infatti, il ruolo del giudice non è soltanto quello di rilevare l'eventuale incongruità del termine di indivisibilità apposto dal *de cuius*, ma anche quello di ridurlo o di rimuoverlo.

In termini generali, contro l'ammissibilità di un intervento giudiziario si esprime chi rileva l'eccezionalità delle norme che lo legittimano, di talchè, fuori di esse, il richiamo ad un simile rimedio sarebbe arbitrario e metterebbe a rischio l'autenticità delle volontà espresse²⁸¹. Tale conclusione risulta condivisibile in quanto particolarmente attenta a fornire la giusta considerazione degli aspetti più delicati dell'interpretazione testamentaria. E' infatti nota la particolare prudenza richiesta nella correzione di eventuali lacune di un tale regolamento, dovendo qui orientarsi tra la soluzione di non incidere sull'originaria costruzione voluta dal suo autore, accettando, però, il rischio di decretarne l'improduttività, o invece, intervenire in via estensiva od analogica con l'ausilio di idonei strumenti integrativi capaci, però, di assumere piena legittimità solo ove accompagnati da un'espressa indicazione legislativa o da un credibile attestato di coerenza sistematica. Fuori da queste ipotesi, invero, si attenterebbe facilmente alla fragilità del testamento, negozio destinato ad operare quando il suo autore non sarà più in vita e non potrà difenderne il reale significato che intese attribuirgli.

7. L'apprezzabilità dell'interesse sotteso.

L'attitudine del divieto di alienazione a impoverire, se non svuotare, il contenuto del diritto di proprietà, recando, così, un pregiudizio anche in termini sociali attesa la lesione di una delle espressioni della libertà personale qual è la libertà di disporre²⁸², giustifica l'attuale

²⁸¹ TOTI, *Condizione testamentaria*, cit., p. 421 ove si rileva che, una volta esclusa la possibilità di un'applicazione analogica delle norme che autorizzano il coinvolgimento del giudice, dovrebbe concludersi per la nullità di ogni *pactum de non alienando (inter vivos* o testamentario) stabilito in perpetuo o per un termine eccessivamente esteso. Simile soluzione viene giudicata quanto mai opportuna in ambito testamentario attesa l'avvenuta morte di colui che aveva unilateralmente imposto quel divieto di alienazione atteso che un intervento esterno non potrebbe che snaturare una chiara manifestazione di volontà del testatore.

²⁸² Sotto questo profilo, si potrebbe richiamare anche l'art. 17 della Carta europea dei diritti fondamentali che, in una rinnovata prospettiva individualista del diritto di proprietà, difende il diritto di ogni individuo di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarne, di disporne e di lasciarli in eredità. La formulazione dell'art. 17, unitamente all'art. 52 della Carta di Nizza, in cui specificamente si fa riferimento all'intangibilità di quel cd. "contenuto essenziale" dei diritti e delle libertà personali, danno piena ragione a chi

tenore dell'art. 1379 cod. civ., il quale, oltre ad esigere il rispetto di convenienti limiti di tempo, ne collega la validità all'esistenza di un apprezzabile interesse di una delle parti²⁸³.

E' oggetto di dibattito in dottrina se il ruolo di essenzialità assunto da tale interesse in campo contrattuale, possa rinvenirsi anche in capo al divieto testamentario di alienazione. Ciò involge, necessariamente, una preliminare ricerca sulla natura dell'interesse *de quo* che si conduce mediante il confronto con le previsioni di cui agli artt. 1174 e 1322 cod. civ.

Relativamente alla prima norma, essa dispone come la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione debba corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore; di qui, il dubbio se, data l'unilateralità del negozio testamentario, occorra anche qui considerare l'interesse del solo testatore.

Il collegamento tra le due disposizioni risulta, invero, non praticabile.

Depone in senso contrario, *in primis*, il dato testuale che, nell'art. 1379 cod. civ., riferisce la situazione di interesse ad una delle parti contraenti, mentre nell'art. 1174 cod. civ. si rifà specificamente ad una delle due, ossia al creditore del rapporto obbligatorio. Anche la natura dell'interesse si atteggia diversamente atteso che l'art. 1174 cod. civ. contempla la possibilità di un suo carattere non patrimoniale mentre l'art. 1174 cod. civ. si limita a richiederne la sola apprezzabilità²⁸⁴.

Alcune tesi ricostruttive hanno inteso connettere l'interesse in commento con l'ambito funzionale del rapporto, ossia con l'interesse realizzato dallo stesso nel negozio, ma è stato lucidamente precisato come, per questa via, si confonderebbe l'interesse negoziale con l'interesse al risultato economico della prestazione, facendo erroneamente coincidere l'interesse negoziale al divieto col vantaggio economico derivante dal comportamento imposto. Invece, ci si avvede come i titolari di tali interessi potrebbero anche non coincidere

ha da tempo sostenuto che il nucleo essenziale del diritto di proprietà è proprio il potere di disposizione del bene. TOTI, *Condizione testamentaria*, cit., p. 420.

²⁸³ L'opportunità di simili limitazione emerge anche dalla stessa Relazione al Re (n. 93) ove si legge che sarebbe stato "anche eccessivo un illimitato divieto di disporre, che praticamente avrebbe svuotato il contenuto del diritto di proprietà. Perciò si è stabilito che il divieto dev'essere ristretto entro convenienti limiti e deve rispondere ad un apprezzabile interesse di una delle parti (...) l'interesse potrà avere carattere morale o affettivo, potrà riguardare la protezione di un diritto od anche di un diritto altrui; ma in ogni caso dovrà apparire suscettibile di tutela".

²⁸⁴ LOJACONO, voce *Inalienabilità* cit., p. 898; FERRI G.B., *Ancora in tema di meritevolezza*, cit., p. 5 ss.; DI MAURO, *Condizioni illecite*, cit., p. 144, riferendosi al valore del bene, dà rilievo anche ad un interesse oggettivo; BOCCHINI, *Limiti convenzionali del potere di disposizione*, cit. p. 58 ove si precisa come l'interesse sotteso al divieto di alienazione non debba vantare soltanto i requisiti della liceità e della rilevanza giuridica, ma deve godere di una portata tale da prevalere sul principio generale per cui i privati non possono anticipatamente dismettere l'esercizio di un potere o un diritto collegato all'interesse stesso; BONILINI, *La prelazione*, cit., p. 241, secondo cui anche un interesse individuale è degno di tutela potendo tradursi in un risultato socialmente utile; Trib. Padova 29 ottobre 1951, in "Foro pad.", 1952, I, p. 727, con nota di BRANCA, Divieto di alienazione e interesse apprezzabile.

atteso che, mentre l'art. 1379 cod. civ. si riferisce all'interesse negoziale, l'art. 1174 cod. civ. rimanda, invece, al soggetto soddisfatto con la prestazione del debitore.

Con riferimento all'art. 1322 cod. civ. si rileva come ai fini della valutazione di un interesse in termini di meritevolezza, occorra non limitarsi ad accertarne la semplice rilevanza o liceità, dovendo piuttosto spingersi ad accertarne l'apprezzabilità. Tale norma, allora, pone un principio utile a tale indagine stabilendo, per l'autonomia privata, la necessità di realizzare, mediante contratto, soltanto interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico²⁸⁵. Occorrerebbe, cioè, anche alla base di un divieto testamentario di alienazione, poter distinguere un interesse qualificato, espressione di un'utilità individuale adeguatamente credibile sul piano sociale. La latitanza di questi connotati rischierebbe di rendere l'interesse soggettivo orientato a scopi meramente egoistici e capricciosi, tali da determinare uno svuotamento in termini di rilevanza giuridica della convenzione, salvo, però, voler ritenere che l'utilità individuale si risolva poi sempre in una utilità sociale, valutando quest'ultima come interesse del gruppo alla realizzazione degli scopi dei singoli che lo compongono, con il contemporaneo, mediato, risultato del benessere del gruppo²⁸⁶.

Avversione all'implicazione dell'art. 1322, 2 comma cod. civ. giunge da coloro che negano la possibilità di trapiantare nel negozio testamentario le norme contrattuali, in special modo perché ritengono tale negozio sottratto ad un esame in termini di meritevolezza, avendone già superato, in sede normativa, il relativo giudizio. Si fa spazio, così, l'idea di poter applicare al divieto testamentario di alienazione solo una parte dell'art. 1379 cod. civ. e, propriamente, le due condizioni dell'efficacia obbligatoria e della limitazione temporale, lasciando che la validità della fattispecie sia rimessa ad un controllo sulla liceità dei motivi (artt. 626, 634, e 647 cod. civ.). Tale soluzione, tuttavia, non risulta plausibile ove si ritengano non coincidenti i concetti di meritevolezza e illiceità, rispecchiando il primo, la contrarietà all'ordine pubblico, al buon costume o alle norme imperative; richiamando, il secondo, l'idoneità dello strumento adoperato a regolamentare gli interessi in modo conforme all'ordinamento

²⁸⁵ Per riferimenti all'art. 1322, 2 comma cod. civ. si vedano, tra gli altri: SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1981, p. 699; DI MAJO, *Rilevanza del termine*, cit., p. 214; BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., p. 69 ss.; GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano 1955, p. 218; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in Tratt. dir. civ. dir. da R. Sacco, vol. I, Torino, 2004, III ed., p. 692 ss.; FUNAJOLI, voce *Divieto di alienazione*, cit., p. 403 ss.; In giurisprudenza, App. Milano 29 dicembre 1970, in "Foro pad.", 1971, I, 277.

²⁸⁶ Così G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 75.

giuridico²⁸⁷. Sarà, perciò, necessario saggiare la meritevolezza dell'interesse sotteso al divieto testamentario di alienazione alla luce del solo art. 1322 cod. civ.

8. *Gli strumenti di rafforzamento del vincolo di inalienabilità. La condizione di inadempimento, la penale, la trascrizione. Limiti applicativi.*

L'efficacia meramente obbligatoria e la conseguente opponibilità *inter partes* del divieto testamentario di alienazione possono stimolare l'autonomia dei privati a cercare formule e strumenti idonei ad elevare il livello di vincolatività dello stesso.

L'ammissibilità e ampiezza di simile facoltà va valutata con riferimento al meccanismo condizionale, alla clausola penale o ancora alla prevedibilità di sanzioni - quali la nullità o l'inefficacia del lascito - per le ipotesi di violazione del veto.

Preliminarmente, è da escludere la validità di una previsione che relegghi alla nullità o all'inefficacia l'alienazione compiuta in spregio al divieto, in ragione del chiaro aggiramento che soffrirebbe il dettato della norma cui non appartiene la previsione di un'opponibilità verso i terzi.

Riguardo alla condizione, si osserva come questa, traducendosi in un'obbligazione negativa, si mostra più idonea ad assumere la natura dell'onere e non già quella del legato obbligatorio, esigendosi, altrimenti, l'individuazione di un soggetto determinato a cui favore rivolgere la prestazione. In questi termini, tuttavia, si pone un problema di armonizzazione tra il contenuto dell'art. 1379 cod. civ. e la disciplina di cui all'art. 648 cod. civ. Quest'ultima

²⁸⁷ La conclusione è condivisa dalla prevalente dottrina la quale sottolinea come il limite della meritevolezza dell'interesse perseguito (art. 1322 cod. civ.) indica una fase di controllo ulteriore e diverso rispetto a quello della liceità. Così BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 431 ss.; GAZZONI, *Atipicità del contratto*, cit., p. 69; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 53 ss.; RODOTÀ, *Le fonti dell'integrazione*, cit., p. 151; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti giuridico-economici*, Milano 1969, p. 220 ss.; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano 1981, p. 24; ID., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in "Contratto e impresa", 1987, II, p. 422 ss.; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli 1970, p. 171 ss.; ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in "Foto it.", 1971, I, p. 2377 ss.; DISTASO, *I contratti in generale*, cit., II, p. 737 ss.; MAJELLO, *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, in "Riv. dir. civ.", 1987, p. 495.

Ritengono sovrapponibili i giudizi di meritevolezza degli interessi e liceità, negando autonomia operativa all'art. 1322 cod. civ.: FERRI G.B., *Causa e tipo*, cit., p. 406 ss.; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in "Riv. dir. econun.", 1971, II, p. 81 ss.; STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova 1947, p. 29; GORLA, *Il contratto*, Milano 1954, I, p. 224 ss.; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano 1970, p. 175; SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, cit., p. 43 ss.; ID., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 261; DI MAJO, *Il controllo giudiziale sulle condizioni generali di contratto*, in "Riv. dir. comm. 1970, I, p. 211 ss.; GUARNERI, *Questioni sull'art. 1322 cc.*, in "Riv. dir. comm.", 1976, II, p. 263 ss.; ID., voce *Meritevolezza dell'interesse*, in Dig. disc. priv., sez. priv., XI, Torino 1994, p. 324 ss.; DI FRANZIA, *La causa dei contratti atipici tra giudizio di meritevolezza e autonomia negoziale: spunti per una riflessione*, in "Giur mer." I, 1990, I, p. 301 ss.;

norma, infatti, prospettando la risoluzione della disposizione *mortis causa* fatta in favore del beneficiario e consentendo di trascinare con essa l'acquisto operato dai terzi, finirebbe con l'assegnare, pur se in via indiretta, una valenza reale al divieto testamentario e ciò in spregio all'efficacia meramente obbligatoria assegnatale dal sistema.

A garantire la conservazione dell'efficacia obbligatoria di tali divieti, tutelandone così la liceità e l'utilizzabilità, soccorrono, tuttavia, gli artt. 1453 ss. e 1458 cod. civ. ove è stabilito che, pur avendo la risoluzione effetti retroattivi tra le parti, essa, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione *ex art.* 2652 cod. civ., non pregiudica i diritti acquistati dai terzi. Si giunge, così, a giudicare l'onere un valido schema con cui veicolare nel testamento il divieto di alienazione²⁸⁸.

Conclusioni diverse, invece, vanno formulate riguardo all'impiego di una condizione risolutiva ove vi sia coincidenza tra bene attribuito e bene su cui è interdetta l'alienazione (non ponendosi, invece, questione nel diverso caso in cui tale coincidenza difetti).

In tale ipotesi è possibile assicurare un evidente effetto sanzionatorio mediante la perdita dell'attribuzione in capo a colui che violò la proibizione; effetto che, come è stato osservato, si riannoda ad una vicenda traslativa relativa non al diritto di proprietà, bensì alla situazione giuridica esistente durante la pendenza della condizione, per la cui natura, il suo titolare, già soffre una limitazione al potere dispositivo²⁸⁹.

L'ammissibilità di un simile innesto viene generalmente riusata dalla dottrina per l'assorbente considerazione che, pur se in via indiretta, esso tenderebbe ad imprimere sul *pactum de non alienando* un'efficacia reale, sconfessandone il tenore meramente obbligatorio previsto in via imperativa dall'art. 1379 cod. civ.²⁹⁰. Ci si avvede facilmente, infatti, come dall'impiego di una condizione risolutiva consegua, nella pratica, che l'acquisto del bene ereditario operato dal terzo in violazione del veto debba, in forza dell'efficacia retroattiva, considerarsi avvenuto *a non domino* e, come tale, venir meno.

²⁸⁸ Cass. 10 agosto 1963 n. 2278, in "Giur. It.", 1996, I, 1, p. 1055

²⁸⁹ ROCCA, *Il divieto testamentario*, cit. p. 471.

²⁹⁰ RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 622; E. MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, cit., p. 289 nota 46; LOJACONO, voce *Inalienabilità*, cit. p. 898; DUSI, *La revocabilità dei diritti subbiettivi patrimoniali*, cit., pp. 127-128; SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, II, Napoli, 1959, p. 344; E. SCUTO, *I divieti legali d'alienazione*, cit., pp. 92-93; BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali*, cit. pp. 172-173; In senso critico: PIRAS, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, cit., pp. 42-43; M. LONGO, voce *Inalienabilità*, cit., p. 924; NEGRO, *I divieti convenzionali e testamentari di disporre*, cit., pp. 25 e 37; ID., *Degli effetti sostanziali dell'indisponibilità processuale*, cit., pp. 104-105; L. COVIELLO iun., *Il divieto negoziale di alienazione*, cit., pp. 397-398; PIRAS, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, cit., pp. 42-43; Considera valida una clausola testamentaria di decadenza che, nell'ipotesi dell'estinzione della vicenda successoria per violazione del divieto, preveda l'obbligazione per l'erede o il legatario di pagare la somma percepita come corrispettivo dell'alienazione, A. D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit. p. 164

Si profila, allora, una contrarietà della regolamentazione privata rispetto ai principi fondamentali del sistema tale da giustificare la misura della nullità in capo alla disposizione perché idonea a perseguire un risultato pratico sostanzialmente equivalente a quello vietato²⁹¹. In realtà, l'atteggiamento degli interpreti, in passato, fu prevalentemente di apertura verso l'adoperabilità di una condizione risolutiva diretta a rafforzare il funzionamento del patto di inalienabilità, argomentandosi che, attesa la liceità del comportamento dedotto nella clausola, ne sarebbe discesa la legittimità anche della previsione di decadenza e che la risoluzione dell'acquisto del terzo, in trasgressione al divieto, non si poneva tanto quale effetto diretto del divieto di alienazione (dotato, in ogni caso, di efficacia obbligatoria), quanto del meccanismo condizionale, cui compete, per espressa indicazione di legge, una capacità risolutiva *ex tunc* sul lascito ereditario (art. 638 c.c.)²⁹².

Col progredire dell'elaborazione dottrina, però, tali ricostruzioni hanno finito col perdere seguito, ritenendosi oggi ricevibile un divieto di alienazione, anche quando integrato da una condizione risolutiva, solo ove conforme ai parametri dell'art. 1379 cod. civ., quali la meritevolezza dell'interesse, i convenienti limiti di tempo e l'efficacia obbligatoria.

Merita, ora, riflettere sul trattamento da riservarsi alla clausola condizionale in commento, una volta definitane l'illiceità.

Il problema è scegliere tra l'applicazione dell'art. 634 cod. civ., in conseguenza della quale la modalità accidentale si considererebbe *tamquam non esset*, e il richiamo al meccanismo di conversione di cui all'art. 1424 cod. civ. che ne consentirebbe la sopravvivenza sotto forma di *modus*.

²⁹¹ E. MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, p. 289, il quale sottolinea come, trattandosi di materia sottratta all'autonomia privata, le clausole miranti a rendere intrasmissibile il diritto sarebbero prive di efficacia; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 317; Cass., 10 luglio 1979, n. 3969, in Riv. not. cit., p. 1242, ove l'art. 1379 c.c. viene collocato nell'ambito dell'ordine pubblico, in quanto attinente alle norme sulla rilevanza degli atti di autonomia privata.

Per una ricostruzione in chiave oggettiva del concetto di frode alla legge, vedasi i contributi di SCOGLIAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 338 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 288 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 167 ss.

Nel senso della necessità di una valutazione in termini soggettivi tesa a dare rilievo ai propositi e motivi fraudolenti, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 191; CARRARO, voce *Frode alla legge*, in Noviss. dig. it., VII, Torino, 1961, p. 647 ss.

²⁹² BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., p. 264, nota 177; COVIELLO L., *Diritto successorio*, cit., p. 316; POLACCO, *Delle successioni*, cit., I, p. 401; NEGRO, *I divieti convenzionali e testamentari di alienazione*, cit., p. 37; VITUCCI, *Clausole testamentarie*, cit., p. 669; LONGO, voce *Inalienabilità*, cit., p. 924. In senso contrario alla validità di sanzioni capaci, anche indirettamente, di attribuire efficacia reale al patto di non alienare: DUSI, *La revocabilità dei diritti subiettivi patrimoniali*, in "Riv. it. scienze, giur.", 1898, p. 258 ss., (e in Scritti giuridici, a cura di Sehlesinger, I, Torino 1956, p. 125 ss.); OSTI, *Applicazioni del concetto di sopravvenienza. La risolvibilità dei contratti per inadempimento*, Imola 1922, (ora in Scritti giuridici, I, Milano 1973, p. 427); PIRAS, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, in "Nuova riv. dir. comm.", 1947-48, p. 21 ss.

In favore della prima, più rigorosa, soluzione, sembra deporre il fatto che a determinare la nullità sia una causa di illiceità, incompatibile, come tale, col funzionamento del meccanismo di conversione²⁹³. La conclusione, nondimeno, non viene condivisa da chi rileva come a porsi *contra legem*, non sarebbe tanto lo scopo, quanto il mezzo impiegato, atteso che il medesimo intento ben potrebbe essere realizzato mediante un comportamento obbligatorio²⁹⁴. L'intervento sull'originaria disposizione determinerebbe, invero, una riformulazione del contenuto del negozio ed una trasformazione della sua originaria efficacia che da reale si convertirebbe in obbligatoria, consistendo il suo oggetto nell'impegno a non disporre della proprietà. Per l'ipotesi d'inadempimento, poi, tale obbligazione verrebbe assistita da una clausola risolutiva espressa.

Una simile operazione, dunque, non sembra porsi in contrasto col voluto testamentario, ma applica, in maniera coerente, i principi di buona fede e conservazione²⁹⁵, tanto più se si pensa come in materia testamentaria la conversione legale sia frequentemente adottata e nessun particolare limite sia richiamato per la conversione volontaria. A ciò aggiungasi l'esistenza di norme dirette a conservare il regolamento anche in contrasto con la volontà del suo autore.

Da ultimo, la plausibilità della conversione descritta sembra avallata anche alla luce dell'art. 590 cod. civ. in ragione del quale non sembrerebbe invocabile la nullità della condizione da chi accettasse una disposizione condizionale e vi desse conferma ed esecuzione volontaria²⁹⁶. Ulteriore strumento in grado di incidere sull'intensità del vincolo obbligatorio scaturente dal divieto testamentario di alienazione e, in particolare, sulle conseguenze del suo inadempimento, è la clausola penale.

L'opinione prevalente non pone ostacoli, neppure in campo testamentario, all'utilizzo di un simile arricchimento della regolamentazione negoziale²⁹⁷, atteso che, in presenza di una

²⁹³ In dottrina: AURICCHIO, *In tema di conversione del negozio illecito*, in Riv. dir. comm., 1954, II, p. 253 ss.; BIGLIAZZI-GERI, voce *Conversione dell'atto giuridico*, in Enc. Dir., VII, Milano, Giuffrè, 1970, p. 536, la quale estende questa soluzione anche all'ipotesi del motivo illecito. In giurisprudenza: Cass., 26 settembre 1964, n. 2437, in Mass. Giust. civ., 1964, p. 1138.

²⁹⁴ P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 50. L'inapplicabilità della conversione al negozio illecito non sarebbe condivisibile atteso che, nella fattispecie, l'illiceità non interessa il fine ultimo, ma solo l'effetto indiretto di natura reale. Con la conversione, anzi, si otterrebbe di far venir meno proprio il profilo della illiceità.

²⁹⁵ Si esprimono in favore dell'applicabilità dell'art. 1424 cc. in ordine al testamento: BIGLIAZZI-GERI, voce *Conversione dell'atto giuridico*, in Enc. dir., X, Milano, 1962, p. 528; ID., *Il testamento*, Milano, 1976, pp. 339-340; PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, p. 292 ss.; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 52.

²⁹⁶ Giusta la limitazione di cui all'art. 1324 cod. civ., l'art. 1424 cod. civ. non sarebbe immediatamente applicabile. Così PEREGO, *Favor legis e testamento*, cit., p. 293; ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, Torino, 1962, p. 71

²⁹⁷ G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, p. 157 ss.; CANDIAN, *La funzione sanzionatoria del testamento*, cit., *passim*; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 92 ss, il quale pur ammettendo in capo al testatore la facoltà di inserire nel regolamento delle

violazione del divieto, riuscirebbe senz'altro utile poter fidare sull'esistenza di una penale per meglio gestire l'operazione risarcitoria del danno prodotto, in specie quando, per la natura del danno (si pensi ad un pregiudizio di natura meramente morale) o per l'impossibilità di dimostrarne l'esistenza (si pensi alla mancanza di un apprezzabile interesse), non possa adeguatamente risponderci a tali esigenze.

Resta da valutare, se, nei casi in cui il divieto in commento interessi beni immobili o mobili registrati, vi sia spazio per una sua possibile trascrizione e se questa possa dirsi conciliabile col regime di efficacia obbligatoria.

In passato, invocando il principio di tassatività delle ipotesi di trascrizione²⁹⁸, si è generalmente rifiutata la configurabilità di siffatta pubblicità, considerandola inidonea a vestire di realtà una clausola che ne fosse legalmente priva.

L'introduzione dell'art. 2645-ter cod. civ. relativo alla trascrivibilità del vincolo di destinazione, però, è stata salutata quale norma con portata innovativa atteso il superamento che, attraverso essa, si realizzerebbe in capo al disposto di cui all'art. 1379 cod. civ., nella parte in cui ammette l'effetto "solo tra le parti" del divieto²⁹⁹.

La possibilità offerta ai privati di accentuare, in presenza di un'attività destinataria e in funzione delle finalità perseguite, il regime di indisponibilità dei relativi beni merco l'inserimento di una clausola di inalienabilità, consente di prospettare come, con la

disposizioni con cui esercitare una pressione psicologica sul chiamato-onerato, al fine di indurlo all'esatto adempimento delle ultime volontà, prospettando, altrimenti, uno svantaggio patrimoniale determinato, esclude la penale dal novero degli strumenti dell'autonomia testamentaria; N. VISALLI, *Clausola penale testamentaria*, in Giust. civ., 2002, II, p. 537 ss., il quale propende, peraltro, per la soluzione negativa, ritenendo che l'imposizione della clausola penale ad opera del testatore comporti la violazione della normativa di cui agli artt. 1382 ss. cod. civ., e, quindi, la nullità della clausola per violazione di norma imperativa.

Riconoscono una funzione sanzionatoria in capo alla penale: V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 154 ss.; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit. p. 157 ss. In senso critico, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., pp. 738-739, il quale si schiera contro l'utilizzabilità di una tale clausola in sede testamentaria in quanto priva della necessaria bilateralità che dovrebbe connotarla.

²⁹⁸ Alla luce dell'art. 2645 cod. civ. tale principio, è stato interpretato nel senso di ammettere la trascrizione anche di atti diversi da quelli contemplati dall'art. 2643 cod. civ., purché producano taluno degli effetti degli atti menzionati da tale norma sostituendo così al principio della tassatività degli atti quello della tassatività degli effetti ossia dei mutamenti giuridici riconnessi agli atti. L. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in Comm. c.c. a cura di Scialoja e Branca, artt. 2643-2696, Bologna-Roma, 1977, rist., pp. 27 e 171; ID, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in Studi in onore di A. Cicu, I, 1951, p. 341 ss.; NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (anno acc. 1971-1972), Milano, 1973, p. 122; GENTILE, voce *Trascrizione*, in Noviss. dig. it., XIX, Torino, 1973, p. 519; GIORGIANNI, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in Noviss. Dig. It., XI, Torino, 1968, pp. 608-614; GIACOBBE, *Ricorso al presidente del Tribunale di Firenze*, in Riv. not., 1977, III, p. 912 ss.;

In giurisprudenza: App. Napoli, 25 luglio 1963, n. 1160, cit., p. 538 ss. e Trib. Savona, 20 dicembre 1950, in Foro it., 1951, I, c. 963 ss., con nota adesiva di G. STOLFI

²⁹⁹ v. Trib. Reggio Emilia, 23 marzo 2007, ove si afferma che l'art. 2645 ter c.c., norma successiva e speciale, nel prevedere l'opponibilità ai terzi della predetta inalienabilità, ove trascritta nei registri immobiliari, scardina il disposto dell'art. 1379 c.c. "Divieto di alienazione", il quale sancisce (*rectius*, *sanciva*) che "il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti".

trascrizione dell'atto di destinazione, possa ottenersi anche il risultato di opporre ai terzi il divieto di alienazione che l'accompagna.

Orbene, stante l'ampiezza della formula di cui all'art. 2645-ter cod. civ., è accolta l'idea della piena legittimità di un vincolo testamentario di destinazione ed è pertanto possibile richiamare, anche in tale ambito, il rapporto fra detto vincolo e il divieto di alienazione³⁰⁰.

³⁰⁰ L'ammissibilità di un vincolo di destinazione di fonte testamentaria è subordinato al rispetto di alcuni requisiti. Riguardo alla forma, occorre l'impiego di quella pubblica, garantendosi, così, il filtro notarile di legalità; riguardo agli interessi perseguiti, occorre che l'atto sia non soltanto lecito, ma anche volto a realizzare un interesse meritevole di tutela, non potendosi altrimenti assicurare l'effetto della separazione e della opponibilità nei confronti dei terzi; riguardo, infine, alla durata, occorre rifarsi al termine di novantanove anni, indicato espressamente dall'art. 2645-ter cod. civ.

Per l'impiego del testamento a fini destinatori e segregativi: A. DE DONATO, *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa morte*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 47

Sezione II

2. LA CLAUSOLA *SI SINE LIBERIS DECESSERIT*

SOMMARIO: 1. La clausola *si sine liberis decesserit*. Problematiche ricostruttive e interferenze con il divieto delle sostituzioni fedecommissarie. Delimitazioni. – 2. La prevalente ricostruzione della clausola come valido strumento dell'autonomia testamentaria. – 3. Le osservazioni contrarie alla legittimità della condizione risolutiva *si sine liberis decesserit* in relazione ai suoi risultati pratici e alle ricadute sulla libertà dispositiva dell'istituto.

1. La clausola si sine liberis decesserit. Problematiche ricostruttive e interferenze con il divieto delle sostituzioni fedecommissarie. Delimitazioni.

La pratica conosce un utilizzo non infrequente della disposizione testamentaria risolutivamente condizionata alla circostanza che l'istituto muoia senza lasciare figli e contemplante la contestuale chiamata di altro soggetto subordinata sospensivamente al medesimo accadimento.

Si tratta di strumento particolarmente adoperato in passato per assicurare, sulle orme del fedecompresso di famiglia, la conservazione delle sostanze all'interno del gruppo familiare, ma che ha sempre sofferto una travagliata elaborazione interpretativa, sintomo di un non univoco atteggiamento circa il suo accoglimento.

Già nel vigore del codice del 1865, infatti, il panorama dottrinario e giurisprudenziale appariva diviso e articolato su posizioni differenti. Da un lato, vi era chi sosteneva l'autonomia di tale figura rispetto alla sostituzione fedecommissaria e, quindi, l'immunità dal regime di invalidità di quest'ultima³⁰¹; a tale conclusione si opponevano coloro che, senza

³⁰¹ BUTERA, *La condizione risolutiva nell'istituzione di erede*, in "Il Filangieri", 1904, 161; ID., *La clausola "si cum vel sine liberis decesserit" e la sostituzione fedecommissaria*, in "Foro It.", 1926, I, 522; ID., *La clausola "si heres cum liberis vel sine liberis decesserit" e la sostituzione fedecommissaria vietata*, in "Foro It.", 1929, I, 129; ID., *Il codice civile italiano. Libro delle successioni*, Milano 1940, p. 399 ss.; TERRANOVA, *La validità della clausola si sine liberis decesserit nelle disposizioni testamentarie*, in "Riv. dir. civ.", 1924, p. 521 ss. In

alcun distinguo, vi riconoscevano sempre un fedecommesso vietato orientandosi per la sua invalidità³⁰².

Posizione intermedia occupava un'ulteriore ricostruzione la quale, rinunciando a formulare una conclusione in termini assoluti, avvertiva la necessità di realizzare un'indagine sulle singole, concrete fattispecie onde valutare quando il testatore avesse adottato la condizione per raggiungere le finalità vietate del fedecommesso³⁰³.

In tale contesto, i maggiori suffragi si registrarono per l'idea di una irricevibilità della clausola, ricostruita, evidentemente, come strumento *contra legem*. Successivamente, però, pur residuando posizioni di forte dissenso, i contributi dottrinari e giurisprudenziali si orientarono, prevalentemente, verso l'ammissibilità, fino a giungere ai tempi attuali.

L'analisi del problema richiede, nelle premesse, di delimitare in modo compiuto gli spazi in cui l'autonomia testamentaria possa prudentemente servirsi del meccanismo condizionale con cui collegare l'efficacia dell'istituzione alla circostanza che, morto il chiamato, sopravvivano suoi figli, senza rischiare di incontrare la censura di cui all'art. 692 ult. co. cod. civ. Si avverte, infatti, come simile problema possa darsi esclusivamente in presenza di una clausola configurata in termini di condizione risolutiva apposta alla disposizione del primo chiamato e di condizione sospensiva collegata all'istituzione di altro chiamato.

Ciò sgombra il campo dal possibile coinvolgimento di talune, discusse fattispecie quali la clausola *si cum liberis decesserit*, attraverso cui il testatore, intendendo realizzare l'attribuzione *mortis causa* nella sola ipotesi in cui il suo beneficiario muoia lasciando a sé dei figli, ricorra ad una istituzione sospensivamente condizionata a tale sopravvivenza e contemporaneamente, contempra una seconda istituzione, a vantaggio di un ulteriore

giurisprudenza, Cass. 8 maggio 1928, in "Giur. It.", 1928, I, 1, 846; Cass. 3 marzo 1928, in "Foro It.", 1928, I, 540; Cass. 12 gennaio 1929, in "Foro It.", 1929, I, 129; Cass. 13 marzo 1932, in "Foro It.", 1932, I, 853; Cass. 16 febbraio 1942 n. 466, in "Giur. It.", 1942, I, 1, 191; Cass. 26 maggio 1946 n. 648, in "Giur. comp. cass. civ.", 1946, XXI, 198.

³⁰² Tale indirizzo si è rivelato diffusamente supportato: BREZZO, *Sostituzione fedecommissaria e condizione testamentaria risolutiva*, Torino 1892, p. 47 ss.; GALGANO, *Le sostituzioni subordinate alla clausola "si heres sine liberis decesserit" e il fedecommesso assistenziale*, in "Foro It.", 1928, I, 1059; GABBA, *La condizione risolutiva apposta alle disposizioni testamentarie.*, in "Foro It.", 1893, I, 605; ID., *Concetto della sostituzione fedecommissaria*, in "Giur. It.", 1897, I, 949; LICATA, *Sul valere della clausola si sine liberis decesserit*, in "Giur. It.", 1936, IV, p. 14 ss.; CAFIERO, *La condizione si sine liberis decesserit e il fedecommesso*, in "Foro It.", 1922, I, 652; DE RUGGIERO, *Il diritto di accrescimento nelle donazioni*, in "Corte di cass.", 1927, p. 927 ss.; In giurisprudenza, Cass. Napoli 7 maggio 1870, in "Gazz. proc.", V, 484; Cass. 9 agosto 1892, in "Giur. It.", 1892, I, 1, 934; Cass. Palermo 12 gennaio 1895, in "Gazz. proc.", V, 436; Cass. Roma 20 settembre 1902, in "Il Filangieri", 1904, 161; App. Roma 31 maggio 1927, in "Foro It.", 1927, I, 1009; Cass. 4 luglio 1928, in "Foro it.", 1928, I, 1060

³⁰³ BRUNELLI, *L'ammissibilità della sostituzione fedecommissaria nell'ambito familiare*, in "Riv. dir. matr.", 1942, p. 209 ss.; COVIELLO N., *Corso completo delle successioni*, cit., II, p. 834; FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 154; GANGI, *I legati*, cit., I, p. 204; in giurisprudenza, in tal senso, Cass. 27 aprile 1920, in "Giur. It.", 1920, 833; Cass. 4 luglio 1928, in "Foro It.", 1928, 1059.

chiamato, sospensivamente condizionata alla circostanza opposta (“Istituisco erede Tizio a condizione che questi abbia dei figli al momento della sua morte; ove ciò non accada istituisco Caio”). La portata sospensiva di siffatta *condicio*, invero, impedisce che si inneschi una duplice chiamata ereditaria e, con essa, una successione nel godimento delle sostanze attribuite, così da far svanire la possibilità di una violazione del divieto del fedecommesso. Finché non si avvera quell'evento, infatti, il primo chiamato non potrebbe, giammai, divenire erede; mentre, una volta avveratosi, egli diverrebbe erede con effetto retroattivo³⁰⁴.

La doppia chiamata verrebbe evitata anche nell'ipotesi in cui il testatore ricorra ad una condizione risolutiva *sine liberis decesserit* non agganciata ad alcun meccanismo sostitutivo e, perciò, non aperta ad altre istituzioni.

Nel senso della liceità dovrebbe concludersi anche quando la clausola, senza prevedere obbligo alcuno in capo al primo istituito, riguardo la conservazione e la restituzione dei beni, venga utilizzata al solo scopo di predisporre una seconda chiamata, alternativa alla prima, per il caso di avveramento della *condicio*³⁰⁵. Ove, invece, alla condizione risolutiva *de quo* si colleghi un condizionamento di natura sospensiva operante sulla prima istituzione, la fattispecie si fa, quanto alle concrete implicazioni, pericolosamente prossima ad una sostituzione fedecommissaria, pur avvertendosi l'esigenza di non arenarsi nel solo dato letterale, ma valutare globalmente il portato della scheda testamentaria.

2. La prevalente ricostruzione della clausola come valido strumento dell'autonomia testamentaria.

Quanto detto porta a disegnare i contorni in cui collocare il problema del superamento dei limiti di cui all'art. 692 ult. co. stante che, solo in presenza di una clausola *si sine liberis decesserit*, costruita come condizione risolutiva degli effetti dell'istituzione a favore del

³⁰⁴ AZZARITI MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 551; COVIELLO N., *Corso completo del diritto delle successioni*, cit., II, p. 831; LUMINOSO, *Clausola testamentaria “si sine liberis decesserit, condizione e termine*, Riv. dir. civ., 1970, p. 20; TALAMANCA, *Successioni*, cit., p. 299; LUMINOSO, *Clausola testamentaria “si sine liberis decesserit”, condizione e termine*, Riv. dir. civ., 1970, p. 20.

³⁰⁵ TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., p. 299; MESSINEO, *Manuale*, cit., II, p. 170; AZZARITI, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., p. 301 ss.; RICCA, voce *Fedecommesso (diritto civile)*, cit., p. 137; GALLERANI, *Delle successioni testamentarie*, Milano, 1966, p. 1870, il quale osserva come la possibilità di configurare un fedecommesso potrebbe prospettarsi tutte le volte in cui ad essere condizionata sia la sostituzione e non l'istituzione, infatti, in tali eventualità, i chiamati acquisterebbero i beni non direttamente dal testatore (ciò che scongiurerebbe l'esistenza di un ordine successivo), ma indirettamente dal primo chiamato, così come avviene nella sostituzione fedecommissaria.

primo chiamato e come condizione sospensiva operante su altra istituzione, ha senso il tentativo di indagare sulla figura per coglierne o meno i tratti di un legittimo strumento dell'autonomia testamentaria.

La posizione che, ad oggi, si rivela prevalente in dottrina e giurisprudenza, protende per la sua validità, argomentando, *in primis*, dalla diversità strutturale ed effettuale con il vero e proprio fedecomesso. Si trova, infatti, sottolineato come, in ragione della retroattività che contraddistingue la *condicio*, il soggetto istituito sotto condizione risolutiva, una volta che questa si sia avverata, è come se non fosse mai venuto alla successione, lasciando, così, che la delazione si produca in favore del solo chiamato ulteriore.

Si determina, allora, il sorgere di un'unica vocazione, in favore del secondo istituito, il quale va considerato come chiamato esclusivo fin dal momento dell'apertura della successione³⁰⁶.

L'indagine sulla validità della clausola, tuttavia, non può prescindere, secondo i sostenitori della tesi in commento, dalla valutazione dei reali intenti che animarono il testatore, ponendosi, in definitiva, una *quaestio voluntatis* tesa a smascherare il possibile occultamento di un fedecomesso vietato. Ne consegue la necessità di un controllo condotto caso per caso, atto a far emergere, soprattutto in ipotesi considerate particolarmente ambigue da dottrina e giurisprudenza, la reale portata della disposizione³⁰⁷.

306 Escludono una duplice vocazione: SOMMARIVA, *Di alcune questioni relative, ai fedecommessi nel diritto civile italiano ed in particolare del così detto fedecomesso "De residuo"*, Bologna, 1898, p. 56 ss.; CUTURI, *Dei fedecommessi e delle sostituzioni nel diritto civile italiano*, Città di Castello, 1889, p. 349 ss.; N ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, cit., p. 139; COVIELLO, *Corso completo del diritto delle successioni*, cit., p. 334; FADDA, *Pareri giuridici*, Torino, 1922, p. 15 ss.; BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 450; GANGI, *La successione testamentaria*, II, Milano, 1952, p. 288; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 386; TORRENTE, *La donazione*, nel Trattato di dir. civ. e comm. di Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 396. In giurisprudenza cfr. Cass., 13 marzo 1932, in Foro it. 1932, I, c. 853; Cass., 26 marzo 1943, n. 701; Cass. 13 giugno 1953, n. 1736, in Giust. civ., 1953, I, p. 2007; Cass., 11 dicembre 1956, n. 4410, in Rep. Giur. it., 1956, voce Successioni, n. 177; Cass. 10 luglio 1957, n. 2713, in Foro it., 1958, I, c. 62; Cass. 11 marzo 1961, n. 554, in Foro it., 1962, I, c. 351; Cass. 20 luglio 1962, n. 1955, in Giur. it., 1963, I, 1, c. 1146.

307 In tal senso si esprime oggi l'indirizzo maggioritario che ritiene, dunque, irricevibile una conclusione in termini di assoluta e incondizionata validità della clausola. Cfr. FADDA, *Pareri giuridici*, cit.; BRUNELLI, *Successioni*, in Commentario al nuovo cod. civ. di Brunelli e Zappulli, Libro delle successioni e delle donazioni, Milano, 1940, p. 394 ss.; GIANNATTASIO, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 386; BARASSI, *La successione testamentaria*, cit., p. 450; AURICCHIO, *Sul fondamento e sui limiti della sostituzione fedecommissaria*, in "Foro It.", 1954, I, 1542; CARAMAZZA, *Delle successioni*, cit., p. 261; PIRAS, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., p. 1 ss.; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., II p. 288; ID., *I legati*, cit., I, p. 204; TALAMANCA, *Successioni*, cit., p. 310 ss.; NATOLI, *Orientamenti in tema di clausola si sine liberis decesserit*, in "Giur. compi, cass. civ.", 1946, XXI, I, p. 198; AZZARITI MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 506; CASUALI-CASULLI, voce *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, cit., p. 471; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 551 ss.; ID., *La sostituzione fedecommissaria*, in Trattato di dir. priv. diretto da P. Rescigno, VI, 2, Torino 1982, p. 301 ss.; CAPOZZI, *Le successioni e le donazioni*, cit., II, p. 590; LUMINOSO, *Clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, cit., p. 19 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 134 ss.; CASULLI, voce *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, cit., p. 986 ss.; In giurisprudenza: Cass. 10 luglio 1957 n. 2743, in "Foro It.", 1958, I, 62; Cass. 11 marzo 1961 n. 554, in "Foro It.", 1962, I, 351; Cass. 16 maggio 1962 n. 1067, in "Giust. civ. Mass.", 1962, 94; e in "Giur. It.", 1963, I, 1, 1146, con nota di DE ANGELIS, *Rilievi sulla validità della clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*; Cass. 20 luglio 1962 n. 1955, in "Giur. It.", 1963, I, 1, 1146; Trib. Alessandria 8 marzo 1965, in

Meritevoli di particolare attenzione appaiono alcune fattispecie in cui sembrano sconfessati i tipici connotati del congegno condizionale. Si pensi al caso in cui il testatore abbia inteso escludere, in caso di avveramento della condizione risolutiva *si sine liberis*, la retroattività dei relativi effetti³⁰⁸. In simile eventualità, la trasmissione delle sostanze in favore del secondo chiamato richiederebbe di imporre al primo la loro conservazione, non potendo soccorrere, allo scopo, l'efficienza retroattiva grazie alla quale, al momento dell'avveramento, gli atti di disposizione dell'erede istituito verrebbero automaticamente posti nel nulla, non perchè compiuti in violazione di un divieto, ma perché ciò discenderebbe dal retroagire della modalità condizionale³⁰⁹.

In altre ipotesi potrebbero risultare elusi i requisiti della futurità ed incertezza, dovendosi acclarare se, con riferimento alla concreta situazione esistente al tempo della stesura del testamento³¹⁰, l'evento dell'esistenza o inesistenza di figli in capo al primo istituito, doveva realmente considerarsi incerto nelle percezioni del disponente. Ove, invero, costui fosse a conoscenza di fatti e contingenze tali da escludere, con ragionevole certezza, la possibilità

"Giur. agr.", 1965, 495, con nota di GOGGI, *Intorno alla clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*; Cass. 17 maggio 1969 n. 1701, in "Foro It.", 1969, I, 255, (con nota di Rovelli); Cass. 5 novembre 1973 n. 2797, in "Foro It.", 1974, I, 2771; Cass. 7 novembre 1974 n. 2632, in "Giust. civ. Mass.", 1974, 3; Cass. 10 dicembre 1974 n. 4136, ivi, 1974, 35; Trib. Napoli 3 dicembre 1975, in "Foro It. Rep.", 1976, voce *Successione ereditaria*, 79; e in "Giust. civ.", 1976, I, 1856, con nota di DI AMATO, *Sulla clausola testamentaria si sine liberis decesserit*; Cass. 10 novembre 1976 n. 4145, in "Giust. civ. Mass.", 1976, 1705; Cass. 9 dicembre 1980 n. 6365, in "Arch. civ.", 1980, 1042; Cass. 11 luglio 1980 n. 4443, in "Giur. It.", 1981, I, 1, 1874, con nota di PEREGO, *Sull'interpretazione della sostituzione e del "modus"*; Cass. 19 gennaio 1985 n. 150, cit.; Cass. 27 novembre 1990 n. 11428, in "Giust. civ.", 1991, I, 1229; Cass. 25 novembre 1992 n. 12564, cit.; Cass. 28 dicembre 1993 n. 12861, cit.

³⁰⁸ Si vedano sul punto i contributi di FADDA, *Pareri giuridici*, cit., p. 15 ss; SOMMARIVA, *Di alcune questioni relative, ai fedecommissi nel diritto civile italiano*, cit. p. 72; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., p. 288; GIANNATTASIO, op. cit., p. 386; Cass., 20 luglio 1962, n. 1955, cit.; S. PIRAS, *La sostituzione fedecommissaria*, Milano, 1952, p. 102; GIANNATTASIO, op. cit., p. 386; Cass., 20 luglio 1962, n. 1955, cit.

³⁰⁹ LUMINOSO *Clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, cit., p. 23 il quale nota come codesto criterio discriminatore assumeva speciale importanza sotto il vigore del codice civile del 1865 per la ragione che, mancando in esso una norma corrispondente a quella contenuta nell'attuale art. 646, l'istituto sotto condizione risolutiva era tenuto, in caso di avveramento, alla restituzione dei frutti percetti *pendente condicione*. Ciò spingeva gli interpreti a considerare la clausola *si sine liberis* come elusiva del divieto del fedecommissario ogni qual volta il testatore avesse dispensato il primo istituito dalla restituzione dei frutti nei confronti del secondo istituito

³¹⁰ L'esigenza di un'indagine sul contesto oggettivo e soggettivo esistente al tempo di redazione della scheda testamentaria si ritrova diffusamente nei contributi giurisprudenziali. Si veda, tra gli altri, sotto il vigore del codice previgente: Cass. 13 marzo 1932, in *Giur. it.*, 1932, I, 1, c. 502 nonché, in dottrina, N. COVIELLO, op. cit., p. 834 ss.; Cass., 4 luglio 1928, in *Foro it.*, 1928, I, e. 1059; Sotto il nuovo codice: Cass. 26 marzo 1943, n. 701, in *Foro it.*, 1943, I, c. 643; Cass. 11 dicembre 1956, n. 4410, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce « Sostituzioni », n. 8 Cass., 23 novembre 1960, n. 3127, in *Rep. Giur. it.*, voce « Successione », n. 26; Cass., 11 marzo 1961, n. 554, in *Foro it.*, 1962, I, c. 351; Cass., 20 luglio 1962, n. 1955; Cass. 5 novembre 1973 n. 2874, cit.; Cass. 11 luglio 1980 n. 4443, cit.; Cass. 17 maggio 1984 n. 3049, in "Foro It. Rep.", 1984, voce *Successione ereditaria*, 48; Cass. 19 gennaio 1985 n. 150; Cass. 27 novembre 1990 n. 11428, in "Foro It.", 1991, I, 472 ove si legge: "la clausola testamentaria "si sine liberis decesserit" non implica di per sè una sostituzione fideicommissaria, dovendosi accertare caso per caso, sulla base della volontà del testatore e delle particolari circostanze e modalità della disposizione, se essa sia stata impiegata per mascherare una sostituzione fedecommissaria ovvero se essa abbia avuto la funzione di una vera e propria condizione, con tutti i caratteri che le sono propri, ivi compresa l'efficacia retroattiva, funzionante risolutivamente, rispetto all'acquisto del primo istituito".

del primo chiamato ora alla procreazione naturale (ad esempio per impedimenti e anomalie fisiche), ora alla filiazione civile mediante adozione³¹¹, ora, infine, al riconoscimento di figli naturali, occorrerebbe concludere per la sicura integrazione di una sostituzione fedecommissaria, atteso il profilarsi di una condizione orfana dell'incertezza e coincidente, perciò, con il termine certo della morte del primo chiamato³¹².

Il preciso riferimento alla redazione testamentaria quale momento al quale riferire la consapevolezza del testatore circa il sicuro avveramento o inavveramento della condizione, esige di correlare tale valutazione ai risultati raggiunti in campo medico e scientifico atteso che, relativamente alla filiazione naturale, ragguardevoli sono stati i passi compiuti e tali da far scorgere speranze di procreazione laddove in passato, anche per le meno evolute condizioni di vita, non era dato ravvisarne. Ne consegue, che quanto può apparire certo agli occhi del testatore, non corrisponda poi al dato oggettivo della realtà, ma, d'altronde, per giungere a conclusioni più attendibili e smascherare eventuali illeciti intenti del *de cuius* di servirsi di una sostituzione fedecommissaria, potranno rendersi necessari uno o più accertamenti idonei, per gli ambiti su cui incidono (si pensi a quelli che accertino l'attitudine del soggetto alla procreazione), a violare la libertà personale del soggetto sottoposti³¹³.

3. Le condivisibili osservazioni contrarie alla legittimità della condizione risolutiva si sine liberis decesserit, in relazione ai suoi risultati pratici e alle ricadute sulla libertà dispositiva e procreativa dell'istituto.

³¹¹ L'adozione può figurarsi come adozione legittimante o come adozione di soggetti maggiorenni. Il suo coinvolgimento incide in modo rilevante sulla portata della *condicio*, rendendola meno invasiva e restrittiva. Ove, dunque, non sia intenzione del testatore attribuirle rilevanza, sarà evidentemente opportuna tale specificazione.

³¹² In simili casi la fattispecie è ricostruita nei termini della frode alla legge. Così, TORRENTE, *La donazione* cit., p. 396; In giurisprudenza, Cass. 23 marzo 1943. n. 701. in Foro it. 1943, I, c. 643; Cass. 11 marzo 1961 n. 554 in Foro it., 1962, I. c. 351; Cass. 17 maggio 1969, n. 1701. *Contra*, TALAMANCA, *Successione testamentaria*, cit., p. 305; LUMINOSO, *Clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, cit., p. 24 per il quale si è piuttosto sul terreno dell'onere *contra legem*, ovvero della violazione diretta del divieto posto dall'art. 692 e non su quello dell'agere in *fraudem legis*, giacché la disposizione testamentaria, qualificata in ragione del suo reale contenuto, realizza appieno, nella struttura e negli effetti, una sostituzione fedecommissaria vietata.

³¹³ In giurisprudenza, Cass. 20 luglio 1962 n. 1955, cit.; Cass. 17 maggio 1969 n. 1701; con riferimento alla tutela del diritto alla riservatezza e ai suoi rapporti con le esigenze del procedimento giudiziario: Cass. 4 aprile 1998 n. 3486, in "Giust. civ. Mass.", 1998, 728; Cass. 7 novembre 2001 n. 13766, in Giust. civ., 2002, p. 1929; . In dottrina: DI MAURO, *La clausola si sine liberis decesserit*, cit., p. 1231; BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, cit. p. 134; TOTI, *La condizione testamentaria*, cit. p. 473, ove si osserva come i suddetti accertamenti, non costituiscono una prerogativa della condizione in commento essendo necessariamente richiesti in molte altre occasioni, soprattutto in materia di filiazione come, ad esempio, a proposito delle azioni di cui all'art. 269 cod. civ.

Il vaglio della figura conduce, a ben vedere, come denuncia altro orientamento, a disapprovare la legittimità del suo impiego, sulla base della considerazione che, dal punto di vista sostanziale, il meccanismo condizionale ad essa sotteso e così come qui articolato, sembra promuovere fattispecie assimilabili a quelle generate da una sostituzione fedecommissaria³¹⁴.

Già sotto il vigore del codice del 1865 si rilevava come la previsione di una condizione risolutiva di morire senza figli, si traducesse, per l'istituito, nella necessità di conservare e restituire, per tutta la sua vita, le sostanze pervenutegli. Con l'avverarsi dell'evento condizionante, infatti, gli atti dispositivi nel frattempo realizzati, sarebbero stati destinati a venir meno e l'effetto pratico emergente si sarebbe palesato, come per il fedecommesso, nella restrizione dell'autonomia dispositiva e patrimoniale del delato, con evidenti riflessi sulla più generale libertà dei traffici commerciali.

Successivamente, con il passaggio al codice del 1942, una parte dei contributi dottrinari ha continuato ad orientarsi verso la censura della clausola *si sine liberis decesserit*³¹⁵, seguitando a predicarne la disarmonia con i principi generali del sistema successorio, attesa l'attitudine ad inibire, per tutta la vita dell'istituito, la libera alienazione dei beni attribuitigli. Pur riconoscendosi, infatti, rispetto al fedecommesso, una diversità strutturale, parificabili

³¹⁴ Meno recentemente, nel senso di una completa assimilabilità tra la condizione in commento e la sostituzione fedecommissaria, attesa l'esistenza dei comuni caratteri della duplice liberalità in ordine successivo, dell'incarico di non disporre dei beni, di conservarli e di trasmetterli, si veda: Cass. Roma 9 agosto 1892, in *Giur. it.*, 1892, I, 1, c. 931; Cass. Roma, 23 settembre 1902, in *La legge*, 1902, II, p. 683; In posizione critica, però, RICCA, voce « *Fedecommesso [dir. civ.]* » in *Enr. dir.* XVII, s. a., ma Milano, 1968, p. 137; COSATTINI, voce *Sostituzione fedecommissaria*, cit. p. 647; CARNELUTTI, *Intorno alla clausola si sine liberis decesserit*, in *Foro it.*, 1958, IV, c. 113; DE ANGELIS, *Rilievi sulla validità della clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, cit., cc. 1147, 1151 e nota 10, ove non si manca di sottolineare le evidenti differenze tra un duplice condizionamento dell'istituzione (risolutivo e sospensivo), munito di efficacia retroattiva ed una sostituzione fedecommissaria.

³¹⁵ Nella vigenza dell'abrogato codice, si segnalano gli scritti di DE RUGGIERO, *Istituz. di dir. civ.*, III, Messina-Milano, s. d., pp. 672-673 e nota 1; MORTARA, *Poche parole sulla clausola "si sine liberis decesserit"*, in *Giur. it.*, 1932, I, 1, c. 503 ss.; DEGNI, *La successione a causa di morte*, II, 2, Padova, 1934, pp. 108-109. Col sopraggiungere del codice civile del 1942, l'invalidità della condizione *de qua* fu sostenuta da CICU, *Il testamento*, cit., p. 224; MESSINEO, *Manuale*, cit., III, p. 123; MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano-Messina 1961, p. 515; FERRARI, *Sulla invalidità della clausola "si sine liberis decesserit"*, in "Calabria giur.", 1954, 531; COSATTINI, voce *Sostituzione fedecommissaria*, cit., p. 647; CARNELUTTI, *Intorno alla clausola testamentaria*, cit., p. 113; DEGNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., II, p. 101; più di recente, RICCA, voce *Fedecommesso*, cit., p. 45; MORETTI, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., p. 443; BENEDETTI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 888, il quale mette in luce come, a seguito della riforma del diritto di famiglia la clausola *si sine liberis decesserit* possa concepirsi solo negli stretti e inderogabili limiti del fedecommesso assistenziale, divenendo, invece, inadoperabile, anche indirettamente, quando non orientata alla tutela di soggetti incapaci; SANTARSIERE, *I due volti della sostituzione si sine liberis decesserit*, in "Arch. giur.", 1988, II, p. 1023 ss., ove si ravvisa l'incompatibilità della duplice vocazione, in ordine successivo, col predicato della irreversibilità dello *status* di erede di cui al principio *semel heres semper heres*. In giurisprudenza: App. Firenze. 18 novembre 1952 in *Giur. tosc.* 1953, p. 26 ss. in cui si parla di nullità riguardo ad una condizione risolutiva il cui verificarsi coincida con la morte del primo chiamato.

sarebbero, invece, le concrete conseguenze sul piano giuridico così da configurarsi un aggiramento dell'art. 692 3 co. cod. civ. e degli argini che tale norma si preoccupa di porre all'autonomia del testatore. Ne discenderebbe una valutazione in termini di illiceità della clausola per contrarietà a norme imperative e inderogabili, immeritevole, come tale, di tutela giuridica.

L'incidenza di una clausola condizionale risolutiva *si sine liberis decesserit*, invero, si manifesterebbe in modo severo e invasivo sia sul potere dispositivo *inter vivos* dell'istituto, sia su quello *mortis causa*.

Nella prima direzione, può infatti osservarsi come il riferimento al *die mortis* per decidere dell'avveramento o meno della *condicio*, recherebbe con sé rilevanti conseguenze circa il concreto atteggiarsi della retroattività. Mentre, in genere, una volta realizzatasi la condizione risolutiva, i suoi effetti retroagiscono alla data di apertura della successione così da travolgere tutti gli acquisti nel frattempo compiuti dai terzi nei confronti dell'istituto, giacché quest'ultimo si considera non essere mai stato erede, con la clausola in commento, invece, la portata inibitoria sulle facoltà dominicali³¹⁶ del successore opererebbe per tutto l'arco della sua vita ossia per un tempo indefinito, sottraendogli, così, la possibilità di realizzare efficacemente gli atti dispositivi sui beni lasciategli. Ciò al fine di garantirne, di fatto, la conservazione. Si tratterà, allora, di una retroattività solo astratta, incapace di operare sul piano concreto³¹⁷.

Riguardo alla libertà del primo istituito di imprimere alle sostanze pervenutegli una sistemazione *post mortem*, poi, può coerentemente dedursi come anche qui la previsione di una clausola *si sine liberis decesserit* si traduca in uno svuotamento della sua capacità dispositiva. Il testatore, invero, ha già provveduto a programmare la futura destinazione a vantaggio di un secondo beneficiario, la cui scelta, venendo da lui decisa in via anticipata ed abusiva, viene evidentemente sottratta alle normali logiche e tempistiche di una valida successione *ex testamento* o *ex lege*. Si coglie, allora, in tale aspetto, quell'attività restitutoria che, saldandosi alla quella conservativa, connota in modo saliente la figura della sostituzione

³¹⁶ Più che di un obbligo di conservazione dei beni ereditari, potrebbe parlarsi di un'impossibilità ad alienarli. La precarietà del diritto vantato dal primo istituito, d'altronde, solleciterebbe in capo ai terzi acquirenti un preventivo accertamento circa l'effettiva titolarità dei diritti in capo al soggetto istituito. Cfr. CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1071.

³¹⁷ TOTI, *La condizione testamentaria*, cit., p. 474; DE ANGELIS, *Rilievi sulla validità della clausola*, cit., p. 1147; Cass. 11 marzo 1961 n. 554, in "Foro It.", 1962,1, p. 351.

fedecommissaria richiamandone un indiretto funzionamento anche nelle circostanze in commento³¹⁸.

La presente ricostruzione trova conforto, altresì, nell'attuale tenore dell'art. 646 cod. civ. dal quale risultano indubbiamente ridimensionate le conseguenze logicamente riferibili all'efficacia retroattiva del meccanismo condizionale. La norma concede, infatti, all'istituto sotto condizione risolutiva, di conservare i frutti separati o maturati fino all'avverarsi della condizione svilendo, se non eliminando, uno dei tratti identificativi più salienti della modalità condizionale e finendo per avvicinare, *ictu oculi*, la posizione del primo istituito a quella di un istituito fedecommissario³¹⁹.

Gli aspetti valutati non esauriscono, però, gli argomenti contrari alla liceità della clausola in commento. Occorre, invero, evidenziare come dal suo impiego possano scaturire pericolose minacce anche ad ulteriori libertà dell'individuo e precisamente a quella sessuale, in cui si inserisce la libertà di autodeterminarsi alla maternità o paternità naturale e/o adottiva. Si tratta di un diritto inviolabile della persona in quanto ricadente nella più generale libertà fisica, costituzionalmente tutelata dall'art. 13 della carta costituzionale e sottratta quindi alla disponibilità dei privati³²⁰.

Ancora una volta la vocazione ereditaria potrebbe essere piegata alla logica dello scambio mettendo il delato dinanzi all'alternativa se fare propri i beni destinatigli, ma a condizione di veder compromessa la propria libertà a decidere della procreazione o, al contrario, rinunziarvi e conservare tale autonomia.

Ci si avvede, in tali casi, come il fenomeno successorio si accompagni ad un'immorale, indiretta costrizione di una fondamentale libertà personale che non potrebbe certo trovare

318 D'ORAZI, *La clausola "si sine liberis decesserit" e il fedecommesso nel vecchio e nel nuovo codice*, in "Nuovo dir.", 1940, p. 1 ss.; CARNELUTTI, *Intorno alla clausola testamentaria si sine liberis decesserit*, cit., p. 123 ss.; LONGO, *Sostituzione fedecommissaria nel caso di obbligo di trasmettere una cosa singola*, cit., p. 90 ss.

³¹⁹ In virtù dell'art. 646, seconda parte, prospettano una sostanziale parificazione della condizione risolutiva retroattiva con quella irretroattiva: TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit. p. 312 ss.; FALZEA, *La condizione*, cit., p. 238; CICU, *Il testamento*, cit., p. 22. Giova notare come all'epoca in cui vigeva il codice del 1865, mancando disposizioni analoghe agli attuali artt. 646 e 1361 cpv. cod. civ., la dottrina prevalente era orientata, in presenza di una condizione testamentaria risolutiva, ad imporre nei confronti degli eredi o legatari, salva diversa volontà del disponente, la restituzione dei frutti percetti: cfr. LOSANA, voce *Delle successioni testamentarie*, cit., n. 737, p. 300; N. COVIELLO, *Successioni*, cit., p. 701, pp. 746-748; POLACCO, *Delle successioni*, cit., p. 393; GANGI, *I legati*, cit., I, pp. 230-232; COSATTINI, voce *Sostituzione fedecommissaria*, cit., p. 647; DEGNI, voce, «*Successione testamentaria*», nel Nuovo Digesto it., XII, 1, Torino, 1940, p. 1106; Cass., 13 marzo 1932. in Giur. it., 1932, I, 1, c. 502. In senso contrario, BARASSI, *La successione testamentaria*, Milano, 1936, p. 341, che coglieva nell'attribuzione dei frutti all'istituto sotto condizione risolutiva un modo per ricompensarlo dagli oneri della gestione economica su di esso gravanti; in tal senso anche la prevalente giurisprudenza: Cass. 4 dicembre 1930. in Giur. it. 1931, I, 1, c. 88; Cass., 9 maggio 1935, in Giur. it., 1935, I, 1, c. 704.

³²⁰ Si veda, su questi aspetti, la pronuncia della Corte costituzionale 18 dicembre 1987 n. 561, in Foro It., 1989, I, 2113, con nota di MANUELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*.

giustificazione nell'intento del *de cuius* di veder continuata la propria stirpe. Simile aspirazione, invero, seppur pacificamente ricevibile come comprensibile motivazione personale del disponente, cesserebbe di doversi tutelare ove vi corrisponda il sacrificio di un valore intangibile e insuperabile.

Dalla condanna della clausola dovrebbe invece desistersi nel caso in cui la condizione venga predisposta come casuale, priva, cioè, di riferimenti al volontario comportamento del soggetto. Allo stesso modo potrebbe concludersi nel caso di riferimento alla sola sopravvivenza di figli già nati.

D'altronde, la ricostruzione della libertà di procreazione alla stregua di una libertà dispositiva del proprio corpo, senza riportarla nello schema dell'integrità fisica o del diritto alla salute, troverebbe riconoscimento nell'art. 5 cod. civ. e si valuterebbe, quando conformata alla dignità della persona umana, quale espressione di quella libertà personale, consacrata nel testo costituzionale dagli artt. 2 e 13³²¹.

Il panorama normativo disvela l'esistenza di diversi dati idonei a rappresentare come il legislatore contempi e tuteli la libertà di procreazione dell'individuo, non solo nella sua forma positiva di scelta consapevole alla maternità o paternità, ma anche come rinuncia a tale prospettiva³²². Si indica, in questo senso, la legge 22 maggio 1978 n. 194, relativa all'interruzione volontaria della gravidanza che, nell'art. 1, qualifica come cosciente e responsabile la procreazione che lo Stato si impegna a garantire³²³, nonché la legge 14 aprile 1982 n. 164 in tema di rettificazione di attribuzione di sesso, ove, lasciando all'individuo di scegliere in merito alla propria identità sessuale, indirettamente tutela le conseguenze che a

³²¹ ALPA, *La responsabilità civile*, Milano 1999, p. 362 ss.; ROMBOLI, *La "relatività" dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in "Pol. dir.", 1991, p. 568 ss.; ID, *Persone fisiche*, in Comm, cod. civ. a cura Scialoja e Branca, sub art. 5 cc, Bologna-Roma 1988, p. 234 ss.; ID., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in "Foro It.", 1991, p. 17 ss.; SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano 1984, passim; BALDINI, *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in "Dir. fam. e pers.", 1998,1, p. 343 ss.; FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova 1990, p. 308. In giurisprudenza: Trib. Venezia 10 settembre 2002, in "Dir. e giur.", 2002, p. 61.

³²² La stessa terminologia adottata nei testi normativi esalta il ruolo preponderante della volontà libera e consapevole dell'individuo. Si parla ora di "procreazione cosciente e responsabile" (art. 1 della legge n. 194/1978), ora di "programmazione della procreazione", ora ancora di "libertà di autodeterminarsi alla procreazione della gravidanza" o di "pianificazione della propria vita familiare". TOTI, *La condizione testamentaria*, cit., p. 480.

³²³ La tutela alla libertà di determinarsi negativamente riguardo alla procreazione trova, sempre nella legge n. 194/1978, oltre che nell'art. 13 Cost., un ulteriore supporto. L'accoglimento, qui ricavabile, di un fine contraccettivo, rincorso mediante l'estrema scelta della sterilizzazione volontaria, fa emergere la libertà a disporre del proprio corpo e quindi, della propria sessualità e capacità riproduttiva, in vista di un'esperienza di vita più conforme alle proprie aspirazioni, ma, evidentemente, non del tutto responsabile e naturale.

simile scelta possono riannodarsi quali, tra le altre, l'ampliamento o la restrizione delle *chances* di procreare³²⁴.

Quanto detto consegna alla volontà libera e cosciente della persona il ruolo di spartiacque tra una forma riprovevole ed inaccettabile di disposizione del proprio corpo ed una lecita ed appropriata. Ogni affrancamento da essa, cioè, finirebbe con l'assumere i tratti di un'abusiva intrusione nell'autonomia decisionale altrui alterandone l'autenticità e vanificando il principio per cui quanto appartiene alla sfera intima e personale dell'individuo promani da un percorso decisionale interiore e incondizionato. Quando, invece, ciò non accada, perché, mercè l'impiego di una condizione *si sine liberis decesserit*, si sia voluto alterare questo procedimento facendo sfociare il regolamento testamentario in un risultato contrario alla legge, occorrerà valutare l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 634 e 626 cod. civ. così da svelare il reale ruolo assunto dalla modalità condizionale rispetto all'intera disposizione e decidere in ordine alla sua sola soppressione o a quella dell'intera disposizione. Le strade che conducono a decidere per l'irricevibilità della clausola in discorso appaiono, dunque, più di una, ma sembra opportuno considerare, prima di ogni altra cosa, come dall'art. 692 ult. co. cod. civ. emerge chiaramente l'intento del legislatore di evitare che il testatore, eccettuate le ipotesi del fedecommesso assistenziale, usi della propria autonomia per regolare il transito delle sostanze in modo analogo a quanto accade con la sostituzione fedecommissaria. Ebbene, ragionando sul fatto che il condizionamento di cui alla clausola *si sine liberis decesserit* si presenta spogliato dei requisiti della certezza e della retroattività e si collega sempre ad un meccanismo sostitutivo, risulta possibile, ai fini della dichiarazione di illiceità, fermarsi su di un piano d'indagine meramente oggettivo per constatare, aldilà dei contegni soggettivi e motivazionali di chi dispone, la sostanziale corrispondenza tra le fattispecie qui rinvenibili e quelle vietate dalla legge.

³²⁴ La libertà a disporre della propria sessualità si ritrova ricostruita dalla Corte cost. (18 dicembre 1987 n. 561, in "Foro It.", 1989, I, 2113) nei termini di un diritto soggettivo costituzionalmente protetto e collocabile tra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.

Sezione III

PRELAZIONE TESTAMENTARIA, DIVIETO DI COSTITUZIONE DI IPOTECA E DI IMPUGNAZIONE DEL TESTAMENTO

SOMMARIO: 1. Diritto testamentario di prelazione. – 2. Il divieto di costituire ipoteca. – 3. Divieto di impugnazione del testamento e diritto alla tutela giudiziale.

1. Diritto testamentario di prelazione.

L'incidenza della volontà testamentaria sulla libertà dispositiva *inter vivos* del chiamato può esprimersi anche tramite l'imposizione dell'obbligo ad accordare preferenza nei confronti di soggetti determinati su future ed eventuali negoziazioni³²⁵. Il testatore, cioè, impone al successore, erede o legatario, per il caso in cui vorrà disporre, a vario titolo, di uno o più beni, di preferire, a parità di condizioni, la persona designata rispetto a qualsivoglia altro soggetto³²⁶.

³²⁵ Illecite sono state considerate altre forme di limitazione dell'autonomia del chiamato, quali la condizione di alienare esclusivamente ad un soggetto determinato - salva la possibilità di riconoscervi una prelazione - che di fatto inibirebbe ogni altra alienazione (in tal senso D'AVANZO, *Delle successioni*, Novissimo Dig. It., Torino, IV, p. 533) o il divieto di contrarre con soggetti differenti da quelli designati, che celerebbe un vero e proprio divieto di alienazione.

³²⁶ CICU, *Successioni*, cit., p. 376; BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., p. 223 ss.; ID, *La prelazione volontaria*, Milano 1984. p. 98 ss.; M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, p. 139; ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 424 ss.; A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 106; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 609; C. SARASSO, *Lineamenti del patto di prelazione*, Milano, s. d., ma 1968, p. 18, nota 10-bis; G. CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., p. 225; CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p. 188; OGGIONI, *La successione dell'erede nel patto di prelazione*, in *Studi in onore di E. Elda*, III, Milano 1957, p. 59; DI MAURO, *Condizioni illecite*, cit., p. 149; L. PONTI-P. PANELLA, *La "preferenza" nel diritto societario e successorio*, Milano, s. d., ma 2003, spec. p. 236 ss.; SCHUERMANS, *Considerazioni sul patto di prelazione nel diritto italiano*, in "Riv. dir. civ.", 1966, II, p. 620 ss.;
In giurisprudenza, si vedano: App. Napoli, 25 luglio 1963, in *Dir. e giur.*, 1964, p. 538 ss., con nota di M. VIGNALE, *Su un particolare caso di risoluzione di disposizione testamentaria*; Cass., 8 febbraio 1986, n. 802, con commento di G. MIRABELLI-G. SCANZANO, *Testamento — Clausola limitativa delle nozze — Clausola attributiva di prelazione nella vendita di bene ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 479 s. ove si legge che "L'Onere per gli eredi, in caso di vendita di uno specifico bene compreso nella massa ereditaria di trasferire lo stesso a un determinato soggetto indicato dal testatore, non contrasta con i principi dell'ordine pubblico, nè con alcuna norma di legge riguardante i poteri di disposizione del testatore, nè in ispecie con il divieto pattizio di alienazione a norma dell'art. 1379 cod. civ., e comporta la Costituzione in favore del designato, di un diritto di prelazione azionabile - in caso d'inosservanza - a termini dell'art. 648 cod. civ".

Il diritto ad essere preferito, invero, così come l'obbligo dell'onerato ad accordare la preferenza, non sono immediati ed attuali, giacchè acquistano effettiva operatività solo se e quando l'onerato, rimasto libero di non negoziare, si risolve a farlo.

Nessuna pretesa alla conclusione del negozio, dunque, potrà essere affacciata e ciò contrariamente a quanto avverrebbe con un legato di contratto cui compete la peculiarità di conferire al suo titolare un diritto alla stipulazione. Si coglie, allora, come lo *ius praelationis* non elida il potere dispositivo in capo al *dominus*, ma ne condizioni solamente il suo esercizio nei termini di una restrizione della libertà in sede di scelta della controparte³²⁷.

Tale attitudine legittima il richiamo all'art. 1379 cod. civ., intendendo estendere, anche qui, i presupposti di ammissibilità della norma onde chiarire in quali limiti la figura possa dirsi validamente utilizzabile. In tal senso, infatti, non soccorrerebbero le norme dettate per le diverse figure di prelazione legale, del tutto diversi presentandosi i profili regolamentativi e neppure potrebbe soccorrere l'art. 1566 cod. civ. relativo alla prelazione convenzionale, ma dedicato in modo specifico al contratto di somministrazione.

Orbene, in aderenza a quanto disposto nell'art. 1379 cod. civ., anche la prelazione testamentaria dovrà rispondere ad interessi meritevoli di tutela e sottoporsi, perciò, al controllo di cui all'art. 1322 cod. civ.³²⁸; godrà, inoltre, di un'efficacia meramente obbligatoria e nessuna pretesa conseguente alla violazione della preferenza, il prelazionario deluso potrà avanzare verso chi ne era obbligato, se non il risarcimento danni³²⁹; dovrà,

327 SANTORO PASARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in "Riv. trim. dir. e proc. civ.", 1981, p. 697 ss.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., I, p. 728 ss.; CARNELUTTI, *Appunti sul diritto di prelazione*, in "Riv. dir. comm.", 1921, II, p. 56 ss.; BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, cit., p. 178; CATRICALA', *Funzioni e tecniche della prelazione convenzionale*, in "Riv. dir. civ.", 1978, II, p. 546; ID., voce *Patto di preferenza*, in Enc. del dir., XXXII, Milano 1982, p. 511 ss.; MARICONDA, *Vincoli alla proprietà e termini di durata*, in "Corr. giur.", 1987, p. 958 ss.

³²⁸ Richiama, invece, gli artt. 626 e 645 cod. civ., BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 92; ID., *La prelazione testamentaria*, cit., p. 249 ss.

³²⁹ Come visto per il divieto di alienazione, neanche qui l'eventuale trascrizione del vincolo sarebbe in grado di rivestirlo di efficacia reale rendendolo opponibile ai terzi ed inficiando la validità del negozio di trasferimento a loro favore. D'altronde, non sarebbe pensabile di estendere la disciplina di cui all'art. 732 cod. civ., trattandosi di disposizione eccezionale, intollerante a fenomeni di applicazione analogica. VETTORI, *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, Milano 1988, p. 186 ss.; App. Napoli 25 luglio 1963, in "Dir e giur.", 1964, 538; Cass. 13 maggio 1982 n. 3009, in "Giust. civ.", 1982, I, 3085, con nota di PEREGO, *Effetto verso i terzi e durata del patto di prelazione: l'eventuale trascrizione del patto di prelazione - costituente un contratto preliminare unilaterale di compravendita, con il duplice obbligo, a carico del promittente, della denuntiatio al promissario del proposito di addivenire alla vendita e di astenersi dalla relativa stipula con soggetti diversi dal promissario stesso senza averlo informato o, avendolo informato, senza attenderne la risposta nel termine all'uopo stabilito - nulla aggiunge alla sua ordinaria efficacia obbligatoria e non può, quindi, rendere opponibile al terzo acquirente il diritto (ad essere preferito) del promissario, che, in ipotesi di inadempimento del promittente, può solo agire contro di lui per il risarcimento del danno; Cass. sez. un. 11 luglio 1997 n. 5895, in "Arch. civ.", 1997, 1087: diversamente dalla prelazione convenzionale, avente carattere meramente obbligatorio (e dalla cui violazione può scaturire non altro che il diritto al risarcimento del danno), la prelazione prevista dalle leggi agrarie è dotata di efficacia reale, e può essere, pertanto, esercitata nei confronti dell'acquirente iniziale del bene o di un suo successivo avente causa.*

infine, essere delimitato entro argini temporali convenienti, risultando, però, tutt'altro che pacifica l'applicazione e l'interpretazione di tale requisito.

Per chi riconosce come il vincolo scaturente da una prelazione sia meno stringente di quello conseguente ad un divieto di alienazione, deve concludersi che la sua durata vada valutata con riferimento al concreto contesto ed agli specifici interessi sui quali inciderà; saranno questi a giustificare il ricorso e la permanenza della figura nonché il suo venir meno³³⁰.

Diversa posizione assumono coloro che, pur sottolineandone il diverso grado di intensità, guardano alla prelazione convenzionale come ad una espressione del divieto di alienazione e ne esigono, pertanto, il contenimento in precisi confini temporali³³¹, degenerando, altrimenti, la figura, in un intollerabile bavaglio alle facoltà proprietarie.

Da ultimo, condivisibilmente, sulla scorta di una netta separazione della prelazione rispetto al divieto di alienazione, si è da più parti dato fondamento all'idea di una prelazione perpetua³³²,

³³⁰ BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., p. 250; ID, *La prelazione volontaria*, cit., 1984. p. 83 ss. Ove il termine non possa altrimenti desumersi a causa della natura prettamente soggettiva dei sottostanti interessi, possono venire in soccorso i meccanismi d'integrazione di cui agli artt. 1183, 1566 e 1379 cod. civ.

³³¹ Per riferimenti alla necessità di un limite di durata: BIANCA, *Diritto civile*, cit., III, p. 277; GORLA, *Precedenti giudiziari e sulla trasmissibilità e sul termine dell'obbligazione pattizia di prelazione e su alcune questioni connesse*, in Quaderni de "Il Foro Italiano", 1966, p. 49 ss.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, p. 734 ss.; ID., *La prelazione*, in Trattato di dir. priv. diretto da P. Rescigno, X, 2, Torino 1982, p. 737 ss.; ROMEO, *Il limite temporale nel patto di preferenza. Esegesi dell'art. 1566, comma 1 cc.*, in *Prelazione e retratto*, Milano 1988. p. 630; In giurisprudenza: Cass. 20 giugno 1951 n. 1635, in "Giust. civ.", 1953, 125; App. Napoli 13 dicembre 1968, in "Dir. e giur.", 1969, p. 217; App. Milano 15 settembre 1972, in "Giur. mei.", 1973, I, 123

³³² L'apertura verso una simile conclusione reca con sé il problema della trasmissibilità della prelazione. Riguardo all'obbligo di preferire l'opinione prevalente si esprime in senso positivo, salvo il caso in cui sia espressa una diversa volontà dalle parti, non trattandosi normalmente di una prestazione di fare collegata indissolubilmente alla persona dell'obbligato. SACCO DE NOVA, *Il contratto*, in Tratt. Dir. Civ. diretto da R. Sacco, Tomo II, Torino 1993, pag. 347 e segg.; OGGIONI, *La successione dell'erede nel patto di prelazione*, in Studi in onore di E. Eula, III, Milano 1957, pag. 61 e segg.; D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano 1950, pag. 344; MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., pag. 497; App. Napoli, 24 aprile 1972, in Dir. Giur. 1973, pag. 890; Cass. 16 ottobre 1954 n. 3791, in Foro It. 1955, I, pag. 328 ove si legge che la tesi positiva non è altro se non l'attuazione del principio pacifico della trasmissibilità agli eredi dei vincoli obbligatori, salve, naturalmente, le ipotesi in cui la prestazione per legge, per sua natura o per volontà delle parti, sia collegata indissolubilmente con la persona dell'obbligato (*intuitu personae*). L'obbligazione di fare, aggiunge la Cassazione, può essere fungibile o infungibile, e ricorre questa seconda ipotesi solo quando il *facere* non possa essere attuato da un soggetto diverso dall'obbligato. Più di recente: Cass. 22 febbraio 2001 n. 2613, in Giust. civ., p. 1646 con nota di VISALLI, *Un passo avanti e un passo indietro della Suprema Corte in tema di prelazione volontaria*: "L'obbligazione nascente dal patto di prelazione è, salva diversa ed espressa volontà delle parti, trasmissibile agli eredi sia del promittente che del promissario della prelazione, non trattandosi di una prestazione di fare collegata necessariamente ed indissolubilmente con la persona dell'obbligato". In direzione contraria: Cass. 20 giugno 1951 n. 1635, in Giust. civ. 1953, p. 125; GORLA, in Foro It., 1966, *Quaderni*, p. 49 ss.

Ovviamente diversa, si atteggia la posizione del legatario, al quale, in virtù dell'art. 752 cod. civ. non spetta subentrare nei debiti ereditari, salva l'ipotesi dell'art. 671 cod. civ.: pertanto, il questi non sarà tenuto a preferire, salvo che il testatore non gli abbia imposto espressamente tale obbligo. In tal senso: CATRICALA', *Funzioni e tecniche della prelazione convenzionale*, in Riv. Dir. Civ. 1978, II, pag. 546; GABRIELLI, v. *Prelazione (patto di)*, in Enc. Giur., Vol. XXIII, Roma 1990, pag. 7.

Circa il diritto di essere preferiti bisogna ancora distinguere tra successione a titolo particolare e universale. Quanto alla prima, viene da alcuni sostenuto come soltanto con l'incredibilità riuscirebbe a tutelarsi adeguatamente l'interesse del contraente, consacrato nell'art. 1406 cod. civ., a non vedersi imposta come

argomentando, *in primis*, dalla minore invasività di simile vincolo idoneo a preservare la libertà del proprietario sul se e come disporre e vincolandolo soltanto sulla scelta della controparte; valutando, poi, l'inadeguatezza dell'art. 1566 cod. civ., a rivestire il ruolo di principio generale *in subiecta materia* e richiamando, infine, il disposto dell'art. 732 cod. civ. che, ponendo quale limite di durata della prelazione ereditaria, la permanenza dello stato di indivisione, dimostra come il legislatore non escluda la possibilità di una sua operatività *sine termine*³³³.

Adeguate attenzione, però, va posta all'art. 549 cod. civ. ove, in virtù del principio di intangibilità della quota di legittima, si fa divieto di porre pesi o condizioni su di essa, volendo assicurarne una tutela quantitativa più che qualitativa³³⁴. Come detto, infatti, la prelazione testamentaria si sostanzia in un vincolo personale per l'onerato che reagisce in termini riduttivi sul valore economico dell'attribuzione ereditaria. Pertanto, ove il testatore ponesse una tale obbligazione in capo ad un erede legittimario, istituito nella sola quota di riserva, ne lederebbe certamente l'integrità e ciò sarebbe ancor più vero in caso di prelazione perpetua. Per scongiurare simile eventualità, non resterebbe che rinunciare ad una

controparte una persona diversa da quella originariamente scelta: BIANCA, *Diritto civile*, voi. III, Il contratto, cit., pag. 267. Diversa conclusione, deve, invece, darsi per le successioni a titolo universale, prevalendo qui le esigenze della successione mortis causa, di assicurare, mediante l'erede, la continuazione dell'intera posizione giuridica del *de cuius*, sia dal lato attivo sia da quello passivo: BONILINI, GIOVATI, GUIOTTO, MORA, *La prelazione volontaria*, Milano, 1993, p. 200; GABRIELLI, *Prelazione (patto di)*, cit., pag. 7.

³³³ GABRIELLI, *Il contratto preliminare*. Milano 1970, p. 318; GORLA, *Precedenti giudiziali sulla trasmissibilità*, cit., p. 99 ss.; TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit. p. 429; D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale*, cit., p. 227 ss.; RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1971, p. 619 ss.; CANDIAN, *La funzione sanzionatoria*, cit., p. 191; MISEROCCHI, *Patto di prelazione con durata illimitata e principio della libera disposizione dei beni*, in "Riv. not.", 1985, p. 227. Invocano l'intervento determinativo giudiziale G. GABRIELLI, «*Prelazione*», cit., n. 7, e CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, 1990, 78 (in base all'art. 1331). Invoca l'art. 1379 cod. civ. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., 55 ss., 82 ss.

In giurisprudenza, la regola della perpetuità è variamente supportata: App. Milano 15 settembre 1972, *Giur. it.*, I, 2, 672 ove si trova affermata l'invalidità del patto di prelazione per il rinnovo di un contratto di locazione stipulato senza limiti di tempo; Cass. 20 giugno 1951, n. 1635, *Foro It.*, 1966, Quaderni, 91, per la quale il termine sarebbe dato dalla vita del promittente; Cass. 13 maggio 1982, n. 3009, *Giur. It.* 1983, I, 1, 1534, con nota di COCCIA, *Sul patto di prelazione e in particolare sull'ammissibilità di una stipulazione senza limiti di tempo*; con nota di PEREGO, *Giust. civ.* 1982, 3085, *Effetti verso i terzi e durata del patto di prelazione*; con nota di MISEROCCHI, *Riv. not.* 1985, 227, *Patto di prelazione con durata illimitata e principio della libera disposizione dei beni*; Cass. 2 luglio 1983, n. 5213, *FI* 1983, I, 2770: il patto di prelazione per il caso di eventuale vendita, stipulato senza limiti di tempo, non ricade nel divieto di rapporti obbligatori che tolgano senza limitazioni cronologiche al proprietario la facoltà di disporre dei suoi beni, in quanto tale patto non comporta l'annullamento dell'indicata facoltà, restando sempre il proprietario perfettamente libero di disporre o meno dei suoi beni ed alle condizioni che meglio preferisce, bensì soltanto un limite riflettente la libera scelta della persona del compratore, la quale, almeno nella normalità dei casi, a parità di tutte le altre condizioni, è indifferente per il venditore.

³³⁴ TULLIO, *La prelazione testamentaria*, *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, *La successione legittima*, 2009, III, p. 462.; DI LORENZO, *La prelazione testamentaria e il legato di prelazione*, *Notariato*, I, 2011, p. 93.

imposizione in via obbligatoria e servirsi, tutt'al più, di una mera raccomandazione o esortazione all'esecuzione del comportamento avuto a cuore dal *de cuius*.

La violazione dell'obbligo di preferire non gode di una tutela reale, determinando soltanto il sorgere di un'obbligazione risarcitoria. La negoziazione compiuta in spregio alla preferenza resta valida ed efficace, ma il diritto di credito ad essere preferiti si muta in diritto al risarcimento. E' questo uno degli aspetti su cui si impernia la differenza con la prelazione *ex art. 732 cod. civ.*, di fonte legale, per la quale è apprestato lo strumento del c.d. retratto successorio, espressione di una tutela eccezionale e come tale analogicamente inestensibile.

Ulteriori sono, invero, i punti di distanza tra le due prelazioni.

Da un punto di vista soggettivo occorre considerare come la prelazione di cui all'art. 732 cod. civ. sia rigidamente circoscritta alla sola categoria degli eredi, senza possibilità di estensione neppure agli eredi di questi o ai legatari. Ciò non vale per la prelazione volontaria ove il suo riconoscimento può avvenire anche a favore di alcuni soltanto dei coeredi, a vantaggio di eredi di eredi o, infine, di legatari.

Quanto ai presupposti oggettivi, mentre la prelazione volontaria può riguardare beni che non esprimono una quota ereditaria, il funzionamento dell'art. 732 cod. civ., invece, è strettamente ancorato al ricorrere di un'alienazione, anche solo parziale, della quota ereditaria. In tali casi, inoltre, intanto l'erede potrà esercitare la prelazione, in quanto ancora permanga lo stato di comunione.

Le cennate differenze, tuttavia, non sembrano escludere l'utilità di una coesistenza dei due istituti. In alcuni casi, infatti, la prelazione *ex art. 732 cod. civ.* potrebbe uscire irrobustita dalla previsione al suo fianco di una prelazione testamentaria, potendo, in tali casi, impiegarsi quest'ultima per la regolamentare di quelle fattispecie non rientranti nel raggio operativo della prima³³⁵.

Non è da escludersi, infine, che voglia procedersi anche qui al rafforzamento del vincolo mediante il ricorso ad una clausola penale³³⁶ o ad una condizione risolutiva sulla cui plausibilità si richiama quanto già visto per il divieto testamentario di alienazione.

³³⁵ Si pensi al caso di più coeredi e più beni ereditari, ove uno di essi intenda alienare la proprietà un cespite ereditario ad un terzo. Si riconosce qui, in realtà, una vendita dell'esito divisionale per la quale il meccanismo della prelazione legale non è invocabile. Ebbene, per simile eventualità ben potrebbe il testatore predisporre ugualmente in favore degli altri coeredi, un diritto di prelazione di natura volontaria. Oppure, in presenza di un unico erede, mancando una prelazione legale, il testatore potrebbe, per il tramite di una prelazione volontaria, assicurare preferenza in favore di determinati soggetti nel caso in cui l'erede decida di alienare beni ereditari.

³³⁶ Sul punto, v. BASINI, *L'oggetto del legato e alcune sue specie*, in Bonilini-Basini, *I legati*, in Tratt. dir. civ. CNN, dir. da Perlingieri, Napoli, 2003; BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990; *Contra*: VISALLI, *Clausola penale testamentaria*, in Giust. civ., 2002, II, 537; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984.

2. Il divieto di costituire ipoteca.

Ulteriore forma di penetrazione nella libertà dispositiva *inter vivos* del chiamato da parte del testatore, è rappresentata dall'inibizione ad impiegare i beni ricevuti in successione a garanzia di obbligazioni presenti o future. Si tratta, anche in questo caso, di realizzare una valutazione comparativa degli interessi coinvolti al fine di individuare spazi e limiti all'attuazione del voluto espresso nella scheda.

Particolare interesse meritano le figure dell'ipoteca e del pegno per le quali è possibile svolgere considerazioni comuni benchè solo per la costituzione della prima sia espressamente prevista, pur se in termini negativi, una specifica norma, quale l'art. 2821 cod. civ.

Tale articolo fa divieto di concedere simile garanzia per il tramite di una disposizione testamentaria, rinvenendosene, generalmente, la ragione giustificatrice, nell'esigenza (considerata di ordine pubblico) di non alterare la *par condicio* esistente tra i creditori del *de cuius* al momento della sua morte.

Parte della dottrina è propensa a ricomprendere nel divieto anche il legato e il sublegato obbligatorio d'ipoteca, ovvero la disposizione con cui imporre all'erede o al legatario di costituire ipoteca a favore di un suo creditore. In tal modo, si osserva, si concretizzerebbe, sostanzialmente, il medesimo risultato in quanto, pur se la concessione è operata dall'erede, essa avviene pur sempre sotto l'impulso della volontà del testatore, al quale però il legislatore ha voluto interdire un simile potere³³⁷.

La dottrina prevalente, tuttavia, si è espressa in termini diversi, chiarendo come l'ipoteca costituita dall'erede o dal legatario ovvero dal giudice ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. non raggiunga il risultato vietato dall'art. 2821 cod. civ. atteso che, venendo essa iscritta in base a un titolo successivo all'apertura della successione, nessuna alterazione subirebbe la *par condicio creditorum*³³⁸.

Quanto detto porta a considerare determinante per la validità o meno della disposizione, il coinvolgimento del ceto creditorio del testatore, cosicchè, ogniqualvolta la costituzione

³³⁷ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* dir da CICU e MESSINEO, Milano, 1956, p. 239; ID., *La compravendita*, cit., p. 253; TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 430

³³⁸ BONILINI, *Autonomia testamentaria*, cit., p. 42 ss.; ID., *La prelazione testamentaria*, cit., p. 255; RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 20, II, *Tutela dei diritti*, Torino 1985, p. 49 ss.; GORLA, *Del pegno, Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Sciajoja e Branca, Bologna-Roma 1966, p. 238; DEGNI, *Lezioni di diritto civile*, cit., II, p. 14; conferme in questo senso si ritrovano anche nel progetto della commissione reale (« libro cose e diritti reali »).

dell'ipoteca serva a beneficiare soggetti estranei a tale gruppo, ne sarà possibile la dichiarazione in termini di liceità. E' il caso della disposizione con cui, mediante un legato di contratto, si rivolga la costituzione dell'ipoteca in favore di terzi estranei ai rapporti obbligatori del *de cuius* o del divieto con cui - in conformità all'art. 638 cod. civ. - si neghi al successore di costituire ipoteca sui beni di provenienza ereditaria in favore dei suoi personali creditori.

Un simile divieto, tuttavia, pur accolta la sua sostanziale ammissibilità, non riceve regolamentazione normativa alcuna, dovendosi perciò, in via interpretativa, individuarne i margini operativi. A tal fine viene generalmente richiamata la figura del divieto di alienazione e i limiti di cui all'art. 1379 cod. civ.³³⁹; ciò in considerazione della comune finalità dei due istituti di tutelare l'integrità del patrimonio ereditario per un certo periodo di tempo.

Tale divieto deve, dunque, rispondere ad un apprezzabile interesse che può rinvenirsi nella preoccupazione a mantenere liberi da garanzie i beni lasciati dal *de cuius* o nella premura ad orientare il successore ad una corretta gestione del patrimonio preferendo diverse forme di garanzia del credito; deve, altresì, contenersi entro convenienti limiti di tempo e deve, infine, rivestire efficacia meramente obbligatoria.

3. Divieto di impugnazione del testamento e diritto alla tutela giudiziale.

Chi compone un regolamento testamentario ha, verosimilmente, a cuore che lo stesso venga fedelmente e integralmente eseguito, preoccupandosi, perciò, di proteggerlo, per il tempo in cui dovrà avere esecuzione, da comportamenti e manovre tese a infirmarne, in sede esecutiva, la tenuta.

In questa prospettiva trova giustificazione l'adozione di una clausola con cui vietare ai successori di agire in giudizio per contestare tutte o alcune delle disposizioni di ultima volontà.

Congiuntamente a simili finalità è possibile, nondimeno, che il *de cuius* sia animato, di volta in volta, da ulteriori motivazioni, quali la premura ad evitare una rischiosa conflittualità tra i chiamati, la volontà di preservare un'adeguata riservatezza intorno a questioni familiari ed intime, la determinazione a impedire contegni ricattatori di un coerede verso gli altri così da imporre pretese inique dietro minaccia di adire l'autorità giudiziaria.

³³⁹ CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., 166

Il divieto in commento può variamente conformarsi.

Si è *in primis* fatto riferimento ad una condizione sospensiva in virtù della quale collegare l'acquisto del bene da parte dell'onorato al suo comportamento negativo di non impugnare il testamento. Su tale soluzione, tuttavia, si sono concentrate le perplessità della dottrina³⁴⁰ la quale ha opportunamente sottolineato come essa recherebbe con sé inevitabili impedimenti all'immediata acquisizione del lascito e, quindi, alla definizione dei rapporti *post mortem*.

A conferma di ciò ed a favore di un condizionamento di tipo risolutivo, si invoca l'art. 638 cod. civ. col quale il legislatore predispone un processo di conversione delle condizioni sospensive negative in condizioni risolutive positive e ciò all'evidente scopo di non procrastinare a tempo indeterminato una situazione, altrimenti, incerta giacché destinata a produrre effetti giuridici solo col verificarsi dell'evento negativo.

Altra possibile veste giuridica è quella della clausola di decadenza cui si ricollega l'estinzione totale o parziale del lascito in coincidenza della violazione del divieto³⁴¹. Si tratta, secondo parte della dottrina, di una clausola di diseredazione cui appartiene un funzionamento analogo a quello della condizione risolutiva, pur da essa differenziandosi per l'attitudine a garantire in ogni caso un effetto eliminativo della vicenda successoria globalmente intesa, ove con la condizione ciò non sarebbe assicurato attesa la possibilità del chiamato di poter sempre beneficiare della delazione legittima³⁴².

Giova, ora, dar conto del significato che il divieto può di volta in volta assumere in relazione alle concrete modalità in cui è formulato. La generica indicazione dei comportamenti vietati, non accompagnata dalla precisazione delle conseguenze che da essi scaturirebbero, si rivela idonea ad operare solo su di un piano morale, nei termini di una mera raccomandazione priva di valore giuridico, ma nessuna portata sanzionatoria potrebbe rinvenirsi, richiedendosi, all'uopo, una volontà a ciò espressamente orientata.

Sono stati collocati in tale categoria, perché valutati alla stregua di sommari divieti d'impugnazione del testamento, le clausole con cui imporre l'esecuzione senza riserve del

³⁴⁰ CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p.170

³⁴¹ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., p. 467; LONGO, *Delle disposizioni sotto forma di pena*, cit., 183 ss.; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 525, nota 4; MORELLO, *La condizione di non impugnazione del testamento*, cit., 185 ss;

³⁴² MORELLO, *La condizione di non impugnazione del testamento*, in Riv. not., 1965, p. 986; RESCIGNO, voce "Condizione", in Enc. dir., vol. VIII, Milano, 1961, 764 ss.; ID, *L'interpretazione del testamento*, cit., p. 793, BIN, *La diseredazione*, cit., p. 275; In giurisprudenza: Cass. 9 maggio 1966 n. 1180, in "Temi nap.", 1967, I, 24, con nota di VAIANO, *Disposizioni testamentarie "poena nomine" e disposizione sottoposta a condizione risolutiva*; Cass. 18 novembre 1991, n. 1234.

regolamento *mortis causa* e gli obblighi di sua accettazione integrale³⁴³, mentre con maggiore prudenza si è proceduto all'accostamento con gli artt. 590 e 557 cod. civ. e con i comportamenti ivi indicati, quali la conferma e la volontaria esecuzione del testamento nonché la rinuncia all'azione di riduzione³⁴⁴.

La vaghezza del divieto che non chiarisca a quale disposizione intenda in particolare riferirsi, se all'intero impianto testamentario o a sue singole parti, pone un problema di liceità della figura, dovendosi domandare se una simile, così ampia, volontà rientri negli spazi riservati all'autonomia testamentaria. Il rischio, invero, sarebbe quello di inibire l'azione in giudizio anche ove con essa si mirasse a far valere l'illiceità della disposizione, sacrificando oltre il consentito, la libertà dei soggetti alla tutela giudiziale dei propri diritti.

Tali pericoli, se svaniscono dinanzi ad una volontà costruita in termini di mera persuasione morale e di esortazione, acquistano, invece, ben altra concretezza quando al divieto sia agganciato un meccanismo sanzionatorio in grado di privare, in tutto o in parte³⁴⁵, del lascito il suo beneficiario. In particolare, l'uso di una condizione risolutiva, in nome della sua efficacia reale, garantirebbe un sicuro effetto punitivo per il caso di violazione del veto, ma esporrebbe, come osserva parte della dottrina e giurisprudenza³⁴⁶, alla violazione dell'art. 24 Cost. nel momento in cui andasse a compromettere il diritto dei successori a difendere giudizialmente le proprie ragioni ereditarie³⁴⁷.

³⁴³ DI MAURO, *Condizioni illecite*, cit., p. 130; MORELLO, *La condizione di non impugnazione del testamento*, cit., p. 985.

³⁴⁴ E' facile avvedersi, tuttavia come i comportamenti di cui agli artt. 557 e 590 cod. civ. spettino esclusivamente ai successibili che dovranno esplicitarli spontaneamente nella conoscenza della specifica causa d'invalidità o della effettiva lesione dei loro diritti, ma solo una volta deceduto il testatore. TOTI, *Condizione testamentaria*, cit., p. 442.

³⁴⁵ La possibilità di predisporre una totale decadenza dal lascito, invero, può riconoscersi al testatore soltanto in presenza di eredi non legittimari, dovendosi altrimenti limitare il funzionamento della clausola alla sola quota disponibile: ciò in ossequio all'art. 549 cod. civ. che vieta l'imposizione di pesi e condizioni sulla quota di riserva.

³⁴⁶ Si esprimono in termini di illiceità: CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, cit., p. 1956, p. 388; TORRENTE, voce *Diseredazione*, in *Enc. del dir.*, Milano 1964, XIII, p. 202 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., I, p. 136; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 265 ss.; RESCIGNO, *Interpretazione*, cit., p. 24; L. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, in "Riv. dir. civ.", 1941, p. 228; BONILINI, *Nozioni di diritto ereditario*, Torino, 2003, p. 119;

In giurisprudenza: Cass. 19 marzo 1961 n. 543, in "Foro It. Rep.", 1961, voce *Successione legittima o testamentaria*, 75; Cass. 13 giugno 1961 n. 1375; App. Lecce 29 luglio 1963, in "Corti di Bari, Lecce, Potenza", 1964, 262; Cass. 9 maggio 1966 n. 1180, cit.; Trib. Reggio Calabria 30 maggio 1977, cit.; Cass. 2 gennaio 1997 n. 1.

³⁴⁷ La rigidità di tali conclusioni si ritrova smorzata in altre ricostruzioni dove, nel tentativo di assicurare un'equilibrata tutela sia degli interessi del successore sia di quelli del testatore, si sostiene che l'impugnazione del testamento diretta ad accertarne il reale tenore o a smascherarne la falsità, non dovrebbe giudicarsi quale violazione del divieto, ma, piuttosto, quale mezzo di tutela della sua autenticità (ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, cit., p. 337); così anche la decadenza dal lascito non potrebbe ricollegarsi a qualsivoglia forma di impugnazione, ma solo a quelle azioni tese a rimuovere il testamento nella sua totalità o solo per una parte (Cass. 19 marzo 1961 n. 543).

L'orientamento prevalente, creatosi in dottrina e giurisprudenza e assunto a posizione generale sul problema della legittimità del divieto di impugnazione del testamento, ha condotto, sulla traccia dell'esperienza dottrinale francese³⁴⁸, ad una generale bipartizione degli interessi sottesi alle azioni giudiziarie precluse dal *de cuius*.

E' stata, così, riconosciuta valida quella clausola con cui il testatore ricolleggi la decadenza dal lascito all'esercizio di azioni giudiziarie dirette a tutelare interessi meramente privati e disponibili, mentre illecita è stata definita la disposizione con cui precludere le azioni a carattere pubblicistico, strumentali alla tutela di interessi indisponibili³⁴⁹.

Coerentemente, nei pronunciati dei giudici, si ritrova affermata la liceità di condizioni risolutive dirette a prevenire l'impugnazione del testamento in ipotesi di legato di cosa altrui, ritenendosi prettamente privato l'interesse coinvolto³⁵⁰ e nello stesso modo è stata valutata la condizione che imponeva al beneficiario di astenersi dal proporre azioni o dal contestare le disposizioni concernenti altro coerede e al cui inadempimento riallacciare la perdita del lascito³⁵¹. Corrispettivamente, è decretata l'illiceità di disposizioni che precludano l'impugnazione in presenza di vizi della volontà, di incapacità a fare testamento o a ricevere per testamento o di quelle per mezzo delle quali il *de cuius* condizioni il lascito al fatto che il chiamato devolva, poi, i beni che residueranno alla sua morte, a soggetti indicati dal testatore³⁵² o, ancora, delle disposizioni che conculchino una libertà personale del chiamato, giacchè, dall'impossibilità ad agire in giudizio, discenderebbe la cristallizzazione di un regolamento *mortis causa* mortificante per quei diritti e aspettative che l'ordinamento mira, invece, a proteggere e coltivare.

³⁴⁸ MAZEAUD, *Lecons de droit civil*, IV, Paris, Montchrestien, 1960, p. 803 ss.; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, IX, Paris, 1897, 147 ss.

³⁴⁹ LOSANA, voce « Successione », cit., 272 ss.; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, 525, nota 4.; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., II, p. 207; AZZARITI MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 267; CAPOZZI, *Le successioni e donazioni*, cit., p. 467; DI MAURO, *Condizioni illecite*; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 265; LONGO, *Delle disposizioni testamentarie sotto forma di pena*, cit., 183 ss.; M. ANDREOLI, *Le disposizioni sotto forma di pena*, cit., 183 ss.; ID, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, cit., 337 ss.; MORELLO, *La condizione di non impugnazione del testamento*, cit., 982 ss., in part., 995 ss.; BIN, *La diseredazione*, cit., 277 ss.; CANDIAN, *La funzione sanzionatoria*, cit., p. 172. Conformemente, in giurisprudenza: Cass. Torino, 22 dicembre 1893, in Foro it., 1894, I, c. 549; Cass. Torino, 8 agosto 1901, in Foro it., 1901, I, c. 1227; Trib. Genova, 25 agosto 1902, in Mon. trib., 1903, 407 ss.; App. Parma, 16 aprile 1909, in Foro it., 1909, I, c. 1089; App. Milano, 4 maggio 1951, in Temi, 1952, 242 ss.; App. Roma, 28 aprile 1959, in Giust. civ., 1959, I, 2216 ss., con nota di DELLA ROCCA; Cass., 6 ottobre 1955, in Rep. Foro it., 1955, voce « Testamento », n. 7; Cass., 10 marzo 1961, in Foro it., 1961, I, 1510; Cass., 9 maggio 1966, in Giust. civ., I, 1710 e in Temi nap., 1967, I, p. 124 ss.; con nota di VAIANO, *Disposizione testamentaria poenae nomine e disposizione sottoposta a condizione risolutiva*.

³⁵⁰ Trib. Brindisi 21 aprile 1954, in "Foro It. Rep.", 1954, voce *accessione legittima*, n. 150.

³⁵¹ Trib. Messina 23 aprile 1948, in "Foro It. Rep.", 1948, voce *Successione*, n. 123; Cass. 11 dicembre 1972 n. 77, in "Foro It.", 1972, voce *Successione ereditaria*, n. 2826.

³⁵² Trib. Genova, 25 agosto 1902, in Mon. trib., 1903, p. 407 ss.

Con diversità di accenti è, invece, giudicato il divieto di agire con l'azione di riduzione da parte del legittimario dichiaratosi leso. La questione risente di una non univoca valutazione circa la natura di tale azione, giudicandosene l'indisponibilità da parte di quelle voci dottrinarie e giurisprudenziali³⁵³ le quali, coerentemente, concludono per l'inammissibilità di ogni limitazione al suo esercizio, cui conseguirebbe una compressione degli interessi di ordine pubblico e ragionandosi, invece, in termini di disponibilità per chi collochi gli interessi sottesi all'azione in una sfera meramente privata³⁵⁴, come dimostrerebbe il disposto dell'art. 557 cod. civ. in nome del quale è lasciata al legittimario, successivamente all'apertura della successione, la facoltà di rinunciarvi³⁵⁵.

Da quanto detto discende, allora, la nullità o, nel caso di condizione, l'applicazione dell'art. 634 cod. civ., di tutti quei divieti idonei a derogare al sistema sanzionatorio predisposto dall'ordinamento ed attivabile dai privati nell'esercizio della loro autonomia. Non potrebbero, cioè, per effetto di una volontà testamentaria, risciversi (o, addirittura, elidersi) le conseguenze previste per la violazione dei comandi legislativi o sovvertirsi i valori ad essi sottesi.

La *summa divisio* tra azioni di natura pubblicistica e privatistica, però, non è stata esente da rilievi critici, tendenti a dimostrarne l'inadeguatezza³⁵⁶.

Con riferimento, ad esempio, ad un testamento affetto da causa di annullabilità, si è osservato come a restare pregiudicata sarebbe anche la stessa clausola sanzionatoria d'impugnazione e ciò indipendentemente dall'accertamento della sua illiceità. Ove, invece, la causa di annullabilità si scopra inesistente con conseguente validità del testamento, resterebbe sempre

³⁵³ Trib. Reggio Calabria 30 maggio 1997; App Roma 28 aprile 1959; MORELLO, *La condizione di non impugnare*, cit., II, 989; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., II, p. 196.

³⁵⁴ Cass. 24 giugno 1996 n. 5832, in Riv. not., 1997, II, p. 935 dove si legge che, poiché la carta costituzionale, all'art. 42, non fa riferimento alcuno ai legittimari, la quota riservata ai medesimi rappresenta un limite della successione legittima, ovvero delle disposizioni testamentarie, che il legislatore ordinario può modificare ed anche sopprimere; pertanto l'istituto non rientra tra quelli che costituiscono l'ordine pubblico, cui si riferisce l'art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale.

³⁵⁵ La condizione di non esercitare l'azione di riduzione non avrebbe ad oggetto l'obbligo per il successore di rinunciare a tale forma di tutela, limitandosi, piuttosto, analogamente a quanto accade con il legato in sostituzione di legittima, a proporgli una scelta: o acquistare quanto attribuitogli per testamento o conseguire quanto gli competerebbe mediante l'esercizio dell'azione di riduzione. Trib. Messina, 23 aprile 1948, Fro it. Rep., 1948, voce *Successioni*, 123; Cass. 11 dicembre 1972 n. 3564.

³⁵⁶ Anche il richiamo all'art. 590 cod. civ. quale criterio per l'individuazione dell'ambito di liceità del divieto di impugnazione del testamento è stato riprovato. La norma, invero, sembra impiegare in modo approssimativo il termine nullità, così da ritenere di poter prescindere dalla natura del vizio ai fini della conferma della disposizione testamentaria, rilevando, piuttosto, a tal fine, l'aderenza della disposizione recuperata alla reale volontà del testatore. Inoltre la rinuncia del confermatore all'azione di invalidità di cui all'art. 590 cod. civ. non è idonea a pregiudicare il diritto di azione giudiziaria degli altri successibili omaggiando, così, la regola della natura strettamente libera e personale della rinuncia alla tutela giudiziaria dei diritti successori. TOTI, *La condizione testamentaria*, cit., p. 449.

possibile far accertare giudiziarmente l'illiceità della clausola sanzionatoria non comportando, il primo giudizio, riflessi sul secondo.

Perplessità più acuta è quella di veder vanificato, mediante il divieto di impugnazione, il diritto alla tutela giurisdizionale dei chiamati³⁵⁷, timore che svisciva la distinzione tra interessi privati e pubblici, disponibili e indisponibili, in quanto è lo stesso diritto ad agire in giudizio per la tutela dei propri interessi a rappresentare un'indiscutibile prerogativa dell'individuo, costituzionalmente riconosciuta dall'art. 24 della carta fondamentale e, pertanto, sottratta alla disponibilità dei privati³⁵⁸. D'altronde, l'unilaterale imposizione operata da altri circa la rinuncia alla propria tutela giurisdizionale, ripugnerebbe all'indole strettamente personale della stessa. Simile abdicazione, infatti, sarebbe consentita, nei casi di legge, soltanto da chi si ponga quale titolare della situazione giuridica lesa.

A tali argomentazioni, tuttavia, può opporsi come il senso del *discrimen* tra azioni pubblicistiche e private al fine di giustificare, riguardo alle seconde, l'ammissibilità di un divieto di impugnazione, non vuol essere tanto quello di tollerare una negazione della libertà di azione per la tutela dei propri diritti, quanto piuttosto fare leva sulla reale essenza che compete a tale potere e che coincide con una facoltà piuttosto che con un obbligo. Si giunge, così, a concludere come imporre l'attivazione di simile tutela - mediante la ricsuzione di un suo divieto - vorrebbe dire soffocare l'autodeterminazione individuale che lascia liberi di valutare, in presenza di un diritto disponibile, se attivare la sua difesa giudiziaria rinunciando al lascito testamentario o, viceversa, trascurarla pur di conservare l'attribuzione³⁵⁹.

A conferma di ciò è stato, altresì, richiamato il concetto degli "equivalenti giurisdizionali" ossia degli strumenti, comprensivi anche della rinuncia, attraverso i quali l'autonomia privata è messa in grado di raggiungere una composizione dei conflitti. La loro esistenza, infatti, dimostrerebbe il riconoscimento, da parte dell'ordinamento, della facoltà di tutelare gli interessi privati con l'ausilio di meccanismi ugualmente idonei allo scopo, pur se posti al di fuori delle ordinarie forme della giurisdizione.

³⁵⁷ GORLA, *Il contratto*, I, cit., 248, nota 17; BONILINI, *Nozione di diritto ereditario*, Torino, 1986, p. 119. TOTI, *Condizione testamentaria*, cit., p. 449-450.

³⁵⁸ Aldilà della loro configurazione, tutte le clausole, sarebbero illecite perché in contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico, in quanto tese comunque a limitare il diritto di azione del chiamato erede o legatario di per sé incoercibile e insopprimibile. TOTI, *Condizione testamentaria*, cit., p. 450.

³⁵⁹ Per questa via si dovrebbe giungere a negare la libertà delle parti di risolvere i conflitti di interessi mediante una transazione. Una pedissequa adesione a quel convincimento potrebbe persino condurre a dubitare della legittimità di una tutela extragiudiziale dei propri interessi mediante il ricorso agli arbitri

Sezione IV

LA CLAUSOLA ARBITRALE DI FONTE TESTAMENTARIA

SOMMARIO: 1. Libertà di scelta della giurisdizione. La disposizione arbitrale. Argomenti contrari alla sua liceità. – 2. Validità della disposizione arbitrale testamentaria: contributi a sostegno. – 3. Il contenuto della clausola arbitrale testamentaria – 4. La configurazione della disposizione arbitrale sotto forma di condizione – 5. Le ulteriori configurazioni in termini di legato di contratto e di *modus* e i possibili strumenti di rafforzamento del disposto.

1. Libertà di scelta della giurisdizione. La disposizione arbitrale. Argomenti contrari alla sua liceità.

Gli argini dell'autonomia testamentaria meritano di essere saggiati anche con riferimento all'ammissibilità della c.d. clausola arbitrale. Si tratta della disposizione con cui il *de cuius*, per il caso di controversie insorte tra i suoi successori (afferenti, ad esempio l'interpretazione o l'esecuzione delle disposizioni di ultima volontà), imponga a costoro il ricorso ad una specifica metodologia, quale quella arbitrale, per la loro risoluzione.

La figura, invero, non ha trovato particolare sviluppo in ambito dottrinario e giurisprudenziale pur rinvenendosene, nella prassi, un diffuso impiego soprattutto nelle forme dell'incarico conferito dal testatore al terzo per risolvere le contese ereditarie³⁶⁰.

³⁶⁰ In dottrina: I. CUGUSI, *La clausola arbitrale nel testamento*, in Filangieri, 1905, pp. 422 ss. e 514 ss.; P. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, 1, Torino, 1957, p. 145 nota 15; COGLIOLO, *La clausola arbitrale nei testamenti. Il giudice familiare*, in Scritti vari di diritto privato, II, Torino, 1917, II ed p. 275 ss.; A. D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p. 183 ss.; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e soluzione delle liti in via contrattuale*, in Contratti, 1999, p. 630 ss. e in Diritto privato, 1998, IV, *Del rapporto successorio: aspetti*, Padova, 1999, p. 119 ss.; S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, pp. 72-73, nota 36; S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, in Riv. not., 1998, I, p. 111 ss.; G. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, cit., p. 261; V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, III ed., p. 775; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1955, IV ed., p. 684.; F. FESTI, *Testamento e devoluzione ai arbitri delle liti tra i successori*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2002, p. 809 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Nome sulla convenzione arbitrale nel diritto successorio*, in Riv. dell'arbitrato, 2006, p. 281 ss.; In giurisprudenza: Cass., 6 giugno 1969, n. 1989, in Foro il, 1969, I, c. 2520;

I contributi esistenti, tuttavia, si orientano, prevalentemente, verso una sua censura richiamando a sostegno diverse argomentazioni³⁶¹.

In primis, viene osservato come la scelta di sottoporsi alla giurisdizione arbitrale e, più in generale, di rinunciare a quella ordinaria, debba necessariamente riportarsi alla paternità di colui che ne beneficia. Solo questi potrebbe valutare genuinamente la convenienza e l'opportunità di una simile variazione ove, invece, ogni ingerenza di soggetti terzi suonerebbe come un'alterazione inammissibile, contraria ai principi di legge, secondo i quali, un arbitrato indotto è plausibile solo in ipotesi tassative ed eccezionali.

Consegue, allora, che l'impiego di un meccanismo condizionale da parte del testatore, atto ad imporre ai successori l'adozione del metodo arbitrale mediante la previsione di una decadenza dal lascito per il caso di suo inavveramento, innescherebbe l'applicazione dell'art. 634 cod. civ. che indica come non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

La soluzione, invero, viene circoscritta, da alcuni, alla sola ipotesi in cui il *de cuius*, scavalcando la dialettica contrattuale che dovrebbe connotare la rinuncia alla giurisdizione ordinaria, provveda egli stesso all'individuazione degli arbitri deputati alla risoluzione delle controversie. L'unilateralità del negozio testamentario, infatti, mal si concilierebbe con la bilateralità del rapporto tra parti ed arbitri, generandosi, quest'ultimo, dall'incontro di due volontà convergenti espresse, rispettivamente, nell'atto di nomina degli arbitri e nella relativa accettazione.

La condanna di una forma obbligatoria di arbitrato, d'altronde, ricorre frequentemente nelle pronunzie della stessa Corte costituzionale la quale vi ha più volte riconosciuto una illegittima restrizione al diritto di difesa e alla tutela giurisdizionale, così da indurre a trasformare automaticamente ogni sua ipotesi in una deroga volontaria capace di lasciare intatta la facoltà delle parti di adire il giudice ordinario. Se, dunque, l'obbligatorietà dell'arbitrato non può trovare fonte neppure nella legge, stanti gli artt. 24 e 102 Cost.,

³⁶¹ Si vedano, in questo senso, i contributi di SATTA, *Contributo alla dottrina*, cit., p. 72; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1959, p. 223; MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, I, Torino 1902, p. 692; MORTARA, *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura civile*, cit, p. 104; ANDRIOLI, *Commento al codice civile di procedura civile*, IV, Napoli 1964, sub art. 808 c.p.c, p. 775; REDENTI, voce *Compromesso*, in Nuovo Big. It., III, Torino 1938, p. 500 ss.; ID., voce *Compromesso (diritto e procedura civile)*, in Novissimo Dig. It., III, Torino 1959, p. 789, ove però si ammette una disposizione modale impositiva dell'obbligo di stipulare un patto compromissorio; TOTI, *Condizione testamentaria*, cit., p. 452 ss.; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1988, III. p. 209 ss.; ALPA, *Compromesso e clausola compromissoria. Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, a cura di Alpa e Galletto, Padova 1994, p. 99; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 4, Napoli, 1964, sub art. 808, p. 775;

nessuno spazio dovrebbe concedersi ad una fonte privata unilaterale ed estranea alle parti contendenti³⁶².

La manifestazione di volontà del testatore circa la scelta del giudice, allora, risultando abusiva perché compiuta al posto di chi vi è effettivamente abilitato, risulterebbe del tutto priva di effetti in quanto equiparabile ad una assoluta mancanza di manifestazione di volontà. In simili ipotesi la clausola compromissoria, viziata nel suo profilo soggettivo, sarebbe da considerarsi giuridicamente inesistente operandosi con essa una rinuncia alla garanzia della giurisdizione da chi non può poi validamente giovarsene. Nulla, coerentemente, dovrebbe reputarsi anche la condizione con cui il testatore disponesse la decadenza dal lascito per il caso di violazione della clausola arbitrale.

Non avrebbe pregio, inoltre, l'affermazione secondo cui l'accettazione ereditaria paleserebbe l'adesione del chiamato verso la delazione globalmente intesa, comprensiva di tutte le disposizioni di cui si costituisce e, perciò, anche di eventuali pesi e condizioni, tra cui l'impegno a risolvere le eventuali controversie per via arbitrale³⁶³. Giova, infatti, ricordare come tale accettazione, lungi dal dirsi inconciliabile con la promozione di azioni in giudizio inerenti l'esecuzione delle disposizioni testamentarie, rappresenta, a volte - come nel caso dell'azione di riduzione - un loro stesso presupposto, di talché chi accetta la chiamata a titolo

³⁶² L'illegittimità dell'arbitrato obbligatorio si ritrova affermata in diverse pronunce della Corte costituzionale. Così, Corte cost. 14 luglio 1977 n. 127, in "Giur. cost.", 1977, 143 ss., con nota di ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione* ove si afferma che il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, 1 comma Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, 1 comma Cost. e in Nuova giur. civ. comm. Casi scelti, p. 41 ss., con nota di GAGGERO, *L'arbitrato obbligatorio negli orientamenti della Corte Costituzionale*; Corte cost. 27 dicembre 1991 n. 488, in "Riv. arb.", 1992, p. 247 ss., con nota di RECCHIA, *"Disponibilità dell'azione in senso negativo" ed incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio*; Corte cost. 23 febbraio 1994 n. 49, in "Riv. arb." 1994, p. 477, con nota di RECCHIA, *La costituzionalità della legislazione sull'arbitrato: prime osservazioni*; Corte cost. 9 maggio 1996 n. 152, in "Giust. civ.", 1996, I, p. 2491 ss., con nota di GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Rilievi sulla parziale illegittimità costituzionale del sistema declinatorio della competenza arbitrale in materia di opere pubbliche*; e in "Nuova giur. civ. comm.", 1998, I, p. 1 ss., con nota di FERRARIS, *La Corte Costituzionale si pronuncia in tema di arbitrato obbligatorio*; Corte cost. 11 dicembre 1997 n. 381, in "Giust. civ.", 1998, I, p. 324; Corte cost. 24 luglio 1998 n. 325, in "Giust. civ.", 1998, I, 2705; Cass. 14 gennaio 1999 n. 345, in "Giust. civ.", 1999, I, 3038; Cass. civ. sez. un. 3 agosto 2000 n. 527, in "Corr. giur.", 2001, p. 51 ss.: anche nell'arbitrato rituale, la pronuncia arbitrale ha natura di atto di autonomia privata e correlativamente il compromesso si configura quale deroga alla giurisdizione. Pertanto, il contrasto sulla non deferibilità agli arbitri di una controversia per essere questa devoluta, per legge, alla giurisdizione di legittimità o esclusiva del giudice amministrativo costituisce questione, non già di giurisdizione in senso tecnico, ma di merito, in quanto inerente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria. Consegue che rispetto a siffatta questione è inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 41 cod. proc. civ. sia nell'ambito del processo arbitrale che del giudizio d'impugnazione ex art. 828 cod. proc. civ., essendo il relativo mezzo proponibile con esclusivo riferimento alle questioni di giurisdizione in senso tecnico giuridico riconducibili al paradigma dell'art. 37 cod. proc. civ.

³⁶³ Così BONILINI, *Autonomia testamentaria e soluzione delle controversie in via arbitrale*, cit., p. 131; PARDINI, *La clausola arbitrale*, cit., p. 111 ss.; CUGUSI, *La clausola arbitrale nel testamento*, cit., p. 524; COGLIOLO, *La clausola arbitrale nei testamenti*, cit., p. 488.

ereditario o non rinuncia a quella a titolo particolare, resterebbe pienamente legittimato a far dichiarare l'eventuale invalidità o illiceità del testamento.

2. Validità della disposizione arbitrale testamentaria: contributi a sostegno.

Nel panorama dottrinario non sono mancate voci a suffragio della deducibilità di una clausola arbitrale all'interno del negozio testamentario³⁶⁴. L'imposizione ai successori di tale, specifica modalità di risoluzione delle controversie, occasionate dall'attuazione delle ultime volontà espresse nella scheda, garantirebbe, invero, diversi vantaggi.

Si evidenzia, anzitutto, una delle prerogative tipiche della giustizia privata, quale la maggior speditezza e fluidità rispetto alla giurisdizione civile ordinaria. Basterebbe pensare ad una eredità contraddistinta dall'esistenza di numerosi cespiti di difficile divisione o da una nutrita schiera di successori per intuire quanto fertile possa essere un simile terreno al proliferare di dispute, attriti e contrapposizioni per la cui ricomposizione in via giudiziaria ordinaria ben potrebbe darsi il via a lunghe e intricate vicende processuali, capaci di dannose ricadute sulla puntuale esecuzione del voluto testamentario nonché sulla tenuta degli equilibri familiari, ove esistenti, tra i soggetti chiamati.

In simili condizioni, l'intervento di un giudice privato, adeguatamente accorto, saggio ed equo potrebbe senz'altro assicurare un prezioso contributo alla più fruttuosa chiusura delle vertenze.

Indubbi vantaggi potrebbero raggiungersi anche in termini di riservatezza³⁶⁵ e, più in generale, di tutela dei profili morali che emergono dalla cornice contenziosa. Si osserva, infatti, come meglio del giudice ordinario, quello privato potrà dare giusto risalto e

³⁶⁴ CUGUSI, *La clausola, arbitrale nel testamento*, in "Il Filangieri", 1905. p. 422; COGLIOLO, *La clausola arbitrale nei testamenti. Il giudice familiare*. in Scritti vari di diritto privato, II, Torino 1917, p. 275 ss.; ID., *Scritti vari di diritto privato*. Milano 1940, p. 483 ss.; BONILINI, *Autonomia testamentaria e soluzione delle controversie in via arbitrale*, in I contratti, 1999, p. 630 ss.; BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, a cura di Liserre e Floridia, Torino, 1988, p. 844 ove si accetta solo una condizione di arbitrato; REDENTI, voce *Compromesso* (dir. proc. civ.), in Noviss. dig. it., III, Torino, 1959, p. 789 il quale esclude l'ammissibilità di una imposizione dell'arbitrato per via testamentaria accettando unicamente una disposizione modale impositiva dell'obbligo a stipulare un patto compromissorio; conf. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, in *Arbitrato e circolazione stradale*, Atti convegno A.C.I. Lucca 7-8 giugno 1996, Milano, 1998, p. 267 ss.

³⁶⁵ Riferimenti in tal senso in P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in Riv. arbitrato, 1991, p. 13 ss.; S. PARDINI, *La clausola arbitrale*, p. 111, la cui affermazione in termini di tendenziale tutela della riservatezza delle disposizioni testamentarie mal si concilia con l'obbligo di pubblicare il testamento rendendole così necessariamente pubbliche. Con riferimento alla tutela di tale valore per mezzo di un accordo a non procedere alla pubblicazione del testamento: F. GRADASSI, *Il patto di non pubblicare il testamento olografo*, in Riv. not., 1994, p. 1007 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 17 luglio 1974, n. 2145, in Giur. it., 1976. I, 1, c. 144 ss.

considerazione agli elementi emergenti da documenti e notizie familiari nonché a sentimenti e aspirazioni coinvolti nella vicenda³⁶⁶.

Le cennate considerazioni, se da un lato dimostrano l'utilità della figura, non sono altrettanto in grado di attestarne l'attendibilità in termini giuridici. A tal fine, tuttavia, militano una serie di valutazioni.

In via generale è necessario osservare come nessuna indicazione contraria alla liceità di una simile clausola è possibile rintracciare all'interno del nostro sistema ed errato sarebbe richiamare disposizioni quali l'art. 587, comma 2° cod. civ. o gli artt. 631 e 632 cod. civ.

Quanto alla prima disposizione, infatti, è escluso dall'indirizzo dominante che essa debba leggersi come limite all'inserimento nel testamento di disposizioni atipiche a carattere non patrimoniale, volendosi, all'opposto, riconoscere piena efficacia al testamento il cui contenuto sia interamente costituito da simili volontà, negando, quindi, la loro tassatività³⁶⁷.

Riguardo alle seconde, il loro richiamo apparirebbe inconferente atteso che, se è vero che il compito che ad esse pertiene è quello di disciplinare la facoltà del testatore a delegare la scelta dell'erede, del legatario o dell'oggetto dei lasciti, delineando, in nome del principio di personalità del testamento, i precisi limiti all'intervento di terzi, nessuna attinenza potrebbe individuarsi con la diversa ipotesi dell'affidamento a giudici privati della soluzione delle liti successorie³⁶⁸.

Poco persuasivo, ancora, riuscirebbe l'argomento secondo cui giammai un arbitrato potrebbe originare da un atto unilaterale qual è il testamento. Si ragiona, invero, come la circostanza secondo cui gli artt. 806 e 808 c.p.c. indichino come titoli costitutivi del procedimento arbitrale, il compromesso e la clausola compromissoria, ovvero due fattispecie di natura convenzionale, non assurga ad elemento dimostrativo, occorrendo, a tal fine, una specifica regola impeditiva che invece difetta.

L'idea, poi, di agganciare l'invalidità del vincolo testamentario di arbitrato al principio della necessaria identità fra chi stipula una clausola compromissoria e chi è parte della

³⁶⁶ Si vedano, CUGUSI, *La clausola arbitrale nel testamento*, cit., p. 519; COGLIOLO, *La clausola arbitrale nei testamenti*, cit., p. 278.

³⁶⁷ CICU, *Il testamento*, cit., 1945, p. 10 ss.; BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 21 ss.; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 11 ss.; conf. CUFFARO, *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in Successioni e donazioni, a cura di Rescigno, 1, Padova, 1994, p. 756; In senso difforme: fra gli altri, AZZARITI, voce *Successioni (dir. civ.): successione testamentaria*, in Noviss. dig. it., XVIII, Torino, 1971, p. 821; TAMBURRINO, voce *Testamento (dir. priv.)*, in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992, p. 473 ss.

³⁶⁸ N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967; S. PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., p. 111; In giurisprudenza: Cass., 6 giugno 1969, n. 1989, cit., c. 2522.

controversia, non sembra armonizzarsi col postulato, ricavabile dal sistema, secondo cui il rapporto compromissorio è pienamente trasmissibile³⁶⁹.

Neppure le perplessità mostrate sull'accostamento tra il vincolo testamentario di arbitrato e la figura dell'arbitrato obbligatorio per legge, pur condivise dalla Corte costituzionale³⁷⁰, sarebbero decisive. La minaccia alla libertà delle parti, intesa quale *condicio sine qua non* perché queste possano legittimamente derogare al precetto dell'art. 102, comma 1°, Cost. non sarebbe reale ove si rifletta come l'arbitrato testamentario non è imposto dalla legge, ma genera da una libera volontà del *de cuius* che si incontra con quella dell'erede e del legatario, attraverso, rispettivamente, l'accettazione o il mancato rifiuto della delazione³⁷¹.

Da ultimo, non potrebbero invocarsi ad ostacolo della configurabilità di una clausola testamentaria di arbitrato, i vincoli di forma di cui all'art. 807, commi 1° e 2°, c.p.c. i quali, nel caso di accettazione tacita dell'eredità *ex artt.* 476 ss. e 485 cod. civ. o di automatico

³⁶⁹ Si richiama, ad esempio, il caso di una clausola compromissoria stipulata dal *de cuius* ove è comunemente ammessa la successione dell'erede nel relativo rapporto. Cfr.; CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998, p. 65 ss.; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 185 ss.; SALVENESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, p. 136 ss.; BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Atti conv. Milano 20 marzo 1998, Milano, 1999, p. 109; REDENTI, voce *Compromesso (dir. proc. civ.)*, cit., p. 807; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 1, Padova, 2000, p. 554.

In giurisprudenza: Cass., 12 luglio 1957, n. 2840, in *Dir. fall.*, 1957, II, p. 773; Cass., 27 luglio 1990, n. 7597, in *Riv. arb.*, 1991, p. 535 ss., con nota di RUFFINI, *Alcune questioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale* e in *Riv. arb.*, 1992, p. 269 ss., con nota di FAZZALARI, *Osservanza dovuta al patto compromissorio: quando il suo vincolo perdura dopo la dichiarazione di nullità del lodo*; Cass., 22 giugno 1982, n. 3784, in *Rep. Giust. civ.*, 1982, voce «Compromesso e arbitrato», n. 51: Il subingresso dell'erede, in qualità di successore a titolo universale, in tutti i rapporti che sopravvivono, non essendo *intuitu personae*, alla morte dell'originario titolare, comporta l'operatività nei confronti dell'erede medesimo, senza necessità di un atto d'accettazione, della clausola compromissoria, per la devoluzione ad arbitri delle controversie nascenti da un contratto sottoscritto dal *de cuius*.

Altra ipotesi è quella dell'inserimento di una clausola arbitrale convenuta tra promittente e stipulante all'interno di un contratto a favore di terzo che giurisprudenza e dottrina dominante considerano vincolante anche per il terzo favorito. Sull'argomento: RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 28 ss.; BIANCA, *Se il terzo a favore del quale sia stato stipulato il contratto possa avvalersi della clausola compromissoria contenuta nel contratto medesimo*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 923 ss.; MURONI, *L'ambito soggettivo di efficacia della clausola compromissoria e la sua opponibilità al creditore attore in surrogatoria*, nota a Cass., 25 maggio 1995, n. 5724, in *Giur. it.*, 1996,1, 1, c. 1526; BORRELLO, *L'operatività della clausola compromissoria*, nota a Cass., 18 marzo 1997, n. 2384 e a *Trib. Milano*, 19 dicembre 1996, in *I contratti*, 1997, p. 367; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 1, p. 551; cfr. anche SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit., p. 115 ss.; ID., *Sulle conseguenze in sede di impugnazione per nullità della mancata integrazione del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, nota a *App. Milano*, 25 settembre 1998, in *Riv. arb.*, 1999, p. 728 ss.; In giurisprudenza: Cass., 1° aprile 1994, n. 3207, in *Riv. arb.*, 1995, p. 69 ss., con nota adesiva di CORAPI, *Perizia contrattuale e arbitrato. Clausola arbitrale e contratto a favore di terzi*; *Trib. Milano*, 2 ottobre 1995, in *Giur. it.*, 1996,1, 2, c. 418 ss.; In senso contrario, v. PERLINGIERI, *Sulla legittimazione ad adire il collegio arbitrale della Achille Lauro Armatore - Lauro Lines S.p.a.*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 927 ss.

³⁷⁰ Cfr. *supra*.

³⁷¹ ALPA, *Profili di costituzionalità dell'arbitrato. L'arbitrato obbligatorio*, in aa.VV., *Casi scelti in tema di arbitrato*, a cura di Alpa G. e Galletto T., Padova, 1994. L'art. 102 cost., ammettendo esplicitamente che cittadini privati possano essere chiamati dalla legge a partecipare «all'amministrazione della giustizia», pur non riferendosi espressamente all'istituto arbitrale, pone comunque il principio della "parziale" derogabilità per legge dell'esclusiva dei giudici ordinari nella amministrazione della giustizia

acquisto del legato *ex art.* 649 cod. civ., finirebbero per essere disattesi, lasciando i successori vincolati al giudizio arbitrale pur in assenza di una loro adesione scritta.

In realtà, si asserisce³⁷², l'acquisto di un'eredità o di un legato non si ricollega necessariamente al rispetto di uno specifico *vestmentum* formale neppure quando nel lascito siano ricompresi beni immobili o quando i rapporti trasferiti richiedano per la loro cessione *inter vivos* precisi requisiti formali. Ne consegue che anche in mancanza di un consenso scritto dei destinatari, ben possa dirsi efficace una clausola arbitrale voluta dal testatore per la risoluzione delle controversie ereditarie tra i successori³⁷³.

Le considerazioni svolte, insieme alla constatazione di un quadro normativo in cui non v'è traccia di espliciti veti o preclusioni, proiettano l'interprete dinanzi al successivo e stringente quesito se competa alla forza programmatica dell'atto testamentario e all'autonomia del suo autore, la capacità di incidere sulla composizione delle liti dei successori che dovessero seguire alla morte di costui.

Per articolare una risposta occorre ricordare come non è estranea alla regolamentazione del fenomeno successorio e, in particolare, di quello testamentario, oltre il riconoscimento della sua tipica funzione di dare al titolare delle sostanze la possibilità di imprimervi una direzione per il periodo successivo alla propria scomparsa, anche la sua apertura verso forme d'intervento su beni e diritti non ricompresi nel patrimonio del disponente, come dimostrano gli artt. 651 e 747 cod. civ. Ciò è da riportarsi alla particolare protezione che il nostro sistema accorda all'interesse dell'individuo di saziare la sua aspirazione d'immortalità e confortarlo dalla consapevolezza della caducità esistenziale³⁷⁴. Per questa strada, assume sicura meritevolezza il proposito del testatore, veicolato dalla clausola arbitrale, di vincolare i chiamati ad una certa modalità di risoluzione delle liti future, incidendo così sulla regolamentazione degli altrui rapporti giuridici posteriori alla morte.

Detto effetto vincolante è conosciuto, vagliato ed accettato dai soggetti chiamati a succedere al momento di aderire alla vocazione, di talchè può già allora riconoscersi una consapevole scelta in ordine alle modalità di esercizio del diritto alla propria tutela giurisdizionale; scelta,

³⁷² FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2002, p. 816.

³⁷³ Si aggiunga che l'esigenza di certezza, che rappresenta il fondamento del vincolo formale prescritto dall'art. 807, commi 1° e 2°, viene pienamente soddisfatta dalle modalità espressive della previsione testamentaria. Quest'ultima è, infatti, soggetta ad un rigore formale maggiore rispetto a quello stabilito per il patto commissorio (cfr. art. 601 ss. cc e art. 807 c.p.c). Così, FESTI, op. ult. cit., p. 816

³⁷⁴ Cfr. D'AVANZO, *Delle successioni*, 2, Firenze, 1941, p. 632 nel quale ci si richiama all'idea dell'immortalità dell'anima quale fondamento della facoltà di testare; BONILINI, voce *Testamento*, in Dig, disc, priv., sez. civ., 19, Torino, 1999, p. 339 ss.

d'altronde, che lascia intatta la possibilità di ricorrere al giudice ordinario per i successivi due gradi di giudizio.

3. Il contenuto della clausola arbitrale testamentaria

La scelta dell'effettivo tenore da imprimere alla clausola arbitrale testamentaria reca con sé più di una delicata questione.

Premidente è la precisazione che, attenendo, simile volontà, a vertenze giudiziarie fra successori, non possa che presupporre l'esistenza, al tempo di apertura della successione, di almeno due chiamati che abbiano accettato la delazione o, se legatari, non l'abbiano rigettata. In tal caso, essi assumeranno i diritti e obblighi scaturenti dalla stipula di una convenzione arbitrale.

L'esistenza delle previsioni di cui agli artt. 809 ss. c.p.c., consente di integrare una lacunosa previsione del testatore che, ad esempio, nulla precisi riguardo al numero degli arbitri, ai criteri per la loro nomina o sostituzione³⁷⁵. Ciò rende possibile limitare il contenuto della clausola alla sola, elementare, indicazione di voler rimettere le liti successorie alla decisione di arbitri.

Rilievo strategico assume l'individuazione delle persone degli arbitri e occorre chiedersi se a ciò possa provvedere lo stesso *de cuius*. Invero, sembra deporre a favore di simile conclusione il fatto che la considerazione delle loro qualità ed attributi può, verosimilmente,

³⁷⁵ Riguardo al numero e al modo di nomina degli arbitri, l'art. art. 809 c.p.c. ult. co. stabilisce che in caso di indicazione di un numero pari di arbitri, l'ulteriore arbitro, se le parti non hanno diversamente convenuto, è nominato dal presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810. Qualora manchi l'indicazione del numero degli arbitri e le parti non si accordino al riguardo, gli arbitri sono tre e, in mancanza di nomina, se le parti non hanno diversamente convenuto, provvede il presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810. In tema di nomina degli arbitri, l'art. 810 c.p.c. prevede che quando a norma del compromesso o della clausola compromissoria, gli arbitri debbono essere nominati dalle parti, ciascuna di esse, con atto notificato a mezzo d'ufficiale giudiziario, può rendere noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri. La parte, alla quale è rivolto l'invito, deve notificare, nei venti giorni successivi, le generalità dell'arbitro o degli arbitri da essa nominati. In mancanza, la parte che ha fatto l'invito può chiedere, mediante ricorso, che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato tale sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stato stipulato il compromesso o il contratto al quale si riferisce la clausola compromissoria oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma. Il presidente, sentita, quando occorre, l'altra parte, provvede con ordinanza non impugnabile. La stessa disposizione si applica se la nomina di uno o più arbitri sia dal compromesso o dalla clausola compromissoria demandata all'autorità giudiziaria o se, essendo demandata a un terzo, questi non vi abbia provveduto.

La sostituzione degli arbitri è, invece, disciplinata dall'art. 811 c.p.c. ove si legge che quando per qualsiasi motivo vengono a mancare tutti o alcuni degli arbitri nominati, si provvede alla loro sostituzione secondo quanto è stabilito per la loro nomina nel compromesso o nella clausola compromissoria. Se la parte a cui spetta o il terzo non vi provvede o se il compromesso o la clausola compromissoria nulla dispongono al riguardo, si applicano le disposizioni dell'articolo precedente.

contribuire a spingere verso la rinuncia alla giurisdizione ordinaria e ciò è senz'altro vero anche in caso di predisposizione testamentaria della clausola, dove a muovere il testatore potrebbe essere proprio l'aspirazione a mettere le future controversie nelle mani di persone particolarmente stimate ed apprezzate, capaci, in quanto tali, di attuare pienamente le virtuose potenzialità del metodo arbitrale.

La designazione dell'arbitro, tuttavia, direttamente inserita nella scheda testamentaria, rappresenta, secondo parte della dottrina, una forma abusiva di esercizio dell'autonomia testamentaria, potendo, questa, giungere ad imporre l'obbligazione di compromettere in arbitri, dovendo poi lasciare ai successori, eventualmente coinvolti in una lite, di eleggere liberamente i propri giudici privati³⁷⁶. Tale libertà assurgerebbe, invero, a condizione irrinunciabile, senza la quale il compromesso resterebbe privato di un elemento essenziale così da costringere, in mancanza della scelta, a ricorrere all'autorità giudiziaria³⁷⁷.

L'esistenza della specifica disciplina contenuta negli artt. 810-815 c.p.c. relativa alla nomina, sostituzione, accettazione e ricusazione degli arbitri, impedirebbe poi di accogliere la positiva ricostruzione di altra dottrina³⁷⁸ tesa ad ammettere tale diretta designazione sulla base di una sua valutazione in termini di *mandatum post mortem exequendum*, figura considerata valida per la sua compatibilità col divieto dei patti successori (non avendo ad oggetto attribuzioni patrimoniali a terzi) e capace di un'efficacia *post mortem* perchè il potere è conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi e, perciò, rientrando nella previsione dell'art. 1723 2° cod. civ.

In realtà è possibile rilevare come sia proprio una disposizione di legge, quale l'art. 810 ult. co. c.p.c., a contemplare espressamente la possibilità di una nomina da parte di terzi e ad autorizzare, pertanto, il riferimento anche ad un'indicazione di fonte testamentaria.

In senso negativo va invece risolto il quesito inerente la possibilità di investire del ruolo di arbitro colui che già assuma quello di esecutore testamentario³⁷⁹. La conclusione trae partito dagli artt. 703 e 704 cod. civ. in virtù dei quali all'esecutore compete il potere di agire in giudizio onde ottenere l'esatta esecuzione del testamento oltre che l'obbligo di partecipare alle liti promosse contro l'erede durante il periodo della sua gestione. Apparirebbe, pertanto,

³⁷⁶ CUGUSI, *La clausola arbitrale nel testamento*, cit., p. 427 ss.; PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., p. 116 ss.

³⁷⁷ CUGUSI, op. cit., p. 429.

³⁷⁸ CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p. 187.

³⁷⁹ FESTI, *Testamento e devoluzioni ad arbitri delle liti tra successori*, cit., p. 824.

incongruo nominare giudice chi, per la stessa lite, vanta un autonomo diritto di azione, pur se strumentale alla tutela di un interesse non personale³⁸⁰.

Nella stessa direzione ci si orienta ragionando sulla circostanza che se il legislatore si è specificamente preoccupato di conferire all'esecutore la rappresentanza processuale (art. 704 cc.) e la facoltà di divisione (art. 706 cc), ma nulla ha disposto riguardo alla facoltà di arbitrato, è da pensare che ciò non rientrasse nei suoi intenti.

Critico, altresì, è capire se la clausola arbitrale testamentaria possa in sé contemplare anche la tipologia di arbitrato da imporre ai successori: quella rituale o quella irrituale. Parte della dottrina lo esclude relativamente all'arbitrato rituale sostenendo come la disciplina di cui agli artt. 806-831 c.p.c e la natura propria di questa figura debbano dirsi incompatibili con l'inserzione nel negozio di ultima volontà. Infatti, il carattere tipicamente pubblicistico della procedura sollecita degli adempimenti indicati dalla legge che non potrebbero attuarsi in un contesto come quello testamentario³⁸¹.

Posizione più aperta è quella di chi, pur rilevando come tale istituto sia sottoposto alle regole inderogabili stabilite dall'ordinamento per i giudizi e disciplinato, per alcuni profili, in modo differente dall'arbitrato rituale - attesa l'insuscettibilità di una omologa giudiziale e la diversità dei mezzi di impugnazione - non ritiene, tuttavia, che ciò basti a negare una derivazione testamentaria dell'arbitrato. Contro tale ricostruzione non varrebbe invocare la tesi che ravvisa nel lodo irrituale un'indole contrattuale, inconciliabile col divieto dei patti successori o col principio di personalità, in quanto, tale caratteristica apparterrebbe solo ad alcuni atti del procedimento e, precisamente, a quelli con cui le parti, in fase di avvio, si accordano per incaricare gli arbitri della lite. Gli ulteriori comportamenti, invece, rientrerebbero in una logica di contrapposizione e non più di convergenza³⁸².

³⁸⁰ E' affermazione condivisa in dottrina e giurisprudenza, quella che riconosce nell'incarico dell'esecutore testamentario un ufficio di diritto privato. Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., vol. III - Parte seconda, p. 282; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., p. 407 ss.; NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1969 p. 340 ss.; TRIMARCHI, voce *Esecutore testamentario (diritto privato)*, in Enc. dir., Milano, 1966, vol. XV, p. 393; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p.597; MANCA, *Degli esecutori testamentari*, in Comm. cod. civ. diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e donazioni*, Firenze, 1941, p. 635; BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, cit., p. 436. In giurisprudenza: Cass. 24 aprile 1965, n. 719, cit. e Cass. 16 marzo 1977, n. 1044; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 556.

³⁸¹ CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p. 184.

³⁸² FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri*, cit., p. 821-822 il quale aggiunge come, ove al cd. arbitro irrituale venisse attribuito il potere di imporre ai successori in lite una transazione dal contenuto indefinito, la clausola testamentaria sarebbe nulla, implicando il deferimento ad una persona diversa dal testatore del potere di stabilire l'assetto successorio; il terzo, infatti, risolverebbe liti ereditarie mediante attribuzioni o rinunce determinate con assoluta libertà. Tale motivo di nullità ricavabile dagli artt. 631 e 632 si aggiungerebbe, peraltro, a quello, comune alla clausola compromissoria « transattiva », imperniato sulla violazione del principio generale di indisponibilità del futuro diritto di agire in giudizio

Merita, infine, soffermarsi sulla necessità di articolare il contenuto della clausola arbitrale in modo conforme a quanto disposto dall'art. 549 cod. civ. Tale norma, come noto, interdice al testatore di erodere i diritti riservati dalla legge ai legittimari mediante l'imposizione di pesi o condizioni. L'espressione è valutata in termini ampi, ricomprensivi di ogni strumento idoneo a incidere riduttivamente sulla consistenza della posizione successoria di costoro e, dunque, non solo delle disposizioni condizionali o modali strettamente intese³⁸³.

Prudentemente, parte della dottrina, non ha dubbi nell'affermare come anche una simile clausola rappresenterebbe un peso non tollerabile ai sensi dell'art. 549 cod. civ. in grado di innescare l'operatività della relativa tutela³⁸⁴.

Diversamente conclude chi nega che la semplice previsione di una competenza arbitrale costituisca di per sé una forma di lesione dei diritti in commento³⁸⁵. A ben vedere, infatti, l'effettiva incidenza di simile clausola sulle ragioni di tali successori, con riferimento ai possibili esiti della composizione arbitrale, non potrebbe mai dirsi lesiva atteso che, ove la lite venga correttamente risolta, la quota riservata rimarrà intatta, mentre quando ciò non accada, a causa di incongrua decisione, resterà sempre possibile impugnare il lodo in giudizio per violazione di norme inderogabili.

La clausola arbitrale, pertanto, non attenterebbe affatto al disposto dell'art. 549 cod. civ. rappresentando, semmai, un modo per assicurarne l'ossequio.

Quanto detto troverebbe conforto anche nel dato normativo consegnato all'art. 733 cpv. cod. civ. ove, consentendosi al testatore - pur con il limite della manifesta iniquità - il deferimento ad un arbitratore della composizione delle quote (compresa la legittima) e/o la stima dei beni rientranti nelle stesse³⁸⁶, sembrerebbe logicamente ammettersi anche il ricorso ad arbitri per risolvere controversie generate dalle determinazioni del testatore o dalla sua stima³⁸⁷.

4. La configurazione della disposizione arbitrale sotto forma di condizione.

³⁸³ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in Tratt. dir. civ. e comm., già dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1992, III ed., pp. 89-90.

³⁸⁴ BONILINI, *Autonomia testamentaria*, cit. p. 633.

³⁸⁵ FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri*, cit., p. 824-826

³⁸⁶ Nel senso che l'art. 733 cpv. cod. civ. autorizzi il testatore ad affidare ad un terzo non solo la stima dei beni, ma anche la determinazione delle porzioni da assegnare a ciascun partecipante alla comunione ereditarie: MENGONI, *Divisione testamentaria*, pag. 162.; CICU, *Successioni*, n. 174, pag. 472, che argomenta dall'art. 706; D'ONOFRIO, *Della divisione*, in Commentario del codice civile D'Amelio e Finzi, sub. art. 280, Firenze, 1941, pag. 682; Cass., 24 marzo 1956, n. 844, in Foro it., 1956, I, 826; Cass. 12 dicembre 1970, n. 1403, in Foro it., 1970, I, 2399; Cass. 23 giugno 1972, n. 2107, in Giust. civ., 1972, I, 1503; *Contra*, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 774 ss.

³⁸⁷ FESTI, op. cit., p. 825-826.

Una volta prospettata la deducibilità della clausola arbitrale all'interno del testamento, emerge l'esigenza di valutare quale concreta conformazione essa possa assumere.

La questione interessa, anzitutto, l'impiego della veste condizionale, in grado di assicurare un decisivo impatto in termini di efficacia sull'autonomia dei destinatari, superando così le incertezze, altrimenti esistenti, sull'effettiva vincolatività della disposizione. Così congegnata, la volontà del testatore sarebbe del tutto lecita e diverrebbe, una volta accettata, pienamente impegnativa.

Riguardo ad una condizione di tipo sospensivo, il suo impiego desterebbe più di una perplessità in termini di validità. In tal caso, ancorandosi l'efficacia della disposizione all'adozione del metodo arbitrale e, quindi, alla preventiva insorgenza di una lite, si è paventato il rischio di stimolare la litigiosità dei chiamati i quali si vedrebbero invogliati ad instaurare il contenzioso e a sottoporlo ad arbitri col solo scopo di conseguire il lascito. Il pericolo si sostanzierebbe nella promozione di richieste infondate e temerarie contrastanti con l'art. 96 c.p.c. e col principio generale di economia dei giudizi così da far propendere per la nullità della clausola³⁸⁸.

In realtà, la plausibilità di un simile condizionamento va ineluttabilmente esclusa in ragione della sua assoluta impossibilità. Se è vero, infatti, che la delazione è sospensivamente legata al maturare di una lite ereditaria ed al suo componimento in via arbitrale, non si vede come, prima di questo momento, il chiamato possa legittimamente accettare o comunque fare propria l'attribuzione *mortis causa*, divenendo successore a titolo universale o particolare³⁸⁹. In assenza di un tale presupposto soggettivo, invero, giammai potrebbe configurarsi una vertenza di indole ereditaria e dunque intravedersi la possibilità di un avveramento della *condicio*.

³⁸⁸ Lo spunto è di FESTI, op. cit., p. 826, il quale non estende le conseguenze dell'illecito condizionamento al restante regolamento testamentario, non ritenendo il motivo sottostante unico e determinante ex artt. 626 e 634 cod. civ.

³⁸⁹ Ciò in coerenza con quanto assume la dottrina prevalente, secondo la quale non è dato riconoscere in questi casi una delazione attuale, ancorché condizionata, ma, semmai, solo un'aspettativa di delazione. Depongono in tal senso l'art. 480 cod. civ. che al 2° comma stabilisce che il termine prescrizione per accettare decorre non dal giorno dell'apertura della successione, ma da quello in cui si verifica la condizione e l'art. 642 cod. civ. che, in caso di istituzione sotto condizione sospensiva, assegna l'amministrazione dei beni ereditari a particolari soggetti coinvolti nella successione (sostituiti ordinari, coeredi con, diritto di accrescimento, eredi legittimi), sottraendo così all'istituto i poteri che ad ogni delato sono conferiti dall'art. 460. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 71; CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, p. 246; GROSSO-BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, in Tratt.dir. civ. it., diretto da Vassalli, Torino, 1977, p. 162 ss.; NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1969, p. 315 ss.; BARBERO, *Sistema istituzionale*, cit., p. 878; L. COVIELLO jr., *Lezioni di diritto successorio*, Bari, 1958, p. 30 ss.; TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, Milano, 1954, p. 18 ss.

Sull'adoperabilità di una condizione risolutiva, ci si esprime favorevolmente ove si colga la perfetta armonia con il sistema dei traffici giuridici dove il ricorso allo strumento arbitrale appare del tutto normale³⁹⁰.

In particolare la forma risolutiva garantirebbe un meccanismo rafforzativo in capo alla disposizione operando, mercè l'efficacia reale che l'è propria, in termini sanzionatori contro le ipotesi di violazione della volontà testamentaria diretta a indirizzare i successori sulla via arbitrale.

Il ricorso a simile condizione può porre dinanzi al problema di quale sia la sua incidenza ove questa sia concepita dal *de cuius* a carico di un solo successore³⁹¹, nell'ipotesi in cui gli altri chiamati non acconsentano alla soluzione arbitrale, impedendo così il suo avveramento nonché la sua efficacia. Sembra auspicabile, in simili circostanze, adottare un congruo criterio ermeneutico idoneo ad evitare la perdita del beneficio in capo a chi, pur adoperandosi per veder avverata la *condicio*, mediante manovre di convincimento sulla controparte, non riceva, da quest'ultima, collaborazione. Occorrerebbe, cioè, ravvisare nell'evento futuro e incerto voluto dal testatore, non tanto il fatto oggettivo della conclusione del patto compromissorio o della devoluzione ad arbitri, ma il comportamento del successore che abbia diligentemente compiuto tutto quanto era in suo potere per condurre la lite dinanzi ad arbitri³⁹². Un diverso esito, per giunta, non potrebbe che dar vita ad un'illecita pressione sul destinatario, il quale, spinto dal rischio di perdere l'attribuzione, rinunzierebbe a difendersi dalle pretese degli altri successori anche quando ingiuste o capricciose.

Altro orientamento ha però negato la liceità di una condizione testamentaria di arbitrato a cagione della sua attitudine a produrre una rinuncia non spontanea, bensì forzata, alla giurisdizione ordinaria³⁹³. La condizione, invero, si colorerebbe qui di illiceità sottacendo un

³⁹⁰ FESTI, cit., p. 827 ss. per il quale la sanzione dell'illiceità di cui all'art. 634 riguarderebbe le condizioni testamentarie con cui il *de cuius* cerca di limitare la libertà del chiamato all'eredità nell'esercizio delle scelte fondamentali della persona.

³⁹¹ Ciò non sarebbe possibile per la previsione testamentaria di arbitrato dove il riconoscimento della validità è strettamente legato al ricorrere di almeno due destinatari, senza i quali una previsione che abbia lo scopo di creare automaticamente il vincolo arbitrale non avrebbe senso. Al contrario, l'evento condizionale della devoluzione di controversie ad arbitri o della conclusione con altri successori di un patto compromissorio, è astrattamente realizzabile anche indipendentemente dal comportamento altrui.

³⁹² Si esprimono a favore di una tale modalità di funzionamento della condizione mista: BARBERO, voce *Condizione (dir. civ.)*, in Noviss. dig. it., III, Torino, 1959, p. 1105; RESCIGNO, voce *Condizione (dir. vig)*, cit., p. 798 ss.; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 435 ss.; Cass., 18 gennaio 1951, n. 133, in Giur. it., 1951, I, 1, c. 97 ss.

³⁹³ MORTARA, *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923, p.104; TOTI, *Condizione testamentaria*, cit., p. 461. In senso contrario BONILINI, *Le successioni mortis causa e la civilistica italiana. La successione testamentaria*, in Nuova giur. civ. comm., 1997, II, p. 228; ID., *Autonomia testamentaria*, cit., p. 633 ss.; BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, cit., p. 844.

fine non tutelabile dall'ordinamento. Ne conseguirebbe, in presenza dei relativi presupposti, il richiamo agli artt. 626 e 634 cod. civ.

5. *Le ulteriori configurazioni in termini di legato di contratto e di modus. I possibili strumenti di rafforzamento del disposto.*

Il desiderio del testatore di assicurarsi una composizione arbitrale della liti ereditarie viene analizzato non solo nella forma di una previsione direttamente vincolante per i successori, ma anche nella prospettiva dell'imposizione agli onerati a stipulare un compromesso in arbitri nel momento in cui diverrà attuale una controversia. Ciò si risolve nel reciproco riconoscimento tra le parti del diritto potestativo a chiedere la stipula del compromesso³⁹⁴ rimettendo, in tal modo, ai successori, lo svolgimento di un'attività negoziale *post mortem*. Tale fattispecie è stata ricostruita in termini di legato di contratto³⁹⁵, incontrando, però, più di un rilievo critico. Si è, infatti, osservato come, per tale via, si contraddirebbe all'essenza stessa del legato, concepito dal legislatore come disposizione normalmente diretta ad attuare una liberalità mediante l'attribuzione al beneficiario di diritti specificamente determinati. La disposizione arbitrale, invece, opererebbe come limite all'attribuzione andando a tutelare un interesse del testatore più che dei suoi successori e spingendo, piuttosto, la figura verso una qualificazione in termini di *modus*³⁹⁶.

Ulteriore ostacolo alla ricevibilità di simile assunto risiederebbe nella natura fiduciaria del rapporto tra arbitri e parti che sembra non lasciare spazio all'adoperabilità della figura in

394 PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, cit., p. 114; REDENTI, *Diritto Processuale*, cit. p. 789 s.; BONILINI, *Autonomia testamentaria*, cit., p. 633.

395 PARDINI, op. cit., p. 114; CUGUSI, *La clausola arbitrale nel testamento*, cit., p. 516 ss. Circa la figura del legato di contratto, essa si inserisce nell'ambito dei legati di comportamento negoziale e si atteggia come la disposizione testamentaria con cui commettere all'onerato di concludere, o far concludere, un determinato contratto con il legatario. Conseguisce, in capo al beneficiario, la nascita di un diritto di credito cui corrisponde un'obbligazione di *facere* dell'onerato. Contributi dottrinari più risalenti in C. SCUTO, *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*, in Riv. dir. civ., I, 1916, p. 77 ss.; A. BRUNETTI, *Legato di un contratto*, in Foro veneto, 1926, p. 49 ss.; C. FADDA, *Legato del diritto di continuare una locazione*, in Filangieri, 1894, I, p. 228 ss. Più di recente, v. A. TRABUCCHI, voce *Legato (diritto civile)*, cit., p. 608 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. II, cit., p. 638; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, II ed., cit., p. 614 ss.; C. MURGIA, *In tema di negozio di attuazione di obbligazione testamentaria ex legato di contratto*, in Giur. merito, 1976, IV, p. 269 ss.; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*, 4, 2, *Le successioni a causa di morte*, cit., p. 180 ss.; E. NAPOLI, *Il legato di contratto*, in Rass. dir. civ., 1983, p. 738 ss.; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 161 ss.; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., spec. p. 18 ss. e p. 108 ss. In giurisprudenza: Cass., 5 novembre 1955, n. 3597, in Foro pad., 1955, I, c. 1369 ss., ai sensi della quale, ben può formare oggetto di legato l'attribuzione del diritto di pretendere dall'onerato la stipulazione di un negozio. *Contra*, App. Genova, 14 aprile 1893, in Foro it. Rep., 1893, voce *Successione*, c. 1346, n. 144.

³⁹⁶ BONILINI, op. cit., p. 636.

commento. Inoltre, dovendo qui l'onerato stipulare il contratto necessariamente con uno dei successori, verrebbe meno la sua tipica libertà a scegliere persone diverse da quelle indicate dal *de cuius*³⁹⁷.

La necessità, per il successore che volesse convenire la controparte davanti agli arbitri, di chiedergli preventivamente la stipula del negozio compromissorio e, in caso di rifiuto, di promuovere dinanzi al giudice ordinario l'azione *ex art. 2932 cod. civ.*, produrrebbe, a detta di certa dottrina, un appesantimento delle procedure tale da rendere, sul piano pratico, poco appetibile e ragionevole l'impiego di un simile strumento a dispetto di una clausola in grado di vincolare automaticamente gli eredi e legatari³⁹⁸.

Alla luce di questi rilievi si approda, secondo altra interpretazione³⁹⁹, al riconoscimento della disposizione arbitrale testamentaria quale *modus* congegnato, mediante la sua apposizione ad un'istituzione di erede o di legato, per la realizzazione di un interesse riferibile principalmente al *de cuius*. Costui mirerebbe, così, a veder garantite tutte le vantaggiose prerogative che competono alla procedura arbitrale e ad appagare le aspirazioni che in essa trovano risposta quali, ad esempio, la celerità del procedimento, la riservatezza, la fiducia e la considerazione della persona dell'arbitro oltre che della sua particolare premura nella valutazione degli aspetti più personali e intimi coinvolti nelle vicende sottopostegli.

Per effetto di tale disposizione gli onerati si trovano a dover stipulare un compromesso arbitrale onde adempiere alla relativa obbligazione e accedere alla procedura indicata. Ciò, recando con sé oneri finanziari generalmente maggiori rispetto a quelli dell'ordinaria giustizia, si traduce in una restrizione del vantaggio erogato con l'attribuzione *mortis causa*.

All'apertura verso la natura modale consegue il richiamo di specifiche norme quali l'art. 648 cod. civ., in tema di risoluzione della disposizione per l'inadempimento dell'obbligazione modale o l'art. 647 ult. cpv. cod. civ. circa l'onere impossibile o illecito che si ha per non apposto, salvo rendere nulla la disposizione ove abbia rappresentato motivo unico e determinante.

Ove, in conclusione, non si accolga l'estrema tesi di considerare sempre e comunque illecita la clausola arbitrale, determinando così l'applicazione degli artt. 634 cod. civ. (nel caso di condizione) e 647 cod. civ. (nel caso di onere), spetterà all'interprete valutare concretamente

³⁹⁷ TOTI, *La condizione testamentaria*, cit., p. 458, nota 1150, la quale nega, peraltro, in caso di una prestazione coercibile, l'applicabilità dell'art. 2932 cod. civ. o della tutela risarcitoria attesa l'indisponibilità della prestazione di cui all'obbligazione oggetto della clausola arbitrale (diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost.).

³⁹⁸ FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri*, cit., p. 832 ss.

³⁹⁹ BONILINI, *Autonomia testamentaria*, cit., p. 136 ss. GOGLIOLO, *La clausola arbitrale nei testamenti*, cit., p. 280 ss.; REDENTI, voce *Compromesso*, cit., p. 789; CANDIAN, *La funzione sanzionatoria*, cit., p. 188;

il reale tenore del *volumen* testamentario onde riconoscergli una parziale o totale legittimazione e capacità regolamentativa dei rapporti *post mortem*.

Giova a questo punto valutare come, accanto alle conseguenze che la legge può variamente riannodare al disattendere della disposizione arbitraria da parte dei successori a seconda della configurazione impressa, se ne possano ipotizzare delle ulteriori, aggiuntive o alternative alle prime e predisposte dal testatore per spronare all'adempimento o sanzionare la sua violazione. E' verosimile, infatti, la preoccupazione a non veder sminuito il significato della clausola ad esortazione di impronta meramente morale, potenzialmente, poco persuasiva.

L'adoperabilità di una clausola di decadenza, invero, determinerebbe il venir meno del lascito a seguito del ricorso al giudice ordinario anziché a quello privato e la sua ammissibilità è assunta da chi sottolinea la natura privata e disponibile degli interessi coinvolti tali da escludere il pericolo di una abusiva pressione sulle libertà fondamentali del soggetto obbligato⁴⁰⁰. Più precisamente, si osserva, non sussisterebbe una reale costrizione del successore di conformarsi al volere testamentario potendo questo divenire vincolante solo in un'adesione spontanea e ragionata del chiamato, cui sottende la sua avvenuta conoscenza e valutazione⁴⁰¹.

In tale contesto altra dottrina⁴⁰² ritiene non possa non richiamarsi la penale che, forte della sua idoneità a stimolare l'adempimento dietro la prospettiva che, in caso contrario, il suo pagamento sarà dovuto anche senza dimostrare un danno effettivo, ben può rivelarsi utile allo scopo su cui si va ragionando⁴⁰³. In effetti, l'assenza di un soggetto particolarmente interessato alla puntuale esecuzione della disposizione indurrebbe a coglierne una sua certa debolezza e, conseguentemente, ad avvertire l'esigenza di un suo rafforzamento, il quale,

⁴⁰⁰ PARDINI, *La clausola arbitraria testamentaria*, cit., p. 116; CANDIAN, *La funzione sanzionatoria*, cit., p. 188;

⁴⁰¹ Vista la comune attitudine a precludere il ricorso all'autorità giudiziaria, la questione sarebbe affiancabile a quella sull'ammissibilità del meccanismo decadenziale applicato al divieto di impugnazione del testamento. PARDINI, op. cit. p. 188.

⁴⁰² BONILINI, *Autonomia testamentaria*, cit., p. 136.

⁴⁰³ Sull'utilizzabilità di una penale testamentaria si ricorda come la dottrina appaia divisa. Alcuni autori (MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 92 ss.; GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, in *Contratti in generale* diretto da Alpa e Bessone, in Giur. sist. dir. civ. e comm., fondata da Bigiavi, Torino, 1991, vol. III, p. 416) abbracciano una posizione negatrice facendo leva sulla insuperabile bilateralità di tale istituto, la cui tipicità all'interno della categoria delle sanzioni, peraltro, ne impedisce un'estensione al di là del caso previsto. Si esige, cioè, la dichiarazione dell'onere, affinché questi contribuisca alla formazione del negozio sanzionatorio. La dottrina prevalente (per tutti, BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., p. 163), invece, sembra aperta all'ammissibilità della figura negando la necessaria bilateralità del negozio dispositivo della sanzione, atteso che il consenso del soggetto passivo, sia pure implicitamente, verrebbe espresso con l'accettazione dell'eredità o con la mancata rinuncia al legato. Con l'accettazione di eredità, infatti, verrebbe recepita l'intera situazione giuridica (attiva e passiva) disposta per testamento, comprensiva, pertanto, anche delle eventuali sanzioni rafforzative.

meglio potrà attuarsi se, accanto alla predisposizione della penale, sia indicato anche colui che dovrà profittarne.

Da ultimo, non può sottacersi come la nomina di un esecutore testamentario, tipicamente deputato all'esecuzione totale o parziale del regolamento testamentario, ben possa rappresentare valido contributo anche per l'attuazione della disposizione arbitrale.

Sezione V
IL POTERE DI DISPOSIZIONE *MORTIS CAUSA*

SOMMARIO: 1. L'art. 692 cod. civ. e la tutela della libertà di disposizione *mortis causa* degli eredi e legatari. – 2. La c.d. clausola captatoria e le lesioni al potere di disporre *mortis causa* – 3. La sorte della disposizione captata. Le soluzioni proposte.

1. L'art. 692 cod. civ. e la tutela della libertà di disposizione mortis causa degli eredi e legatari.

L'eventualità che il testamento possa essere impiegato, oltre che per governare la propria successione ereditaria, anche per organizzare in tutto o in parte quella dei soggetti istituiti - attendendo, così, alla loro libertà testamentaria - ha giustificato, da parte del legislatore, la predisposizione di due previsioni normative: l'art. 692 e l'art. 635 cod. civ. ai quali sembra far eco, a livello europeo, l'art. 17 della Carta di Nizza. In tale ultima norma, infatti, si evidenzia una concezione strettamente individualistica del diritto di proprietà in nome della quale si assicura ad ogni individuo il diritto di godere dei beni che si sono legalmente acquistati, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità.

La prima di tali disposizioni assume certamente un ruolo primario in quanto statuisce, in via generale, il divieto di sostituzione fedecommissaria ovvero il divieto di imporre alla persona designata quale proprio erede, l'obbligo di conservare quanto ricevuto per restituirlo, alla sua morte, ad altra persona indicata nel proprio testamento⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ Tra i numerosi contributi esistenti in letteratura si veda: AZZARITI, *Sostituzione fedecommissaria e sostituzione volgare*, in *Giur. mer.*, 1983, p. 14 ss.; ID. *La sostituzione fedecommissaria*, in *Trattato di dir. priv.* Diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1984, p. 303; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit. p. 359; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., sub art. 692 c.c.; FERRARI, *La sostituzione ordinaria*, in *Trattato di dir. priv.* Diretto da P. Rescigno, VI, *Successioni*, 2, Torino, 1982, p. 287 ss.; ALLARA M., *La*

Sotto la vigenza del codice abrogato, l'art. 899 vietava qualunque disposizione con la quale l'erede o il legatario fosse stato gravato, con qualsivoglia espressione, di conservare e restituire ad una terza persona, anche se la norma successiva sanciva che la nullità della sostituzione fedecommissaria non era di pregiudizio alla validità della istituzione di erede o di legato a cui era aggiunta. Il fedecommissario, dunque, fu vietato in quanto considerato contrario alla legge e all'ordine pubblico, mentre la clausola di sostituzione fu considerata come non apposta, alla pari delle condizioni illecite ed impossibili⁴⁰⁵.

Con il passaggio al codice si ammisero alcune, limitate forme di sostituzione fedecommissaria⁴⁰⁶, ma si decretò, attraverso l'art. 692 4° comma cod. civ., la nullità di ogni

proprietà temporanea, in Circ. giur., 1930; AMATO-MARINARO, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Camerino, 1979; AZZARITI - ARTINEZ - AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973; BENEDETTI, *Delle sostituzioni*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, V., Padova, 1992; BERNARDINI, *Sostituzione fedecommissaria*, in Riv. not., I, 1993; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit.; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977; CASULLI, voce "Sostituzione ordinaria e fedecommissaria", in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, 1970, p. 970 ss.; DE CUPIS, *Postilla sul nuovo diritto di famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 1975; GIANTURCO, *Delle fiducie nel diritto civile italiano*, in *Opere Giuridiche*, I, Roma, 1947; JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1984; LUMINOSO, voce *Sostituzione (diritto vigente)*, in *Enc. del dir.* XLIII, Milano, 1990, p. 141; MORETTI, *La sostituzione fedecommissaria*, in *Rassegna di diritto civile*, 1981; NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano, 1949; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975; PIRAS, *La sostituzione fedecommissaria nel diritto civile italiano*, Milano, 1952; RESCIGNO, *Successioni e donazioni*, a cura di Pietro Rescigno, Padova, 1994; RICCA, voce "*Fedecommissario*", in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1986; RUSCELLO, *Sostituzione fedecommissaria e tutela dei diritti dei legittimari: un'ipotesi di conflitto da risolvere*, in *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 108 ss; CARTONI MOSCATELLI, *La sostituzione ordinaria*, in *Le successioni testamentarie*, a cura di BIANCA, in *Giur. sist. Civ. e comm.*, Torino, 1983, p. 387 ss.

⁴⁰⁵ Lunga è la tradizione di questo istituto. Concepito nel diritto romano e impiegato per consentire la conservazione del patrimonio familiare, conobbe la massima espressione nell'età medievale. Largo sviluppo, peraltro, venne raggiunto nel diritto intermedio, durante il quale, alla finalità originaria, si aggiunse quella, ulteriore, di consentire il trapasso del patrimonio familiare ad un solo membro della famiglia stessa: se il testatore voleva che i beni non uscissero dalla famiglia, niente impediva che essi fossero trasmessi ad uno solo dei figli o degli eredi, rendendo, in tal modo, il patrimonio anche indivisibile. A partire dagli inizi del XVI sec., poi, il fedecommissario acquistò sempre maggior favore, avendo assunto una struttura corrispondente alla propria funzione economico-sociale: l'organismo familiare tendeva ad essere sempre più l'elemento portante della società in decadenza e il fedecommissario "individuo", indirizzato cioè al primogenito maschio — evitando non solo l'uscita del patrimonio dalla famiglia, ma anche il suo frazionamento — rappresentò il massimo grado di sviluppo dell'istituto. Nel XVIII secolo, peraltro, il movimento di idee a favore della libera disponibilità dei beni, e di forte contrasto a tutto ciò che ostacolava la loro libera commerciabilità, non poté che investire il fedecommissario in tutte le sue forme: si ebbe, dunque, una progressiva limitazione dell'istituto fino ai primi provvedimenti a carattere generale, volti a vietare l'istituzione di nuovi fedecommissari e lo scioglimento di quelli esistenti. I medesimi provvedimenti restrittivi furono poi dettati dal *Code Napoléon*, negli artt. 896-1040-1121, e furono estesi anche all'Italia, dopo la conquista delle truppe francesi, anche se il rigore fu attenuato dalla presenza di alcune deroghe: la sostituzione fu ammessa per un grado, a favore dei nipoti, in linea retta e collaterale, nati e nascituri, nei beni costituenti la disponibile: MORETTI, *La sostituzione fedecommissaria*, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da BONILINI, Milano, 2009, p. 1786;

⁴⁰⁶ Si tratta del fedecommissario familiare e del fedecommissario di beneficenza. Tali aperture furono motivate, come si legge nella Relazione al Progetto definitivo del Codice stesso, con la necessità di conciliare le esigenze della libera circolazione dei beni con un maggiore ossequio della volontà del defunto, ritenendosi l'assoluta censura di qualsiasi forma di sostituzione fedecommissaria in contrasto non solo con la politica demografica del Regime, ma altresì con tutte le provvidenze dirette a difendere e rafforzare economicamente il nucleo familiare.

disposizione mediante la quale il testatore avesse impedito all'erede di disporre per atto tra vivi o per atto di ultima volontà dei beni ereditari.

La Riforma del diritto di famiglia, attuata con la l. 19 maggio 1975, n. 151, ha prodotto un profondo mutamento dell'istituto riducendone in modo ragguardevole il campo applicativo e limitando la sua efficacia alla sola ipotesi del fedecommesso assistenziale⁴⁰⁷. L'ultimo comma dell'art. 692, poi, non è stato riprodotto nella sua precedente formulazione, con la conseguenza che oggi non può più individuarsi un'esplicita preclusione all'attività dispositiva per atto tra vivi, a fronte, invece, del permanere del divieto riguardo agli atti dispositivi *mortis causa* giusta il seguente disposto dell'attuale 5° comma dell'art. 692 cod. civ.: "in ogni altro caso la sostituzione è nulla".

Tale sintetica formulazione è stata riferita non solo all'ipotesi di sostituzione fedecommissaria vera e propria, ma anche a tutti quei casi in cui il testatore, mediante l'impiego di diversi strumenti giuridici, intenda compromettere la libertà testamentaria dell'istituto prescrivendogli l'obbligo di disporre *mortis causa* di tutti o parte dei beni ereditari ricevuti, a favore di persone da lui specificate.

Molteplici sono le fattispecie in concreto concepibili. Anzitutto si prospetta la possibilità di una previsione testamentaria attraverso la quale imporre all'erede o al legatario l'obbligo di trasmettere i cespiti ricevuti con conseguenti restrizioni non solo sulla loro autonomia testamentaria, ma anche sulla libertà dispositiva *inter vivos*, atteso l'obbligo di conservare e non disperdere le sostanze ereditate. Tale fattispecie può certamente essere ricondotta all'art. 692 cod. civ. per l'esistenza dei suoi elementi costitutivi. Ove, invece, si adottino atti diversi dal testamento, non potrà riconoscersi alcuna efficacia stante l'applicazione dell'art. 458 cod. civ. che sanziona con la nullità gli accordi tra vivi tesi a regolare successioni non ancora aperte ovvero a disporre o rinunciare a diritti ereditari provenienti da future successioni.

L'imposizione meramente verbale, inoltre, potrebbe assumere il valore di un'intesa fiduciaria *ex art. 627 cod. civ.* priva, in quanto tale, di una valida *causa obligandi* ossia di efficacia giuridicamente impegnativa e dotata, invece, di una idonea *causa solvendi*, vista l'impossibilità di ripetere, salvo il caso dell'incapace, quanto spontaneamente prestato⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ L'ammissibilità della sostituzione fedecommissaria nella sola ipotesi del congiunto inabile ha determinato il superamento dell'originaria funzione di conservazione e concentrazione del patrimonio familiare. Su tali profili: DE CUPIS, *Il fedecommesso assistenziale*, in Giur. it., 1983, IV, c. 129; BENEDETTI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di G. Carraio e G. Oppo, A. Trabucchi, I, 2, Padova 1977, p. 888 ss.

⁴⁰⁸ La fiducia testamentaria è fatta rientrare nel fenomeno dell'uso indiretto del negozio e consiste nell'affidamento di beni effettuato dal testatore all'erede o al legatario con l'intesa che questi trasmetta ad altri i beni stessi, in tutto o in parte. Tale figura risulta variamente interpretata dalla dottrina, essendo inquadrata ora nello schema dell'interposizione fittizia di persona, ora nell'interposizione reale e infine, come affermato dall'indirizzo prevalente, nel sistema delle obbligazioni naturali, in considerazione del fatto che ad essa è

La preclusione di cui all'art. 692 cod. civ. è estesa anche all'ipotesi in cui il *de cuius* si avvalga del meccanismo condizionale per stabilire che, apertasi la successione, ove l'istituito premuoia ad altro soggetto, quest'ultimo beneficerà del lascito al posto del primo. La nullità di una simile clausola *si paemoriar* lascia inalterata la posizione successoria dell'originario chiamato che godrà incondizionatamente dei benefici ereditari predisposti in suo favore.

Illecita, in quanto lesiva della libertà testamentaria dell'istituito, risulta essere anche la condizione che subordina l'efficacia della disposizione universale o particolare al fatto che il suo beneficiario disponga del lascito ricevuto in favore delle persone predeterminate dal testatore. Ove ciò sia il risultato di un accordo, sarebbe possibile invocare l'art. 626 cod. civ., richiamato dall'art. 634 cod. civ., onde invalidare, con la nullità, una volontà testamentaria non autentica nè spontanea. Ove, invece, si ravvisi il tentativo di forzare l'autonomia testamentaria del delato, potrà operare la regola sabiniana pura, mercè la quale si garantirebbe il duplice risultato di lasciare integra la libertà dispositiva minacciata e conservare comunque l'efficacia del lascito.

Diffusa nella pratica, poi, risulta l'istituzione ereditaria realizzata sotto la condizione potestativa di istituire a propria volta altro soggetto pre-individuato. Si tratta, a opinione di alcuni, di fattispecie governata mediante applicazione dell'art. 634 cod. civ. che consentirebbe la conservazione della disposizione pur se privata della originaria modalità condizionale. Anche senza di questa, infatti, l'attribuzione non cesserebbe di connotarsi per la sua indole gratuita. Secondo altra ricostruzione, invece, si individuerebbe qui, sulla base di un precedente patto di reciprocità fra i due testatori, una vera e propria condizione captatoria destinata, ex art. 635 cod. civ., a rendere nulla l'intera disposizione⁴⁰⁹.

La varietà di contenuto con cui le clausole impiegate dal testatore possono concretamente articolarsi non agevola il compito di assegnare un'esatta qualificazione giuridica alle

ricollegato l'identico e caratteristico effetto della *soluti retentio* di cui l'ordinamento riconosce suscettibili le obbligazioni naturali. Si veda: ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1947, p.79 ss.; TRESCA, *Fiducia testamentaria e obbligazioni naturali*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, III, p. 280 ss.; MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627c.c (Contributo allo studio dell'interpretazione di persona)*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 1955, p. 1057 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p.239 ss.; COSTANZA, *La disposizione fiduciaria*, in *Le successioni testamentarie (art. 624-712)*, coordinato da BIANCA, nella *Giur. sist. Civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino 1983, p. 15 ss.; AMBROSOLI, *Sub art. 627*, in *Cod. civ. ipertes*, a cura di Bonilini-Confortini-Granelli, t. I, Torino, 2005, II ed., p. 977 ss.

⁴⁰⁹ AZZARITI, voce *Successione testamentaria*, cit., p. 851; CICU, *Il testamento*, cit., p. 203; *Contra*: TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 349, secondo la quale senza dubbio non si può richiamare l'art. 635 cod. civ., perché tale norma concerne soltanto la condizione di reciprocità, che appropriatamente ricorre quando il testatore, attraverso la clausola, persegue l'illecito scopo di essere lui stesso nominato erede o legatario nel testamento del proprio istituito o di altri e non quando intenda far beneficiare in via successoria, dal proprio onorato, altre persone.

possibili fattispecie. La stessa giurisprudenza⁴¹⁰, non di rado, addiviene, pel tramite di percorsi artificiosi, a soluzioni incerte quali quelle che ravvisano la presenza di mere raccomandazioni, prive di vincolatività giuridica o di condizioni improprie, giuridicamente inefficaci e inidonee a viziare l'intero testamento.

In verità, la formulazione con cui il testatore imponga di beneficiare determinate persone mediante disposizione *mortis casua*, non sempre avviene con l'esplicito impiego della clausola condizionale atteso che l'attribuzione in favore dell'istituto si presenta, il più delle volte, come immediata e definitivamente accordata fino alla sua morte, di talchè, coloro che vengono designati quali ulteriori beneficiari non potranno vantare una delazione universale o particolare sospensivamente condizionata, né una qualità di sostituti.

L'ampiezza della formula affidata all'art. 692 ult. co. cod. civ., tuttavia, consente di allargarne il raggio operativo verso tutte le molteplici forme che possono essere assunte dalle clausole restrittive della libertà testamentaria del chiamato. D'altronde, se è vero che attraverso questa norma si è inteso precludere il raggiungimento di un determinato risultato, considerato *contra legem* giacchè raggiungibile solo mediante il superamento dei limiti legali posti all'autonomia testamentaria, è anche vero che, aldilà dello strumento concretamente impiegato dal disponente, ciò che rileva ai fini della configurabilità o meno di una sostituzione fedecommissaria saranno gli effetti conseguenti all'impiego di un dato meccanismo.

Giova, inoltre, osservare come, restringendo l'applicazione dell'art. 692 ult. comma cod. civ. ai soli casi in cui emergano tutti i requisiti necessari alla configurazione di un vero e proprio meccanismo fedecommissario, ovvero la duplice delazione, l'*ordo successivus* e l'obbligo per il primo chiamato di conservare e restituire le sostanze al secondo chiamato, si andrebbe a mortificarne il ruolo che è, invece, quello di proteggere la libertà dispositiva per atto *mortis causa* dell'erede o del legatario contro ogni forma, diretta o indiretta, di coercizione e sopruso.

Minacce, in tal senso possono, ravvisarsi anche quando il vincolo imposto al chiamato sia soltanto parziale, non riguardando, cioè, tutti i beni ereditari. In simili casi si parla di fedecommissario *de residuo* o *de eo quod supererit*, alludendo a quelle ipotesi in cui il testatore,

⁴¹⁰ Cass. 24 novembre 1998 n. 11890, App. Venezia 1 dicembre 1948, in Giur. it., 1949, I, 2, 386; Trib. Viterbo 4 giugno 1985, in Giur. mer., 1986, I, 4; Cass. 5 luglio 1954 n. 2345, in Foro It., 1954, I, 1399, con nota di JEMOLO, *Condizione testamentaria che vitiatur et vitiatur*, in Foro It., 1954, I, p. 1399, nella quale l'imposizione, seppure parziale, in capo al delato, di trasmettere oltre alle sostanze ereditate, anche quanto spettante al beneficiario a titolo proprio, non è stata considerata una condizione vera e propria nel senso tecnico-giuridico, ma una "condizione impropria" priva di efficacia giuridica e di riflessi invalidanti per il testamento. Inoltre, non ravvisandosi qui l'indicazione precisa di conservare i beni ereditari ricevuti, non sarebbe stato possibile richiamare direttamente l'illiceità della sostituzione fedecommissaria di cui all'art. 692 cod. civ.

mediante la disposizione, non imponga l'obbligo di conservare, ma solo di restituire, in favore di soggetti da lui scelti, al sostituto, ciò che resta dei beni ereditari al momento della sua morte⁴¹¹. Dunque, l'istituto è libero di consumare senza limiti i beni ricevuti e di disporre liberamente *inter vivos* mediante atti gratuiti od onerosi. L'assenza di un obbligo di conservare, infatti, determina un'incidenza, in termini restrittivi, sulla sola capacità del delato di disporre per atto *mortis causa* e ciò attraverso, o l'imposizione di un obbligo di trasferimento per testamento o in base al meccanismo della duplice chiamata congenita alla sostituzione fedecommissaria⁴¹².

In passato, il trattamento riservato a tale figura da parte di dottrina e giurisprudenza, non ha sempre portato a soluzioni convergenti. La dottrina, ravvisando i presupposti della nullità, ha sempre assunto posizioni radicali di censura; la giurisprudenza, al contrario, ne ammise la validità in considerazione del fatto che mancasse qui, a motivare l'intervento dell'art. 692 cod. civ., un reale sacrificio della libertà di circolazione, senza contare che tale disposizione veniva ricostruita come subordinata alla condizione della permanenza di un residuo⁴¹³.

Successivamente, la riformulazione del testo di cui all'art. 692 cod. civ. giungendo all'ampia previsione di cui all'ultimo comma, ha portato a concludere per l'indubbia nullità del fedecommissario *de residuo* ritenendosi che anche la condizione di trasferire *mortis causa* ciò che rimanga del lascito, si ponga in contrasto col generale divieto introdotto dalla la norma⁴¹⁴.

⁴¹¹ Il c.d. *fedecommissario de residuo* si presenta come quella disposizione testamentaria con la quale il testatore consente all'istituto di disporre con atto tra vivi dei beni devolutigli, ma ne impedisce la trasmissione *mortis causa* ai suoi successori, nominando un successore per i beni che residueranno alla sua morte: BENEDETTI, *Delle sostituzioni*, Padova, Comm. al dir. di famiglia, vol. V, 1992, p. 888. Ricorre un'ipotesi di *fedecommissario de residuo* anche quando il testatore indichi come usufruttuario il beneficiario, cui consente di vendere i beni dell'asse, con la precisazione che alla sua morte i beni residuati si devolveranno a terzi in proprietà; il divieto delle sostituzioni fedecommissarie, si precisa, opererebbe anche se le facoltà di alienare, anziché essere concesse senza limitazioni, sia prevista per il solo caso che il beneficiario venga trovarsi in stato di bisogno: Cass. 22 febbraio 1980 n. 1285, in Giust. civ. Mass., 1980, 546; altra ipotesi di fedecommissario de residuo è stata individuata nel caso in cui al godimento dei beni ereditari attribuito dal testatore, era stata agganciata la facoltà di disporre, in caso di bisogno, con l'obbligo di trasmetterli per atto *mortis causa*, in favore di altri beneficiari. La previsione di un simile obbligo traslativo, da attuarsi per testamento a favore delle persone pre-individuate dal testatore, è stata valutata quale elemento pienamente significativo ai fini dell'applicazione dell'art. 692 cod. civ.: Trib. Bologna 12 giugno 1991, in Riv. not., 1993, 1308.

⁴¹² L'influenza di tali condizionamenti sulla libertà testamentaria dell'istituto determina la necessità di verificare se, nel testamento di quest'ultimo, siano state riversate o meno volontà spontanee e libere, soprattutto quando queste appaiano fedeli alle istruzioni fornite dal primo testatore.

⁴¹³ In senso favorevole alla validità della figura: Cass. 14 luglio 1924, in Foro it., 1925, I, c. 60 nella quale si afferma non solo la piena validità del fedecommissario *quod supererit*, ma anche che l'erede istituito sotto tale clausola può, senza limite alcuno, disporre per atto tra vivi dei beni ereditari quindi anche fino a spogliarsi della loro totalità; Cass. 5 agosto 1957 n.3304, in Giust. civ., 1957, 1874; App. Firenze 24 marzo 1942, in Foro it., 1942, I, 921; RECUPERO, *La disposizione superitaria nel testamento e l'art. 692 c.c.*, in Temi, 1954, p. 96 ss.; VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, IV, Napoli-Torino, 1909, p. 605 ss.

⁴¹⁴ Pur mancando, infatti, a seguito della riforma del diritto di famiglia, l'esplicita affermazione della nullità del fedecommissario *de residuo* disciplinato dal 4° co. dell'art. 692 cod. civ. vecchia formulazione, la nullità di tale ipotesi resta acquisita in base al divieto generale posto dall'attuale co. 5° dell'articolo in esame secondo il quale è nulla ogni sostituzione all'infuori di quella consentita. La validità del fedecommissario *de residuo* resta

Da quanto detto emerge l'opportunità di un utilizzo versatile e polivalente dell'art. 692 cod. civ. in grado di offrire adeguata protezione alla libertà testamentaria del delato, non solo quando a minacciarla operi una sostituzione fedecommissaria vera e propria o un fedecommissario *de residuo*, ma anche quando lo stesso risultato collegabile a tali figure voglia essere conseguito per mezzo di soluzioni alternative ed atipiche.

2. *La c.d. clausola captatoria e le lesioni al potere di disporre mortis causa.*

Tra gli strumenti idonei a restringere la libertà dispositiva *mortis causa* dei soggetti istituiti, rientra, indubbiamente, la condizione di reciprocità, disciplinata dall'art. 635 cod. civ.

Tale norma dichiara nulla "la disposizione a titolo universale o particolare fatta dal testatore a condizione di essere a sua volta avvantaggiato nel testamento dell'erede o del legatario".

Tradizionalmente, la previsione dell'integrale nullità della disposizione si presenta come un'espressa deroga legislativa alla disciplina generale delle condizioni testamentarie illecite di cui all'art. 634 cod. civ., in quanto, lungi dal considerare l'applicazione della regola sabiniana pura, si affida esclusivamente al principio *vitiatur et vitiat*.

Le ragioni di una simile disomogeneità sono state spesso ricollegate al diverso e più ristretto ruolo assunto dall'art. 635 cod. civ., il quale si limiterebbe a proteggere l'autonomia dispositiva del solo testatore che adoperi tale condizione nel proprio programma testamentario.

In realtà, l'invalidità della disposizione non scaturirebbe tanto dall'illiceità della condizione di essere istituiti da chi beneficerà del lascito - ritenendosi possibile che a guidare le volontà del disponente possa essere anche la considerazione di precedenti o successive delazioni in suo favore - quanto, piuttosto, dall'esistenza di un rapporto di interdipendenza tra le due

concepibile nei soli ristretti limiti di ammissibilità della sostituzione fedecommissaria e non anche in ipotesi ammesse, precedentemente alla riforma del 1975, quali il fedecommissario *de residuo* di beneficenza, con cui l'istituito era obbligato a trasmettere il residuo ad opere di beneficenza.

Sostengono l'illiceità della figura, tra gli altri: AZZARITI, *La sostituzione fedecommissaria*, Torino, Tratt. di dir. priv., II, 1982, p. 303 il quale evidenzia l'attitudine di una simile figura a orientare il comportamento del soggetto istituito susseguente all'acquisizione del lascito o nel senso di indurlo a sottrarre i beni ereditari al sostituto, anche mediante un loro sperpero o, al contrario, nel senso di ispirare l'impegno ad una loro gestione conservativa; COSATTINI, voce *Sostituzione fedecommissaria*, in Nuovo Dig. zt., XII, Torino, 1940, p. 642; BARASSI, *La successione per causa di morte*, cit., p. 298; TRABUCCHI, *L'inefficacia delle disposizioni sul residuo, suo fondamento e applicazioni nel tempo*, in "Giur. it.", 1961, I, 2, 751; BONILINI, *Il testamento*, cit., p. 39; In giurisprudenza: App. Cagliari, 15 luglio 1998, in Riv. giur. sarda, 1999, p. 681, con nota di CURTU, *Riflessioni in tema di sostituzione fedecommissaria*; Cass. 17 ottobre 1973, n. 2797, in "Foro it.", 1974, I, 2774; Cass. 26 giugno 1976, n. 251, 1977, I, 24; Cass. 26 luglio 1977 n. 3342; Cass. 22 febbraio 1980 n. 1285; Cass. 26 gennaio 1976 n. 251.

disposizioni, idonea ad incidere, dall'esterno, sul processo di libera formazione delle ultime volontà⁴¹⁵. L'adozione di una condizione di reciprocità, in altri termini, porterebbe ad imprimere sulle reciproche disposizioni un contenuto vincolato poiché da essa scaturirebbe sempre, per presunzione assoluta, un accordo tra i due testatori con cui impegnarsi vicendevolmente ad istituirsi. Si osserva, allora, come lo spazio per l'applicazione dell'art 634 cod. civ. e per il trattamento riconnesso alla regola sabiniana pura, viene qui precluso, non già dal tipo di *condicio* impiegata, la quale non sarebbe di per sé illecita, quanto dal fatto che da essa discenderebbe sempre la conclusione di un patto successorio, vietato ai sensi dell'art. 458 cod. civ.⁴¹⁶ Le lesioni alla spontaneità del volere testamentario, inoltre, verrebbero assunte quale dato certo in base ad una presunzione *iuris et de iure*, non occorrendo, all'uopo, una specifica attività di accertamento tesa a verificare il concreto impatto di simili meccanismi sulle volontà del *de cuius*.

La sola possibilità, pur non confortata da un concreto riscontro, che dietro la clausola di reciprocità si nasconda un accordo tra i testatori, tale da impegnarli vicendevolmente

⁴¹⁵ CICU, *Testamenti reciproci in atti separati*, in "Foro lomb.", 1937, I, 71; BIONDI, *Successione testamentaria*, cit. p. 530; GIANNATTASIO, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 280.

⁴¹⁶ L'individuazione di un simile patto porterebbe la sistemazione degli interessi *post mortem* su di un piano contrattuale e in un contesto negoziale *inter vivos*, mentre è noto come il fenomeno successorio possa avere quali uniche fonti regolamentative o la volontà del *de cuius* o la legge. Tale affermazione, nondimeno, va valutata alla luce della sempre più sentita ricerca di strumenti moderni e alternativi alle ordinarie forme di successione, in virtù della quale si è giunti ad introdurre, mediante la legge 14 febbraio 2006 n. 55, l'innovativa figura del *patto di famiglia*, la quale, pur strutturandosi come atto *inter vivos* e pur richiedendo, per la sua operatività, la presenza di determinati presupposti oggettivi e soggettivi, è in grado di creare assetti proprietari definitivi e, come tali, impermeabili ai meccanismi della collazione e della riduzione. Tale norma ha portato ad una rivisitazione del testo dell'art. 458 cod. civ. il quale si apre oggi disponendo che: "Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione".

Sulla materia di patti successorii si vedano i contributi di: LENZI, *Il problema dei patti successorii, tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in Riv. not., 1988., p. 1209 ss.; MARELLA, *Il divieto dei patti successorii e le alternative convenzionali al testamento*, in "Nuova giur. civ. comm.", 1991, II, p. 91 ss.; RUSCELLO, *Successione mortis causa e fenomeni "parasuccessorii"*, in "Vita not.", 1998, p. 70 ss.; DOGLIOTTI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e patti successorii*, in "Fam. e dir.", 1998, II, p. 293 ss.; RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successorii*, in "Vita not.", 1993, I, 1281 ss.; ANTONINI, *Il divieto dei patti successorii*, in "Studium iuris", 1996, I, p. 601; DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976., *passim*; DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in "Jus", 1999, p. 273 ss.; GABRIELLI, *Rapporti familiari, cit.*, p. 11 ss.; PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale, cit.* 13 ss.; ID., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successorii per la trasmissione della ricchezza familiare*, in "Vita not.", 1993, 9. 1228 ss.; ID., *Declino del divieto dei patti successorii, alternative al testamento e centralità del testamento*, in "Jus", 1997, II, p. 289 ss.; CACCAVALE-TASSINARI, *Il divieto dei patti successorii tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in "Riv. dir. priv.", 1997, p. 74 ss.; ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successorii*, in "Riv. dir. priv.", 1997, p. 5 ss. In giurisprudenza: Cass. 9 maggio 2000 n. 587 "Riv. not.", 2001, p. 226, con nota di MAZZONI, *Patti successorii: conferma di una erosione*; Trib. Gorizia 4 aprile 2000, in "Familia", 2001, 514;

all'istituzione, è stata ritenuta sufficiente a giustificare la nullità dell'intera disposizione captatoria⁴¹⁷.

Diversa ricostruzione è proposta da coloro che, pur invocando il disposto dell'art. 458 cod. civ., sottolineano come attraverso la condizione di reciprocità si andrebbe a sovvertire il principio della essenziale gratuità dell'atto testamentario innestandovi un meccanismo capace di trasformarlo in un atto a titolo oneroso. Ove, infatti, la disposizione sia stata concepita come vera e propria controprestazione di una futura e reciproca istituzione, verrebbe svilita ogni finalità liberale e si mirerebbe, verosimilmente, al solo raggiungimento di un illecito profitto⁴¹⁸. Ne deriva che la disciplina applicabile non potrà essere quella dell'art. 634 cod. civ., bensì quella dell'art. 1354 cod. civ.

A parere di altra dottrina, tuttavia, escludere l'applicazione dell'art. 634 cod. civ. per le disposizioni testamentarie sottoposte a condizione di reciprocità, dettando per esse una disciplina differenziata, rappresenta soluzione non condivisibile. Ragionando nei termini criticati, si giungerebbe all'iniquo risultato di costringere il testatore, anche ove questi non fosse stato a conoscenza dell'illiceità della disposizione, così come da costui condizionata, a vederla integralmente cadere. Viepiù, non apparirebbe comprensibile la scelta legislativa tesa ad attuare un trattamento differenziato, sul piano della disciplina, in favore della sola condizione di reciprocità rispetto alle altre ipotesi di condizioni altrettanto illecite e riprovevoli.

In realtà, la previsione di cui all'art. 635 cod. civ., andrebbe considerata del tutto coerente con la generale disciplina delle disposizioni testamentarie illecitamente condizionate, consentendo l'applicazione dell'art. 634, prima parte, cod. civ., ove dimostrato che il testatore

⁴¹⁷ Nel senso di ricondurre la nullità della condizione di reciprocità alla violazione dell'art. 458 cod. civ.: ZIBBAN-PELLEGRINO-DELFINI, *Commentario al cod. civ.*, Libro II, *Delle successioni (artt. 456-809)*, Milano 1993, p. 331; CICU, *Il testamento*, cit., p. 203; BIANCA, *Diritto civile*, cit., II, p. 619; CARAMZZA *Delle successioni*, cit., p. 267; AZZARITI MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 348; ANDRINI, *La condizione*, cit., p. 123; PALAZZO, *Osservazioni sulla centralità*, cit., p. 36.; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 67; ID., *Successioni testamentarie*, cit. p. 28, la quale non ravvisa nel divieto dei patti successori la sola possibile giustificazione della norma e aggiunge come essa miri a tutelare non tanto la libertà di autodeterminazione del testatore che appone la condizione di reciprocità, com'è tradizionalmente affermato, quanto quella del chiamato erede o legatario che, a sua volta, volontariamente, sulla base di un accordo, o coattivamente, in quanto indotto dalla condizione, redigerà il proprio testamento in favore del primo disponente. In direzione analoga: BIANCA, *Diritto civile*, cit. II, p. 619, secondo cui la nullità sancita dall'art. 635 cod. civ. discende dalla valutazione della condizione quale strumento lesivo della altrui libertà testamentaria.

Diversa sarebbe, invece, l'ipotesi del testamento reciproco considerata dall'art. 589 cod. civ., atteso che in essa si riconoscerebbe un autentico contratto successorio e non un atto unilaterale, in quanto nello stesso testamento due testatori dispongono delle proprie sostanze l'uno a favore dell'altro. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 478.

⁴¹⁸ GIANNATTASIO, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 208; AZZARITI, voce *Successione testamentaria*, cit., p. 804. La disposizione resterebbe valida ove colorata da natura remuneratoria, ad esempio perché impiegata per gratificare chi si conosce aver disposto in proprio favore.

ignorava l'illiceità della condizione oppure ove questi, pur conoscendone l'esistenza, ne avrebbe comunque voluto l'effetto attributivo. Il risultato sarebbe quello di garantire una disciplina unitaria delle disposizioni *mortis causa* illecitamente condizionate, ponendole tutte sotto l'applicazione dell'art. 634 cod. civ.⁴¹⁹.

Dinanzi alle possibili, multiformi declinazioni della clausola condizionale, l'interprete è chiamato a verificare, caso per caso, la concreta applicabilità dell'art. 635 cod. civ. E' indubbio, infatti, che, aldilà della clausola captatoria legalmente tipizzata, il testatore possa avvalersi di meccanismi condizionali ibridi, formalmente differenti, ma lo stesso capaci di raggiungere le finalità vietate.

Discusso, ad esempio, è se la norma *de qua* possa estensivamente operare anche per il caso in cui la disposizione testamentaria sia subordinata alla *condicio* che l'erede o il legatario realizzino una donazione in favore del testatore.

Protendendo per una soluzione negativa, ci si appella non solo al dato letterale dell'art. 635 cod. civ., il quale chiaramente si riferisce alla condizione di "essere avvantaggiato *nel testamento* dell'erede o del legatario" e in contesti negoziali diversi, ma anche al fatto che la nullità predisposta in tale norma si ritiene specificamente dettata soltanto per la fattispecie ivi indicata, senza possibilità di forzarne l'operatività oltre questi confini⁴²⁰.

Altri autori, invece, muovendo dalla comune natura liberale che connota sia le donazioni sia le attribuzioni testamentarie, segnalano come anche nel caso in esame vi sarebbe una forma di coartazione della volontà in capo alla volontà di una o entrambe le parti tale da giustificare la sua collocazione al fianco della condizione di reciprocità con conseguente applicazione dell'art. 635 cod. civ.⁴²¹.

A diversa conclusione, infine, giungono coloro che, pur escludendo l'esistenza di una condizione di reciprocità, rilevano, in capo alla clausola, il carattere dell'illiceità, attesa la sua idoneità a manipolare la libertà dispositiva *inter vivos* dell'erede o legatario. Ne discende che la disciplina cui riportare simili fattispecie non sarà che quella di cui all'art. 634 cod. civ. Altra circostanza da valutare è quella in cui, per il tramite della condizione, il testatore imponga al chiamato, erede o legatario, di beneficiare, nel proprio testamento, persona diversa da lui indicata.

⁴¹⁹ DI MAURO, *Gli elementi accidentali*, cit., p. 1135 ss.

⁴²⁰ GANGI, *La successione testamentaria*, cit., p. 199; CARAMAZZA, *Delle successioni*, cit., p. 268; GIANNATTASIO, *Delle successioni testamentarie*, cit. p. 225;

⁴²¹ LOSANA, voce *Successioni testamentarie*, cit., p. 275; BRUNELLI-ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, cit., p. 359.

Tale volontà è stata a volte valutata come riferibile all'art. 635 cod. civ. in quanto espressiva di un accordo successorio tra le parti interessate, censurato dall'art. 458 cod. civ. Secondo altri, invece, il meccanismo di reciprocità, quando concepito in tali termini, non incorrerebbe nel trattamento dell'art. 635 cod. civ., non solo perché una simile condizione può concretamente atteggiarsi come assolutamente casuale - tale per cui l'attività istitutiva sia intesa come mera, incerta evenienza e non come impegno negoziale - ma anche perché, in questi casi, la disposizione su cui esso incide non perderebbe il carattere della gratuità. L'abusiva incidenza sulla libertà di testare giustificherebbe, nondimeno, l'applicazione dell'art. 634 prima parte cod. civ. così da considerare quella modalità *tamquam non esset*⁴²².

Aspetti problematici sono emersi, altresì, in presenza della condizione con cui il testatore subordina l'efficacia dell'istituzione al fatto che l'istituito non muti o non revochi il testamento, da quest'ultimo già confezionato, in favore suo o di altri soggetti. La dottrina qui, escludendo l'esistenza di un'autentica condizione reciproca, rifiuta la possibilità di veder operare l'art. 635 cod. civ. affidandosi piuttosto a due differenti soluzioni: o l'applicazione della disciplina dettata in via generale dall'art. 634 cod. civ. oppure l'adozione della più puntuale normativa affidata all'art. 679 cod. civ. secondo la quale non può in alcun modo rinunziarsi alla facoltà di revocare o mutare le disposizioni testamentarie⁴²³.

Tale ultima norma estende la sua portata tanto alle ipotesi in cui la rinuncia si strutturi come negozio bilaterale tra vivi, dotato di efficacia dispositiva od obbligatoria - derivando, in tale ultimo caso, la nullità, dalla violazione del divieto dei patti successori - quanto ai casi in cui essa consista in un negozio unilaterale eventualmente inserito in un atto testamentario⁴²⁴.

Dottrina e giurisprudenza non hanno mancato di rilevare come sia l'art. 635 cod. civ. sia l'art. 679 cod. civ. mirino entrambi al medesimo scopo di tutelare la libertà testamentaria e che nelle fattispecie considerate dalla prima norma possa utilmente farsi operare anche la seconda, garantendo quest'ultima un'estesa protezione contro qualsiasi minaccia arrecata da clausole o

⁴²² GANGI, *La successione testamentaria*, cit., p. 198 per il quale, tuttavia, l'art. 635 cod. civ. dovrebbe poter operare tutte le volte che, mediante la condizione di reciprocità, venga previsto che il testatore sia avvantaggiato da un terzo nel testamento di costui. In simili circostanze, invero, la condizione assumerebbe un fine esclusivamente egoistico ed illecito.

⁴²³ Il testamento è atto essenzialmente revocabile in quanto la volontà in esso espressa può mutare fino all'ultimo estremo della vita del testatore. Il legislatore garantisce la revocabilità del testamento sia sotto l'aspetto negativo, consentendo al suo autore di rendere inefficaci le precedenti disposizioni, sia sotto l'aspetto positivo, attribuendogli la facoltà di modificare il contenuto delle precedenti disposizioni.

⁴²⁴ Rientrano in tali ipotesi le c.d. clausole derogatorie, distinte in assolute e relative. Le prime si traducono in una rinuncia alla revocabilità del testamento o di alcune disposizioni in esso contenute e, in quanto tali, sono nulle; le seconde limitano dal punto di vista formale l'esercizio futuro della facoltà di testare, subordinando l'efficacia di un eventuale testamento successivo all'uso di un determinato contrassegno o di particolari modalità: esse sono nulle in quanto limitano, sia pure senza annullarla, la facoltà di revocare il testamento: Trib. Napoli 24 giugno 1972, in *Giur. It.*, 1973, I, 528; in *Riv. not.* 1973, p. 104 con nota di CENTOLEGHE, *Brevi note in tema di clausole derogatorie e irrevocabilità del testamento*.

condizioni dirette a compromettere la libera modificabilità o revocabilità delle ultime volontà⁴²⁵.

3. *La sorte della disposizione captata. Le soluzioni proposte.*

Dalla lettura dell'art. 635 cod. civ. ci si avvede facilmente come la norma, una volta stabilita la nullità della disposizione testamentaria c.d. captatoria, nulla disponga in merito alla disposizione c.d. captata o reciproca, ovvero a quella disposizione fatta dall'erede o dal legatario contemplato nella condizione di reciprocità.

La possibilità di una indicazione legislativa in tal senso era stata valutata durante la stesura del Progetto preliminare del Libro delle successioni e donazioni dove venne riprodotta la regola di cui all'art. 852 cod. civ. del 1865, la quale contemplava la nullità anche della disposizione corrispettiva. Tale disposizione, abbandonata già in fase di redazione del Progetto definitivo, non trovò accesso all'interno dell'attuale art. 635 cod. civ. e ciò in nome di una scelta di politica legislativa tesa ad evitare i rischi connessi al riconoscimento di un eccessivo potere in capo all'interprete. A quest'ultimo, infatti, sarebbe stato permesso di considerare nulla anche la corrispondente disposizione *mortis causa*, realizzata puramente e semplicemente, per il solo fatto che il suo autore fosse stato istituito in una disposizione contenuta nel testamento del suo beneficiario, sottoposta dal destinatario, mediante altra disposizione testamentaria, a condizione di reciprocità.

Con simile criterio, però, si sarebbe aggirato il principio per cui una tale sanzione può dedursi solo in base alla formulazione stessa della disposizione e non in base ad un confronto con altri testamenti.

Il silenzio del legislatore, tuttavia, ha spinto la dottrina a superare una lettura meramente formalistica della norma per trarvi, comunque, in via interpretativa, una soluzione in termini di validità o di nullità della disposizione captata.

L'orientamento prevalente formatosi sul punto ritiene, in via generale, che la nullità non possa non estendersi anche a tale disposizione atteso che anch'essa sarebbe funzionalmente

⁴²⁵ L'ampia formula dell'art. 679 cod. civ., per la quale "ogni clausola o condizione contraria è senza effetto", ha spinto parte della dottrina a riconoscervi un'espressione della regola sabiniana seppur nella sua forma pura, tale cioè da valutare *tamquam non esset* il meccanismo condizionale impiegato e da salvaguardare così la validità della disposizione. Risulta qui escluso il richiamo all'art. 626 cod. civ. e con esso la possibilità di una specifica attività ermeneutica diretta a misurare l'intensità del ruolo assunto dal motivo illecito. ANDRINI, *La condizione nel testamento*, cit., p. 120.

connotata da un fine essenzialmente illecito. Ove, infatti, si invochi a sostegno della nullità sancita dall'art. 635 cod. civ. il divieto di cui all'art. 458 cod. civ., dovrà concludersi che non solo la disposizione captatoria, ma anche quella captata, ne rappresenti una violazione giacché anch'essa sarebbe il frutto dell'accordo tra i due testatori sotteso ad entrambe le schede testamentarie⁴²⁶.

Tale criterio, però, è stato raggiunto da alcune osservazioni critiche. Da un lato, si è infatti notato come il riferimento all'art. 458 cod. civ. finisca per collocare l'art. 635 cod. civ. al di fuori della disciplina delle condizioni testamentarie illecite e impossibili, della cui organicità è prova anche la ravvicinata sequenza degli artt. 634, 635 e 636 cod. civ.⁴²⁷; dall'altro lato, poi, si è sottolineato come il principio esposto non potrebbe dirsi bastevole per raggiungere una certezza circa la natura subordinata della disposizione occorrendo, altresì, un'indagine conoscitiva sulla volontà espressa. Ne discende che la questione va risolta sul piano probatorio giacché la reciprocità è solo dedotta sulla base di una presunzione *iuris tantum*, aperta, cioè, alla prova contraria ossia alla dimostrazione circa l'assenza di un accordo preventivo o la mancanza di una effettiva incidenza della prima disposizione sulla seconda⁴²⁸. Diversa impostazione è assunta da coloro che ricostruendo l'art. 635 cod. civ., quale norma diretta a sanzionare l'impiego del mezzo testamentario secondo una logica di onerosità e corrispettività, concludono come anche la disposizione captata debba, al pari di quella captatoria, considerarsi nulla giacché animata anch'essa dalla medesima finalità egoistica ed illecita⁴²⁹.

Strettamente formalistico, poi, risulta l'approccio di ulteriore teoria, la quale, facendo leva sul dato letterale consegnato all'art. 635 cod. civ., afferma come tale norma possa trovare legittima applicazione soltanto qualora la condizione di reciprocità compaia espressamente nella disposizione, di talché la nullità non potrebbe che riguardare le sole disposizioni che

⁴²⁶ CICU, *Il testamento*, cit. p. 204; TRIOLA, *Il testamento*, cit. p. 237. La tesi viene a volte avvalorata dal particolare significato che può assumere il fattore temporale. Ove, infatti, la disposizione captata segua a quella captatoria, essa sarà considerata nulla in quanto scaturente dall'accordo, qualora invece l'ordine cronologico sia invertito, la disposizione potrebbe valersi come libera e spontanea e dunque valida ai sensi dell'art. 635 cod. civ., pur restando nulla ai sensi dell'art. 458 cod. civ. In realtà, i reali rapporti tra i due testamenti non potrebbero trovare un'attendibile spiegazione nella loro collocazione cronologica dovendosi rifuggire l'idea che la priorità temporale della disposizione captatoria denoti necessariamente l'esistenza sulla disposizione captata degli effetti di un accordo tra i due testatori e dell'esistenza di un vincolo di reciprocità così come l'assenza di una simile antecedente non esclude irrevocabilmente ogni possibile, vicendevole vincolo a testare tra le due parti. In tal senso: AZZARITI, voce *Successione testamentaria*, cit. p. 849; CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modalì*, in *Successioni e donazioni a cura di P. Rescigno*, I, Padova, 1994, p. 1074.

⁴²⁷ TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 338.

⁴²⁸ D'AVANZO, *Delle successioni*, II, *Parte speciale*, Firenze, 1941, pp. 722-723; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., p. 199-200.

⁴²⁹ L'impostazione è criticata da chi lamenta qui una lettura eccessivamente rigida, incapace di offrire un qualche spiraglio per la conservazione della volontà testamentaria che si assume captata. In tal senso TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 337.

contemplino siffatto meccanismo. Quando, pertanto, la condizione *de qua* sia contemplata solo all'interno della disposizione captatoria, l'invalidità non potrebbe che ricadere soltanto su di essa lasciando intatta quella captata, così come risulta d'altronde dallo stesso articolo 635 cod. civ. che, senza cennare alle sorti della volontà correlata, si limita a stabilire soltanto l'invalidità di quella condizionante. La scelta del legislatore, infatti, sarebbe stata quella di proteggere sostanzialmente la libertà del testatore che, attraverso la condizione di reciprocità calata nel proprio testamento, si sia vincolato a non revocare le proprie volontà, reputandosi, invece, non trascinate nella logica della reciprocità le volontà sottese alla disposizione captata⁴³⁰.

La ricostruzione proposta, tuttavia, risulta deficitaria proprio in relazione all'ipotesi di disposizione testamentaria priva di ogni richiamo ad una rispettiva condizione di reciprocità. Ci si avvede come, in tali casi, l'art. 635 cod. civ. non possa essere chiamato in soccorso essendo la sua operatività circoscritta, come sostenuto, alle sole ipotesi in cui le disposizioni espressamente corredate della clausola condizionale. Resterebbe, allora, da cercare altrove una risposta al quesito sulla validità o meno della disposizione captata e, precisamente, occorrerebbe affidarsi ad una non semplice attività indagatoria che apra alla comprensione delle reali motivazioni collegate alla disposizione di volontà onde dedurre l'esistenza di un rapporto di vicendevole dipendenza con la correlativa disposizione *mortis causa*.

Da ultimo, in posizione di dissenso alla tesi maggioritaria, si osserva come in tutte le ipotesi in cui la disposizione captata non rechi in sé la clausola di reciprocità, non possa dichiararsene la nullità né in forza dell'art. 635 cod. civ. né in forza dell'art 458 cod. civ.

La prima di queste norme sarebbe esclusa in ragione del suo stesso tenore letterale dal quale emerge chiaramente come presupposto indefettibile per il suo funzionamento sia l'espressa menzione della condizione di reciprocità all'interno del testamento, senza contare, però, anche l'esigenza di non imprigionare l'interprete in una lettura eccessivamente rigida e severa che dia per scontata una lesione alla spontaneità della disposizione correlativa precludendo ulteriori accertamenti.

Anche l'art. 458 cod. civ. non appare direttamente estensibile al testamento captato, *in primis* perché, riferendosi ai patti successori, presuppone necessariamente un accordo bilaterale, come tale, diverso dal negozio *mortis causa* sicché una sua applicazione *sic et simpliciter* che conduca alla nullità del testamento captato, separata da una specifica indagine,

⁴³⁰ In tal senso BIONDI, *Successioni testamentaria*, cit., p. 350; meno estrema la posizione di GARDANI CONTURSI LISI che ravvisa l'esigenza di saggiare la fondatezza dell'assunto in relazione al caso concreto, avvalendosi all'uopo di un'apposita indagine interpretativa tesa a conoscere le reali motivazioni sottese alle volontà *mortis causa*.

risulterebbe soluzione imprudente ed eccessiva. A ciò si aggiunga la necessità di dimostrare l'esistenza effettiva di un accordo senza limitarsi alla mera presunzione della sua esistenza.

Discende, allora, come l'origine della nullità anche in capo al testamento captato dev'essere riscoperta proprio nell'art. 626 cod. civ. assicurandosi, per tale strada, un'opportuna armonizzazione tanto con l'art. 635 cod. civ., quanto con l'art. 458 cod. civ.

Questa norma, infatti, ben si rivela idonea a sovrintendere sia all'ipotesi di cui all'art. 635 cod. civ. in cui, indipendentemente dall'accordo tra i testatori, la condizione di reciprocità sia orientata a ledere la libertà testamentaria del solo beneficiario, sia nelle fattispecie di cui all'art. 458 cod. civ. in cui il pregiudizio alla libertà testamentaria di entrambi i disponenti abbia causa in un loro effettivo patto.

L'aver istituito erede o legatario un determinato beneficiario per il solo e determinante motivo di dare esecuzione ad una condizione imposta da altro testatore o per il fine di avvantaggiarsi a propria volta di una corrispettiva attribuzione testamentaria, non può che condurre alla nullità della disposizione in tal modo captata, atteggiandosi, quest'ultima, come una forma di esecuzione in via testamentaria di un patto successorio obbligatorio⁴³¹.

⁴³¹ TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 342. I vantaggi riconnessi all'applicazione dell'art. 626 cod. civ. sono quelli di lasciar spazio, attraverso l'imposizione dell'indagine interpretativa, alla duplice soluzione di salvaguardare la validità della disposizione captata, là dove essa risulti frutto di uno spontaneo volere de testatore, anche a prescindere dalla condizione di reciprocità contenuta nel testamento del beneficiario, o viceversa, poter dichiarare la nullità della disposizione medesima, ove quella spontaneità sia stata invece compressa da un accordo pregresso fra i due testatori o comunque dalla coercizione messa in atto dal primo testatore con l'apposizione della clausola medesima. Tale soluzione pare armonizzarsi con l'intera disciplina delle condizioni illecite ed impossibile infatti, anche per la condizione di reciprocità regolata all'art. 635 c.c. deve farsi in qualche modo riferimento all'art. 626 c.c. Senonché, mentre nell'art. 634 c.c. quel rinvio è diretto a stabilire la nullità della disposizione che contiene la condizione illecita o impossibile - quando risulti che essa è stata la ragione unica e determinante della disposizione - nell'art. 635 c.c., essendo già stabilita la nullità della disposizione che contiene la condizione di reciprocità, quel richiamo si utilizza per stabilire la nullità dell'altro testamento, c.d. captato.

CAPITOLO IV

L'INFLUENZA SULLE LIBERTA' DI NATURA PERSONALE

Sezione I

LA LIBERTA' MATRIMONIALE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Art. 636 1° comma cod. civ.: l'attentato alla libertà matrimoniale mediante la condizione di non contrarre le prime nozze o le ulteriori. – 3. I divieti relativi delle nozze. Varietà dei tipi e criteri giurisprudenziali e dottrinari per l'accertamento della loro liceità. – 4. L'autonoma disciplina dell'art. 636 1° comma cod. civ. e i suoi rapporti con l'art 634 cod. civ. – 5. Art. 636 2° comma cod. civ. In particolare il legato per il tempo della vedovanza. – 6. Natura giuridica dello strumento adoperato dall'art. 636 2° comma cod. civ. Per attribuire rilevanza all'evento contemplato – 7. La giustificazione causale del legato *ex art. 636 cpv.* operata dalla legge e la possibilità di una indagine sull'impiego distorto della figura da parte del testatore. – 8. Diritti trasferibili *ex art. 636 cpv. cod. civ.*, in particolare nel caso di legato disposto in favore del coniuge superstite. – 9. La cessazione dello stato di celibato o di vedovanza quale momento finale per l'efficacia del legato. Individuazione della fattispecie.

1. Premessa

Accanto alla norma generale racchiusa nell'art. 634 cod. civ., sono state codificate due ipotesi specifiche di condizioni illecite: la condizione di reciprocità di cui all'art. 635 cod. civ. e la condizione che impedisce le prime nozze e le ulteriori di cui all'art. 636 cod. civ.

La *ratio* sottesa a siffatta scelta legislativa è stata individuata, riguardo alla prima figura, nella specificità del trattamento sanzionatorio riservatole, consistente nella nullità dell'intera disposizione e motivato, perlopiù, col riferimento alla violazione del divieto dei patti

successori *ex art. 458 cod. civ.* Relativamente al secondo caso, invece, si invocano, prevalentemente, ragioni di carattere storico, ma non si arriva, salvo che per le eccezioni di cui al 2° comma, a predisporre un regime diverso da quello indicato nell'art. 634 cod. civ.

Tale parziale diversificazione della disciplina sulle condizioni impossibili e illecite ha finito, però, per renderne più ardua la riconduzione ad una unitaria *ratio iuris*.

Lo studio della condizione testamentaria e specificamente della condizione potestativa, pone senz'altro il delicato problema della tutela e della protezione delle libertà personali del chiamato erede o legatario. Si tratta di tracciare una adeguata linea di demarcazione tra l'autonomia riconosciuta al testatore e la libertà individuale che compete a coloro che sono investiti dalla delazione condizionata. In tal senso svolge un prezioso ruolo l'art. 634 cod. civ. in quanto capace di fornire un criterio per gestire la convivenza di tali due esigenze attraverso l'esame della liceità e meritevolezza delle modalità inserite nel programma testamentario.

La libertà dispositiva del *de cuius*, in altri termini, intesa come libertà di scegliere le concrete modalità di attribuzione del proprio patrimonio ereditario anche mediante l'apposizione di una o più condizioni, può essere legittimamente esercitata solo fin dove non sconfini nella violazione di una libertà altrui, dovendosi, in tal caso, riconoscersi come prioritaria la cura di tale secondo valore.

2. Art. 636 1° comma cod. civ.: l'attentato alla libertà matrimoniale mediante la condizione di non contrarre le prime nozze o le ulteriori⁴³². La condizione di vedovanza

L'impiego del testamento per la regolamentazione di aspetti e profili non patrimoniali è molto spesso sfociato nel tentativo di incidere, da parte del suo autore, su scelte e valutazioni strettamente legate alla dimensione più interiore ed intima dei soggetti istituiti.

Come risulta dall'esperienza giudiziaria, particolarmente sentita si è rivelata la premura di chi dispone con atto *mortis causa* di influire sulle decisioni del delato circa l'abbracciare o

⁴³² Sulla tematica copiosa è la letteratura. LOSANA, voce *Delle successioni testamentarie* in *Dig. It.*, vol. XXII, P. IV, Torino, 1893-1902, p. 280 ss.; FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, II ed., p. 157 ss.; DEGNI, *Successioni testamentarie*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. XII, P. I, Torino, 1940, p. 1101 ss. Contributi più recenti in: CICU, *Testamento*, Milano 1969, rist. inalt. II ed., p. 204; BONILINI, *Il testamento, Lineamenti*, Padova, 1995, p. 52; DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, s. I e s. d., Napoli, 1995, p. 94 ss.; TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, p. 325 ss.; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, L II, t. II, Torino, 1961, p. 226 ss.; L. GARDANI CONTURSI LIS, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Artt. 633-648*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, p. 90 ss.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. II, Milano, 1964, rist. II ed. p. 204 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento, I, Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, p. 278 ss.

meno la strada matrimoniale, la scelta del consorte, le modalità e i tempi delle nozze; tutto ciò attraverso l'impiego di una o più condizioni testamentarie capaci di compromettere, pur se indirettamente, la libertà matrimoniale di chi riceve, attesa la necessità per costui di piegarsi al desiderio illiberale del disponente pur di far propria l'attribuzione.

A spingere verso un utilizzo così invasivo dello strumento testamentario ha contribuito, di sicuro, la percezione del matrimonio come tappa fondamentale del percorso esistenziale tale da esporre chi la realizza a sensibili ripercussioni sulla sfera affettiva, personale e patrimoniale e tale, perciò, da suscitare la preoccupazione di evitare scelte imprudenti ed avventate.

L'esigenza di proteggere la libertà matrimoniale da ogni aggressione esterna, pur nella difficoltà, a volte, di identificare con certezza il ricorrere di una simile minaccia, si pone come principio di ordine generale in quanto espressione di un profilo assolutamente alto e irrinunciabile della persona umana. Ne è testimonianza il suo riconoscimento su scala costituzionale col riferimento di cui all'art. 29 Cost.; su scala europea, mediante l'art. 12 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo ed in termini universali, attraverso l'art. 16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo.

Se, tuttavia, non si è mai dubitato sulla nullità del divieto assoluto delle prime nozze, diversi, invece, sono stati gli approcci normativi e sociali riguardo alla condizione di vedovanza.

La figura, infatti, fu, a seconda delle epoche e dei costumi, a volte condannata e vietata, altre volte consentita e impiegata a sostegno di superiori interessi nazionali quali lo sviluppo demografico, senza contare, poi, l'apprezzamento dello stato vedovile, in campo ecclesiastico quale stato virtuoso ed onesto.

Il codice del 1865 cod. civ., facendosi portatore di valori morali ritenuti, evidentemente, assorbenti rispetto a quelli giuridici, prevedeva, con il 3° comma dell'art. 850 cod. civ., la possibilità per un coniuge di disporre per testamento, in favore del suo consorte, sotto la condizione risolutiva della vedovanza⁴³³. Per alcuni si perseguivano, in tal modo, gli interessi

⁴³³ Da tale disposizione veniva implicitamente ricavata anche l'ammissibilità di un divieto testamentario di concubinato. In verità, un tale divieto poteva validamente imporsi anche espressamente ed autonomamente essendo all'epoca considerata, la convivenza *more uxorio*, una condotta disonesta e deprecabile contrastante con la pubblica moralità. Se, dunque, era lecito imporre il dovere di fedeltà al coniuge superstite mediante un divieto di nuove nozze, *a fortiori* doveva riconoscersi la liceità e la meritevolezza di una condizione diretta a scongiurare una convivenza *more uxorio* che, sostanziandosi in un rapporto matrimoniale, avrebbe offeso la memoria del defunto e leso il vincolo morale voluto dall'estinto. Successivamente si iniziò a dubitare sulla ricomprensione del divieto di concubinato nel più ampio divieto di nuove nozze occorrendo, all'uopo, una specifica indagine sulle intenzioni del testatore. A ciò, però, fu facile contrapporre che il desiderio di fedeltà del *de cuius*, veicolato dalla condizione *de non nubendo*, non poteva non ricomprendere anche il divieto di una convivenza coniugale con altra persona. Sul punto si veda GIANNATTASIO, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 215; CONTURSI LISI, *Sulla condizione di vedovanza*, cit., p. 916 ss.

morali della prole, ove esistente, ma, in sua assenza, si ammetteva il diverso fine di assicurare, seppur in via obbligata e non spontanea, il rispetto della fedeltà al precedente vincolo coniugale scongiurando un precoce e immorale oblio del defunto coniuge ed evitando che persone diverse dal superstite potessero beneficiare delle sostanze di famiglia⁴³⁴. La non esauriente giustificazione della norma ne decretò la soppressione in sede di passaggio al codice del 1942 col disappunto, tuttavia, di parte della dottrina che non mancò di rilevare come, in presenza di figli del testatore, la disposizione rappresentasse un'adeguata garanzia per i loro interessi economici altrimenti minacciati dalle nuove nozze del genitore superstite e come, in ogni caso, l'accertamento di una coartazione della libertà dell'istituto non poteva presupporre o escludersi *a priori*, ma avrebbe richiesto un'indagine sul caso concreto⁴³⁵.

L'esigenza di una tutela economica e successoria dei figli orfani di padre o madre si è fatta più urgente e penetrante alla luce della evoluzione sociale e ordinamentale cui si è assistito, dapprima, con l'introduzione del divorzio all'interno del nostro sistema, quindi, con un disordinato allargamento del concetto di famiglia a situazioni e rapporti di fatto ed, infine, con la riforma del diritto di famiglia, di cui alla l. 151/1975, ove al coniuge superstite è stato riconosciuto un diritto di proprietà sulla quota del patrimonio ereditario e non più un mero diritto di usufrutto. Proprio in considerazione di tale ultima innovazione, si evidenzia il rischio per la prole di vedersi sottratta una parte dell'asse ereditario, attesa la possibilità del genitore superstite di ritrasferire ad un suo nuovo coniuge la quota ereditaria destinatagli. Meccanismo, questo, capace però di restituire anche un vantaggioso effetto incrementativo sul patrimonio del genitore risposatosi e, di riflesso, su quello dei suoi figli.

Attualmente appare indubbia l'illiceità della condizione diretta a impedire le prime nozze o quelle ulteriori atteso il disposto dell'art. 636 1° comma il quale, aldilà della persona chiamata a succedere e senza distinguere tra la delazione di un uomo o di una donna, consente di estendervi la disciplina di cui all'art. 634 cod. civ. così da considerare tale

Sempre sotto il vigore del codice del 1865 si discusse circa l'idoneità del matrimonio celebrato dal coniuge superstite col solo rito religioso e non trascritto nei registri dello stato civile, a porsi in contrasto con il divieto di seconde nozze. Dapprima, si rispose affermativamente, argomentandosi come la condizione di vedovanza implicava necessariamente una astensione da qualsiasi forma di convivenza successiva alla morte del testatore, sia di tipo civile sia di tipo religioso. In tal senso: Cass. 15 marzo 1935, in Foro it., 1935, I, 1021

Tale posizione, tuttavia, mutò in coincidenza del passaggio al nuovo codice giungendosi ad affermare come ove il testatore nulla avesse specificato, la condizione di vedovanza doveva riferirsi soltanto al matrimonio dotato di effetti civili e non anche ad un matrimonio orfano di tali effetti perché puramente religioso. Sul punto: Cass. 5 agosto 1943, n. 2090, in Foro it. Rep., 1943-45, voce *Successione legittima o testamentaria*, 110.

⁴³⁴ LOSANA, voce *Successioni testamentarie*, cit., p. 282; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., II, p. 191 ss.; GIANNATTASIO, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 209.

⁴³⁵ CICU, *Il testamento*, cit., p. 205; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., II, p. 192

modalità come non apposta (*vitiantur sed non vitiat*) e salvaguardare la validità del negozio⁴³⁶.

Tale illiceità non cessa di valere nell'ipotesi in cui la persona chiamata a non sposarsi sia soggetto diverso dall'istituito erede o legatario potendo, anche in tal caso, il *de cuius*, essere spinto e motivato da intenzioni riprovevoli. Tale conclusione supera la precedente impostazione interpretativa secondo cui la vera e propria condizione *de non nubendo* andava riconosciuta soltanto ove avesse riguardato il soggetto delato; se riferita ad un terzo, invece, la si sarebbe ritenuta incapace di impedire le nozze e, pertanto, sarebbe potuta valere come condizione meramente casuale. Ben presto, tuttavia, ci si accorse di quanto potesse rivelarsi azzardato ragionare in questi termini e di come, per tale strada, non sarebbero potuti emergere i possibili, disonorevoli piani del testatore.

A giustificare il giudizio di illiceità della condizione volta ad impedire il matrimonio, oggi, non possono, dunque, richiamarsi gli stati personali indicati nella disposizione testamentaria condizionata e ciò perché il celibato, il nubilato, lo stato matrimoniale, divorzile o vedovile non sono di per sé condannabili, ma devono sempre essere spontanei ossia costituire il frutto di una libera e volontaria scelta senza giammai subire l'imposizione o il divieto di altro soggetto.

Pur assumendosi pacificamente tale generale assunto, non mancano in dottrina e in giurisprudenza, voci dirette a stemperarne il rigore in presenza di determinati presupposti. Si pensi alla posizione di chi considera lecita la condizione risolutiva di non essere sposato ove questa, lungi dall'essere stata concepita quale strumento di coartazione della volontà del chiamato, voglia solo predisporre un'attribuzione più adeguata possibile alle sue esigenze di vita fin quando duri lo stato libero⁴³⁷.

In conclusione, la valutazione della libertà matrimoniale quale valore e principio di ordine pubblico, costituzionalmente garantito e protetto, porta a ritenere *contra legem* ogni sua

⁴³⁶ Nel riferimento alla condizione che impedisca le "ulteriori nozze" occorre ricomprendervi anche i vincoli matrimoniali contratti a seguito di divorzio, rappresentando anch'esso, insieme alla morte di uno dei coniugi, una causa di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

⁴³⁷ Si veda Cass., 21 febbraio 1992, n. 2122, in Giust. civ., 1992, I, p. 1753 ss. con nota di DI MAURO, *Brevi considerazioni in tema di condizioni testamentarie illecite*, e in Riv. not., 1992, II, p. 917 ss., con nota di SERINO.

Diversamente, Trib. Napoli, 21 dicembre 1967, in Dir. e giur., 1968, p. 655 ss., con nota di DE SILVESTRI, *"Clausola testamentaria" e condizione impediva delle nozze*, in cui si sottolinea l'esigenza di accertare la violazione dell'art. 636, 1° comma cod. civ. attraverso un'indagine sull'idoneità della condizione ad indurre la persona beneficiaria, in considerazione delle sue condizioni personali, sociali ed economiche nonché in ragione dell'entità dell'attribuzione *mortis causa*, ad astenersi dalle nozze onde non perdere il lascito.

dissacrazione attuata per il tramite dello strumento condizionale, sia nell'ambito dell'autonomia testamentaria sia nel più ampio ambito dell'autonomia negoziale⁴³⁸.

Questa sensibilità è certamente il frutto di una mutata percezione della famiglia da parte del legislatore, connotata, in passato, da una organizzazione di tipo gerarchico e da un ruolo pubblicistico che ne faceva un ingranaggio della funzione statale. L'evoluzione socio-culturale spinse, però, verso una sua riconsiderazione in termini più aderenti ai valori primari dell'individuo e della personalità dell'uomo, il tutto in coerenza ai principi costituzionali consacrati negli artt. 2 e 29 della carta costituzionale ed alla L. n. 151 del 1975 di riforma del diritto di famiglia con la quale si segnò un deciso allontanamento dalla concezione pubblicistica aprendo all'emancipazione della donna, alla maggiore indipendenza dei minori, al rinnegamento delle gerarchie domestiche ed al ridimensionamento delle autorità interne⁴³⁹.

3. I divieti relativi delle nozze: varietà dei tipi. Criteri giurisprudenziali e dottrinari per l'accertamento della loro liceità.

Con il primo comma dell'art. 636 cod. civ. il legislatore si è preoccupato di delineare in modo specifico e autonomo la disciplina di quelle condizioni dirette a precludere in modo assoluto le nozze di chi si trovi in stato di celibato o nubilato oppure di chi sia vedovo o divorziato. La norma dispone l'illiceità di tali modalità senza ulteriori distinzioni.

La pratica, tuttavia, conosce un impiego articolato ed eterogeneo della condizione limitativa della libertà matrimoniale il quale supera l'ordinaria e ristretta categoria dei divieti assoluti per modularsi sulle esigenze personali del testatore e sulle concrete situazioni familiari in cui si andrà ad incidere.

Risulta così possibile distinguere, anzitutto, l'ipotesi in cui l'evento delle nozze sia stato considerato nell'ambito di una condizione casuale da quella in cui sia stato inserito in una condizione potestativa: nel primo caso il testatore non intende opporsi alla realizzazione di

⁴³⁸ Relativamente alla apponibilità di una condizione potestativa relativa alla libertà matrimoniale del donatario, sono state superate le meno recenti affermazioni dottrinarie tra cui SANTORO PASSARELLI, *Teoria generale del diritto civile*, Napoli, 1977, p. 200; BONDI, *Successione testamentaria*, cit. p. 511, per le quali occorreva concludere per la liceità di tale modalità. L'inviolabilità dei diritti qui minacciati, infatti, ha convinto la maggior parte degli autori a censurare, anche qui, l'uso di tale strumento.

⁴³⁹ Art. 2 Cost.: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

Art. 29 Cost.: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare".

esso valutandolo soltanto quale fatto modificativo della situazione esistente al tempo della redazione del testamento; nel secondo caso, invece, collegandosi l'evento alla volontà dell'istituto, è chiara l'intenzione del *de cuius* di incidervi.

Il contenuto della clausola condizionale e dei vincoli da essa scaturenti possono poi attenersi ora ai requisiti personali, culturali, professionali, sociali, economici della persona da sposare o da non sposare, ora al rispetto di determinati tempi per lo sposarsi o il non sposarsi, ora all'adozione di un certo rito matrimoniale (religioso/civile), ora, infine, alla conservazione o allo scioglimento del vincolo già esistente.

Dinanzi a tale eterogeneità di ipotesi si è posto, in dottrina e giurisprudenza, l'urgenza di stabilire, alla luce dell'art. 636 1° comma, il trattamento più idoneo da riservare a tali condizioni scaturendone, per molto tempo, posizioni interpretative fortemente aderenti al dato letterale della norma indicata. Si è giunti, così, a ritenere illecite tutte quelle condizioni capaci di produrre l'effetto censurato dal 1° comma dell'art. 636 cod. civ., vale a dire il vietare in modo assoluto le prime o le ulteriori nozze⁴⁴⁰, riconoscendo, invece, la liceità di quei divieti meramente relativi e parziali.

Ciò detto, non occorrono particolari sforzi per definire *contra legem* le c.d. clausole di celibato e nubilato in quanto è lo stesso art. 636 cod. civ. 1° comma che, stante l'indiscutibile invasività di una simile disposizione sulla volontà del chiamato, ne asserisce l'illiceità, sollevandone così l'interprete. Il delato, infatti, in tali circostanze, è messo dinanzi all'alternativa se acquistare il lascito, ma rinunciare alle nozze o rinunciare all'attribuzione e conservare la propria libertà matrimoniale.

Va, però, aggiunto che non sono mancati casi in cui condizioni di nubilato apposte a disposizioni di legato o a titolo universale siano state valutate lecite e meritevoli per mezzo del richiamo all'art. 636 2° comma. Si è, cioè, ritenuto che, in certe eventualità, il meccanismo condizionale afferente la scelta matrimoniale soccorra il testatore consentendogli di meglio calibrare il contenuto dell'attribuzione onde adeguarla alle concrete esigenze materiali e morali della parte beneficiaria, esigenze che non saranno evidentemente le stesse a seconda che essa conservi lo *status* di nubile o acceda a quello coniugale.

⁴⁴⁰ L'illiceità atterrebbe anche a quelle clausole che, seppur non formalmente illecite, realizzano, nella sostanza, un divieto assoluto di nozze. Si pensi alla condizione di sposare una determinata persona da cui discenderebbe il divieto di contrarre matrimonio con qualsiasi altro soggetto: verrebbe in tal modo forzato, in capo all'istituto, il suo libero processo di formazione della volontà: DI MAURO, *Brevi considerazioni*, cit., p. 1756; GIANNATTASIO, *Successioni testamentarie*, cit., p. 211; GANGI, *La successione*, cit., II, p. 193; In giurisprudenza: Cass., 26 luglio 1952 n. 2359, in Foro it. Rep., 1953, voce *Successione legittima e testamentaria*, n. 137; Cass. 6 agosto 1953 n. 2672.

Venendo ad una disamina più particolareggiata delle condizioni testamentarie relativamente limitative delle nozze, possono distinguersi le seguenti figure:

a) Condizione di non sposare una determinata persona.

Non rientrando tra i divieti assoluti di cui al 1° comma dell'art 636 cod. civ., è stata tradizionalmente sostenuta la liceità e l'efficacia della condizione di non sposare una determinata persona⁴⁴¹. La tesi muove dalla considerazione che la libertà di autodeterminazione riguardo alle nozze verrebbe qui solo marginalmente lesa, traducendosi in un sacrificio circoscritto e tollerabile per il chiamato tale non comportare una trasgressione dei principi di ordine pubblico. Nonostante la previsione della *condicio*, in fin dei conti, sarebbe sempre mantenuto un livello di autonomia decisionale quasi corrispondente a quello assoluto⁴⁴².

Il tenore di questa tesi è stato in parte corretto da chi ha proposto di valutare diversamente la liceità della condizione a seconda che il soggetto con cui contrarre o non contrarre matrimonio fosse stato individuato per i suoi attributi giuridici e morali, positivi o negativi. In tale direzione, sarebbe legittima quella condizione diretta ad impedire le nozze con individui dediti ad attività delinquenziali o immorali perché la restrizione della libertà matrimoniale troverebbe qui una esauriente giustificazione. Quando, invece, l'obbligo o il divieto di sposare una persona si leghi all'appartenenza di questa ad certo ceto sociale o ad una data categoria professionale, la limitazione sarebbe avvertita come una abusiva forma di discriminazione fondata su di un inaccettabile differenza di classe⁴⁴³.

La dottrina prevalente, invero, ha preso le distanze da un simile percorso argomentativo ravvisando nelle conclusioni riportate un evidente smacco ai principi fondamentali della carta costituzionale, in particolare al principio di uguaglianza e pari dignità sociale di cui all'art 3 Cost. diretto ad eliminare proprio le differenze tra i ceti. Viepiù, la legittimazione di simili clausole condizionali proietterebbe la scelta del proprio consorte in una intollerabile logica di

⁴⁴¹ CICU, cit., p. 204-205; GIANNATTASIO, cit., pp. 211-212; DEGNI, *Lezioni di diritto civile. Successioni testamentaria*, cit., II, p. 1102; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., II, p. 193; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., III, pp. 22 e 135. Da parte di alcuni, tuttavia, si avvertiva la necessità di indagare quali fossero state, nel caso concreto, le reali intenzioni del testatore onde accertare l'esistenza di una reale coartazione della volontà: COVIELLO, *Corso completo*, cit., I, p. 713; In giurisprudenza: Cass. 9 marzo 1950 n. 606, in *Giur. it.* 1950, voce *Testamento*, 65; Cass. 30 maggio 1953 n. 1663.

⁴⁴² Recente suffragio a tali conclusioni si riscontra in Cass. 19 gennaio n. 150: "Per il combinato disposto degli artt. 636 e 785 cod. civ. non incorre nella illiceità della condizione, che impedisce le reprime nozze e le ulteriori, la condizione di contrarre matrimonio apposta dal testatore alle attribuzioni fatte all'erede e neppure la condizione di non contrarre matrimonio con persona determinata".

⁴⁴³ DE CUPIS, *Libertà matrimoniale e condizione testamentaria*, in "Giur. It.", 1987, I, 1, p. 1483; GARDANI CONTURSI LISI, *Controllo*, cit., p. 298 ss.; DI MAURO, *Brevi considerazioni*, cit., p. 1753; CARAMAZZA, *Delle successioni*, cit., p. 270

scambio e di mercimonio con le sostanze ereditarie, dando inoltre la stura a dannose interferenze di terzi.

Dal punto di vista logico, poi, risulta non tollerabile l'idea di una intercambiabilità della persona scelta come compagno o compagna di vita. La condizione di non sposare un determinato individuo, infatti, pur se preclusiva di un unico rapporto nuziale, potrebbe funzionare come assolutamente distruttiva per la libertà matrimoniale del chiamato sol che si pensi a come questi possa nutrire sentimenti profondi proprio e soltanto verso quel determinato uomo o quella determinata donna.

b) *Condizione di contrarre matrimonio.*

La condizione riferita all'evento della celebrazione delle nozze, quale comportamento positivo, ha ricevuto, in dottrina come in giurisprudenza, valutazioni di segno positivo circa la sua ammissibilità.

Dal punto di vista sistematico, in passato, si è individuato nell'art. 785 cod. civ., relativo alla donazione obnuziale - che acquista efficacia solo dopo la celebrazione delle nozze - un sostegno alla legittimità di simile *condicio*. Se, infatti, lo stesso legislatore riconosce validità ad un contratto di donazione che ancora la produzione dei propri effetti ad un determinato matrimonio, allo stesso modo dovrebbe riconoscersi pienezza di effetti anche ad una disposizione testamentaria subordinata al medesimo evento.

A suffragio della tesi assume particolare rilievo la considerazione del matrimonio come evento del tutto lecito ed, anzi, valutato in termini di particolare favore dal sistema giuridico e sociale. Il vincolo nuziale, invero, è visto come tappa del percorso esistenziale capace di valorizzare la persona umana garantendo l'appagamento delle esigenze morali e materiali dell'individuo e assicurare l'assolvimento delle funzioni unitive e procreative in modo più responsabile e ordinato. A conferma di ciò può invocarsi anche il dato storico per il quale in ogni epoca la legislazione sembra sempre aver incentivato l'istituto matrimoniale e di ciò evidente traccia si recupera nel testo costituzionale ove all'art 29 Cost. si legge che: “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio” e che “il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare”.

Nessuna minaccia, è stato affermato⁴⁴⁴, deriverebbe poi, da un simile meccanismo condizionale, alla libertà sessuale del chiamato, lasciando cioè che questi eserciti, senza restrizioni intollerabili, uno degli inviolabili aspetti della propria personalità.

⁴⁴⁴ Cass, 19 gennaio 1985 n. 150.

Le argomentazioni esposte, in verità, non sono state condivise dalla prevalente dottrina, la quale ha sollevato contro di esse penetranti critiche, *in primis* rilevando che il richiamo all'art 785 cod. civ. non abbia pregio se si pensa a come, nell'ambito della donazione obnuziale, il matrimonio contemplato non è inteso come elemento accidentale bensì come presupposto legale di efficacia che non comporta forzature sulle libere determinazioni dei nubendi. L'impatto di una simile condizione sulla posizione del delato, inoltre, non potrebbe che tradursi in una profanazione della sua assoluta autonomia decisionale in merito a scelte strettamente personali qual è quella di sposarsi o meno. La violazione di una sfera così personale, evidentemente, giammai potrebbe essere avvallata dal sistema in ragione del *favor matrimonii*, il quale è concepito ed opera nel presupposto di un vincolo coniugale spontaneamente voluto e costruito dalle parti⁴⁴⁵.

c) *Condizione di sposare o non sposare una persona dotata di determinati requisiti.*

La preoccupazione del testatore che il chiamato effettui la scelta del proprio consorte in modo miope ed erroneo, ha spesso spinto ad inserire nelle disposizioni di ultima volontà la descrizione delle caratteristiche cui la persona da sposare debba rispondere, a volte limitandosi all'indicazione di una prerogativa la cui presenza o assenza vada considerata irrinunciabile, altre volte arrivando ad enumerare una serie di attributi idonei a fornire quasi un identikit del compagno o della compagna di vita.

Tradizionalmente tali volontà testamentarie, pur significando per il loro destinatario una restrizione nella libera scelta della razza, della lingua, del ceto sociale, della religione del proprio coniuge, non sono state considerate lesive della libertà matrimoniale né, pertanto, in contrasto col principio di ordine pubblico; ciò perché l'intervento del *de cuius* sulla capacità di autodeterminazione del chiamato avverrebbe in modo tollerabile e sostenibile lasciando un margine di scelta ampio e soddisfacente⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, vol IV: *Le successioni a causa di morte*, Torino, 1997, p. 107 ss. i quali ritengono che il favore dell'ordinamento per l'istituto del matrimonio non giustifichi in alcun modo l'intollerabile coartazione della volontà dell'istituto che deriva a da tale condizione e che incide su una scelta di vita essenziale; DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, cit., p. 1756; In giurisprudenza: Cass. 24 luglio 1959 m. 1990, in "Foro it. Rep" 1959, voce *Successione legittima e testamentaria*, 83.

⁴⁴⁶ GANGI, *La successione*, cit., II, p. 193; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., IV, p. 186; FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 208; In giurisprudenza: Cass. 17 novembre 1942 n. 568; Cass., 26 luglio 1943, n. 568, in "Foro It. Rep.", 1943-45, voce *Successione legittima o testamentaria* n. 1574; Cass. 11 gennaio 1986 n. 102, in "Fotro It.", 1986, I, 1 nella quale è stata considerata lecita la condizione di sposare una persona della stessa classe sociale dell'istituto adducendo la meritevolezza dell'intento della testatrice di proteggere gli interessi di quest'ultimo, assicurandosi che sposasse una persona tale da poter instaurare "un dialogo valido ed efficace per le sorti della loro unione", nonché affermando che il beneficiario avrebbe continuato a godere di un'autonomia determinativa talmente ampia da non ravvisarsi un superamento del limite della tolleranza e dell'ordine pubblico. Nessun affronto, poi, sarebbe stato ravvisato contro il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. giacché l'esistenza di classi sociali diverse sarebbe

Sul piano concreto, tuttavia, occorrerà superare tali affermazioni tutte le volte che, attraverso la clausola condizionale, il testatore abbia inteso costringere il delato in confini tanto ristretti da potersi individuare l'esistenza di un divieto assoluto di nozze. L'immoralità di simili limitazioni innescheranno l'applicazione del divieto di cui all'art. 634 cod. civ.

A ciò, però, può aggiungersi che, aldilà dell'indagine sulla concreta fattispecie venuta a crearsi, l'indicazione, da parte del disponente, dei requisiti che dovranno o meno sussistere sulla persona che si deciderà di sposare, rappresentano sempre una forma di invasione e di disturbo sul normale processo di formazione della volontà del chiamato, tale da comprometterne inevitabilmente la spontaneità e la lucidità. Verosimilmente, infatti, quest'ultimo condurrà i propri apprezzamenti tenendo in considerazione anche i vantaggi connessi all'avverarsi della condizione testamentaria, potendo così giungere a rinunciare al matrimonio con la persona consapevolmente prescelta (ma i cui requisiti non rientravano tra quelli indicati dal testatore) ed optare, al contrario, per un matrimonio patrimonialmente vantaggioso, perché in grado di assicurare l'acquisto del lascito (in quanto contratto con persona dotata dei suddetti attributi), ma moralmente deficitario perché inidoneo a rispondere alle autentiche aspirazioni dell'interessato.

d) *Condizione di non sposarsi fino ad una certa età o di sposarsi entro una certa data.*

In alcuni casi la condizione è impiegata per incidere sui profili temporali del matrimonio, nel senso di collocare le nozze non prima o non dopo di una certa data.

Generalmente valida è stata riconosciuta la condizione che vieta le nozze prima del raggiungimento di una certa età. In simili casi è stata, infatti, ritenuta comprensibile e ragionevole l'apprensione del testatore a veder inaugurata l'esperienza coniugale dell'istituto in un tempo in cui sussistano premesse credibili e adeguate, quali la sua sufficiente maturità psicofisica, un'appropriata formazione culturale e lavorativa, un'idonea capacità economica. Nessun divieto o obbligo assoluto di nozze poi potrebbe qui ravvisarsi attesa l'ampia libertà che verrebbe a residuare.

Anche in tale circostanza, tuttavia, è possibile proporre le perplessità che si provano dinanzi a quegli interventi dell'autonomia testamentaria sugli spazi più intimi e personali di chi riceve l'attribuzione. Si è visto, infatti, come molto spesso, anche indirettamente, si arrivi a manipolare o quanto meno ad assottigliare quella intangibile libertà decisionale che deve accompagnare non solo la scelta di contrarre o meno matrimonio, ma anche quella di optare

un'insopprimibile realtà economico-sociale che non sempre implica un giudizio di valore o disvalore. La condizione, quindi, servirebbe qui a contrastare i sempre più diffusi costumi odierni di coloro che, troppo decisi nelle loro scelte, si mostrano intolleranti verso qualsiasi forma di vincolo o di ritardo.

per le concrete modalità con cui realizzarla. Lasciare, in altri termini, che un terzo si sostituisca all'interessato nell'adozione di simili valutazioni e soluzioni, quali ad esempio la scelta dei tempi delle nozze, rischierebbe di mortificare il ruolo di chi gli effetti di quelle scelte sarà poi chiamato a viverli in prima persona e, per questo, avrebbe sentito di compierli in modo differente.

In nome di ciò trova ragione l'affermazione di illiceità sulla condizione di sposarsi entro una certa data, condizione ritenuta potenzialmente capace di imporre implicitamente non solo la scelta matrimoniale, ma anche le concrete modalità con cui attuarla.

4. L'autonoma disciplina dell'art. 636 1° comma cod. civ. e i suoi rapporti con l'art 634 cod. civ.

L'analisi delle condizioni testamentarie con cui incidere sulla libertà matrimoniale palesa come la loro illiceità attinga dallo stesso, oggettivo significato dell'evento.

L'art. 636 cod. civ., infatti, offrirebbe un criterio interpretativo di carattere tipico in virtù del quale l'illiceità di quelle modalità dipenderebbe dal fatto di aver dedotto in condizione un avvenimento di per sé incompatibile col meccanismo condizionale, atteso che la scelta di contrarre o non contrarre matrimonio, conservare o abbandonare lo stato di celibato, nubilito o vedovanza, vanno assunte in assoluta libertà, lontano da qualsiasi ingerenza o dipendenza.

Ciò detto, nessuno spazio residuerebbe per un'indagine sui motivi che inducono il testatore a servirsi di una simile condizione poiché, anche se questi fossero perfettamente leciti e nobili (si pensi alla volontà di tutelare una persona inferma o incapace), finirebbero per non avere alcun rilievo dinanzi all'antigiuridicità della *condicio* in commento.

A questo punto, pur rappresentando l'art. 634 cod. civ. la norma generale dettata per la disciplina delle condizioni illecite, risulta impossibile qui una sua integrale applicazione, dal momento che, attraverso il richiamo all'art. 626 cod. civ., tale disposizione apre ad un'indagine interpretativa diretta a valutare la essenzialità o meno della condizione illecita o impossibile e ciò proprio sulla base di quei motivi di ordine soggettivo considerati irrilevanti alla luce dell'art. 636 cod. civ.

L'autonomia di quest'ultima norma, d'altronde, oltre che per le particolari eccezioni previste nel suo 2° comma, sarebbe confermata proprio dall'assenza di tali richiami all'art. 634 cod. civ. ed, in particolare, all'art. 626 cod. civ., provvedendo, infatti, essa stessa a disciplinare la categoria delle condizioni matrimoniali mediante la generale qualificazione di illiceità. Ne

consegue che simili condizioni dovranno reputarsi come non apposte, in virtù della regola sabiniana pura, senza possibilità, per il suddetto mancato richiamo all'art. 626 cod. civ., di valutarne la sua essenzialità e l'incidenza sul profilo causale. Ciò, ovviamente, non precluderebbe la possibilità di dimostrare, per altra via, l'esistenza di un motivo illecito onde consentire l'applicazione dell'art. 626 cod. civ. con i conseguenti effetti sulla tenuta della disposizione *mortis causa*⁴⁴⁷.

5. Art. 636 2° comma cod. civ. Il legato per il caso o per il tempo del celibato o della vedovanza.

Dopo aver censurato, nel primo comma dell'art 636 cod. civ., le condizioni che proibiscono le prime o le ulteriori nozze, il legislatore prevede, attraverso il secondo comma, la validità delle disposizioni a titolo particolare con le quali si attribuisca un diritto d'uso, di abitazione, di pensione o di altra prestazione periodica per il caso o per il tempo del celibato o della vedovanza⁴⁴⁸.

La norma, come si nota, fa riferimento, alternativamente, a due possibilità: o ad un lascito concepito per il "caso" del verificarsi o meno delle nozze oppure ad un'attribuzione estesa al "tempo" del celibato o della vedovanza. Nella prima circostanza c'è il riferimento ad un evento condizionante; nella seconda solo una programmazione della durata della disposizione. Orbene, quando la disposizione è formulata "per il caso" della vedovanza, essa non si riferirebbe al celibato o al nubilato, bensì allo stato vedovile in cui un soggetto sposato potrà venirsi a trovare al tempo di apertura della successione, aldilà del fatto che già fosse vedovo al momento del testamento o che lo diventi prima della morte del *de cuius* o successivamente. Si individua, allora, un legato sospensivamente condizionato cui accede anche una seconda condizione, risolutiva e di natura legale, avente ad oggetto il matrimonio da parte di chi era vedovo.

Ove, invece, la disposizione sia programmata per il tempo della vedovanza ovvero del celibato/nubilato, non ci si riferirebbe ad un evento ignoto al testatore, ma a situazioni già da lui conosciute al tempo di redazione della scheda. Si tratterebbe, dunque, di un legato

⁴⁴⁷ TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 387; LOSANA, voce *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 265; DE SILVESTRI, "*Clausola testamentaria*" e *condizione impeditiva delle nozze*, cit., p. 659; Cass. 24 giugno 1959 n. 1990, in "Giust. civ.", 1959, I, 2170.

⁴⁴⁸ Tra gli altri: BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 279; In giurisprudenza: Cass., 4 marzo 1966, n. 641, in *Giust. Civ.*, 1966, I, p. 1354 ss., con nota di CASSISA, *Sul legato di usufrutto per il caso o per il tempo della vedovanza*; Cass., 16 giugno 1973, n. 1834, in *Foro it.*, 1974, I, c. 172 ss.

obbligatorio risolutivamente e legalmente condizionato alla cessazione del celibato/nubilato o dello stato di vedovanza⁴⁴⁹.

Disciplina analoga a quella disposta con l'art 636 2° comma era prevista, sotto il vigore del codice civile del 1865, dall'art. 850 cpv. Probabilmente essa è stata partorita avendo a cuore principalmente le esigenze della donna, ma non vi sono di certo preclusioni ad un funzionamento in favore dell'uomo. In ogni caso, ha da sempre ricevuto maggiore approfondimento in dottrina, l'ipotesi del legato disposto da un coniuge in favore del consorte superstite.

La piena liceità della disposizione di legato avente ad oggetto un diritto limitato temporalmente al periodo della vedovanza, è stata di solito argomentata ritenendola orientata al meritevole scopo di fornire al beneficiario (normalmente il coniuge del disponente) gli strumenti per condurre una vita comoda ed agiata con verosimili vantaggi anche in favore della prole. Non potrebbe temersi, in verità, una reale minaccia alla libertà del chiamato vista anche la sua possibilità di contrarre nuove nozze rinunciando al legato⁴⁵⁰.

A ben vedere, inoltre, la norma consegnata al capoverso dell'art 636 cod. civ. può dirsi pienamente coerente col sistema legislativo, all'interno del quale si rintracciano norme come l'art. 5 della legge sul divorzio (1° dicembre 1970, n. 898) che, al 10° comma, dispone la cessazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno ove il coniuge, al quale deve essere erogato, passi a nuove nozze, oppure, come l'art. 328 cod. civ. che, relativamente alla disciplina dell'usufrutto legale, prevede come il genitore che passi a nuove nozze, pur mantenendo tale usufrutto, abbia l'obbligo di accantonare in favore del figlio-nudo proprietario, quanto risulti eccedente rispetto alle spese di mantenimento, di istruzione e di educazione di quest'ultimo. Ancora, può ricordarsi l'art. 9-bis, ult. cpv., legge divorzio che prevede, in caso di bisogno, un assegno periodico in favore del coniuge divorziato sull'eredità del defunto consorte⁴⁵¹.

Diversa sarebbe la situazione ove si legasse a favore di un soggetto sotto la condizione di non contrarre le nozze perché qui, a differenza della ipotesi di cui sopra, vi sarebbe una vera e propria forma di inibizione alla scelta nuziale e non la semplice premura a soddisfare i bisogni dell'istituto finché non avrà contratto matrimonio.

⁴⁴⁹ CARAMAZZA, cit., p. 276.

⁴⁵⁰ FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, II ed., p. 164-165.

⁴⁵¹ DI MAURO, *Trattato delle successioni e donazioni*, cit., p. 1190; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 480; BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in BONILINI-TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in Cod. civ. comm., Milano, 2004, II ed., p. 627 ss.

L'ordinamento, pertanto, in base all'oggetto del legato disposto per il tempo della vedovanza, individua o meno una finalità impeditiva delle nozze. Infatti, ogniqualvolta il legato abbia ad oggetto un capitale, esso realizzerà un'attribuzione definitiva che mal si concilierebbe con lo scopo di provvedere ai bisogni semplicemente transitori del beneficiario in stato di vedovanza: in tal caso opera la presunzione assoluta per la quale la disposizione è concepita come preclusiva del matrimonio. Quando, invece, il legato concerna i diritti temporanei indicati dalla norma⁴⁵², può ammettersi un'efficacia limitata al tempo della vedovanza, in quanto la prestazione posta a suo oggetto risulta provvisoria e idonea a soccorrere interessi transitori⁴⁵³.

Resta, tuttavia, possibile, in base ad un'indagine sul contenuto concreto del lascito, dimostrare, nonostante il carattere periodico, l'esistenza di una volontà ostativa del testatore rispetto alle nozze. Ciò, ad esempio, perché le sostanze attribuite erano sovrabbondanti rispetto ai bisogni del legatario, in considerazione delle sue condizioni personali e patrimoniali ed anche rispetto alle forze patrimoniali del *de cuius*.

Orbene, superando la questione se il 2° comma dell'art 636 cod. civ. abbia voluto o meno rappresentare un'eccezione al principio fissato nel 1° comma⁴⁵⁴, può accogliersi la conclusione per cui il fondamento della figura vada ricercato in un motivo solo marginalmente sentimentale, ma prevalentemente economico e giuridico, diretto ad evitare che chi sposi la persona vedova possa avvantaggiarsi delle sostanze patrimoniali che appartennero al testatore mediante pretese di vario genere, come quelle successorie o alimentari. Inoltre, una volta contratto nuovo matrimonio, il coniuge superstite potrà ragionevolmente godere di nuovi sostegni morali e patrimoniali: da ciò si intuisce come l'attribuzione sia concepita per incidere vantaggiosamente sulle condizioni economiche del beneficiario solo sino a quando perdurerà quella situazione di solitudine connessa allo stato vedovile. Se, dunque, questo è lo scopo tipico tracciato dal legislatore su tale disposizione, non lo si potrà confondere con un intento sabotativo della libertà matrimoniale a meno che, come detto, ciò non risulti in relazione al concreto atteggiarsi della *voluntas*. Rileva, ad

⁴⁵² Riserve e perplessità riguardo al diritto di usufrutto sono però espresse da FILOMUSI GUELFU, *Trattato delle successioni. Lezioni compilate da G. Grisostomi e G. Manganelli*, Roma, a.a. 1892-93, p. 702.

Diversa la posizione espressa da VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Dir. civ. it.*, vol. I, Napoli-Torino, 1931, II ed., p. 305 e vol. II, p. 841

⁴⁵³ Profili problematici vengono sollevati relativamente all'ammissibilità di una proprietà temporanea che verrebbe a delinarsi in capo al legatario, durando, il diritto attribuitogli, non oltre la sua morte. Come noto, l'inammissibilità di una proprietà ristretta in confini temporali rappresenta un principio derogabile solo in poche, eccezionali ipotesi (si pensi all'art 692 cod. civ.).

⁴⁵⁴ Sul punto si veda: CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit. p. 480; CARAMAZZA, cit., p. 277 ss.; DEGNI, voce *Successioni testamentarie*, in *Nuovo Dig. It. Vol. XII, I*, Torino, 1977, 1103.

esempio, a questo fine, la previsione che il legatario restituisca il valore dei frutti percepiti, una volta che, celebrate le nozze, il diritto goduto sia venuto meno. E' molto probabile qui, che, aggiungendosi alla preoccupazione di veder cessare la fruizione del beneficio anche quella di dover rendere conto di come si è impiegato l'oggetto del lascito, verrebbe a disincentivarsi in maniera eccessiva la prospettiva di abbracciare nuovamente lo stato coniugale⁴⁵⁵.

Come potrebbe desumersi dall'esiguo numero di pronunzie giurisprudenziali, la norma di cui all'art. 636 cpv. sembra non rappresentare strumento di frequente utilizzo, forse per il suo anacronismo, figlio dei tempi in cui questa fu elaborata, quando al concetto di matrimonio era fortemente agganciato quello di sostentamento, soprattutto riguardo alle donne, molte volte lontane da responsabilità lavorative e da autonome capacità economiche⁴⁵⁶.

Ciò, nondimeno, l'istituto può certamente prestare le sue potenzialità per assicurare una più articolata organizzazione in chiave morale, economica e giuridica degli interessi *post mortem*, non solo nei confronti del consorte superstite, bensì anche dei discendenti, sempre più esposti a indebolimenti patrimoniali a causa delle frequenti, successive nozze, indotte dai moderni costumi. In simili casi, infatti, il nuovo coniuge, erodendo le porzioni loro altrimenti spettanti, avanzerà pretese successorie su quella parte di patrimonio ereditario destinato al suo partner rimasto vedovo.

Resta da ricordare come la disposizione del legato in commento deve sempre congegnarsi in armonia con l'art 549 cod. civ., prestando, quindi, attenzione a non intaccare i diritti spettanti ai legittimari, altrimenti minandosi la sua efficacia. Ne discende che tale disposizione *mortis causa* possa sempre rappresentare una modalità di sistemazione della propria quota disponibile.

⁴⁵⁵ VENEZIAN, cit., vol. I, p. 305 ss.

⁴⁵⁶ I dubbi sull'utilità della figura sono stati accompagnati, a volte, da riserve sulla sua legittimità costituzionale: BIGLIAZZI GERI- BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, 4, t. II, *Le successioni a causa di morte*, Torino, 1996, p. 110; DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, cit. p.118 ss. Si è ravvisata, infatti, la pericolosa idoneità della norma a prestarsi a "subdole interpretazioni" e la sua non perfetta armonia con il principio di libertà individuale, morale e spirituale, di autodeterminazione della persona; principio emergente da numerose norme costituzionali. Dovendosi ritenere illecito ogni tentativo, pur se indiretto o fievole, di limitare o forzare in qualunque modo la libera formazione delle essenziali scelte di vita dell'istituto, si riconoscerebbe una funzione prevaricatrice del testatore, che, allo scopo, intenda sfruttare le facoltà concessegli dalla norma. Non potrebbe negarsi, si afferma, l'indubbia capacità di un legato, disposto per il tempo del celibato o della vedovanza e particolarmente vantaggioso in senso patrimoniale, ad influire sulla decisione di sposarsi, perdendo il lascito o rinunciarvi e conservare l'attribuzione. Tali conclusioni, tuttavia, sembrano presupporre una eccessiva inettitudine degli individui ad autodeterminarsi in modo lucido e autonomo oltre che un loro mediocre bagaglio morale tale da convincerli ad abdicare ad una libertà fondamentale pur di godere di un vantaggio patrimoniale. In realtà, può osservarsi che un simile legato, munendosi di sufficiente ragionevolezza, non potrà che considerarsi come una lecita forma di sostegno destinata a sovvenire le esigenze e i bisogni del beneficiario fino a quando, venuto meno lo stato di celibato o vedovanza, questi non si ridimensionino giusta la collaborazione, in seno al matrimonio, da parte del coniuge.

6. *Natura giuridica dello strumento adoperato dall'art. 636 2° comma cod. civ. per attribuire rilevanza all'evento contemplato.*

La fattispecie di cui all'art. 636 2° co. cod. civ. ha posto in dottrina la questione della esatta qualificazione giuridica del meccanismo ivi predisposto, rivelandosi ardua una sua ricostruzione unitaria.

Il prevalente indirizzo interpretativo⁴⁵⁷ riconosce nel perdurare dello stato di vedovanza o di celibato, una condizione di tipo risolutivo, precisando, a volte, che, grazie a questo tipo di condizionamento, si rimane aderenti alle volontà e agli scopi del testatore permettendo, nel dubbio, di far beneficiare del lascito il suo destinatario.

Da altra parte si nega l'esistenza di una condizione da cui far dipendere le sorti del legato e si parla, invece, di termine, ritenendo che la disposizione miri a fissare un confine temporale entro cui consentire il godimento del lascito⁴⁵⁸.

L'evento delle nozze, invero, non risolverebbe la disposizione, ma opererebbe soltanto quale termine finale impedendosi la retroattività propria della *condicio*. Dunque, il legato sarà in grado di mantenere i suoi effetti solo per un tempo incerto connesso alla durata dello stato di vedovanza o di celibato, cessato il quale esso risulterà caducato senza effetti retroattivi.

In realtà, tale conclusione è contestata da quanti sottolineano il tenore letterale della norma, la quale, parlando espressamente di prestazioni "per il caso o per il tempo" del celibato o della vedovanza, sembra riferirsi ad una condizione piuttosto che ad un termine⁴⁵⁹.

Orbene, in sintonia con l'orientamento prevalente, è possibile confermare la conclusione che ravvisa in tale fattispecie la presenza di un meccanismo condizionale, presentandosi l'evento, incerto sia sull'*an* sia sul *quando*.

Occorre, tuttavia, adeguatamente evidenziare la particolarità del suo funzionamento.

Diversamente dalla regola generale della retroattività, infatti, si ravvisa, qui, un'efficacia *ex nunc* della clausola, volendosi, in tal modo, evitare un travolgimento *ab origine* degli effetti attributivi connessi alla disposizione e ciò perché il beneficiario ne ha goduto in base ad un titolo pienamente valido. D'altronde, in caso di prestazioni periodiche, può invocarsi anche

⁴⁵⁷ GIANNATTASIO, cit., p. 230; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 521 ss.

⁴⁵⁸ VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, in Dir. civ. it., a cura di FIORE, vol. IV, Napoli-Torino, 1909, p. 388.; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, vol. II, Torino, 1951, III ed., p. 1022-1023

⁴⁵⁹ Si veda sul punto ZAPPULLI, in BRUNELLI ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940, p. 307.

l'art 1360 cpv. cod. civ. per il quale: “se però la condizione risolutiva è apposta a un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l'avveramento di essa, in mancanza di patto contrario, non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite”⁴⁶⁰.

A far propendere per il riconoscimento di un termine finale, tuttavia, sono state proposte ulteriori riflessioni⁴⁶¹ che, in rapporto alla funzione di questo legato, mirano a smentire l'esistenza di una condizione. Si osserva, sul punto, che la vedovanza o il celibato, in relazione ai quali è concepita l'attribuzione, non sono intese dal testatore come contropartita di quest'ultima, ma come stato di fatto obiettivo in presenza del quale si vuole adeguare il trattamento successorio rendendolo più favorevole e generoso⁴⁶².

Si è, poi, aggiunto che la temporaneità dei diritti deducibili nel legato, i quali si estingueranno al massimo con la morte del loro titolare, consente di affermare come ricorrano i caratteri del termine e non già quelli della condizione, sussistendo certezza sul solo *an*, ma non anche sul *quando*.

Da ultimo, il fatto di aver voluto disciplinare espressamente la fattispecie, pur esistendo una norma, quale l'art. 637 cod. civ., che già consente di associare il termine alle disposizioni di legato, non depone contro la configurabilità di un tale elemento accidentale atteso che la specifica disciplina di cui all'art. 636 cpv. trova la sua *ratio* nell'attitudine di una simile disposizione testamentaria a incidere in modo pericoloso su una libertà fondamentale.

7. La giustificazione causale del legato ex art. 636 cpv. operata dalla legge e la possibilità di una indagine sull'impiego distorto della figura da parte del testatore.

L'individuazione della specifica causa che colora il legato disposto dall'art. 636 cpv. risente, oltre che della sua natura di atto *mortis causa*, perché, inserito nell'ambito del regolamento testamentario, ne condivide il ruolo di organizzazione degli interessi *post mortem*, anche da

⁴⁶⁰ BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, I, *Profilo negoziale dell'atto*, *Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, p. 281; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, VII ed., p. 496; ANDRINI, *La condizione nel testamento*, in *Le successioni testamentarie*, in *Giur. sist. civ. e comm.* Torino, 1983, p. 122.

⁴⁶¹ BONILINI, *Condizione di non contrarre matrimonio e legato per il tempo del celibato o della vedovanza*, in *Trattato delle successioni e donazioni* diretto da G. BONILINI, vol. II, cap. VIII, Milano, 2009, p. 1189 ss.

⁴⁶² Nel caso in cui il legato sia disposto a favore del coniuge superstite, si individuerà, per quest'ultimo, un duplice, possibile, trattamento a seconda che egli contragga o meno nuovo matrimonio: nel primo caso più ristretto, nel secondo più ampio. La possibilità offerta dall'ordinamento di limitare l'efficacia della disposizione al tempo della vedovanza si rivela una misura di tutela per gli interessi dei coniugi superstiti in quanto, ove mancasse una tale possibilità, il testatore verrebbe messo nell'alternativa se disporre o non disporre un'aggiunta a quanto la legge già riserva al coniuge superstite. Ebbene, in simili circostanze la facoltà di ricorrere al congegno di cui al cpv del 636 cod. civ. può incentivare ad un ulteriore lascito distogliendo il testatore dal preferire la prima soluzione.

una sua più specifica connotazione funzionale predisposta dal legislatore e diretta al perseguimento di un risultato pre-configurato.

A differenza di quanto accade, in genere, nella realtà negoziale, è possibile osservare come qui, non sia l'impiego di elementi accidentali a dar rilevanza ai motivi personali che si vogliono inserire nel regolamento e che, altrimenti, ne sarebbero privi, quanto, piuttosto, la scelta del disponente verso una particolare forma di disposizione dotata di contenuto ed efficacia tassativamente tipizzati, coincidenti con le sue volontà ed esigenze.

La peculiarità della figura, confermata dalla sua incerta natura giuridica, non del tutto assorbita né dalla disciplina della condizione né da quella del termine, non è tale, si afferma, da farne un'ipotesi derogatoria al principio dell'art. 636 1° comma cod. civ. La fattispecie, invero, non si pone *contra legem* atteso che la temporaneità dei diritti disposti rivela come il testatore, lungi dall'interdire le nozze, considerò soltanto lo stato di vedovanza o celibato quale condizione degna di maggior premura e sostegno patrimoniale.

Si è di fronte, allora, come affermato anche in giurisprudenza⁴⁶³, ad una presunzione *iuris et de iure*⁴⁶⁴ per cui, in base ad una oggettiva valutazione legislativa che interdice ulteriori letture interpretative, simili attribuzioni non sono stimate idonee a limitare la libertà matrimoniale del legatario, ma rappresentano soltanto strumenti idonei ad ampliare le capacità del mezzo testamentario di dare risposte alle esigenze morali e materiali di chi se ne serve.

Affrancandosi da un'analisi dei motivi sottesi alla volontà condizionante, si giunge, così, all'inapplicabilità dell'art. 636 1° comma cod. civ. e del combinato disposto degli artt. 634 e 626 cod. civ.

L'accoglimento di una tale impostazione, se da un lato ha il merito di volersi annodare il più possibile al dettato legislativo, pecca, secondo alcuni⁴⁶⁵, di eccessiva rigidità in quanto non potrebbe negarsi che, ove risulti in modo inequivoco un uso abusivo e fraudolento della

⁴⁶³ Cass., 26 giugno 1973, n. 1834, in Foro it., 1974, I, 1354, con nota adesiva di CASSISA, *Sul legato di usufrutto per il caso o tempo della vedovanza*, Giur. Civ., I, 1996; Trib. Lucca 12 agosto 1992, in Riv. not., 1993, II, 483; App. Cagliari 31 dicembre 1962, in Foro pad., 1965, I, p. 116 ss. con nota adesiva di GIRINO, *La condizione di celibato nel negozio testamentario*, in Foro pad., 1965, I, c. 115 e ss.

⁴⁶⁴ DE SILVESTRI, *"Clausola testamentaria" e condizione impeditiva delle nozze*, cit., p. 656; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, p. 134, la quale sottolinea come l'art. 636 cod. civ., riferendosi ai soli legati relativi a diritti temporanei, si affiderebbe ad una disciplina oggettiva della condizione del celibato o della vedovanza, prevedendo, con una valutazione aprioristica, sganciata da una ricostruzione della volontà del testatore, la piena validità della clausola.

⁴⁶⁵ CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 278; GARDANI CONTURSI LISI, *Disposizioni condizionali*, cit., p. 136; BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 620; CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., p. 101; GIANNATTASIO, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 229;

In giurisprudenza: Cass., 4 marzo 1966, n. 641, in Giust. Civ., 1966, I, 1354; Cass. 26 giugno 1973 n. 1834, in Giur. it. 1974, I, 1, 1789; App. Napoli, 2 luglio 1956, in Foro it. Rep., 1956, I, 1, 65; Trib. Napoli, 21 dicembre 1967, in Dir. e giur., 1969, 655; Cass. 26 giugno 1973 n. 1834, in Giur. it. 1974, I, 1, 1789

figura da parte del testatore, diretto allo scopo esclusivo ed espresso nella scheda testamentaria, di vietare le nozze, sarebbe necessario invocare la disciplina del motivo illecito di cui all'art. 626 cod. civ.

In verità non è affatto agevole, sul piano probatorio, ricostruire gli antecedenti psicologici di una simile volontà testamentaria ed è forse anche questa la ragione per la quale il legislatore ha avocato a sé il giudizio sulla meritevolezza di tale fattispecie sottraendolo al giudice. Resta, però, verosimile la forza probante di alcuni elementi rilevatori: si pensi ad un lascito eccessivamente generoso rispetto alle occorrenze del suo destinatario o all'esistenza di riscontri documentali da cui emerga il disegno del testatore di piegare il modello normativo a scopi riprovati dalla legge.

Risulta, allora, indispensabile ai fini dell'accertamento della validità del legato, accertarne la sua concreta attitudine a coartare la volontà del beneficiario e dunque a violare l'art 636 cod. civ.⁴⁶⁶.

Giova ricordare la posizione di quanti reputano non necessario un simile lavoro di indagine teso a stabilire se la disposizione testamentaria sia valsa soltanto a limitare nel tempo il godimento di un diritto o a coartare la libertà matrimoniale dell'onorato, poiché, ravvisandovi qui sia una condizione sia un termine, concludono come un'ipotetica illiceità della prima lasci inalterata la validità del secondo⁴⁶⁷.

8. Diritti trasferibili ex art. 636 cpv. cod. civ., in particolare nel caso di legato disposto in favore del coniuge superstite.

L'efficacia del legato predisposto con l'art. 636 cpv. cod. civ. si ricollega, per volontà della stessa legge, al rispetto di determinati limiti oggettivi. Precisamente, la norma legittima il testatore a servirsi della figura solo per disporre, anche cumulativamente, per il tramite di più legati, di un diritto di usufrutto, uso, abitazione, pensione o altra prestazione periodica.

⁴⁶⁶ Cass., 4 marzo 1966, n. 641, cit.: il legato di usufrutto, in favore del coniuge per il tempo della vedovanza, è valido, ove sia accertato con indagine di fatto insindacabile in cassazione, che, con la disposizione testamentaria, il *de cuius* abbia voluto giovare al beneficiario, assicurandogli, per quel tempo, i mezzi economici per affrontare meglio quello stato, senza alcuna intenzione di porre una sanzione patrimoniale per il caso di ulteriori nozze, concepite, quindi, come condizione risolutiva, diretta a limitare o a coartare la determinazione del chiamato, ma come una possibilità concreta e libera nei suoi termini di scelta.

⁴⁶⁷ App. Cagliari 31 dicembre 1962, cit.; Trib. Lucca 12 agosto 1992, cit., ad avviso del quale la liceità di un legato di usufrutto, accompagnato da una condizione di celibato, sarebbe da considerarsi lecita aldilà di una indagine sulla effettiva volontà che animò il testatore.

Sul puntuale rispetto di tali confini nell'esercizio dell'autonomia testamentaria ha insistito la riflessione dottrina.

Preliminarmente viene chiarito come la specificità dei casi cui la norma fa riferimento ne precluda un'applicazione estensiva. Ciò vale nei confronti di diritti diversi, quali il diritto di proprietà, come nei confronti di disposizioni testamentarie diverse, quali l'istituzione ereditaria. In simili casi, infatti, mancherebbe la natura temporanea dei diritti prevista dalla legge per fronteggiare ai bisogni transitori dello stato di celibato e vedovanza⁴⁶⁸.

Perplessità sono state espresse riguardo alla scelta legislativa di indicare, quale oggetto del legato, anche il diritto di usufrutto, attesa la tendenziale assenza di limiti al suo contenuto capace di determinare un valore della disposizione eccessivo rispetto alla funzione di mera assistenza patrimoniale del legatario per il tempo della vedovanza o del celibato. Si farebbe strada, pertanto, il sospetto che l'attribuzione fu concepita per il diverso fine di creare una contropinta a progetti nuziali⁴⁶⁹.

Qualora il legato sia disposto in favore del coniuge superstite occorre coordinare l'art. 636 cpv. cod. civ. con l'art. 540 cpv. cod. civ. Invero, poiché tale ultima norma riserva al consorte del *de cuius* il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare ed il diritto d'uso sui beni mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni, occorrerà concludere che ove il legato abbia ad oggetto il diritto di abitazione sulla casa coniugale, la sua efficacia non potrà dirsi certa, mentre nessun rischio si ravviserebbe ove l'immobile all'uopo considerato sia diverso.

Problematica appare altresì l'ipotesi in cui la casa coniugale e i mobili ad essa corredati vengano dedotti, per il tempo della vedovanza, quali oggetto di un diritto di usufrutto, con la conseguenza di attribuire al beneficiario una maggiore libertà dispositiva e, di riflesso, maggiori opportunità di guadagno. Si ricorda, infatti, che i diritti di cui all'art. 540 cpv. cod. civ. hanno natura strettamente personale giacché diretti ad appagare esigenze morali. Dunque, non ne sarebbe possibile alcuna negoziazione. Invece, in presenza di un usufrutto, il coniuge sarebbero libero, durante il periodo della vedovanza, di concedere ad altri il godimento dei beni lucrandone così un compenso. In questo modo, tuttavia, ne uscirebbe raggirato il fondamento della norma, formulata, evidentemente, per assicurare il ben preciso risultato di far godere al coniuge superstite (e non ad altri, scelti arbitrariamente, sostituendosi alla legge) dei diritti di abitazione e di uso.

⁴⁶⁸ BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 806; ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, cit., p.308.

⁴⁶⁹ FILOMUSI GUELF, *Trattato delle successioni*, cit., p. 702 ss.

Nell'ipotesi considerata, inoltre, meritano di essere vagliate le conseguenze scaturenti dal passaggio a nuove nozze del coniuge superstite. Per chi ritiene che i diritti di abitazione o di uso di cui all'art. 540 cpv. cod. civ non possano sopravvivere a seguito di tale nuova vicenda nuziale non vi sarà alcuna complicazione circa i rapporti tra la loro durata e quella del diritto di usufrutto eventualmente costituito su di essi. Entrambi, infatti, sono destinati ad esaurirsi e a spegnersi. Quando, all'opposto, si acceda alla tesi che fa salvi simili diritti fino alla morte del coniuge superstite, dovrà concludersi che ad estinguersi sia soltanto l'usufrutto mentre l'uso e l'abitazione, divenuti quiescenti durante la vita del primo, godranno di una reviviscenza⁴⁷⁰.

Da ultimo, richiamando la *ratio* che anima la figura in commento, non potrebbe dirsi ammissibile un riconoscimento, nei confronti del legatario, della facoltà di alienare o ipotecare i beni ereditari attribuitigli in usufrutto per il tempo della vedovanza, rischiandosi, altrimenti, di minacciare la funzione di sostegno e assistenza che essa è deputata a svolgere.

9. La cessazione dello stato di celibato o di vedovanza quale momento finale per l'efficacia del legato. Individuazione della fattispecie.

La predisposizione del legato per il tempo del celibato o della vedovanza limita la produzione dei suoi effetti soltanto a tale ambito temporale di talchè, venuto meno tale *status*, cesseranno anche gli effetti dell'attribuzione.

Risalta, allora, l'importanza di individuare con sicurezza il preciso evento cui far riferimento, stante la possibilità di riferire la celebrazione del matrimonio all'adozione di un preciso rito e atteso il valore polisemico del concetto di matrimonio nell'esperienza giurisdizionale a fronte del significato corrente assunto dalla collettività.

Occorre, dunque, confrontarsi con l'ipotesi che il testatore ricolleggi l'effetto risolutivo del legato ad un matrimonio meramente religioso o ad una situazione di convivenza *more uxorio* e verificare se ciò rientri o meno nella sua autonomia⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Si veda sul punto: BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. Gli elementi accidentali*. t. II, VIII, Milano, p. 1201-1202; VENZIAN, cit., vol. I, p. 306; COSPITE, *I diritti di abitazione e di uso e le nuove nozze del coniuge superstite*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1984, p. 1175 ss.

⁴⁷¹ Favorevoli a considerare avverata la condizione anche nel caso in cui il matrimonio risulti celebrato col solo rito religioso, senza trascrizione nei registri dello stato civile: AZZARITI, *Disposizioni testamentarie sub condizione*, Nota a Cass. 11.1.1986, n. 101, in Giut. Civ., 1986, I, p. 570 e 571, nota 538; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 187; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., p. 194 ss.; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 230 ss.

In passato non si mancava di sottolineare come, con la stipula del Concordato lateranense, diretto a riconoscere effetti civili al matrimonio religioso, la questione fosse stata ridimensionata, se non del tutto composta. Tuttavia, dinanzi all'espressa volontà di celebrare un matrimonio esclusivamente canonico, senza richiederne la trascrizione nei registri dell'ufficio dello stato civile, il problema restava vivo e l'opinione prevalente si esprimeva nel senso che, salvo un espresso richiamo al rito meramente religioso, il testatore non poteva che riferirsi al vincolo con effetti civili⁴⁷².

Anche l'indirizzo dottrinario espressosi successivamente ha, fino ad oggi, confermato le posizioni già elaborate, giungendo, quindi, a non ravvisare nel matrimonio puramente religioso o nella semplice convivenza *more uxorio*, un evento risolutivo del lascito, almeno fin quando non si accerti l'esistenza di un simile volere da parte del *de cuius*.

D'altronde, se il fine della disposizione è quello di venire incontro alle esigenze che l'onorato incontrerà durante la condizione vedovile, è verosimile che soltanto attraverso il matrimonio civile tali bisogni verranno a ridimensionarsi in virtù del dovere di reciproca assistenza morale e materiale che scaturisce da tale vincolo, ma non anche da un vincolo religioso o da una unione fattuale, appartenendo a queste due forme di unione solo obbligazioni di tipo naturale, meramente spontanee e prive di coercibilità.

Se allora, come detto, la convivenza *more uxorio* e il matrimonio religioso non sembrano creare i presupposti per un credibile ridimensionamento delle occorrenze connesse allo stato vedovile, indicare tali eventi come risolutivi della disposizione *mortis causa* può insinuare il dubbio che a muovere il testatore non sia stata tanto la premura di sostenere il destinatario, quanto quella di ostacolare simili forme di unione. In simili casi, perciò, si rischierebbe di veder forzata la *ratio* posta a base della norma colorando di illiceità il legato ai sensi dell'art. 626 cod. civ.⁴⁷³.

Giova, nondimeno, sottolineare come la scelta del legatario di coniugarsi con forme civilmente irrilevanti, può rispondere più che a valutazioni di ordine esistenziale, a calcoli di tipo strategico, intendendosi, in tal modo, scongiurare l'interruzione delle erogazioni connesse al legato e prolungarne il godimento. Si tratta, a ben vedere, di un raggio della

⁴⁷² GIANNATTASIO, cit., p. 231; FERRARA, *Teoria del negozio illecito del diritto civile italiano*, cit., p. 166. Si osservava come nella sua originale funzione, la condizione di vedovanza non poteva che precludere entrambe le forme di matrimonio salva solo la possibilità per il disponente di restringerne la portata in base ad una sua più particolareggiata volontà.

⁴⁷³ GANGI, *La successione testamentaria*, cit., p. 194 ss.; GARDANI CONTURSI LISI, *Controllo sulle disposizioni testamentarie condizionali e ricerca della volontà del testatore*, cit., p. 129; CICU, *Testamento*, cit., p. 205 circa la capacità del solo matrimonio dotato di effetti civili di assicurare quella forma di mantenimento che il testatore intende offrire all'onorato durante lo stato di vedovanza.

disposizione il cui prezzo sarà pagato in termini di spontaneità della scelta pur senza doversi individuare un contegno *contra legem*⁴⁷⁴.

10. *Efficacia risolutiva ex nunc del matrimonio. Conseguenze dello scioglimento del vincolo.*

Oltre agli ordinari caratteri che, in genere, connotano una disposizione a titolo particolare, si è già messa in luce, per il legato di cui all'art. 636 cpv. cod. civ., la natura temporanea dei diritti suscettibili di esserne oggetto - destinati ad estinguersi non più tardi della morte del suo beneficiario e, perciò, non idonei ad essere trasmessi - nonché la sua instabilità ricollegata all'efficacia risolutiva delle nozze⁴⁷⁵.

Peculiare rilevanza assume, però, l'efficacia non retroattiva dell'evento risolutivo in virtù del quale, una volta celebrate le nozze, il legato diventa incapace di produrre ulteriori effetti oltre a quelli già irreversibilmente realizzati a vantaggio del destinatario. Più precisamente, il legatario beneficerà, durante il periodo del celibato o della vedovanza, di tutte le utilità ricavabili dal lascito senza che il venir meno di tali presupposti, col passaggio allo stato coniugale, possa compromettere i risultati già acquisiti.

In merito alla possibilità per il testatore di derogare ad un simile meccanismo e predisporre un'efficacia *ex tunc*, si conclude per la sua illiceità stante il superamento dei confini segnati all'autonomia del disponente il quale, in tal caso, utilizzerebbe probabilmente in modo improprio lo strumento messo a disposizione dall'ordinamento, senza contare, inoltre, la potenziale gravità delle ricadute economiche sull'onorato chiamato ad effettuare le restituzioni e capaci di distoglierlo in modo convincente dall'intenzione di votarsi al matrimonio.

Senza ricorrere al riconoscimento, in tale fattispecie, di una condizione risolutiva, può affermarsi come la restituzione dei frutti dalla data della celebrazione del matrimonio, trovi ragione nella stessa funzione del legato *ex art.* 636 cod. civ. in quanto è proprio da questo momento che i coniugi potranno fidare sull'obbligo di reciproca assistenza e dunque dallo

⁴⁷⁴ BONILINI, *Dei legati*, in Cod. civ. Comm. fondato da Schelisger e diretto da Busnelli, Milano, 2006, II ed. p. 40 ss.

⁴⁷⁵ L'estinzione del diritto, a seguito della celebrazione del matrimonio o della morte del legatario, determina, quando oggetto dell'attribuzione era un diritto di usufrutto, uso o abitazione, l'automatica riespansione delle facoltà in capo al proprietario o, quando oggetto era una pensione o altra prestazione periodica, l'estinzione del vincolo obbligatorio.

stesso momento potrà supporre la cessazione dei bisogni al cui soddisfacimento era diretto il lascito⁴⁷⁶.

Resta da considerare l'ipotesi in cui, successivamente alla celebrazione del matrimonio che ha reso inefficace la disposizione, tale matrimonio si scioglia perché dichiarato nullo, perché intervenga una pronuncia di divorzio o ancora perché muoia il coniuge del legatario⁴⁷⁷.

In simili circostanze ci si chiede in che modo questi sviluppi si ripercuotano sui diritti oggetto del legato.

Una prima soluzione è quella di considerare nuovamente attuali le esigenze cui il testatore intese dare risposta mediante la disposizione *mortis causa* e, pertanto, far rivivere quei diritti che erano stati all'uopo trasmessi. Di una tale logica, d'altronde, il legislatore già si avvale nella normativa sul divorzio disponendo, all'art. 9-bis della l. n. 898/1970, che il diritto all'assegno periodico in favore del coniuge bisognoso si estingue se il beneficiario passa a nuove nozze o viene meno il suo stato di bisogno. Qualora risorga lo stato di bisogno l'assegno può essere nuovamente attribuito.

Orbene, la conclusione si presenta più o meno attendibile in relazione alla specifica causa di scioglimento del vincolo nuziale. Ove, infatti, sia intervenuta una sentenza di divorzio o sia deceduto il coniuge del legatario, si attiveranno nuove, possibili forme di sussidio quali, rispettivamente, il diritto all'assegno divorzile o i diritti sull'eredità del coniuge defunto e, pertanto, la reviviscenza dei diritti legati potrebbe apparire non del tutto giustificata. Nel caso, invece, in cui il matrimonio sia dichiarato nullo, la relativa pronuncia giudiziale accerterà come, tecnicamente, non sia affatto nato un vincolo matrimoniale e, dunque, non sia venuta meno la condizione di celibato o vedovanza cui il *de cuius* ancorò la disposizione. Ne consegue che il risorgere dei benefici originari troverà un sostegno logico e giuridico.

Nessun dubbio sussiste, al contrario, nel caso di morte dello stesso legatario circa la definitiva e irreversibile estinzione dei diritti legati.

La sorte del legato di cui all'art. 636 cpv. cod. civ., in realtà, potrebbe essere più puntualmente tracciata dal testatore, potendo questi spingersi a circoscrivere l'efficacia dell'attribuzione solo fino alla celebrazione del matrimonio subito successiva all'apertura della successione, negando, però, ogni fenomeno di rigenerazione dei diritti legati in coincidenza del successivo scioglimento del vincolo. Ciò avrebbe il vantaggio di scongiurare

⁴⁷⁶ BONILINI, *Condizione di non contrarre matrimonio e legato per il tempo del celibato o della vedovanza*, cit., p. 1209;

⁴⁷⁷ BONILINI, ult. cit., p. 1209; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 276. Si osserva come la condizione vedovile non possa considerarsi stabile e definitiva, bensì suscettibile di mutamenti e trasformazioni, con la conseguenza di dover sempre riattivare quei diritti legati per il periodo della vedovanza ogniqualvolta tale *status* torni a sussistere

impacci e complicanze nella gestione dei rapporti susseguenti alla estinzione e riattivazione dei benefici assegnati, ma, dall'altro lato, tradirebbe l'essenziale funzione che contrassegna la figura privando, chi torni a trovarsi nello stato cui il disponente intese far fronte, degli aiuti originariamente apprestati⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ A queste condizioni risulterebbe indebolita la giustificazione della disposizione e potrebbe farsi strada il dubbio di un utilizzo anomalo e manipolato dello strumento tale da meritare una specifica indagine interpretativa.

Sezione II

ULTERIORI LIBERTÀ E PREROGATIVE DELLA PERSONA

SOMMARIO: 1. Il diritto dei successori ad autodeterminarsi nella scelta dell'attività professionale. Le ingerenze della volontà testamentaria, in particolare, mediante l'impiego della condizione. – 2. Clausole testamentarie relative alla libertà di pensiero e di fede religiosa dei chiamati. Precisazione del loro contenuto e inammissibilità di un fine coercitivo. – 3. Diritto dei successori alla conservazione del nome quale essenziale coelemento dell'identità personale – 4. Disposizioni testamentarie offensive e tutela della reputazione. Il legato infamante e l'illecito commesso per testamento. – 5. Libertà dei chiamati a scegliere il luogo in cui risiedere e le persone con cui convivere. Le limitazioni di origine testamentaria e, in particolare, quelle scaturenti da una condizione di assistenza.

1. Il diritto dei successori ad autodeterminarsi nella scelta dell'attività professionale. Le ingerenze della volontà testamentaria, in particolare, mediante l'impiego della condizione.

L'idoneità del testamento a regolamentare i rapporti *post mortem* in modo conforme alle volontà del suo autore, può spingere quest'ultimo, come già visto, a servirsene per conferire un determinato assetto anche ad aspetti non patrimoniali. L'aspirazione del *de cuius*, infatti, non di rado coincide, non solo e non tanto, con una certa sistemazione delle proprie sostanze, ma anche col saper realizzate determinate, future scelte esistenziali dei propri successori, scelte alle quali il lascito può ricollegarsi con varietà di significati ed esiti.

E' indubbio, in altre parole, che nella prospettiva di chi stende una scheda testamentaria possa farsi spazio l'aspirazione ad una più completa e organica sistemazione della vicenda umana del chiamato ricomprensiva dei diversi profili di cui si compone.

Indubbia rilevanza assume, in tal senso, l'indirizzo da scegliersi in campo lavorativo, al quale, evidentemente, si lega quello della formazione negli studi.

Si tratta di due libertà del cui riconoscimento è possibile trovar traccia, anzitutto, in campo europeo dove, per mezzo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CEDU) si esalta il valore del lavoro quale frutto delle personali capacità, da coltivare e far fruttare in

modo libero e consapevole. Si richiama, precisamente, la libertà delle arti e delle scienze (art. 13); il diritto-dovere dei genitori di educare e istruire la prole in coerenza con le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche (art. 14); il diritto di ciascuno a cercare un lavoro, a lavorare e ad esercitare una professione liberamente scelta o accettata (art. 15); il principio della libera impresa (art. 16).

Anche la Costituzione inserisce tali libertà tra le irrinunciabili prerogative della persona tutelando in modo ampio tutti gli aspetti dell'attività lavorativa come risulta dagli artt. 1, 35 e 36 e garantendo il diritto al lavoro e la libertà di scelta della professione (art. 4).

Da queste premesse si deduce facilmente l'importanza di difendere simili valori anche in campo successorio dove, per mezzo di una o più disposizioni testamentarie, essi potrebbero risultare in vario modo minacciati.

Particolarmente temibile, in tale ottica, risulta essere la condizione testamentaria attraverso cui imporre al chiamato di intraprendere o non intraprendere una certa strada professionale. Da tempo, dottrina e giurisprudenza sono impegnate a valutarne le implicanze onde accertarne la liceità.

In modo pressochè costante è stata dichiarata *contra legem* la condizione idonea a mortificare le inclinazioni personali dell'individuo così da comprometterne la libera scelta di un'identità sociale e culturale. Questa libertà, infatti, è riportata nell'alveo dell'ordine pubblico atteso che la sua, anche parziale, corrosione, ricadrebbe negativamente sul generale interesse e benessere dei consociati, alterando la capacità della comunità di esprimere e godere al massimo della capacità dei suoi membri⁴⁷⁹.

Nella stessa prospettiva, ancor meno accettabile deve considerarsi la condizione di non esercitare alcuna professione o di non coltivarsi in alcuna arte, giacchè ne risulterebbe del tutto soppresso il fondamentale dovere dell'uomo ad impegnarsi in un'attività lavorativa, mentre completamente legittimo va considerato l'opposto condizionamento di imboccare un qualsiviasì indirizzo lavorativo al fine di sollecitare il delato ad un orientamento più ricco e fecondo della propria esperienza di vita.

I dati emergenti dal sistema vanno in questa direzione e consentono di suffragare l'idea della illiceità di qualsiasi *condicio* deputata a svilire il ruolo della volontà nella scelta dei propri studi e della propria occupazione. Si invocano a riguardo, ad esempio, l'art. 147 cod. civ., per il quale il genitore deve educare, mantenere ed istruire la prole tenendo conto delle capacità,

⁴⁷⁹ In epoca anteriore al codice del 1942 già era avvertita l'esigenza di proteggere l'autonomia dei chiamati nella scelta del proprio percorso lavorativo pur in un sistema segnato da una logica patriarcale. MAZZA, *Sulla teorica delle condizioni illecite: Note di studio*, Torino, 1899, p. 52 ss.; PACIFICI MAZZONI, *Codice civile italiano. Delle successioni*, cit., p.120 ss.; BORSARI, *Commentario al codice civile*, I, Torino, 1877, p. 1826;

dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli e l'art. 324 n. 2 cod. civ., in cui si esclude l'usufrutto legale sui beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione.

Giova, inoltre, considerare come, per costante giurisprudenza, venga riconosciuto al figlio, ancorchè divenuto maggiorenne, il diritto al mantenimento verso i suoi genitori finquando non goda egli stesso di un proprio reddito tale da renderlo autonomo. Ciò, tuttavia, non vale quando a cagionare tale situazione sia un contegno inerte o un rifiuto ingiustificato, riconoscibile, ad esempio, qualora il rigetto riguardi proposte coerenti con le aspirazioni e la formazione del soggetto⁴⁸⁰.

L'analisi della figura, tuttavia, giammai potrebbe prescindere dal peso che indubbiamente riveste la volontà del testatore. E' da essa che occorre partire, infatti, per giudicare verso quali finalità egli intendeva proiettare la disposizione di ultima volontà. D'altro canto, concludere sempre e in modo assoluto per l'illiceità di tale condizione, significherebbe impedirne l'impiego anche laddove con essa voglia invece realizzarsi un lecito e meritevole interesse⁴⁸¹. Non è improbabile, infatti, che il *de cuius*, al momento di redigere il testamento, fosse a conoscenza delle reali inclinazioni e aspirazioni del chiamato e che il lascito fosse concepito niente di più che come strumento di sussidio per la loro stessa realizzazione o per un loro più rapido e completo sviluppo. Allo stesso tempo, la consapevolezza dell'indole inerte e rinunciataria del destinatario potrebbe spingere a servirsi dell'attribuzione *mortis*

480 Si veda, tra le altre, Cass. 3 aprile 2002 n. 4765, in Giust. civ. 2002, p. 908, ove si legge che l'obbligo dei genitori di concorrere tra loro al mantenimento dei figli secondo le regole dell'art. 148 cod. civ. non cessa, "ipso facto", con il raggiungimento della maggiore età da parte di questi ultimi, ma perdura, immutato, finché il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo stesso non dia la prova che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica, ovvero che il mancato svolgimento di un'attività economica dipende da un atteggiamento di inerzia ovvero di rifiuto ingiustificato dello stesso, il cui accertamento non può che ispirarsi a criteri di relatività, in quanto necessariamente ancorato alle aspirazioni, al percorso scolastico, universitario e post - universitario del soggetto ed alla situazione attuale del mercato del lavoro, con specifico riguardo al settore nel quale il soggetto abbia indirizzato la propria formazione e la propria specializzazione. Deve, pertanto, in via generale escludersi che siano ravvisabili profili di colpa nella condotta del figlio che rifiuti una sistemazione lavorativa non adeguata rispetto a quella cui la sua specifica preparazione, le sue attitudini ed i suoi effettivi interessi siano rivolti, quanto meno nei limiti temporali in cui dette aspirazioni abbiano una ragionevole possibilità di essere realizzate, e sempre che tale atteggiamento di rifiuto sia compatibile con le condizioni economiche della famiglia.

⁴⁸¹ In questi casi, l'applicazione dell'art. 634 cod. civ. e del principio *tamquam non esset*, avrebbe determinato per il successore, la possibilità avvantaggiarsi del lascito ereditario senza alcun vincolo di studio o di lavoro e ciò recando spregio non solo alla volontà del disponente, ma all'intera società. TOTI, *La condizione testamentaria*, cit., p. 484. Per la produzione giurisprudenziale anteriore al codice del 1942 si veda: App. Torino 26 gennaio 1893, in "Giur. It.", 1893, 21; Cass. Napoli 4 ottobre 1893, in "Legge", 1894, 1, 14; App. Catania 27 maggio 1909, in "Giur. It.", 1909, I, 2, 210; Palermo 7 aprile 1906, in "Foro It.", 1906, I, 802; Cass. Roma 23 maggio 1921, in "Giur. I l. 676; Cass. 27 febbraio 1942 n. 568, in "Foro It. Rep.", 1942, voce *Successione legittima testamentaria*, 175; App. Napoli 15 maggio 1954, cit., 148.

causa così congegnata, per pungolare la ricerca di un adeguato impiego, prospettando il vantaggio dell'acquisto o il pregiudizio della perdita delle sostanze contemplate.

All'interprete, dunque, è chiesto di muoversi con prudenza ed accortezza indagando, in ogni singola fattispecie, su quali siano stati i reali presupposti soggettivi e oggettivi che connotino la vicenda onde saper discernere i casi di aggressione alle libertà di studio e di lavoro da quelli, meritori, di incitamento e assistenza alla loro realizzazione. Sarebbe, perciò, valida ed efficace la disposizione condizionata all'inizio, da parte dell'istituto, di un'attività lavorativa, la cui scelta venga rimessa alla sua libera determinazione, restando evidente come l'intendimento del disponente, qui, non sia quello di piegare qualcuno a risoluzioni innaturali e controproducenti, bensì di incoraggiare ad un impiego utile e dignitoso delle proprie energie vitali.

2. Clausole testamentarie relative alla libertà di pensiero e di fede religiosa dei chiamati. Precisazione del loro contenuto e inammissibilità di un fine coercitivo.

L'ingerenza che il testatore intenda esercitare, in modo diretto o indiretto, sulla libertà dei chiamati a formarsi un autonomo convincimento politico e religioso, è stata da sempre accolta con diffidenza e disapprovazione, ravvisandovi gli estremi per un'abusiva intrusione in spazi sacri e intoccabili della coscienza umana.

In realtà la questione, affrontata con riguardo particolare alla clausola condizionale, merita di essere valutata sotto diversi profili.

In primis, occorre verificare quale sia stato davvero il risultato finale che il *de cuius* ambisce a raggiungere. Ove questi dovesse riferirsi alla circostanza che il chiamato abbracci, nella propria coscienza, un determinato ideale o una precisa sensibilità etica, ci si trova di fronte ad una *voluntas* non perfettamente verificabile sul piano attuativo. L'accertamento di quanto accade all'interno della persona, infatti, non appare realizzabile in modo certo e incontrovertibile di talchè, ove, a tal fine, venga adoperata una condizione, dovrà riconoscersene l'impossibilità con conseguente applicazione dell'art. 634 cod. civ.⁴⁸². Resta possibile, semmai, riconoscerci una mera esortazione priva di significato giuridico.

482 L'impossibilità di accertare l'avveramento dell'evento dedotto in condizione può dipendere dalla circostanza che il fatto non appartenga al mondo materiale ed oggettivo, ma alla sfera spirituale della persona, avendo riguardo alle sue opinioni e convinzioni, al suo credo religioso o al suo pensiero politico (ad esempio, "ti nomino erede a condizione che tu diventi un testimone di Geova" ... "ti nomino erede se diventerai monarca

Diversamente potrebbe ragionarsi quando dal testamento scaturisca l'obbligo a compiere determinate attività strumentali ad una certa formazione in campo politico-religioso.

La condizione, ad esempio, di assumere determinati ruoli operativi all'interno di un partito politico o di un movimento culturale ovvero quella di entrare in un seminario, se da una prospettiva probabilistica, coincidono, verosimilmente, con la condivisione dello scopo a cui tali attività sono preordinate (la militanza politico-culturale; l'accoglienza di un credo religioso), potrebbero sottrarsi alla censura di illiceità per violazione delle libertà in commento ove si ragioni che, con esse, il *de cuius* potrebbe non aver voluto necessariamente imporre un'adesione ad un'ideale o ad una fede, quanto mettere il chiamato nella condizione di testare la sua inclinazione e vocazione.

La tematica non potrebbe essere lucidamente affrontata se non si consegnasse alla volontà di chi dispone l'appropriato ruolo di elemento essenziale della fattispecie cui doversi riferire per saggiare la legittimità della clausola. Anche qui, invero, potranno distinguersi ipotesi in cui, con palese illiceità, scopo della disposizione sia stato quello di coartare la libertà di pensiero e di religione del delato, da quelle in cui il reale obiettivo coincida, in modo lecito e meritevole, con l'appoggiare e incoraggiare i progetti e le aspirazioni di questi. L'indagine deve quindi partire dal livello di conoscenza che il testatore aveva, al tempo della redazione della scheda, circa i propositi e le capacità del chiamato, intuendosi da ciò la sua scienza nel costringere o agevolare il cammino esistenziale del destinatario.

La prudenza richiesta in simile ricerca, d'altronde, è giustificata dal peso con cui simili libertà incidono sulla sfera più intima del loro titolare tanto da atteggiarsi ad elementi primari della stessa all'identità personale. Tale identità, infatti, viene intesa come il complesso di tutti quei valori capaci di contribuire a scolpire un'immagine sociale dell'individuo⁴⁸³.

co"), aspetti trascendenti che, nell'intimità di una coscienza, si determinano e mutano nell'arco dell'esistenza, ma in modo assolutamente insondabile ed intangibile. Così TOTI, *La condizione testamentaria*, cit., p. 111.

483 Cass. 22 giugno 1985 n. 3769, in Giust. civ. 1985, p. 3049, con note di M. DOGLIOTTI, *Il diritto all'identità personale approda in Cassazione* e di F. MACIOCE, *L'identità personale in Cassazione: un punto di arrivo e un punto di partenza*, ove viene affermato che l'interesse della persona, fisica o giuridica, a preservare la propria identità personale, nel senso di immagine sociale, cioè di coacervo di valori (intellettuali, politici, religiosi, professionali ecc.) rilevanti nella rappresentazione che di essa viene data nella vita di relazione, nonché, correlativamente, ad insorgere contro comportamenti altrui che menomino tale immagine, pur senza offendere l'onore o la reputazione, ovvero ledere il nome o l'immagine fisica, deve ritenersi qualificabile come posizione di diritto soggettivo, alla stregua dei principi fissati dall'art. 2 della Costituzione in tema di difesa della personalità nella complessità ed unitarietà di tutte le sue componenti, ed inoltre tutelabile in applicazione analogica della disciplina dettata dall'art. 7 cod. civ. con riguardo al diritto al nome. Sul tema si vedano i contributi di DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1949; A.a V.v., *Il diritto all'identità personale*, a cura di ALPA-BESSONE-BONESCHI, Padova, 1981; GAMBARO, *Ancora in tema di falsa luce agli occhi del pubblico*, in *Quadrimestre*, 1988, 401; GIACOBBE, *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*. Riv. trim. dir. proc. civ., 1983, p. 810 s.;

La loro protezione si esprime energicamente anche in sede normativa. Alla libertà di pensiero, invero, è rivolto, in sede costituzionale, l'art. 21, ove si legge che tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione, nonché gli artt. 18 e 49, in cui è tutelata la libertà dei cittadini di associarsi, anche nella forma di partiti politici. In ambito europeo è la Carta di Nizza a difendere, negli artt. 10 e 11, le libertà di pensiero, di coscienza e di religione nonché quelle di espressione e d'informazione⁴⁸⁴.

In materia di libertà religiosa⁴⁸⁵, invece, è possibile richiamare, prima di tutto, l'art. 2 Cost. che, proteggendo la libera esplicazione della personalità umana verso lo Stato e nelle formazioni sociali, non può non ricomprende anche il diritto a scegliere e praticare una confessione. L'art. 8 Cost., poi, fissa, più precisamente, il generale principio di autonomia confessionale, stabilendo l'uguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge, mentre l'art. 19 Cost. espressamente riconosce a ciascuno il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata⁴⁸⁶.

Con riferimento a tale ultima libertà, la sua vulnerabilità è stata misurata, particolarmente, con riferimento alla condizione testamentaria di assumere o meno lo stato di religioso o consacrato. Tale disposizione, se nell'ottica del diritto canonico, risulta pienamente degna e

In giurisprudenza, Corte cost. 7 febbraio 1996 n. 978, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1317; Trib. Roma 27 marzo 1984, in *Foro it.*, 1984, I, 1687; Pret. Roma 6 maggio 1974, in "Giur. it", 1975, I, 2, p. 514, con nota di D'ANGELO, *Lesione dell'identità personale e tutela riparatoria*;

⁴⁸⁴ L'art. 10 espressamente prevede: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

Il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

Nell'art. 11 si legge: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera.

La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati".

⁴⁸⁵ Sull'argomento si veda, COPPOLA, *Gli strumenti costituzionali per l'esercizio della libertà religiosa*, Milano, 1982, p. 25 ss.; DI MARZIO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa*, Napoli, 2000, p. 21 ss.; TOTI, *La condizione testamentaria*, cit. p. 488 ss.; BRANCA, *Commentario alla Costituzione (artt. 13-20)*, Bologna-Roma 1977, p. 238 ss.; REDAELLI, *Tutela della libertà religiosa e normativa civile sulla privacy*, in "Quaderni di diritto ecclesiale", 1998, p. 310 ss.

⁴⁸⁶ F. FINOCCHIARO, *Commento all'art. 19*, in *Comm. Cost.*, fond. da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Roma-Bologna, 1977, pp. 238 ss.; P. D'AVATACK, voce *Libertà di coscienza, di culto e di propaganda*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 592 ss.; N. DI MAURO, *Gli elementi accidentali*, cit. p. 1152 ove si sottolinea che una delle prerogative dell'uomo libero è proprio la libertà di coscienza e il diritto di professare una religione, di abiurarla per altra e di non professarne alcuna: quindi si andrebbe contro codesta libertà, se, con il miraggio di un vantaggio economico, si cercasse di coartare la volontà dell'individuo in un senso o in un altro. Si tratterebbe, infatti, di profanare il santuario della coscienza. In giurisprudenza, v. Cass., 27 febbraio 1942, n. 568, in *Foro it.*, 1942, I, e. 605; App. Napoli, 15 maggio 1954, in *Mon. trib.*, 1955, p. 86; Corte cost., 30 luglio 1984, n. 239. in *Foro it.*, 1984, I, c. 2397; Corte cost., 27 febbraio 1973, n. 14, ivi, 1973, I, e. 970; Corte cost., 9 luglio 1970, n. 122, cit.

meritoria⁴⁸⁷ perché in grado di sospingere il chiamato verso una vita di maggior elevazione e perfezione, non allo stesso modo è stimata, fuori tale contesto, dalla dottrina e giurisprudenza che mettono debitamente in luce come scelte di questa portata, implicando profonde e delicate ripercussioni sulla propria libertà personale, si mostrano insofferenti a qualsiasi forma di ingerenza da parte di terzi. D'altro canto, ad essere minacciata qui, non sarebbe soltanto la libertà religiosa, ma anche quella matrimoniale, attesi i doveri di celibato e castità che si impongono, ad esempio, a chi vesta, in ambito cattolico, l'abito sacerdotale o quello di suora. Il risultato, allora, sarebbe, tra gli altri, quello di dar vita, pur se indirettamente, ad un divieto di nozze⁴⁸⁸.

Rispetto alla sacralità delle libertà in oggetto, occorre dar atto come parte della dottrina si muova, oggi, nella direzione di superare ogni possibile eccezione e accogliere, indistintamente, la conclusione della illiceità di ogni condizionamento calato nel testamento, idoneo a ledere l'autonomia dei chiamati nella formazione del pensiero e del sentimento religioso nonché nella loro espressione. Non vi sarebbe spazio, in queste ipotesi, per discutere sul reale intento che animò il testatore nella predisposizione della *condicio*; se cioè egli intese così praticare una coercizione sul successore o assecondarne un'inclinazione⁴⁸⁹.

3. Diritto dei successori alla conservazione del nome quale essenziale coelemento dell'identità personale.

La possibilità di ogni soggetto dell'ordinamento giuridico di essere riconosciuto, tra gli altri consociati, in base al nome che porta, si atteggia a contenuto del più ampio diritto d'identità, composto, com'è noto, dagli ulteriori aspetti dell'onore, della reputazione, dell'immagine e della riservatezza.

⁴⁸⁷ Nel senso della liceità della condizione, App. Catanzaro 19 marzo 1903, in "Giur. It.". 1903, I, 1, 1083

⁴⁸⁸ Cfr. Trib. Napoli 24 giugno 1972, in "Riv. not.", 1973. 1146; Cass. 27 febbraio 1942 n. 568, in "Foro It. Rep.", 1942, voce *Successioni legittime e testamentarie*, 1371.

⁴⁸⁹ LOSANA, voce *Delle successioni testamentarie*, p. 268; TOTI, *Condizione testamentaria*, cit., p. 492 la quale ricollega l'illiceità di simili condizioni alla natura particolarmente intima di tali libertà, in quanto attinenti alla sfera intellettuale ed alla coscienza più profonda di un uomo. In una moderna realtà sociale multirazziale, si osserva, in cui si trovano necessariamente a convivere così diverse culture e religioni, non potrebbe accettarsi alcuna forma d'insofferenza, ma al contrario dovrebbe favorirsi il più possibile la libertà di pensiero e la tolleranza dei vari culti, in quella civile tensione verso l'auspicabile attuazione concreta dei principi d'uguaglianza e di democraticità; nello stesso senso, DI MAURO, *Condizioni illecite*, cit., p. 78 ss., il quale, richiamando il disposto di cui all'art. 634 cod. civ. conclude per considerare *tamquam non esset* tali condizionamenti lasciando pienamente valida ed efficace la relativa disposizione testamentaria.

La funzione identificativa del nome ne determina una valenza non solo di carattere privato, ma anche sociale, consentendo di ricondurre il soggetto ad un gruppo familiare riconosciuto dall'ordinamento giuridico. Si tratta di un diritto personalissimo, in quanto tale, di pertinenza esclusiva del suo titolare, ed assoluto, perchè esercitabile *erga omnes*.

Il nome, che si intende composto dal prenome (o nome di battesimo) e dal cognome, è variamente riconosciuto e tutelato in sede normativa.

Il suo fondamento è anzitutto rinvenibile all'interno del codice civile per mezzo degli articoli 6, 7, 8 e 9⁴⁹⁰ oltre che 143-*bis*, che, in caso di matrimonio, lascia che la donna mantenga il proprio cognome d'origine aggiungendo ad esso quello del marito.

La carta costituzionale, poi, all'art. 22, ne sancisce l'inviolabilità per motivi politici e la sua ampiezza funzionale ne giustifica la regolamentazione in settori quali la gestione delle banche dati, ove l'avvento della legge 675 e 676/96 e successivamente del codice della *privacy* n. 196/03, ha evidenziato il problema del trattamento dei dati personali ivi compreso il nome, alla cui non corretta gestione ha riconnesso rilevanti sanzioni specie con riferimento alle ipotesi di un suo uso sconsiderato ed abusivo.

Puntuale risulta inoltre la legislazione del D.P.R. n. 396/2000 in tema di ordinamento dello stato civile che, all'art. 95 3 comma, riconosce alla persona il diritto di mantenere il cognome originariamente attribuitogli ove questo costituisca ormai autonomo segno distintivo della sua identità personale⁴⁹¹.

Quanto detto disvela l'esigenza di proteggere il nome da ogni possibile intromissione e violazione che non trovi titolo nella legge, producendosi, altrimenti, un'inaccettabile intervento esterno in grado di snaturare la stessa identità personale di chi dovesse subirlo. Alterando, infatti, uno dei segni distintivi che connotano la persona, non potrebbe che ottenersi un'inevitabile e indesiderata ricaduta sulla riconoscibilità dell'individuo all'interno del contesto sociale cui appartiene e in cui si muove⁴⁹². Il diritto al nome, d'altronde, non

⁴⁹⁰ Mediante l'art. 9 il codice civile appresta apposita tutela anche nei confronti dello pseudonimo, richiamando, in termini di tutela, l'articolo 7 cod. civ. purchè questo sia usato da una persona in modo da acquistare l'importanza del nome. Va inoltre precisato che nel concetto di nome sono ricompresi anche i titoli nobiliari ai sensi della XIV disposizione transitoria della Costituzione: dopo la loro soppressione, infatti, essi sono stati aggiunti al nome stesso e dunque ne fanno parte integrante.

⁴⁹¹ Si ricordino, ancora, le decisioni della Corte cost. con cui è stata pronunciata l'illegittimità costituzionale dell'art. 262 cod. civ. diretta a tutelare il cognome originario del figlio tardivamente riconosciuto, con possibilità, per questi, di mantenerlo ed escludere così l'automatica imposizione del cognome paterno (Corte cost. 23 luglio 1996 n. 297, in "Fam. e dir.", 1996, p. 412, con nota di CARBONE, *La conservazione del vecchio cognome come diritto all'identità personale*) e dell'art. 299 cod. civ., nella parte in cui non consente all'adottato di aggiungere al cognome dell'adottante quello originariamente attribuitogli (Corte cost. 11 maggio 2001 n. 120, in "Dir. fam. e pers.", 2002, p. 5 ss.)

⁴⁹² In giurisprudenza: Cass. 22 giugno 1985 n. 3739, in "Giust. civ.", 1985, I, 3049 in cui si afferma che "ciascun soggetto ha interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di

potrebbe valutarsi in modo del tutto autonomo ed isolato, ma piuttosto, come espressione del generale *status* personale o familiare e come componente del complessivo diritto d'identità⁴⁹³. Dette limitazioni sono certamente valide anche con riguardo alla sfera testamentaria. Qui il *de cuius* potrebbe imporre al proprio successore, a titolo universale come a titolo particolare, di assumere il suo cognome, deducendo, come in genere accade, tale volontà, all'interno di una condizione potestativa che obblighi al relativo comportamento.

In questa ottica è facile intuire come simile volontà non sarebbe ricevibile, attentando, evidentemente, ai cennati, inviolabili diritti dell'individuo e segnando un superamento del limite posto all'autonomia del testatore.

L'illiceità della clausola si trova, altresì, affermata, in passato, anche per il caso in cui, per suo tramite, fosse perseguito l'intento di imporre a soggetti di ceto altolocato, cognomi di indole popolare non coerenti con l'aspirazione a preservare l'immagine aristocratica su di essi esistente. Ove, invece, il cognome del testatore non fosse risultato compromettente e se ne fosse chiesta soltanto l'aggiunta a quello del beneficiario, ma non anche la sostituzione, se ne concludeva per la liceità⁴⁹⁴, pur restando ferma la necessità di non scindere simili valutazioni dalla considerazione delle reali volontà del testatore e dal contesto ambientale in cui questi e il beneficiario si trovavano collocati⁴⁹⁵.

4. Disposizioni testamentarie offensive e tutela della reputazione. Il legato infamante e l'illecito commesso per testamento.

L'esperienza giuridica conosce e contempla la possibilità che all'interno della scheda testamentaria, di fianco alle disposizioni, compaiano espressioni e parole irrispettose rivolte

relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale e particolare, è conosciuta o poteva essere conosciuta con l'applicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede soggettiva; ha, cioè, interesse a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale”;

⁴⁹³ Tale diritto verrebbe “costituzionalizzato” in un inviolabile diritto soggettivo della personalità, protetto dall'art. 2 Cost. Si veda: Corte cost. 11 maggio 2001 n. 120; La “dignità costituzionale” del diritto all'identità personale era già stata sostenuta anche in dottrina: PIZZORUSSO, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, in ALPA., BESSONE, BONESCHI, *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981, pp. 29 ss; A tale lettura, tuttavia, sin da subito, si erano opposti alcuni autori, non solo perché in dissenso con la tesi sulla fattispecie “aperta” dell'art. 2 Cost. – attraverso la quale dare tutela a nuove istanze ed interessi che non fossero espressamente disciplinati in Costituzione bensì anche per il timore che in questo modo si arrivassero a ledere diritti fondamentali espressamente garantiti come il diritto di cronaca ai sensi dell'art. 21 Cost. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 53; PACE, *Il c.d. diritto alla identità personale e gli art. 2 e 21 della Costituzione*, in Alpa, Bessone, Boneschi, *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981, pp. 36 ss.

⁴⁹⁴ Cass. 27 febbraio 1947 n. 276. in "Foro It. Rep. 1947, voce Successione ereditaria, n. 111

⁴⁹⁵ LOSANA, voce, cit., p. 263; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., II, p. 214.

agli stessi chiamati o a persone diverse. Non è raro, difatti, che al momento di testare si affaccino alla mente di chi dispone i multiformi sentimenti ed istinti da questi covati, i quali, oltre a suggerire un certo modo di orientare le proprie sostanze, possono sfociare in vere e proprie dichiarazioni di risentimento, odio o condanna. Si tratta, perlopiù, di affermazioni relegate all'area dell'irrelevanza giuridica, ma che, una volta superata una certa soglia di tollerabilità, assumono i caratteri dell'aggressione ai fondamentali diritti della persona⁴⁹⁶, quali l'onore e la reputazione, collocandosi, allora, al di fuori della liceità e della protezione dell'ordinamento⁴⁹⁷.

Diverse sono le fattispecie d'illecito concretamente immaginabili favorite dal fatto che, a seguito della pubblicazione, il contenuto del testamento sarà conoscibile dai terzi⁴⁹⁸. Si pensi, *in primis*, alla diffamazione, che, in virtù dell'art. 595 c.p., ricorre quando mediante atti, scritti e affermazioni realizzate in assenza dell'interessato, venga pregiudicata la reputazione di qualcuno ossia la stima, l'opinione e la considerazione di cui questi goda nel contesto sociale e dei rapporti personali o professionali. Tale figura è, invero, identificabile in un ampio numero di ipotesi coincidenti, oltre che col legato infamante (di cui appresso), con tutti i casi in cui lo strumento per la commissione dell'illecito sia la dichiarazione.

⁴⁹⁶ L'onore e la reputazione risultano protetti oltre che dagli artt. 594 e 595 del codice penale che individua le due differenti fattispecie di reato di ingiuria (quando l'offesa alla persona viene arrecata in presenza della stessa) e di diffamazione (quando il pregiudizio viene procurato con atti, scritti, affermazioni, realizzati in assenza dell'interessato), anche dall'art 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ove, pur garantendosi le libertà di opinione e di espressione, se ne prospetta l'assoggettabilità a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni necessarie alla protezione di diversi valori, tra cui, appunto, la reputazione o i diritti altrui.

⁴⁹⁷ Pur se il dato statistico depone ancora a favore di un impegno prevalentemente sano ed equilibrato del mezzo testamentario, diretto cioè alla tipica disposizione delle sostanze per il periodo successivo alla morte, la pratica conosce ormai un buon numero di casi in cui il contenuto delle disposizioni *mortis causa* appare contrassegnato dalla stravaganza, dal capriccio o dall'irriverenza (oltre che dal rancore e dall'odio) del suo autore. Simili connotazioni, però, non valgono a rendere invalido il negozio testamentario in nome del doveroso ossequio ai suoi essenziali aspetti dell'arbitrarietà e della discrezionalità, almeno fino a quando non risultino lesi i diritti del destinatario. Si veda sul punto: P. RESCIGNO, *Introduzione*, in Tratt. dir. priv., dir. da P. Rescigno, 5, *Successioni*, t. I, Torino, 1982, p. VIII; A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, in Giur. it., 1961, I, 1, (c. 1304 ss.), c. 1304: « Il testamento deve essere considerato come il regno dell'arbitrio, e una disposizione che favorisca un capriccio non è meno valida, e giuridicamente giustificata, della disposizione più santa; nessun negozio è più aperto alla scelta individuale dei motivi, diciamo pure dell'arbitrio, come il testamento »; L. CARIOTA FERRARA, *Le clausole testamentarie atipiche*, in Dir. e giur., 1972, p. 825 ss.; per una raccolta dei testamenti più singolari, S. DE MATTEIS, *Essendo capace di intendere e volere. Guida al testamento narrativo*, Sellerio editore, Palermo, 1992; ID, *In piena facoltà...*, Mondadori, Milano, 2006

⁴⁹⁸ G. BONILINI, *L'illecito posto in essere per mezzo del testamento*, in Tratt. di diritto delle successioni e donazioni, Milano, 2009, p. 1075 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 303, nota 174; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 40 ss.; BRANCA, *Dei testamenti speciali. Della pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti*, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 142 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., pp. 20 e 254 ss.; PACCHIONI, *Offese per mezzo di testamento*, in Riv. it. dir. pen., 1933, p. 273 ss.; F. LUZZATTO, *Responsabilità per ingiurie in un testamento*, in Riv. dir. civ., 1933, p. 86 ss.;

Si pensi, ancora, alla rivelazione del contenuto di corrispondenza o documenti segreti (artt. 618 e 621 c.p.), del segreto professionale (art. 622 c.p.), del segreto scientifico o industriale (art. 623 c.p.), alla dichiarazione non veritiera relativa, ad esempio, alla denuncia di un reato commesso da terzi o alla confessione di un delitto compiuto in concorso con altri partecipanti. Conosciuta è altresì la figura del legato infamante, ovvero della disposizione attributiva della proprietà che si accompagna ad espressioni irrispettose per l'onore del suo beneficiario o all'indicazione di un motivo turpe e indecoroso a sua giustificazione⁴⁹⁹. In simili eventualità, una volta accertata l'esistenza di una lesione ai diritti del destinatario ad opera del *de cuius*, nasce il problema di procedere alla loro riparazione e, in tal senso, è stata prospettata la responsabilità dell'erede che, a seguito dell'accettazione dell'eredità, subentrerebbe anche nell'obbligazione risarcitoria in oggetto divenendo destinatario della relativa azione civile proposta dal danneggiato⁵⁰⁰.

Giustamente si osserva come, con la morte del testatore, non possa immaginarsi una responsabilità di carattere penale, ove del reato ricorrano i presupposti, mentre ben può sussistere una responsabilità civile anche a seguito della morte del danneggiante. Si legge, infatti, nell'art. 198 c.p. che l'estinzione del reato o della pena non importa la estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato.

In realtà, la questione si riannoda al problema di individuare esattamente il momento cui riferire la consumazione dell'illecito ossia il tempo in cui la dichiarazione giunge a conoscenza dell'istituto e dei terzi. Ciò, in presenza di un testamento pubblico, può coincidere anche con un istante anteriore alla morte del disponente, ma, generalmente, venendo impiegata per tali fini la forma olografa o segreta, occorrerà attendere una fase successiva alla scomparsa del testatore.

Negando all'obbligazione risarcitoria il carattere di debito ereditario, attesa la sua maturazione successivamente alla morte del *de cuius*, potrebbe giungersi a rifiutare l'idea di una reale risarcibilità del danno⁵⁰¹, ma a ciò è possibile contrapporre che, aldilà del momento

⁴⁹⁹ Già nell'antichità, non era infrequente il caso di legati disposti allo scopo di infamare i così detti onorati, lasciando a Tizio « un bel mazzo di grimaldelli, affinché possa continuare nella prediletta sua professione » o lasciando a Sempronio « una bella corda insaponata » perché vi si impicchi per le sue malefatte. PACCHIONI, *Offese per mezzo di testamento*, cit., p. 274.

⁵⁰⁰ Sul punto cfr. Cass., 14 dicembre 1932, Riv. dir. civ., 1933, p. 86 ss, con nota di F. LUZZATTO, *Responsabilità per ingiurie in un testamento*, cit., ove si afferma che l'azione civile per il ristoro dei danni subiti a causa delle ingiurie veicolate col testamento può essere proposta contro gli eredi.

⁵⁰¹ CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 40-41, il quale rifiuta la qualificazione di tale obbligazione risarcitoria nei termini di una vera e propria obbligazione testamentaria atteso che scopo della sua dichiarazione offensiva non era quello di procurare al danneggiato il diritto al risarcimento. Neanche può riconoscersi un legato in senso tecnico per la ragione che qui manca una finalità di regolamentazione *post*

in cui questo si produce, è sempre possibile riconoscere, quale sua unica fonte determinativa, l'attività del testatore, di talchè le pretese risarcitorie da essa scaturenti non possono che trovare soddisfazione nelle risorse del patrimonio ereditario⁵⁰².

Ove le qualità di soggetto leso, titolare del diritto al risarcimento e quella di erede, obbligato alla reintegrazione del danno, vengano a convergere sulla stessa persona, opererà, com'è facile avvedersi, il meccanismo della confusione determinandosi l'estinzione dell'obbligazione per le quantità corrispondenti.

Giova precisare come l'eventuale revoca del testamento con cui sia stato commesso l'illecito non vale ad escludere la persistenza dello stesso, occorrendo, all'uopo, intervenire in termini radicali sulla stessa dichiarazione da cui origina l'offesa mercè la completa eliminazione e non già la sola modificazione del *nomen*. Infatti, una volta rimossa, in capo al testamento, la relativa efficacia regolamentativa, la dichiarazione offensiva in esso calata, ben potrebbe ancora atteggiarsi come lesiva e ingiuriosa tale da lasciar intravedere la consumazione di un illecito. Occorrerebbe, pertanto, procedere alla distruzione stessa della scheda olografa o segreta, raggiungendo così entrambe le finalità indicate⁵⁰³.

L'esistenza di un illecito neanche può essere confutata per il caso che a redigere il testamento siano soggetti minorenni o interdetti. Ai fini della sua configurabilità, infatti, come indicato nell'art. 2046 cod. civ., è sufficiente la semplice capacità di intendere e volere e non anche quella di agire. Inoltre, la dichiarazione testamentaria che veicola l'illecito basta che sia connotata dalla semplice volontarietà dell'atto, ma non anche degli effetti dannosi che da essa discendono⁵⁰⁴.

Da ultimo, meritevole di adeguata attenzione è il delicato aspetto relativo alla sorte della disposizione *mortis causa* cui si accompagnino espressioni oltraggiose e disonoranti. Più precisamente, l'interrogativo da porsi è se la presenza di simili dichiarazioni possa incidere sul normale esito della devoluzione successoria contaminandola a tal punto da precludere l'acquisto in capo ai soggetti vocati.

Non mancano voci orientate a negare, in queste circostanze, l'esistenza di un serio intento liberale da parte di chi dispone, con la conseguenza di veder svuotata di ogni efficacia l'intera disposizione e lasciare che da essa discendano soltanto le conseguenze collegate

mortem del patrimonio di chi dispone; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 257; PACCHIONI, *Offese per mezzo di testamento*, cit., p. 273 ss.

⁵⁰² G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 258-259; G. BONILINI, *L'illecito posto in essere per mezzo del testamento*, p. 1082.

⁵⁰³ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 258.

⁵⁰⁴ CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 41.

all'illecito⁵⁰⁵. Tuttavia, coglie qui, condivisibilmente, un eccessivo estremismo, chi sottolinea la necessità di giungere a simili conclusioni soltanto dopo opportuni accertamenti probatori, tesi a dimostrare l'effettiva assenza di un intento attributivo⁵⁰⁶. In assenza di questi, invero, risulterebbe azzardato trascinare nell'improduttività tutta quanta la *voluntas* espressa nella disposizione giacchè non sussistono sostegni certi e indiscutibili atti a dimostrare l'impossibilità di una convivenza tra un proposito devolutivo ed uno denigrativo.

5. Libertà dei chiamati a scegliere il luogo in cui risiedere e le persone con cui convivere. Le limitazioni di origine testamentaria e, in particolare, quelle scaturenti da una condizione di assistenza.

Gli spazi della libertà personale che, consapevolmente o inconsapevolmente, possono risultare aggrediti dal *de cuius* mediante una o più disposizioni testamentarie, attengono, altresì, gli aspetti della residenza, del domicilio e della convivenza.

Si tratta, a ben vedere, di profili capaci di incidere in modo sensibile sulla qualità di vita dell'individuo e sulla sua direzione, attesa l'attitudine delle scelte adottate in tali campi ad orientarne di ulteriori, altrettanto delicate e rilevanti, quali quelle relative alle nozze, alla conduzione familiare, alla carriera lavorativa e, in genere, a tutti quegli ambiti su cui il fattore ambientale rivesta particolare influenza.

Con riferimento alle clausole testamentarie deputate a vincolare l'istituito nella fissazione della propria residenza in un preciso luogo, indicato nel testamento (scelto dal testatore o rimesso alla determinazione di terzi), si rileva come l'atteggiamento degli interpreti, nell'indagare sulla loro legittimità, sia apparso, dapprima, aperto e incentrato a soppesare i motivi posti alla base di simili disposizioni oltre che i concreti effetti da esse discendenti, per chiudersi, successivamente, in una perentoria condanna.

Nel vigore del codice del 1865, difatti, una simile *voluntas* non si reputava illecita ove avesse risposto ad adeguate finalità di interesse pubblico o privato ovvero non avesse determinato una ricaduta intollerabile sulla libertà di circolazione del soggetto. Il suo impiego, non di rado, era rivolto a preservare l'integrità del patrimonio ricadente in successione e, in particolare, di quegli elementi, quali le residenze con i relativi beni di arredo, idonei a

⁵⁰⁵ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 254, nota 42.

⁵⁰⁶ G. BONILINI, *L'illecito posto in essere per mezzo del testamento*, cit., p. 1080.

conferire, a chi li abitasse, il prestigio e l'onore che si intendevano perpetuare in favore di coloro (generalmente coniuge e discendenti) cui si imponeva di abitarvi⁵⁰⁷.

Attualmente, ad assorbire il ragionamento ermeneutico è, principalmente, la considerazione per cui la disposizione testamentaria restrittiva della libertà di domicilio o residenza, in special modo quando sospensivamente o risolutivamente condizionata, si pone in contrasto con i principi, consacrati nella carta costituzionale, della libertà di emigrazione ex l'art. 35, quarto comma, Cost.; della libertà di espatrio, soggiorno e circolazione ex art. 16 Cost. e della libertà di domicilio ex art. 14 Cost.⁵⁰⁸, nonché con il diritto di ogni individuo, ribadito all'art. 7 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'uomo, a veder rispettata la propria vita privata e familiare, il proprio domicilio e le comunicazioni.

L'impossibilità del chiamato di fissare la sua dimora in una data casa, città, zona geografica senza possibilità di modificarla successivamente o la preclusione a collocare lì i propri interessi, sono da sempre stati classificati come forme di palese violazione dei valori menzionati e come soprusi dell'autonomia testamentaria, cui non può competere una regolamentazione talmente invasiva.

Molto spesso, ad un obbligo testamentario inerente la fissazione del domicilio o della residenza si accompagna quello ulteriore di condividere gli stessi con una o più determinate persone. Appare evidente, in tali casi, come possa profilarsi un ulteriore affronto alla libertà personale giacchè a risultarne mortificata sarebbe anche la fondamentale prerogativa di ciascuno a scegliere con chi convivere durante la propria vita. Tale discrezionalità si trova, invero, derogata solo in ipotesi specifiche, giustificate, ad esempio, dall'esistenza di un sottostante tessuto familiare (si pensi ai doveri di coabitazione del coniuge e dei figli

⁵⁰⁷ Cass. 27 febbraio 1942 n. 568, in "Foro It.", I, 486; Cass. 29 aprile 1933, in "Foro It.", 1933, I, 1988; Cass. 24 aprile 1933, in "Giur. It. Mass.", 1933, 356; Cass. Palermo 2 luglio 1921, in "Foro It.", 1921, I, p. 794; App. Napoli 14 giugno 1916, *ivi*, 1916, I, 2, 341; App. Palermo 10 maggio 1912, in "Giur. It.", 1912, I, 2, 747; gli obblighi di fissazione della propria residenza o domicilio ovvero di coabitazione con una certa persona, tuttavia, erano valutati plausibili solo se limitati entro accettabili margini temporali e fondati su significative motivazioni d'interesse generale o familiare ricollegabili allo stesso *de cuius* od al beneficiario designato. Orientati in senso analogo, GANGI, *La successione testamentaria*, cit., II, p. 196; D'AVANZO, *Delle successioni*, cit., p. 721.

⁵⁰⁸ Relativamente all'art. 35, quarto comma, Cost., v., per tutti, M. OFFEDDU, *Commento all'art. 35*, in Comm. Cost., fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Roma-Bologna, 1979, p. 62. Sull'art. 16 Cost., cfr. G. AMATO, *Commento all'art. 16*, in Comm. Cost., fond. da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1977, pp. 114 ss.; M. MAZZIOTTI, voce *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in Enc. dir., VII, Milano, 1960, pp. 14 ss.; U. DE SIERVO, voce *Soggiorno, circolazione espatrio (libertà di)*, in Nov. dig. it., XVII, Torino, 1970, p. 818; Sulla libertà di espatrio, v., da ultimo, M. BRANCA, voce *Espatrio (libertà di)*, in Enc. giur. Treccani, XIII, Roma, 1989, pp. 1 ss. Sull'obbligo imposto dal testatore all'onorato di risiedere in un certo luogo, v. Cass., 21 gennaio 1942, n. 197, in Foro it., 1942, I, c. 486. Sulla libertà di domicilio, v. P. BARILE ed E. CHELI, voce *Domicilio (libertà di)*, in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, p. 859; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*. Parte speciale, Padova, 1992, pp. 211 ss.; G. AMATO, *Commento all'art. 14*, cit., pp. 54 ss.; P. BARILE ed E. CHELI, voce *Domicilio (libertà di)*, in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, p. 859

minorenni), ma, fuori da queste, diverse, per se indirette, sono le sue conferme in campo normativo. Può citarsi l'art. 433 cod. civ. in cui, relativamente all'esecuzione della prestazione alimentare, si lascia libero il soggetto obbligato a scegliere tra il pagamento di un assegno alimentare e l'accoglienza ed il mantenimento nella propria casa di colui che vi ha diritto. L'accorgimento è diretto, per opinione comune, a non compromettere la posizione del soggetto obbligato che potrebbe altrimenti trovarsi costretto a subire una restrizione delle proprie libertà personali. In campo penale, rileva l'art. 614 c.p. che garantisce il diritto di escludere dal proprio domicilio chiunque vi si introduca contro la volontà espressa o tacita del suo titolare.

Si aggiunga che, in certe condizioni, i doveri di convivenza ben possono intralciare di nuove o di precedenti, arrivando a tradursi in veri e propri ostacoli all'avvio od al prosieguo di esperienze matrimoniali e, dunque, alla limitazione, più o meno celata, della libertà matrimoniale dei chiamati.

La salvaguardia delle cennate libertà viene nuovamente in discussione in presenza di disposizioni che prescrivano l'assistenza materiale e/o morale dello stesso *de cuius* o di altri soggetti e che possono variamente strutturarsi in una condizione, come quando a goderne sia lo stesso disponente; in una condizione o in un legato, quando essa sia rivolta a soggetti giuridici determinati o in un onere, quando sia diretta a soggetti non giuridici. La figura trova diffuso impiego, soprattutto nella forma della condizione⁵⁰⁹, per sovvenire alle esigenze fisiche e morali che, ora per la tarda età, ora per la generale precarietà di vita, il destinatario può avvertire durante la propria esistenza. Molto spesso è lo stesso testatore a

⁵⁰⁹ Con riferimento alla condizione di assistenza fino alla propria morte, si è posto il problema di veder rispettato il requisito della futurità. E' stato a volte affermato, infatti, specie da parte dei giudici di merito, che l'evento dedotto in condizione debba essere futuro rispetto al momento dell'apertura della successione: ciò che varrebbe a sconsigliare la natura condizionale di simile clausola. Dottrina e giurisprudenza della Cassazione, tuttavia, hanno condivisibilmente sottolineato come per il testamento valga la stessa regola di ogni negozio giuridico e cioè che la futurità sia valutata con riferimento alla conclusione del negozio stesso. Non esistono, invero, disposizioni di legge che consentano di ragionare e concludere diversamente. In dottrina: CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 474; TRIOLA, *Il testamento*, cit., p. 229; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., p. 202; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 257; MARINARO, *Commento agli artt. 601-648*, in Cod. civ., annotato a cura di Perlingieri, Torino, 1980, p. 352; BRAMA, *Dizionario delle successioni testamentarie*, Milano, 1988, 38 ss.; In senso contrario: BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 134 ss.; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile vol. 4: Le successioni a causa di morte*, cit., p. 111, ove, ai fini della configurabilità di una condizione, non basterebbe che l'evento fosse futuro rispetto alla redazione dell'atto, poiché se esso fosse destinato a verificarsi, o risultasse già verificato, all'apertura della successione — dato che il testamento produce effetti solo da quel momento — non si avrebbe lo stato di pendenza caratteristico della condizione e si potrebbe parlare solo di condizione impropria (condizione *in praesens vel in praeteritum collata*).

In giurisprudenza: cfr. Cass. 16 marzo 1960, n. 531; Cass. 6 ottobre 1970, n. 1823 ove si legge che la condizione con la quale l'istituzione di erede viene subordinata alla prestazione, da parte dell'istituto, di assistenza al testatore fino alla morte, è valida in quanto la disposizione non cessa di essere condizionale solo perché l'evento contemplato dal testatore e destinato a diventare certo al momento del suo decesso, con la conseguenza che, se l'evento non si verifici, l'istituzione rimane caduca

garantirsi, in tal modo, vita natural durante, le attenzioni e il sostegno di una o più persone, a lui legate o meno da vincoli di parentela, realizzando finalità del tutto lecite e spesso rispondenti ad istanze giuridicamente tutelate, quali quelle dell'assistenza familiare e coniugale.

Le possibili minacce alle libertà di domicilio e coabitazione dell'istituito e le conseguenti ricadute sulla liceità della clausola sono invece paventate quando all'obbligo di assistenza si riconnetta quello di coabitazione con il *de cuius* o con la persona da assistere. Se, da un lato, è vero che le cure e l'assistenza richieste possano esigere o consigliare una costante presenza presso l'assistito, dall'altro deve anche meditarsi su quale grave impatto, simili incombenze, possono arrivare a produrre sulla libertà personale di chi vi è tenuto. Conseguentemente, allora, anche in questi casi, che ove risulti intollerabilmente limitato lo spazio riservato alla persona per la scelta del suo domicilio e delle persone con cui coabitare, la condizione dovrà valutarsi illecita e considerarsi *tamquam non esset*, salva l'applicazione dell'art. 626 cod. civ.

BIBLIOGRAFIA

- AA VV., *Il diritto all'identità personale*, a cura di ALPA-BESSONE-BONESCHI, Padova, 1981.
- ALLARA M., *La proprietà temporanea*, in *Circ. giur.*, 1930.
- ALLARA, *Il testamento: I. Il testatore. II, La volontà testamentaria e la sua manifestazione*, Padova, 1936.
- ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, Torino, 1962.
- ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951.
- ALLARA, *La successione familiare suppletiva. Corso litografato di diritto civile*, Torino, 1954.
- ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950.
- ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957.
- ALLARA, *Sulla impossibilità sopravvenuta del « modus »*, in *Foro pad.*, 1952.
- ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Problemi di diritto*. I, Milano, 1957.
- ALPA, *Atto di liberalità e motivi dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972.
- ALPA, *In margine all'interpretazione dell'art. 624 c.c. 2° co.*, in *Foro pad.* 1972, I c. 406 ss.
- ALPA, *La responsabilità civile*, Milano 1999.
- ALPA, *Profili di costituzionalità dell'arbitrato. L'arbitrato obbligatorio*, in *aa.VV., Casi scelti in tema di arbitrato*, a cura di Alpa G. e Galletto T., Padova, 1994.
- AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007.
- AMATO, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Perlingieri, II, Torino, 1980.
- AMATO, *Commento all'art 16*, in *Comm. Cost. fond.* da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1977.
- AMATO-MARINARO, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Napoli, 1979.
- AMBROSOLI, *Sub art. 627*, in *Cod. civ. ipertes.*, a cura di Bonilini-Confortini-Granelli, t. I, II ed., Torino, 2005.

- ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1949.
- ANDRINI, *La condizione nel testamento*, in AA.VV., *Le successioni testamentarie*, a cura di C.M. Bianca, in Giur. sist. Dir. civ. comm. fondata da Walter Bigiavi, Torino.
- ANDRINI, *La condizione nel testamento*, in *Le successioni testamentarie*, in Giur. sist. Civ. e comm., Torino, 1983.
- ANDRINI, *La condizione nel testamento*”, Riv. not., 1983.
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964.
- ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.
- ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione*, nota a Corte cost. 14 luglio 1977 n. 127, in "Giur. cost", 1977, 143 ss.
- ANTONINI, *Il divieto dei patti successori*, in "Studium iuris", I, 1996.
- ARCHI, voce *Condizione (diritto romano)*, in Enc. Del dir., VIII, Torino, 1961.
- ATTARDI *L'interesse ad agire*, Padova, 1958.
- AUBRY et RAU, *Droit civil francais*, IX, Paris, 1897.
- AURICCHIO, *In tema di conversione del negozio illecito*, in Riv. dir. comm., 1954, II, p. 253 ss.
- AUTORINO STANZIONE, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, in Studi in onore di P. Rescigno, vol. II, Diritto privato, Milano, 1998.
- AZZARIT, *La sostituzione fedecommissaria*, in Trattato di dir. priv. Diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1984.
- AZZARITI MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1982.
- AZZARITI, *Disposizioni testamentarie sub condizione*, Nota a Cass. 11.1.1986, n. 101, in Giur. Civ., I, 1986.
- AZZARITI, G. MARTINEZ, Giù AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979.
- AZZARITI, *La sostituzione fedecommissaria*, Torino, Tratt. di dir. priv., II, 1982.
- AZZARITI, *Le successioni e le donazioni, La sostituzione fedecommissaria*, in Trattato di dir. priv. diretto da P. Rescigno, VI, 2, Torino 1982.
- AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982.
- AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990.
- AZZARITI, *Sostituzione fedecommissaria e sostituzione volgare*, in Giur. mer., 1983, p. 14 ss.
- BALBI, *Le obbligazioni « propter rem »*, Torino, s.d.

BALDINI, *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in "Dir. fam. e pers.", 1998.

BARASSI, *Le successioni a causa di morte*, Milano, 1947.

BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937.

BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Napoli, 1982.

BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, a cura di Liserre e Floridia, Torino, 1988.

BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1965.

BARBERO, *Sistema del diritto privato*, Torino, 2001.

BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, IV ed., 1955, p. 684.

BARBERO, voce *Condizione (dir.civ.)*, in Noviss. dig. it., III, Torino, 1959.

BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

BARILE ed E. CHELI, voce *Domicilio (libertà di)*, in Enc. dir., XIII, Milano, 1964

BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

BASINI, *L'oggetto del legato e alcune sue specie*, in Bonilini-Basini, *I legati*, in Tratt. dir. civ. CNN, dir. da Perlingieri, Napoli, 2003.

BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001.

BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, voce in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Atti conv. Milano 20 marzo 1998, Milano, 1999.

BENEDETTI, *Delle sostituzioni*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, V, Padova, 1992.

BENEDETTI, *Sostituzione fedecommissaria*, in *Commentario della riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, I, 2, Padova, 1977.

BERNARDINI, *Sostituzione fedecommissaria*, in *Rivista del notariato*, I, 1993.

BERTOTTO, *In tema di onere a carico dell'erede legittimo*, in *Notariato*, 2008.

BESSONE, "Causa" e "motivo" nella disciplina del testamento, in *Giur. Ital.*, 1972.

BETTI, *Convalescenza del negozio giuridico*, in *Novissimo Dig It.*, IV, Torino, 1959.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960.

BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia – Le successioni*, Milano, 1985.

BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000.

BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1997.

- BIANCA, *Se il terzo a favore del quale sia stato stipulato il contratto possa avvalersi della clausola compromissoria contenuta nel contratto medesimo*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 923 ss.
- BIANCHI, *Corso di dir. civ. it.*, IX, I, Torino, 1886.
- BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, IX, 1, Torino, 1895.
- BIGLIAZZI GERI, *Il testamento, Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976.
- BIGLIAZZI GERI, *Clausola illecita, scindibilità del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperativa nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale*, in *Giur. It.*, 1966.
- BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, VI, Successioni, 2, Torino, 1997, p. 157.
- BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371, Commentario codice civile*, Milano, 1991, p. 300.
- BIGLIAZZI-GERI, voce *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1970.
- BIN, *La diseredazione, Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966.
- BIONDI, *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in *Foro it.*, 1949.
- BIONDI, *Successione testamentaria - Donazioni*, Milano 1943, p. 3 ss.; D'ORTA, *Saggio sull'heredis institutio. Problemi di origine*, Torino, 2000.
- BIONDI, *Divieto di concorrenza e obbligazione « propter rem »*, nota ad App. Milano, 13 marzo 1959, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 741 ss.
- BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Mes-sineo, XII, Milano, 1967
- BIONDI, *Limiti legali della proprietà, servitù, oneri reali, obbligazioni propter rem in rapporto all'art. 913 codice civile*, in *Foro it.*, 1950, I, c. 618.
- BIONDI, *Servitù reciproche, servitù « in faciendo », oneri reali e obbligazioni « propter rem »*, in *Giur. it.*, 1952.
- BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977
- BONIELLO, *La clausola di inalienabilità nel diritto francese e in quello italiano*, in *Annuario dir. comp.* 1966.
- BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990

- BONILINI, "... *Così al vento nelle foglie levi si perde la sentenza di Sibilla*", in "Studium iuris", 2002.
- BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990
- BONILINI, *Autonomia testamentaria e soluzione delle controversie in via arbitrale*, in I contratti, 1999, p. 630 ss.
- BONILINI, *Autonomia testamentaria e soluzione delle liti in via contrattuale*, in Contratti, 1999, p. 630 ss.
- BONILINI, *Condizione di non contrarre matrimonio e legato per il tempo del celibato o della vedovanza*, in *Trattato delle successioni e donazioni* diretto da G. BONILINI, vol. II, cap. VIII, Milano, 2009.
- BONILINI, *Dei legati*, in Cod. civ. Comm. fondato da Schelisger e diretto da Busnelli, II ed., Milano, 2006.
- BONILINI, GIOVATI, GUIOTTO, MORA, *La prelazione volontaria*, Milano, 1993.
- BONILINI, *I legati* (artt. 649-673 ce), in Cod. civ. comm. diretto da P. Schlesinger, Milano 2001.
- BONILINI, *Il concetto*, in Bonilini - Basini, *I legati*, in Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003.
- BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.
- BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in BONILINI-TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in Cod. civ. comm., Milano, 2004, II ed., p. 627 ss.
- BONILINI, *L'illecito posto in essere per mezzo del testamento*, in Tratt. di diritto delle successioni e donazioni, Milano, 2009, p. 1075 ss..
- BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in Riv. dir. civ., 1984.
- BONILINI, *La successione a causa di morte*, in Tratt. di diritto delle successioni e donazioni, I, Milano, 2009.
- BONILINI, *Le successioni mortis causa e la civilistica italiana. La successione testamentaria*, in Nuova giur. civ. comm., 1997, II, p. 228.
- BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005.
- BONILINI, *Nozioni di diritto ereditario*, Torino, 2003.
- BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in Fam., pers. succ, 2007.
- BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, Milano, 2009.
- BONILINI, voce *Testamento*, in Dig. disc, priv., sez. civ., XIX, Torino 1999, p. 342.

- BORRELLO, *L'operatività della clausola compromissoria*, nota a Cass., 18 marzo 1997, n. 2384 e a Trib. Milano, 19 dicembre 1996, in *I contratti*, 1997, p. 367.
- BORSARI, *Commentario al codice civile italiano*, I, Torino, 1877, p. 1826.
- BRAMA, *Dizionario delle successione testamentaria*, Milano, 1988.
- BRANCA, *Commentario alla Costituzione (artt. 13-20)*, Bologna-Roma 1977.
- BRANCA, *Dei testamenti speciali. Della pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988.
- BRANCA, voce *Espatrio (libertà di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, pp. 1 ss.
- BREZZO, *Sostituzione fedecommissaria e condizione testamentaria risolutiva*, Torino 1892.
- BRUNELLI ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940.
- BRUNELLI, *L'ammissibilità della sostituzione fedecommissaria nell'ambito familiare*, in "Riv. dir. matr.", 1942, p. 209 ss.
- BRUNO, *L'inadempimento del legato modale e la legittimazione ad agire per il rispetto dell'onere*, nota a Cass. 18 marzo 1999, n. 2487, in *Giust. civ.* 2000..
- BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961
- BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Aa.Vv.* (a cura di V. Scalisi), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004.
- BUSNELLI, voce *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.
- BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli – Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940.
- BUTERA, *Il codice civile italiano. Libro delle successioni*, Milano 1940.
- BUTERA, *La clausola "si cum vel sine liberis decesserit" e la sostituzione fedecommissaria*, in "Foro It.", 1926, I, 522.
- BUTERA, *La clausola "si heres cum liberis vel sine liberis decesserit" e la sostituzione fedecommissaria vietata*, in "Foro It.", 1929, I, 129.
- BUTERA, *La condizione risolutiva nell'istituzione di erede*, in "Il Filangieri", 1904, 161.
- CACCAVALE-TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in "Riv. dir. priv.", 1997, p. 74 ss.
- CAFIERO. *La condizione si sine liberis decesserit e il fedecompresso*, in "Foro It.", 1922, I, 652
- CANDIAN, *La funzione sanzionatoria del testamento*, Milano, 1988
- CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, Milano, 2002.

- CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in Comm. teorico pratico del cod.civ. dir. da De Martino, Novara-Roma, 1982.
- CARBONE, *La conservazione del vecchio cognome come diritto all'identità personale*, nota a Corte cost. 23 luglio 1996 n. 297, in "Fam. e dir.", 1996, p. 412.
- CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile. Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Milano, 2007.
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948.
- CARIOTA FERRARA, *Le clausole testamentarie atipiche*, in "Dir. e giur.", 1972.
- CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977.
- CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Parte generale, Napoli, 1977.
- CARLEO, *La revoca della revoca testamentaria mediante nuovo testamento*, in Dir. e giur., 1966.
- CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998.
- CARNELUTTI, *Intorno alla clausola testamentaria "si line liberis decesserit"*, in "Foro It.", 1958.
- CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, Padova, 1931.
- CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano 1969.
- CARNEVALI, voce *Modo*, in Enc. Dir., vol. XXVI, Milano, 1976.
- CARPINO, *Considerazioni sulla "nullità" e non apposizione" in tema di intangibilità della legittima*, Vita not., 1998.
- CARRARO, *Il diritto sui ricordi di famiglia*, in AA. VV., Studi in onore di A. Cicu, I, Milano, 1951.
- CARRESI, *Contratti e atti unilaterali (Note critiche)*, in Studi in memoria di F. Vassalli, I, Torino, 1960.
- CARRESI, *Corso di diritto civile sul contratto*, Bologna, 1961.
- CARRESI, *Gli effetti del contratto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1958.
- CARRESI, *I fatti spirituali nella vita del diritto*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1956.
- CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume* in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1949.
- CARTONI - MOSCATELLI, *La sostituzione ordinaria*, in *Le successioni testamentarie*, a cura di BIANCA, in Giur. sist. Civ. e comm., Torino, 1983.
- CARUSI, *Condizione e termine*, in Tratt. contr. Dir. da V. Roppo III, a cura di M. Costanza, Milano, 2006.

- CASSISA, *In tema di legittimazione attiva alla risoluzione per inadempimento dei lasciti modali*, in Giust. civ., I, 1969.
- CASSISA, *Sul legato di usufrutto per il caso o per il tempo della vedovanza*, nota a Cass., 4 marzo 1966, n. 641, in Giust. Civ., 1966, I, p. 1354 ss.
- CASULLI, *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, in Novissimo Digesto italiano, XVII, Torino, 1970
- CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano 1972
- CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974.
- CATRICALA', *Funzioni e tecniche della prelazione convenzionale*, in "Riv. dir. civ.". 1978, II, p. 546.
- CATRICALA', voce *Patto di preferenza*, in Enc. del dir., XXXII, Milano 1982.
- CENTOLEGHE, *Brevi note in tema di clausole derogatorie e irrevocabilità del testamento*, nota a Trib. Napoli 24 giugno 1972, in Riv. not. 1973, p. 104.
- CHELO, *Brevi considerazioni sul divieto di alienazione imposto dal testatore*, nota a Trib. Cagliari 21 settembre 1999, in "Riv. giur. sarda", 2000, 161 ss.
- CHÉRON, *La jurisprudence sur les clauses d'inalienabilité*, in Rev. trim. dr. civ., 1906.
- CHIANALE, *Vincoli negoziali di indisponibilità*, in Studi in onore di Sacco, II, Milano 1994.
- CHIANALE, voce *Ipoteca*, in Digesto delle discipline privatistiche, Torino, 1993.
- CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento* in Riv. dir. proc. civ., 1933.
- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile.*, Napoli, 1953.
- CHIOVENDA, *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in Riv. dir. proc. civ., 1926.
- CIAN, *Il testamento nel sistema degli atti giuridici*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, in S. DELLE MONACHE, Quaderni Riv. dir. civ., Padova, 2007.
- CICU, *Osservazioni sul terzo libro del progetto di codice civile*, Milano, 1936.
- CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1948, 2° ed.
- CICU, *Successioni per causa di morte*, Parte generale, in tratt. dir. civ. e comm a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1961.
- CICU, *Testamenti reciproci in atti separati*, I, in "Foro lomb.", 1937
- CICU, *Testamento*, p. 15, Milano, 1969.
- CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, in Successioni e donazioni a cura di P. Rescigno, I, Padova.
- COCCIA, *Sul patto di prelazione e in particolare sull'ammissibilità di una stipulazione senza limiti di tempo*, nota a Cass. 13 maggio 1982, n. 3009, Giur. It. 1983, I,1534.

- COGLIOLO, *La clausola arbitrare nei testamenti. Il giudice familiare*, in Scritti varii di diritto privato, II, Torino, 1917.
- COGLIOLO, *Scritti vari di diritto privato*, Milano 1940
- COING, *Bedingung. Zeitbestimmung*, in *Staudingers Kommentar zum B.G.B., Allgemeiner Teil*, Vorben, Berlin, 1957.
- COLOMBO, *Il vincolo di destinazione di fonte contrattuale gravante su un immobile*, nota a Cass. 11 aprile 1990, n. 3082, in Foro it. Rep., 1990
- COMPORZI, *Diritti reali in genere*, in Trattato dir. civ. e comm., diretto da Cicu e Messineo, VIII, 1, Milano, 1980.
- COMPORZI, *Divieti di disposizione e vincoli di alienazione*, in Studi in onore di P. Rescigno, Milano, 1998.
- COMPORZI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, in studi in onore di P. Rescigno 1998
- COMPORZI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Famiglia*, 2003.
- COPPOLA, *Disposizioni a favore dell'anima, disposizioni a favore dei poveri e ricostruzione della volontà testamentaria*, in "Nuova giur. civ. comm.", 2000.
- COPPOLA, *Gli strumenti costituzionali per l'esercizio della libertà religiosa*, Milano, 1982.
- CORAPI, *Perizia contrattuale e arbitrato. Clausola arbitrare e contratto a favore di terzi*, nota a Cass., 1° aprile 1994, n. 3207, in Riv. arb., 1995, p. 69 ss.
- COSATTINI, voce *Sostituzione fedecommissaria*, in Nuovo dig. It., XVIII, Torino, 1940.
- COSENTINI, *Conditio impossibilis.*, Milano, 1952.
- COSPITE, *I diritti di abitazione e di uso e le nuove nozze del coniuge superstite*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1984, p. 1175 ss.
- COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967.
- COSTANZA, *Condizione nel contratto*, Comm. Cod. Civ Scialoja-Branca a cura di Galgano, Bologna, 1997.
- COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano 1981.
- COSTANZA, *La disposizione fiduciaria*, in *Le successioni testamentarie (art. 624-712)*, coordinato da Bianca, nella Giur. sist. Civ. e comm., fondata da W. Bigiavi, Torino 1983.
- COSTANZA, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in AA.VV., *Le successioni testamentarie*, in Giur sist. Bigiavi, Torino, 1983.

COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in Studi in onore di C. Grassetti, Milano 1980.

COSTANZA., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in "Contratto e impresa", 1987, II, p. 422 ss.

COSTANZO, *Problemi dell'onere testamentario*, in Riv. dir. civ., 1978.

COVIELLO iun., *Il divieto negoziale di alienazione e l'art. 288 cpv. del progetto del III libro del codice civile*, in Riv. dir. civ., 1937.

COVIELLO jr., *Lezioni di diritto successorio*, Bari, 1958.

COVIELLO N. Jr., *L'obbligazione negativa*, Napoli 1931.

COVIELLO, *Corso completo del diritto delle successioni*, Napoli, 1914 -15.

COVIELLO, *Manuale del diritto civile italiano*, Parte generale, Roma, 1915-16.

COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924.

COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1992.

CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, 1990.

CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1995.

CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980.

CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995.

CUFFARO, *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in Successioni e donazioni, a cura di Rescigno, 1, Padova, 1994.

CUGUSI, *La clausola arbitrale nel testamento*, in Filangieri, 1905.

CURTU, *Riflessioni in tema di sostituzione fedecommissaria*, nota ad App. Cagliari, 15 luglio 1998, in Riv. giur. sarda, 1999, p. 681.

CUTURI, *Dei fedecommissi e delle sostituzioni nel diritto civile italiano*, Città di Castello, 1889.

D'AMELIO FINZI, IV, *Delle obbligazioni*, Firenze, 1948.

D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974.

D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, in Riv. dir. civ., 1970.

D'AVANZO, *Delle successioni*, Firenze, 1941.

D'ONOFRIO, *Della divisione*, in Commentario del codice civile D'Amelio e Finzi, Firenze, 1941.

DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1973.

D'ALOIA, *La successione mortis causa nella costituzione*, in Tratt. di diritto delle successioni e donazioni, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009.

- D'ALOIA, *Sul divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Tra « identità individuale » e « pluralismo sociale »*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006.
- D'AMBROSIO, *A proposito di un caso di applicabilità del divieto decennale di alienazione nell'edilizia residenziale pubblica*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1980.
- D'ANGELO, *Lesione dell'identità personale e tutela riparatoria*, nota a Pret. Roma 6 maggio 1974, in "Giur. it", 1975, I, 2, p. 514.
- D'ANTONIO, *La modificazione legislativa*, Padova, 1974, p. 32.
- D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, Napoli, *Studi in onore di Santoro Passarelli*, II, 1972.
- D'AVANZO, *Delle successioni*, Firenze, 1940-1941.
- D'AVATACK, voce *Libertà di coscienza, di culto e di propaganda*, in Enc. dir., XXIV, Milano, 1974, pp. 592 ss.
- DE ANGELIS, *Rilievi sulla validità della clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, nota a Cass. 16 maggio 1962 n. 1067, in "Giur. It.", 1963, I, 1, 1146.
- DE CUPIS, *Il fedecommesso assistenziale*, in Giur. it., 1983, IV, c. 129.
- DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in Trattato di dir. civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, IV, Milano 1959.
- DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1949.
- DE CUPIS, *Il principio di conservazione nell'interpretazione dei testamenti*, in Dir. e giur., 1947
- DE CUPIS, *Il testamento spirituale*, in "Rass. dir. civ.", 1988.
- DE CUPIS, *Sulla depatrimonializzazione del diritto privato*, in Riv. dir. civ., 1982.
- DE CUPIS, *Postilla sul nuovo diritto di famiglia*, in Rivista di diritto civile, 1975.
- DE DONATO, *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa morte, in La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007.
- DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.
- DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950.
- DE MATTEIS, *Essendo capace di intendere e volere. Guida al testamento narrativo*, Sellerio editore, Palermo, 1992.
- DE MATTEIS, *In piena facoltà...*, Mondadori, Milano, 2006.
- DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in "Jus", 1999, p. 273 ss.

- DE RUGGIERO, *Il diritto di accrescimento nelle donazioni*, in "Corte di cass.", 1927, p. 927
ss
- DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1921.
- DE RUGGIERO, voce *Alienazione*, in *Diz. prat. dir. priv.*, Milano, s.a.
- DE SIERVO, voce *Soggiorno, circolazione espatrio (libertà di)*, in *Nov. dig. it.*, XVII,
Torino, 1970.
- DE SILVESTRI, "*Clausola testamentaria*" e *condizione impediva delle nozze*, nota a Trib.
Napoli, 21 dicembre 1967 in *Dir. e giur.*, 1968, p. 655 ss.
- DE SIMONE, *Il legato a carico del legatario* (c.d. sub-legato), in *Riv. dir. civ.*, 1956.
- DE SIMONE, *Il divieto negoziale di alienazione e l'art. 1341 cc.*, in *Dir. e giur.*, 1958.
- DE SIMONE, *Il legato a carico del legatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1956.
- DEGNI, *Illiceità dei motivi e illiceità della causa rispetto ai negozi fondati su rapporti
immorali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 433.
- DEGNI, *Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ.* a cura di D'Amelio e Finzi, Firenze, 1943.
- DEGNI, *La successione a causa di morte*, 2, Padova, 1934.
- DEGNI, *Lezioni di diritto civile. La successione a causa di morte*, Padova, 1936.
- DEGNI, *Successioni testamentarie*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. XII, P. I, Torino, 1940.
- DEGNI, voce *Successioni testamentarie*, in *Nuovo Dig. It. Vol. XII, I*, Torino, 1977.
- DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Napoli, 1980.
- DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939.
- DEIANA, *In tema di contratti contrari al buon costume*, in *Giur. coml. Cass.civ.*, 1948, III, p.
147 ss.
- DEJANA, *In tema di « obligationes propter rem » accessorie ad un rapporto di servitù*, in
Riv. dir. comm., 1952.
- DEL PRATO, *L'autonomia nei rapporti familiari*, ed. provv., Milano, 1999.
- DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2007.
- DELLE MONACHE, *Testamento, Disposizioni generali*, *Cod. civ. Comm.*, fondato da P.
Schelesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005.
- DEMOGUE, *Traité des obligations en general. Effets des obligation*, Paris, 1933.
- DI AMATO, *Sulla clausola testamentaria si sine liberis decesserit*, nota a Trib. Napoli 3
dicembre 1975, in "Giust. civ.", 1976, I, 1856.
- DI FRANCIA, *La causa dei contratti atipici tra giudizio di meritevolezza e autonomia
negoziale: spunti per una riflessione*, in "Giur mer." 1, 1990, I, p. 301 ss.

- DI LORENZO, *La prelazione testamentaria e il legato di prelazione*, Notariato, I, 2011, p. 93.
- DI MAJO, *Il controllo giudiziale sulle condizioni generali di contratto*, in "Riv. dir. comm." 1970
- DI MAJO, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972.
- DI MARZIO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa*, Napoli, 2000.
- DI MAURO, *Brevi considerazioni in tema di condizioni testamentarie illecite*, nota a Cass., 21 febbraio 1992, n. 2122, in Giust. civ., 1992, I, p. 1753 ss.
- DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995.
- DI MAURO, *Gli elementi accidentali*, in Trattato di diritto delle successioni e donazioni, t. II, Milano.
- DI MAURO, *Gli elementi accidentali*, Tratt. di dir. delle successioni e donazioni, diretto da G. Bonilini, t. II, 2009.
- DI MAURO, *Le disposizioni testamentarie modificative del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005
- DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002.
- DIETZ, *Erbrecht*, Bonn, 1949, p. 60.
- DIONISI, *Il notaio ed il « controllo di liceità » del regolamento negoziale*, in Ricerche di diritto civile, Napoli, (s.d.).
- DISTASO, *Diritto reale, servitù e obbligazioni « propter rem »*, Riv.trim. dir. e proc.civ., 1953.
- DOGLIOTTI, *I diritti della personalità: questioni e prospettive*, in "Rass. dir. civ.", 1982.
- DOGLIOTTI, *Il diritto all'identità personale approda in Cassazione*, nota a Cass. 22 giugno 1985 n. 3769, in Giust. civ. 1985, p. 3049.
- DOGLIOTTI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e patti successori*, in "Fam. e dir.", II, 1998
- DONISI, *Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in "Rass. dir. civ.", 1980
- D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano 1950.
- D'ORAZI, *La clausola "si sine liberis decesserit" e il fedecommesso nel vecchio e nel nuovo codice*, in "Nuovo dir.", 1940, p. 1 ss.
- DOSSETTI, *Introduzione*, in *Il diritto delle successioni. Successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio*, Tratt. dir. da G. Bonilini, Torino, 2004.
- DUSI, *La revocabilità dei diritti subiettivi patrimoniali*, in "Riv. it. scienze, giur.", 1898, p. 258 ss.

- F. FINOCCHIARO, *Commento all'art. 19*, in Comm. Cost., fond. da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Roma-Bologna, 1977, pp. 238 ss.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, , Napoli, 2003.
- FADDA e BENZA, *Note a Windscheid, Diritto delle pandette*, IV, Torino, 1930.
- FADDA, *Concetti fondamentali del diritto romano ereditario*, Napoli, 1900.
- FADDA, *Il diritto romano nella pratica, Legato modale e fondazione*, in Il Filangieri, 1896.
- FADDA, *Legato del diritto di continuare una locazione*, in Filangieri, 1894, I, p. 228 ss.
- FALZEA *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano, 1941.
- FALZEA, *I fatti di sentimento*, in Studi in onore di Francesco Santoro, Passarelli, VI, Napoli, 1972.
- FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.
- FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in Enc. dir., VI, Milano, 1960.
- FAZZALARI, *Osservanza dovuta al patto compromissorio: quando il suo vincolo perdura dopo la dichiarazione di nullità del lodo*, nota a Cass., 27 luglio 1990, n. 7597 in Riv. arb., 1992, p. 269 ss.
- FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova 1990.
- FERRANDO, *Spirito di liberalità e motivi dell'attribuzione. Appunti in margine alla definizione di "causa donandi"*, 1974.
- FERRANDO, voce *Persona fisica (diritto privato)*, in Enc. del dir., XXXIII, Milano, 1983.
- FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914.
- FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921.
- FERRARI, *La sostituzione ordinaria*, in Trattato di dir. priv. Diretto da P. Resigno, VI, *Successioni*, 2, Torino, 1982.
- FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972.
- FERRARI, *Sulla invalidità della clausola "si sine liberis decesserit"*, in "Calabria giur.", 1954, p. 531.
- FERRARIS, *La Corte Costituzionale si pronuncia in tema di arbitrato obbligatorio*, nota a Corte cost. 9 maggio 1996 n. 152 in "Nuova giur. civ. comm.", 1998, I, p. 1 ss.
- FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, in "Riv. dir. civ.", 1941, p. 228.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- FERRI G.B., *Il negozio tra giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1990.
- FERRI G.B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in "Riv. dir. econun.", 1971, II, p. 81 ss.

- FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970.
- FERRI, *Dei legittimari (artt. 536 – 564 c.c.)*, in Comm. cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981.
- FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Bologna, 1997, p. 86; RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in Successioni e donazioni, I, Padova, 1994.
- FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del del mercato*, RDCo, 1991.
- FERRI, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in Studi in onore di A. Cicu, I, 1951.
- FERRI, *Socialismo e diritto successorio*, in Arch. Giur. "Serafini", 1964.
- FERRI, *Successioni in generale*, Art. 512-535, in Comm. cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1980.
- FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in Comm. c.c. a cura di Scialoja e Branca, artt. 2643-2696, Bologna-Roma, 1977.
- FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2002, p. 816.
- FILIPPON, *Rapporti tra il legato e il modus*, in Giur. it., 1938.
- FILOMUSI GUELFU, *Trattato delle successioni. Lezioni compilate da G. Grisostomi e G. Manganelli*, Roma, a.a. 1892-93, p. 702.
- FRIEDMAN, *The Law of Succession in Social Perspective*, in E. HALBACH (a cura di), *Death, Taxes, and Family Property*, New York, 1977.
- FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni « propter rem »: a proposito di una distinzione tra diritti di credito e diritti reali*, in Giust. civ., 1953.
- FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione (diritto privato)*, in Enc. del dir., XIII, Milano 1964
- FUSARO, *Il divieto contrattuale di alienazione*, in Contratti in generale, a cura di G. Alpa e M. Bessone, in Giur. sist. dir. civ. e comm. diretta da W. Bigiavi, Torino 1990.
- FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in "Riv. crit. dir. priv.", 2000.
- FUSARO, *In tema di fondazioni: clausole di inalienabilità e vincoli di destinazione d'uso contenute in donazioni disposte a loro favore*, in Vita not., 1997.
- G. BRUNETTI, *Le condizioni impossibili o illecite nei testamenti*, in Scritti giuridici vari, IV, Torino 1925.
- GABBA, *Concetto della sostituzione fedecommissaria* in Nuove questioni di diritto civile, 2^a ed., Torino, 1912.

- GABBA, *La condizione risolutiva apposta alle disposizioni testamentarie.*, in "Foro It.", 1893, I, 605.
- GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970.
- GABRIELLI, *La successione per causa di morte nella riforma del diritto di famiglia*, in La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo, Padova, 1986.
- GABRIELLI, *Prelazione (patto di)*, in Enc. Giur., Vol. XXIII, Roma 1990.
- GAGGERO, *L'arbitrato obbligatorio negli orientamenti della Corte Costituzionale*, nota a Corte cost. 14 luglio 1977 n. 127, in Nuova giur. civ. comm. Casi scelti, p. 41 ss.
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 2004, IV ed., p. 231; SANTARSIERE, *Disposizioni del legato con onere. Se il ritardato adempimento possa determinarne la risoluzione*, in Arch. civ., 1998.
- GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2009.
- GALGANO, *Il patto di non alienare*, Diritto civile e commerciale, Milano 1999.
- GALGANO, *Le sostituzioni subordinate alla clausola "si heres sine liberis decesserit" e il fedecommesso assistenziale*, in "Foro It.", 1928, I, 1059.
- GAMBARO, *Ancora in tema di falsa luce agli occhi del pubblico*, in Quadrimestre, 1988, 401.
- GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, III, Milano, 1952.
- GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, Padova, 1933.
- GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1952.
- GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in Jus, 1955.
- GARDANI CONTORSI LISI, *Il legato modale (Lineamenti)*, in Riv. dir. civ., 1956.
- GARDANI CONTORSI LISI, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, in Riv. dir. civ., 1955.
- GARDANI CONTORSI LISI, *Donazioni*, in Giur. sist. Civ. e comm. diretta da W. Bigiavi, Torino, 1967, p. 224 ss.
- GARDANI CONTORSI LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Artt. 633-648*, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992.
- GARDANI CONTORSI LISI, *Controllo sulle disposizioni testamentarie e ricerca della volontà del testatore*, in Riv. dir. civ., II, 1987.
- GARDANI CONTORSI LISI, *Il legato modale (Lineamenti)*, in Riv. dir. civ., 1956.
- GARDANI CONTORSI LISI, *Sopravvenuta impossibilità o illiceità dell'onere testamentario*, in Riv. dir. civ., 1955.
- GARRUTI, *Il "modus" testamentario*, Napoli, 1990.

- GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, VII ed.
- GENTILE, voce *Trascrizione*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973.
- GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. pers.*, 2006.
- GIACOBBE, *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 810 s.
- GIACOBBE, *Ricorso al presidente del Tribunale di Firenze*, in *Riv. not.*, 1977, III, p. 912 ss.;
- GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento, contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954.
- GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, in *Contratti in generale* diretto da Alpa e Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, vol. III, Torino, 1991.
- GIANNATTASIO, *Delle Successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1978.
- GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, Milano, 1952
- GIANTURCO, *Delle fiducie nel diritto civile italiano*, in *Opere Giuridiche*, I, Roma, 1947
- GIORDANO-MONDELLO, voce «*Legato*», in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973.
- GIORGIANNI, *Il "modus" testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957.
- GIORGIANNI, *Il «modus» testamentario*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957.
- GIORGIANNI, *Legato modale (o sublegato) e azione di riduzione*, in *Dir. e Giur.*, 1959.
- GIORGIANNI, voce *Diritti reali (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960.
- GIORGIANNI, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino.
- GIORGIANNI, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1968.
- GIRINO, *La condizione di celibato nel negozio testamentario*, nota ad App. Cagliari 31 dicembre 1962 in *Foro pad.*, 1965, I, c. 115 e ss.
- GOGGI, *Intorno alla clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, nota a Trib. Alessandria 8 marzo 1965, in "Giur. agr.", 1965, 495.
- GORLA, *Del pegno, Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Sciaòja e Branca, Bologna-Roma 1966.
- GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano 1955.
- GORLA, *Precedenti giudiziari e sulla trasmissibilità e sul termine dell'obbligazione pattizia di prelazione e su alcune questioni connesse*, in *Quaderni de "Il Foro Italiano"*, 1966, p. 49 ss.

- GORLA, *Tutela dei diritti. Del pegno. Delle ipoteche. Art. 2740-2899*, in Comm. cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, Bologna -Roma, 1954.
- GRASSETTI, voce *Conservazione* (principio di), in Enc. Dir., Milano, 1961
- GRASSI, *La fattispecie modale*, Padova, 1975.
- GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*. Napoli, 1973
- GRASSO, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in Jus, 1968.
- GRASSO, *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e « sanzione » per l'inadempimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1990.
- GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Rilievi sulla parziale illegittimità costituzionale del sistema declinatorio della competenza arbitrale in materia di opere pubbliche*, nota a Corte cost. 9 maggio 1996 n. 152, in "Giust. civ.", 1996, I, p. 2491 ss.
- GROSSO e BURDESE, *Le successioni*, parte generale in Tratt. di dir. civ. it., diretto da Vassalli, Torino, 1977, p.162 ss.;
- BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1965.
- GROSSO, *Contributo alla teoria dell'adempimento della condizione*, Torino, 1930.
- GROSSO, *Le servitù prediali*, in Trattato dir. civ. it., diretto da F. Vassalli, V, 1, Torino, 1963.
- GROSSO, *Servitù e obbligazione «propter rem»*, in Riv. dir. comm., 1939.
- GROSSO, *Tipicità delle obbligazioni « propter rem »*, in Giur. compi. Cass. civ., 1951.
- GROSSO-BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, in Tratt.dir. civ. it., diretto da Vassalli, Torino, 1977.
- GRUDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in Europa e dir. priv., 2001, p. 257.
- GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974.
- GUARNERI, *Questioni sull'art. 1322 cc.*, in "Riv. dir. comm.", 1976.
- GUARNERI, voce *Meritevolezza dell'interesse*, in Dig. disc, priv., sez. priv., XI, Torino 1994.
- HUC, *Tratte théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, I, Paris, 1891.
- IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967.
- IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967
- JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1984.

- JEMOLO, *Condizione testamentaria che vitiatur et vitiatur*, nota a Cass. 5 luglio 1954 n. 2345, in Foro It., 1954, I, 1399.
- LAMARQUE, voce *Famiglia (dir. cost.)*, in Diz. Dir. pubbl., dir. da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006.
- LEHMANN-HUBNER, *Allgemeiner Teil des burgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1966.
- LENZI, *Il problema dei patti successori, tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in Riv. not., 1988, p. 1209 ss.
- LICATA, *Sul valere della clausola si sine liberis decesserit*, in "Giur. It.", 1936, IV, p. 14 ss.
- LIEBMAN. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano, 2007: VII ed. a cura di V. Colesanti, E. Merlin e E.F. Ricci.
- LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano 1970.
- LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in "Riv. dir. civ.", I, 1996.
- LISERRE, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, in Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno, V, Torino
- LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966.
- LISSONI, *Trattato pratico del testamento*, Milano, 1973.
- LISERRE, *Quid novi in tema di successione mortis causa*, in Nuova giur. civ. comment., 1997.
- LOJACONO, voce *Inalienabilità (clausole di)*, in Enc. del dir., XX, Milano 1970.
- LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Camerino-Napoli, 1978.
- LONGO, *Sostituzione fedecommissaria nel caso di obbligo di trasmettere cosa singola ad un terzo*, in "Giur. comp, cass. civ.", 1954.
- LONGO, voce *Inalienabilità*, in Nuovo Dig. It., VI, Torino 1938.
- LOSANA, voce *Delle successioni testamentarie* in Dig. It., vol. XXII, P. IV, Torino, 1893-1902.
- LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli 1970.
- LUMINOSO, *Clausola testamentaria "si sine liberis decesserit", condizione e termine*, Riv. dir. civ., 1970, p. 20.
- LUMINOSO, *La risoluzione per inadempimento*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, in Comm. Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1990.
- LUMINOSO, voce *Sostituzione (diritto vigente)*, in Enc. del dir. XLIII, Milano, 1990
- LUPO, *Il modus testamentario*, in Riv. dir. civ., II, 1977.
- LUZZATTO, *Responsabilità per ingiurie in un testamento*, in Riv. dir. civ., 1933

MACIOCE, *L'identità personale in Cassazione: un punto di arrivo e un punto di partenza*, nota a Cass. 22 giugno 1985 n. 3769, in Giust. civ. 1985, p. 3049.

MAESTRONI, *Questioni in tema di legato*, in "Nuova giur. civ. comm.", II, 1988.

MAGAZZU', voce «*Decadenza (dir. civ.)*», in Noviss. Dig. it., V, Torino, 1960.

MAJELLO, *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, in "Riv. dir. civ.", 1987, p. 495.

MAJELLO, in AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino 2002

MANCA, *Degli esecutori testamentari*, in Comm. cod. civ. diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e donazioni*, Firenze, 1941.

MANDELLI, *Il divieto di alienazione e la sua attuale portata*, in Giust. civ., 2002.

MANUELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, nota a Corte costituzionale 18 dicembre 1987 n. 561, in Foro It., 1989, I, 2113.

MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in "Nuova giur. civ. comm.", II, 1991.

MARICONDA, *Vincoli alla proprietà e termini di durata*, in "Corr. giur.", 1987

MARINARO, *Commento agli artt. 601-648*, in Cod. civ., annotato a cura di Perlingieri, Torino, 1980.

MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976.

MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984.

MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano-Messina 1961, p. 515.

MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, I, Torino 1902, p. 692.

MAZEAUD, *Lecons de droit civil*, IV, Paris, Montchrestien, 1960.

MAZZA, *Sulla teorica delle condizioni illecite: Note di studio*, Torino, 1899.

MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XX, Torino, 1985.

MAZZIOTTI, voce *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in Enc. dir., VII, Milano, 1960.

MAZZONI, *Patti successori: conferma di una erosione*, nota a Cass. 9 maggio 2000 n. 587, in "Riv. not.", 2001, p. 226.

MEARELLI, *Sulla rilevanza del motivo nel testamento*, in Giur. merito, 1979.

MENGONI REALMENONTE, voce *Disposizione – Atto di disposizione* in Enc. del dir., XIII, Milano, 1964.

MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950.

MENGONI, *Le successioni*, in "Riv. trim. dir. e proc. civ.", 1986, p. 203 ss.

- MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in Tratt. dir. civ. e comm., già dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1992.
- MESSINEO, *Il contratto in genere*, in Trattato dir. civ. e comm., diretto da Cicu e Messineo, XXI, 2, Milano, 1972.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1958.
- MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in Enc. del dir., XXXIII, Milano 1983.
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in Comm. cod. civ. a cura di magistrati e docenti, IV, Torino, 1980.
- MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* UTET (Artt. 1321-1469), Torino, 1984.
- MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627c.c (Contributo allo studio dell'interpretazione di persona)*, in Riv. trim.dir. proc. civ., 1955.
- MIRABELLI-G. SCANZANO, *Testamento — Clausola limitativa delle nozze — Clausola attributiva di prelazione nella vendita di bene ereditario*, in Riv. dir. civ., 1986, II, p. 479 s.
- MISEROCCHI, *Patto di prelazione con durata illimitata e principio della libera disposizione dei beni*, in "Riv. not.", 1985, p. 227.
- MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007
- MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1967.
- MORELLO, *La condizione di non impugnazione del testamento*, in Riv. not, 1965, p. 986.
- MORETTI, *La sostituzione fedecommissaria, Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009.
- MORETTI, *La sostituzione fedecommissaria*, in Rassegna di diritto civile, 1981.
- MORTARA, *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923.
- MORTARA, *Poche parole sulla clausola "si sine liberis decesserit"*, in Giur. it., 1932, I, 1, c. 503 ss.
- MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in Riv. dir. civ., 1972.
- MOSCATI, voce *Alienazione (divieto di)*, in Enc. giur. Treccani, I, Roma 1989.
- MOSCATI, voce *Vincoli di indisponibilità*, in Novissimo Dig. It., XX, Torino 1975.
- MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950.

- MURGIA, *In tema di negozio di attuazione di obbligazione testamentaria ex legato di contratto*, in *Giur. merito*, IV 1976.
- MURONI, *L'ambito soggettivo di efficacia della clausola compromissoria e la sua opponibilità al creditore attore in surrogatoria*, nota a *Cass.*, 25 maggio 1995, n. 5724, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 1526.
- NAPOLI, *Il legato di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1983.
- NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009.
- NATALE, *Il divieto di alienazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009
- NATOLI, *Della condizione dei contratto*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio - E. Finzi, Firenze, 1948.
- NATOLI, *Della condizione nel contratto*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da D'Amelio e Finzi, Libro IV, Firenze, 1948.
- NATOLI, *Il termine essenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1947.
- NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1965.
- NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1969
- NATOLI, *Orientamenti in tema di clausola si sine liberis decesserit*, in "Giur. compi, cass. civ.", 1946, XXI, I, p. 198.
- NEGRO, *I divieti convenzionali e testamentari di disporre* in *Riv. dir. priv.*, 1941.
- NEGRO, *Lineamenti di un trattato sull'indisponibilità giuridica*, Padova 1957.
- NEGRO, voce *Indisponibilità giuridica*, in *Novissimo Dig. It.*, VII, Torino 1938.
- NEPPI, *Il valore intrinseco del diritto di proprietà*, Padova, 1934.
- NICOLO', *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, I (anno acc. 1971-1972), Milano, 1973.
- NICOLO', *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934;
- OGGIONI, *La successione dell'erede nel patto di prelazione*, in *Studi in onore di E. Elda*, III, Milano 1957.
- OGGIONI, *La successione dell'erede nel patto di prelazione*, in *Studi in onore di E. Eula*, III, Milano 1957.
- OPPO, *Adempimento e liberalità*, Camerino, 1979.
- OSTI, *Applicazioni del concetto di sopravvenienza. La risolubilità dei contratti per inadempimento*, Imola 1922.
- PACCHIONI, *Offese per mezzo di testamento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933.

PACE, *Il c.d. diritto alla identità personale e gli art. 2 e 21 della Costituzione*, in Alpa, Bessone, Boneschi, *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981

PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*. Parte speciale, Padova, 1992

PACIFICI - MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato, con la legge romana: Trattato delle successioni*, Torino, 1929.

PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato*, Torino, 1929.

PAGLIANTINI, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000.

PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in "Vita not.", 9, 1993.

PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

PALAZZO, *Declino del divieto dei patti successori, alternative al testamento e centralità del testamento*, in "Jus", II, 1997.

PALAZZO, *Il testamento*, in A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi. Grandi questioni e pareri*, a cura di di G. Palazzolo, in Tratt. teorico-pratico dir. priv., dir da G. Alpa e S. Patti, Padova, 2008.

PALAZZO, *Le successioni*, in Trattato di diritto privato a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1996.

PALAZZO, *Le successioni*, Trattato di dir. priv., Milano, 2000.

PALAZZO, *Osservazioni sulla centralità del testamento*, in Dir.Priv., 1998.

PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970.

PANZA, *Il rilievo della funzione sociale nell'acquisto mortis causa*, Bari, 1989.

PANZA, *L'antinomia fra gli artt 2033 e 2035 c.c. nel concorso tra illegalità e immoralità del negozio*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1971.

PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, in Riv. not, I,1998.

PELOSI, *La proprietà risolubile, nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975.

PEREGO, *Effetti verso i terzi e durata del patto di prelazione*, nota a Cass. 13 maggio 1982, n. 3009, Giust civ. 1982, 3085.

PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970

PEREGO, *Sull'interpretazione della sostituzione e del "modus"*, nota a Cass. 11 luglio 1980 n. 4443, in "Giur. It.", 1981, I, 1874.

PERLINGIERI, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in "Rass. dir. civ.", 1983.

PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, Napoli, 2010.

PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1984.

PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli-Camerino 1982.

- PERLINGIERI, *Sulla legittimazione ad adire il collegio arbitrale della Achille Lauro Armatore - Lauro Lines S.p.a.*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 927 ss.
- PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Milano, 2000.
- PICONE, *La legge applicabile alle successioni*, in *La riforma del diritto internazionale privato e suoi riflessi sull'attività notarile*, Atti del convegno di studi in onore di M. Marano (Napoli 30-31 marzo 1990), Milano, 1991.
- PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.
- PIGANTELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra « istituzione » matrimoniale e « funzione » familiare*, in *Riv. dir. cost.*, 2005.
- PIRAS, *La sostituzione fedecommissaria*, Milano, 1952.
- PIRAS, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947.
- PIRAS, *La sostituzione fedecommissaria nel diritto civile italiano*, Milano, 1952.
- PIZZORUSSO, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, in Alpa, Bessone, Boneschi, *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981.
- PIRAS, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, in "Nuova riv. dir. comm.", 1947-48, p. 21 ss.
- POLACCO, *Delle successioni*, Milano-Roma, 1937.
- PONTI-P. PANELLA, *La "preferenza" nel diritto societario e successorio*, Milano, 2003.
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2010.
- PROTO, *Il modo*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da Bonilini.
- PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, in *Ann Univ. Messina*, IX, Milano 1931.
- PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e di legati*.
- PUGLIATTI, *Della istituzione di erede e dei legati*, in *Codice civile. Libro delle successioni*, Comm., dir. da M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1941.
- PUGLIATTI, voce *Alienazione*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964.
- PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 1, Padova, 2000.
- RAFFAELE, *I diritti reali. Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, Trattato di diritto civile, 3, Torino, 2009.
- RAMPONI, *Le condizioni di celibato e di vedovanza nei testamenti e nei contratti*, Firenze, 1893.
- RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di dir. priv. diretto da P. Rescigno*, 20, II, *Tutela dei diritti*, Torino, 1985.

- RECCHIA, *"Disponibilità dell'azione in senso negativo" ed incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio*, nota a Corte cost. 27 dicembre 1991 n. 488, in "Riv. arb.", 1992, p. 247 ss.
- RECCHIA, *La costituzionalità della legislazione sull'arbitrato: prime osservazioni*, nota a Corte cost. 23 febbraio 1994 n. 49, in "Riv. arb." 1994, p. 477.
- RECUPERO, *La disposizione supereritaria nel testamento e l'art. 692 c.c.*, in Temi, 1954, p. 96 ss.
- REDAELLI, *Tutela della libertà religiosa e normativa civile sulla privacy*, in "Quaderni di diritto ecclesiale", 1998, p. 310 ss.
- REDENTI, *Diritto Processuale*, a cura di E. Carancini e M. Vellani, Milano, 1980.
- REDENTI, voce *Compromesso (diritto e procedura civile)*, in Novissimo Dig. It., III, Torino 1959.
- RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in Riv. arb., 1991.
- RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in Riv. dir. civ., 1966, I, p. 1 ss.
- RESCIGNO, *Introduzione*, in Tratt. dir. priv., dir. da P. Rescigno, 5, *Successioni*, t. I, Torino, 1982.
- RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in AA. VV., in *Trattato Successioni a causa di morte e donazioni* diretto da Rescigno, I, Padova.
- RESCIGNO, *Le successioni testamentarie. Nozioni generali*, Padova, 1984.
- RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in Riv. dir. civ., I, 1972.
- RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in "Vita not.", 1, 1993.
- RESCIGNO, voce *Condizione (dir. vig.)*, in Enc. dir., VIII, Milano, 1961.
- RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.) – Nozioni generali*, in Enc. dir., XXIX, Milano, 1979.
- RESCIGNO, *Successioni e donazioni*, a cura di Pietro Rescigno, Padova, 1994.
- RICCA, voce *"Fedecommesso"*, in Enciclopedia del diritto, XVII, Milano, 1986.
- RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, III, *Delle successioni*, Roma-Torino-Napoli, 1923.
- ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1982.
- ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, 1, Torino, 1957.
- RODOTA', voce *Proprietà (dir. vig.)*, in Noviss. dig. it., XIV, Torino, 1967.
- ROMANO S., *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova 1955.
- ROMANO S., *Sulla nozione di proprietà*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1960.

- ROMANO, *Famiglia successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, 1994.
- ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in "Foro It.", 1991, p. 17 ss.;
- ROMBOLI, *La "relatività" dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in "Pol. dir.", 1991, p. 568 ss.
- ROMBOLI, *Persone fisiche*, in Comm, cod. civ. a cura Scialoja e Branca, sub art. 5 cc, Bologna-Roma 1988.
- ROMEO, *Prelazione e retratto*, Milano, 1988.
- ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in Foro It., 1971.
- ROPPO, *Nullità parziale e giudizio di buona fede*, in Riv. dir. civ., 1971.
- ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in "Riv. dir. priv.", 1997, p. 5 ss.
- RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* dir da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 239.
- RUBINO, *La compravendita*, in Trattato di dir. civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1971.
- RUFFINI, *Alcune questioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, nota a Cass., 27 luglio 1990, n. 7597, in Riv. arb., 1991, p. 535 ss.
- RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in Quad. cost., 4/2007.
- RUNETTI, *Legato di un contratto*, in Foro veneto, 1926, p. 49 ss.
- RUSCELLO, *Successione mortis causa e fenomeni "parasuccessori"*, in "Vita not.", 1998, p. 70 ss.
- RUSCELLO, *Sostituzione fedecommissaria e tutela dei diritti dei legittimari: un'ipotesi di conflitto da risolvere*, in Rassegna di diritto civile, 1982.
- SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *il contratto*, in Tratt. dir. civ. dir. da R. Sacco, Torino, 2004.
- SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2004.
- SALVANESCHI, *Sulle conseguenze in sede di impugnazione per nullità della mancata integrazione del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, nota a App. Milano, 25 settembre 1998, in Riv. arb., 1999, p. 728 ss.
- SALVENESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999.
- SANTARSIERE, *I due volti della sostituzione si sine liberis decesserit*, in "Arch. giur.", 1988, II, p. 1023 ss.

- SANTORO PASARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in "Riv. trim. dir. e proc. civ.", 1981, p. 697 ss.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generale di diritto civile*, Napoli, 1986.
- SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale all'eredità*, Padova, 1940.
- SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930.
- SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano 1984.
- SARACENO, *Della decadenza*, in Comm. cod. civ., a cura di D'AMELIO, Firenze, 1943.
- SARACENO, *Modelli di famiglia*, in AA. VV., *Ritratto di famiglia degli anni 80*, Bari, 1981.
- SARASSO, *Lineamenti del patto di prelazione*, Milano, s. d., ma 1968.
- SASSANI voce *Interesse ad agire*. I), *Diritto processuale civile*, in Enc. giur. Treccani XVII, Roma, 1989.
- SATTA, "Spirito di liberalità" e rilevanza dei motivi nella definizione di "causa" della disposizione testamentaria, in "Temi", 1974.
- SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931.
- SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in Foro it., 1954.
- SBISA', *I limiti negoziali alla circolazione dei beni*, Milano 1975.
- SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1985.
- SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974.
- SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1989.
- SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerario di un percorso ancora aperto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1989.
- SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1988.
- SCHLESINGER, voce *Successioni (dir. civile)*, Parte generale, in Nss. Dig. it., Torino, 1971.
- SCHUERMANS, *Considerazioni sul patto di prelazione nel diritto italiano*, in "Riv. dir. civ.", 1966, II, p. 620 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, IV, 2, Torino, 1980.
- SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in Comm. c.c. a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970
- SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, 1992.

- SCUTO, *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*, in Riv. dir. civ., I, 1916.
- SCUTO, *Il modus nel diritto civile italiano*, Palermo, 1909.
- SHELESINGER, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995.
- SOMMARIVA, *Di alcune questioni relative, ai fedecommessi nel diritto civile italiano ed in particolare del così detto fedecommesso "De residuo"*, Bologna, 1898.
- SORGE, *Efficacia reale, oppure solo obbligatoria della clausola di indisponibilità di immobili, compresa in un concordato fallimentare omologato*, in Foro it., 1940.
- STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.
- TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in Comm. c.c. a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1978, rist. agg.
- TAMBURRINO, voce *Successione necessaria (diritto privato)*, in Enc. del dir., XLIII, Milano, 1990.
- TAMBURRINO, voce *Testamento (dir. priv.)*, in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992.
- TAMPONI *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale* a cura di E Gabrielli, II, Torino, 1999.
- TATARANO, *Il testamento*, in Tratt. del Cons. naz. Del Notariato, dir. da P. Pierlingieri, Napoli, 2003.
- TEDESCHI, voce « *Decadenza (dir. e proc. civ.)* », in Enc. dir., XI, Milano, 1962
- TERRANOVA, *La validità della clausola si sine liberis decesserit nelle disposizioni testamentarie*, in "Riv. dir. civ.", 1924, p. 521 ss.
- TORRENTE, *Servitù ed oneri reali*, in Giur. comp. Cass. civ., 1946.
- TORRENTE, voce *Diseredazione*, in Enc. del dir., XIII, Milano, 1964.
- TORRENTE. *La donazione*, nel Trattato di dir. civ. e comm. di Cicu e Messineo, Milano, 1956
- TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004,
- TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, in Giur. it., I, 1, c. 1304, 1961.
- TRABUCCHI, *Il valore attuale della regola sabiniana*, in Giur. It. 1953.
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1978.
- TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in Riv. dir. civ., 1970, p. 44 ss.

- TRABUCCHI, *L'inefficacia delle disposizioni sul residuo, suo fondamento e applicazioni nel tempo*, in "Giur. it.", I, 1961.
- TRABUCCHI, voce « *Legato (diritto civile)* », in Noviss Dig it IX, Torino, 1963.
- TRESCA, *Fiducia testamentaria e obbligazioni naturali*, in Giur. compl. Cass. civ., III, 1950.
- TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954
- TRIMARCHI, *La finzione di avveramento e la finzione di non avveramento nella condizione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1966.
- TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, Milano, 1954.
- TRIMARCHI, voce *Esecutore testamentario (diritto privato)*, in Enc. dir., vol. XV, Milano, 1966
- TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 1998.
- TROPLONG *Droit civil expliqè. Des donations entre-vifs et des testaments*, I, Bruxelles, 1855
- TULLIO, *La prelazione testamentaria*, Tratt. di diritto delle successioni e donazioni, dir. da G. Bonilini, La successione legittima, 2009, III, p. 462.
- TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997.
- VAIANO, *Disposizione testamentaria poenae nomine e disposizione sottoposta a condizione risolutiva*, nota a Cass., 9 maggio 1966, in Giust. civ., I, 1710.
- VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972.
- VASCELLARI, in *Comm. breve c.c.* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 1994.
- VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in Dir. civ. it., vol. I, Napoli-Torino, 1931
- VETTORI, *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, Milano 1988.
- VIGNALE, *Su un particolare caso di risoluzione di disposizione testamentaria*, nota App. Napoli, 25 luglio 1963, in Dir. e giur., 1964, p. 538 ss.
- VINDIGNI, voce *Modo (diritto civile)*, in Noviss. dig. it., X, Torino, 1964.
- VISALLI, *Clausola penale testamentaria*, in Giust. civ, II, 2002, 537.
- VISALLI, *Un passo avanti e un passo indietro della Suprema Corte in tema di prelazione volontaria*, nota a Cass. 22 febbraio 2001 n. 2613, in Giust. civ., p. 1646.
- VISMARA, *Appunti intorno alla heredis institutio*, in *Scritti di storia giuridica*, 6, *Le successioni ereditarie*, Milano, 1988.
- VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, in Dir. civ. it. A cura di FIORE, vol. IV, Napoli-Torino, 1909.

VITUCCI, *Clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituto*, in *Dir. famiglia*, 1983.

WINDSHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di Fadda e Bensa, I, Torino, 1930.

ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successioni, Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, 1988.

ZAPPULLI, voce « *Modus* », in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939.

ZIBBAN-PELLEGRINO-DELFINI, *Commentario al cod. civ.*, Libro II, *Delle successioni (artt. 456-809)*, Milano, 1993.

ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, Torino, 2002.

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Nome sulla convenzione arbitrale nel diritto successorio*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2006, p. 281 ss.