

## INTRODUZIONE

La trasmissione intergenerazionale dei patrimoni, nell'attuale configurazione dell'ordinamento italiano, risente di numerose limitazioni, inerenti ai veicoli attraverso i quali la medesima può perfezionarsi ed agli interessi di soggetti ad essa variamente interessati.

Una consapevole analisi del problema, quello della massimizzazione dell'efficienza della pianificazione successoria, non può prescindere dalla valutazione dell'utilità dello strumento testamentario, onde affrontare in un'ottica critica il tema della contrattazione successoria con la consapevolezza dei vantaggi che essa presenta in luogo del classico negozio *mortis causa*, senza però ignorare i pregi di quest'ultimo: quand'anche dovesse ritenersi inidoneo in determinati contesti, esso è spesso in grado di ricoprire un'importante funzione per gli scopi di cui trattasi.

Ai fini di cui sopra, occorre delineare i confini del divieto dei patti successori, ostacolo ad una programmazione anticipata che avrebbe il pregio di sottrarre i beni oggetto di trasmissione a numerose incertezze, essenzialmente riconducibili all'ordinaria applicazione di istituti variamente in grado di minare l'integrità del compendio ereditario, in specie ove questo fosse caratterizzato dalla presenza di beni produttivi, come un'azienda o delle partecipazioni societarie, ovvero funzionale al sostentamento di soggetti bisognosi di tutela: si tratta di individuare degli strumenti che innanzitutto siano legittimamente impiegabili dai consociati, nella cornice codicistica odierna, precisandone i pregi rispetto al testamento, riconducibili a ragioni strutturali e gestorie, dimostrandosi la tendenziale proficuità delle operazioni che prescindano da soluzioni di continuità e che consentano di sottrarre il patrimonio al rischio della frantumazione, nei limiti in cui facendo ciò non si violino disposizioni inderogabili né si perseguano intenti fraudolenti, nei riguardi della legge, dei creditori e degli aventi diritto ad una quota di riserva.

Si impone un'osservazione critica degli attuali approdi giurisprudenziali, sia con riguardo ai confini del divieto di contrattazione successoria, che pur testimoniano un'insofferenza nei riguardi del medesimo ed una sua scarsa effettività, sia con riguardo alla catalogazione di operazioni come quelle che qui si intende analizzare come liberalità, di fatto valutandole alla stregua di iniziative di interesse puramente privatistico, mentre appare più corretto evidenziarne il valore sociale e pubblicistico: a questo proposito, non può farsi a meno di sottoporre i – talora stringenti – limiti citati in apertura ad un bilanciamento fra valori di rango costituzionale, analizzando criticamente il giudizio che li ritiene poziori rispetto alle molte libertà che la Carta fondamentale garantisce e che, si ritiene, non possono rischiare di essere limitate, finanche danneggiate, da prospettive eccessivamente formalistiche.

Il diritto, d'altronde, è funzionale al governo della società, ed è alla società che deve guardare perché il suo sviluppo sia considerabile coerente e non sconveniente: occorre che le esigenze sociali, quando non deprecabili, siano incentivate, in specie se espressive di valori di prim'ordine, preferibilmente senza farraginosi e superflui requisiti, forieri di ulteriori limiti da cui è possibile ed è bene prescindere; qualora il legislatore non fosse in grado di interpretare queste esigenze, ovvero fosse inerte dinanzi alle medesime, bisognerebbe invece affidarsi all'interprete perché esse non rimangano inascoltate, nei limiti in cui egli possa offrire la propria opera e purché egli contribuisca al tanto agognato progresso materiale e spirituale della società.

# PARTE I – L'AUTONOMIA TESTAMENTARIA

## . CAPITOLO 1 – IL CONTENUTO DEL TESTAMENTO

### 1 Il testamento

Il congegno negoziale a mezzo del quale è proverbialmente realizzata la successione di un soggetto nell'ordinamento giuridico italiano è il testamento, l'unico atto *mortis causa* che trova cittadinanza nel codice civile alla luce degli articoli 457 e 458.

Tra le caratteristiche essenziali del testamento, ovvero l'unisoggettività, visto il divieto di testamento congiuntivo e reciproco enunciato dall'art. 589, l'unilateralità, la non recettizietà, la formalità<sup>1</sup>, la tipicità<sup>2</sup>, quella più rilevante poiché nota distintiva rispetto agli altri atti di autonomia è la revocabilità, alla quale fa espresso riferimento il primo comma dell'articolo 587, "Il testamento è un atto revocabile"<sup>3</sup>. A proposito di revoca, o revocazione, un'altra norma del codice civile sancisce l'irrinunciabilità della facoltà di revocare<sup>4</sup>, di fatto ergendo la revocabilità ad elemento connaturale al negozio testamentario, che d'altronde, come noto, non produce alcun effetto prima della morte del testatore, e proprio per questa ragione in dottrina si parla della volontà testamentaria come di "volizione in movimento"<sup>5</sup>: il fatto di riguardare un atto *mortis causa* impone una riflessione, giustappunto, sull'istituto, il quale conseguentemente

---

<sup>1</sup> Si vedano a tal riguardo gli artt. 601, 602, 603 e 604 c.c.: il testamento è olografo, "scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore", o per atto di notaio, che può essere a sua volta pubblico, "ricevuto dal notaio in presenza di due testimoni", o segreto.

<sup>2</sup> V. E. del Prato, *Le basi del diritto civile*, IV ed., 2020, p. 221: l'espressione "tipicità" fa riferimento, come indica lo stesso autore, al fatto che il testamento abbia una disciplina specifica nello spazio del codice civile; sulla (a)tipicità del contenuto del testamento, v. *infra*, Paragrafo 3.c

<sup>3</sup> L'esistenza stessa dell'istituto in esame impone, nella redazione di un testamento pubblico, l'indicazione dell'ora in cui il medesimo sia stato sottoscritto, *ex art.* 51 n. 11 l. 16-2-1913 n. 89 (requisito formale previsto a pena di nullità *ex art.* 58 n. 4 della stessa legge, norma la quale però va coordinata con il successivo art. 60, sulla base del quale la legge notarile è derogabile, tra l'altro, dal codice civile, il che comporta conseguentemente l'applicabilità alla materia in esame dell'art. 606 c.c.: la mancanza dell'indicazione dell'ora in un testamento pubblico, dunque, rappresenta una causa di annullabilità dello stesso, e non di nullità).

<sup>4</sup> Ci si riferisce all'art. 679 c.c., "Non si può in alcun modo rinunciare alla facoltà di revocare o modificare le disposizioni testamentarie: ogni clausola o condizione contraria non ha effetto".

<sup>5</sup> E. del Prato, *o.u.c.*, p. 222

non è in senso tecnico revoca di un atto dispositivo, ma piuttosto un atto impeditivo dell'efficacia del negozio testamentario.

Si è a lungo discusso sulla natura *inter vivos* o *mortis causa* della revoca, anche e soprattutto per determinare la disciplina ad essa applicabile, ed a questo proposito è utile riportare la soluzione a cui è pervenuta certa dottrina<sup>6</sup> per approfondire alcune caratteristiche *in nuce* allo strumento testamentario: nella letteratura cui si fa riferimento, infatti, si opta per un'interpretazione in grado di valorizzare gli interessi coinvolti quando si parla di negozio di revoca, ossia la spontaneità dell'attribuzione e conseguentemente la libertà testamentaria, valorizzandosi perciò le norme più affini alla conservazione della volontà della *persona de cuius hereditate agitur*.

Proprio la libertà testamentaria, forte di tutela costituzionale (art. 42 Cost. ult. comma), è un elemento cardine del diritto successorio italiano, principio di ordine pubblico presente in vari ordinamenti europei, cui fanno da contraltare le norme a tutela dei legittimari<sup>7</sup>; è sulla base della libertà testamentaria che si giustifica una disciplina fortemente differenziata rispetto a quella del contratto<sup>8</sup>: ben esplicativa di queste dissimilitudini fra contratto e testamento è la differente rilevanza assunta nel primo dall'affidamento, che nel secondo, inidoneo a suscitarlo in quanto atto unilaterale non recettizio, risulta irrilevante. Ne deriva la particolare attenzione da parte del legislatore alla tutela della volontà del testatore, come si desume dalle norme sulla condizione illecita od impossibile e sul motivo illecito, artt. 634 e 626 c.c., che richiedono per la nullità della disposizione la risultanza dall'atto e l'unicità ai fini della determinazione alla disposizione dell'elemento patologico, nonché dall'art. 624 c.c. in tema di errore sul motivo, che assume nel testamento una rilevanza che nel contratto non gli appartiene (salva la previsione di cui all'art. 1429 n. 4 c.c.). Più in generale, i vizi che rendono il testamento non imputabile al suo autore ne comportano la nullità, com'è nel caso della mancanza della sottoscrizione o finanche dell'autografia (art. 602 c.c.), nonché negli altri casi previsti dalla legge, tra i quali è

---

<sup>6</sup> Il riferimento è a G. Perlingieri, che ne *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2013, 3, pp. 739-796 condivide le osservazioni proposte da M. Allara nella sua opera *La revocazione*.

<sup>7</sup> Su cui v. *infra*, Capitolo 2 Paragrafo 3.

<sup>8</sup> “La differente disciplina, tra contratto e testamento, ha fondamento non nella natura unilaterale del testamento, ma nell'intento di tutelare la libertà e la spontaneità dell'attribuzione, nonché di garantire la conservazione della volontà del disponente. Del resto anche in tema di donazione l'art. 787 non richiama affatto la disciplina del contratto in generale [...]”, G. Perlingieri, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. Succ. fam.*, 2016, p. 123

bene segnalare gli artt. 631 e 632 c.c., sui quali ci si concentrerà *infra*, e l'art. 589; a questo proposito, meritano un cenno le norme in tema di incapacità, laddove l'art. 591 comma 2 n. 3 c.c. ai fini dell'annullabilità ritiene sufficiente l'incapacità naturale, indipendentemente da eventuali pregiudizi, diversamente dall'art. 428 che, in materia contrattuale, esige ai fini dell'annullabilità il "grave pregiudizio" per l'autore del negozio e la malafede dell'altro contraente.

Peraltro, in tema di incapacità, non può tacersi il fatto che il testamento risulti maggiormente resistente alla stessa rispetto al contratto, vista la centralità nel sistema della libertà testamentaria: un indice in tal senso deriva dall'ormai noto art. 591 c.c., che tra i soggetti incapaci di testare include i minori d'età, gli interdetti e gli incapaci naturali, ma non gli inabilitati, la cui libertà di contrarre risulta invece limitata nel loro interesse tramite la sanzione dell'annullabilità, rimedio relativo e dunque opponibile solo dal soggetto a cui vantaggio è previsto (art. 1441 comma 1 c.c.).

Anche le tecniche interpretative divergono a seconda che ne formi oggetto un contratto od un testamento: in merito al problema dell'interpretazione, in dottrina<sup>9</sup>, basandosi il ragionamento sul fatto che nel testamento, mancando una comune intenzione, scopo dell'interpretazione sia l'accertamento della volontà del testatore, si ritengono non estensibili alla materia in esame le norme di cui agli artt. 1362 ss. c.c., per quanto la giurisprudenza della S.C. consideri queste ultime, in particolare le norme c.d. di interpretazione soggettiva (artt. 1362-1365), dei canoni generali. La disciplina del testamento impone come detto il perseguimento della volontà del *de cuius*, indipendentemente dalle espressioni impiegate, e ciò emerge in particolar modo dalla lettera dell'art. 625 c.c., "Erronea indicazione dell'erede o del legatario o della cosa che forma oggetto della disposizione": la norma prevede l'efficacia della disposizione nella quale il beneficiario o l'oggetto siano stati erroneamente indicati dal testatore, nel momento in cui "dal contesto del testamento o altrimenti" risulti "in modo non equivoco" quale persona il testatore voleva nominare o quando "è certo a quale cosa il testatore intendeva riferirsi". L'indagine della volontà testamentaria al di là delle parole effettivamente utilizzate nel documento è valorizzata anche nell'art. 588 c.c., nel cui comma 1 si legge che quando venga assegnata al successore l'universalità od

---

<sup>9</sup> E. del Prato, *o.u.c.*, p. 233; diversamente, G. Perlingieri, *o.u.c.*, il quale sulla base di una diversa interpretazione dell'art. 1324 c.c. ritiene applicabili al testamento gli artt. 1362 ss. c.c., con una dovuta contestualizzazione, sulla base della quale si esclude l'estensione degli artt. 1370 c.c., "Interpretazione contro l'autore della clausola", e 1368 comma 2 c.c., in tema di "contratti in cui una delle parti è un imprenditore".

una quota dei beni questi vada inteso come un successore universale, “qualunque sia l’espressione o la denominazione usata dal testatore”.

Fatte le premesse di cui sopra, si può ora tornare alle norme introduttive del Libro II “Delle Successioni”. Come si è già anticipato nelle primissime righe di questa trattazione, queste stesse norme forniscono un’indicazione fondamentale in materia di successioni, per quanto riguarda il diritto civile italiano, ovverosia comunicano all’interprete ed all’operatore l’unicità e la tipicità del testamento quale atto a causa di morte, e l’impossibilità di fare ricorso per l’istituzione di erede o la costituzione di legati allo strumento contrattuale.

L’art. 457 c.c. recita “L’eredità si devolve per legge o per testamento”, e l’immediatamente successivo art. 458 c.c. enuncia il c.d. divieto di patti successori: del divieto in questione, del quale sono a dire la verità tuttora discusse sia la *ratio* che la perdurante attualità, od utilità, si discuterà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione<sup>10</sup>; quanto allo strumento testamentario, affrontati alcuni punti salienti che lo riguardano, vanno passati in rassegna altri elementi in modo da valutare lo stato dell’autonomia negoziale dell’ereditando ed i suoi limiti prima di spostare l’attenzione sul tema della contrattazione – in funzione – successoria.

## **2 Istituzione di erede e legato**

Sono ben note dallo studio del diritto privato le distinzioni fondamentali tra l’istituzione di erede ed il legato: l’una è una forma di successione a titolo universale, espressione il cui significato è chiarito dal già analizzato art. 588 c.c. nel suo primo comma, ed attribuisce il diritto di accettare l’eredità con l’apertura della successione<sup>11</sup>; l’altro incarna invece la successione c.d. a titolo particolare, poiché con esso si ha l’attribuzione di un diritto specifico, reale o di credito che sia, e non abbisogna di accettazione, pur essendo garantito al beneficiario il diritto di rifiutare il legato ai sensi dell’art. 649, norma che apre l’apposita sezione nel codice.

La differente modalità di acquisizione della situazione giuridica soggettiva trasmessa (o che il testatore intende trasmettere, vista la sua eventualità), si deve al diverso regime della responsabilità dell’erede rispetto al legatario: riguardo a questo tema non può tacersi ad ogni modo la possibilità per l’erede di accettare con beneficio d’inventario, realizzando così una separazione tra il suo patrimonio e quello

---

<sup>10</sup> V. *infra*, Parte II.

<sup>11</sup> In questa sede può solo accennarsi all’art. 485 c.c., deroga al principio in base al quale l’acquisto dell’eredità presuppone un’accettazione espressa o tacita.

dell'ereditando, mentre per quanto concerne la trasmissione di un complesso di beni o di singoli beni o diritti merita un cenno l'istituto della *institutio ex re certa*, di cui al secondo comma dell'art. 588: una disposizione di tal fatta non si può escludere che sia a titolo universale, "quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio".

Una forma di interrelazione fra eredità e legato può senz'altro rintracciarsi nel terzo comma dell'art. 649, che prevede che il legatario debba "domandare all'onerato il possesso della cosa legata", sicché, mentre l'erede succede immediatamente nella proprietà e nel possesso del bene relitto, il legatario, pur acquisendo subito la proprietà, per l'immissione in possesso deve passare attraverso lo *step* anzidetto.

Può qui arrestarsi l'analisi dell'istituzione di erede per concentrare l'attenzione sul legato, che per certi aspetti risulta quello più spinoso tra i due istituti, ma prima urge una riflessione: non è infrequente leggere o sentir parlare del testamento come di uno strumento non più al passo coi tempi, se mai lo è stato, dunque anacronistico ed inefficace ai fini della trasmissione intergenerazionale della ricchezza di un soggetto, per limiti strutturali e funzionali<sup>12</sup>. Ebbene, per quanto i suoi limiti strutturali siano connaturali alla sua natura *mortis causa*, il concetto di "volizione in movimento" aiuta in qualche modo ad arginarli, dal momento che il testatore può rimodulare le sue decisioni fino a quando la salute glielo consenta; rispetto ai limiti funzionali sono stati fatti numerosi passi in avanti, dei quali si cercherà in questa sede di dare conto, in specie a partire da una reinterpretazione dell'art. 587 c.c., fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità, e da numerosi contributi dottrinali e giurisprudenziali. Può quindi dubitarsi della corrispondenza a realtà delle affermazioni secondo le quali il diritto successorio, in Italia, sarebbe il settore del diritto civile nel quale sono stati fatti meno progressi dalla promulgazione del codice.

È dunque opportuno a questo punto della trattazione concentrare l'analisi, seppur brevemente e senza pretesa di completezza, su alcuni strumenti che l'ordinamento e la prassi professionale mettono a disposizione del testatore per perseguire i fini più disparati, in modo da affrontare con maggior consapevolezza il tema, che è a tutti gli

---

<sup>12</sup> Si veda a questo proposito A. Palazzo, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008: "Il testamento, sia per la sua totale inefficacia sino alla morte del disponente che per la sua segretezza, è uno strumento assolutamente inidoneo a questi scopi, che trascendono la semplice predisposizione di un assetto distributivo di beni relitti o, più in generale, di rapporti facenti capo al *de cuius* tra i suoi successori"; "[...] le aspirazioni dispositive dell'individuo, le quali sono condizionate da esigenze socioeconomiche che il testamento non è più - o non è mai stato - in grado di soddisfare".

effetti un problema, della contrattazione successoria, per vagliarne senz'altro la liceità, ma anche l'opportunità e l'utilità alla luce di quanto si dirà nelle pagine che seguono. L'ulteriore questione, di rilevanza centrale nella presente trattazione, dei limiti alla pianificazione successoria ed in funzione successoria sarà studiata *infra*.<sup>13</sup>

### ***a. Deroghe al principio di personalità. Legato di genere e legato alternativo***

Negli artt. 653<sup>14</sup> e 665 c.c. il legislatore presenta le due ipotesi di legato richiamate nel presente paragrafo, di particolare interesse perché rappresentano una deroga al principio della personalità del testamento: difatti, nel caso del legato di genere e del legato alternativo la scelta dell'oggetto del lascito è rimessa eccezionalmente ad un soggetto diverso dal testatore, che può essere il legatario od un terzo, ma anche l'onerato, come prescrivono gli artt. 664 e 665 c.c.

Altre deroghe al principio in questione possono rintracciarsi negli artt. 631 e 632 c.c.: il primo prevede il caso in cui il testatore rimetta ad un terzo la scelta dell'erede o del legatario, disposizione valida a patto che la scelta non sia arbitraria, ma possa compiersi “tra più persone determinate dal testatore o appartenenti a famiglie o categorie di persone da lui determinate”, “ed è pure valida la disposizione a titolo particolare a favore di uno tra più enti determinati del pari dal testatore” (art. 631 comma 2); nell'art. 632, dichiarata similmente la nullità della disposizione che affidi al mero arbitrio dell'onerato o di un terzo la determinazione dell'oggetto o della quantità del legato, è richiamata la norma di cui sopra. Sulla stessa scia degli articoli ora esaminati si colloca il dispositivo del secondo comma dell'art. 733, ove si prevede la possibilità che il testatore designi una persona di fiducia che compia le stime sulla base delle quali debba effettuarsi la divisione.

---

<sup>13</sup> V. Parte I Capitolo 2; ivi sarà affrontato anche il tema dei legati *ex lege*, ed in particolare la previsione dell'art. 540 c.c.

<sup>14</sup> La norma in questione potrebbe porre problemi interpretativi se analizzata insieme col successivo art. 654 c.c., che nega la validità del legato quando l'oggetto, pur determinato solo nel genere, non si trovi nel patrimonio relitto, diversamente da quanto fa l'art. 653 c.c., che ne afferma la validità: ebbene, tutti i dubbi sono fugati dall'inciso “[una cosa determinata soltanto nel genere] da prendersi dal patrimonio del testatore”. Solo nell'ipotesi dell'art. 654 c.c., dunque, il testatore ha indicato quale oggetto dell'attribuzione una cosa presente nel suo patrimonio.