



ATTI

Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

# LIBERTÀ DI DISPORRE E PIANIFICAZIONE EREDITARIA

Atti del 11° Convegno Nazionale

*5-6-7 maggio 2016*

*Grand Hotel Vesuvio - Napoli*



Edizioni Scientifiche Italiane



**ATTI**

Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

L'associazione ha lo scopo di promuovere lo studio e la collaborazione scientifica fra gli studiosi del diritto civile.

A tal fine l'associazione favorisce lo svolgimento di attività di interesse giuridico generale anche con indagini di politica legislativa, partecipa a iniziative e progetti di istituzioni italiane, estere e sovranazionali, collabora con soggetti pubblici e privati, redige pareri ed esprime opinioni su questioni giuridiche internazionali, comunitarie, nazionali e regionali, organizza convegni, dibattiti, confronti e altre tipologie di incontri culturali, promuove la costituzione di commissioni di studi, conferisce premi e borse di studio, cura pubblicazioni anche di raccolte di leggi d'interesse nazionale ed internazionale e realizza ogni altra attività reputata utile per il perseguimento dello scopo\*.

*\* Art. 2 dello Statuto della «Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile» (in forma abbreviata S.I.S.D.I.C.), Atto Notar Giovanni Cesàro del 7 aprile 2005, Rep. n. 3619/serie 1. Registrato a Napoli il 21 aprile 2005.*



SISDI C



ATTI

Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

# LIBERTÀ DI DISPORRE E PIANIFICAZIONE EREDITARIA

Atti dell'11° Convegno Nazionale

*5-6-7 maggio 2016*

*Grand Hotel Vesuvio - Napoli*



Edizioni Scientifiche Italiane

*Direzione:*

Pietro Perlingieri, Franco Anelli, Donato Carusi, Alessandro Ciatti, Enrico Elio del Prato, Raffaele Di Raimo, Manolita Francesca, Marialuisa Gambini, Stefania Giova, Attilio Gorassini, Marcello Maggiolo, Daniela Memmo, Vincenzo Ricciuto, Chiara Tenella Sillani, Raffaele Tommasini, Mario Zana.

*Comitato editoriale:*

Marcello D'Ambrosio (Università degli Studi di Salerno); Alessia Fachechi (Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"); Anna Malomo (Università degli Studi di Salerno); Roberta Marino (Università degli Studi di Napoli «Federico II»); Emanuela Migliaccio (Università degli Studi del Sannio); Carlo Mignone (Università del Salento); Maria Porcelli (Università degli Studi di Cassino e Lazio Meridionale); Francesco Quarta (Università degli Studi di Bologna); Carla Solinas (Università degli Studi di Roma «Tor Vergata»).

*Coordinamento:*

Manolita Francesca

*Volume a cura del Consiglio direttivo*

*Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» dell'Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli»*

SOCIETÀ ITALIANA DEGLI STUDIOSI DEL DIRITTO CIVILE

Libertà di disporre e pianificazione ereditaria

Atti dell'11° Convegno Nazionale

Collana: Atti SISDI, 11

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017

pp. 528; 24 cm

ISBN 978-88-495-3312-5

---

© 2017 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

VINCENZO BARBA

## ATTI DI DISPOSIZIONE E PIANIFICAZIONE EREDITARIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Successione a causa di morte. – 3. Atti tra vivi e atti di ultima volontà. – 4. Libertà di disporre e limiti normativi. – 5. Contenuto del testamento e atto di ultima volontà. – 6. Il mandato *post mortem*. – 7. Atto sulla divisibilità dell'obbligazione e dispensa dalla collazione. – 8. Legato di remissione del debito e disposizione testamentaria di rinuncia al credito. – 9. Superamento della dicotomia tipicità e atipicità ed esigenza di un'analisi funzionale.

1. Accostare il concetto di pianificazione ereditaria allo strumento tecnico dell'atto di disposizione significa guardare un orizzonte ben più ampio di quello offerto dal testamento, e, addirittura, più ampio di quello offerto dall'atto di ultima volontà, perché impone di spingersi fino all'atto tra vivi.

La pianificazione ereditaria marca, cioè, come la linea dell'orizzonte, la terra dal cielo, gli atti che hanno una funzione successoria, da quelli che ne sono privi, accomunandoli non già in relazione alla loro struttura<sup>1</sup>, o natura, bensì alla funzione.

La storia dell'ultimo trentennio<sup>2</sup>, accompagnata da una letteratura

<sup>1</sup> Sulla variabilità della struttura, P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 138 ss. e *passim*; ID., *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 21 ss.; ID., *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, (1976), in ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 48 ss., spec. p. 51; ID., *Della cessione dei crediti*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 61 ss.; ID., *Cessione dei crediti*, (1988), in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 179; ID., *Autonomia privata e diritti di credito*, in ID., *Il diritto dei contratti*, cit., p. 23 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 2006, pp. 324, 354 s., 369 ss., 409 ss., 604 s.

<sup>2</sup> Da ultimo, questa tendenza è stata tracciata e criticata da V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzione*, Napoli, 2015, spec. par. 11.

sempre piú motivata e da una giurisprudenza ineludibilmente sospinta lungo questa rotta, dimostra, indipendentemente dalle ragioni che ne sono occasione, che la successione della persona non è piú, esclusivamente, affidata al testamento. E sorprende che la stessa sia affidata non tanto all'atto di ultima volontà, la cui teorica non ha avuto lo sviluppo che avrebbe, a mio credere, meritato e richiesto, bensí all'atto negoziale tra vivi e, in specie, al contratto. Nel convincimento che unicamente quest'ultimo non soltanto sia in grado di garantire stabilità e certezza dei rapporti giuridici, senza il rispetto di forme e formalità opprimenti, ma anche capace, in ragione del principio di autonomia contrattuale, di offrire alle parti la libertà di determinarne il contenuto, pur nei limiti imposti dalla legge, forgiando, all'occasione, nuovi schemi, in grado di fronteggiare le esigenze della contemporaneità.

Tralasciando, però, spesso di considerare che questa proposta, viepiú quando non sia calata in una lettura sistematica e assiologica dell'intero diritto delle successioni e di questo nella complessità del sistema ordinamentale<sup>3</sup>, è sovente inadeguata e incapace di offrire risposte coerenti alle esigenze che ne sono alla sua origine. Il principio di unicità della successione, capace di attrarre a sé tutte le attribuzioni patrimoniali poste in essere dal disponente, in funzione di una programmazione della propria successione, non consente di superare la disciplina di tutela dei legittimari<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 535 ss.

<sup>4</sup> La migliore dottrina, avvertendo il problema, si è provato di superarlo, postulando che quella dei legittimari deve considerarsi non piú una tutela di tipo reale, bensí obbligatorio. G. AMADIO, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 666 ss.; ID., *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. not.*, 2009, IV, p. 824 ss.; ID., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 69 ss. Sul problema delle disposizioni in forma indiretta, ai fini dell'applicabilità della disciplina successoria lo studio di F. PARENTE, *Le disposizioni in «forma indiretta» connesse alla morte*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 107 ss. Si veda, anche, A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in *Riv. trim.*, 1998, p. 1102 ss. Di qui, a muovere dal lavoro di M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 66 ss., le numerose riflessioni sull'attualità della disciplina sul divieto di patti successori: P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not.*, 1993, p. 1281; ID., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma e sistema successorio*, Padova, 1995, p. 1; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto di patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 8; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1988, I, p. 1250; A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia provata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contr. impr. Europa*, 2009, p. 427 ss.; ID., *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza di impresa*,

Con il risultato che, in difetto di una rilettura complessiva dell'intero diritto delle successioni italo-europeo, anche la fuga dall'atto di ultima volontà non basta a superare i problemi tradizionalmente imputati al testamento, ove pure esistano fondate ragioni di tutela del credito, o dell'impresa.

Il risultato complessivo di quest'atteggiamento, motivato dalle esigenze connesse all'allungamento della vita media dell'uomo e all'aspirazione del disponente di prevenire liti successorie<sup>5</sup>, notoriamente defatiganti, e di dare una sistemazione al proprio patrimonio, vieppiù quando sia costituito da un'impresa, ha reso inevitabile l'individuazione di strumenti capaci di realizzare una successione anticipata e, dunque, di strumenti in grado di realizzare un certo ordine della propria successione, anteriormente alla propria morte.

Ciò ha, inevitabilmente, comportato una perdita di centralità del testamento e, piú in generale, dell'atto di ultima volontà, i quali, per loro natura, non sono in grado di realizzare una vicenda di rapporto giuridico, prima della morte del disponente e una rinnovata importanza del contratto. Imponendo alla dottrina e alla giurisprudenza il compito di ridefinire, ininterrottamente, i limiti e il significato del divieto di patti successori, al fine di consentire al contratto, soprattutto quando sia destinato a produrre effetti dopo la morte del disponente, nuovi spazi di validità e suggerendo a una dottrina l'elaborazione dei c.dd. contratti *trans mortem*<sup>6</sup> o, meglio sarebbe dire, *ultra vitam*<sup>7</sup>.

in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 391 ss.; G. BONILINI, *Attualità del «divieto di patti successori»?*, in *Studi in onore di G. De Nova*, e in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 359.

<sup>5</sup> Ottima soluzione sarebbe la previsione di una disposizione testamentaria di arbitrato, per l'ammissibilità della quale, da ultimo, v. G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, in V. PUTORTÍ (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2015, p. 141 ss.; nonché, piú approfonditamente, ID., *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 459 ss.

<sup>6</sup> A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successione anomala*, Milano, 1983; ID., *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 435 ss.; ID., *La dottrina civilistica italiana sui negozi trans mortem dagli anni cinquanta ad oggi*, in *La civilistica italiana dagli anni cinquanta ad oggi*, Padova, 1991, p. 221 ss.; ID., *Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus. Riv. sc. giur.*, 1997, p. 289 ss.; ID., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 10 ss.; ID., *Provenienze donative, successioni trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 317 ss.; ID., *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita not.*, 2004, p. 116 ss. Le caratteristiche dei negozi c.dd. *trans mortem* starebbero in ciò: «a) il contratto costituito in vita deve determinare il trasferimento del bene e prevedere la morte solo quale con-



V'ha, però, osservato che la perdita di centralità del testamento e, più estesamente, dell'atto di ultima volontà, che, innegabilmente, è fenomeno obiettivo, sebbene a mio credere suscettibile di una valutazione critica, riguarda, prevalentemente, il campo delle situazioni giuridiche patrimoniali e, meno, quello delle situazioni esistenziali<sup>8</sup>, rispetto alle quali, all'esatto contrario, è possibile registrare, anche a livello legislativo, un indirizzo inverso, complice anche la circostanza che la successione nelle ultime è avvertita, con considerevole intensità, soltanto in tempi più recenti e che al contratto è affidato, per autonomia, il compito di regolare le situazioni giuridiche patrimoniali, mentre l'elaborazione del negozio tra vivi regolativo di situazioni esistenziali è conquista recente<sup>9</sup>.

In definitiva, sebbene non si possa negare, anche considerando i recenti interventi normativi in tema di successioni e, per tutti, la disciplina sul patto di famiglia, che, oggi, il testamento e l'atto di ultima volontà non sono considerati, soprattutto in caso di patrimoni ingenti e d'impresе, strumenti privilegiati per attuare il trasferimento generazionale della ricchezza, nondimeno essi conservano e, anzi, conquistano un'importante funzione nella successione delle situazioni giuri-

dizione degli effetti negoziali, che possono in parte essere anticipati senza che ciò pregiudichi la possibilità di bloccarne per una giusta causa lo svolgimento; b) il soggetto contrattuale, di cui la morte costituisce l'evento dedotto in condizione, deve rimanere titolare di uno *ius poenitendi* (diritto di recesso o revoca) circa la costituzione del contratto, che tuttavia può farsi dipendere da un fatto che lo giustifichi». Così, A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, cit., p. 16. Una sintesi di questa tesi può leggersi in A. ZACCARIA, *Negozi «mortis causa» e negozi «trans mortem»*, in *Studium iuris*, 2014, p. 436 ss., il quale, tuttavia, omette di ricordare che la caratteristica dei c.dd. negozi *trans mortem* sta, almeno secondo la ricostruzione proposta dal suo propositore, nella conservazione in capo al disponente del potere di revoca dell'attribuzione patrimoniale. In difetto di questa indicazione diventa difficile, se non impossibile, distinguere tra negozio sotto modalità di morte e negozio *trans mortem*. Perché entrambi risulterebbero caratterizzati dal differimento degli effetti dell'atto al verificarsi della morte del disponente o della premorienza dell'ultimo rispetto al beneficiario e mancherebbe la individuazione di un loro tratto differente.

<sup>7</sup> In questo senso, V. BARBA, *I patti*, cit., p. 113, nota 219. Nel medesimo senso, molto efficacemente, C. CACCAVALE, *Trasferimento di azienda mediante cessione post mortem a corrispettività condizionale*, Napoli, 2014, p. 87, nota 187, che sarebbe preferibile l'espressione *trans vitam*.

<sup>8</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 715 ss.

<sup>9</sup> Per tutti, M.A. URCIOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000; L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, p. 1 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 11 ss.; ID., *Contratto e persona*, in *Tratt. contr. Roppo*, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 1 ss.; ID., *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014.

diche esistenziali. Nella consapevolezza che lo stesso concetto di successione, al quale siamo stati educati sin dalla emanazione del codice civile del 1942 e dalla concezione prettamente patrimoniale del diritto civile, è significativamente trasformato.

Discorrere di atti di disposizione e pianificazione ereditaria significa, allora, indagare, nella consapevolezza intorno al contenuto di significato che, oggi, il verbo «succedere» esprime, non soltanto il testamento, ma anche l'atto di ultima volontà e i negozi tra vivi, verificando quali spazi abbia conquistato ciascuno, quali siano le loro effettive e concrete possibilità e potenzialità, anche allo scopo di controllare se, davvero, sia necessario che un diritto delle successioni attento e adeguato alle esigenze dell'oggi, debba abdicare a favore del negozio tra vivi e, più specificamente, del contratto.

2. L'idea che la successione *mortis causa* riguardi, esclusivamente, il fenomeno economico e che il succedere sia annodato, soltanto, alle situazioni giuridiche patrimoniali aleggia, senza mistero, costituendone il motivo ispiratore, sull'intero secondo libro del codice civile<sup>10</sup>.

Non v'ha dubbio che, ancor oggi, la regolamentazione delle situazioni giuridiche patrimoniali costituisca un profilo essenziale e determinante della successione a causa di morte, né può sottacersi che una larga parte degli istituti del diritto delle successioni sia scandito in funzione dell'attribuzione delle proprie delle ricchezze a eredi e legatari.

Tuttavia, non è più pensabile che il fenomeno giuridico del succedere a causa di morte si risolva nella mera modificazione soggettiva<sup>11</sup>

<sup>10</sup> È significativo, al riguardo, il par. n. 61 della *Relazione ministeriale a S. M. il Re Imperatore*, nel quale si legge che «il testamento nella sua nozione tradizionale e nella sua funzione pratica è l'atto con cui si provvede alla destinazione dei beni *post mortem*», né può sottacersi l'importanza della disposizione di cui all'art. 588 c.c., la quale definisce l'erede in funzione dell'attribuzione dell'universalità dei beni o di una quota di essi, la disciplina sull'eredità giacente, disposta al solo scopo di assicurare la conservazione del patrimonio ereditario, in tutti i casi in cui il chiamato non vi provveda, e la disciplina sulla divisione ereditaria, dettata allo scopo di ripartire i beni tra i coeredi. Quest'idea, pur avendo predominato e pervaso il sistema delle regole, non era, però, univoca. Già nella *Relazione sui lavori della Commissione Parlamentare*, al par. 2, v'ha traccia di un fermo dissenso da parte di un Commissario, il quale, non reputando «affatto assiomatico l'agganciamento del testamento ai beni patrimoniali», aveva precisato che «c'è testamento quando si disponga in ordine e ai beni ideali e ai beni materiali, in ordine cioè alla proprietà trascendentale di tutte le produzioni dell'io puro, della volontà pura». Sotto il vecchio codice, per tutti, si veda, E. BETTI, *Apunti di diritto civile*, 1928-1929. Anno VII, Milano, s.d., ma 1929, pp. 369-383.

<sup>11</sup> G. STOLFI, *Note sul concetto di successione*, in *Riv. trim.*, 1949, p. 535 ss.

dei rapporti giuridici e che sia, peraltro, limitato ai soli profili economico-patrimoniali<sup>12</sup>.

Una tale impostazione non soltanto è incapace di cogliere il senso moderno del succedere, il quale deve ricomprendere anche vicende di costituzione e di estinzione di rapporti giuridici<sup>13</sup>, non soltanto è inidonea a rispondere alle esigenze che oggi sono avvertite dalla persona, ma, soprattutto, profila un'idea di successione a causa di morte contraria all'attuale sistema ordinamentale<sup>14</sup>.

Il processo di revisione del concetto di successione è, inevitabilmente, correlato ad almeno due fondamentali circostanze: per un verso, il significativo mutamento delle fonti, con il conseguente cambiamento delle scelte assiologiche portanti del nostro ordinamento<sup>15</sup> e il noto fe-

<sup>12</sup> Il tema era già avvertito da A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni a causa di morte*, Padova, 1988, p. 61 ss., il quale, movendo dalla coloritura «fiduciaria» che connota la successione a causa di morte nei diritti personal-patrimoniali, avverte che il fenomeno deve essere ascritto a quello residuale delle successioni c.dd. anomale. Sebbene, con una significativa apertura, si interroga sulla fondatezza dell'idea che circoscrive le successioni anomale nell'area residuale. A p. 94, prima di avviare l'indagine sulle singole fattispecie, scrive: «diciamo: residuale; a meno di non voler sostenere che, al pari del principio di «patrimonialità», anche quello di «unità» della successione è principio non più riflettente in modo adeguato la realtà giuridica del nostro tempo, e che, dunque, la distinzione fra un sistema generale ed uno «anomalo» delle successioni oggi non ha ragione di essere prospettata. Ma è, quest'ultima, almeno allo stato attuale dell'elaborazione dogmatica in materia, una prospettiva che può valere unicamente come ipotesi di lavoro per ulteriori ricerche».

<sup>13</sup> Sulle vicende di rapporto giuridico, M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, rist. con prefazione di N. Irti, Torino, 1999, p. 24 s., secondo il quale il termine «successione» vale a indicare qualunque vicenda di modificazione soggettiva del rapporto giuridico, indipendentemente dal fatto che si tratti di una successione universale (erede o fusioni di società) o particolare o che si tratti di una vicenda *inter vivos* o *mortis causa*. ID., *La successione familiare suppletiva, Corso di diritto civile*, Torino, 1954, p. 25 s.

<sup>14</sup> P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 25, «l'esigenza del rispetto della persona umana e del suo libero sviluppo incidono sulla nozione di ordine pubblico, sui limiti e la funzione dell'autonomia privata e sull'interpretazione degli atti che ne sono manifestazione, sull'individuazione dei confini dell'illecito e del suo fondamento, sulle configurazioni non soltanto dei rapporti familiari ma anche delle situazioni soggettive patrimoniali, sulla concezione e sulla tutela del rapporto di lavoro, sul giudizio di meritevolezza dell'associazionismo e dei suoi possibili scopi, indice, insomma, su tutto l'assetto del vivere in «comunità»».

<sup>15</sup> Nel 1973 già S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani. Ultima lezione* (Aula Magna dell'Università di Messina 19 Dicembre 1973), Milano, 1993, p. 20 s.: «ma il nostro sistema è fondato sul testo della Costituzione, e la Costituzione vigente in Italia è di carattere rigido, tale cioè per cui la norma della legislazione ordinaria deve es-

nomeno di c.d. de-patrimonializzazione del diritto civile<sup>16</sup>; per altro verso, la straordinaria rilevanza che le situazioni giuridiche esistenziali hanno conquistato nel nostro ordinamento giuridico, in uno con importati innovazioni tecniche, tecnologiche e biomediche. Senza dimenticare l'importanza che, a mano a mano, ha assunto nel nostro vivere il patrimonio digitale<sup>17</sup> della persona e l'esigenza del trattamento dei dati personali.

Le situazioni giuridiche patrimoniali non soltanto non hanno più la centralità che, originariamente, il Codice ha consegnato alla civilistica, ma debbono, inevitabilmente, essere considerate in posizione ancillare rispetto a quelle esistenziali, con avvertimento che la stessa distinzione tra le une e le altre ha sempre e soltanto valore orientativo e soffre di molteplici eccezioni<sup>18</sup>.

sere conforme ai principi e alle norme costituzionali, altrimenti potrà essere dichiarata illegittima e perdere così la sua efficacia. Per il principio della massima applicazione della Costituzione, ai principi costituzionali è vincolato il legislatore ordinario a cui incombe l'obbligo di provvedere alla formulazione delle norme attuative di quei principi. Ma le carenze in questo campo sono assai numerose e cospicue. Vi è legato l'interprete, cittadino, organo amministrativo, giudice. Ed anche il giurista tecnico, cultore del diritto privato o del diritto amministrativo o di qualsiasi ramo del diritto, deve formarsi una mentalità costituzionalistica, deve cioè, nella sua opera di interprete e di costruttore del sistema, trarre dalle norme contenute nella carta costituzionale le fondamentali direttive ermeneutiche e costruttive».

<sup>16</sup> C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss.; P. PERLINGIERI, «*Depatrimonializzazione» e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

<sup>17</sup> Sulla successione nel patrimonio digitale, almeno, G. RESTA, *La «morte digitale»*, in *Id.*, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 375 ss.; S. DE PLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 427 ss. V., anche, M. CINQUE, *La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 645 ss.; D. CORAPI, *Successione. La trasmissione ereditaria delle c.d. «nuove proprietà»*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 379 ss.; A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 185 ss.; M. MARTINO, *Le «nuove proprietà»*, in *Tratt. dir. succ. don.*, dir. da G. Bonilini, I, Milano, 2009, p. 355 ss.; L. LORENZO, *Il legato di password*, in *Not.*, 2014, p. 147 ss.; U. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, Studio n. 6-2007/IG approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato l'11 maggio 2007 (è leggibile in <http://ca.notaariato.it/approfondimenti/6-07-IG.pdf>). Più di recente, sul c.d. contatto erede di facebook, V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345 ss.

<sup>18</sup> Le tracce normative della rivoluzione culturale che ha imposto la centralità delle situazioni esistenziali sono innumerevoli e difficili da chiamare a raccolta; tra le mol-

Questa modifica dell'impianto culturale del nostro ordinamento giuridico si riflette sull'intero diritto, sicché il significato stesso di succedere *mortis causa* ne resta travolto e, di necessità, assai mutato il concetto di pianificazione ereditaria.

In questa prospettiva, non si tratta, punto, di comprendere che l'espressione «succedere» non intende evocare soltanto vicende di modificazione soggettiva di rapporti giuridici, bensì anche vicende di modificazione oggettiva, di costituzione ed estinzione, in guisa che la parola «successione» non può avere valore tecnico, ma soltanto descrittivo, per raccogliere, attraverso la vicenda di rapporto più frequente, il complesso di tutte le vicende oggi connesse al fenomeno ereditario<sup>19</sup>.

Si tratta, piuttosto, di assumere consapevolezza che le vicende interessate nel fenomeno successorio riguardano non soltanto i rapporti giuridici patrimoniali, ma anche e, soprattutto, quelli esistenziali.

Decisioni sulla propria sepoltura, sulla cremazione, sui funerali, sul diritto morale d'autore, sulle sorte di carte, ritratti, immagini, fotografie e ricordi di famiglia, sul proprio *account* di accesso al *social network*, sugli *account* di accesso a propri spazi virtuali, sull'amministrazione dei beni dei propri discendenti, su tutori o amministratori di sostegno per i propri figli, sul proprio nome, sulla propria immagine, sui diritti della personalità, sui campioni biologici, non soltanto sono divenute di primaria importanza, ma costituiscono contenuti di disposizioni testamentarie di cui la prassi è colma.

In sintesi, «successione a causa di morte» descrive il complesso delle vicende di rapporti giuridici, esistenziali e patrimoniali che, nella morte di un soggetto, trovano il loro fondamento causale, ossia che alla morte

tissime, basti considerare le norme di cui agli artt. 2 e 3 cost., sul riconoscimento dei diritti inviolabili della persona, e i principi del solidarismo e del personalismo, l'art. 2 TUE, il quale precisa che l'Unione europea si fonda sui «valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani», la Carta di Nizza, alla quale è riconosciuto, dall'art. 6 TUE, lo stesso valore giuridico dei trattati, l'art. 4 cost., che impone a tutti i cittadini il dovere di contribuire al progresso materiale e spirituale della società, nonché l'art. 41 cost., il quale riconosce la libertà d'iniziativa economica, prescrivendo che la medesima non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, o in modo di arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Sul significato della dignità umana nella cultura giuridica europea, alla luce di una attenta ricostruzione storica, il bel saggio di P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il principio di libertà nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 77 ss.

<sup>19</sup> Cfr. V. BARBA, *Note per uno studio intorno al significato della parola eredità*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 347 ss.

del soggetto si realizzano in via originaria, o ne traggono una loro autonoma qualificazione<sup>20</sup>.

3. Il significato che oggi assume l'espressione succedere *mortis causa*, nella misura in cui diventi capace di cogliere il fenomeno ereditario nella sua completezza, è l'orizzonte attraverso il quale è possibile individuare gli atti di disposizione capaci di realizzare una pianificazione ereditaria, spiegando come questi ultimi non si possono individuare, come storicamente è accaduto, in relazione alla loro natura<sup>21</sup>, o alla loro struttura<sup>22</sup>, bensì in relazione alla loro funzione, in quanto, cioè, siano strumentali a realizzare una vicenda di rapporto giuridico, sia esso esistenziale o patrimoniale, funzionalmente connessa alla morte del soggetto.

Lo studio sugli atti di disposizione in funzione successoria accoglie, dunque, sia gli atti tra vivi, sia l'opposta categoria degli atti di ultima volontà, dacché, come ha insegnato Giampiccolo, alla prima non può utilmente contrapporsi quella degli atti a causa di morte<sup>23</sup>, ma soltanto quella degli atti di ultima volontà.

<sup>20</sup> Si tratta, cioè della definizione di atto a causa di morte offerta da G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 s.; Id., *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 s. Il tratto caratterizzante di questa categoria sta nel considerare la morte del disponente non già quale mero accadimento al quale si riportano, soltanto, i motivi dell'agire o gli effetti dell'atto, bensì quale accadimento in grado di caratterizzare l'atto sotto un profilo oggettivo-funzionale. In guisa che i due indici rivelatori della natura *mortis causa* dell'atto starebbero nell'avere a oggetto (G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., p. 41, «considerazione dell'oggetto dell'attribuzione come entità commisurata in tutti i suoi elementi (esistenza, consistenza, modo di essere) al tempo della morte dell'attribuente») il *quod superest*, o un singolo bene considerato nella misura in cui *superest*, e quale beneficiario un soggetto (G. GIAMPICCOLO, *o.u.c.* p. 42, «considerazione della persona del beneficiario come esistente in quello stesso momento [quello della morte dell'attribuente]») considerato a condizione che sopravviva al disponente.

<sup>21</sup> Ma già E. BETTI, *Appunti*, cit., p. 6, chiarisce: «si chiama *negozio mortis causa* ogni negozio con cui un provato regola il destino del suo patrimonio o di singole parti di esso *in previsione* della propria morte e *in dipendenza* da questa». Precisando, a p. 8, «tuttavia nel vigente diritto italiano, siccome non esiste né la *donatio mortis causa*, né l'istituzione contrattuale, può dirsi tratto comune – quantunque non caratteristico – dei negozi *mortis causa* anche il fatto che essi non sono destinati a spiegare effetti giuridici se non pel tempo che seguirà alla morte dell'autore».

<sup>22</sup> Cfr. F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 270 ss.

<sup>23</sup> La categoria degli atti a causa di morte non si può contrapporre a quella degli atti *inter vivos*, dacché non v'ha dubbio che si possano ipotizzare, a prescindere dalla

Da un lato, gli atti di ultima volontà, ossia gli atti giuridici unilaterali e unipersonali, destinati a produrre effetti soltanto dopo la morte del loro autore, senza che, prima di quel momento, possano produrre alcun effetto, ove pure essi risultino conosciuti, o indirizzati agli stessi destinatari. Atti, dunque, fisiologicamente incapaci di generare un qualsivoglia affidamento in capo al destinatario, dell'atto o dell'effetto, ove pure quest'ultimo possa averne conoscenza<sup>24</sup>. Atti che, perciò, debbono essere interpretati avendo esclusivo riguardo alla determinazione volitiva del loro autore e rispetto ai quali rimangono sullo sfondo dell'irrelevanza volizioni e determinazioni estranee all'autore dell'atto. Ragione per la quale, mancando un'organica disciplina sull'interpretazione, è stato necessario procedere alla sua difficile e non ancora de-

loro validità, negozi a causa di morte *inter vivos*, come, a esempio, il patto successorio istitutivo. Né può giovare la contrapposizione tra atti *mortis causa* e atti di ultima volontà, dacché se è vero che i secondi sono anche atti *mortis causa*, non è vero che tutti gli atti a causa di morte sono anche atti di ultima volontà e, a tal proposito, torna l'esempio del patto successorio istitutivo. In conseguenza, la categoria dei negozi a causa di morte non copre soltanto i negozi di ultima volontà, bensì anche i negozi tra vivi. Per tutti, basti pensare al contratto successorio istitutivo. Piuttosto v'ha da osservare che mentre l'atto di ultima volontà è sempre un atto a causa di morte, l'atto *inter vivos* può, invariabilmente, esserlo o no, con precisazione che quando esso è a causa di morte, non ha più senso ripetere che è anche *inter vivos*, piuttosto precisare che non è di ultima volontà. V'ha, semmai da discutere, sull'estensione del significato che, oggi, si voglia dare alla espressione «a causa di morte». Secondo la tesi di Giampiccolo, accolta da tutta la dottrina, e recepita, anche in giurisprudenza (Cass., 16 giugno 1966, n. 1547, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1513 ss., e in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1353 ss.) è tale il negozio che regola rapporti o situazioni giuridiche che, alla morte del disponente, vengano a costituirsi in via originaria, o a trarne una loro autonoma qualificazione. Sul punto, però, si potrebbe, anche ipotizzare che la categoria dell'atto a causa di morte abbia un'estensione più ampia, in guisa da comprendere anche il negozio che regola rapporti o situazioni giuridiche che si costituiscono in via originaria, o traggono una loro autonoma qualificazione non soltanto alla morte del disponente, ma anche a quella di un terzo. Con la conseguenza che tutti i patti successori e, dunque, anche quelli dispositivi e rinunziativi, si dovrebbero considerare atti tra vivi, con funzione *mortis causa*. Così, V. BARBA, *I patti*, cit., par. 3.

<sup>24</sup> La libera revocabilità costituisce, peraltro, il principio generale per questa tipologia di atti, in contrapposto al principio generale d'irrevocabilità valevole in tema di contratti. Alla luce di ciò dovrebbe leggersi tutta la disciplina sulla revocazione delle disposizioni testamentarie, con intesa che ogni norma sulla revocazione del testamento è sempre attuativa di tale principio generale, sicché difficilmente può dirsi che una norma sulla revoca abbia carattere eccezionale. Ma, sul tema, si rinvia a G. PERLINGIERI, *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, p. 739 ss.



finitivamente compita ricostruzione, movendo dalle regole sull'interpretazione del contratto.

Dall'altro lato, gli atti tra vivi, ossia quella classe di atti giuridici identificati in ragione della loro idoneità a produrre, sin dal loro compimento, una vicenda di rapporto giuridico, ancorché si tratti di un effetto prodromico o, meramente, interinale (come nel caso di negozio sottoposto al *dies mortis*, o a condizione di premorienza)<sup>25</sup>. Atti unilaterali, bilaterali o plurilaterali, che proprio in ragione della loro immediata idoneità a produrre un effetto giuridico, ancorché si tratti di effetto c.d. preliminare o prodromico rispetto a quello sostantivo, qualora quest'ultimo fosse differito a un momento futuro (mercé l'apposizione di un termine iniziale, o una condizione sospensiva), diventano capaci di generare un affidamento giuridicamente rilevante in capo al destinatario dell'atto e dell'effetto. Affidamento che è massimo nel caso di contratto, nel quale le parti stanno sul medesimo piano, e minimo, ma pur sempre rilevante, in caso di negozio unilaterale non recettizio, nel quale la contro-parte è destinataria di un effetto, ancorché l'atto sia efficace a prescindere dalla conoscenza che quella ne abbia<sup>26</sup>. Negozi, dunque, la cui interpretazione deve, di necessità, tener conto, pur con diversa gradualità, secondo che si tratti di contratti o di negozi unilaterali e, in questo secondo caso, di negozi recettizi o no, della volontà dell'altra parte o dell'intenzione del destinatario dell'atto o del rapporto.

Atti di ultima volontà e atti tra vivi vengono, dunque, accomunati

<sup>25</sup> Si tratta, infatti, dell'unico criterio capace di individuare i connotati di questa figura, dal momento che l'espressione «tra vivi» non può, ovviamente, né individuare tali atti in ragione del loro compimento da parte di viventi, considerando che ogni atto giuridico è, di necessità, compiuto da soggetti vivi; né idonea a riferirsi, in ragione del plurale usato nell'espressione, ai soli negozi plurilaterali, dacché ne sarebbero esclusi gli atti unilaterali, che la legge, espressamente, considera inclusi (cfr. art. 1324 c.c.).

<sup>26</sup> Tale profilo ha una ricaduta applicativa assai rilevante, anche in tema di recesso. Ove pure il contratto attribuisse a una sua parte il potere di recedere *ad nutum*, nondimeno l'essenza giuridica dell'atto, affatto diversa rispetto a quella dell'atto di ultima volontà, lascerebbe una significativa distanza e un'impossibilità di accostare l'uno all'altro. Non tanto perché nell'atto di ultima volontà la revocabilità è il principio generale, mentre nell'atto tra vivi il principio generale è l'irrevocabilità, quanto perché l'efficacia del recesso nel contratto, in ragione dell'affidamento che esso è idoneo a generare, impone quanto meno che la dichiarazione di recesso sia comunicata alla controparte e, in ogni caso che il recesso non sia abusivo. Sicché ove pure il contratto attribuisse a una sua parte il potere di recedere *ad nutum*, nondimeno l'atto non avrebbe uno statuto disciplinare identico, ma soltanto prossimo rispetto a quello dell'atto di ultima volontà.



in ragione della loro funzione successoria, in ragione, cioè, della loro idoneità a creare una vicenda di rapporto giuridico, sia esso esistenziale o patrimoniale, che rileva in funzione della morte del soggetto; che nella morte del soggetto trova non mera occasione di produzione dell'effetto, bensì fondamento oggettivo-funzionale, sì da impedire la possibilità stessa di configurare la vicenda del rapporto giuridico fuori, o oltre la morte del soggetto.

4. La pianificazione ereditaria è, dunque, affidata a una molteplicità di atti, aventi struttura e natura diversa gli uni dagli altri, ma medesima funzione.

La circostanza che una pluralità di atti, differenti tra loro, possa concorrere nella realizzazione della pianificazione ereditaria, impone di verificare quali siano i limiti che il sistema ordinamentale prescrive rispetto a ciascun tipo di atto, dacché è inevitabile che la libertà di disporre, in funzione di una pianificazione ereditaria, non possa essere incondizionata.

È inevitabile che costituisca un limite alla libertà di disporre la disciplina di tutela dei legittimari. Considerando, infatti, il generale principio di unicità della successione, non mi pare affatto proficuo il tentativo di quella parte della dottrina che ha ipotizzato possibile superare i problemi successori, esaltando il contratto. Ove pure si ammettesse la validità del contratto successorio<sup>27</sup> e ove pure il disponente pianificasse la propria successione con atto tra vivi, non v'ha dubbio che si dà sempre la possibilità che il legittimario aggredisca quell'assetto successorio, perché tutti gli atti che hanno funzione successoria, sono, sia in forza delle norme sulla c.d. riunione fittizia, sia di quelle sulla divisione, attratte alla successione.

La modernizzazione del nostro diritto delle successioni non può passare da una mera contrattualizzazione del fenomeno, ma da un ripensamento della disciplina di tutela dei legittimari, mediante la riduzione significativa delle quote di riserva, mediante la previsione di una diseredazione per violazione dei doveri di solidarietà<sup>28</sup> ed eventual-

<sup>27</sup> Ipotesi che non può escludersi, anche alla luce dell'art. 25 Reg. UE n. 650 del 2012.

<sup>28</sup> Sull'importanza del principio di solidarietà per una rilettura del diritto delle successioni, V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, cit., p. 345 ss. Il lavoro vuole dimostrare che la tradizionale lettura del diritto delle successioni, come sistema votato all'esclusiva e necessaria realizzazione dell'interesse familiare non è coerente rispetto alla tavola dei valori normativi del nostro sistema ordinamentale. Se ne impone una nuova lettura, avendo riguardo all'esigenza di contemperare, di bi-

mente mediante la considerazione della quota di riserva come puro diritto di credito.

Di là di questo profilo, almeno due sono le norme specifiche, che segnano i limiti alla libertà di disporre e, insieme, quale conseguenza, i confini dei diversi tipi di atti di disposizione: da un lato, la norma di cui all'art. 458 c.c. e, dall'altro, la norma di cui all'art. 588 c.c.

La prima vieta nel nostro ordinamento i c.dd. patti successori, sebbene lo stesso concetto di atto tra vivi avente funzione successoria vietato non sia, sempre, di facile intelligenza<sup>29</sup> e molteplici siano state le ricostruzioni offerte dalla nostra letteratura e dalla giurisprudenza, specie allo scopo di ridurre l'area del divieto. Ricostruzioni tendenzialmente orientate a svalutare il senso del divieto e, in ogni caso, a proporre un'applicazione in funzione di astratte *rationes* che, a volta a volta, sono state individuate a presidio del divieto di patti istitutivi, di patti dispositivi e di patti rinunziativi.

Soltanto di scorcio mi limito a osservare, richiamando gli argomenti che, altrove, mi sono provato di sviluppare<sup>30</sup>, che la norma di divieto in parola, di là delle *rationes* per le quali è posta, ha, secondo un mio convincimento, la funzione di escludere la validità dell'atto tra vivi di disposizione della delazione. Non vieterebbe, dunque, tutti gli atti tra vivi regolativi di profili successori, ma soltanto quelli incidenti, imme-

lanciare l'interesse familiare, protetto anche dalla disciplina sulla successione necessaria, con la libertà della persona di autodeterminarsi, realizzato dalla libertà di disporre e, più esattamente, dall'atto di ultima volontà. Le interpretazioni degli istituti del diritto successorio che vogliono considerare l'interesse familiare, quale espressione del solo principio di solidarietà (viepiù in una tutela patrimonialistica della tutela dei legittimari), sempre prevalente su tutti gli altri, non possono più essere condivise, perché il solidarismo non è distinguibile dal personalismo. Modernizzare il diritto successorio non significa dover abdicare a favore del contratto, ma scoprire il valore dell'autonomia privata e le potenzialità dell'atto di ultima volontà. È la centralità della persona umana e non solo il principio di solidarietà (ancor più se inteso in senso patrimonialistico) la chiave attraverso la quale il diritto successorio attende di essere riletto. Ciò impone di riconoscere la centralità dell'autonomia privata e, dunque, la centralità dell'atto di ultima volontà, come strumento di realizzazione della dignità della persona.

<sup>29</sup> Ma si veda, già sotto il previgente codice, E. BETTI, *Appunti*, cit., p. 144, secondo il quale, «non è esatto che all'ammissibilità di patti successori osti un principio generale assoluto. La ragione profonda del divieto è da ricercare piuttosto nella tradizione e nel costume italiano; ha dunque, carattere storico e, probabilmente, contingente. Soltanto il divieto dei patti rinunziativi ha una giustificazione chiara e intuitiva, in quanto patti di questo genere tendono a mutar l'ordine di successione stabilito dalla legge nell'interesse pubblico e a far rimanere i beni in una determinata famiglia, creando così un vincolo e una specie di manomorta».

<sup>30</sup> Cfr. V. BARBA, *I patti*, cit., p. 171 ss.

diatamente e direttamente, sulla delazione, ossia quelli il cui nucleo essenziale degli effetti implica una disposizione della delazione<sup>31</sup>.

Si tratta di una disposizione che, così intesa, pone una norma coerente non soltanto con l'intero impianto del diritto successorio italo-europeo, anche avuto riguardo alla disciplina recata dall'art. 25 del Reg. UE n. 650 del 2012, ma, per ciò che qui più interessa, venendo così all'altra regola che funge da limite alla libertà di disporre, anche con la norma di cui all'art. 588 c.c.

Tale disposizione, infatti, non serve, soltanto, a individuare il criterio discretivo tra disposizioni a titolo universale e a titolo particolare, bensì, in profonda connessione con l'art. 587 c.c. a individuare un contenuto che l'ordinamento ha, esclusivamente, riservato al testamento, nelle sue forme sia ordinarie, sia speciali.

Individua un contenuto «tipico» del testamento, nel senso che si tratta di un contenuto che l'ordinamento affida soltanto al testamento, escludendo, espressamente, che tale funzione possa essere realizzata dall'atto tra vivi (cfr. art. 458 c.c.), o da un atto di ultima volontà, diverso dal testamento (cfr. art. 587 c.c.). Benché si debba precisare che l'art. 25 Reg. UE n. 650 del 2012, pur entro certi limiti, ammette, oggi, che un cittadino italiano, che abbia la residenza abituale in un paese nel quale il patto successorio sia valido, possa stipulare un patto successorio idoneo a regolare la successione di quel soggetto, quand'anche al tempo della sua morte costui non sia più abitualmente residente in quel paese. Sicché se è vero, certamente, che il nostro ordinamento riserva l'istituzione di erede e di legato al solo testamento, escludendo che questa funzione possa essere realizzata da un atto di ultima volontà diverso dal testamento e da un atto tra vivi, non si può trascurare di considerare che oggi si potrebbero dare, anche in Italia, validi contratti istitutivi di erede.

Resta il fatto che, di là del caso in cui si possa fare applicazione di una legge straniera, il nostro ordinamento continua a considerare la istituzione di erede o di legato un contenuto tipico del testamento, o, più esattamente, un contenuto esclusivamente riservato al testamento.

5. In questo senso, merita, dal mio punto di vista, di essere riletta la pagina di Giampiccolo<sup>32</sup>, in guisa da poterne trarre corollari, che, credo, sino a ora, siano mancati nella nostra letteratura, nonostante il

<sup>31</sup> In conseguenza, non vieterebbe né la rinuncia all'azione di restituzione né la rinuncia all'azione di riduzione, la quale è, espressamente, vietata dalla norma di cui all'art. 557 c.c.

<sup>32</sup> G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., p. 72 ss.

nostro legislatore abbia, anche di recente, dimostrato l'attualità del pensiero del Maestro e la sua straordinaria capacità di aver colto, sin da allora, un tema, oggi, divenuto centrale in un discorso sulla pianificazione ereditaria.

Si ricorda, infatti, Giampiccolo, piú per la definizione offerta di negozio a causa di morte<sup>33</sup> e per il c.d. contenuto atipico del testamento<sup>34</sup>, temi che, a mio credere, attendono una revisione critica e qualche superamento, che non per il contributo alla teoria dell'atto di ultima volontà.

Gli è, però, che a leggere con attenzione la pagina scritta, le considerazioni sul ciò che Giampiccolo, con fortunatissima espressione, ha chiamato *contenuto atipico del testamento* non serviva per dire, come si potrebbe pensare e come oggi si è giunti ad affermare<sup>35</sup>, movendo da un concetto di successione coerente con l'attuale sistema ordinamentale, che il testamento è un atto con il quale il soggetto può regolare tutti i propri interessi *post mortem*, ma, all'esatto contrario, per dire che era testamento, in senso proprio, soltanto quello avente un contenuto attributivo, e, dunque, il testamento dispositivo della delazione. La formula *contenuto atipico del testamento* indicava, quindi,

<sup>33</sup> La categoria dell'atto a causa di morte è definita in ragione della sua idoneità a regolare rapporti o situazioni giuridiche che, alla morte del disponente, vengano a costituirsi in via originaria, o a trarne una loro autonoma qualificazione. Il tratto caratterizzante di questa categoria sta nel considerare la morte del disponente non già quale mero accadimento al quale si riportano, soltanto, i motivi dell'agire o gli effetti dell'atto, bensì quale accadimento in grado di caratterizzare l'atto sotto un profilo oggettivo-funzionale.

<sup>34</sup> In ogni caso, pur considerando che l'elaborazione sul contenuto atipico del testamento è servita al Maestro per escludere che detto contenuto fosse testamentario in senso sostanziale, deve riconoscersi grande importanza a essa, almeno nella misura in cui ammette che il testamento possa contenere, seppure non si tratti di atti aventi natura testamentaria in senso sostanziale, atti regolativi di interessi non patrimoniali. La dottrina tradizionale era incline ad affermare che il testamento potesse solo ed esclusivamente contenere istituzioni di eredi e di legato e che l'art. 1322, comma 2, c.c. non potesse trovare applicazione al testamento. Si veda, a esempio, F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 272, il quale esclude che i privati abbiano, in materia testamentaria, sia il potere di creare nuovi schemi, sia di determinare liberamente il contenuto di quelli legislativamente previsti. «Posto che al privato, per disporre dei propri beni per il periodo in cui avrà cessato di vivere, è concesso di avvalersi non soltanto di un solo atto, il testamento, ma nella determinazione del contenuto di questo atto, esclusivamente dei suoi schemi dell'istituzione di erede e del legato»

<sup>35</sup> Cfr., almeno, G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, pp. 11 ss., 48 ss.; Id., *Testamento*, in *Dig. IV, Sez. civ.*, XVII, Torino, 1999, p. 338 ss.

un complesso di atti, che potevano essere manifestati con il testamento, ma che non potevano considerarsi testamento in senso proprio. Atti che rimanevano, dunque, assoggettati alla loro disciplina, con l'unica avvertenza che il loro essere resi con il testamento importava una conseguenza in tema di efficacia, ossia li rendeva capaci di produrre effetti soltanto dopo la morte del loro autore.

In altri termini, era molto forte in Giampiccolo la teoria patrimoniale del testamento: tale è, soltanto, l'atto di ultima volontà che ha contenuto non soltanto patrimoniale, ma anche attributivo, sicché il *contenuto tipico del testamento* coincide, sostanzialmente, con l'istituzione di erede, l'istituzione di legato e, ovviamente, tutte quelle disposizioni complementari o accessorie a quelle<sup>36</sup>.

Il *contenuto atipico del testamento* chiama, invece, a raccolta tutti quegli atti non direttamente attributivi, che possono essere contenuti nel testamento. L'espressione è servita non tanto e non soltanto per dire che essi possono essere ospitati nel testamento, ma, soprattutto, per affermarne la loro natura autonoma, per dire, cioè, che essi sono atti diversi dal testamento. Sono atti di ultima volontà, ossia atti unilaterali e unipersonali, sempre revocabili, con il quale il soggetto può regolamentare taluni interessi *post mortem*<sup>37</sup>. E di qui l'elaborazione

<sup>36</sup> L'idea che le disposizioni di contenuto non patrimoniale contenute nel testamento non fossero da considerare disposizioni aventi natura testamentaria aveva indotto la dottrina a distinguere tra testamento in senso stretto e in senso ampio (A. CICU, *Le successioni. Parte generale – Successione legittima e dei legittimari – Testamento*, Milano, 1947, p. 286), oppure tra testamento in senso sostanziale e in senso formale (C. GANGI, *La successione testamentaria*, I, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 31), oppure testamento in senso negoziale o in senso documentale (M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1950-1951, p. 207 s.; ID., *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, pp. 27 s. e 102 ss.).

<sup>37</sup> G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., p. 326 s., «le dichiarazioni di diverso contenuto [dalla istituzione di erede o di legatario] che in forma testamentaria possono compiersi, ne sussista o non l'unità formale con eventuali disposizioni di beni, non costituiscono testamento. Quando non si tratta di atti non negoziali, a cui risulta già incompatibile la nozione stessa di atto di ultima volontà (anche se compatibile sia, a qualche specie, quella di (mero) atto *mortis causa*) si tratta di negozi che o non sono a causa di morte ovvero sono al più negozi di ultima volontà a sé stanti, che rispondono alle regole generali della categoria a cui appartengono (atto di ultima volontà), ma non a quelle più particolari del testamento. E se purea tutte queste dichiarazioni atipiche, anche quando non siano *mortis causa*, un effetto *post mortem* normalmente consegue, ciò dipende unicamente dalla particolare fattispecie emissiva che il soggetto assegna alla dichiarazione col presceglierne la forma testamentaria; ma da tale profilo l'atto (a rilevanza giuridica esterna) *post mortem* costituisce una categoria dommatica distinta così dall'atto sotto modalità di morte come dall'atto *mortis causa*».

teorica sull'atto di ultima volontà, che costituisce, a mio credere, la più importante delle teorizzazioni di Giampiccolo.

L'ordinamento italiano, peraltro, conosce, da tempo, atti di ultima volontà diversi dal testamento e anche in qualche più recente legge, il cui contenuto è simile a quello di leggi di altri paesi europei, la questione ha trovato pieno riconoscimento.

Già nel codice civile v'è traccia di atti di ultima volontà, non necessariamente testamentari, idonei a ordinare profili successori della persona. Basti ricordare la scelta del tutore o dell'amministratore di sostegno del proprio figlio, per il tempo successivo alla morte del genitore compiuta per atto pubblico o per scrittura privata autenticata (artt. 348, comma 1, e 408, comma 1, c.c.), la dichiarazione con cui si può escludere una persona dall'ufficio tutelare (art. 350, comma 1, n. 2, c.c.), nonché la stessa dispensa dalla collazione (art. 737 c.c.).

La legge sul diritto d'autore, dopo aver stabilito a quale degli eredi compete la decisione sul diritto di pubblicare le opere inedite del defunto e sulla sorte di epistolari, carte di famiglia e del ritratto stabilisce che in ogni caso debba essere rispettata la volontà del defunto, quando essa risulti da «scritto» (artt. 24, comma 3; 93, comma 4; 96, comma 2).

La l. 1 aprile 1999, n. 91, prevede che il testamento possa contenere una disposizione con la quale il soggetto manifesti la propria contrarietà alla donazione degli organi, stabilendo, all'art. 5, comma 5, che la contrarietà del soggetto a tale c.d. donazione può essere provata tramite una dichiarazione autografa di volontà del soggetto.

Infine, la l. 30 marzo 2001, n. 130, che fissa i principi regolatori della cremazione e dispersione delle ceneri, stabilisce che tali modalità funerarie sono affidate alla scelta del defunto. Facendo salva, in ogni caso, la possibilità che chiunque abbia interesse possa dimostrare, pur in presenza di una disposizione testamentaria valida ed efficace, che il soggetto abbia modificato la propria volontà in ordine alle modalità funerarie. Prova che può essere offerta mediante la produzione di una dichiarazione autografa<sup>38</sup> del defunto, successiva alla disposizione.

<sup>38</sup> Sia la legge sulla c.d. donazione di organi, sia la legge sulla cremazione, precisando che una diversa volontà del defunto può risultare da scrittura autografa, se, per un verso, inducono la conclusione che tale volontà possa essere manifestata attraverso un testamento olografo, per altro verso, pongono non soltanto il problema dell'ammissibilità di una tale dichiarazione mediante testamento per atto di notaio, ma anche un problema di rapporto tra testamento e atto di ultima volontà diverso dal testamento. La prima questione può, senz'altro, risolversi in senso positivo, dacché sebbene sia vero che il testamento per atto di notaio non integra, rispetto al disponente,

Si tratta d'ipotesi nelle quali è proprio la legge a chiarire rispetto a taluni interessi esistenziali *post mortem* della persona che non è necessario un testamento, essendo sufficiente un atto di ultima volontà. Con intesa, che non si tratta di due categorie esattamente sovrapponibili e che tra l'uno e l'altro esiste uno iato importante, almeno, sul piano formale.

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

Così, un testo a stampa, sottoscritto dal suo autore, mentre sarebbe un invalido testamento olografo e, dunque, un atto con il quale il soggetto non potrebbe validamente istituire un erede o un legatario, sa-

gli estremi di una dichiarazione autografa, non può negarsi, avendo riguardo all'interesse che la norma mira a proteggere, ossia la certezza della provenienza della dichiarazione, che tale interesse debba reputarsi ampiamente garantito e soddisfatto anche mediante l'atto notarile e che, dunque, si debba riconoscere, validità ed efficacia alla disposizione testamentaria che fosse contenuta in un testamento per atto di notaio. Non diversamente, sembra doversi affermare che tale manifestazione di volontà possa essere resa nell'ambito di un testamento speciale, dacché anche questo garantisce la provenienza della dichiarazione. Piuttosto deve osservarsi, in considerazione del tempo assai limitato entro il quale si deve provare l'esistenza di una volontà del defunto contraria al prelievo e donazione dei propri organi, che lo strumento del testamento, per atto di notaio, in ragione delle formalità necessarie per darne pubblicità ed efficacia, si presta poco a essere utile strumento, dacché potrebbe darsi che si abbia notizia di una tale volontà del soggetto solo in un tempo successivo a quello in cui un eventuale espianto di organi sia già stato realizzato. Quanto, poi, al contenuto della dichiarazione, mi pare plausibile ipotizzare che essa non deve avere un contenuto, necessariamente, orientato alla donazione, *tout court*, o alla negazione di una donazione degli organi, ben potendo darsi casi nei quali il soggetto dichiara la volontà di donare soltanto taluni organi, escludendo tutti gli altri, ovvero la volontà di donare tutti i propri organi, con esclusione di uno o alcuni. La seconda questione pone, invece, un problema ben più rilevante in tema di rapporto tra testamento e atto di ultima volontà. La circostanza che la norma ponga la validità e l'efficacia di una mera dichiarazione autografa del soggetto non soltanto consente di affermare che tale dichiarazione potrebbe essere resa in un atto non testamentario, ma, soprattutto, che tale atto non testamentario possa valere a revocare anche la diversa e contraria disposizione contenuta in un testamento precedente. Che i due atti non siano esattamente sovrapponibili si può dedurre se consideriamo che tale dichiarazione, pur reclamando l'autografia, non sembra esigere anche gli altri requisiti del testamento olografo. Rimane ovvio che si tratta, pur sempre, di un atto di ultima volontà, dacché destinato a produrre i suoi effetti per dopo la morte del soggetto, senza che prima di quel momento possa produrne alcuno.



rebbe un valido atto di ultima volontà, quando contenesse prescrizioni in merito al soggetto al quale competano le scelte sul diritto di pubblicare le opere inedite del defunto o sulla sorte di epistolari e carte di famiglia, e ancora, quando contenesse prescrizioni sulle modalità funerarie, sulla cremazione, sulla dispersione delle ceneri.

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

6. Si tratta, peraltro, di scelte che possono essere realizzate anche con l'atto tra vivi e, in specie, con il contratto<sup>39</sup>.

Se è vero, infatti, che il divieto di patti successori serve a precludere gli atti di disposizione della delazione<sup>40</sup>, allora non v'ha dubbio che deve reputarsi valido un contratto che, pur regolando un profilo successorio, non incida, immediatamente e direttamente, sulla delazione<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Al riguardo, basta considerare che ci sono una serie di atti che lo stesso legislatore postula che possono essere realizzati sia con atto di ultima volontà, testamentario o no, sia con atto tra vivi. Si possono ricordare: la costituzione di una fondazione (art. 14 c.c.), la costituzione di un fondo patrimoniale (art. 167 c.c.), la nomina di un curatore speciale per l'amministrazione di beni donati o lasciati con testamento (art. 356 c.c.), il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio (art. 254 c.c.), la riabilitazione dell'indegno (art. 466, comma 1, c.c.), la revocazione del testamento (art. 680 c.c.), la revocazione della revocazione del testamento (art. 681 c.c.), la revoca del beneficio nel contratto a favore del terzo (art. 1412, comma 1, c.c.), la costituzione di una rendita vitalizia (art. 1872 c.c.), la costituzione di una servitù (art. 1058 c.c.), la designazione o la revoca del beneficiario del contratto di assicurazione sulla vita (artt. 1920, comma 2, e 1921, comma 1, c.c.), la costituzione di un vincolo di destinazione (art. 2645-ter c.c.) (in senso contrario, l'unica pronuncia giurisprudenziale in tema, Trib. Roma, 18 maggio 2013, in *Fam. dir.*, 2013, p. 783, con nota critica di R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*. La dottrina tendenzialmente ammette questa possibilità, da ultimo, V. BARBA, *Disposizione testamentaria di destinazione*, in *Foro nap.*, 2016, p. 325 ss.), le dichiarazioni di ratifica o di convalida, la promessa di pagamento e ricognizione di debito (art. 1987 c.c.), la costituzione di un diritto di usufrutto, uso o abitazione, la costituzione di un diritto di superficie, la costituzione di un'enfiteusi, nonché la costituzione di un diritto personale di godimento o di garanzia.

<sup>40</sup> Cfr. V. BARBA, *I patti*, cit., p. 3 ss.

<sup>41</sup> Il principale ostacolo all'ammissibilità di un contratto di mandato con effetti differiti al tempo della morte del mandante è, storicamente, nella regola, di antica tradizione, *mandatum morte finitur*, raccolta, nel nostro ordinamento giuridico nella di-



Piuttosto, dovrebbe svolgersi una diversa valutazione circa la meritevolezza degli interessi, allo scopo di verificare se l'ordinamento tolleri che un certo interesse esistenziale, come potrebbe essere quello sulla pubblicabilità di un'opera inedita, o sulle modalità funerarie possa essere regolata per contratto, ossia con atto che, tendenzialmente, pare vincolare entrambe le parti e, soprattutto, il disponente.

Trattandosi d'interessi fondamentali ed esistenziali della persona, diventerebbe paradossale se lo strumento contrattuale, utilizzato perché offre maggiori garanzie di certezza, diventi, poi, uno strumento che impedisce al titolare di cambiare idea.

Il potere di cambiare una decisione inerente la pianificazione dei

sposizione di cui all'art. 1722, n. 4, c.c. Regola che, sebbene, storicamente, abbia suggerito ad autorevole dottrina (G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, p. 556 ss., E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Tratt. Vassalli, XV, Torino, 1960, p. 320; G. NAVARRA, *Dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1939, p. 240 ss.; R. DE RUGGIERO e F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano-Messina, 1965, p. 396) di negare la validità della figura, oggi, con certa consentaneità, non si considera dirimente e impeditiva. Si dice, infatti, che tale regola, diversa per *ratio* e portata applicativa da quella, contenuta nella medesima disposizione, che statuisce l'estinzione del mandato in caso d'interdizione o inabilitazione del mandante (L. NANNI, *Dell'estinzione del mandato*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, *sub* artt. 1722-1730, 1994, p. 23), nonché da quella che prescrive l'estinzione del mandato in caso di morte del mandatario (V. PUTORTÍ, *Il mandato post mortem*, cit., p. 356), ha natura derogabile. Essa ha, infatti, la funzione di evitare che gli eredi del mandante siano vincolati, nell'amministrazione del patrimonio ereditario, dalle scelte operate dal mandante e, dunque, è posta a tutela d'interessi individuali, ma non meta-individuali. A tacere del fatto che lo stesso legislatore ha previsto talune ipotesi nelle quali la morte del *dominus* non importa l'estinzione del mandato, il cui rapporto prosegue con gli eredi del mandante. Affermata la derogabilità della regola *mandatum morte finitur*, la validità di un mandato *post mortem* si lega alla disciplina che pone il divieto di patti successori, dovendosi stabilire quando questo assuma una conformazione *mortis causa* e, dunque, debba dirsi nullo e quando, invece, la morte sia soltanto una modalità cronologica dell'effetto. Sul punto la dottrina quasi unanime, confortata anche dalla giurisprudenza, afferma la validità del mandato *post mortem*, quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto meramente esecutivo, avente a oggetto un bene, o un complesso di beni, di cui il mandante abbia già trasferito la titolarità al mandatario; mentre il contratto è invalido quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto giuridico, che importa il trasferimento di un diritto di cui il mandante abbia conservato la titolarità. Si dice, infatti, che in quest'ultimo caso, il mandatario finirebbe con il disporre, ancorché in esecuzione del mandato, di un diritto successorio, perché il «mandante conserva la disponibilità del rapporto sostanziale affidato solo in gestione al mandatario, il quale non acquista la titolarità della situazione sostanziale e svolge, quindi, pur sempre la propria attività per conto altrui» (Cass., 25 marzo 1993, n. 3602, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1613). Con la conseguenza che i beni di cui il mandatario dispone, non essendo mai fuoriusciti dal patrimonio del mandante, sarebbero da considerare facenti parte della di lui eredità.

propri interessi *post mortem*, vieppiù se si tratti di interessi essenziali, costituisce, non soltanto una esplicazione fondamentale della libertà di disporre, ma, un vero e proprio principio fondamentale del diritto successorio, che non stenterei a considerare di ordine pubblico, sia interno, sia internazionale.

Sotto questo profilo, non è tanto e soltanto un problema di ammissibilità dello strumento contrattuale, ma, soprattutto, un problema d'individuazione della disciplina applicabile. La quale, a mio credere, non può essere tolta dal mandato, soltanto perché il concreto atto di autonomia in parola è astrattamente sussumibile entro quello schema. S'impone, piuttosto, l'esigenza d'individuare una disciplina adeguata<sup>42</sup>, avendo riguardo alla funzione dell'atto, nonché una disciplina ragionevole<sup>43</sup> e, dunque, conforme ai principi e valori<sup>44</sup> dell'ordinamento vigente<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Sulla proporzionalità, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 441 ss.; ID., *Il diritto civile*, cit., p. 380 ss.; F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, spec. p. 378; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, spec. p. 236 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, spec. p. 183 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 198 ss.; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 686.

<sup>43</sup> Sul significato e l'importanza applicativa della ragionevolezza, per tutti, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 1 ss.

<sup>44</sup> In senso contrario, N. IRTI, *Nómos e lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 94, secondo il quale non si possono dare valori normativi. Secondo l'a. la possibilità di ipotizzare che si danno valori positivizzati, nascerebbe dal rifiuto del concetto di positività della Costituzione. «La legittimità, perduta per scioglimento di vincoli religiosi dinastici tradizionali, rinasce nella veste di 'valori', quasi sostituiti o surrogati di quegli antichi presupposti. Ma i valori sono oggetto di 'fede', e perciò di scelte individuali, che si sottraggono ad ogni dibattito e confutazione. E vano affannarsi a chiedere: come essi siano intuiti o percepiti; e perché essi, che sono assoluti e perenni, avvertano il bisogno di calarsi in caduche norme costituzionali; e come conservino la loro originaria 'oggettività' nel mutevole soggettivismo delle decisioni giudiziarie». *Contra*, P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 802 ss., «nell'attuale contesto storico-politico un moderno positivista, abituato all'ossequio e al primato della legge, può non affidarsi alla legalità espressa dalle norme costituzionali soltanto se nega a queste ultime la natura di norme, la loro rilevanza giuridica nei rapporti intersoggettivi e considera contenuti e scelte in essa presenti come mere indicazioni o raccomandazioni rivolte esclusivamente al legislatore statale. [...] La legalità costituzionale consiste nel rispetto dei valori che hanno valenza normativa, che sono protetti dalle norme o son o la loro intima ratio. Il valore non "evoca assolutezza" [...], non "implica la radicale negatività di altri principi": esso è piuttosto

In questo senso, di là della previsione contenuta nell'art. 1722, comma 1, n. 2, c.c. e di quella di cui all'art. 1723 c.c., non credo si possa dubitare che il mandato debba considerarsi sempre revocabile da parte del mandante. Anzi, dovrà dirsi che la revocabilità non può essere esclusa neppure nel caso in cui il mandato, sebbene sia difficile immaginarlo, fosse conferito nell'interesse del mandatario o di un terzo<sup>46</sup>.

sto l'espressione di una positività, sintesi e bilanciamento di principi diversi, scelta non arbitraria lasciata al contingente, ma indicazione prescrittiva passata al vaglio delle "procedure democratiche" (sovranità popolare), soluzione storico-politica di un conflitto sì inarrestabile, ma che il giurista non può assumere come "precaria o duratura definizione". Se la norma serve per valutare ossia è schema di valutazione del reale, non deve esprimersi, necessariamente, secondo una tecnica regolamentare del tipo «Se A, allora B», bensì anche per principi, ossia mediante norme incondizionate. «I principi di rango diverso (ordinario, comunitario, costituzionale, internazionale) hanno anch'essi dignità di norme. Sono norme. Ciò naturalmente comporta il superamento della teoria dell'interpretazione fondata sul meccanismo della sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta».

<sup>45</sup> V. BARBA, *Unione civile e impugnazione per errore sulle qualità personali*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 315 s. «Se è vero, infatti, che il diritto è artificiale, in quanto frutto della volontà umana, in quanto decisione di uomini, è anche vero che ogni ordinamento giuridico ha, alla sua base, scelte di fondo, che rappresentano la sua filosofia della vita. Se è vero che nessun contenuto è imm modificabile, sicché non si danno principi o valori meta-giuridici, che si calano dall'alto, non è meno vero che ogni ordinamento si dà, storicamente, dei principi e quelli esprimono dei valori, che, fin quando valgono, costituiscono un orizzonte ineludibile per l'interprete, il quale ha il dovere e la *responsabilità* di offrire una lettura delle leggi consonante rispetto a quei valori e a quelle scelte [...] S'ingigantisce, così, la possibile distanza tra il diritto vivente e il diritto vigente, rafforzandosi l'esigenza che il giurista riesca a farsi interprete coraggioso dei principi e dei valori normativi del sistema ordinamentale, i quali, almeno finché essi valgono, ossia fino a quando una riforma o una rivoluzione non abbia a travolgerli e modificarli, costituiscono l'architrave del sistema ed esprimono contenuti ineludibili. Essi sono norme sulle norme, che non hanno funzione programmatica, bensì precettiva, perché trovano sia applicazione immediata e diretta, sia applicazione attraverso la tecnica del combinato disposto, sia applicazione indiretta per mezzo di altre norme, sia applicazione, per mezzo delle clausole generali. Senza temere che i principi e i valori del nostro attuale sistema ordinamentale infrangano la certezza del diritto, consentendo qualsivoglia interpretazione e applicazione della legge. È vero, piuttosto, l'esatto contrario. L'interpretazione sistematica e assiologica non è arbitraria, ma vincolata e, soprattutto, «giustificata». Il sistema, che eleva a suo valore fondamentale la persona e la sua dignità, esprime una pluralità di principi, tra i quali non v'ha mai contrasto, ma, sempre concorso, attraverso un difficile bilanciamento dei medesimi, che impone, rispetto a ogni interpretazione, rispetto a ogni caso del quale si cerca la disciplina, a valutare la legittimità del fine, la congruità del mezzo e l'adeguatezza della tutela».

<sup>46</sup> Diversamente, potrebbe immaginarsi un contratto di mandato *post mortem*, regolativo di un profilo patrimoniale, irrevocabile dal mandante. Un esempio è offerto, proprio, dal mandato *post mortem ad exequendum*, ossia il mandato avente a oggetto

Nell'ipotesi di contratto di mandato destinato a regolare una situazione esistenziale *post mortem* della persona non può tollerarsi una compressione del potere del disponente di modificare, fino all'ultimo istante, la propria decisione. Sicché la stessa fermezza del contratto, che pure si considera il suo tratto caratterizzate, è costretta a cedere di fronte alla funzione che il concreto atto è destinato a realizzare, dimostrando che la disciplina dell'atto non dipende e non può mai dipendere da un astratto giudizio di sussunzione<sup>47</sup>, bensì da una valutazione della concreta funzione dell'atto, avendo riguardo al rapporto giuridico concretamente regolato<sup>48</sup>.

Sotto un diverso profilo, se, da un lato, deve ammettersi che il mandante possa revocare il mandato in qualunque momento, dall'altro, per contro, deve escludersi che un eguale potere possa spettare ai suoi eredi<sup>49</sup>, che pure siano subentrati nel rapporto contrattuale.

un'attività esecutiva, relativa a un'attribuzione patrimoniale già perfezionatasi. Ipotesi che peraltro si assume valida, in contrapposto al c.d. mandato *mortis causa*, che si considera invalido, dal momento che ha la funzione di realizzare una attribuzione patrimoniale a causa di morte a titolo particolare. Più di recente, V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina di tutela dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 66 ss.

<sup>47</sup> Si consideri P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim.*, 1955, p. 256 ss., spec. pp. 263 e 260, il quale avverte del rischio che importa la logica della sussunzione, ossia di un giudizio giuridico che prescinde dalla valutazione degli interessi concreti. «Può essere pericolo per la giustizia l'abuso della logica giuridica, che si verifica quando il sillogismo, da strumento contingente atto a razionalizzare l'equità del caso singolo, pretende di diventare esso stesso una verità finale di carattere universale». Ancóra: «io ho il sospetto che in generale noi giuristi, e quindi anche i giudici che sono prima di tutto esperti di tecnica giuridica, abusiamo della logica: anche nel campo della giustizia noi abbiamo ereditato, forse dalla scolastica medievale più che dall'*aequitas* romana, la tendenza alle architetture sistematiche: fabbrichiamo castelli di concetti per darvi decoroso alloggio alla giustizia, e non ci accorgiamo che a poco a poco si trasformano in prigioni sbarrate da cui essa non riesce più a liberarsi».

<sup>48</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 369 s.

<sup>49</sup> Per tutti, L. CARIOTA FERRARA, *Mandato «post mortem» e disposizione sulla sepoltura*, in *Foro lomb.*, 1934, cc. 745 s., e 749 s. L'a., inoltre, ha cura di precisare, con argomenti largamente condivisibili, non ripresi dalla letteratura più moderna, ma straordinariamente attuali, che il mandante in alcuni casi potrebbe non voler escludere che i propri eredi possano revocare l'incarico, mentre in altri casi, anche in ragione dell'interesse regolato e della sua natura, può darsi che «voglia il mandato a ogni costo, indipendentemente da una rispondenza di esso alla volontà e agli interessi degli eredi, anzi lo voglia contro la loro volontà». Tuttavia, all'esito dell'indagine, l'a., esclude che nel mandato *post mortem*, il mandante possa provare gli eredi del potere di revoca, sicché è obbligata la conclusione: «la forma contrattuale non è giuridicamente concepibile senza potere di revoca degli eredi; essa è, pertanto, un mezzo inadeguato nel

A ragionare diversamente si finirebbe con l'attribuire agli eredi del mandante un vero e proprio potere di revocare la scelta compiuta dal *de cuius*, con il risultato, paradossale, che lo strumento del contratto, da taluni reputato piú sicuro e adatto alla realizzazione degli interessi del disponente, e dallo stesso mandante utilizzato nel convincimento che il vincolo derivante dal contratto non si espone al rischio di inattuazione, al quale potrebbe essere esposta la disposizione testamentaria, potrebbe finire con il diventare uno strumento del tutto inadatto alla realizzazione di quell'interesse, proprio perché gli eredi po-

caso in cui lo scopo perseguito presuppone che questi non abbiano tale potere». In tale ipotesi, a dire dell'a., l'unico strumento idoneo è il mandato conferito per testamento, il quale vincola gli eredi e, perciò, impedisce loro di revocare l'incarico. Sebbene l'a. tolga questa conclusione generale, riesce, però, a offrire una risposta di segno positivo nel caso di mandato *post mortem* regolativo di un interesse esistenziale. Il diritto sulla scelta della sepoltura è un diritto essenzialmente personale e, in quanto tale, non si trasmette agli eredi, dacché costoro hanno il potere di scegliere la sepoltura del congiunto soltanto nel caso in cui titolare non lo abbia esercitato. In conseguenza «il negozio costante di tale manifestazione di volontà, ha per oggetto una sfera assolutamente sottratta al potere di ognuno: non v'è infatti persona che abbia titolo per potere comunque esercitare un'influenza sulla decisione presa dal defunto» (c. 753). Precisa, quindi, l'a., confermando la straordinaria modernità del suo pensiero, «qui la natura del diritto prevale su quella del mezzo adoperato per esercitarlo: il defunto ha disposto con mandato del suo diritto di disporre della sepoltura, né ha mai revocato il mandato. Basta: all'erede non è dato revocare il mandato, perché l'oggetto di questo è sottratto alla sua azione, così come a quella di ogni altra persona, anche se legata al defunto da stretti vincoli di sangue» (c. 753). Sulla base di questa ricostruzione, la dottrina piú moderna ha escluso che gli eredi del mandante possano revocare l'incarico, ancorché esso sia stato conferito per contratto. In questo senso, l'ampio studio condotto da V. PUTORTÍ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001. Idea, successivamente sviluppata, sotto taluni profili piú particolari e, da ultimo, con interessanti sviluppi e spunti rispetto all'incarico a contenuto non patrimoniale. ID., *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 789 ss.; ID., *I contratti post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 768 ss.; ID., *Mandato post mortem e divieto di patti successori*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 738; ID., *Il mandato post mortem*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 378 ss.; ID., *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 137 ss.; ID., *Disposizioni mortis causa a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 787 ss. Ma, specificamente, sul mandato *post mortem*, almeno A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi, mandato post mortem, contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 2011, p. 453 ss.; G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, in *Contr.*, 2000, p. 1102; N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 688; F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, *ivi*, 2010, p. 56 ss.

trebbero revocare, *ad nutum*, l'incarico conferito dal *de cuius* al mandatario.

Nel caso di mandato *post mortem*, regolativo di una situazione esistenziale, deve, dunque, ammettersi, per un verso, che il mandante abbia sempre il potere di revoca, ove pure si tratti di mandato *in rem propriam* o il mandante abbia rinunciato al potere di revoca; per contro, deve escludersi che gli eredi del mandante abbiano un potere di revoca e, dunque, che il potere di revoca che, certamente, compete al mandante, si trasmetta a favore dei suoi eredi<sup>50</sup>.

L'ipotesi dimostra che il contratto può essere strumento regolativo d'interessi esistenziali *post mortem* della persona, ossia un atto capace di realizzare una pianificazione ereditaria, ma, al contempo, che la sua disciplina non può essere acriticamente tolta dal contratto di mandato, sol perché esso è sussumibile entro quel modello, reclamando in relazione alla funzione para-successoria svolta e, soprattutto, avendo riguardo alla natura degli interessi coinvolti, una disciplina che sia adeguata e ragionevole. Dimostrando che disciplina del contratto e quella del testamento non sono compartimenti stagni incapaci di comunicare<sup>51</sup>, ma discipline in continua interferenza, tra loro, in guisa che l'ordinamento del singolo atto non può dipendere da una mera sussunzione<sup>52</sup>.

Merita, dunque, attenta riflessione e un adeguato ripensamento l'idea, tralazionalmente ricorrente, secondo cui il contratto è, tra gli atti dispositivi, quello che consente di realizzare la migliore pianificazione ereditaria, perché una tale valutazione impone di vagliare con atten-

<sup>50</sup> V. PUTORTÍ, *Disposizioni mortis causa*, cit., p. 826. Così, anche A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi*, cit., p. 459, «tuttavia, a parte ogni altra (e possibile) considerazione, riterrei queste [le norme di cui all'art. 1722, n. 4, c.c.] non applicabile al tipo di fattispecie in esame [mandato avente a oggetto disposizioni non patrimoniali]. Nel rapporto contrattuale non subentrano gli eredi, né potrebbero farlo: posto il carattere personalissimo (non patrimoniale e più che non-patrimoniale) dell'incarico commesso».

<sup>51</sup> Per tutti, G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 119 ss.

<sup>52</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., pp. 613 e 618, «norme e fatti sono inseparabili oggetti di conoscenza: l'interpretazione è in funzione applicativa, ha scopo pratico, è individuazione di un significato giuridico (effetti del fatto). Il fatto non preesiste all'interpretazione, ma è costituito dal procedimento che lo interpreta: prima dell'interpretazione vi sono non fatti e norme, ma eventi e disposizioni. La sussunzione – sulla quale si fonda la tesi che considera la qualificazione una fase autonoma e distinta – è un modello superato, frutto della confusione tra logica formale e ragionamento pratico»; ID., *Dialogando con due filosofi, ermeneuti del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 669, ora in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2011, p. 442.



zione l'interesse *post mortem* che, in concreto, il disponente vuole realizzare, verificando quale degli atti di disposizione possibili sia quello che meglio degli altri consente di realizzare e attuare quell'interesse. Il contratto, infatti, quando si provi a realizzare interessi patrimoniali rischia, sovente, di essere nullo, perché diviene atto dispositivo della delazione; quando regola situazioni esistenziali è indispensabile individuare la disciplina applicabile avendo riguardo alla sua concreta funzione.

Inoltre, bisogna stare attenti a non confondere atti di ultima volontà con contratti e a non sovrapporre concettualmente gli uni e gli altri.

Il contratto con il quale il disponente desse incarico al mandatario di compiere le operazioni per la cremazione del proprio corpo e per la dispersione delle ceneri, è, senz'altro, un contratto di mandato che, di là della sua onerosità o gratuità, obbliga il mandatario al compimento di questi atti.

Bisogna, però, domandarsi se la scelta sulla cremazione sia, immediatamente e direttamente, portata dal contratto, ovvero se essa trovi fondamento altrove.

A ben osservare, dovrebbe dirsi che tale contratto presuppone compiuta la scelta, o, per meglio dire, che la scelta sulla cremazione sta prima, dacché il contratto ha soltanto la funzione di incaricare un soggetto di compiere materialmente questi atti.

Il documento contrattuale è, insieme, un atto di ultima volontà e, dunque, un atto che rileva in quanto il soggetto abbia compiuto la scelta sulla cremazione, e un contratto di mandato, nella misura in cui conferisca ad altri il compito di eseguire la cremazione. A ragionare così, ove pure si volesse ipotizzare che gli eredi del mandante abbiano il potere di revocare il mandato, nondimeno deve escludersi che costoro possano interferire con la decisione sulla cremazione, dacché la revoca del mandato non potrebbe, in ogni caso, privare di effetti l'atto di ultima volontà, pur documentato, seppur in via implicita, nel contratto di mandato. Dimostrando che proprio la teorica dell'atto di ultima volontà è quella, che in questo caso serve a tutelare l'interesse del disponente, dacché, almeno con riguardo a interessi di carattere esistenziale, la libertà di disporre trova migliore esplicazione attraverso l'atto di ultima volontà.

7. Trascorrendo al piano delle situazioni di carattere patrimoniale, e ferma la premessa che l'istituzione di erede e il legato sono inibite all'atto tra vivi, prima ancora di verificare se un certo interesse possa essere, indifferentemente, realizzato da un atto tra vivi o da un atto di

ultima volontà, deve valutarsi quale sia la funzione dell'atto e quale siano gli interessi su cui incide. Dacché una certa tendenza a considerare sempre equivalente l'uno e l'altro non è condivisibile.

Un esempio potrebbe essere offerto dal c.d. patto sulla divisibilità dell'obbligazione tra gli eredi, di cui all'art. 1295 c.c., in connessione con gli artt. 752 e 754 c.c.; caso di straordinaria importanza e diffusione, se soltanto si pensi che esso compare in quasi tutti i mutui fondiari per l'acquisto di una prima casa.

Secondo questo patto, il mutuatario si obbliga alla restituzione della somma mutuata, per sé e per i propri aventi causa, escludendo che possa trovare applicazione la disciplina generale, la quale prevede la parziarietà delle obbligazioni dei coeredi e la sostituzione, per effetto dell'apertura della successione, di un'obbligazione nata unitaria con una pluralità di obbligazioni parziarie. In tema, si dice che tale previsione, contenuta nel contratto di mutuo, è una sua clausola e, non si discute della sua natura contrattuale, che lo stesso legislatore non stenta a configurare come patto<sup>53</sup>.

Se, però, si considera la reale funzione di questo atto, che è di evitare che a un certo debito trovi applicazione la norma di cui all'art. 752 c.c.; se si considera che in questo modo il debitore detta un regolamento sulla responsabilità per i debiti ereditari; se si considera che tale disposizione non può produrre, prima della morte del debitore, alcun effetto, neppure prodromico; allora la stessa qualificazione in termini di atto tra vivi lascia perplessi. Sembra, piuttosto, un atto di ultima volontà, con intesa che tale qualifica preoccupa il creditore e, in specie, le banche, perché a ragionare così, il debitore potrebbe, in qualunque momento, revocare unilateralmente questa decisione.

Soluzione che mi sembra plausibile, con intesa che dovrebbe distinguersi l'impegno assunto dal mutuatario nei confronti della banca, la cui validità sarebbe confermata proprio dalla norma in parola, dall'atto con il quale il soggetto regola la propria successione. Il mutuatario potrebbe, quindi, revocare la propria decisione con intesa che qualora avesse assunto un tale impegno nei confronti della banca, potrebbe essere esposto, ove si valuti siccome valido questo impegno (in quanto non integrante gli estremi di un patto successorio), a una mera responsabilità per inadempimento. La quale, in ogni caso, ove fosse

<sup>53</sup> Vale la pena di considerare che l'espressione patto sembra qui utilizzata non tanto con la specifica intenzione di evocare la figura del patto, quanto per affermare il carattere derogabile della disciplina, ossia la possibilità che si detti una regolamentazione diversa.



valida la revoca dell'atto di indivisibilità, non varrebbe a escludere la parzializzazione, tra gli eredi, dell'obbligo del defunto.

Un altro esempio è offerto dalla dispensa dalla collazione, ossia l'atto con il quale il disponente esonera un donatario dall'obbligo di dover conferire in collazione<sup>54</sup>, nei limiti della disponibile, un certo bene, o il suo valore.

La norma sulla dispensa dalla collazione è recata all'art. 737 c.c., la quale è molto laconica. La nostra giurisprudenza è giunta a conclusioni singolari, facendo della dispensa dalla collazione un atto pro-terforme. Si dice, infatti, che la dispensa se contenuta nel testamento, è una disposizione testamentaria; se contenuta nella donazione, è una clausola del contratto di donazione; se fatta, successivamente, è autonomo atto di liberalità diverso dalla donazione, o donazione. Ovviamente, traendo dalle diverse qualifiche, tutte le conseguenze disciplinari proprie. Per tutte, la non revocabilità, qualora sia fatta per contratto e la forma dell'atto pubblico con la presenza di due testimoni qualora si consideri una donazione autonoma.

La soluzione del problema è, però, a mio credere viziata da una valutazione troppo formalistica, che guarda soltanto l'atto nel quale quella volontà sia documentata, prescindendo da un'analisi sulla sua funzione e sul tipo di effetto e dimenticando l'importanza del principio di economia delle dichiarazioni<sup>55</sup>. Dimostrando che non basta più dire che l'atto ha una certa funzione successoria, poiché occorre individuare quale sia la concreta funzione successoria, dacché è proprio quella che orienta e determina la sua struttura.

Poiché l'obbligo di collazione non può sorgere prima della morte del dispensante e poiché la collazione stessa incide sulla successione del dispensante, è sicuro che la dispensa dalla collazione, poiché destinata a modificare il rapporto giuridico tra i coeredi, ossia a liberare uno di loro dall'obbligo di conferire agli altri ciò che abbia ricevuto con dispensa dalla collazione, trova nella morte la sua causa<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Il tema è svolto, più ampiamente, in V. BARBA, *La dispensa dalla collazione*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 1 ss.

<sup>55</sup> P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, cit., p. 20 ss.; ID., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 22 ss.; ID., *Il diritto civile*, t. 1, cit., p. 354.

<sup>56</sup> La natura *mortis causa* dell'atto è affermata da G. BONILINI, *La revocabilità della dispensa dalla collazione*, in *Studium iuris*, 2005, p. 444; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia e le successioni*, cit., p. 744; A. CIATTI, *La collazione*, in *Diritto delle successioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, t. 2, Napoli, 2008, p. 1223; N. DI MAURO, *La dispensa da collazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 64; R. DE MICHEL, *Il fondamento della collazione e la dispensa di cui all'art. 737 c.c.*, in *Giur. it.*,

Ma v'ha, pure, di piú, se consideriamo che l'obbligo di collazione, presupponendo l'esistenza di coeredi, reclama, di necessità, non soltanto l'apertura della successione del dispensante, ma, altresí, una chiamata ereditaria e l'accettazione dell'eredità da parte dei soggetti che, a sensi dell'art. 737 c.c., sono, tra loro, tenuti a collazione. Il tutto a tacere del fatto che la dispensa dalla collazione non crea un rapporto giuridico tra dispensante e dispensato, bensí tra dispensato e altri coeredi, sicché lo stesso dispensante non è, neppure, parte sostanziale del rapporto giuridico sul quale la dispensa dalla collazione incide.

Inoltre, l'effetto della dispensa dalla collazione è, prima dell'apertura della successione, *subiettivamente e obiettivamente incerto*, non potendosi stabilire, prima di tale momento e, addirittura, prima che lo stesso procedimento successorio si esaurisca, se la dispensa possa essere, concretamente, capace di produrre un qualche effetto.

Nell'ipotesi in cui il soggetto dispensato rinunziasse all'eredità del dispensante, la dispensa dalla collazione non potrebbe produrre alcun effetto, dacché l'obbligo della collazione sorge, soltanto, tra coeredi, in guisa che non è tenuto alla collazione chi non abbia assunto il titolo di erede, ove pure abbia acquistato diritti successori a titolo particolare.

Sempre sotto il profilo subiettivo, la dispensa potrebbe non produrre alcun effetto se il soggetto dispensato venisse alla successione da solo, o perché unico chiamato all'eredità, o perché gli altri chiamati all'eredità, senza discendenti, rinunzino, o non possano accettarla.

Infine, non si deve trascurare che, ove pure il dispensato venisse alla successione del dispensante con altri coeredi, non è neppure certo che sia tenuto alla collazione, perché se il testatore avesse diviso, con il testamento, l'intero suo patrimonio, non si darebbe alcuna comunione ereditaria tra i coeredi, con la conseguenza che, secondo un orientamento di letteratura e l'orientamento unanime della giurisprudenza<sup>57</sup>, non potrebbe darsi alcun obbligo di collazione<sup>58</sup>; perché se il

1996, I, p. 297 s.; P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, 2ª ed., Bologna-Roma, 2000, p. 502; U. CARNEVALI, *Collazione*, cit., p. 472.

<sup>57</sup> Cfr., da ultimo, Cass., 23 maggio 2013, n. 12830, in *Giur. it.*, 2013, p. 2239, con nota di A. CIATTI, *Divisione testamentaria e collazione*.

<sup>58</sup> Dico, súbito, che questa idea, per quanto largamente seguita in dottrina non mi convince affatto. Mi sembrano persuasive e difficilmente superabili, al riguardo, le considerazioni di L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 128 s., riprese anche in ID., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 314 s., il quale non esclude che la collazione debba darsi anche nel caso in cui il testatore abbia diviso tra i suoi eredi tutto il suo patrimonio. «Se nella specie, il testatore ha

bene donato fosse perito per causa non imputabile al donatario, costui non sarebbe tenuto alla collazione (art. 744 c.c.).

Sotto un profilo obiettivo, non è neppure certo, ove pure il dispensato assuma il titolo di erede e ove pure vi siano altri coeredi, che la dispensa dalla collazione produca il suo effetto, o il suo effetto integrale.

Considerando, infatti, che la dispensa dalla collazione produce effetto nei limiti della quota disponibile, ne viene che in caso di donazione con dispensa dalla collazione eccedente il valore della quota disponibile, o in caso di concorso di piú donazioni tutte con dispensa dalla collazione, complessivamente eccedenti il valore della quota disponibile, la dispensa è destinata a valere nei soli limiti dell'ultima e, dunque, potrebbe non produrre l'effetto preclusivo dell'obbligo, per la sua interezza.

La dispensa dalla collazione, in altri termini, non è destinata a regolare una situazione preesistente, rinviandone gli effetti al momento dell'evento morte, bensí un rapporto giuridico che può costituirsi solo ed esclusivamente dopo la morte del dispensante. Essa è destinata a modificare il rapporto tra i coeredi, ossia il rapporto giuridico che si costituisce, per definizione, quando, aperta la successione, i chiamati compiano quell'atto o quel fatto dal quale dipende l'acquisto della loro qualità di erede.

Avendo, dunque, tratto alla funzione di questo atto e considerando

diviso *tutti* i suoi beni, sicché niente del *relictum* cade in comunione fra i discendenti, il *donatum*, oggetto della collazione, andrà ad aumentare una massa ereditaria uguale a zero. Nulla di strano, perché anche lo zero è un addendo: vuol dire che, fra divisionari ascendenti, sorgerà una comunione ereditaria, quanto al solo *donatum*. Seguirà la divisione secondo le regole ordinarie, allorché il bene conferendo sia «presentato» in natura. Qualora, invece, la collazione avvenga per imputazione – nel qual caso il bene conferito ritorna automaticamente in titolarità del donatario, a titolo di apporzionamento *ex lege* – gli altri coeredi non possono corrispondentemente apporzionarsi mediante prelevamenti dal *relictum*, dato che, in ipotesi, questo è completamente assorbito dalla divisione, già operata dal testatore. Ciò significa che, in esito all'imputazione del bene donato, la porzione del discendente donatario eccede in valore la quota ereditaria spettantegli. Esclusa la possibilità di ripristinare l'uguaglianza proporzionale dei lotti mediante un supplemento di divisione per prelevamento, a norma dell'art. 725, non resta altra via che la divisione *per congruaglio*. Ma anche P. FORCHIELLI, *Collazione*, cit., p. 3; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, Milano, 1980, p. 328 s. Piú di recente, G. AMADIO, *Comunione e coeredità (Sul presupposto della collazione)*, in *Dir. priv.*, 1998, p. 279 ss., movendo dalla distinzione tra comunione ereditaria, intesa come contitolarità dei diritti acquistati dai coeredi, e coeredità, intesa come concorso di piú vocazioni ereditarie accettate dai destinatari che può dar luogo, a una comunione soltanto in via eventuale (es. caso regolato dall'art. 734 c.c.), ha chiarito che il presupposto della collazione è l'ultima e non la prima.

modalità di realizzazione e vicenda di rapporto giuridico generato, mi sembrerebbe necessario affermare che si tratta, tendenzialmente di un atto di ultima volontà, senza possibilità che il suo essere ospitato in uno o altro documento possa modificarne la natura.

Si tratta di un atto essenzialmente unilaterale, autonomo<sup>59</sup>, revocabile dal dispensante in ogni tempo, sostanzialmente gratuito, non necessariamente liberale.

Si tratta, in primo luogo, di un atto strutturalmente unilaterale. Ove pure fosse inserito nel testo di una donazione, o di una liberalità diversa dalla donazione, non per questo assumerebbe un connotato bilaterale, né reclamerebbe l'accettazione da parte del dispensato, la quale, ove occorresse, dovrebbe dirsi inutile<sup>60</sup>. Ove pure fosse disposta, successivamente alla donazione o all'atto liberale, con atto separato, la partecipazione del soggetto a favore del quale sia disposta rimarrebbe superflua e ogni sua dichiarazione di accettazione priva di un reale effetto giuridico<sup>61</sup>.

La dispensa dalla collazione influisce, immediatamente e direttamente, sul solo assetto successorio del dispensante, incidendo sulle possibili e future determinazioni delle porzioni da attribuire ai coeredi, in sede di divisione ereditaria<sup>62</sup>. Né può dirsi che il possibile vantaggio che tale atto potrebbe arrecare al dispensato e, di converso, il possibile svantaggio che l'atto potrebbe arrecare ai possibili coeredi del di-

<sup>59</sup> Sull'autonomia della dispensa dalla collazione, conviene la dottrina maggioritaria. Così, P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 515 ss.; A. ALBANESE, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, in *Il Cod. civ. comm.*, fondato e dir. da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2009, p. 167.

<sup>60</sup> Con l'ulteriore conseguenza che se l'accettazione del dispensato non fosse inutile (come accade nella larga parte delle ipotesi, nelle quali detta accettazione è superflua e inutile), bensì, davvero, determinante, non si tratterebbe di una dispensa dalla collazione, ma di una *falsa dispensa dalla collazione*, la quale assumerebbe, in verità, il tratto di un vero e proprio patto successorio. Sicché si tratterebbe di un atto nullo.

<sup>61</sup> G. BONILINI, *La revocabilità della dispensa dalla collazione*, cit., p. 446, precisa che l'accettazione del donatario non è necessaria, «prova ne sia, che la dispensa dalla collazione può essere affidata ad un atto successivo alla donazione, al quale il donatario non partecipa punto». L'accettazione del donatario è atto inutile; giuridicamente irrilevante. *Contra*, C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione – Donazione*, in *Comm. del Cod. civ.*, redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1964, p. 110 s.

<sup>62</sup> Dice, però, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, cit., p. 613, confermando, per altro, che la dispensa dalla collazione ha una funzione regolativa della successione, che «lo scopo della dispensa consiste nel *mantener ferma* la non-proporzionalità del trattamento, che il testatore mostra di aver voluto, e che è certamente legittima, purché sia contenuta entro i limiti della *quota disponibile*».

spensato, possano imporre una loro necessaria partecipazione. Considerando, infatti, che il dispensato e gli altri coeredi, eventualmente svantaggiati, non acquistano alcunché, non avendo, prima dell'apertura della successione del loro *de cuius*, alcun diritto su quella, ma soltanto una genuina aspettativa, peraltro di mero fatto, e considerando che l'effetto della dispensa è, per definizione, destinato a prodursi solo al tempo dell'apertura della successione del dispensante, la struttura unilaterale della dispensa dalla collazione sembra una conclusione inevitabile<sup>63</sup>.

In questo caso, dunque, la funzione successoria viene realizzata da un atto di ultima volontà, mentre sarebbe addirittura preclusa all'atto tra vivi. E la stessa qualificazione di questo atto, che pure assolve una funzione di pianificazione successoria, come atto tra vivi, è compiuta in ossequio a una tradizione, ma senza considerare la reale funzione dell'atto, il suo effetto essenziale e, dunque, senza valutare quale sia la dichiarazione del soggetto che assume valore determinante.

8. Infine, non v'ha dubbio che la valutazione dell'atto di disposizione in funzione della pianificazione ereditaria debba sempre essere pronta a individuare la disciplina del caso concreto, prescindendo da sussunzioni e avendo riguardo alla funzione concreta<sup>64</sup>, nella consapevolezza che sarebbe un gravissimo errore ipotizzare applicabile all'atto di ultima volontà soltanto la disciplina del libro secondo, mentre al contratto unicamente la disciplina del libro quarto; come sarebbe un gravissimo errore separare la disciplina delle disposizioni testamentarie, da quella delle obbligazioni e dei contratti, come se si trattasse di mondi non comunicanti<sup>65</sup>. Per molto tempo, infatti, la nostra dottrina,

<sup>63</sup> Vale la pena di precisare, onde si possa chiarire perché ho parlato di atto *essenzialmente* unilaterale, rispetto al quale la volontà delle parti non ha la capacità di modificarne la struttura, che una diversa volontà delle parti potrebbe darsi. Gli è, però, che in questo caso saremmo fuori dalla dispensa dalla collazione di cui all'art. 737 c.c., con l'ulteriore conseguenza che il patto dovrebbe dirsi nullo, per violazione della norma che fa divieto dei patti successori. Se, per ipotesi, donante e donatario convenissero che il primo dispensa dalla collazione il secondo, verso un corrispettivo, ovvero che la donazione viene disposta e accettata sotto condizione che vi sia una dispensa dalla collazione, non sarebbe tecnicamente possibile continuare a discorrere di dispensa dalla collazione in senso tecnico. Si tratterebbe di un accordo con il quale le parti mirano a regolare la successione del donante. Un atto, dunque, che non solo, a dispetto del *nomen*, non potrebbe, tecnicamente, considerarsi una dispensa dalla collazione, ma soprattutto nullo per palese contrarietà alla norma di cui all'art. 458 c.c.

<sup>64</sup> Sull'esigenza di ragionare per problemi, per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., pp. 140 s. e 220 ss.

<sup>65</sup> Così, a esempio, per citare una dottrina la cui influenza è stata significativa, L.

movendo dalla particolarità della funzione del testamento, ha considerato la disciplina di questo non soltanto limitata e racchiusa all'interno delle regole consegnate al secondo libro del codice civile, ma, soprattutto, insensibile rispetto alla disciplina generale sul contratto<sup>66</sup> e, ancor di piú, alla disciplina generale sulle obbligazioni.

Si tratta di una prospettiva verso la quale deve manifestarsi un dissenso fermo e preciso.

La funzione successoria, che accomuna tutti gli atti di disposizione dei quali stiamo discorrendo, impone una valutazione del singolo atto, sistematica e assiologica. Al riguardo, mi provo in un esempio.

Ipotizziamo che Tizio e Caio siano concreditori solidali di Mevio e che Tizio intenda, pianificando la propria successione ereditaria, rinunciare al proprio credito.

Movendo dall'idea che la remissione del debito e la rinuncia al credito siano atti tra loro differenti, dacché l'uno ha come unità minima effettuale l'estinzione del rapporto obbligatorio, mentre l'altro l'estinzione del solo diritto soggettivo relativo, non v'ha dubbio che nel caso concreto si possa, astrattamente, dare sia una rinuncia, sia una remissione. Ciò dipende dall'intenzione del soggetto, con intesa che il di-

COVIELLO jun., *Il mandato post mortem*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, p. 47, il quale, in uno studio sul mandato *post mortem* e, piú in generale, sugli incarichi da eseguirsi dopo la morte del conferente, distingue a seconda che esso sia conferito per testamento o per contratto (mandato) e precisa: «sotto l'aspetto contrattuale [...] vanno applicate quasi integralmente le norme del mandato ordinario stabilite dal codice; mentre sotto l'aspetto del diritto successorio bisogna alquanto discostarsi dalle norme del diritto delle obbligazioni e riportarsi [...] alle norme del diritto successorio, specie nei riguardi dell'erede del mandante». Ma in senso diverso, e con straordinaria modernità, L. CARIOTA FERRARA, *Mandato*, cit., c. 743, avverte sulla necessità di coordinare le une norme con le altre, riportando le une e le altre ai «principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico». Avvertendo che il problema dell'efficacia dell'incarico rispetto agli eredi del mandante seppure deve tener conto della disciplina del contratto e del contratto di mandato, deve tenere in conto «del suo particolare oggetto, o meglio del fine che il piú delle volte persegue».

<sup>66</sup> In diversa prospettiva, ovviamente, la dottrina si muoveva quando erano fiorenti gli studi sulla teoria generale del negozio giuridico. Nei quali si tendeva, anzi a individuare una disciplina comune a tutti gli atti di autonomia privata, a conferma dell'utilità della categoria. In questa prospettiva, a esempio, C. MIRABELLI, *Negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 1 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano* (1948), rist., Napoli, 2011, p. 54 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1955), rist., Napoli, 1994, p. 43 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali* (1972), rist., Napoli, 2010, p. 177; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, 1970, p. 354. Piú di recente, G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2ª ed., Napoli, 1997.

scorso è diverso, secondo che il fenomeno s'indaghi in via retrospettiva o prospettiva, dacché nel primo caso è dall'atto che devo ricavare quale sia stata l'intenzione, mentre nel secondo devo immaginare l'atto in funzione dell'intenzione del soggetto.

Riguardiamo il fenomeno in via prospettiva.

Nel caso in cui il soggetto intenda liberare il proprio creditore, allora non v'ha dubbio che tale interesse può essere realizzato attraverso una disposizione testamentaria e, in particolare, il legato di liberazione da debito, regolato nell'art. 658 c.c. Il testatore può fare un legato a un proprio debitore, per liberarlo. Si tratta di un atto che realizza una funzione remissoria, dacché importa l'estinzione, *pro quota*, del rapporto obbligatorio, con la conseguenza che l'altro concreditore può pretendere dal debitore soltanto l'adempimento della quota dell'obbligazione di sua competenza. L'interesse del debitore sarebbe, comunque, tutelato, dacché il potere di rifiuto del legato consente di evitare l'effetto estintivo qualora il debitore-legatario abbia interesse ad adempiere.

L'atto di disposizione capace di realizzare questo interesse è, dunque, il solo testamento, dacché occorre un legato.

Supponiamo, però, che sia intenzione del testatore non già di liberare il debitore, ma, soltanto, di rinunciare al proprio credito, ossia di dismettere, puramente e semplicemente, il diritto, con la conseguenza che l'obbligazione non si estinguerrebbe e che l'altro condebitore potrebbe chiedere al debitore l'adempimento dell'intero.

Non v'ha dubbio che si debba considerare ammissibile un atto con il quale il testatore, concreditore solidale, manifesti la propria intenzione di rinunciare al proprio credito.

A una prima impressione si potrebbe pensare che tale atto sia riducibile entro l'area del legato di liberazione da debito. Gli è, però, che a ragionare, così, non soltanto si dice che tale atto può essere compiuto soltanto con il testamento, dacché si tratta di legato, ma, soprattutto, s'ipotizza che il legatario ha il potere di rifiuto. Si attribuisce, cioè, al debitore un potere che sembra eccedente rispetto alla funzione dell'atto, dacché il debitore potrebbe impedire al creditore di rinunciare al proprio diritto.

Considerando, però, che allo scopo di stabilire chi sia beneficiato del legato deve aversi esclusivo riguardo al rapporto generato, immediatamente e direttamente, dal legato e non anche a coloro che conseguono vantaggi *condicionis implendae causa capiens*<sup>67</sup>, la disposizione

<sup>67</sup> G. BONILINI, *I legati*, cit., p. 64; ID., *Il legato*, cit., p. 433; ID., *Legato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., X, Torino, 1993, p. 509 ss.



immaginata sembra sfuggire allo schema del legato, in ragione della mancanza di un beneficiario.

Il debitore, infatti, non conseguirebbe un reale vantaggio, dal momento che la dismissione del credito da parte del concreditore in solido non lo libera dalla sua obbligazione, ma soltanto gli impedisce di adempiere per l'intero all'indirizzo di quel concreditore solidale. Neppure è possibile dire che il beneficiario sia l'altro creditore solidale, dal momento che il vantaggio che consegue quest'ultimo non è una conseguenza immediata e diretta della disposizione testamentaria, che ha il solo effetto di dismettere il diritto di credito, bensì un effetto mediato e riflesso della stessa.

A ben ragionare, pertanto, mentre la disposizione testamentaria di liberazione del debito è, certamente, riducibile alla categoria del legato, con la conseguenza che deve trovare applicazione quella disciplina, la disposizione testamentaria di rinuncia al credito, non potrebbe tecnicamente considerarsi un legato, bensì un atto regolativo di un interesse patrimoniale *post mortem* del *de cuius*, non riducibile, né entro lo schema dell'istituzione di erede, né entro quello del legato. Dunque, disposizione che potrebbe essere resa sia con il testamento, sia con l'atto di ultima volontà, diverso dal testamento, con la conseguenza che essa sarebbe valida ed efficace anche ove fosse scritta su un foglio a stampa meramente sottoscritto dal *de cuius*, con ulteriore avvertenza che se non fosse richiesta una forma scritta dovrebbe essere valida anche se resa in forma verbale.

Il caso, che è solo un esempio, ma numerosi altri se ne possono trovare, se solo s'intersechi il tema delle disposizioni testamentarie con quello delle vicende dei rapporti giuridici obbligatori, dimostra che le disposizioni testamentarie non necessariamente debbono essere ridotte entro l'una o l'altra categoria e che si possono, senz'altro, dare disposizioni, pur regolative di interessi, anche patrimoniali, del *de cuius* e nondimeno non riducibili entro quella bipartizione segnata dall'art. 588 c.c. Disposizioni le quali, costituendo il c.d. contenuto atipico del testamento possono essere rese attraverso l'atto di ultima volontà.

Sotto questo profilo, quindi, la disposizione testamentaria di rinuncia al credito merita di essere considerata una disposizione di straordinario interesse, dal momento che essa non soltanto consente di confermare la necessità che l'individuazione dell'ordinamento del caso concreto muova da una valutazione complessiva del sistema ordinamentale, senza possibilità di parcellizzare in settori, deducendone la loro incomunicabilità, o non interferenza.

## 9. Gli esempi che ho proposto vorrebbero soltanto provocare qual-



che suggestione sull'atteggiamento con il quale il giurista dovrebbe riguardare il fenomeno della pianificazione ereditaria e, soprattutto, valutare, con maggiore criticità e piú consapevolezza dei problemi, quegli atteggiamenti di letteratura, spesso assecondati da una certa giurisprudenza, i quali spingono a considerare l'atto tra vivi il solo capace di realizzare una pianificazione successoria coerente e adeguata rispetto alle esigenze della modernità, relegando il testamento ad antico e desueto utensile, da abbondare nel dimenticatoio dei ricordi e da confinare ai fenomeni delle successioni di modesta entità che, come è noto, non appassionano il gruppo dei professionisti del diritto che si occupano di questa materia.

Non v'ha dubbio che l'atto tra vivi abbia, nel tempo, conquistato, anche a livello legislativo, spazi importanti nella pianificazione successoria. A tal proposito sarebbe sufficiente rammentare il patto di famiglia, purché si offra di esso un'interpretazione coerente con la sua funzione, che eviti di renderlo strumento inservibile<sup>68</sup>. Ma, anche, la disciplina sull'opposizione alla donazione, la quale si è provata a offrire uno strumento capace di ridurre le conseguenze negative connesse alla circolazione di un bene di provenienza donativa. Ancóra, non può dimenticarsi la disciplina sull'atto di destinazione per interessi meritevoli di tutela<sup>69</sup>, nonché i *trust* successori, sulla base della Convenzione dell'Aja ratificata in Italia nel 1989, e, infine, seppure non abbia avuta diffusione, la fondazione di famiglia.

Nuova e importante vitalità l'atto tra vivi ha acquisto per effetto del Reg. UE n. 650 del 2012, il quale ha previsto, seppure entro determinati limiti, che in Italia si possano dare contratti successori, ossia atti tra vivi e *mortis causa*, con i quali si provvede all'istituzione di erede o di legatario. Squarciando, dunque, seppure per limitati casi, il velo che impedisce all'atto tra vivi di disporre della delazione.

Tutto ciò, però, non è sufficiente, per poter accantonare la figura del testamento, ipotizzando che non sia piú un atto in grado di realizzare una pianificazione ereditaria coerente con le esigenze della contemporaneità.

A mio credere si tratta di un pregiudizio che trascina dietro di sé lo sfibrante dibattito, tutto italiano<sup>70</sup>, sul contenuto del testamento e

<sup>68</sup> G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 166 ss.

<sup>69</sup> Cfr., da ultimo, V. BARBA, *Disposizione testamentaria di destinazione*, cit., p. 325 ss.

<sup>70</sup> Non è un caso che nell'ordinamento spagnolo, nel quale il testamento è definito all'art. 667 c.c. come «*el acto por el cual una persona dispone para después de su*

un mancato e adeguato approfondimento sulla teoria dell'atto di ultima volontà, soprattutto nel momento presente, in cui le situazioni esistenziali hanno acquistato una straordinaria importanza.

Un discorso sugli atti disposizione capaci di realizzare una pianificazione ereditaria, credo che debba muovere proprio di qui.

Occorre muovere dall'art. 587 c.c.

La norma in parola, nel suo contenuto, unica nel panorama europeo, è all'origine del convincimento che l'atto di ultima volontà si risolva nel testamento e che quest'ultimo serva, sostanzialmente, all'istituzione di erede e di legatario.

Il secondo comma dell'art. 587 c.c. – il cui testo è assai diverso nel passaggio dal progetto preliminare al progetto definitivo e dal testo approvato ed entrato in vigore nel 1939, al testo poi coordinato nel 1942<sup>71</sup> – è servito per risolvere un fondamentale problema: se sia ferma

*muerte de todos sus bienes o de parte de ellos*», il tema del c.d. contenuto atipico o delle disposizioni non aventi carattere patrimoniale non abbia suscitato, sin dall'origine, dibattiti sulla sua ammissibilità. In questo senso, cfr. T. RUBIO GARRIDO, *Artículo 667*, in *Comentarios al Código civil*, t. IV, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2013, p. 5154, «es muy significativa la amplia libertad sustancial de que goza en el Derecho común el testador para dar contenido al testamento». N. ÁLVAREZ LATA, *Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento*, in *Anuario de la facultad de Derecho da Universidade da Coruña*, Coruña 2002, p. 112 ss., «Con todo, la patrimonialidad del testamento, ha sido superada, como definitoria del testamento – al menos en un sentido formal –, por casi la totalidad de la doctrina española: la inclusión en el testamento de disposiciones denominadas anómalas o atípicas, entre las que se encuentran disposiciones de carácter no patrimonial, es innegable. No podía ser de otro modo cuando la ley reconoce explícitamente esta posibilidad e incluso no duda en calificar de testamento al negocio jurídico que sólo contenga tales cláusulas (cfr. art. 741 CC); en defecto de norma, el principio de autonomía privada, concretado en la libertad de testar, legitimaría la inflación del contenido testamentario siempre que respetase sus límites». T.F. TORRES GARCÍA, *Una relectura del testamento*, in *Studi in onore di A. Palazzo*, 2, Torino, 2009, p. 865 ss. Più di recente il bel volume di T. F. TORRES GARCÍA e M. Paz GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2014.

<sup>71</sup> Vale la pena di segnalare che la norma di cui all'art. 587 c.c. è, tra tutte, quella che ha subito le maggiori modifiche dall'uno all'altro progetto, con avvertenza che essa è stata modificata, da ultimo, quando si è trattato di coordinare il secondo libro già entrato in vigore nel 1940, con gli altri che sarebbero entrati in vigore nel 1942. La migliore formulazione è stata, senz'altro, quella del progetto preliminare del 1936, il quale all'art. 140 così disponeva: «il testamento è un atto revocabile, con cui taluno dichiara la sua ultima volontà, da valere dopo la morte, sia mediante disposizioni riguardanti tutte o parte delle proprie sostanze, sia mediante disposizioni non patrimoniali che abbiano carattere giuridico». L'ampiezza della definizione che compare nel progetto preliminare del 1936 è, significativamente, ridimensionata nel *progetto de-*

l'efficacia delle disposizioni testamentarie non aventi carattere patrimoniale, quando esse costituiscano l'oggetto esclusivo di un testamento

*finitivo*, il quale, nell'art. 130, a mente del quale: «il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse. Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che possono essere contenute nel testamento, conservano la loro efficacia anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale». Una scelta, dunque, radicalmente diversa da quella precedente, con la quale si ribadisce, come emerge chiaramente, nella Relazione che accompagna questo testo, che si era reputato più conveniente «fissare innanzi tutto [...] la nozione tradizionale di testamento e aggiungere, poi, in comma separato, la norma sull'efficacia delle disposizioni patrimoniali». Ciò allo scopo di non frangere il concetto tradizionale di testamento, come atto di regolamentazione di profili prettamente attributivo-patrimoniali e, nondimeno, di consentire, nei casi previsti dalla legge, che il testamento potesse contenere anche disposizioni di carattere non patrimoniale. Gli studiosi e i giuristi coinvolti nella predisposizione del nuovo codice, pur essendo concordi «nel ritenere che il testamento possa contenere anche disposizioni di carattere giuridico non aventi contenuto patrimoniale e che queste possano avere efficacia in mancanza di quelle patrimoniali» (Relazione sui lavori della Commissione Parlamentare, n. 2), consideravano il testo dell'art. 130 del progetto definitivo intimamente contraddittorio. Si diceva, infatti, che esso recava un'intrinseca contraddizione, «tra la prima parte, in cui si assume come carattere fisionomico del testamento il suo contenuto patrimoniale e la seconda parte che ammette la figura del testamento anche se non vi è contenuto patrimoniale». Il tentativo di mantenere ferma l'impostazione già assunta con il progetto definitivo di codice, ma di superare quell'apparente contraddizione, viene tentata con la stesura del libro del codice civile «Delle successioni per causa di morte e delle donazioni», approvato con r.d. 26 ottobre 1939, ed entrato in vigore il 21 aprile 1940, il quale, all'art. 133, a mente del quale: «il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse. Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, anche se nell'atto mancano disposizioni di carattere patrimoniale». Il testo, che pure aveva l'aspirazione di superare la contraddizione del precedente, riceve critiche severe e da autorevole dottrina è, addirittura, considerato non soltanto contraddittorio, almeno quanto il precedente, ma, addirittura, capace di snaturare e alterare il concetto stesso di testamento, dacché secondo la formulazione in esso contenuta «è testamento anche l'atto in cui non si contiene alcuna disposizione in ordine al patrimonio del testatore» (W. D'AVANZO, *Delle successioni*, t. II, *Parte speciale*, Firenze, 1941, p. 924), a nulla valendo per superare questa antinomia le considerazioni svolte nella Relazione di accompagnamento (ID., *o.m.c.*, p. 925). Né è un caso che i primi commentatori di questa disposizione di legge hanno insistito sul carattere esclusivamente patrimoniale del testamento, precisando che le disposizioni di carattere non patrimoniale «non confluiscono sulla validità del testamento» (A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, p. 222 s.). Quando, con l'approvazione degli altri libri del codice, si trattava di effettuare il coordinamento del libro «Delle successioni per causa di morte e delle donazioni», già approvato nel 1939, si rimangiò, ulteriormente, il testo di quell'articolo. Il quale assume la conformazione che, oggi, conosciamo, mercé l'introduzione dell'incidentale «se contenute in un atto che ha la forma del testa-

o, piú esattamente, di un atto avente la forma testamentaria. Problema assai rilevante, se si consideri che, vigendo il codice del 1865, si dibatteva sulla validità di un testamento che avesse come unico contenuto la revocazione di uno precedente<sup>72</sup>.

La formulazione dell'art. 587, comma 2, c.c. nel risolvere questo problema ne ha, però, creati due ben piú rilevanti, che si sono faticosamente trascinati sino a oggi: se si possano dare disposizioni non patrimoniali diverse da quelle ammesse, espressamente, dalla legge; se queste ultime costituiscano oggetto del testamento in senso proprio.

Il primo dei due problemi può dirsi, definitivamente superato, dal momento che solo qualche voce isolata, reputa che non si possano dare disposizioni testamentarie oltre i casi espressamente ammessi dalla legge. Si tratta di un risultato acquisito, sul quale non avrebbe senso neppure tornare, se non per precisare che tale esito è l'unico coerente rispetto al significato che oggi assume il concetto di successione ereditaria, nonché a taluni recenti interventi legislativi.

La storia del secondo problema è ben altra.

Continua a prevalere l'idea, che trova la sua genesi nelle pagine di Giampiccolo, e in quella concezione fortemente patrimoniale del diritto civile, che il testamento si esaurisce nel suo contenuto tipico, ossia quello patrimoniale-attributivo, mentre il c.d. *contenuto atipico* descrive atti di diversa natura, meramente ospitati nel testamento.

Ho già detto e ritorno sull'idea che il discorso sul contenuto tipico

mento», la quale sarebbe dovuta servire a superare la contraddizione, precisando che il testamento è, sostanzialmente, un atto avente un contenuto attributivo-patrimoniale, che il testamento può contenere disposizioni non aventi contenuto patrimoniale e che l'efficacia di quest'ultime rimane ferma anche nel caso in cui le stesse costituiscano l'oggetto esclusivo di un testamento o, piú esattamente, di un atto avente la forma testamentaria. Nel trionfo dell'idea che il testamento è un atto a contenuto patrimoniale-attributivo, si aprono, però, due nuovi problemi, ben piú importanti: se disposizioni a contenuto non patrimoniale possano essere contenute in un testamento soltanto nei casi ammessi dalla legge, escludendo, così, che si possano inserire nel testamento disposizioni non patrimoniali, quando la legge non lo preveda, espressamente; se le disposizioni non patrimoniali possano considerarsi disposizioni testamentarie in senso proprio, ovvero atti che del testamento hanno solo la forma, come se quello fosse un mero contenitore destinato, unicamente, a ospitarle, ovvero anche la sostanza.

<sup>72</sup> La soluzione era tendenzialmente di segno negativo. In giurisprudenza, Cass., 14 giugno 1935, n. 2273, in *Foro it.*, 1935, I, c. 1150; Cass., 27 luglio 1933, n. 3151, *ivi*, 1933, I, c. 1473; Cass., 29 febbraio 1932, *ivi*, 1932, I, c. 555. In senso contrario, qualche decisione di merito: App. Brescia, 1 giugno 1934, in *Mont. Trib.*, 1934, p. 901; App. Torino, 17 gennaio 1923, in *Foro it.*, 1923, I, c. 586; App. Brescia, 23 gennaio 1932, *ivi*, 1932, I, c. 519. Per una sintesi della posizione tradizionale, L. ABELLO, *Revocazione espressa di testamento senza disposizione di beni*, *ivi*, 1899, I, c. 22.

e atipico del testamento svolto da Giampiccolo avrebbe dovuto portare un'altra conclusione e ben diverse riflessioni: sarebbe dovuto servire per dire che il c.d. contenuto atipico del testamento indica un contenuto che può essere affidato non soltanto al testamento, ma anche all'atto di ultima volontà. Atto la cui elaborazione avrebbe richiesto una piú accorta riflessione e una maggiore apertura nel suo accoglimento. Di qui, gli atti di disposizione aventi la funzione di realizzare una pianificazione ereditaria avrebbe conquistato ben altro e piú intenso slancio, sopendo la strisciante convinzione secondo cui ciò che il testamento non può, il contratto può, senz'altro.

Ciò che dovrebbe destare maggior attenzione è che la formula contenuto tipico e atipico del testamento, originariamente utilizzata per distinguere il contenuto patrimoniale-attributivo da quello non patrimoniale, a mano a mano, ha perso questa sua connotazione e, in concomitanza con lo svilupparsi degli studi sulla tipicità contrattuale, è stata impiegata, anche in materia successoria, con un significato prossimo a quello. Per distinguere, cioè, le disposizioni testamentarie aventi una precisa disciplina, da quelle che ne sono prive. E pur nel pieno di un dibattito, nel quale autorevole dottrina andava escludendo l'applicabilità al testamento della norma di cui all'art. 1322 c.c. e, piú ampiamente, delle norme sul contratto in genere, i tentativi di ampliare la portata del testamento si sono spinti sino all'applicazione di quella regola, postulando, dunque, che il testamento potesse avere un contenuto atipico, purché esso fosse meritevole di tutela, secondo l'ordinamento giuridico.

Spingendo, addirittura, questo discorso fino alle disposizioni a titolo particolare, distinguendo, così, il legato tipico da quello atipico.

Va, in primo luogo, sgomberato il campo dall'idea che si possa proficuamente discorrere di legati atipici, dacché la disposizione testamentaria a titolo particolare, indipendentemente dal suo contenuto e, dunque, dal suo effetto reale o obbligatorio e indipendentemente dalla circostanza che la vicenda di rapporto realizzata abbia, o no, una specifica disciplina, è, pur sempre, un modello di chiamata espressamente regolato. Sicché discorrere di atipicità del legato, serve soltanto per dire che si tratta di legato il cui rapporto è privo di una disciplina particolare, ma che oltre a tal profilo descrittivo è espressione incapace di apportare un utile risultato.

Svolta questa precisazione, è chiaro che ipotizzare che la distinzione tra disposizioni testamentarie tipiche e atipiche serva per assoggettare solo le ultime al controllo di meritevolezza è inaccettabile.

È stato ampiamente dimostrato che il controllo di meritevolezza, che deve esprimersi alla luce dei principi fondamentali dell'ordina-

mento, riguarda, indistintamente, ogni atto di autonomia privata, sia tra vivi, sia di ultima volontà, sia unilaterale, sia plurilaterale, sia nominato, sia innominato, sia tipico, sia atipico<sup>73</sup>.

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

La distinzione tra disposizioni testamentarie tipiche e atipiche, dunque, di là della sua valenza descrittiva, non ha un valore pratico-applicativo e, anzi, essa è alla base di quel pregiudizio che ha fortemente limitato le potenzialità del testamento come atto di disposizione e che ha tarpato le ali al tentativo di assegnare centralità all'atto di ultima volontà. Per questo meriterebbe di essere superata per dare, nuovo slancio al diritto successorio.

L'atto di disposizione in funzione di una pianificazione ereditaria meriterebbe, dunque, di essere ripensato, certamente, senza rinnegare e, anzi, esaltando quanto d'importante si possa realizzare con il contratto, ma, nondimeno, facendo uno sforzo importante per conferire centralità al testamento e all'atto di ultima volontà. Centralità che, dal mio punto di vista non hanno mai perso, pur in presenza di consonanti e autorevoli voci che ne annunciano da tempo il declino.

All'esatto opposto, la rilevanza sempre maggiore delle situazioni esistenziali, un inevitabile moto legislativo registrabile anche in altri paesi europei a noi culturalmente vicini, le esperienze della moderna economia, finiscono con il conferire centralità al testamento e all'atto di ultima volontà.

La regolamentazione *post mortem* degli interessi non patrimoniali è, tendenzialmente, sottratta al contratto e affidata all'atto di ultima volontà, che meglio di altri realizza e attua quegli interessi, come ha dimostrato, l'esempio sulle disposizioni inerenti la sorte del proprio

<sup>73</sup> Efficacemente, AND. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, a cura di C. Perlingieri e L. Ruggeri, Napoli, 2016, p. 174, chiarisce che «la riconduzione del contratto atipico ad un tipo legale si configura quale tecnica esclusiva in un contesto che esclude l'utilizzazione da parte della giurisprudenza di strumenti alternativi, come i principi generali e le clausole generali. La riverenza verso i tipi legali costituisce il riflesso del condizionamento esercitato dalla legge scritta e, quindi, dell'identificazione tra diritto e legge».

cadavere e il proprio funerale, o ancora la disciplina sul diritto d'autore.

È soltanto l'atto di ultima volontà a garantire quella libera revocabilità che l'atto tra vivi, quand'anche fosse convenzionalmente previsto un recesso *ad nutum*, non potrebbe, comunque, assicurare al disponente, in ragione dell'affidamento che esso è idoneo a produrre.

La centralità dell'atto di ultima volontà, soprattutto nella regolamentazione delle situazioni non patrimoniali, è comprovata dall'atteggiamento con il quale si prova a regolamentare, oggi, il fenomeno della successione nel patrimonio digitale, che ha sempre maggiore rilevanza. Esempio la scelta fatta del più grande *social network*, la quale, con ogni probabilità, verrà percorsa anche dagli altri. Ora è poco che *facebook* ha introdotto la possibilità che ciascun utente nomini il proprio *contatto erede*, ossia un soggetto che, in caso di morte del titolare, avrà il potere di gestire la pagina commemorativa del titolare mancato ai vivi. E questa scelta del c.d. contatto erede si compie con atto unilaterale, revocabile in qualunque momento, direttamente sul sito.

Ma, anche l'atto di disposizione *post mortem* d'interessi patrimoniali meriterebbe una nuova riflessione che provi a considerare il fenomeno della pianificazione ereditaria non isolatamente, ma nell'unità e complessità del sistema ordinamentale.

La fuga dal testamento e il tentativo di voler affidare la pianificazione ereditaria al solo atto tra vivi e, in specie, al contratto, ha il sapore del rifugio nella torre eburnea. Il contratto che, certamente, conserva e guadagna spazi importanti nella pianificazione ereditaria, non risolve alcuno dei problemi che sono connessi alla precarietà delle attribuzioni in presenza di legittimari.

Il principio dell'unicità della successione impone di rimettere in discussione anche l'attribuzione patrimoniale che abbia fonte nel contratto, nonostante esso abbia forza di legge tra le parti che lo hanno concluso.

Non si tratta, dunque, di scegliere nella pianificazione ereditaria l'atto tra vivi o l'atto di ultima volontà, ma di valutare quale sia l'interesse che il soggetto attende di realizzare in concreto e, sulla base di ciò, scegliere quello che sia in grado di attuarlo e realizzarlo nel modo più indicato, in ogni caso ponendosi il problema della individuazione della disciplina applicabile<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> In tema, le attuali considerazioni di L. CARIOTA FERRARA, *Mandato*, cit., c. 754, «concludendo si può affermare che il diritto di disporre della propria sepoltura è evidentemente personale, e, come tale, sottratto sempre all'influenza della volontà dell'erede, il negozio, o, in genere, il mezzo con cui lo si esercita è indifferente, e, per la



Nella pianificazione ereditaria non cambia, cioè, il metodo del giurista, il quale non deve e non dovrebbe mai, aprioristicamente, scegliere la struttura, sol perché essa sembra capace o astrattamente capace di creare un assetto di interessi stabile. Anche nella pianificazione ereditaria la struttura, come si sono provato di dimostrare, dipende dalla funzione e dal particolare assetto di interessi. E oggi, mi sembra che molte delle funzioni successorie e molti dei rapporti e degli assetti di interessi potrebbero suggerire di tornare a riflettere sul testamento e sull'atto di ultima volontà.

particolare natura dell'oggetto, non può che rimanere anch'esso fuori dei rapporti giuridici costituenti il compendio ereditario, i quali soltanto sono destinati a passare all'erede, ad averlo cioè come nuovo soggetto, arbitro e signore, com'era il *de cuius*».

## SOMMARIO

### LIBERTÀ DI DISPORRE E PIANIFICAZIONE EREDITARIA

#### PARTE I

*Fondamento e limiti della libertà testamentaria*

Presieduta da N. LIPARI

#### *Relazioni*

|  |     |
|--|-----|
| N. LIPARI, <i>Prospettive della libertà di disposizione ereditaria</i>                             | 7   |
| G. BONILINI, <i>Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento di princípi</i> | 17  |
| P. FRANZINA, <i>Libertà testamentaria e successioni con elementi di internazionalità</i>           | 37  |
| G. D'AMICO, <i>Revocazione delle disposizioni testamentarie e disciplina applicabile</i>           | 69  |
| R. TOMMASINI, <i>Invalidità delle disposizioni testamentarie e disciplina applicabile</i>          | 91  |
| S. PAGLIANTINI, <i>Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo</i>          | 117 |

#### PARTE II

*Atto di disposizione e interessi post mortem*

Presieduta da A. MASI

#### *Relazioni*

|  |     |
|--|-----|
| V. BARBA, <i>Atti di disposizione e pianificazione ereditaria</i>  | 181 |
| M. PARADISO, <i>Le disposizioni testamentarie che afferiscono a diritti e a libertà personali</i>            | 225 |
| M. MANTOVANI, <i>Il c.d. testamento biologico come strumento di pianificazione delle scelte di fine vita</i> | 255 |
| S. DELLE MONACHE, <i>Disposizioni «negative»</i>   | 277 |
| R. LENZI, <i>Disposizioni afflittive</i>   | 293 |

## PARTE III

*Circolazione dei beni, ordine pubblico e tutela dei legittimari  
nella prospettiva italo-europea*

Presieduta da A. LUMINOSO

*Relazioni*

- A. FUSARO, *I legittimari in Italia e negli ordinamenti stranieri. La riserva e altre tecniche di protezione successoria* 319
- N. CIPRIANI, *Potere di disporre mortis causa e libertà personale, interessi della famiglia e del testatore* 345
- M. TATARANO, *La rinunzia all'azione di riduzione ed all'azione di restituzione* 379
- M.V. DE GIORGI, *Patti successori, compatibilità della legge straniera con l'ordine pubblico e tutela dei legittimari* 411

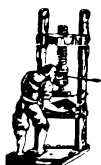
## PARTE IV

*Pianificazione successoria, destinazioni e attività d'impresa*

Presieduta da F. ANELLI

*Relazioni*

- A. CIATTI CÀIMI, *La tutela degli acquirenti di beni ereditari e il certificato successorio europeo* 423
- A.A. CARRABBA, *Pianificazione successoria, disposizioni testamentarie e destinazioni* 433
- M. NOTARI, *La trasmissione ereditaria di impresa* 479
- G. RECINTO, *«Chi fa cosa» nel patto di famiglia: è davvero utile deciderlo «a tavolino»?* 497
- P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva* 513



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso  
nel mese di maggio dell'anno 2017  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)









L'11° Convegno Nazionale affronta il tema della libertà di disporre e, in particolare, della pianificazione ereditaria. Quest'ultima, tradizionalmente affidata al testamento, è comunemente stretta in una prospettiva statica del diritto successorio incapace di cogliere i radicali e profondi mutamenti del sistema delle fonti e troppo spesso immobile rispetto alla complessità dei rapporti socio-economici. I contributi resi offrono una lettura degli strumenti propri del diritto successorio secondo le attuali esigenze della programmazione ereditaria, attenta alle situazioni patrimoniali e a quelle esistenziali, in una rilettura, sistematica e assiologica, dell'intero diritto delle successioni, tesa alla ridefinizione del fondamento e dei limiti della libertà testamentaria.

€ 90,00

