

Marcello Di Fabio

IL TESTAMENTO

Tipologie, casistica e formule

Sezione non inclusa

CAPITOLO I

GENERALITÀ

SOMMARIO: 1. Definizione legislativa. — 2. Etimologia. — 3. Causa.

1. *Definizione legislativa.*

Il codice civile italiano definisce il testamento “un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse” (art. 587, 1° co.).

“Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale” (art. 587, 2° co.).

La definizione ci è pervenuta da una lunga storia, che ha la sua origine nel diritto romano, per giungere dopo il Codice di Napoleone il Grande pel Regno d’Italia e il codice civile italiano del 1865, al codice civile attuale del 1942, con significative variazioni.

Infatti, mentre per il diritto romano il testamento non poteva sussistere se non mediante la nomina di un erede, alla quale seguiva la trasmissione della proprietà dei beni, in quanto quel che contava era la formula con la quale veniva trasferito non soltanto e non tanto il patrimonio, ma la stessa entità della persona, tant’è che la nomina di erede doveva essere formale (*Titius heres meus esto*) e per questo motivo nella cerimonia funebre il nominato incedeva nel corteo ponendo sulla sua faccia la effigie del volto del defunto (*heres personam defuncti sustinet*); il corteo passava per il Foro e si fermava davanti ai Rostri, su cui saliva un parente del defunto per pronunciare l’elogio (*Laudatio*).

Diverse furono le ragioni delle modifiche recate dal Codice Napoleone e dal c.c. 1865:

a) Art. 805 Codice Napoleone: “atto col quale il testatore

dispone, per il tempo in cui avrà cessato di esistere, di tutti o di parte dei suoi beni, e che ha la facoltà di revocare;

b) art. 769 c.c. 1865: “atto revocabile, col quale taluno, secondo le regole stabilite dalle leggi, dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse in favore di una o più persone”.

Da queste due definizioni si evince chiaramente come, capovolgendo il principio romanistico, ad attribuire la qualità di erede per esse non è la nomina formale cui segue il trasferimento dei beni, ma è l’assegnazione dell’universalità dei medesimi o di una quota di essi a conferire la qualità di erede.

Le modifiche ulteriori del nostro legislatore del 1942, riguardano:

a) l’eliminazione dell’indicazione necessaria di una o più persone come beneficiari;

b) l’aver previsto la possibilità di contemplare come unico contenuto del testamento disposizioni di carattere non patrimoniale (art. 587, co 2).

La (prevalente) ragione di entrambe queste modifiche fu quella di poter riconoscere, mediante testamento olografo, un proprio figlio naturale, oltre che con un atto pubblico che poteva essere anche un testamento purché pubblico, contenente il solo riconoscimento.

2. Etimologia.

Il termine “testamento”, prima ancora che significare “attestare le ultime volontà” significava dare testimonianza; questa testimonianza può avere per oggetto fornire la prova (orale e scritta) di una qualsiasi circostanza, come ad es. nella I delle XII Tavole (*si in jus vocat, ito, ni it, antestamino*), termine nel quale il suffisso “*mentum*” indica il mezzo o lo strumento, come nell’espressione “Vecchio o Nuovo Testamento”, usata per indicare il mezzo per la manifestazione della volontà divina, differenziato tra l’epoca precedente e quella successiva alla venuta di Gesù Cristo, come attesta Tertulliano, traducendo il greco “*diateche*”, anche se il termine appare già in S. Paolo.

Ma più semplicemente il termine da sempre fu usato nel senso di prova o manifestazione di ultima volontà, come confermato dalle

celebri definizioni di MODESTINO (*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*), ULPIANO (*Testamentum est mentis nostrae contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*), GIUSTINIANO (*Testamentum est appellatum quod testatio mentis est*).

Nel medioevo il termine fu sostituito anche da quello di *eulogium*.

Il collegamento con la presenza dei testimoni è dato dalla necessità di assicurare certezza alla conoscenza della volontà, il che poteva avvenire, non solo dall'uso di formule stabilite, ma anche dalla sopravvivenza al testatore di persone degne di fede, che potessero render testimonianza della volontà di chi, essendo defunto, non poteva più darne conferma.

3. *Causa*.

Se consideriamo il sempre dibattuto, controverso e multiforme concetto di causa con quella che certamente può essere ritenuta la funzione del testamento, è indubbio che mentre nell'oggetto della volontà, si è affermato — e non pare seriamente contestabile — che per mezzo del testamento gli uomini — per quanto efficacemente o meno — “vivano e comandino ancora anche dopo il termine della loro esistenza”, quasi una auspicata immagine dell'immortalità dell'uomo, che, pur dopo la morte ritiene o almeno spera di poter disporre, per mezzo del testamento, dei beni che gli erano appartenuti mentre era in vita, talvolta per compensare, altre volte per punire dei soggetti a lui vicini.

È il *non omnis moriar* che echeggia — per l'opera del poeta e l'artista in genere — dai versi immortali di Orazio (*Carminum Liber, III, 30*).

CAPITOLO II

PRECEDENTI STORICI (CENNI)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Oriente. — 3. Grecia. — 4. Roma. — 5. Francia. — 6. Germania. — 7. Italia.

1. *Premessa.*

Un esame completo sia pur sommario dell'istituto testamentario nel tempo e nello spazio esula ovviamente dalla portata o dagli scopi della presente indagine.

Non sarà inutile peraltro accennare a come, nei diversi tempi e nei diversi paesi, si sia tentato di dare una risposta a quel bisogno insopprimibile dell'uomo, nell'impossibilità di poter consentire ai suoi beni di seguirlo — va ricordato lo straziante imperativo di Mazarò ⁽¹⁾ che, distruggendola, comandava alla sua “roba” di venirsene con lui — di regolamentare comunque la sorte del suo patrimonio anche dopo il termine della sua esistenza.

Si può affermare che, grosso modo, due sono le strade seguite, sempre che non si sia voluto escludere la possibilità che i beni della persona potessero passare in proprietà di altre persone fisiche, per trasmigrare definitivamente nel patrimonio dello Stato:

a) attribuire valore al vincolo derivante dalla parentela e, ove questa non vi fosse, ricorrere all'adozione;

b) riconoscere potere alla ultrattività del volere, risultante da prove certe e inconfutabili, quali le testimonianze o i documenti.

⁽¹⁾ G. VERGA, *La roba*, in *Novelle rusticane, Opere*, in *Enc. Treccani*, 2012, p. 219 e ss.

2. *Oriente.*

Due esempi della trasmissione volontaria del titolo di erede spiccano:

- a) nel Codice di Hammurabi (par. 168);
- b) nel Vecchio testamento: passaggio della primogenitura ad Esau, contrattata per un piatto di lenticchie (antesignano di un patto successorio).

3. *Grecia.*

Il testamento in Grecia era regolato dal *diatheke*.

Secondo l'Arangio-Ruiz, è nella mancanza di un erede formale che si riassumono le caratteristiche del testamento greco in confronto con il romano e che la regola romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus, decedere potest*, nonché l'*heredis institutio* non apparvero mai nel mondo greco (2).

Si è osservato, inoltre, che la suddetta regola del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, dipendeva dalla concentrazione in capo al solo *pater familias* della titolarità di qualsiasi situazione giuridica soggettiva (3); ma invece nel diritto greco-egizio soprattutto, mancava un sistema di gradi di tipo romano, essendo il figlio già, in vita del padre, capace di diritti patrimoniali, dei quali poteva disporre, per atti così tra vivi come a causa di morte, quando avesse raggiunto l'età maggiore (4).

4. *Roma.*

Enorme importanza ebbe durevolmente nel diritto romano il testamento, inizialmente sostituito dall'adozione, nella quale consistevano praticamente le due precedenti forme, che erano orali, ma che ricevevano la massima pubblicità per la conoscenza che ne poteva avere la cittadinanza capace di diritti: il *testamentum calatis comitiis*, proclamato davanti a tutto il popolo, convocato due volte

(2) V. ARANGIO-RUIZ, *L'origine del "testamentum militis" e la sua posizione nel diritto romano classico*, in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, p. 40 ss.

(3) V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 49.

(4) V. ARANGIO-RUIZ, *Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiri (1913)*, in *Scritti, cit.*, I, p. 461 ss.

l'anno per le elezioni nei *comitia centuriati*, e quello *in procintu*, davanti all'esercito schierato in armi, prima della partenza per le spedizioni militari.

Francamente sarebbe difficile immaginare la verità della dichiarazione testamentaria più autentica e più sicura di quella che poteva risultare dalla "testimonianza" del maggior numero possibile dei *cives*; soltanto successivamente, per il progressivo espandersi del dominio romano, si volle affidare ad una procedura particolarmente complessa, nella quale doveva essere presente un minimo numero di *cives puberes*, per il valore del testamento: era il *testamentum per aes et libram*, ed è singolare che di queste due forme di testamento usarono Giulio Cesare, il quale adottò in *familiam nomenque* il nipote Ottaviano, e lo stesso (Cesare Ottaviano Augusto) il quale dispose delle sue sostanze con un *testamentum per aes et libram*, unito alla sua opera *Res Gestae*, affidato alle Vestali.

E anche dopo l'affermarsi del *testamentum per aes et libram* prima e dopo il *testamentum militis*, fu mantenuto nella tradizione il corteo funebre del defunto, come si è osservato (cfr. Cap. I, 1), in testa al quale *heres personam defuncti sustinet*, cioè l'*heres suus*, l'erede cioè, procedeva tenendo avanti al volto la maschera di cera del defunto, quasi a voler significarne la continuazione della sua persona.

Per quanto concerne il notariato romano, può affermarsi che il testamento è stata una creazione giuridica vivificata dalla scienza romana ⁽⁵⁾.

In particolare, solo la piena comprensione del passato può spiegare modi e forme del moderno istituto notarile, visitato nei suoi aspetti più significativi, quali la capacità certificativa, la pubblicità, la piena credibilità, la *vis* autenticatoria nonché l'iter formativo del *publicum instrumentum* ⁽⁶⁾.

Per questa ragione non è inutile non tralasciare un sia pur sintetico accesso al passato di un istituto, ricordando l'ammonimento di Dante: "*conviene adunque essere prudente, cioè savio: e a*

⁽⁵⁾ M. LOMBARDO, *Il notaio romano tra sovranità pontificia e autonomia comunale*, Milano, 2010, p. 27.

⁽⁶⁾ J.E. RENAN, *I veri uomini del progresso sono quelli che hanno per punto di partenza un profondo rispetto del passato*.

ciò essere si richiede buona memoria de le vedute cose, buona conoscenza de le presenti e buona provedenza de le future” (7).

5. *Francia.*

In Francia, come in Germania, il testamento come criterio prevalente per la successione ereditaria, non ebbe molta fortuna, in quanto sia il diritto franco che quello germanico conoscevano, per regolare il trasferimento dei beni *mortis causa*, soltanto il vincolo del sangue (*heredes gignuntur, non faciuntur*).

Solo nel tardo diritto medievale fu ammessa la possibilità di disporre dei beni per successione, anche se non si rinunciò a riservare la qualifica di eredi soltanto ai successori del sangue, tanto è vero che fino all'attuale codice civile francese, derivato dal *Code Napoleon*, il termine di erede fu riservato ai successori legittimi, mentre, quand'anche fosse stato consentito di trasferire i propri beni ad estranei alla propria famiglia, si riservò a quelli che venivano nominati sostanzialmente eredi, il termine di “*légataires universelles*”.

Non solo, ma soltanto nel XVIII secolo, con le *Ordonnances D'Aguesseau*, fu consentito di disporre a titolo universale dei propri beni con testamento olografo e non esclusivamente per atto notarile.

6. *Germania.*

Non dissimile fu per lungo tempo la situazione in Germania, dove fin dall'opera di Tacito (8); nel descrivere i loro costumi successori, lo storico si esprimeva con sintetico e forse malcelato disprezzo (“*nullum testamentum*”).

7. *Italia.*

Il testamento, dopo la caduta dell'impero romano e le invasioni barbariche, al pari del diritto francese e di quello inglese, fu

CAPITOLO III

DISCIPLINA GIURIDICA (FONTI)

SOMMARIO: 1. Nazionale. — 2. Internazional-privatistica. — 3. Comunitaria.

1. *Nazionale.*

La disciplina del testamento, nel nostro ordinamento giuridico, risulta regolata da più fonti normative.

In primo luogo la normativa nazionale, costituita dal Libro II, Titolo III (Delle successioni testamentarie), artt. da 587 a 712 del c.c.

È opportuno delineare subito alcuni aspetti ed alcuni caratteri della normativa:

a) la materia delle successioni è trattata unitamente con quella delle donazioni e ciò è dovuto ad una decisione consacrata nel Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia, entrato in vigore contemporaneamente e con identico valore per ciascuna delle tre versioni nelle quali venne promulgato il 1° aprile 1806, (francese, italiano e latino), data la grande influenza che ebbe ad esercitare questo testo legislativo sulla maggior parte dei Codici civili europei, compreso il nostro.

In esso venivano accomunati e disciplinati, in un unico libro, successioni e donazioni, non considerando la natura differente delle due attività giuridiche, e cioè atto unilaterale la successione testamentaria, contratto la donazione, che meglio avrebbe meritato di figurare nel libro dei contratti.

b) Altra notevole differenza rispetto al diritto romano classico, è costituita essenzialmente dalla circostanza che la nomina di erede non derivava più dal titolo che gli veniva formalmente attribuito (*Titius heres meus esto*) e senza il quale non poteva esistere né il testamento né, separatamente dalla nomina ad erede, qualsiasi altra disposizione testamentaria.

c) E c'è stata un'altra differenza, rispetto non al diritto romano, ma proprio nei confronti di una materia tuttora vivacemente discussa: il rispetto della c.d. riserva a favore di quelli che la legge definisce legittimari.

A tal proposito, anche dopo l'entrata in vigore del c.c. 1942, continua a ritenersi valido il divieto di disporre per testamento pregiudicando i diritti che la legge riserva ai legittimari, a sensi e termini dell'art. 487, co. 3.

Se fosse vera un'affermazione del genere, ogni notaio che violasse il preteso divieto andrebbe incontro ad un duplice inconveniente:

a) riceverebbe un atto nullo;

b) violerebbe il divieto della legge professionale di ricevere un atto espressamente proibito dalla legge (art. 28 l.n.) con la conseguente sanzione disciplinare ex art. 138, n. 2.

Né l'una né l'altra affermazione sono vere.

Il significato dell'art. 457 co. 3, infatti, non consiste nel vietare una disposizione contraria alla normativa sulla legittima, ma soltanto nello stabilire che non si può vietare la possibilità al legittimario preterito di esperire la sua richiesta di riserva, così come non si potrebbe impedirgli di vanificare l'azione per diverse ragioni (avvenuta scadenza del termine di prescrizione decennale, prova che gli è stata già attribuita in vita una quantità di beni corrispondente alla quota di riserva, magari mediante una donazione indiretta, ecc.).

L'affermazione del divieto di disporre della legittima poteva avere un significato ed essere giustificata sotto l'impero del *Code Napoleon* e del c.c. 1865, laddove entrambi disponevano espressamente che il testatore poteva disporre soltanto di una quota del suo patrimonio detta disponibile; del resto, una prima motivazione del "revirement" può leggersi in un testo a torto negletto, la Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi alla presentazione del Codice Civile 1942 alla Maestà del Re Imperatore.

Né sembra più opportuno dedicare troppa attenzione per risolvere la questione della prevalenza della successione testamentaria su quella legittima, dal momento che oggi nel nostro ordinamento giuridico, possono benissimo convivere, non valendo più la vecchia regola del diritto romano classico: "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*".

Per quanto concerne la normativa nazionale in tema di testamento, non è più vigente la disposizione contenuta nell'art. 32 c.p., secondo la quale la condanna alla pena dell'ergastolo comportava la perdita della capacità di testare e rendeva nullo il testamento fatto prima della condanna, e l'art. 38 c.p. il quale equiparava il condannato alla pena di morte al condannato all'ergastolo per quanto riguarda la sua condizione giuridica. Detta normativa, per quanto concerne la capacità di testare e la nullità del testamento fatto prima della condanna (normativa conforme a quella del Codice Napoleone, Art. 25) è stata abrogata dall'art. 119 della l. 24 novembre 1981, n. 689, mentre la pena di morte per i delitti previsti nel codice penale, è stata soppressa dal d.lgs. 10 agosto 1944, n. 224, disposizione estesa ai delitti previsti dalle leggi speciali diverse da quelle militari di guerra, dal d.lgt. 22 gennaio 1948, n. 21; per quanto concerne la pena di morte nei casi previsti dalle leggi militari di guerra, ammessa dall'art. 27 co. 3 Cost., la previsione è stata eliminata dall'art. 1, co. 1 della l. cost. 2007, n. 1, e la pena di morte prevista dalle norme di guerra è stata sostituita con la pena massima prevista dal codice penale, con l'art. 1 della l. 13 ottobre 1994, n. 589.

2. *Internazional-privatistica.*

Per quanto concerne il diritto internazionale privato, il nostro Paese, possiamo dire è sempre stato all'avanguardia, non soltanto per quanto riguarda le Preleggi del 1942, promulgate insieme al c.c., ma anche con le più recenti norme portate dalla legge 31 maggio 1995, n. 218.

La materia è regolata dal Titolo IV del Capo VI, artt. da 46 a 50 della suddetta legge.

A norma dell'art. 46:

a) la successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta;

b) tale soggetto può sottoporre, in forma di testamento, l'intera successione allo Stato in cui risiede, ma se non risiede più in tale Stato al momento della morte, la scelta non ha effetto;

c) se si tratta di cittadino italiano, la scelta non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui successione si tratta;

d) la divisione ereditaria è regolata dalle leggi applicate alla successione, salvo che i condividenti, d'accordo tra loro, abbiano designato la legge del luogo di apertura della successione o del luogo ove si trovano uno o più beni ereditari.

A norma dell'art. 47:

la capacità di disporre per testamento, di modificarlo o di revocarlo, è regolata da quella che è la legge nazionale del disponente al momento del testamento, della modifica o della revoca.

A norma dell'art. 48:

Il testamento è valido se è considerato tale:

- a) dalla legge dello Stato nel quale il testatore ha disposto;
- b) ovvero dalla legge dello Stato in cui il testatore, al momento del testamento o della morte, era cittadino;
- c) dalla legge dello Stato in cui il testatore aveva il domicilio o la residenza.

A norma dell'art. 49:

Quando la legge applicabile alla successione, in mancanza di successibili, non attribuisce in successione allo Stato, i beni ereditari esistenti in Italia, sono devoluti allo Stato italiano.

A norma dell'art. 50:

In materia successoria la giurisdizione italiana sussiste:

- a) se il defunto era cittadino italiano al momento della morte;
- b) se la successione si è aperta in Italia;
- c) se la parte dei beni ereditari di maggior consistenza economica è situata in Italia;
- d) se il convenuto è domiciliato o residente in Italia o ha accettato la giurisdizione italiana, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero;
- e) se la domanda concerne beni situati in Italia.

Di queste disposizioni vale avvertire peraltro, che la maggior parte di esse sono destinate ad essere superate da quelle contenute nel Regolamento comunitario n. 650/2012 attualmente vigente.

Rientra nell'ambito del diritto internazionale privato la normativa prevista dalla Convenzione firmata a Washington il 16 ottobre 1973, che ha istituito una legge uniforme di testamento internazionale, alla quale Convenzione il nostro Paese ha aderito con la l. 29 novembre 1990, n. 387, a seguito della quale l'Italia ha depositato lo strumento di adesione a detta Convenzione in data 16 maggio 1991; in forza dell'art. 10 della Convenzione, quest'ultima è

Termine estratto capitolo

CAPITOLO IV

CARATTERI

SOMMARIO: 1. Caratteri del testamento nell'attuale ordinamento giuridico italiano. — 2. Revocabilità. — 3. Atto *mortis causa*. — 4. Personalità. — 5. Libertà. — 6. Unilateralità. — 7. Non recettizietà. — 8. Patrimonialità. — 9. Liberalità. — 10. Solennità. — 11. Parzialità. — 12. La stretta connessione con la funzione notarile.

1. *Caratteri del testamento nell'attuale ordinamento giuridico italiano.*

Dalla definizione legislativa sopra riportata, gli unici caratteri del testamento che ne rilevano espressamente sono la revocabilità, l'efficacia delle disposizioni soltanto dopo la morte del testatore (da cui il carattere di atto *mortis causa*), il contenuto normalmente patrimoniale, l'eventuale carattere non patrimoniale ove risultasse consentito dal nostro ordinamento giuridico.

Tuttavia, dal complesso della normativa che lo concerne (art. 587 a 712), la giurisprudenza e più ancora la dottrina hanno ravvisato nel testamento anche altri caratteri risultanti dalla normativa che sarà opportuno passare in rassegna.

2. *Revocabilità.*

Quello della revocabilità è un carattere previsto non solo dal nostro, ma anche dai più recenti ordinamenti giuridici, segnatamente — come si è visto dianzi — dal Codice Napoleone e dal c.c. 1865, in quanto esso intende assicurare la possibilità di mutare il proprio volere, sia per l'eventuale cambiamento delle circostanze nelle quali il testatore si trova ad operare, sia per il mutamento della sua volontà, in maniera da poter constatare che tale volontà sia sempre attuale; non avrà alcun valore pertanto alcuna clausola contraria contenuta nello stesso testamento (ad es. dichiarare che

soltanto una delle disposizioni testamentarie abbia valore, ovvero che debba valere soltanto una delle diverse forme di testamento, o che la volontà debba essere confermata od essere conforme a quella di un altro soggetto, ecc.); nel testamento, infatti *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad supremum vitae exitum* ⁽¹⁾.

3. *Atto mortis causa.*

La successione si apre al momento della morte, nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto (art. 456) e l'eredità si devolve per legge o per testamento (art. 457, co. 1), mentre vige tuttora il divieto dei patti successori, cioè è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone (per atto tra vivi) della propria successione, ed è del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi (art. 458).

Ora, a prescindere dalle possibilità di cui si può usufruire in virtù del nostro diritto internazionale privato (art. 46 co. 2 l. 31 maggio 1995, n. 218) e più ancora del Regolamento dell'Unione Europea n. 650/2012, che consentono di scegliere, per la propria successione, una legge diversa da quelle del proprio Paese, (sia pure a condizione di risiedere stabilmente in un Paese che lo consenta), il nostro ordinamento giuridico già conosce qualche caso nel quale sono ammessi dei patti successori; ad es.:

a) patto di famiglia (artt. 768-*bis* a 768-*octies*): tale a tacer d'altro la precisazione espressa inserita dopo l'introduzione dell'istituto, nell'art. 458);

b) contratto a favore di terzo, nel quale lo stipulante può però revocare il beneficio della prestazione, salvo che egli abbia rinunciato per iscritto al potere di revocare, se la prestazione deve essere fatta al terzo dopo la morte dello stipulante (art. 1412);

c) assicurazione sulla vita: la revoca del beneficiario non può

(1) Una eccezione può essere quella contenuta dal *Codex iuris canonici*, secondo il quale è richiesto, per modificare il testamento da parte di chi si è consacrato alla vita religiosa, il permesso dei superiori: "*ad has dispositiones iusta de causa mutandas et ad quemlibet actum ponendum circa bona temporalia, licentia superioris competentis ad normam iuris proprii indigent*" (Can. 668, par. 2).

Si può ritenere, però che tale disposizione abbia un valore morale e non sia certo valevole per il nostro ordinamento.

farsi dal contraente o dai suoi eredi dopo la morte del medesimo, se il beneficiario ha dichiarato di voler profittare del beneficio (art. 1921 e ss.).

Per diversi segni può ritenersi che stiamo assistendo alla progressiva erosione del divieto dei patti successori, preludio della loro completa abolizione, adeguando il nostro ordinamento giuridico alla maggior parte delle moderne legislazioni.

Effetti analoghi a quelli della morte sono previsti nel caso della dichiarazione dell'assenza (art. 50, co. 1 "divenuta eseguibile la sentenza che la dichiara, il Tribunale, su istanza di chiunque vi abbia interesse o del pubblico ministero, ordina l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente, se ve ne sono) e della dichiarazione di morte presunta (art. 64).

4. *Personalità.*

È convinzione diffusa — anche se nessuna delle definizioni legislative l'afferma — che il testamento, quale che ne sia la forma consentita o prescritta dal sistema giuridico che lo disciplina — debba essere un atto personalissimo, nel senso cioè che non possa essere opera di rappresentante, né legale né volontario.

Ha destato pertanto una certa perplessità la decisione giurisprudenziale ⁽²⁾ che ha ritenuto la validità di un testamento, raccolto da un avvocato con l'intervento di un tecnico abilitato ad interpretare "il linguaggio" manifestato da un malato di SLA per mezzo di una macchina azionata dallo sguardo, anche perché si tratta di una forma di testamento non prevista dalla legge, e soprattutto perché nel nostro ordinamento l'unico soggetto che può raccogliere le volontà di un minorato (cieco, muto, sordo, sordomuto) è il notaio, ancorché possa o debba farlo attraverso l'intervento di un tecnico (l'interprete) o di una macchina.

⁽²⁾ Cass. 11 luglio 1996, n. 6313, in *Riv.not.* 1997, n. 163, secondo la quale non commetterebbe illecito disciplinare il notaio che riceva l'atto di conferma di un testamento orale da parte dei legittimari, dopo aver raccolto le dichiarazioni di questi ultimi, in ordine all'esistenza di una scheda testamentaria, per le ripetute e dettagliate volontà espresse dal defunto sulla devoluzione dei suoi beni e dell'eredità a ciascuno degli intervenuti.

Sorte ben diversa da quella dell'ipotesi, descritta da SATTI, del testatore che dopo la scrittura e la lettura, da parte del notaio, del testamento pubblico reclina la testa e muore (S. SATTI, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Soliloqui e Colloqui di un giurista*, Padova, 168, p. 158 e s.).

5. *Libertà.*

Quello della libertà di fare o non fare testamento, è di farlo in quel modo che si vuole, è principio talmente sentito da indurre il legislatore a sanzionare chi con dolo o violenza la persona, della cui successione si tratta, a fare, revocare o mutare il testamento, non soltanto con l'annullabilità (art. 624) ma anche prevedendo una causa di indegnità (art. 463 n. 4: captazione)⁽³⁾.

Una particolare eccezione a questa libertà era costituita dalla norma, mutuata dal Code Napoleon, secondo la quale il testamento del condannato alla pena capitale o all'ergastolo era dichiarato nullo (art. 32 c.p.), ma tale disposizione, già vigente nel nostro Paese, è stata abrogata come si è detto con l'art. 119 l. 24 novembre 1981, n. 689.

6. *Unilateralità.*

Collegata con la personalità è l'unilateralità del testamento, tale anche quando per particolari ragioni tese ad assicurare la genuinità del volere, possano o debbano intervenire nell'atto altri soggetti (interpreti, persone che debbono partecipare per volontà del testatore alla redazione del testamento o a darne testimonianza).

7. *Non recettizietà.*

Il carattere della non recettizietà deriva dalla circostanza che il valore del testamento non discende dalla conoscenza o dalla necessità della comunicazione del suo contenuto da parte dei beneficiari o destinatari (eredi, legatari, esecutori testamentari), anche se costoro possono rifiutarne gli eventuali vantaggi.

Basta tener presente che vige l'obbligo a carico di chi ha il possesso del testamento olografo, di presentarlo ad un notaio per la pubblicazione (art. 620) o del notaio che ha in deposito il testamento segreto (art. 621) o che ha ricevuto il testamento pubblico

⁽³⁾ Tuttavia, anche in questo caso una eccezione è costituita dal diritto canonico, per i soggetti di vita religiosa (*Ad has dispositiones iusta de causa mutandas, et ad quemlibet actum ponendum*...).

CAPITOLO V

I SOGGETTI

SOMMARIO: 1. Capacità testamentaria. — 2. Capacità di ricevere per testamento.

1. *Capacità testamentaria.*

Si richiese sin dai primi apparire dei testamenti, per la loro validità, che il testatore fosse sano di mente, e di qui il costume persistente nel tempo di indicare, negli atti di ultima volontà, che il titolare è sano di corpo e di mente, quasi che la semplice dichiarazione del suo autore fosse sufficiente, oltre che necessaria, ad attestarne la sanità del corpo e della mente e quindi la capacità di testare.

Oltre a ciò, nel passato si conobbero varie incapacità di testare, soprattutto nel Medioevo:

- a)* nei feudi e nei fedecommissi;
- b)* nelle terre tenute a censo finché non fossero affrancate;
- c)* degli uomini della gleba, se non per piccole somme e solo per enti ecclesiastici;
- d)* delle donne per la dote, se non secondo il volere del padre o il volere dei fratelli;
- e)* dei sudditi dei baroni che, come rappresentanti del fisco, raccoglievano le eredità di quelli che non lasciassero eredi legittimi;
- f)* dei professi negli ordini religiosi o dei chierici, se non per piccole somme a titolo di elemosina, riservato il rimanente alla chiesa o ai poveri;
- g)* delle meretrici, se non per i figli legittimi e salva la quota parte per la casa delle convertite;
- h)* dei figli illegittimi, incestuosi, adulterini;
- i)* dei minori (anche se non maggiori di 18 e 14 anni);
- l)* di disporre di tutta l'eredità per la Messa o per l'anima del testatore;

m) del padre, a meno che avesse perduto l'uso della ragione (da parte di figli o nipoti);

n) dal condannato a morte o altra pena capitale (era valido per il testamento anteriore, mentre nel diritto francese era invalido il testamento del condannato a morte anche se fatto anteriormente ⁽¹⁾);

o) del prodigo cui era stato interdetto dai giudici l'amministrazione dei propri beni;

p) dei muti e dei sordi dalla nascita, e dei muti e dei sordi che non sapessero leggere e scrivere ⁽²⁾.

Per quanto concerne il diritto italiano, sono attualmente incapaci di testare (art. 591):

a) coloro che non hanno compiuto la maggiore età (18 anni), anche se emancipati per matrimonio (art. 390);

b) gli interdetti per infermità di mente;

c) quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualunque causa, anche transitoria, incapaci di intendere o di volere nel momento in cui fecero testamento.

Sono altresì incapaci di testare i cittadini stranieri — o che abbiano più cittadinanze, nessuna delle quali italiana — che non abbiano la capacità di disporre per testamento, di modificarlo o di revocarlo secondo la loro legge nazionale al momento del testamento, della modifica o della revoca (art. 47 l. 31 maggio 1995, n. 218); è tuttavia da tener presente che per le successioni apertesi successivamente al 17 agosto 2015, data di entrata in vigore del Regolamento U.E. n. 650/2012, qualora il defunto può scegliere la legge per regolare la (intera) sua successione, la capacità testamentaria sarà determinata dalla legge dello Stato di cui egli ha la cittadinanza al momento della morte o al momento della scelta: sarà questa a determinarne la competenza (art. 22).

Per quanto concerne gli interdetti giudiziali (quelli cioè *ex art.* 38 c.p. condannati all'ergastolo o ad una pena della reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni, durante il tempo della pena), l'incapacità di testare era prevista dalla normativa vigente fino all'entrata in vigore della l. 24 novembre 1981, n. 689: onde si può ritenere che tale incapacità vigesse per il periodo anteriore a tale

⁽¹⁾ A. PERTILE, *Storia del diritto italiano, IV, Storia del diritto privato*, 2^a ed., Ristampa, Bologna, 1968, p. 17 e ss.

⁽²⁾ A. PACINI, *Il Notaio principiante istruito*, Torino, IV, Parte 2^a, Perugia, MDC-CLXXXIII, p. n. 32 e 34.

data, anche se il lungo tempo decorso dovrebbe rendere ormai estremamente improbabile che possano sussistere ancora situazioni regolate dalle norme abrogate.

Attualmente, soltanto nei Paesi arabi di stretta osservanza coranica comporta la incapacità giuridica l'abiura della religione islamica (v. oltre).

Per quanto concerne l'incapacità naturale, sia pur momentanea del testatore, anche se in Italia è stato ravvisato, più che una causa di incapacità, un indizio di non serietà della volontà testamentaria, come nel testamento olografo inciso con la punta acuminata nel collare di un cane, la giurisprudenza di solito è piuttosto rigorosa al riguardo, ritenendo che per essa trovano applicazione le regole ordinarie circa la valutazione della prova e la formazione del convincimento del giudice, onde viene attribuito valore ai concordi riferimenti dei soggetti con i quali vi sia stata relazione di familiarità o di affari secondo valutazioni del notaio rogante o dei familiari più stretti ⁽³⁾; chi impugna l'incapacità del testatore ha l'onere di provare non già che questi fosse affetto da una malattia, ma che questa fosse permanente ovvero, in caso di patologie intermittenti, che il testamento non sia stato redatto in un intervallo di lucidità mentale ⁽⁴⁾.

Non sono incapaci di testare gli inabilitati, a meno che non se ne provi l'incapacità naturale al momento del testamento, e i beneficiari dell'amministratore di sostegno qualora il giudice tutelare all'atto della nomina non abbia esteso ai medesimi *ex art. 411*, i limiti alle incapacità dell'interdetto.

2. *Capacità di ricevere per testamento.*

Numerosi sono i casi di mancanza della capacità di succedere testamentariamente, e precisamente:

1) alcune sono incapacità di succedere in ogni caso, sia per legge che per testamento:

a) non esistenza della persona fisica al momento dell'apertura della successione, salvo i casi:

⁽³⁾ Cass. 19 marzo 1980, n. 1851, in *Riv.not.*, 1980, p. 932.

⁽⁴⁾ Cass. 5 gennaio 2011, n. 230.

— di avvenuto concepimento al tempo dell'apertura della successione (art. 462, co. 1);

— di previsione testamentaria dei figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché ancora non concepiti (art. 462, co. 2);

2) esclusione dalla successione sia legittima che testamentaria della persona offesa, come pena accessoria (conseguente pertanto alla condanna) per alcuno dei delitti previsti dagli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 690-*quinquies* e 609-*octies* c.p. (art. 609-*novies*, n. 3 c.p.).

Si tratta di alcuni dei particolari casi di violenza sessuale aggravata quali:

a) chiunque con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità costringa taluno a compiere o subire atti sessuali, o induca taluno a compiere o subire atti sessuali:

1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento dei fatti;

2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona (art. 609-*bis*);

b) fatti commessi:

1) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici;

2) con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa;

3) da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale;

4) su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale;

5) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni sedici, della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore (art. 609-*ter*);

c) chiunque compia atti sessuali in presenza di persona minore di anni quattordici, al fine di farvela assistere (art. 609-*quinquies*);

d) partecipazione da parte di più persone ad atti di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* (art. 609-*octies*).

Tale esclusione, peraltro, può essere eliminata in seguito alla riabilitazione *ex* art. 178 c.p.

Particolari Termine estratto capitolo testamento sono quelle

CAPITOLO VI

LA FORMA (IL DOCUMENTO)

SOMMARIO: 1. Esigenza e funzione della forma del testamento. — 2. Tipicità delle forme. — 3. Le forme ordinarie: A) Il testamento olografo. — 4. *Segue: a)* Il documento. — 5. *Segue: b)* L'olografia. — 6. *Segue: c)* La scrittura. — 7. *Segue: d)* La sottoscrizione. — 8. *Segue: e)* La data. — 9. *Segue: f)* La natura. — 10. B) Il testamento pubblico: a) La normativa. — 11. *Segue: b)* La competenza notarile. — 12. *Segue: c)* Il ricevimento. — 13. *Segue: d)* La forma e le formalità. — 14. *Segue: e)* Varianti: testatore sordo, muto o sordomuto. — 15. *Segue: f)* Testatore che non conosce la lingua italiana. — 16. *Segue: g)* Testatore cieco. — 17. *Segue: h)* Formalità previste esclusivamente dalla legislazione notarile. — 18. *Segue: i)* Adempimenti successivi al ricevimento del testamento pubblico. — 19. C) Il testamento segreto: la normativa. — 20. *Segue: a)* La scheda. — 21. *Segue: b)* La consegna al notaio e il verbale. — 22. *Segue: c)* La contestualità ininterrotta del procedimento. — 23. Nullità ed annullabilità del testamento. — 24. Validità del testamento segreto come olografo. — 25. Deposito del testamento olografo presso il notaio. — 26. Ritiro del testamento olografo depositato presso il notaio e del testamento segreto. — 27. Le forme speciali: la normativa: a) malattie contagiose, calamità pubbliche o infortuni. — 28 *Segue: b)* testamento a bordo di nave. — 29. *Segue: c)* testamento a bordo di aeromobile. — 30. *Segue: d)* testamento dei militari e assimilati. — 31. *Segue: e)* testamento a bordo di nave da guerra o di aeromobile militare. — 32. Nullità e annullabilità dei testamenti speciali. — 33. Pubblicazione del testamento olografo. — 34. Pubblicazione del testamento segreto. — 35. Registrazione del testamento pubblico. — 36. Adempimenti successivi alla pubblicazione e alla registrazione dei testamenti. — 37. Il Registro Generale dei testamenti. — 38. Il testamento internazionale. — 39. Validità del testamento secondo il diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1985, n. 218). — 40. Atti per la gestione del proprio patrimonio in previsione di futura incapacità del titolare.

1. *Esigenza e funzione della forma nel testamento.*

L'esigenza della forma nel testamento è motivata dalla necessità di assicurare con il documento la certezza o quindi la funzione della manifestazione della volontà e la sua provenienza da parte del testatore, certezza e provenienza affidate storicamente in un primo

tempo alla presenza e quindi alla testimonianza del maggior numero di persone e, in seguito, alla confezione di un documento munito di determinate caratteristiche di forma ⁽¹⁾.

Si parla in tal caso di forma solenne, in mancanza della quale

⁽¹⁾ L'approssimativa etimologia del termine (dal radicale *testari* = "chiamare a testimoni") richiama la *testatio* quale caratteristica formale del testamento romano (M. AMELOTI, *Testamento, a) diritto romano*, in *Enc. Dir.*, XIV (Milano, 1992), testualmente confermata dalla formula gaiana del *testamentum per aes et libram*: "*Deinde testator, tabulas testamenti tenens, dicit: haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, quiritēs, testimonium mihi perhibetote*" (GAI, *Inst.*, 2, 104).

Prima ancora, e ancor più in mancanza dello scritto, quella testimonianza, che in tale testamento era assicurata dall'intervento, oltre al testatore, dell'*emptor*, del *libripens* e di cinque cittadini romani adulti, era fornita, nelle forme più antiche, dalla presenza del maggior numero di persone, come nel *testamentum calatis comitiis*, convocati due volte l'anno e ove poteva aver luogo anche l'*adoptio* da parte di chi, non avendo discendenti, intendesse designare la persona cui lasciare i suoi beni dopo la morte, e nel *testamentum in procinctu*, dinanzi all'esercito in armi in partenza per la guerra.

Si trattava pertanto di una forma di testamento orale, sopravvissuto peraltro in casi eccezionali come quello del testamento di Quinto Orazio Flacco, il quale, secondo Svetonio, morì (nell'8 a.C.) "*herede Augusti palam noncupato, cum urgente in valetudini non sufficeret ad obsignandas testamenti Tabulas*" (cfr. M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I, Firenze, s.d., 10).

Soltanto successivamente ed in casi eccezionali venne ritenuto sufficiente supplire alla testimonianza con lo scritto autografo del testatore, come nel *testamentum militum*, esteso poi anche ai rustici (*Proinde sicut rationibus licuit ac semper licebit, si quid in vagina aut in clipeo litteris sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in proelio vitae sortem derelinquunt, huiusmodi voluntatem stabilem esse oportet: CI, 6, 21, 15, Imp. Constantinus ad populum a. 334; v. altresì ULPIANO (Faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda volutas testatoris: D. 29, I, pr., Ulpianus XIV ad edictum: Traiano).*

Il testamento, creazione tipica del diritto romano, era pressoché sconosciuto ad altre popolazioni europee, quali quelle franco-germaniche, presso le quali *heredes gignuntur, non faciuntur* ("*Nullum testamentum*" rilevava TACITO, *De origine et situ germanorum liber*, 20).

In Grecia il testamento fu introdotto in epoca più recente, in forma orale davanti ai testimoni come prevedeva una legge solonica.

La possibilità di derogare alle regole della successione legittima mediante un documento scritto e talvolta sigillato non era peraltro completamente ignota ad altri popoli antichi; se ne trova qualche cenno ad es. nel Codice di Hammurabi (*Il Codice di Hammurabi*, trad. di Luca Torre, Napoli, s.d. 90, 91, 92); tuttavia un testamento vero e proprio era per lo più ignoto ai diritti paleorientali, in quanto, in mancanza di discendenti maschi, si ricorreva (come abbiamo accennato nel più antico diritto romano) all'adozione.

Per significative prove del ricorso all'adozione nella cultura paleosiriana e mediosiriana, v. P. MATTHIAE, *Gli Archivi Reali di Ebla*, Milano, 2008, come attestato da documenti con le scritture cuneiformi incise su tavolette di argilla.

non esiste il negozio testamentario (“*forma dat esse rei*”) (2); ne consegue che, secondo la giurisprudenza e la dottrina dominanti, non può trovare accoglimento nel nostro ordinamento giuridico il testamento orale (nuncupativo) (3) anche se il testamento orale potrebbe essere confermato *ex art. 590 c.c.* (4).

(2) Per forma si deve qui intendere quel particolare modo rappresentativo della dichiarazione nel documento imposto dall’ordinamento: si è parlato al riguardo di forma in senso tecnico o forma vincolata o “forma della forma” (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Torino, 1960, 51 e ss.; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 1000 e ss.; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 202; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all’arbitro altrui*, Milano, 1967, 28 e ss.; E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, in *Successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 757 e ss.), L. BIGLIAZZI GERI, *La vocazione testamentaria*, in *Tratt. Rescigno*, 6, Torino, 1982, 141 e ss.; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966; AA.VV., *La forma del testamento*, in *Tratt. Bonilini*, II, Milano, 2009, 1253 e ss.; M. IEVA, *La successione testamentaria*, in *Tratt. Lipari e Rescigno*, Milano, 2009, 1330 e ss.

È stata peraltro considerata restrittiva la tesi che ravvisa nella forma, nella fattispecie, un requisito di esistenza dell’atto che altrimenti non sarebbe insuscettibile di sanatoria mediante conferma o esecuzione volontaria (C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 1981, 507).

(3) Dottrina e giurisprudenza sul punto sono concordi; del resto è significativa la circostanza che in sede di riforma del c.c. vigente si è voluto escludere assolutamente il testamento nuncupativo, sopprimendo la disposizione (art. 161 del Progetto preliminare del libro delle successioni) che lo ammetteva per il testamento speciale di cui all’art. 609 c.c., come confermato nella Relazione del Ministro Guardasigilli (n. 293); solo eccezionalmente è stata ammessa la possibilità che il testatore, per quanto concerne le modalità ed il luogo della sua sepoltura, in mancanza dell’atto di ultima volontà, possa manifestare tali disposizioni anche oralmente, conferendo il relativo mandato ai prossimi congiunti (Cass. 23 maggio 2006, n. 12143, in *Riv. not.*, 2007, 689; si tratta però, in tal caso, non di un testamento nuncupativo, ma di un *mandatum post mortem exequendum*, che rientra tra le fattispecie la cui validità è ammessa da dottrina e giurisprudenza (v. G. MUSOLINO, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato “post mortem”*, ivi, 693, in nota a detta sentenza).

Singolare ed isolata è la tesi che possa essere ricevuta da un notaio l’atto di conferma *ex art. 590 c.c.* da parte dei legittimari di un testamento verbale reso dal *de cuius*, dopo che il notaio abbia raccolto le dichiarazioni dei primi, in ordine all’inesistenza di una scheda testamentaria, alla ripetuta e dettagliata volontà espressa dal defunto sulla destinazione dei propri beni, alla devoluzione dell’eredità a ciascuno degli intervenuti (Cass. 11 luglio 1996, n. 6313, in *Riv. not.*, 1997).

(4) La non confermabilità del testamento orale si baserebbe sulla distinzione tra la nullità (alla quale fa riferimento l’art. 590) e l’inesistenza, in quanto, secondo autorevole dottrina, il testamento, in mancanza dello scritto non sarebbe nullo, ma inesistente: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 7ª ed., Napoli 1966, 237 e ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 2ª ed., I, Milano, 1952, 275; A. CICU, *Testamento*, 2ª ed., Milano, 1969, 29; AZZARITI GIU., *Le successioni e le donazioni secondo il Codice Civile*, Padova, 1982, 373; G. CRISCUOLI, *Il testamento, Norme e casi*, Padova, 1991, 22.

Né è senza significato che anche quando in passato, in circostanze eccezionali, l'unica forma necessaria per la validità dell'espressione testamentaria venne ridotta al minimo, si ritenne comunque indispensabile la scrittura: è il caso del soldato romano morente che scrive sullo scudo o sul fodero del gladio o addirittura sulla polvere il suo testamento (richiamato alla nota 1).

Ciò non significa peraltro che, in caso di distruzione o sottrazione del documento, non si possa provare sia l'esistenza che il contenuto del testamento.

Si ritiene infatti che l'ammissibilità della prova testimoniale, concernente l'esistenza e la validità del negozio giuridico, prevista dall'art. 2724 n. 3 c.c. per l'ipotesi che il documento che ne fornisce la prova sia stato senza colpa perduto, anche quando la forma scritta sia prescritta a pena di nullità (art. 2725, co. 2 c.c.) e cioè *ad substantiam*, sia applicabile a casi ad esso equiparabili, come l'avvenuta distruzione o smarrimento del documento testamentario ⁽⁵⁾.

Tra le opposte opinioni di chi ritiene applicabile e chi non ritiene applicabile alla fattispecie l'art. 2725 c.c., sembra più persuasiva quella secondo la quale tale norma sarebbe l'espressione di un principio generale suscettibile di essere applicato per analogia ⁽⁶⁾.

Anche se l'art. 2725, co. 1 parla di "contratto", infatti, con il che sembrerebbe circoscrivere la possibilità della ricostruzione all'am-

Contra: v.: a) in dottrina: A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. Judica e Zatti*, 2^a ed., Milano, 2000, 261 e ss.; L. MEZZANOTTE, *Il testamento nuncupativo tra deroga ed attenuazione del rigore formale*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, Studi in onore di Michele Giorgianni, Napoli, 1988, 500 e ss.; C. VENDITTI, *Disposizione testamentaria orale e conferma ex art. 590 c.c.*, in *Dir. e Giur.*, 1988, 168 e ss.; Id., *Un caso controverso di disposizione testamentaria orale eseguita volontariamente ai sensi dell'art. 590 c.c.*, in *Dir. e Giur.* 1989, 432; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv.trim. dir. proc. civ.*, 1964, II, 1362 e ss. e, distinguendo a seconda che si tratti di istituzione di erede o attribuzione di legato, S. ROMANO, *Note in tema di disposizioni orali di ultima volontà*, *ivi*, 1963, 771 e ss.; b) in giurisprudenza: Cass. 16 maggio 1941, n. 1476, in *Foro it.*, 1941, I, c. 1036 e ss.; Cass. 24 aprile 1965, n. 719, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 520; Cass. 11 luglio 1996, n. 6313, in *Notariato*, 1996, 509.

⁽⁵⁾ Cass. 25 marzo 1987, n. 2902, in G. CIAN e A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile, Complemento giurisprudenziale*, Padova, 1994, sub art. 2724 c.c.; e, con specifico riferimento all'esistenza del testamento andato distrutto o smarrito, Cass. 24 febbraio 2004, n. 3636, in *Riv. not.*, 2005, 193 e ss.; L. COMOGLIO, *Le prove*, in *Tratt. Rescigno*, 19, Torino, 1985, 310, nt. 54 con richiami di giurisprudenza e dottrina.

⁽⁶⁾ C. Cian, *La prova testimoniale in materia di successioni*, in *Tratt. Bruttini*, Milano,

CAPITOLO VII

IL CONTENUTO (IL NEGOZIO GIURIDICO)

SOMMARIO: 1. L'istituzione di erede. — 2. I legati. — 3. La diseredazione. — 4. Le disposizioni non patrimoniali. — 5. Gli elementi accidentali. — 6. I destinatari delle disposizioni. — 7. Le disposizioni fiduciarie. — 8. L'oggetto delle disposizioni. — 9. Il testamento *per relationem*. — 10. Le disposizioni a favore dell'anima. — 11. Le disposizioni a favore dei poveri. — 12. La costituzione di fondazioni. — 13. La costituzione del fondo patrimoniale. — 14. La destinazione di beni per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela. — 15. Il trust testamentario. — 16. La revocazione delle disposizioni testamentarie. — 17. L'accrescimento. — 18. Le sostituzioni. — 19. La rappresentazione. — 20. La confessione testamentaria. — 21. Le disposizioni arbitrali. — 22. Le disposizioni sanzionatorie. — 23. Le clausole concernenti la disponibilità del testamento o dei beni oggetto del testamento. — 24. Il divieto di impugnare il testamento. — 25. Le disposizioni sulla sorte delle proprie opere. — 26. Le disposizioni concretanti illeciti. — 27. Le disposizioni sulla divisione. — 28. La designazione del beneficiario nell'assicurazione sulla vita. — 29. Clausole concernenti il rapporto obbligatorio. — 30. La nomina di esecutori testamentari. — 31. La scelta della legge applicabile alla successione.

1. *L'istituzione di erede.*

Mentre la normativa sulla forma ha per oggetto il documento-testamento, quella sul contenuto concerne l'atto che ne è oggetto, ovvero, secondo la tesi maggiormente seguita in dottrina, il negozio giuridico-testamento in quanto atto nel quale l'ordinamento riconosce la massima estrinsecazione dell'autonomia privata e il massimo rilievo della volontà ⁽¹⁾.

Quale sia il contenuto del testamento si suole ravvisare negli

⁽¹⁾ Particolarmente appropriato è al riguardo il titolo di una curiosa quanto interessante silloge di testamenti olografi, della quale è autore SALVATORE DE MATTEIS: “*Sia fatta la mia volontà*”, Milano, 2014.

Tale rilievo della volontà nel testamento è riuscito a mettere in crisi l'unicità del concetto di negozio giuridico in quanto comprensivo del contratto, al punto che un illustre Autore, nel constatare la difficoltà di eliminare le differenze tra testamento e contratto per la costruzione di un concetto unitario di negozio giuridico, ha seccamente sentenziato: “tanto

artt. 587 e 588 c.c., ma tali disposizioni non sono esaustive, in quanto:

a) l'art. 587 prevede che il testamento può contenere, accanto alle disposizioni di carattere patrimoniale, aventi ad oggetto tutte le sostanze o parte di esse (c.d. contenuto tipico), anche esclusivamente disposizioni di carattere non patrimoniale che la legge consente che siano contenute in un atto che ha la forma del testamento (c.d. contenuto atipico, escluso comunque il c.d. testamento biologico, in quanto l'istituto recentemente ammesso dalla legge ⁽²⁾, non è certamente un testamento, essendo destinato ad operare prima e non dopo la morte del suo autore;

b) l'art. 588 prevede che le disposizioni testamentarie (patrimoniali) sono a titolo universale ed attribuiscono la qualità di erede se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore, mentre le altre sono a titolo particolare ed attribuiscono la qualità di legatario.

Si può obiettare che la qualità di erede può essere conseguita anche se manca l'attribuzione di beni (è la c.d. *hereditas damnosa*), e che vi sono delle disposizioni, sia di carattere patrimoniale che di carattere non patrimoniale, che non sono legati, come appresso vedremo.

Per tali ragioni si è detto che il testamento può contenere

peggio per l'unità del concetto di negozio giuridico" (F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8 ed., I, Milano, 1952, p. 472).

(²) L. 29 dicembre 2017, n. 919, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*.

La fattispecie ha in comune con il testamento (del quale significativamente il legislatore non ha voluto adottare il nome) soltanto alcuni caratteri, quali la revocabilità (art. 6) o la legittimazione dell'inabilitato (art. 4).

Quanto alla forma, il consenso può essere espresso, oltre che per atto pubblico, con scrittura privata autenticata o semplice scrittura, consegnata personalmente presso l'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di residenza del disponente (art. 6).

Prima di detta normativa, poteva essere ravvisato un esempio di testamento biologico nella designazione dell'amministratore di sostegno, fatta dallo stesso interessato in vista della propria futura incapacità ex art. 408, co. 1 (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2 *Le successioni*, 5^a ed., Milano, 2015, p. 263, nt. 40).

Per la problematica della fattispecie nel diritto internazionale privato, v. S. MARINO, *Aspetti internazionale-privatistici delle Disposizioni Anticipate di trattamento*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2018, p. 608 e ss.; in particolare viene rilevato il rapporto tra le DAT di diritto italiano e la Convenzione dell'Aja del 2000 e la possibile assenza di coordinamento tra le soluzioni italiane e quella convenzionale.

fattispecie di vario tipo e di diversa natura, sì che esso costituisce un vero e proprio caleidoscopio di disposizioni ⁽³⁾.

Per quanto concerne l'attribuzione della qualità di erede, diversamente da quel che accadeva nel diritto romano, ove per tale qualità occorre il titolo conferito dal testatore (*Titius heres meus esto*) al quale seguiva l'attribuzione dei beni ⁽⁴⁾, nel diritto vigente, invece, è l'assegnazione della universalità dei beni o di una quota di essi a conferire la qualità di erede, che può anche non sussistere nel testamento, composto ad es. di soli legati, ancorché esso può contenere la sola nomina ("Istituisco Tizio erede") non corredata dalla indicazione dei beni assegnati.

La funzione dell'attribuzione della istituzione di erede è caratterizzata da particolari effetti; poiché:

a) l'erede risponde dei debiti del defunto anche con il proprio patrimonio, a meno che non accetti l'eredità con il beneficio dell'inventario (art. 490, co. 2 n. 2);

b) l'erede succede "*ipso iure*" nel possesso dei beni del defunto (art. 1146);

c) la successione dell'erede comprende anche i beni dei quali il testatore non ha dato specifica indicazione nel testamento, e quelli sopravvenuti al testatore dopo il testamento (c.d. *vis expansiva* della chiamata ereditaria).

Una particolare specie dell'istituzione di erede è prevista dall'art. 588, co. 2 c.c., in virtù del quale l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio (c.d. *institutio ex re certa*) ⁽⁵⁾.

Nessun problema si pone al riguardo quanto il testatore ha indicato la frazione matematica concernente i beni indicati, mentre

⁽³⁾ Il testamento è quello, fra i negozi giuridici, che può presentare la più vivace ricchezza di contenuti (G. BONILINI, *Il testamento, Lineamenti*, Padova, 1995, p. 12).

⁽⁴⁾ Come è noto, era talmente decisivo il titolo, da condizionare la stessa esistenza del testamento e da consentire se non della vita, la continuazione della stessa personalità del defunto: *heres defuncti personam sustinet*, effetto che veniva plasticamente rappresentato dalla circostanza che l'erede nominato incedeva nel corteo funebre tenendo sulla faccia la maschera (*persona*) di cera del testatore.

⁽⁵⁾ G. BONILINI, *Institutio ex re certa e acquisto per virtù espansiva dei beni non contemplati nel testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 242 e ss.

è necessario stabilire i criteri per individuare questo tipo di istituzione quanto la frazione non è stata espressamente indicata.

Tale esame non può essere effettuato se non in sede di interpretazione del testamento, e quindi necessariamente dopo l'apertura della successione (6).

La volontà del testatore di assegnare determinati beni come quota del suo patrimonio può ricavarsi, oltre che dal testamento, anche da elementi estranei, purché il ricorso ad essi sia desunto dalla scheda testamentaria e non da fattori estranei (7).

Il calcolo della misura della quota va effettuato con riferimento al valore dei beni al tempo della morte del testatore, anche se la sua volontà si deve considerare puntuale nel momento della redazione del testamento, in quanto tale atto ha per oggetto i beni e non il loro valore, anche se quest'ultimo, lo ha di riflesso (8).

Giova osservare inoltre:

a) non ha nessun significato che la disposizione testamentaria venga *expressis verbis* definita dal testatore come *institutio ex re certa*;

(6) Fondamentale al riguardo è il lavoro di F. GERBO, *L'institutio ex re certa*, Milano, 2011.

(7) L'indagine deve essere compiuta da un duplice versante, oggettivo (l'indicazione di uno o più beni) e soggettivo (l'intenzione del testatore); detta intenzione va reperita in base ad elementi intrinseci alla scheda testamentaria, e solo in via sussidiaria, qualora cioè dal documento non emerga tale intenzione, anche con ricorso ad elementi estranei, quali ad es. la mentalità del testatore, la sua cultura, la consuetudine di rapporti, ecc. (Cass. 7 febbraio 1987 n. 1296, in *Riv. not.*, 1987, p. 589).

Si discute se possa comprendersi in tali elementi, anche la prova testimoniale: è esclusa da Cass. 10 novembre 1977, n. 4865 e Cass. 25 giugno 1976, n. 2417, ma è ammessa da Cass. 13 gennaio 1981, n. 275, in *Rep. gen. annuale Foro italiano*, 1981, Successione ereditaria, 71 e da F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1963, p. 448.

(8) F. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, op. loc. cit.; GIU. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 515; S. PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, in *Codice civile, Commentario diretto da D'AMELIO e FINZI, Libro delle successioni e donazioni*, Firenze, 1941, p. 494. Riconosce che tale soluzione sembra in contrasto coll'aver assunto a criterio di riferimento il patrimonio avuto presente dal testatore nel diverso momento della redazione del testamento, G. AMADIO, *L'oggetto della disposizione testamentaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, coadiuvato da M. Ieva, Vol. I, 2ª ed., Milano, 2010, p. 979, anche se, secondo tale Autore, l'incongruenza non è solo apparente, dovendosi riferire al momento dell'apertura della successione per il rapporto tra valori, imponendo

CAPITOLO VIII

LIMITI E DIVIETI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La riserva. — 3. Divieto di pesi e condizioni sulla quota dei legittimari. — 4. Sostituzione fedecommissaria nulla o inefficace. — 5. Divieto di divisione dei beni ereditari. — 6. Il divieto di alienazione dei beni relitti. — 7. La disciplina successoria del maso chiuso. — 8. Attribuzione dell'indennità dei prestatori di lavoro *ex art.* 2122 c.c. — 9. Vincoli in materia di diritto agrario. — 10. Condizioni impossibili o illecite in genere. — 11. Condizioni illecite *ex lege*. — 12. Condizioni delle quali si discute di illiceità. — 13. Divieto di apporre un termine alla istituzione a titolo universale. — 14. Onere impossibile o illecito. — 15. Legato di cosa dell'onerato e di un terzo. — 16. Legato di cosa non esistente nell'asse. — 17. Legato di cosa da prendersi da un certo luogo. — 18. Revocazione del testamento per sopravvenienza di figli. — 19. Invalidità dell'usufrutto successivo. — 20. Disposizioni di diritti che possono spettare su una successione non ancora aperta. — 21. Divisione fatta dal testatore che non comprende qualcuno dei legittimari o degli eredi. — 22. Disposizioni a favore di incapaci fatte per interposte persone.

1. *Premessa.*

La volontà del testatore può incontrare dei limiti nelle disposizioni di legge, limiti che possono comportare l'inefficacia, oppure l'invalidità delle disposizioni espresse nel testamento; di questi limiti, alcuni possono consistere in veri e propri divieti, che possono insieme comportare l'invalidità e che comunque, laddove il testatore ricorra all'opera di un notaio, il che può farlo per varie ragioni e comunque deve farlo qualora non sia in grado di scrivere (analfabeti, paralizzati negli arti superiori, ricoverati in ospedali non in grado di scrivere per impedimenti fisici, sia pure temporanei e/o di leggere non vedenti per cause temporanee o per sempre).

2. *La riserva.*

Nel nostro ordinamento giuridico, l'art. 536 e ss. c.c. recita che la legge riserva una quota di eredità o altri diritti ai seguenti

soggetti, con i quali esistono vincoli di parentela o di coniugio con il testatore: coniugi, figli, ascendenti e, di recente, in seguito al riconoscimento delle unioni civili (riservate alle persone dello stesso sesso), ai soggetti riconosciuti in queste unioni.

È opportuno chiarire subito il significato del termine “riserva” (o legittima), che non consiste nella circostanza che il testatore non possa disporre della quota, come letteralmente era stabilito nel Codice Napoleone (art. 915) e nel c.c. 1865 (art. 806 ult.co): se così fosse, non doveva essere necessaria un’apposita azione — quella per la reintegra — per conseguire la riserva, ma sarebbe stata sufficiente la *petitio hereditatis* ⁽¹⁾.

Se invece si analizza la normativa e soprattutto quanto confermato dai lavori preparatori al c.c. 1942, specialmente la Relazione del Ministro Guardasigilli al Re Imperatore per la presentazione del c.c. n. 261, si può constatare come il diritto “riservato” ai legittimari non ha per oggetto la quota, ma i diritti “riservatigli” per ottenerne il valore; né deve trarre in inganno il tenore dell’art. 457, co. 3, secondo il quale le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari, poiché questi possono usufruire della reintegrazione di detti diritti, come recita per l’appunto la Sezione I, Capo X, Titolo I, Libro II.

La ragione per la quale troviamo anche di recente affermato dalla giurisprudenza che non è lecito diseredare i legittimari, è dovuta probabilmente ad una interpretazione della normativa precedente a quella attualmente vigente, protrattasi, forse abitudinariamente, fino ai giorni nostri ⁽²⁾.

D’altronde, la circostanza che l’inosservanza del rispetto delle norme sulla riserva non comporta comunque una nullità (né for-

⁽¹⁾ Che, a differenza dell’azione di reintegra, non è soggetta a prescrizione (cfr. in tal senso L. FERRI, *Successioni in generale. Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1964, p. 78).

⁽²⁾ L’opinione contraria espressa anche di recente dal DELLE MONACHE (S. DELLE MONACHE, *La fattispecie di diseredazione*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 877 e s.) secondo il quale la diseredazione sarebbe nulla solo se riguardi i legittimari, non tiene conto degli argomenti sopra richiamati

Anche di recente, secondo la Cass. (S.U. 27 febbraio 2013, n. 4847), le disposizioni lesive dei diritti ai legittimari non sono nulle, ma passibili di inefficacia a seguito dell’esercizio dell’azione di riduzione.

male, né sostanziale), anche perché tali norme non hanno salvaguardia costituzionale, sì che il notaio che debba ricevere un testamento pubblico — ovvero un deposito di testamento segreto a lui consegnato aperto e non sigillato dal testatore e, ove lo si ritenga, di testamento olografo con verbale, possa tranquillamente esercitare il suo ministero, in quanto il suo comportamento non violerebbe l'art. 28 l.n., anche a prescindere dal costante orientamento della Cassazione, che persiste nell'equiparare l'atto nullo all'atto proibito, esponendo il notaio alla grave sanzione dell'art. 135 l.n. (sospensione da sei mesi ad un anno).

Il testatore, pertanto, deve ben sapere che una preterizione di legittimari, da parte sua, e ancor più una espressa diseredazione esporrebbe le sue disposizioni all'inefficacia; ma deve sapere anche che ciò non si verificherà qualora l'azione di reintegra non si concluda vittoriosamente (perché magari il legittimario pretermesso o diseredato risulti sia stato già soddisfatto in vita, ovvero la sua azione sia prescritta, ovvero semplicemente perché non sia stata promossa nel termine decennale di prescrizione).

3. *Divieto di pesi e condizioni sulla quota dei legittimari.*

La disposizione (art. 549) fa salva l'applicazione delle norme contenute nel titolo IV del II libro, quelle cioè dedicate alla divisione ereditaria (art. 713).

Non è ben diversa dalla riserva, quando agli oggetti, la ragione di questa disposizione, dal momento che se quanto il testatore abbia disposto a favore del legittimario non raggiunga il valore stabilito dalla legge non sia sufficiente, si può chiedere, da parte del legittimario, la differenza; tuttavia, la disposizione è chiaramente proibitiva e pertanto impedisce al notaio chiamato a ricevere il testamento, di riceverla.

Resta da stabilire se, qualora la normativa sulla legittima venisse abrogata o notevolmente modificata, come si auspica e si propone da tempo, e il divieto venisse eliminato, il fatto che con il riceverlo nel testamento resti valido per l'applicazione della sanzione disciplinare, qualora il mutamento accada o dovesse verificarsi successivamente, se si dovesse seguire la tesi più rigorosa, si

dovrebbe propendere per l'applicazione della sanzione, poiché è nel momento che il notaio riceve il testamento che vale il divieto⁽³⁾.

Il divieto opera anche se il peso o la condizione riguarda l'attribuzione di un bene in funzione di quota (*institutio ex re certa*) e deve intendersi costituita a favore dei legittimari, in quanto in tal caso non rappresenta un peso; anche il legato in sostituzione di legittima e quello in conto di legittima ricadono nel divieto, nonché i legati *ex lege* a titolo di legittima, quale il diritto di abitazione a favore del coniuge superstite.

Quanto al significato dell'espressione "pesi e condizioni", si può affermare, secondo una formula che risale al Codice Giustiniano, non soltanto oneri (*modus*) o condizioni vere e proprie, ma tutte quelle disposizioni testamentarie che diminuiscono i diritti dei legittimari, in quanto comportino un'obbligazione o la costituzione di diritti di godimento a favore di altri beneficiari, e qualsiasi vincolo di destinazione. Sono invece escluse altre fattispecie che siano prive del carattere di peso sulla legittima, quali il possesso dell'esecutore testamentario o la nomina di un curatore speciale per l'amministrazione di beni di minori *ex art. 356*.

Per quanto concerne la sanzione del divieto sono sostenute sia la tesi della nullità che quella della inefficacia, anche se sembra preferibile la prima, in quanto la norma imperativa opererebbe *ipso iure*.

4. *Sostituzione fedecommissaria nulla o inefficace.*

L'istituto, che in passato rispondeva all'esigenza di garantire la conservazione della ricchezza nell'ambito familiare, vietato dal c.c. 1865 perché ritenuto contrario al principio della libera circolazione dei beni, è stato reintrodotta nel c.c. 1942 a carico del figlio infermo di mente e a favore di tutti i figli del testatore, nonché a favore di un ente pubblico, ma limitatamente alla disponibile; la riforma del diritto di famiglia (art. 197 l. 19 maggio 1975 n. 151), ha generalizzato il divieto della sostituzione fedecommissaria con la sola ecce-

(3) L. MENGONI, *Successione per cause di morte. Successione necessaria*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 5ª ed., Milano, 1989, p. 89 e ss.; A. TULLIO, *La tutela dei diritti dei legittimari*, Milano, 2009, p. 47 e ss. «La tutela dell'entità della legittima sono diretti anche altri istituti, quali la sostituzione fedecommissaria, la riserva di legittima, l'istituto automatico della quota ereditaria».