ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

Liber amicorum *per Mario Segni*
I rapporti privati nella società civile
Tomo I

a cura di Marcello Maggiolo e Giovanni Maria Uda

Emanuela Andreola, Tommaso Auletta,
Giovanni Bonilini, Fabio Botta,
Francesco Capriglione, Aldo Checchini,
Matilde Girolami, Marcello Maggiolo,
Aldo Petrucci, Enrico Quadri,
Vincenzo Roppo, Michele Sesta,
Roberta Zollo, Andrea Zoppini.

XXV

2020-1

Gennaio - Giugno

INSCHIBBOLETH

Archivio Giuridico Sassarese

Rivista internazionale di diritto privato antico e contemporaneo

Direttore scientifico
Giovanni Maria Uda (Università di Sassari)

Vice Direttore scientifico
Rosanna Ortu (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco Capriglione (Università LUISS "Guido Carli" – Università telematica Guglielmo Marconi); Claudio Colombo (Università di Sassari); José Ramón De Verda y Beamonte (Università di Valencia); Andrea Di Porto (Sapienza Università di Roma); Gabor Hamza (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Salvatore Patti (Sapienza Università di Roma); Christoph Schmid (Università di Brema); Agustin Luna Serrano (Università Ramon Llul Barcelona)

Comitato di redazione

Davide Achille (Università del Piemonte Orientale); Dario Farace (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo Foglia (Università di Bergamo); Stefania Fusco (Università di Sassari); Alessandro Hirata (Università di San Paolo "USP"); Lorenzo Gagliardi (Università statale di Milano); Mauro Grondona (Università di Genova); Arturo Maniaci (Università statale di Milano); Raimondo Motroni (Università di Sassari); Luigi Nonne (Università di Sassari); Laurent Posocco (Università di Tolosa); Federico Procchi (Università di Pisa); Giuseppe Werther Romagno (Università di Sassari); Maria Gabriella Stanzione (Università di Salerno) Fabio Toriello (Università di Sassari); Maria Manuel Veloso Gomes (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi Garofalo (Presidente – Università di Padova)

Marco Azzalini (Università di Bergamo); Federico Azzarri (Università di Pisa); Angelo Barba (Università di Siena); Vincenzo Barba (Sapienza Università di Roma); Pierangelo Buongiorno (Università di Münster); Ilaria Amelia Caggiano (Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli); Maria Luisa Chiarella (Università di Catanzaro); Alberto Giulio Cianci (Università di Perugia); Maria Rosa Cimma (Università di Sassari); Laura D'Amati (Università di Foggia); Maurilio Felici (Università LUMSA di Palermo); Lucilla Gatt (Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli); Andrea Genovese (Università "La Tuscia" di Viterbo); Fulvio Gigliotti (Università di Catanzaro); Claudia Irti (Università di Venezia Ca' Foscari); Umberto Izzo (Università di Trento); David Kremer (Université Paris Descartes); Paola Lambrini (Università di Padova); Lorenzo Mezzasoma (Università di Perugia); Eleonora Nicosia (Università di Catania); Francesco Paolo Patti (Università "Luigi Bocconi" di Milano); Aldo Petrucci (Università di Pisa); Guido Pfeifer (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio Piraino (Università di Palermo); Johannes Platschek (Università di München LMU); Roberto Pucella (Università di Bergamo); Francesca Reduzzi Merola (Università di Napoli "Federico II"); Nicola Rizzo (Università di Pavia); Giacomo Rojas Elgueta (Università di Roma Tre); Diego Rossano (Università di Napoli "Parthenope"); Anna Maria Salomone (Università di Napoli "Federico II"); Gianni Santucci (Università di Trento); Roberto Scevola (Università di Padova); Roberto Senigaglia (Università di Venezia Ca' Foscari); Laura Tafaro (Università di Bari "Aldo Moro")

Segreteria di redazione

Carlo Attanasio; Roberta Bendinelli; Maria Cristina Idini; Pietro Libeccio; Maria Teresa Nurra; Pietro Giovanni Antonio Santoru; Laudevino Bento Dos Santos Neto da Silveira

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.
Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.
Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019. Periodicità: semestrale.

ISSN Print: 2240-4856
ISSN on line: 2240-4864
© 2021, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.
Fascicolo n. 1/2020, gennaio-giugno, pubblicato online il 24 marzo 2021.

INDICE

Saluto inaugurale p. 11

Editoriale
Francesco Capriglione, *Covid-19. Incertezze domestiche e speranze europee* p. 13

Liber amicorum per Mario Segni
I rapporti privati nella società civile
Tomo I

Presentazione p. 37

Emanuela Andreola, *Affidamento familiare consensuale e limiti di controllo (Art. 9, commi 4° e 5°, Legge 184/1983)* p. 39

Tommaso Auletta, *Natura, acquisti e amministrazione della comunione legale* p. 55

Giovanni Bonilini, *Autonomia privata e successione testamentaria* p. 77

Fabio Botta, *Responsabilità penale 'di gruppo' e solidarietà. Formazioni militari e bande armate fra diritto romano e alto Medioevo* p. 95

Aldo Checchini, *Mario Segni Privatista* p. 117

Matilde Girolami, *Ragioni economiche del settore bancario-finanziario e funzione nomofilattica della Cassazione* p. 123

Marcello Maggiolo, Exceptio doli *e diritto bancario: a proposito di Collegio di Coordinamento ABF n. 17814/2019 (e delle Sezioni Unite in materia di nullità selettiva)* p. 145

Aldo Petrucci, *Elementi fiduciari nei rapporti contrattuali con gli* institores *ed i* magistri navis *e nelle relazioni tra soci alla luce delle fonti giurisprudenziali romane* p. 157

Enrico Quadri, *Matrimonio, unione civile, convivenze* p. 179

Vincenzo Roppo, *Sulla transazione: patologie e rimedi* p. 195

Michele Sesta, *Diritto di famiglia e Costituzione oggi. Dialogo con Mario Segni* p. 205

Andrea Zoppini, *Note sparse a margine del patrimonio destinato di Cassa Depositi e Prestiti* p. 223

Saluto dell'Onorato p. 237

Giurisprudenza

Note a sentenza

Roberta Zollo, *La riforma delle Banche di Credito Cooperativo: profili problematici* (Sent. 17/2020, Corte cost.) p. 241

Liber amicorum per Mario Segni
I rapporti privati nella società civile

Tomo I

Autonomia privata e successione testamentaria*

Giovanni Bonilini

Nelle pagine, dense e terse, nelle quali Lev Nikolaevič Tolstoj, in quel meraviglioso affresco che è *Guerra e Pace*, rievoca, altresì, la rarefatta atmosfera che avvolge la morte del conte Bezuchov, cui era sopravvenuto il sesto colpo e il quale era il padre illegittimo, così ci si esprimeva allora, di Pierre, affiora, quasi inaspettatamente, un chiaro concetto giuridico. (Pierre, molto più avanti nella storia, sposerà la deliziosa Nataša Rostova, purtroppo orbata del principe Andrej Bolkonskij).

In quelle pagine, Tolstoj tratteggia anche l'ansia dei parenti, suscitata dalla oramai prossima, inevitabile, vicenda successoria. Alla domanda del figlio Boris, la sempre affaccendata principessa Anna Michajlovna Drubeckaja risponde, icasticamente: «Dirà tutto il testamento, mio caro: anche il nostro destino dipende da quello…»[1].

Apprenderemo più tardi, come il vecchio conte Bezuchov avesse rivolto supplica al Sovrano, affinché legittimasse Pierre, il quale, in conseguenza del testamento, e non più impacciato dalla nascita fuori del matrimonio, diventerà erede dell'immensa fortuna del padre.

Attestano i biografi, che Tolstoj, negli anni fra il 1844 e il 1846, frequentò anche i corsi di Giurisprudenza, con scarsi profitti.

È stato un bene per l'umanità, che Lev Nikolaevič Tolstoj non si sia principalmente occupato di Diritto; il che gli ha consentito di dedicarsi interamente alla scrittura di pagine memorabili; non di meno, la frase, prima richiamata, sul valore e sul senso del testamento, lascia supporre che i pochi studî giuridici condotti gli abbiano consentito di maturare ed esprimere conoscenze, che si rivelano profonde.

«Dirà tutto il testamento, […]», infatti, è espressione capace di compendiare, egregiamente, la vastità delle disposizioni affidabili a codesto negozio

* Traccia della relazione, con l'aggiunta di essenziali riferimenti dottrinali, destinata al Convegno dal titolo: *I rapporti privati nella società civile. Giornata di studi per Mario Segni (in occasione dell'ottantesimo compleanno)*, Padova, 8 novembre 2019.

[1] L.N. Tolstoj, *Guerra e Pace*, a cura di L. Pacini Savoj e M.B. Luporini, BUR, Milano 2002, p. 104.

giuridico; ove si preferisca, essa è anche atta a trasmettere, con immediatezza, il senso, e la misura, dell'ampiezza dei poteri riconosciuti, ancóra oggi, al testatore. In altri termini, della sua autonomia.

Ho più volte espresso il convincimento della vitalità di uno strumento insostituibile, qual è il testamento, e della sua centralità, nel nostro sistema giuridico, per la sistemazione degli interessi *post mortem*.

Vitalità, che non intendo già in termini di sua spiccata frequenza d'impiego nella prassi, bensì nel senso della sua piena, insostituibile, attitudine all'adeguata risposta ai bisogni dell'uomo. Si badi: altresì, ove i medesimi fossero sporadicamente presenti.

* * *

Osservo, peraltro, incidentalmente, come il patto di famiglia, la cui disciplina è entrata in vigore nel 2006, non mi pare proprio che abbia goduto, sino a oggi, di quella fortuna, che ci si sarebbe potuti attendere. Codesta, nuova, forma di organizzazione giuridica della trasmissione dell'azienda o delle partecipazioni sociali, invero, stenta a incontrare il favore degli imprenditori, forse anche a ragione del fatto che non è poi così consueto che un soggetto si spogli, prima della morte, della titolarità di cespiti importanti; tanto meno, del potere di controllo dell'attività d'impresa, conservato, non di rado, attraverso la riserva, al disponente, del diritto di usufrutto. Riserva, questa, che comporta sì, in termini tributarî, un più oneroso passaggio; epperò, essa consente, appunto, al disponente, di prolungare nel tempo il potere gestionale.

Osservazioni, codeste, che, probabilmente, potrebbe essere che siano riferibili ai patti successorî, ove le insistenze di vedere abrogato il dettato dell'art. 458 cod. civ. trovino ascolto, ad opera, peraltro, giova rimarcarlo, di un legislatore, che, negli ultimi decenni, ci ha resi consapevoli soltanto della sciatteria, con la quale sono confezionate le norme di legge.

Ho manifestato, sin troppe volte, il mio dissenso all'abrogazione della norma affidata all'art. 458 cod. civ.[2], il che mi rende pressoché solitario paladino della centralità del testamento, quale unico negozio capace di dare sistemazione alla moltitudine degli interessi *post mortem*. In sua assenza, fa egregiamente alla bisogna la successione *ex lege*; non di meno, rimango anche fermamente convinto dell'inadeguatezza del vigente sistema di successione necessaria, che attribuisce diritti, in maniera smodata e indiscriminata, ai legittimarî, erodendo, in misura sconsiderata, i poteri di autonomia testamentaria. Basti rilevare, peraltro, che il sistema appare oggi sbilanciato, là dove si rammenti che chi sia coniuge, o persona unita civilmente, anche solo da poche ore, trovi consistenti diritti di riserva, rannodati alla successione del coniuge, o dell'unito civilmente, deceduto, che sono negati, invece, a chi abbia condotto, e lungamente, una

[2] G. Bonilini, *Attualità del «Divieto di patti successorî»?*, in *Dir. delle successioni e della famiglia*, 2015, p. 343 ss.

mera convivenza di fatto, o una convivenza *more uxorio*, e il convivente deceduto non abbia testato in suo favore, oppure veda il suo concorso ereditario con una folla di legittimarî.

* * *

L'insostituibile duttilità del meccanismo testamentario a me pare sicura. Attenta dottrina, del resto, non ha mancato di segnalare, in tempi relativamente recenti, il ritorno all'impiego del testamento in altre esperienze dell'occidente industrializzato, in cui si registra la sensibile ripresa di interesse per codesto mezzo giuridico, utile per imprimere la destinazione ai beni oltre la vita della persona[3]. In termini più completi, esso è capace, a mio avviso, di offrire sistemazione a una pluralità di interessi *post mortem*, non potendo punto essere immiserito a mero veicolo di trasmissione della ricchezza[4].

Capacità di rispondere ai bisogni dell'uomo, quella cui ho fatto prima cenno, che l'ordinamento giuridico deve farsi carico di salvaguardare e, soprattutto, di agevolare. Diversamente, si rivelerebbe inosservato, fra l'altro, il precetto racchiuso nell'art. 47 della Costituzione, che fa obbligo alla Repubblica di incoraggiare e tutelare il risparmio in tutte le sue forme. Norma, quella richiamata, che reputo capace di assicurare – forse in misura ancóra maggiore di quanto non avvenga con quella contemplata dall'art. 42, ult. cpv., Cost., dettata a garanzia della proprietà privata e della successione, nella medesima, anche a causa di morte – un sostegno vigoroso alla vicenda successoria *mortis causa*, poiché il valore del risparmio svapora, ove si acquisisca la sua tribolata trasmissibilità *mortis causa* ai soggetti prescelti, oppure dei beni, in cui esso sia stato convertito.

Ulteriormente fermando l'attenzione sul dato costituzionale, a me pare che il fugace richiamo, alla successione per testamento, svolto dall'art. 42, ult. cpv., Cost., sia insufficiente a delineare il quadro di salvaguardia dell'autonomia dei privati nella sistemazione degli interessi *post mortem*. A parte l'art. 47 Cost., al quale ho già fatto cenno, reputo doveroso – anzi, preminente – il richiamo all'art. 2 Cost.

L'istituzione testamentaria di erede, o di eredi, e la designazione di legatario, o di legatarî, non esauriscono punto la funzione del testamento. Suo tramite, si possono conseguire altri risultati, giacché il testatore può servirsene, a titolo di esempio, per dichiarazioni di volontà, o di scienza, che potrebbe sì rendere altrimenti; epperò, non è di poco conto che possa determinasi ad affidarle all'atto *mortis causa*. Alludo, almeno, al riconoscimento di figlio nato fuori del matrimonio, al riconoscimento di debito, alla confessione (art. 2735, primo comma, cod. civ.). Quali che siano le ragioni, che abbiano spinto il testatore al differimento della efficacia, al tempo successivo alla sua morte, di

[3] Così, P. Rescigno, *Attualità e destino del divieto di patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Cedam, Padova 1995, (p. 1 ss.) p. 5.

[4] G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Cedam, Padova 1995, spec. p. 13 ss.

codeste manifestazioni di volontà, o, almeno, di scienza, le medesime sono meritevoli di rispetto, e di tutela piena.

Il testatore, inoltre, può impiegare l'atto *mortis causa* al fine della realizzazione di interessi di indole esclusivamente morale, non patrimoniale, o indirettamente patrimoniale, riuscendo ad assicurarla nel tempo in cui non sarà più in vita.

In una: al testamento può essere riconosciuta l'attitudine di strumento capace di concorrere a valorizzare la personalità umana, che si inscrive nel novero dei preminenti vóti del nostro ordinamento giuridico (art. 2 Cost.). Non va dimenticato, peraltro, come l'art. 2 Cost. miri al sereno svolgimento della personalità dell'uomo, anzitutto, come singolo, indi nelle formazioni sociali. Fra le quali, si suole annoverare l'ambiente di vita familiare, non di rado dimentichi del fatto che codesto, specifico, àmbito conosca la propria, elettiva, consacrazione nell'art. 29 Cost., che, a mio avviso, appare oggi meritevole di radicale novellazione, sino ad ora mancata per ragioni certo non commendevoli.

Non si può negare che il primo richiamo, svolto dall'art. 2 Cost., sia allo sviluppo della personalità dell'uomo come singolo. E anche nell'atto – non di rado solitario, ove si pensi alla maggiore frequenza d'impiego del testamento olografo – della redazione del negozio e documento testamentario, trova modo di espressione la personalità dell'uomo. Lo stretto nesso tra le disposizioni testamentarie, e, in particolare, ma non solo, tra il legato testamentario e i sentimenti dell'uomo, ancóra più intenso di quanto non sia quello intercorrente tra quei sentimenti e l'istituzione di erede, è già stato ampiamente disvelato[5]. Disposizioni testamentarie, che, sovente, rendono tangibili gli affetti, la stima, la riconoscenza, la fiducia, gli ideali, e fanno varcare ai sentimenti dell'uomo la soglia del foro interno. Vero è che può altresì accompagnarsi, alla manifestazione di volontà testamentaria, la segreta, illusoria, aspirazione umana alla sopravvivenza oltre la morte; tuttavia, non può negarsi che sia anche loro tramite che possano acquetarsi determinati bisogni dell'uomo. Sovente, essi sono nobili, genuini, generosi; raramente, impìngono nell'illecito.

Testamento, dunque, che può essere inteso, altresì, come luogo di manifestazione, di conferma, di precisazione di affetti. L'ammonimento foscoliano: «Sol chi non lascia eredità d'affetti/poca gioia ha nell'urna», può forse trovare, in date disposizioni *mortis causa*, l'occasione di una non tardiva resipiscenza.

Il nostro ordinamento giuridico presta, da sempre, robusta attenzione salvaguardante al testamento. Non si può neppure negare, però, che il vigente sistema normativo, che ci consegna la soffocante attenzione nei confronti dei legittimarî, rischi, nel concreto, di rendere modesto lo spazio di autonomia nella sistemazione degli interessi pel tempo successivo alla morte. Si comprende, pertanto, perché più di un interprete, e lo stesso legislatore, seppure in sede di naufragate proposte di legge, abbiano posto l'interrogativo sulla opportunità

[5] Si veda, anche per i richiami, G. Bonilini, *Dei legati*, in *Comm. Cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger e dir. da F.D. Busnelli, III ed., Giuffrè, Milano 2020, spec. p. 4 ss.

di rivedere il vigente sistema di successione necessaria. Personalmente, mi sono espresso, in più occasioni, in tal senso[6]; esplicita è sempre stata, ed è, la mia tensione a privilegiare l'individuo, e la sua libertà, rispetto ai rapporti di famiglia. Non si può sì dimenticare che l'uomo realizzi la propria personalità anche nel seno della famiglia, qualsivoglia essa sia; epperò, essa è seconda, rispetto all'uomo, il quale, non di rado, decide di realizzarsi indipendentemente da vissuti rapporti familiari.

* * *

Gli antichi Maestri non hanno mai mancato di riconoscere sicura, di per sé, l'esigenza di dare garanzia al testamento. Suo tramite, il diritto «garentisce la volontà, che s'infutura»[7], sicché, negando «ogni libertà di testare, si violerebbe la tendenza che ha l'uomo di compiacersi nel pensiero che un suo caro godrà del suo patrimonio, e sopprimerebbe la spinta alla operosità ed alla produzione. Anche in questa forma di successione le esigenze economiche sono in pieno accordo con le esigenze razionali del diritto»[8].

Il nostro ordinamento giuridico consente, ancóra oggi, di affermare la centralità dell'istituto testamentario. Essa, già ne ho svolto cenno, non è punto minacciata dal patto di famiglia, che, peraltro, sino a oggi, ha goduto di scarso favore pratico. In ogni caso, esso ha un àmbito oggettivo decisamente limitato (azienda; ramo di azienda; partecipazione sociale), a differenza del testamento, che permane capace di spaziare nella sistemazione di una moltitudine di interessi *post mortem*.

Basti accennare ad alcune soltanto delle varie disposizioni *mortis causa*, che dànno risalto alla possibile ricchezza di contenuto del testamento: anzitutto, alla disposizione di diritti del testatore e, financo, di terzi (art. 651 cod. civ.). Si pensi, altresì, alla sua attitudine a essere fonte di obbligazioni (art. 1173 cod. civ.), e l'allusione è, primariamente, ai legati obbligatorî (di contratto, di prelazione, *etc*.). Si pensi alle disposizioni non patrimoniali, a quelle indirettamente patrimoniali, a quelle di scienza, che il testamento è capace di racchiudere.

Non si può negarlo: non è rintracciabile un altro negozio idoneo a mostrarsi capace, robusto, affidabile, contenitore di siffatta moltitudine.

Sicura, quindi, è la sua unicità. Non mi soffermo sui patti successorî, ancóra oggi accumunati nel perentorio divieto espresso dall'art. 458 cod. civ.[9]. Orbene, ove anche codesto divieto dovesse venire meno, come auspicano

[6] Si veda, anche per i richiami, G. Bonilini, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Giuffrè, Milano 2009, p. 729 ss.

[7] F. Filomusi Guelfi, *Successione testamentaria*, in *Enciclopedia giuridica*, 5ª ed., Jovene, Napoli 1907, (p. 411 ss.) p. 412.

[8] F. Filomusi Guelfi, *op. cit.*, p. 413.

[9] G. Bonilini, *Attualità del «Divieto di patti successorî»?*, in *Dir. delle successioni e della famiglia*, cit., *passim.*

non pochi interpreti, magari a ragione della sollecitazione che il recente, elefantiaco, maldestro, Regolamento europeo, entrato in vigore nell'agosto del 2015, potesse offrire al nostro legislatore, mai potrebbe, il contratto ereditario o l'atto dispositivo o rinunziativo, gareggiare, quanto a estensione di contenuto, con il testamento. Ancóra una volta, non potrebbe che avere un oggetto smilzo, circoscritto, là dove il testamento potrà sempre presentare contenuto sfaccettato, atto a offrire disciplina alla molteplicità dei bisogni, e interessi, dell'uomo. Personalmente, (non ne ho mai fatto mistero), sono contrario al patto successorio, poiché denunzia lo spirito che apprezza tutto in danaro, che considera che tutto può essere oggetto di vendita, di pattuizione; alto, poi, è il rischio della sua irrevocabilità, almeno nei fatti. Non mi pare dannosa scelta, pertanto, quella di lasciare un alone di mistero, almeno, nei confronti degli èsiti civilistici della morte. In ogni caso, non può essere negato che esso non riesca mai a essere capace di sostituirsi, *in toto*, al testamento.

* * *

Gli studî più avvertiti approdano alla conclusione, secondo la quale, sono riconosciuti ai consociati poteri molto ampî, seppur non illimitati, circa la sistemazione, tramite il negozio *mortis causa*, degli interessi *post mortem*. Detto altrimenti, è sicura l'autonomia, intesa quale potere di incidere sulle regole riguardanti un dato soggetto. Osserva Rodolfo Sacco, come, nel passato, si parlasse, altrettanto volentieri, di «libertà del testatore»[10]. Ne dà conferma Troplong, il quale, nella dotta *Préface* alla trattazione sui testamenti, ama ricordare: «*le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil*»[11]. Rileva, ancóra, Sacco, come la parola libertà abbia il grande vantaggio di essere immediatamente comprensibile anche al non giurista; epperò, non lasci intendere che «qui essa corrisponde ad un potere di creare regole»; al qual concetto, invece, si addice il termine autonomia[12].

A me pare che l'autonomia del testatore trovi il suo vero profilo d'importanza nel contenuto deducibile nell'atto *mortis causa*; vale a dire, nell'ammirevole varietà di disposizioni consegnabili a quel negozio.

Sulla sua centralità nel nostro ordinamento, la dottrina più attenta ci rassicura[13]. Non giova certo ritornare su una disputa annosa, giustamente giudicata sterile[14], diretta a forzare un segno, che porti a riconoscere la prevalenza, o la preminenza, della successione testamentaria sulla legittima, o di questa sul-

[10] R. Sacco, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. I, UTET, Torino 1987, (p. 517 ss.) p. 517.

[11] R. Troplong, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, I, A. Labroue, Bruxelles 1855, p. I.

[12] R. Sacco, *op. loc. citt.*

[13] A. Palazzo, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, I, Giuffrè, Milano 1996, spec. p. 4 ss.

[14] P. Rescigno, *op. cit.*, p. 5.

la prima. Più pacata, è la riflessione che rintraccia sì, nella legge, il cómpito di decidere la sorte dei beni della persona al di là della morte, ma per la cui realizzazione essa si avvale della mediazione di un atto di autonomia, qual è, appunto, il testamento[15].

Il sistema, nella sua cartesiana linearità, dà indiscusso spazio all'autonomia testamentaria; non di meno, elegge alcuni famigliari a riservatarî, i quali possono venire alla successione anche contro il testamento. Esso, però, e il dato non può essere punto dimenticato o trascurato, dà tutti i suoi frutti, anche se leda i diritti dei legittimarî, giacché le sue disposizioni non sono, per questa ragione, nulle: più semplicemente, possono essere private di efficacia, ove i riservatarî agiscano in riduzione. Nel qual caso, l'èsito vittorioso del giudizio scolora la volontà testamentaria sino alla misura necessaria a reintegrare quei diritti. Lungimirante scelta, quella del Codificatore del 1942: la violazione dei diritti di riserva, e financo la pretermissione di un legittimario, non comportano l'invalidità dell'atto *mortis causa*, giacché è rimessa all'interessato la libera scelta circa l'attivazione del previsto, snello, rimedio; vale a dire, l'azione di riduzione.

Centralità del testamento, dunque; ove vi sia, intuitivamente, poiché, in sua assenza, non potranno che operare i criterî di successione legittima, chiamata, peraltro, a concorrere con quella testamentaria, ove quest'ultima non sia in grado di realizzare effetti pieni, non avendo disposto, il testatore, dell'intero o lo stesso si sia limitato a disporre a titolo di legato, sicché la chiamata di un erede, sempre necessaria, dovrà trovare attuazione secondo i criterî di legge. E così si completa, in una circolarità virtuosa, senza sbavature e difetti, il subingresso nell'intero e l'assenza, dunque, di pericolosi vuoti.

Criterî di legge, che, dalla Novella del 1975, non privilegiano più il solo rapporto di sangue: esaltano gli affetti, come è testimoniato dalla differente posizione successoria ora assicurata al coniuge superstite (e, giusta la L. n. 76/2016, alla persona unita civilmente).

Esaltazione, ancóra una volta, degli affetti, che, a giudizio dei più, appare oggi smodata, sbilanciata, sovente inadeguata. Meritevole di essere intermediata dall'atto di volontà *mortis causa*. Per meglio dire: un coniuge affettuoso e partecipe, non ha dubbio circa la successione *post mortem* nei diritti trasmissibili in favore del coniuge superstite. È quella che io chiamo la fisiologia delle famiglie felici. Accanto alle quali, però, non può non essere registrata la presenza delle famiglie infelici; rispetto alle quali, appunto, i diritti di riserva si rivelano poco adatti, financo irridenti[16].

* * *

Centralità del testamento, si è detto, la cui normativa, nella sostanza, è in continuità con il passato; a mio avviso, in rassicurante continuità.

[15] Cfr. P. Rescigno, *op. cit.*, p. 5.
[16] G. Bonilini, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, cit., spec. p. 741 ss.

Si reputa che il testamento meriterebbe di essere rivitalizzato; si può acquisire, facilmente, come poche norme siano state modificate, dal 1942, nella disciplina concernente il testamento.

Su alcuni punti, un intervento legislativo potrebbe essere utile; di maggior giovamento, a me pare la tendenza in atto, che è di rinnovata sensibilità dell'interprete verso uno strumento, la cui potenzialità è indubbia. Basti il richiamo, fra l'altro, al potere del testatore di comporre la quota riservata con beni determinati (artt. 549, 733 e 734 cod. civ.), di disporre l'istituzione del legittimario in beni determinati (art. 588 cod. civ.), oppure il legato in sostituzione di legittima (art. 551 cod. civ.).

Potenzialità, occorre precisarlo, non sempre adeguatamente sfruttata dai testatori, forse anche a ragione dei non sempre attenti consigli di quanti siano stati chiamati ad assisterli nella redazione del negozio di ultima volontà.

L'insostituibilità della funzione testamentaria, peraltro, è svelata, soprattutto, riguardo alla circostanza che solo il testatore conosce i meriti dei beneficiarî, sicché è l'unico a poter ristabilire equilibrî, anche tenendo conto dell'eventuale pluralità di matrimonî, e della convivenza prolungata, nella quale vi sia stato l'apporto di assistenza, e delle collaborazioni domestiche, che possono aver avuto un'importanza non trascurabile[17].

La destinazione testamentaria dei diritti (gravanti sulla disponibile), dunque, può concorrere a dare risalto ai meriti di alcuni; volendo, anche a "sanzionare" i comportamenti disapprovati di altri. Si pensi al comportamento irrispettoso dei figli, sì riprovato, epperò non sanzionato: il genitore può concretamente biasimarlo, devolvendo a favore di altri la disponibile; peraltro, se quel comportamento abbia i ben più pregnanti colori dell'illiceità, opera l'indegnità a succedere, che può far perdere anche i diritti riservati dalla legge. Si può obbiettare, che è poco nobile lo spirito di chi sanziona; non di meno, a me pare che l'idea retributiva abbia meriti ben maggiori di quanti oggi non si voglia riconoscerle.

Una prospettiva alta non può essere negata all'attitudine del testamento al raggiungimento di scopi genuinamente sociali, come avviene quando le sue disposizioni si indirizzino a dotare di mezzi gli enti perseguenti scopi culturali, di beneficenza, *etc.*; in un disegno, in ogni caso, di fiducia dell'uomo nell'uomo, nelle sue capacità di rispetto della memoria. Ben si è osservato, peraltro, riguardo al fenomeno successorio, il favore dell'ordinamento per la continuità delle posizioni soggettive e dei rapporti di cui esse sono elementi: la mobilità di tali posizioni e rapporti, corrispondente a un impulso dinamico, si concilia con l'esigenza della continuità, che vuol dire conservazione[18].

* * *

[17] A. Palazzo, *op. cit.*, p. 8.

[18] A. De Cupis, voce *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano 1990, (p. 1250 ss.) p. 1257.

Le disposizioni patrimoniali attributive, affidabili al testamento, non possono che essere l'istituzione di erede, la chiamata nei legati, il ricorso al *modus*. La critica alla tipicità delle disposizioni testamentarie[19], peraltro, non mi convince, giacché esse sono capaci di soddisfare, in linea di tendenza, qualsivoglia bisogno, sol che si riconosca la varietà del contenuto, che il testatore può loro affidare.

Mi pare, tuttavia, che altre disposizioni meriterebbero di essere tipizzate, al fine del raggiungimento di risultati differenti da quelli divisati per la trasmissione della ricchezza, come cercherò di mostrare più avanti.

Sulla varietà del contenuto affidabile alle disposizioni testamentarie, una stagione feconda di studî l'ha mostrata[20]; sulla duttilità del *modus*, non v'è che da richiamare il magistrale contributo di Michele Giorgianni[21].

La maggior parte degli interpreti, soffermandosi sull'ampiezza dell'autonomia del testatore, rileva, quale suo, unico, limite, la liceità, non disgiunta, in ogni caso, dalla possibilità e dalla determinatezza o determinabilità del disposto; soprattutto, reputa non riferibile, al testamento, il dettato dell'art. 1322, cpv., cod. civ.[22].

Senza ripetere osservazioni note, rammento come debba escludersi, con il conforto di autorevole dottrina, che il testamento, quale tipo negoziale legislativamente configurato, tolleri la valutazione di meritevolezza sociale degli interessi perseguiti. Non si può invocare l'art. 1324 cod. civ.[23]; soprattutto, va considerato come l'intero sistema legislativo – e la storia, che accompagna la vicenda giuridica del testamento, nonché la diversità ontologica delle esigenze, alle quali esso risponde rispetto al contratto – manifesti, con una serie di segni caratteristici e inequivoci, l'idea che l'atto *mortis causa* sia sottratto all'applicazione della normativa generale del contratto.

Alla libertà testamentaria, si osserva in dottrina[24], è riservato uno spazio insuscettibile di verifica in termini di «socialità» dell'intenzione e dello scopo; il che riconferma la tolleranza dell'ordinamento giuridico verso il contenuto bizzarro, o capriccioso, o socialmente futile, epperò lecito, delle disposizioni testamentarie. Riguardo a ciò, tuttavia, penso possa trarsi, dalla concretezza della prassi, uno spunto di riflessione. Pur non giuridicamente bisognevoli della positiva valutazione in chiave di meritevolezza sociale, mi domando in quante situazioni possa realmente affermarsi che le disposizioni testamentarie ne facciano difetto. Certo, non mancano, nelle opere dei dottori, interessanti florilegî di ipotesi di disposizioni reputate immeritevoli; è anche vero, però, che i Repertorî ci segnalano ipotesi, più che immeritevoli, illecite, quindi prive

[19] Per un cenno, cfr. P. Rescigno, *op. cit.*, p. 3.

[20] Cfr., altresì per i riferimenti, G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Giuffrè, Milano 1990, spec. p. 8 ss.

[21] M. Giorgianni, *Il «modus» testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 889 ss.

[22] Per i riferimenti, cfr. G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., spec. p. 64 ss.

[23] G. Bonilini, *op. ult. cit.*, p. 65.

[24] Cfr., per i richiami, G. Bonilini, *op. ult. cit.*, p. 66.

di efficacia per ben più pregnante ragione. I testatori, indubbiamente, peccano, talvolta, di bizzarria; epperò, si è lontani dall'illiceità, e pur anco dalla non meritevolezza.

Su questo terreno, tuttavia, vanno registrate censure forti. Nel più vasto disegno di energica disapprovazione del fenomeno successorio *mortis causa*, non si è mancato, a modo di esempio, di giudicare le regole codicistiche in sua disciplina come «asservite alla […] preminenza del dato egoistico su ogni altra esigenza, che non sia quella di soddisfare al più ottuso individualismo […]»[25].

Codesta, perentoria, affermazione a me pare facilmente smentibile. Un esempio lo offre lo stendhaliano romanzo *Armance*. Octave de Malivert, contratto improvvidamente matrimonio con Armance, si imbarca, poco dopo la celebrazione delle nozze, su un veliero diretto in Grecia, dicendo alla moglie di aver fatto un voto. Ben presto, fece chiamare il capitano: in presenza delle nove persone dell'equipaggio, dettò il suo testamento; uno simile, aveva avuto cura di depositarlo presso un notaio di Marsiglia. Col testamento, attribuì tutti i suoi beni alla moglie, alla «strana» condizione, così dice Stendhal, che lei si risposasse entro venti mesi dal suo decesso; in difetto, l'eredità sarebbe spettata a sua madre. Indi, si tolse la vita con una mistura di oppio e digitale, che lo liberò dolcemente da quella vita per lui tanto agitata.

Un giudice nostrano inorridirebbe, oggi, di fronte alla condizione di sposare; il testamento di Octave, invece, a me appare il supremo gesto di generosità di un uomo, che non ha compreso, a tempo debito, l'errore del suo matrimonio, che non avrebbe potuto onorare. Incapace di dare le gioie matrimoniali alla bella Armance, Ocatave le offre una via di possibile salvezza, di recupero: un altro matrimonio, da contrarre a breve; altrimenti, non le spetterà la sua eredità. Sennonché, è fatale che Armance, e la madre di Octave, si ritirino, poco dopo la sua morte, in convento: siamo in un romanzo dell'Ottocento; altro non avrebbe potuto essere il finale.

Più di uno studioso ha messo in luce come occorra abbandonare l'opinione, che fa del diritto successorio il dominio incontrastato dell'individualismo più retrivo[26]. Non è punto vero, poi, che il testamento poco si adatti alla realizzazione di programmi e finalità di ordine sociale[27]. A me pare improprio vagheggiare il perseguimento di imprecisati interessi sociali, e non cogliere la circostanza che l'appagamento degli interessi dei singoli si rivela capace, in definitiva, di realizzare l'interesse del gruppo.

[25] L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 6, II, UTET, Torino 1982, p. 5 ss., spec. p. 10, e, della stessa, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna-Roma 1993, spec. pp. 2-8.

[26] Cfr., a titolo di esempio, L. Ferri, *Socialismo e diritto successorio*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Giuffrè, Milano 1971, (p. 121 ss.) p. 122.

[27] Cfr. Cfr. Scalisi, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, (p. 387 ss.) spec. 392.

Sulla funzione sociale della successione *mortis causa*, cfr. le dense pagine di P. Perlingieri, *La funzione sociale del diritto successorio*, *in Rass. dir. civ.*, 2009, p. 130 ss., spec. p. 133 ss.

* * *

Il testamento è una creatura fragile: destinato a produrre effetti nel tempo in cui il suo autore non sarà più, può essere in balìa di successibili ingordi; l'allentamento delle coscienze individuali può minacciare la volontà affidatagli; una certa, incolpevole, insipienza di chi sia chiamato a interpretarlo acuisce, talvolta, il problema. Né manca, sovente, un'assenza di previdenza, o di conoscenza di provvidenze, che l'ordinamento giuridico pone a disposizione dei testatori. Il soccorso, a titolo di esempio, che può prestare la penale, specie a fianco di disposizioni deboli, è di tutta evidenza. Taluno dubita che la penale possa prestare assistenza alle obbligazioni di fonte testamentaria, ed è qui un'incertezza pericolosa, che il Codice potrebbe farsi carico di sciogliere esplicitamente, sebbene i suoi segni, rettamente interpretati, a me pare che portino nella direzione della piena possibilità di dedurre la penale anche nel testamento[28].

Fruttuosa, potrebbe essere la previsione di una disposizione di compromettere in arbitri. Si dubita che la clausola arbitrale possa accedere, oltre che ai contratti, al testamento; una più serena valutazione dell'autonomia testamentaria, però, potrebbe portare a riconoscere al testatore il potere di prevedere che le controversie rannodate, a titolo di esempio, all'interpretazione di una data disposizione a causa di morte, debba essere affidata a un arbitro. Tecnicamente, il testatore potrebbe disporre sotto forma di condizione dell'istituzione testamentaria, certo non illecita (art. 634 cod. civ.), che vincolerebbe i chiamati accettanti.

Fruttuosa, infine, potrebbe essere la designazione di un esecutore testamentario, particolarmente utile, quando sia opaca la fiducia nei successori – tenuti a dare esecuzione alle disposizioni testamentarie, allorché manchi la designazione di un esecutore testamentario – e opportuna, soprattutto, allorquando sia stato affidato, alla scheda, un complesso regolamento di interessi *post mortem*. Esecutore testamentario, quale soggetto tenuto, ostinatamente, a perseguire la volontà del testatore[29].

Ancóra una volta, è problema, anche qui, di sensibilità, alla quale non dovrebbero sottrarsi quanti, per ragioni professionali, siano chiamati ad assistere i testatori nella redazione dell'atto di ultima volontà.

* * *

Un limite forte all'autonomia testamentaria va rintracciato nel sostanziale divieto di sostituzione fidecommissaria. La marginalità dell'ipotesi contemplata dall'art. 692 cod. civ. è di intuitivo apprezzamento, ed eloquente è la formula: «fedecommesso assistenziale», con la quale l'istituto circola fra i giuristi.

[28] Cfr., anche per i riferimenti, G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, cit., p. 23 ss.

[29] G. Bonilini, *Degli esecutori testamentari*, in *Comm. Cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger e dir. da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano 2005.

Sono troppo note, perché vi si possa soffermare, le ragioni, risalenti, che hanno portato a vedere con diffidenza quasi astiosa i fedecommessi; acriticamente tralatizia, poi, è quella imperniata sul pericolo di immobilizzazioni, e conseguente attentato alla libera circolazione della ricchezza, che è vóto legislativo. Sullo sfondo, sta anche il biasimo alla «aspirazione tanto vana, quanto egoista dell'individuo all'eternità», che ha affaticato l'affermazione delle fondazioni, come ben è stato messo in luce[30].

Un ritorno alla ammissibilità, senza limiti, dei fedecommessi, è inimmaginabile; un ripensamento dell'istituto, in termini agili, onde i consociati possano servirsene per appagare determinati bisogni, a me non pare superfluo.

Soprattutto, dovrebbe essere ripensata la sorte conosciuta dal fedecommesso *de residuo*. Orbene, anche se è insicuro che il medesimo debba sempre incappare nella nullità prevista dall'art. 692, ult. cpv., cod. civ., è fuor di dubbio la diffidenza riservatagli, specie in giurisprudenza. È sì sicuro che la disposizione testamentaria, che imponga all'istituito di «restituire» al sostituto (non già tutti i beni devolutigli, bensì solo) i beni residuati alla sua morte, renda ardua la sua catalogazione nella sostituzione fidecommissaria, giacché manca, qui, l'essenziale obbligazione di conservare, che caratterizza il fedecommesso; non di meno, il sospetto sulla sua validità è reputato, dai più, molto forte. È sì sicuro che l'istituito possa, in codesto caso, non solo godere, ma anche disporre, liberamente, dei beni pervenutigli; epperò, la limitazione alla libertà dispositiva di quei beni per testamento è indubbia. Libertà di testare, tuttavia, che attiene a beni pervenuti in via testamentaria, sicché potrebbe quasi considerarsi di secondo grado, e potrebbe immaginarsi, riguardo a quei beni, attenuata, a ragione dell'ampia disponibilità da riconoscere al trasmittente gli stessi. Inattaccabile permanendo, è di facile intuizione, la piena disponibilità dei beni integranti i diritti di riserva, sino a quando essi permarranno contemplati come tali.

* * *

È secolare la preoccupazione di conservare il patrimonio ai discendenti del *de cuius*.

È dato agevolmente accertabile, tuttavia, il calo delle nascite; non di rado, la non procreazione è frutto di una scelta libera e responsabile, che dovrebbe far riflettere il legislatore. Mi domando, da tempo, e certo non con animo provocatorio, se la proposta di annoverare, fra i poteri del testatore, altresì quello di adottare, sia azzardata.

Ai *Mémoires d'Hadrien*, autentico scrigno, Marguerite Yourcenar ha affidato una serena riflessione sull'adozione imperiale. Ella fa dire a Adriano:

[30] G. Iudica, *Fondazioni, fedecommesserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Cedam, Padova 1995, p. 97 ss.

«[…] l'autentica continuità umana non si stabilisce attraverso il sangue […]. La maggior parte degli uomini che contano nella storia, ha avuto una progenie mediocre, o ancor peggio: si direbbe che essi esauriscano in sé tutte le risorse d'una razza […]. Fortunatamente, per quel poco che il nostro Stato ha saputo darsi una norma per la successione imperiale, essa è l'adozione: e anche in questo, io ravviso la saggezza di Roma. Conosco bene i pericoli d'una scelta, gli incerti ch'essa comporta; e non ignoro che l'accecamento non è esclusivo dell'affetto paterno; ma questa scelta a cui l'intelligenza presiede, o, quanto meno, partecipa, mi apparirà sempre infinitamente preferibile agli oscuri incontri del caso e della ottusa natura. L'impero al più degno […].»[31].

Non ci si può lasciare suggestionare da questa pagina; i romanisti, nella maggior parte, rimarcano come l'*adoptio* fosse atto tra vivi, e l'adozione per testamento, ricordata nelle fonti letterarie, si reputa fosse ignota ai giuristi, e dovette, forse, avere efficacia soltanto morale e politica[32]. Il fenomeno è valutato strano, giacché, al silenzio dei testi giuridici, si accompagnano numerosi esempî di adozioni testamentarie nelle fonti storiche e letterarie[33]. Si può aggiungere che l'*adoptio per testamentum* viene da alcuni ridotta alla condizione di portare il nome, imposta all'erede; si ricorda un'opinione, «semplice e seducente», di Cuiacio: è, questa, «una *adoptio non iure facta*, cioè non una vera adozione, bensì l'espressione di un desiderio del defunto, ma può e suole esser convalidata nelle debite forme […].»[34]. Osserva Bonfante: quest'uso del termine e questo concetto di adozione, «adibita in un senso prevalentemente morale con un'efficacia giuridica, che è un'ombra rispetto alla vera efficacia dell'adozione, sono gli indici di un oscuramento e di un'alterazione dell'istituto nella coscienza sociale»[35].

L'adozione *tout court* ha conosciuto alterne vicende; ricorda Enrico Besta: «La scuola del diritto naturale in omaggio alla natura non fu amica all'istituto. E probabilmente nella pratica non se ne sentiva vivo il bisogno»[36]. Non si può dimenticare, tuttavia, che la Rivoluzione francese non cancellò definitivamente l'adozione; il Codice Napoleone, soprattutto per l'energico intervento dello stesso Bonaparte, la rivitalizzò, anche se, forse, più che altro per motivi sentimentali, a conforto di chi non avesse avuto figli o li avesse perduti[37]; proprio il Codice Napoleone affiancò, all'adozione detta ordinaria, due forme speciali, vale

[31] M. Yourcenar, *Mémoires d'Hadrien suivi de Carnets de notes de Mémoires d'Hadrien,* trad. it. di L. Storoni Mazzolani, Einaudi, Torino 1977, p. 238.

[32] Così, G. Branca, voce *Adozione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano 1958, (p. 579 ss.) p. 580.

[33] *Amplius*, P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 1963 (rist. 1ª ed. a cura di G. Bonfante e G. Crifò), p. 26 ss.

[34] P. Bonfante, *op. cit.*, p. 27.

[35] P. Bonfante, *op. cit.*, p. 29.

[36] E. Besta, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Giuffrè, Milano 1962, (p. 48 ss.) p. 55.

[37] Così, G. Vismara, *voce Adozione (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano 1958, (p. 581 ss.) p. 584.

a dire la testamentaria (art. 366)[38] e la rimuneratoria[39]. Non può trascurarsi di rimarcare l'assoluta peculiarità delle fattispecie contemplate da codeste norme.

Conosciamo le obbiezioni mosse all'adozione, specie se configurata nei termini prospettati; essa, però, è tutt'altro che un relitto di ordinamenti sorpassati a tipo aristocratico, e non è già esclusivamente rivolta a tramandare il casato e il patrimonio delle grandi famiglie nobili; né può affermarsi che si tratti di un'artificiosa imitazione della natura. Rimarca De Ruggiero, che essa è invece «un'istituzione sommamente benefica, perché si fonda sullo spirito di benevolenza e di altruismo ed attua uno degli scopi più nobili dell'umana esistenza; ed è tale da poter dare preziosi frutti, purché sia spogliata di quell'eccessivo rigore di requisiti e di forme da cui è accompagnata secondo le norme del nostro codice […] essa è […] un rimedio benigno per chi non abbia avuto figli o li abbia perduti […] un modo per collocare in altri i propri affetti familiari e assicurare l'avvenire soprattutto ai fanciulli che non abbiano più genitori o non ne abbiano mai avuti di fronte alla legge […].»[40].

Conosco, senza condividerle, le obbiezioni, che si possono muovere a chi non abbia voluto figli, o a chi avrebbe potuto manifestare affetto attraverso un'adozione in vita; ignoro, però, l'esistenza di controindicazioni sicure a una scelta affidata al testamento, quindi destinata ad avere effetti dopo la morte.

Immagino un'adozione che non cancelli l'appartenenza dell'adottato alla famiglia d'origine; che gli faccia assumere il nome dell'adottante, conservando il proprio; che possa essere disposta tanto da chi sia coniugato, quanto da chi non abbia, o non abbia più, legami matrimoniali; che conosca norme atte a sventare mostruosità, quale l'adozione del convivente *more uxorio*. La immagino come adozione, che abbia, anzitutto, un alto valore morale; che assicuri la discendenza a chi ne sia privo; che possa dare effetti solo se accettata, e, del resto, si diviene eredi solo accettando la delazione; che assicuri all'adottato diritti ereditarî, rispetto sia alla famiglia di origine, sia all'adottante. Non la immagino certo come mero espediente per far giungere diritti beneficianti del minor carico fiscale assicurato ai discendenti. Non escludo, intuitivamente, i vantaggi rannodati alla trasmissione della ricchezza: quel danaro, non darà la felicità all'adottato; come ricorda il poeta, potrà consentirgliela.

* * *

Quelle segnalate, a me paiono alcune delle esigenze meritevoli di trovare specifica risposta normativa.

Il secondo Libro del Codice civile ha conosciuto, dalla sua entrata in vigore, solo marginali aggiustamenti, in chiave, soprattutto, di arricchimento di

[38] Cfr., almeno, F. Laurent, *Principes de droit civil français*, IV, Bruylant-Durand&Pedone-Lauriel, Bruxelles-Paris 1893, 5ª éd., § 237 ss. (p. 325 ss.) spec. § 242 ss. (p. 330 ss.).

[39] Cfr., ancóra, G. Vismara, *op. cit.*, p. 584.

[40] R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, II, G. Principato, Messina-Milano, s. d., 6ª ed., pp. 217-218.

possibilità per i consociati, e l'allusione è, anzitutto, alla disciplina del patto di famiglia.

Le norme di quel Libro, peraltro, non si sono giovate, se non in misura marginale, dell'intervento chiarificatore della giurisprudenza costituzionale.

A mio avviso, la ragione di quell'assenza è semplice: le norme a governo della successione in generale, e di quella testamentaria in ispecie – delle quali i più hanno lodato, e lodano, il rigore dei principî sottostanti, la limpidezza della tutela di uno dei profili più alti della personalità dell'uomo, l'adeguatezza dal punto di vista tecnico, la sobrietà ed efficacia del dettato, la puntualità lessicale, segni evidenti di una ponderazione, assente, oramai da decenni, nella gran parte dell'attività di normazione –, esprimono, in larga misura, principî e regole senza tempo, quindi sono conformi, per ciò stesso, ai dettami della nostra Carta costituzionale.

Certamente, sarebbero utili altri interventi, di là da quelli, già invocati, sul ridimensionamento dei soffocanti diritti dei legittimarî. Reputo che una modifica la meriterebbero, a titolo di esempio, le norme sulla forma testamentaria olografa. La quale, invero, genera un consistente contenzioso, e si presta a pasticciate disposizioni, specie se eletta in tarda età.

Potrebbe essere utile, inoltre, una chiara presa di posizione sulla diseredazione; ben più perspicua, di quanto non sia la marginale ipotesi contemplata dalla parte finale dell'art. 448-*bis* cod. civ.

Che essa sia disposizione pienamente affidabile al testamento, non ho mai dubitato, e così la maggior parte della dottrina. Differentemente è a dirsi per la nostra giurisprudenza, specie della Suprema Corte, la quale ha mutato d'indirizzo solo di recente. Stendendo il parere *pro veritate* circa la vicenda oggetto della sentenza del 2012[41], che segna un vero e proprio *revirement*, ritenevo insperato il mutamento di indirizzo della Suprema Corte. La quale, invece, dopo decenni, si è espressa, appunto, nel senso, ovvio, secondo cui la diseredazione può costituire financo solitaria disposizione del testamento; e non potrebbe essere altrimenti: limitarsi a escludere dalla successione dati successibili legittimi, invero, equivale a disporre, nella sostanza, in favore dei successibili non diseredati.

Permane, non di meno, nella Suprema Corte, l'avviso che la diseredazione non possa colpire i legittimarî. A me pare facile rimarcarlo: la Cassazione dimentica che, così come il legittimario pretermesso ad altro rimedio non possa fare appello, se non all'azione di riduzione, altrettanto dovrebbe affermarsi riguardo a quello diseredato.

Orbene: per decenni, la giurisprudenza ha negato efficacia alla diseredazione, che non si affiancasse a una disposizione istitutiva, inconsapevole del

[41] Cass., 25 maggio 2012, n. 8352, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, p. 763 ss., con nota di V. Barba, *La disposizione testamentaria di diseredazione*.

Al riguardo, cfr. anche G. Bonilini, *Disposizione di diseredazione accompagnata da disposizione modale*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, p. 715 ss.

fatto che disporre in via testamentaria significa, altresì, dare regola agli interessi *post mortem* in via negativa. L'interprete, quindi, sembra oggi rincuorato dall'interpretazione della Suprema Corte; sennonché, essa permane tale, con la conseguenza che un altro giudice potrebbe ritornare al precedente indirizzo. Al fine di evitare, quindi, che il testatore imprudente si limiti a diseredare e non anche a istituire, con il rischio giudiziale paventato, sarebbe indubbiamente utile una norma, che, con semplicità e chiarezza, affermasse il pieno potere di limitarsi a escludere dati successibili legittimi dalla successione. Non si obbietti, peraltro, che la diseredazione è manifestazione di animo malvagio, giacché il medesimo risultato potrebbe essere raggiunto attraverso l'istituzione e la previsione di ben confezionate disposizioni di sostituzione, onde sia sventato il rischio che il soggetto, non voluto a erede, possa rifare capolino, ove l'istituito non possa o non voglia venire alla successione.

A ben vedere, la giurisprudenza, che, per lunga data, ha negato efficacia alla diseredazione, ha male interpretato la norma affidata all'art. 587 cod. civ. Si è dimostrata inadatta, inoltre, nell'interpretazione sistematica, dimentica, fra l'altro, del fatto che, allorché il Codificatore ha voluto impedire un dato èsito, lo ha espressamente proclamato. Così è per il divieto di ipoteca, giusta l'art. 2821, cpv., cod. civ.: espressamente, la legge vieta la concessione di ipoteca per testamento, riducendo sì l'autonomia testamentaria, epperò non capricciosamente, bensì a ragione di interessi, quale il rispetto della *par condicio creditorum*, prevalenti nell'ottica legislativa.

Ove si fosse sempre edotti del principio, secondo il quale, al testatore è concesso tutto ciò che la legge non impedisca espressamente, fatta salva, intuitivamente, l'invalidità della singola disposizione illecita, impossibile o indeterminata, sarebbe inutile un'espressa norma sulla possibilità di escludere dati soggetti dalla successione. Non nego, però, che, nel dato caso, possa essere utile una precisa norma di legge, che eviti, appunto, il danno determinato dalla lunga, ostinata, scelta, della giurisprudenza del Supremo Collegio, di negare, di regola, efficacia alla disposizione di diseredazione. Il Supremo Collegio, d'un tratto, ha mutato indirizzo, senza che, a ben vedere, sia mutato il contesto normativo e sociale, con quel senso, dunque, di ingiustizia perpetrata nel passato, che, appunto, suggerisce una presa di posizione netta a livello normativo.

* * *

In conclusione, rimarco l'attualità dell'ammonimento di Giovan Battista Vico: «e siccome *tutto che piace al principe ha vigore di legge*, così tuttoché comanda il testatore nel testamento, *è legge*»[42].

[42] G.B. Vico, *Dell'unico principio e dell'unico fine dell'universo diritto*, trad. e commento di C. Giani, Coi Tipi di Alessandro Lombardi, Milano 1855, p. 404: «*et uti* quidquid principi placet legis habet vigorem; *ita quidquid testator testamento jubet*, jus esto […]».

Analogamente Domat: «*toutes les volontez d'un testateur* […] *tiennent lieu de Loix*»[43]; formula giudicata «augusta e felice»[44], che compare, nel nostro Codice civile (art. 1372), in un'importante norma sul contratto[45]; epperò, non è utilizzata riguardo al testamento.

La forza di legge del testamento ha affascinato anche i non giuristi.

Basti ricordare le disposizioni *mortis causa* di Teresa Uzeda nata Risà, Principessa di Francalanza e Mirabella, e il fatto che Federico De Roberto le intercali con l'espressione: «Voglio, ordino e comando».

Inoltre, il passo del libretto, di Salvatore Cammarano, della donizettiana Maria De Rudenz: «Del padre di Maria/Tal fu la legge estrema». Il secondo testamento del Conte di Rudenz stabiliva che, se Maria non fosse ritornata entro un anno, i suoi beni sarebbero andati a Matilde e la giovane, anziché entrare in convento, sarebbe stata libera di sposarsi. Testamento come legge estrema. Nel senso di ultima legge; e pur sempre legge.

Il fascino di quei tempi è svaporato; permane, non di meno, il senso dell'imperatività del voluto testamentario. Oggi, ci si può appagare della densa sobrietà del semplice «voglio», seppur con la consapevolezza degli ineludibili limiti imposti dall'ordinamento giuridico. Certo non numerosi; non di rado, giustificati; spesso, intollerabili.

[43] J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Parigi, 1735, *Seconde partie*, *Livre troisième*, *titre* I, *Section* I, n. VII.

[44] F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Soc. ed. del «Foro Italiano», Roma 1940, p. 108.

[45] Per tutti, cfr. il bel saggio di G. De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, LED Edizioni Universitarie, Milano s. d., ma 1993.

Abstract [Ita]

Il presente lavoro si riferisce all'istituto testamentario, tratteggiandolo come fondamentale strumento d'espressione dell'autonoma volontà del *de cuius*. In tale quadro, l'Autore sottolinea come esso contribuisca a valorizzare la personalità umana, in conformità all'art. 2 della Costituzione. È altresì osservato che il testamento non si limita, ai sensi dell'attuale disciplina legislativa, a tutelare i rapporti di sangue che legano il testatore ad altri soggetti, ma ne tutela anche – in senso più lato – gli affetti. L'ordinamento italiano, tuttavia, pone all'autonomia testamentaria una serie di limiti, come quelli legati all'esistenza della successione *ex lege* e al riconoscimento, in virtù della stessa, di diritti ai legittimarî; ne è fatta derivare una riflessione sull'istituto del testamento e su alcune possibili esigenze a esso legate, in relazione alle quali è auspicato l'intervento del legislatore.

Parole chiave: testamento, volontà testamentaria, art. 2 della Costituzione, limiti legislativi all'autonomia testamentaria, successione *ex lege*.

Abstract [Eng]

The paper addresses testamentary will as a fundamental tool to convey the autonomous will of the testator. The author highlights the function of the will to promote the value of human personality as enshrined in Article 2 of the Constitution. From a different perspective, it is also pointed out that – under the current legislative framework – the will is not strictly aimed at protecting family ties, rather – in a broader sense – the world of relationships of the deceased. The Italian legal system sets limits to the autonomy of the testator, as the discipline of *ex lege* succession and of forced heirship demonstrate. Hence, the Author takes the cue for re-thinking the role of testamentary will and for calling attention on possible related consequences that lawmakers are asked to consider.

Keywords: testament, testamentary will, Art. 2 of the Constitution, limits to private autonomy, *ex lege* succession.