

CAPITOLO I

IL DIVIETO TESTAMENTARIO DI ALIENAZIONE TRA DISCIPLINA SUCCESSORIA E CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1.1. Delimitazione dell'indagine. – 1.2. L'evoluzione normativa. – 1.3. Le opinioni della dottrina. La riconducibilità del divieto testamentario di alienazione all'art. 1379 c.c. – 1.4. L'approccio alternativo. Estensione analogica e specificità della materia testamentaria. Conseguente impostazione del problema. – 1.5. Contratto e atto *mortis causa*. – 1.6. L'ambito di operatività dell'art. 1324 c.c. – 1.7. La specialità del negozio testamentario ai fini dell'inapplicabilità dell'art. 1379 c.c. Critica. – 1.8. Ancora sulla specificità della materia testamentaria. L'autointegrazione mediante norme proprie dell'atto *mortis causa*. L'art. 713 c.c. Esclusione.

1.1. *Delimitazione dell'indagine.*

La possibilità, in capo al testatore, di incidere sulla facoltà di disposizione del diritto oggetto di attribuzione *mortis causa* costituisce un tema classico il quale, tuttavia, continua ad impegnare gli interpreti, oltre che per l'accidentato percorso che ha interessato la normativa del codice civile in merito al divieto di trasferimento in ambito testamentario, per l'attitudine della questione a costituire punto di intersezione di aspetti di rilevanza primaria.

Per segnalarne alcuni, l'individuazione del margine entro il quale il testatore può limitare l'ampiezza del diritto attribuito a titolo di eredità o di legato richiede una preliminare presa di posizione in ordine alla natura negoziale o meno del testamento e all'applicabilità a quest'ultimo delle norme dettate per la materia contrattuale, non mancando tuttavia di suscitare riflessioni in merito all'ambito di operatività del giudizio di meritevolezza, all'ampiezza del principio della libera circolazione dei beni o, ancora, alle limitazioni convenzionali al diritto di proprietà e alla conseguente attualità dei principi di tipicità dei diritti reali e delle obbligazioni *propter rem*. Il divieto di alienazione contenuto nella disciplina prevista per il contratto è considerato, di per sé, punto di convergenza di principi fondamentali del sistema¹.

¹ In argomento, R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 1042; M. FRANZONI, sub *Art. 1379*, in ID., *Degli effetti del contratto*, nel *Comm. Schlesinger*,

La molteplicità delle questioni evocate e il diverso punto di equilibrio adottato per ciascuna di esse hanno condotto a una notevole varietà di soluzioni, agevolata dall'attuale mancanza, in ambito testamentario, di indici normativi idonei a orientare l'interprete. Di più, il destino anomalo al quale il divieto testamentario di disporre per atto tra vivi è andato incontro, influenzato dalla contiguità anche sistematica con il diverso istituto della sostituzione fedecommissaria, ha rivestito un ruolo determinante nell'incertezza che ha caratterizzato i contorni della figura².

Di conseguenza, l'indagine sul tema richiede, una volta delimitato l'ambito, di prendere le mosse dall'evoluzione normativa e dagli equivoci che ne sono derivati. Successivamente si renderà necessaria una disamina, al fine di valutarne la praticabilità, delle soluzioni variamente prospettate per individuare il margine di autonomia in capo al testatore in ordine alla restrizione del potere di disposizione del destinatario dell'attribuzione.

Al riguardo, è opportuno muovere dal divieto di alienazione per poi valutare successivamente l'impiego dei risultati raggiunti in relazione a ulteriori fattispecie restrittive del potere di disporre. Ciò implica, come si avrà modo di osservare, un raffronto con l'ambito di operatività dell'art. 1379 c.c. e un'indagine in merito alla possibilità di estendere i limiti previsti da tale norma al potere di comprimere la facoltà di trasferimento alla materia testamentaria. Solamente a seguito di ciò, sarà possibile individuare con esattezza i contorni del fenomeno.

Con riferimento alla limitazione del potere di alienazione, è possibile una diversa intensità della restrizione imposta con atto di ultima volontà. Il testatore può in primo luogo raccomandare al beneficiario di non trasferire la proprietà di un bene oggetto di attribuzione ed è evidente che tale disposizione testamentaria sarebbe priva di effetti reali o obbligatori. In secondo luogo, il *de cuius* può imporre il divieto di alienazione del bene e in questo caso l'obbligazione negativa si sostanzia di norma in un *modus*. In tale ultima evenienza la risoluzione della disposizione testamentaria può verificarsi se prevista dal testatore o se l'adempimento dell'onere ha costituito il solo motivo determinante, secondo quanto previsto dall'art. 648, comma 2, c.c.³.

diretto da F.D. Busnelli, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, II ed., Milano, 2013, 449 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 539; A. FUSARO, *I divieti convenzionali di alienazione*, nel *Tratt. del Contratto*, diretto da V. Roppo, III, *Effetti*, a cura di M. Costanza, II ed., Milano, 2022, 212; A. CHECCHINI, *Il divieto contrattuale di alienare (art. 1379 c.c.)*, nel *Tratt. Dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, *Il contratto in generale*, XIII, t. V, Torino, 2002, 299; E. PELLECCIA, sub *Art. 1379*, nel *Comm. Cod. civ.*, diretto da GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta-A. Orestano, Torino, 2011, II, 864; G. SALVI, *Validità ed efficacia del divieto convenzionale di alienazione*, Napoli, 2016, 1.

² B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, 406.

³ D. FARACE, *Sull'efficacia dei divieti di alienazione disposti per testamento*, in *Riv. dir.*

Quanto agli ulteriori strumenti a disposizione del *de cuius* idonei a indurre il destinatario dell'attribuzione ad attenersi al divieto non è in discussione la possibilità, in capo al disponente, di prevedere una prestazione sanzionatoria a carico dell'obligato per il caso di inadempimento dell'obbligo imposto⁴. Diversamente, come si avrà modo di osservare più diffusamente in seguito, la possibilità di condizionare risolutivamente l'attribuzione è generalmente esclusa in considerazione della necessaria efficacia *inter partes* del divieto di alienazione, secondo quanto previsto dall'art. 1379 c.c.⁵.

Va aggiunto che la limitazione al trasferimento dei diritti patrimoniali può variamente interessare un diritto reale o un diritto di credito ed è naturalmente da verificare l'impiego di regole omogenee per entrambi i fenomeni⁶. Se, infatti, il divieto di cessione del credito è espressamente disciplinato dall'art. 1260 c.c. e si mostra praticabile la sua applicabilità ai trasferimenti che avvengono mediante testamento, è allo stato oggetto di discussione la sua operatività nei confronti di pattuizioni di incedibilità ulteriori rispetto a quella che intercorre tra cedente e ceduto. Può pensarsi, al riguardo, a un divieto convenzionale tra cedente e cessionario, o ancora tra soggetti ulteriori. In questa sede è sufficiente rilevare che, a fronte della soluzione incline a considerare comunque operante la regola espressamente prevista per il trasferimento dei crediti, l'orientamento prevalente ritiene più aderenti alle fattispecie da ultimo richiamate i limiti previsti dall'art. 1379 c.c.⁷.

Come accennato, il divieto al trasferimento del diritto non rappresenta l'unica possibile restrizione, risultando varie le facoltà suscettibili di compressione⁸. Tra queste assume peculiare rilievo, in ambito testamentario, il limite alla destinazione del bene ricevuto, il quale è in tal modo vincolato al perseguimento di determinate finalità o ne è vietato il mutamento della destinazione originaria. È peraltro possibile che la restrizione all'alienazione del bene e quello alla destinazione si trovino a coesistere, risultando il primo strumentale al secondo⁹.

civ., 2006, I, 375 ss.; G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 470; B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 433 s.

⁴Sul punto, *infra*, § 3.1.

⁵Al riguardo, per il momento, la sintesi di G. PETRELLI, *Divieto testamentario di alienazione con vincolo di destinazione: parere pro veritate*, in *Riv. not.*, 2004, III, 1301 s.

⁶G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., 409 ss., limita la sua analisi al vincolo testamentario al negozio traslativo della proprietà.

⁷*Infra*, § 2.12.

⁸Sulle varie tipologie di limitazione, G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., 411; B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 403 s.; M. QUARGNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, Padova, 2007, 125 s. Più di recente A. SPATUZZI, *Autonomia testamentaria e libertà della persona*, Napoli, 2014, 161 s.

⁹A. NATALE, *Il divieto di alienazione*, nel *Tratt. Dir. Successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 755.

Se in giurisprudenza è stato talvolta ritenuto prospettabile un obbligo di destinazione connotato dalla perpetuità¹⁰, l'orientamento più recente ha adottato un approccio unitario, ritenendo operante anche per la destinazione i limiti contemplati dall'art. 1379 c.c.¹¹. In particolare, tale ultima norma, ritenuta espressione di un principio di portata generale, troverebbe applicazione anche nei confronti di pattuizioni non puntualmente riconducibili al divieto di alienazione e tuttavia idonee a comprimere in maniera incisiva il diritto di proprietà, come appunto quelle aventi a oggetto un vincolo di destinazione¹².

Come si avrà modo di osservare, neanche la dottrina, sul punto, ha adottato un approccio unitario. Per un verso, il limite imposto alla destinazione del bene è stato considerato sostanzialmente omologabile al divieto di alienazione¹³ mentre, in una diversa prospettiva, si è pervenuti a una trattazione distinta delle fattispecie, senza che in tale ultima direzione siano mancante posizioni eterogenee¹⁴. Giungendosi a ritenere, in una logica del tutto avulsa da quella sottesa all'art. 1379 c.c., che un vincolo di destinazione ine-

¹⁰ App. Brescia, 1° ottobre 1947, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 192 con nota critica di F. SALVI, *Perpetuità di un diritto di godimento?* Ulteriori riferimenti in B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 405.

¹¹ Di recente Cass., 2 agosto 2023, n. 23616, in *Dejure online*; Cass., 20 giugno 2017, n. 15240, in *Foro it.*, 2018, I, 1378. Su tale ultima decisione, L. NONNE, *Vincolo testamentario di disposizione e divieto perpetuo di alienazione*, in *giustiziacivile.com*, 2018, 3 ss. Si vedano ancora Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, in *Notariato*, 2000, 413 con nota di P. CALABRITTO, *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione*.

¹² Cass., 15 ottobre 2011, n. 21376, in *Foro it.*, 2012, I, 480.

¹³ B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 405; E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 264 ss.; R. CALVO, *Le vicende della delazione*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, II ed., a cura di R. Calvo-G. Perlingieri, Napoli, 2013, I, 148; ID., *Libertà di disporre e tipicità dei diritti reali*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo-A. Ciatti, nel *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, Torino, 2014, 21 s.; P. CRISCUOLI, *Parere pro veritate in materia di vincolo di destinazione perpetuo*, in *Riv. not.*, 2020, 608 s. In materia contrattuale, tra gli altri, R. CALVO, *Vincoli di destinazione*, Bologna, 2012, 101; P. GALLO, *Trattato del Contratto*, Torino, 2010, 1635.

¹⁴ M. COMPORTE, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 859 ss.; M. D'AURIA, *Sulle destinazioni testamentarie perpetue: profili problematici*, nota a Cass., 24 luglio 2013, n. 17941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1512; ID., *Divieti di alienazione e vincoli di destinazione nel testamento (a proposito del modus testamentario perpetuo)*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, I, Napoli, 2018, 717 ss.; M. QUARGNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., 125 s., il quale ritiene che l'efficacia temporalmente circoscritta delle limitazioni al godimento del bene non potrebbe discendere dall'applicazione analogica dell'art. 1379 c.c., norma che disciplina gli atti di alienazione e, dunque, gli atti di disposizione in senso stretto. Per una posizione intermedia, M. FRANZONI, sub *Art. 1379*, in ID., *Degli effetti del contratto*, cit., 471; A. VERCELLONE, *Sulla derogabilità dell'art. 1379 c.c.: pactum de non alienando e vincoli di destinazione immobiliare*, in *Notar.*, 2020, 155 ss.

rente a rapporti di natura reale sarebbe efficace e opponibile anche a terzi acquirenti a titolo particolare, laddove risulti da un atto rivestente la forma scritta e, nel caso in cui abbia a oggetto beni immobili, opportunamente trascritto¹⁵.

Il dibattito è stato ulteriormente alimentato dall'introduzione dell'art. 2645-ter c.c., che ha consentito l'opponibilità a terzi di un vincolo di destinazione impresso su beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri ai fini della realizzazione di interessi meritevoli di tutela¹⁶. Occorre tuttavia rilevare l'alterità della questione relativa ai limiti di operatività di un obbligo di destinazione avente fonte testamentaria rispetto alla possibilità, in capo al testatore, di imporre all'erede o al legatario la successiva costituzione di un vincolo *ex art. 2645-ter c.c.* o di rendere opponibile a terzi la destinazione impressa sul bene utilizzando direttamente lo schema previsto dalla norma citata¹⁷.

¹⁵ Sono le conclusioni di M. COMPORTI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, cit., 867. Alla base della distinzione tra le due fattispecie l'A. rileva che il diritto di disposizione, a differenza di quello di destinazione, sarebbe inerente al nucleo essenziale del diritto soggettivo. Su tale ultimo aspetto, ID., *Diritti reali in generale*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, II ed., Milano, 2011, 153 ss.

¹⁶ Sull'ambito di operatività della norma, di recente, L. CAVALAGLIO, *Considerazioni minime sull'interpretazione riduttiva dell'art. 2645-ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 589 ss.; G. PETRELLI, *Trust interno, art. 2645 ter e "trust italiano"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 167 ss. La norma ha particolarmente impegnato gli interpreti in relazione alla concretizzazione del concetto di meritevolezza degli interessi alla base del vincolo. Per una ricognizione dei diversi orientamenti in merito, L. BALLERINI, *Effettività e "meritevolezza" nell'art. 2645 ter c.c.*, in *Giur. it.*, 2015, 1354 ss. Si discute in merito alla natura obbligatoria o reale del vincolo di destinazione trascrivibile. Nel primo senso, E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., 272 s.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 167. Parla di fattispecie idonea a delineare un atto con effetto tipico reale, in quanto inerente alla qualità del bene che ne è oggetto, costituendo dunque norma sulla fattispecie, Cass., 25 febbraio 2015, n. 3886, in *Dejure online*. Per una ricognizione delle diverse posizioni, A. MORACE PINELLI, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2017, 204 ss.; A. ZACCARIA-S. TROIANO, *La pubblicità degli atti di destinazione e del trust*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, II, Milano, 2009, 67 s.

¹⁷ Per le stesse ragioni, esula dalla presente indagine la costituzione di un *trust* testamentario. In argomento, tra gli altri, U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale e testamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 835 ss.; C. ROMANO, *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in *Notariato*, 2014, 593 ss.; D. MURITANO, *La destinazione testamentaria tra fondo patrimoniale, trust e vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, Milano, 2016, specie 66 ss.; C. FERRARI-S. UGOLINI, *I trusts in ambito successorio*, in *Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e trusts successorii*, diretto da E. del Prato-M. Costanza-P. Manes, Bologna, 2010, 627 ss.; G. PORCELLI, *Successioni e trust*, Napoli, 2005, specie 155 ss.

Con riguardo a tale ultima eventualità l'unico precedente giurisprudenziale in argomento¹⁸, poi confermato in appello¹⁹, si è espresso in termini negativi, argomentando tra l'altro dalla mancanza di una esplicita previsione del negozio testamentario tra gli atti idonei a costituire il vincolo e dalla superfluità, nella disciplina successoria, del controllo di meritevolezza degli interessi, richiamato dalla norma in tema di destinazione²⁰. A diverse conclusioni è giunta la dottrina, la quale considera senz'altro ammissibile tale costituzione²¹, ritenendosi generalmente necessaria l'osservanza della forma dell'atto pubblico²².

Ancora diversa, naturalmente, è la costituzione tramite testamento di una fondazione. Al di là dell'ipotesi tipica, contemplata nell'art. 14 c.c.²³, è

¹⁸ Trib. Roma, 18 maggio 2013, n. 10975, in *Fam. dir.*, 2013, 783 con nota critica di R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*. Si vedano altresì A. AZARA, *La disposizione testamentaria di destinazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 86 ss.; C. ROMANO, *Vincolo testamentario di destinazione ex art. 2645 ter: spunti per ulteriori riflessioni*, in *Notariato*, 2014, 63 ss. In argomento altresì V. BARBA, *Disposizione testamentaria di destinazione*, in *Foro nap.*, 2016, 325 ss.; L. NONNE, *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, Napoli, 2018, 160 ss.

¹⁹ App. Roma, 2 maggio 2019, n. 2838, in *Riv. not.*, 2019, II, 768.

²⁰ Sul tema della configurabilità o meno di un sindacato di meritevolezza in ambito testamentario, *infra*, § 3.4.

²¹ Oltre agli Autori indicati nella nota 18, U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale e testamento*, cit., 843; A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale (l'art. 2645-ter c.c. e il momento negoziale)*, in *Riv. not.*, 2014, I, 1125 ss.; ID., *Testamento e destinazione patrimoniale (una "lettura" per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2015, 177 ss.; M. QUARGNOLO, *Limitazioni testamentarie*, cit., 99; F. SPOTTI, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 384 ss.

²² A. DE DONATO, *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, 46. Diversamente, U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale e testamento*, cit., 841 s. Osserva A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale (l'art. 2645-ter c.c. e il momento negoziale)*, cit., 1134 che l'atto pubblico e l'intervento del pubblico ufficiale assicurano rispettivamente una più attenta riflessione da parte del disponente e la formazione di una volontà libera da vizi. La maggiore ponderazione dell'atto sarebbe ulteriormente garantita dalla revocabilità dell'atto *mortis causa*. Per una ricognizione delle varie posizioni, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, V ed., Milano, 2023, 857 ss.

²³ Cass., 4 luglio 2017, n. 16409, in *Corr. giur.*, 2018, 942 con nota di F. SANGERMANO, ha ribadito la natura unitaria del negozio di fondazione, con conseguente impossibilità di applicare all'attribuzione patrimoniale le norme previste per il testamento o per la donazione. Ciò comporta l'esigenza, nel caso in cui alla fondazione disposta con testamento sia integralmente devoluto il patrimonio ereditario, di individuare il soggetto destinato a succedere in qualità di erede. Al riguardo, con varietà di opinioni, S. ROMANO, nota a Cons. Stato, 26 maggio 1911, in *Foro it.*, 1912, III, 9, A. DE CUPIS, *Fondazione costituita con testamento e successione a causa di morte*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 298. Sul punto, sia consentito rinviare a F. BOTTONI, *Fondazione inter vivos e requisiti di forma. La fine di un equivoco*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 211.

nota la teoria incline a ravvisare in un divieto testamentario di alienazione strumentale a un vincolo di destinazione una fondazione fiduciaria la cui ammissibilità sarebbe implicita in una serie di appigli normativi, tra i quali l'art. 32 c.c.

In particolare, l'attribuzione patrimoniale operata nei confronti di un ente che persegue scopi non coincidenti con quelli voluti dal testatore comporta che il destinatario non possa utilizzare quanto ricevuto per finalità diverse e che, nel caso di estinzione, l'autorità governativa proceda alla devoluzione con lo stesso onere a persone giuridiche che perseguano fini analoghi²⁴. L'aspetto destinato, in tale ottica, ad assumere rilievo è costituito dalla asserita attitudine della volontà del testatore a imprimere in tal modo ai beni oggetto di attribuzione una destinazione di carattere reale²⁵.

Tale posizione è stata oggetto di critica, osservandosi che il vincolo di destinazione contemplato dall'art. 32 c.c. si sostanzierebbe in un obbligo di comportamento avente efficacia meramente obbligatoria e non sarebbe idoneo a legittimare un vincolo di indisponibilità opponibile ai creditori dell'ente²⁶. Il rilievo è stato considerato superabile in considerazione del fatto che non dovrebbe guardarsi all'onere come fonte degli effetti in quanto questo rappresenta solo un frammento della fattispecie per effetto della quale si verifica la separazione e il conseguente carattere reale del vincolo²⁷. D'altra parte, la qualificazione del vincolo di non alienazione in termini di onere, secondo quanto testualmente disposto dalla norma, non condurrebbe a risultati accettabili, tenuto conto del fatto che dall'impossibilità di prevedere un vincolo perpetuo di inalienabilità dovrebbe derivare la nullità della clausola²⁸.

L'ulteriore delimitazione dell'oggetto di indagine attiene alla necessaria attenzione alle facoltà di disposizione *inter vivos* del diritto acquistato, risultando i divieti di trasferimento a causa di morte colpiti da nullità secondo

²⁴ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, II ed., nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2002, 632 s.; ID., sub *Art. 1379*, cit., 143. In argomento altresì A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle regole*, Napoli, 1995, 284 ss.; L. NONNE, *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1310 s. Osserva al riguardo M. QUARGNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., 135 che l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. ha di fatto ristretto l'impiego, in tale direzione, del vincolo voluto dal testatore, ponendo peraltro un limite temporale alla limitazione *mortis causa* del potere di disposizione.

²⁵ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 633.

²⁶ E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., 259 ss., il quale argomenta tale soluzione dal tenore letterale della norma che fa espresso riferimento alla nozione di onere.

²⁷ L. NONNE, *Vincolo testamentario di disposizione e divieto perpetuo di alienazione*, cit., 16, nota 25. Già A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 289.

²⁸ M. FRANZONI, sub *Art. 1379*, in ID., *Degli effetti del contratto*, cit., 473.

quanto previsto dall'art. 692 c.c.²⁹. L'indebito accostamento tra le due fattispecie che, come si avrà modo di osservare, è stato agevolato dall'originaria formulazione della norma da ultimo richiamata, ha comportato che la ridotta ammissibilità di sostituzione e la conseguente nullità delle fattispecie rimanenti abbiano finito per travolgere altresì il singolo divieto di alienazione per atto tra vivi.

La differenza tra sostituzione fedecommissaria e divieto di disposizione *inter vivos* è stata in prima battuta rilevata osservandosi che nella prima fattispecie il limite al trasferimento per atto tra vivi è funzionale alla conservazione dei beni ereditari, a sua volta preordinata alla restituzione dei beni al secondo istituito, mentre nella seconda mancherebbe l'obbligo di restituzione al soggetto designato dal testatore³⁰.

Se, per un verso, il testuale riferimento all'obbligo di conservazione e restituzione contemplato dall'art. 692 c.c. renderebbe sin troppo agevole l'esclusione dal suo ambito di operatività del più ristretto divieto di alienazione, si è d'altra parte osservato che tale espressione non andrebbe intesa in senso tecnico. In tale direzione, è stato tra l'altro rilevato che, piuttosto che un'obbligazione restitutoria, la norma introdurrebbe un vincolo di indisponibilità reale sui beni oggetto di sostituzione fedecommissaria, come appare desumibile sia dai limiti alle facoltà di alienazione previste dall'art. 694 c.c., che non appaiono derogabili dall'autonomia privata, sia dall'espressa sanzione della nullità comminata dall'ultimo comma dell'art. 692 c.c.³¹. Inoltre, la valorizzazione dei distinti obblighi di conservare e restituire condurrebbe a ritenere ipotizzabile la validità di un fedecommissario *de residuo*, nel quale mancherebbe l'obbligo di conservazione³².

L'attenzione è stata allora orientata verso la funzione del fedecommissario. In particolare, l'esigenza di tutelare la volontà testamentaria dell'istituto, considerata alla base della nullità del meccanismo di sostituzione fedecommissaria diversa da quella assistenziale, ha condotto a precludere l'ammissibilità non solo di un fedecommissario *de residuo* ma altresì di un divieto di disposizione a causa di morte, in considerazione dell'analogia funzionale tra le due fattispecie³³. Distinte considerazioni vanno svolte con riguardo alla

²⁹ M. QUARNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., 3 ss.; B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 404.

³⁰ E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., 272.

³¹ M. QUARNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., 7 ss., il quale rileva, a titolo esemplificativo, l'improprietà della terminologia impiegata nell'art. 1264 c.c. in tema di cessione del credito.

³² M. QUARNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., 10 ss.

³³ M. QUARNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., 17 ss. Nel senso della nullità del fedecommissario *de residuo*, G. BENEDETTI, sub Art. 197, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro-G. Oppo-A. Trabucchi, Pado-

restrizione per atto tra vivi, rimanendo in tal caso il destinatario del divieto del tutto libero di disporre *mortis causa* nella maniera che ritiene più opportuna³⁴.

Come si avrà modo di illustrare di seguito in occasione della disamina dell'evoluzione normativa in materia di limiti testamentari alla facoltà di disporre, l'acquisita alterità del divieto di alienazione per atto tra vivi rispetto al meccanismo di sostituzione fedecommissaria non si è comunque mostrata decisiva al fine di escludere che la disposizione *inter vivos* possa essere colpita dalla sanzione di nullità contemplata dall'art. 692 c.c.

1.2. *L'evoluzione normativa.*

È nota la diversità di disciplina prevista per la materia contrattuale e per quella testamentaria nell'originario impianto del codice. Mentre nei negozi *inter vivos* l'art. 1379 c.c. contempla la validità tra le parti del divieto di alienazione nei limiti dell'interesse apprezzabile di una di esse e del conveniente contenimento temporale, l'originaria formulazione dell'art. 692 c.c. in tema di testamento, nel consentire la sostituzione fedecommissaria con riferimento alla quota disponibile e a favore di alcuni successibili, sanciva la nullità di ogni disposizione con la quale il testatore proibisse all'erede di disporre per atto tra vivi o per atto di ultima volontà di beni ereditari³⁵.

va, 1977, 1.2, 888. Sull'alterità del divieto di alienazione *inter vivos* rispetto alla sostituzione fedecommissaria si vedano altresì, tra gli altri, G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., 420 ss.; M. COMPORI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, cit., 853; B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 410 ss.; F. ALCARO, *Il divieto di alienazione*, nel *Tratt. CNN*, diretto da P. PERLINGIERI, *Effetti del contratto*, Napoli, 2011, 426; G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, nel *Tratt. Dir. Successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, cit., 19; E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., 272; A. NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Padova, 2009, 147; ID., *Il divieto di alienazione*, cit., 749; ID., *L'inapplicabilità dell'art. 1379 c.c. al divieto testamentario di alienazione*, in *Fam., pers., succ.*, 2007, 1016; N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, Artt. 633-648, nel *Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, 183; G. SALVI, *Validità ed efficacia del divieto convenzionale di alienazione*, cit., 205. Sotto il vigore del codice abrogato, C.F. GABBA, *Concetto della sostituzione fedecommissaria*, in ID., *Nuove questioni di diritto civile*, II ed., Torino, 1912, 271.

³⁴ Un divieto di alienare *inter vivos*, anche se in ipotesi previsto per l'intera durata della vita del destinatario, non sarebbe anche finalizzato alla trasmissione *mortis causa*. Così B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 411 s. Già F. NEGRO, *I divieti convenzionali e testamentari di disporre*, in *Riv. dir. priv.*, 1941, 38. Parla di divieto legale di alienazione, con riguardo al fedecommissario, E. SCUTO, *I divieti legali di alienazione nel diritto civile italiano*, Napoli, 1955, 158.

³⁵ Per una sintesi, M. COMPORI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, cit., 849 ss. La genericità delle proibizioni al potere di disporre, come tale astrattamente suscettibile di trovare applicazione alle limitazioni al godimento dei beni oggetto di attribu-

Un limite al potere di alienazione era stato previsto nell'art. 288 del progetto di riforma, poi non riprodotto nel testo definitivo del codice, il quale legittimava il testatore a imporre divieti di trasferimento non eccedenti il termine di una generazione con riguardo a determinati oggetti o collezioni aventi valore storico o artistico o interesse familiare³⁶.

La soluzione adottata dal codice in ambito testamentario divergeva significativamente dall'opinione formatasi anteriormente alla sua emanazione. Tale orientamento, in maniera del tutto analoga a quanto previsto in ambito contrattuale, era incline a considerare valido il divieto se rispondente a un interesse qualificato e contenuto nel tempo³⁷. Ferma restando la normale efficacia obbligatoria, era considerata possibile l'apponibilità di una condizione risolutiva, precisandosi che la conseguente efficacia *erga omnes* del divieto fosse da ricondurre, appunto, alla retroattività della condizione³⁸.

La spiegazione a quello che, a prima vista, appare uno strabismo del legislatore³⁹ è stata motivata, in ambito successorio, dall'esigenza di evitare comunque fenomeni di sostituzioni indirette⁴⁰. In altre parole, nel consentire il meccanismo sostitutivo entro limiti ben definiti, con contestuale nullità delle restanti ipotesi, i redattori della norma avrebbero peccato per eccesso, sanzionando con la nullità fattispecie che, isolatamente considerate, nulla

zione *mortis causa*, è rilevata da M. QUARGNOLO, *Limitazioni testamentarie*, cit., 92. Analogamente F. SALVI, *Perpetuità di un diritto di godimento?*, cit., 200.

³⁶ Sulla portata di tale specifica disposizione, L. COVIELLO jr, *Il divieto negoziale di alienazione e l'art. 288 capov. del progetto del III libro del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, 389 ss. Osserva in proposito R. NICOLÒ, *Sulla riforma del diritto successorio*, in *Raccolta di Scritti*, III, Milano, 1993, 175 che, al di là dell'opportunità pratica della disposizione, sarebbe stato opportuno precisare la sanzione dell'inosservanza del divieto e quindi regolare la situazione dei terzi che abbiano eventualmente acquistato dagli eredi in violazione di esso. La mancata riproduzione di tale inciso è stata vista con favore da P. VITUCCI, *Clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituto*, in *Dir., fam., pers.*, 1983, 672.

³⁷ C.F. GABBA, *Concetto della sostituzione fedecommissaria*, cit., 270. In argomento, A. DE FRANCESCHI, *I limiti negoziali alla cessione del credito*, Napoli, 2014, 74 ss.; A. CECCHINI, *Il divieto contrattuale di alienare (art. 1379 c.c.)*, cit., 295; G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., 417; B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 407; F. GALGANO, sub *Art. 1379*, in F. GALGANO-G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 141.

³⁸ L. COVIELLO jr, *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, Napoli, 1931, 126; ID., *Il divieto negoziale di alienazione e l'art. 288 capov. del progetto del III libro del codice civile*, cit., 398.

³⁹ Parla di irragionevolezza M. QUARGNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., 37. Analogamente R. CALVO, *Vincoli di destinazione*, cit., 39; ID., *Della comunione in generale*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2019, 290; A. NATALE, *Il divieto di alienazione*, cit., 757.

⁴⁰ C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, II, 2, nel *Comm. Utet*, Torino, 1978, 370. Già F. NEGRO, *I divieti convenzionali e testamentari di disporre*, cit., 38.

hanno a che vedere con la sostituzione fedecommissaria. Una simile interpretazione appare peraltro confermata dalla Relazione al codice civile nella quale, con riferimento al divieto convenzionale di disposizione, si precisa che la nullità del divieto testamentario di alienazione, mirando a evitare i fedecommissi taciti, non avrebbe potuto essere considerata in antitesi con la direttiva dell'art. 1379 c.c.⁴¹.

Non a caso, una sentenza di merito di poco successiva all'emanazione della norma aveva osservato che la nullità sarebbe stata riferibile alle sole disposizioni testamentarie idonee a consentire risultati simili alla sostituzione fedecommissaria, risultando d'altra parte da escludere l'esistenza di un principio generale dal quale ricavare l'inefficacia delle clausole che limitino il potere di disporre in capo all'istituto⁴².

In contrario, si è osservato che la spiegazione fondata sull'esigenza di vietare meccanismi taciti di sostituzione non avrebbe avuto alcuna utilità pratica in considerazione del generale divieto contemplato dall'art. 692 c.c. e dell'evidente diversità strutturale tra il divieto di disposizione e il meccanismo di sostituzione, previsto dalla norma in limiti ben definiti⁴³.

Comunque, tale lettura non ha impedito di rilevare che la preclusione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 692 c.c. avrebbe riguardato unicamente divieti assoluti, risultando d'altra parte ammissibili restrizioni contenute nel tempo e motivate da un interesse apprezzabile del testatore. Ciò sia in virtù del tenore letterale della norma, sia in forza di considerazioni di carattere sistematico incentrate sulla presenza, all'interno del sistema, di norme che ammettono la validità di divieti di alienazione⁴⁴.

Una simile opzione interpretativa non è comunque risultata univoca, rilevandosi per altro verso che mediante la previsione in esame il legislatore avrebbe voluto introdurre una contromisura alla reintroduzione della sostituzione fedecommissaria, comminando la nullità di clausole testamentarie mirate a perseguire risultati diversi⁴⁵.

La modifica dell'art. 692 c.c. ad opera dell'art. 197 della legge di riforma di diritto di famiglia, e in particolare l'eliminazione dell'ultimo comma dell'originaria formulazione⁴⁶, non hanno naturalmente condotto a prospettare

⁴¹ *Codice civile. Testo e relazione ministeriale*, Roma, 1943, 137, n. 630.

⁴² Trib. Genova, 18 aprile 1952, in *Foro it.*, 1952, I, 1112 ss.

⁴³ M. COMPORTI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, cit., 850, il quale richiama, oltre all'art. 1379 c.c., l'art. 965, comma 3 c.c. relativo all'enfiteusi e l'art. 713 c.c. in materia di divisione ereditaria.

⁴⁴ Ritiene preferibile tale opinione M. COMPORTI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, cit., 850.

⁴⁵ P. VITUCCI, *Clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituto*, cit., 664 ss.

⁴⁶ Per una disamina delle diverse opinioni in merito alla portata operativa della norma, G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., 417 ss.

un'illimitata ammissibilità del divieto di alienazione in ambito testamentario, tenuto altresì conto del fatto che il nuovo testo introduce limiti più stringenti all'autonomia del *de cuius*⁴⁷. Naturalmente, la dottrina incline a leggere già nella precedente formulazione della norma la volontà del legislatore di precludere unicamente fenomeni di sostituzione indiretta è stata agevolata dalla modifica legislativa, la quale colpisce ora con la nullità le sole ipotesi sostitutive⁴⁸.

All'opposto, anche a seguito dell'eliminazione del divieto testuale è stata sostenuta la persistente invalidità di un limite testamentario alla disposizione *inter vivos*, anche se connotata da temporaneità. Tra gli argomenti addotti a sostegno di tale lettura, si è rilevato che la riproduzione del comma abrogato dell'art. 692 c.c. sarebbe risultata superflua in considerazione della maggiore rigidità della nuova formulazione normativa⁴⁹. In altre parole, se la vecchia previsione della norma in esame consentiva in termini più ampi il fedecommesso e vietava, almeno secondo quanto risulta dalla formulazione letterale, il divieto di disporre per atto tra vivi, la restrizione dell'impiego della sostituzione fedecommissaria avrebbe necessariamente recato con sé una concezione altrettanto ridotta della possibilità di vietare la disposizione *inter vivos* dei beni ereditari, destinata ad essere ricompresa nel divieto di sostituzione contemplato nell'art. 692 c.c.

La stessa dottrina incline a interpretare in maniera restrittiva la possibilità, in capo al testatore, di comprimere il potere di disposizione ha osservato inoltre che, considerato che il fenomeno della sostituzione è più esteso e idoneo a ricomprendere al suo interno il divieto di alienazione, la sanzione della nullità prevista per la figura più ampia non potrebbe che applicarsi anche a quella più ridotta. Né sarebbe possibile rinvenire una differenza di trattamento tra l'ipotesi di fedecommesso *de residuo* e divieto di disposizio-

⁴⁷ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 632.

⁴⁸ C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, II, 2, cit., 370 s.; M.C. TATARANO, *Il testamento*, nel *Tratt. C.N.N.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 313.

⁴⁹ P. VITUCCI, *Clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituto*, cit., 666. Ricava dall'art. 692 c.c. la negazione di ogni divieto di disporre C.A. FUNAJOLI, voce *Divieto di alienazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 401. Cass., 12 novembre 1981, n. 6005, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 2138 ha rilevato che la soppressione dell'ultimo comma dell'art. 692 c.c. sarebbe dovuta all'inutilità di ripetere la sanzione della nullità, a fronte di una riduzione della validità del fedecommesso al solo caso di tutela degli incapaci. Osserva tuttavia N. DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995, 137 che tale sentenza non si riferisce *tout court* al divieto testamentario di alienazione ma ne esamina i riflessi in relazione al meccanismo sostitutivo, non potendo allora essere utilizzata per una lettura della norma incline a ricomprendere nell'ambito del divieto l'alienazione *inter vivos*. ID., *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, Artt. 633-648, cit., sub Artt. 634-635, 183.

ne *inter vivos*, in precedenza destinati entrambi a essere colpiti dalla sanzione della nullità⁵⁰.

Ancora, si è osservato che il divieto di alienazione imposto dal testatore sconterebbe il limite dell'impossibilità di imporre pesi e condizioni sulla quota riservata ai legittimari, secondo quanto previsto dall'art. 549 c.c. Si è aggiunto che un analogo divieto sottoposto a condizione risolutiva nell'interesse di terzi sarebbe suscettibile di tutela già in virtù della disciplina prevista per il meccanismo condizionale e dunque, ferma restando l'esigenza di verificare la liceità di quest'ultimo, si rivelerebbe del tutto inutile⁵¹. La possibilità di vietare la disposizione del bene nel solo interesse del disponente non sarebbe poi idonea a eludere il limite dell'inopponibilità a terzi⁵².

Nei confronti di tale ultima posizione possono svolgersi i rilievi che seguono. Se, come in precedenza riportato, la restrizione al divieto di disposizione per atto tra vivi contenuto nell'originaria formulazione della norma in esame avesse realmente rinvenuto la sua *ratio* in un'esigenza di controbilanciare la reintroduzione del fedecommesso, lo stesso ragionamento potrebbe ipoteticamente svolgersi nel momento in cui l'ambito di operatività della sostituzione fedecommissaria sia stato successivamente limitato per effetto della modifica legislativa. In altri termini, la stessa esigenza di riequilibrio alla base della scelta del legislatore che, nel concedere l'impiego del meccanismo di sostituzione abbia d'altra parte contenuto un potere di disposizione qualitativamente diverso avrebbe dovuto condurre, a fronte del restringimento della sostituzione fedecommissaria, ad ampliare le altre facoltà di vietare la disposizione di beni ereditari.

Non decisivo si mostra poi il richiamo all'art. 549 c.c., risultando sufficiente osservare che il limite alla disposizione *inter vivos* del bene ricevuto potrebbe non collidere con gli interessi dei legittimari, come può avvenire laddove questi ultimi manchino, il divieto riguardi un bene attribuito a un soggetto che non riveste la qualità di successibile necessario o, se legittimario, non pregiudichi la quota di riserva.

Quanto, infine, ai rilievi in merito all'opponibilità del divieto, può rilevarsi in primo luogo l'autonomia di un divieto di disposizione che si sostanzia in un *modus* rispetto a una fattispecie condizionata e, in secondo luogo, la diversità tra il piano della validità del divieto e quello di opponibilità nei confronti dei terzi.

Oltre ad apodittiche affermazioni inclini a negare l'ammissibilità di un divieto testamentario di alienazione *inter vivos*, vengono poi impiegate considerazioni di carattere generale, incentrate sul contrasto con il principio di

⁵⁰ P. VITUCCI, *Clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituto*, cit., 666.

⁵¹ P. VITUCCI, *Clausole testamentarie*, cit., 669.

⁵² P. VITUCCI, *Clausole testamentarie*, cit., 670.

libera circolazione dei beni⁵³. Può in contrario osservarsi che gli stessi rilievi dovrebbero svolgersi con riguardo al divieto previsto contrattualmente, il quale è invece consentito nei limiti indicati dall'art. 1379 c.c.⁵⁴.

La decisione del legislatore di eliminare la disposizione che comminava la nullità del divieto testamentario di alienazione è stata verosimilmente e auspicabilmente determinata dalla acquisita diversità strutturale di tale fattispecie rispetto alla sostituzione fedecommissaria, in precedenza impropriamente accostate⁵⁵. Dunque, l'opinione incline a ritenere tuttora permanente il divieto di alienazione di matrice testamentaria non rinviene un espresso supporto normativo e tale impostazione condurrebbe a reiterare una radicale diversità di disciplina tra limitazione di fonte testamentaria e contrattuale, della quale già sotto il vigore della disposizione abrogata era stata osservata l'irragionevolezza⁵⁶.

1.3. *Le opinioni della dottrina. La riconducibilità del divieto testamentario di alienazione all'art. 1379 c.c.*

Una volta eliminato, quanto meno espressamente, il limite al divieto di disposizione *inter vivos* per effetto della modifica normativa sopra descritta, l'attenzione degli interpreti si è principalmente orientata sui presupposti di validità della clausola testamentaria che vieti all'erede o al legatario di disporre del diritto sul bene, avuto particolare riguardo alla necessaria sussistenza o meno dei caratteri richiesti per il divieto in materia contrattuale.

Al riguardo, ricostruirne l'ambito di operatività in virtù dell'applicabilità dell'art. 1379 c.c. alla materia testamentaria è risultato pressoché fisiologico. Rilevata variamente la portata generale o di ordine pubblico dei principi espressi da tale norma⁵⁷, la disposizione prevista in ambito contrattuale co-

⁵³ Per una disamina di tali argomenti, D. FARACE, *Sull'efficacia dei divieti di alienazione disposti per testamento*, cit., 368 ss.

⁵⁴ E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., 270; N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, Artt. 633-648, cit., 185.

⁵⁵ B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 412; G. SALVI, *Validità ed efficacia del divieto convenzionale di alienazione*, cit., 206.

⁵⁶ Per una critica all'orientamento più restrittivo, tra gli altri, M. QUARGNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., 5 ss.; G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in ID., *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, 138; G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., 420 ss.; G. SALVI, *Validità ed efficacia del divieto convenzionale di alienazione*, cit., 204.

⁵⁷ Richiama la nozione di ordine pubblico C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-2, *Le successioni*, VI ed., a cura di M. Bianca e P. Sirena, Milano, 2022, 388. Sulla natura di principio generale della regola prevista in ambito contrattuale, R. CALVO, *Le vicende della delazione*,

stituirebbe allora il parametro attraverso il quale valutare la liceità dei divieti testamentari di alienazione⁵⁸.

Certo, l'impiego della norma prevista in materia contrattuale ha richiesto riflessioni ulteriori e più generali le quali, muovendo dalla specificità dell'atto *mortis causa*, hanno dovuto affrontare la questione relativa all'impiego delle norme previste per il contratto in generale alla materia testamentaria. Non è tra l'altro sfuggito il possibile ostacolo costituito dall'art. 1324 c.c. il quale consente, nei limiti di compatibilità, che le norme previste per il contratto si applichino agli atti unilaterali *tra vivi* aventi contenuto patrimoniale.

Ai fini dell'impiego della norma in ambito contrattuale non è risultata indifferente la riconduzione del testamento alla più ampia categoria negoziale, considerato che in tal modo sarebbe consentita l'applicazione delle norme previste per il contratto, almeno finché non siano desumibili peculiarità dell'atto *mortis causa*. In sostanza, con l'abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 692 c.c. sarebbe venuto meno il tratto di specificità del divieto previsto in ambito testamentario e l'unico argomento testuale idoneo ad impedire il ricorso alla norma contrattuale mediante procedimento analogico. Alternativamente, troverebbe applicazione un principio generale del negozio giuridico o comunque non vi sarebbe un problema di compatibilità ai sensi dell'art. 1324 c.c.⁵⁹.

Anche di recente, muovendosi da una portata residuale o sussidiaria dell'art. 1379 c.c., come tale idoneo a regolamentare fattispecie non dotate di appropriata disciplina⁶⁰, si è ritenuto che l'applicazione al testamento della

cit., 147; ID., *Vincoli di destinazione*, cit., 39; ID., *Libertà di disporre e tipicità dei diritti reali*, cit., 20; M. COMPORTI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, cit., 854; C.A. FUNAJOLI, voce *Divieto di alienazione (dir. priv.)*, cit., 404; C.M. BIANCA, *Struttura del negozio di prelazione ed opponibilità ai terzi*, in *Prelazione e retratto*, Seminario coordinato da G. Benedetti e L.V. Moscarini, Milano, 1988, 556; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione nel testamento e nel contratto*, nota a Trib. Palermo, 11 dicembre 2013, in *Riv. not.*, 2014 1288 ss.; I.L. NOCERA, *Vincoli di destinazione tra divieto di alienazione ex art. 1379 cod. civ. e buona fede* in *executivis*, nota a Cass., 14 ottobre 2008, n. 25132, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 430; A. NATALE, *Il debitore ceduto*, Padova, 2012, 116; E. MANDELLI, *Il divieto di alienazione e la sua attuale portata*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 117 ss.

⁵⁸ B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 414; N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, Artt. 633-648, cit., 186.

⁵⁹ M. QUARGNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., 37, il quale prospetta il ricorso all'art. 1379 c.c. indifferentemente mediante procedimento analogico, applicazione di un principio generale del negozio giuridico o ancora compatibilità ai sensi dell'art. 1324 c.c. laddove si ritenga che la mancata menzione degli atti *mortis causa* ad opera di tale ultima norma non precluda l'applicabilità al testamento delle norme contrattuali. Per un'applicazione in via analogica dell'art. 1379 c.c., M. COMPORTI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, cit., 854.

⁶⁰ G. SALVI, *Validità ed efficacia del divieto convenzionale di alienazione*, cit., 129.

norma prevista in materia contrattuale sia da attribuire alla riscontrata coerenza tra i presupposti normativamente richiesti ai fini della validità del divieto in esame e i caratteri dell'atto *mortis causa*. Pervenendosi, di conseguenza, a una piena sovrapponibilità disciplinare tra il divieto contrattuale di alienazione e quello testamentario⁶¹ sia per quanto riguarda l'osservanza dei requisiti indicati dalla norma, sia con riferimento alle ulteriori questioni pratiche, destinate così a rinvenire una soluzione analoga a quella ipotizzata in ambito contrattuale.

Di conseguenza, una disposizione testamentaria che preveda il divieto di alienazione sarebbe valida in presenza degli stessi presupposti richiesti dall'art. 1379 c.c. Al di là di letture inclini a una portata applicativa della norma in maniera parzialmente difforme rispetto al suo tenore letterale⁶², il divieto di alienazione contenuto nel testamento dovrebbe essere necessariamente caratterizzato da efficacia *inter partes*, contenuto entro convenienti limiti di tempo e rispondere a un interesse apprezzabile.

Relativamente agevole è poi risultata la trasponibilità di tale ultimo requisito alla materia testamentaria⁶³ nonostante l'evidente difficoltà di concepire come parti in senso tecnico il testatore e il successore *mortis causa*. Ai fini dell'operatività del divieto in esame è stata variamente considerata sufficiente la sussistenza di un interesse del testatore, dell'avente causa o di un terzo⁶⁴. Talvolta, l'applicazione dei presupposti indicati dall'art. 1379 c.c. è risultata solo tendenziale, giungendosi a risultati in parte diversi rispetto a quelli che deriverebbero dalla piana applicazione della norma prevista per il contratto⁶⁵.

Anche la giurisprudenza non ha esitato a considerare applicabili alle disposizioni *mortis causa* le condizioni di validità contemplate dall'art. 1379 c.c., in virtù della più volte menzionata attitudine di tale norma a costituire

⁶¹ G. SALVI, *Validità ed efficacia del divieto convenzionale di alienazione*, cit., 213, 220.

⁶² Ad esempio, una parte della dottrina ritiene apponibile anche al divieto contrattuale di alienazione una condizione risolutiva, in maniera tale da rendere il patto opponibile a terzi. Tra gli altri, M. FRANZONI, sub *Art. 1379*, in ID., *Degli effetti del contratto*, cit., 456 ss.; P. CARBONE, *Sulla deducibilità in condizione del divieto di alienazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 537 ss.; G. SALVI, *Validità ed efficacia del divieto convenzionale di alienazione*, cit., 159 ss.

⁶³ M. QUARGNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., 42 ss.; D. FARACE, *Sull'efficacia dei divieti di alienazione disposti per testamento*, cit., 373.

⁶⁴ Sulla rilevanza dell'interesse del disponente, del destinatario dell'attribuzione o di un terzo, B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., 415. Ritiene rilevante l'interesse del soggetto che impone il divieto M. QUARGNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, cit., 43.

⁶⁵ D. FARACE, *Sull'efficacia dei divieti di alienazione disposti per testamento*, cit., specie 373 ss.

espressione di un principio generale. Tale soluzione è stata adottata sia in relazione al divieto di alienazione di beni ereditari imposto per testamento⁶⁶ sia, come osservato, nel caso in cui il limite al trasferimento fosse solo strumentale a una specifica destinazione voluta dal *de cuius*.

1.4. *L'approccio alternativo. Estensione analogica e specificità della materia testamentaria. Conseguente impostazione del problema.*

La più volte rilevata idoneità dell'art. 1379 c.c. a costituire espressione di un principio generale e, dunque, la sua piana applicabilità al divieto testamentario di alienazione in mancanza di una disciplina specifica non è peraltro risultata univoca, dovendosi confrontare con l'eccentricità della disciplina testamentaria e con i limiti di applicazione al testamento delle norme previste per la materia contrattuale.

Iniziando da quest'ultimo aspetto, i dubbi in merito a una possibile applicazione analogica dell'art. 1379 c.c. nei limiti di compatibilità indicati dall'art. 1324 c.c. e all'utilità del negozio giuridico quale categoria ordinante hanno condotto a una diversa opzione metodologica, incentrata sull'*analogia iuris* e dunque sul ricorso ai principi generali del codice civile⁶⁷. In tal modo, peraltro, l'indagine ha condotto a risultati assai vicini a quelli che sarebbero derivati dalla lineare applicazione della regola dettata per i contratti.

Per rimanere ai profili più significativi della ricostruzione, non sarebbe consentita l'opponibilità a terzi del divieto, neanche mediante l'apposizione di una condizione⁶⁸. Inoltre, sarebbe invalida una clausola testamentaria restrittiva del potere di disposizione in capo al destinatario priva di un termine o alla quale fosse apposto un termine eccessivamente lungo⁶⁹.

Infine, con riguardo all'interesse idoneo a sorreggere il vincolo, piuttosto che adottare un criterio incline a richiedere un apprezzamento positivo in termini di rilevanza sociale, si perviene ad attribuire maggiore rilievo all'intento del testatore, in maniera tale da far sì che una valutazione di futi-

⁶⁶Trib. Palermo, 11 dicembre 2013, cit.; Trib. Cagliari, 21 settembre 1998, n. 1503, in *Riv. giur. sarda*, 2000, 161 con nota di A. CHELO, *Brevi considerazioni sul divieto di alienazione imposto dal testatore*, che ha ritenuto un divieto testamentario assoluto di alienazione in contrasto con divieti sanciti da norme di ordine pubblico; Trib. Oristano, 28 febbraio 2007, n. 105, *ivi*, 2008, 369 con nota critica di M. PERRECA, *Brevi considerazioni sul divieto testamentario di alienazione*, il quale, tuttavia, decide per la validità di una disposizione testamentaria con la quale il *de cuius*, nel caso di alienazione, aveva previsto il subentro di un altro soggetto in luogo del destinatario.

⁶⁷G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., 438.

⁶⁸G. ROCCA, *op. cit.*, 448, 477.

⁶⁹G. ROCCA, *op. cit.*, 448.

lità o arbitrarietà dell'interesse del disponente appaia idonea ad assumere rilevanza ai soli fini della valutazione della congruità del termine apposto al divieto di alienazione⁷⁰.

Relativamente all'alterità della logica testamentaria rispetto a quella contrattuale, la valorizzazione dei tratti di specificità dell'atto *mortis causa* e dei profili di autoregolamentazione a questo connessi ha condotto a un approccio diverso rispetto alla concretizzazione dei limiti al potere di disposizione previsti per la materia contrattuale.

Premesse alcune riflessioni, sulle quali si avrà successivamente modo di tornare, in merito all'inidoneità del divieto di alienazione a costituire una seria minaccia per interessi generali e alla sua intrinseca liceità⁷¹, l'ulteriore prospettiva ha preso le mosse dalla inapplicabilità al testamento delle norme previste per la materia contrattuale, avuto particolare riguardo all'elemento causale e al giudizio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.*, del quale l'art. 1379 c.c. costituirebbe particolare applicazione.

Sulla base di tali considerazioni, l'esercizio della libertà testamentaria non richiederebbe la verifica delle ragioni che hanno condotto i contraenti a stabilire il vincolo di alienazione e in particolare un giudizio di utilità sociale. Non sarebbe dunque possibile, per l'istituto, sottrarsi al divieto provando che questo sia privo di una giustificazione effettiva ovvero futile⁷².

Di conseguenza, oltre ai requisiti dell'efficacia tra le parti e della temporaneità, l'operatività del divieto testamentario di alienazione incontrerebbe il solo limite della liceità del motivo che abbia spinto il *de cuius* a imporre la restrizione al potere di cessione⁷³. Si precisa poi che il peso imposto al destinatario dell'attribuzione, costituito dal divieto, sarebbe efficacemente bilanciato dal vantaggio patrimoniale derivante dall'acquisto del bene⁷⁴.

Alla luce di quanto sopra osservato, la questione relativa all'impiego dell'art. 1379 c.c. ai divieti testamentari di alienazione ha suscitato perplessità lungo molteplici direzioni e la collocazione sistematica dell'atto *mortis causa* reca inevitabilmente con sé l'ulteriore questione relativa alla disciplina applicabile.

In particolare, la possibilità di considerare estensibili al testamento le norme contrattuali in virtù del richiamo all'art. 1324 c.c. presuppone un giudizio positivo in merito all'omologabilità tra contratto e testamento, la

⁷⁰ G. ROCCA, *op. cit.*, 466.

⁷¹ G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., 138 ss.

⁷² G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., 160. In senso adesivo A. NATALE, *Il divieto di alienazione*, cit., specie 756 e 760; ID., *L'inapplicabilità dell'art. 1379 c.c. al divieto testamentario di alienazione*, cit., 1017.

⁷³ G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., 161.

⁷⁴ G. BONILINI, *op. loc. ult. cit.*

quale può incontrare in astratto una serie di ostacoli. In primo luogo, la soluzione negativa è stata motivata muovendo dall'impossibilità di ricondurre l'atto di ultima volontà alla più ampia categoria di negozio, riflessione che, di conseguenza, richiede una valutazione positiva in merito all'attitudine ordinante o meno della categoria negoziale⁷⁵.

Tuttavia, un eventuale riscontro positivo della valenza classificatoria del negozio e del carattere di autoregolamentazione nell'atto *mortis causa* impone comunque la necessità di verificare l'effettività e la portata del limite contemplato nell'art. 1324 c.c. il quale si mostra a prima vista idoneo, in virtù del richiamo ai soli atti tra vivi, a escludere l'applicabilità al testamento della disciplina prevista per il contratto.

Una volta superati tali ostacoli, si rende necessario analizzare l'ulteriore questione relativa alla sovrapponibilità tra autonomia testamentaria e contrattuale, considerata la specificità della prima e, di conseguenza, la sua attitudine a rifuggire dalle maglie della disciplina del contratto che, per certi versi, appaiono più ristrette e limitative della volontà del privato. Se la questione si pone, naturalmente, su un piano più generale, è sul terreno della specifica fattispecie del divieto di disposizione che va vagliata la peculiarità del margine di autodeterminazione in capo al *de cuius*.

Infine, rimane da verificare, nell'ottica di un'attitudine autointegrativa della disciplina dell'atto *mortis causa*, la presenza di indici normativi idonei ad esprimere una logica difforme rispetto a quella sottesa al divieto di alienazione in ambito contrattuale. Solamente una volta affrontate tali problematiche sarà possibile analizzare lo specifico ambito di operatività dell'art. 1379 c.c. in virtù della sua applicabilità al corrispondente divieto di alienazione in materia testamentaria o, alternativamente, in virtù della sua attitudine a costituire espressione di un principio generale.

1.5. *Contratto e atto mortis causa.*

Come accennato, la possibilità di estendere all'atto *mortis causa* la disciplina prevista per il contratto presuppone un riscontro positivo in merito alla loro assimilabilità, prospettiva che, specie in passato, è stata prevalentemente impostata in termini di riconducibilità del testamento all'interno della più ampia categoria negoziale.

Una simile impostazione, tuttavia, richiede alcune preliminari osservazioni. È stato opportunamente rilevato che il dibattito in merito alla capacità ordinante del negozio giuridico e alla sua valorizzazione quale categoria unitaria, acceso in passato, costituisce un inutile eccesso, in quanto le arti-

⁷⁵ Il riferimento è ancora a G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., 436.

colazioni dell'autonomia privata difficilmente si prestano a una univoca gabbia catalogante. In particolare, l'attitudine dell'intento del soggetto di diritto a costituire o innovare un rapporto giuridico non è sufficiente a realizzare una categoria unitaria, tenuto conto delle diversità connesse all'ambito in cui gli atti si inseriscono e alla funzione perseguita⁷⁶.

Sotto l'etichetta di negozio giuridico, inteso come concetto scientifico e non come istituto⁷⁷, coesistono fattispecie eterogenee alle quali l'applicabilità della disciplina del contratto, impiegata ai fini della costruzione della più generale figura negoziale, può applicarsi con adattamenti talvolta notevoli⁷⁸. Se tale limite è stato naturalmente valorizzato per negare rilievo alla portata ordinante della categoria, si è d'altra parte precisato che, al di là dell'inopportuna equazione tra contratto e negozio, una simile osservazione non appare idonea a impedire la costruzione di una categoria unitaria dotata di alcune costanti strutturali, comuni a ogni fattispecie negoziale⁷⁹.

Si è altresì osservato che le macrocategorie concettuali rispondono all'esigenza di ordinare la frammentaria e caotica realtà socio-economica e normativa e la loro utilità risulta evidente in un modello normativo, come quello italiano, che richiede l'individuazione, ai fini della concretizzazione della clausola di chiusura interpretativo-integrativa, dei principi generali dell'ordinamento. Questi, a loro volta, postulano un procedimento di astrazione e generalizzazione da concetti e dati normativi dello stesso sistema giuridico⁸⁰.

Se, per certi versi, interrogarsi in merito alla riconducibilità del testamento alla più ampia categoria negoziale può sembrare quasi anacronistico, non si è mancato di osservare che il riscontro dell'utilità ordinante del nego-

⁷⁶ E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, Torino, 2023, 41, il quale ricorda che Scialoja, tra i primi studiosi a utilizzare l'espressione negozio giuridico, ha tuttavia trattato in un corso di lezioni le varie figure suscettibili di essere accomunate dalla funzione impegnativa e non il negozio come categoria unitaria.

⁷⁷ L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento, I, Profilo negoziale dell'atto*, Milano, 1976, 51. Osserva G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 18, che il negozio giuridico come concetto scientifico assume utilità al fine di porre in rilievo la caratteristica comune riscontrabile in attività umane differenti, la quale consiste nel rilievo della volontà non solo in ordine all'atto ma altresì alla posizione di regole dirette alla produzione di effetti giuridici.

⁷⁸ L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, sub Art. 587, 27. Già G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 9.

⁷⁹ L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, cit., sub Art. 587, 28, la quale osserva peraltro che un analogo fenomeno potrebbe interessare l'istituto della proprietà, dove all'interno della stessa sarebbero rintracciabili una molteplicità di statuti proprietari.

⁸⁰ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 11 s. Per una difesa della categoria negoziale si veda altresì E. GABRIELLI, *La nozione di contratto (appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giur. it.*, 2018, 2790.