

SEZIONE X
LE DISPOSIZIONI RIMESSE ALL'ARBITRIO
DI UN TERZO

GUIDO CORAPI

BIBLIOGRAFIA: G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1986; G. CORAPI, *Le disposizioni rimesse all'arbitrio di un terzo*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 353 ss.; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967; S. PUGLIATTI, *Della istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da M. D'Amelio, Firenze, 1941. Per una serie di formule, v. G. CORAPI, *Le disposizioni rimesse all'arbitrio di un terzo*, in *Formulario notarile commentato*, a cura di G. Petrelli, *Successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. VII, t. I, Milano, 2011, p. 535 ss.

SOMMARIO: 1. Premessa: il principio della personalità del testamento. - 2. *Relatio* testamentaria e arbitrio del terzo. - 3. Determinazione dell'erede e della quota ereditaria rimesse all'arbitrio del terzo. Indicazione del legatario secondo l'arbitrio del terzo: rinvio. - 4. La determinazione del legatario ad opera del terzo tra regola ed eccezione. - 5. La determinazione dell'oggetto del legato. - 6. Le fattispecie di legato rimesse al prudente arbitrio del terzo. - 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: il principio della personalità del testamento.

Il testamento è negozio strettamente personale, le volontà in esso racchiuse dovendo essere manifestate esclusivamente e direttamente dal testatore⁽¹⁾. È escluso che il testatore possa ricorrere ad un rappresentante, sia esso legale o volontario, nonché ad un mero *nuncius*, per la disposizione

⁽¹⁾ Si tratta di un'affermazione che la costante dottrina condivide, sicché ci si limita a richiamare le autorevoli considerazioni di: A. CICU, *Testamento*, Milano, 1969, II ed., rist., p. 16 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, IV ed., p. 560; G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 61; C. CRISCUOLI, *Il testamento*, Padova, 1995, p. 80. Di recente, v. G. CORAPI, *Le disposizioni rimesse all'arbitrio di un terzo*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009,

delle sue ultime volontà⁽²⁾. È posto, per l'effetto, il divieto all'incapace di testare per mezzo del genitore o del tutore, contrariamente a quanto ammetteva il diritto romano⁽³⁾.

Né a diverse conclusioni potrebbe pervenirsi, argomentando in base all'art. 604, il quale prevede che il testamento segreto possa essere scritto dal terzo, assumendo questi la veste di un mero mezzo di scrittura⁽⁴⁾. Il principio della personalità comporta, quale logico corollario, l'ulteriore requisito della unipersonalità. È di immediata intelligenza, che l'esigenza di tutela della spontaneità del volere del testatore sarebbe gravemente compromessa, qualora più soggetti potessero testare, contestualmente, sul medesimo documento. Pur dando atto di autorevole voce discordante, non pare arduo rilevare che, in consimile situazione, sussista un reciproco influenzarsi delle volontà dei testanti⁽⁵⁾.

La portata generale del principio della personalità dell'atto di ultima volontà, il quale prevede che soltanto il testatore sia abilitato all'individuazione del destinatario e dell'oggetto delle disposizioni testamentarie, non è affatto scalfito dal riconoscimento della validità delle disposizioni che rimettono ad un terzo, entro i limiti fissati dal testatore, l'individuazione dei beneficiari o del contenuto delle liberalità. Il terzo (come si esporrà nel prosieguo) non può effettuare, a pena di nullità, la scelta secondo il proprio mero arbitrio, questa dovendo avvenire entro i criteri fissati dal testatore, in tal guisa recuperandosi il carattere personale del negozio *mortis causa*⁽⁶⁾.

p. 353 ss.; G. CORAPI, *Le disposizioni rimesse all'arbitrio del terzo*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2009, p. 645 ss.

⁽²⁾ Sull'incompatibilità del fenomeno della rappresentanza con l'indole personale della fattispecie testamentaria, si richiama il pregevole contributo di N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, p. 10. Quanto al divieto di far ricorso alla più modesta figura del *nuncius*, interessanti considerazioni sono svolte da C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 561, alla nota 10, il quale pone in evidenza la mancata previsione del «testamento per procura», a differenza del matrimonio.

⁽³⁾ C. CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., p. 80.

⁽⁴⁾ G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, cit., p. 62, il quale ritiene che il terzo sia «paragonabile al "mezzo meccanico" che lo stesso articolo ammette come modalità di scrittura».

⁽⁵⁾ Sulla base di tali considerazioni, appare giustificato il divieto, sancito dall'art. 589, di testamento congiuntivo o reciproco, come argomenta G. BONILINI, *Il testamento*, cit., p. 63, il quale individua la *ratio* del divieto nell'esigenza di garantire la «spontaneità del volere e della libertà di revoca». Ritiene, nondimeno, che sia arduo fornire una spiegazione convincente al divieto in questione, L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, 6, *Successioni*, II, Torino, 1997, II ed., p. 27.

⁽⁶⁾ G. CORAPI, *Le disposizioni rimesse all'arbitrio di un terzo*, cit., p. 354.

2. *Relatio* testamentaria e arbitrio del terzo.

Preliminare alla trattazione delle disposizioni contenute negli artt. 631 e 632, è l'inquadramento delle fattispecie previste da tali articoli nella sistematica del Codice civile, in relazione alla previsione dell'art. 628, il quale, con formulazione sintetica, ma icastica, sancisce la nullità della disposizione testamentaria dettata in favore di persona non determinabile⁽⁷⁾. La norma, riferibile sia alle disposizioni a titolo universale, sia a quelle a titolo particolare, prevede che il beneficiario non debba essere tassativamente determinato dal testatore, di converso potendo risultare soltanto determinabile. Il Codificatore, quindi, ha posto, come regola, avente portata generale, la validità del negozio di ultima volontà, che rimetta ad una fonte esterna la determinazione dell'erede o del legatario. L'art. 628, invero, è espressione del principio della determinabilità del beneficiario delle disposizioni testamentarie, mediante rinvio ad una fonte esterna, vale a dire ad accadimenti oggettivi o alla volontà di un terzo. Trattasi, rispettivamente, della *relatio* formale e sostanziale.

La *relatio* formale consiste nel rinvio, disposto dal testatore, a fatti obiettivi, passati o futuri, «che esigono una semplice presa di cognizione, vale a dire una semplice attività di accertamento del loro accadere»⁽⁸⁾, dai quali deriva la determinazione del beneficiario delle liberalità testamentarie. Come ha acutamente osservato chi ha approfondito la tematica⁽⁹⁾, la *relatio* formale non pone affatto un'eccezione al principio della personalità del testamento, il quale impone che la scelta dell'onorato e della liberalità sia effettuata dal *de cuius* in persona.

Invero, «il testatore, che rinvia a fatti esterni, la sua scelta l'ha già fatta (anche se ignora a chi e come andranno i suoi beni); sì che, verificatosi l'evento richiamato, il testamento avrà l'effetto voluto dal testatore»⁽¹⁰⁾; la *relatio* è, dunque, un modo particolare, ma legittimo, di esprimere la propria volontà di beneficiare quel soggetto con quel bene. Essa, per altro, si pone, talora, come strumento indispensabile, al testatore, per manifestare la propria volontà.

⁽⁷⁾ Sul punto, v., per tutti, T. AULETTA, *Disposizioni a favore di persona incerta*, in AA.VV., *Le successioni testamentarie*, a cura di C. M. Bianca, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1983, p. 29 ss.

⁽⁸⁾ G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2010, V ed., p. 213.

⁽⁹⁾ Una puntuale trattazione del concetto di *relatio* è svolta da G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1986, pp. 19-27.

⁽¹⁰⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 20.

Esemplificando, a miglior intelligenza di quanto si va esponendo, si ipotizzi che il testatore intenda istituire erede, o attribuire un legato al nipote che, per primo, si laurei in Giurisprudenza. Si supponga, inoltre, che, al momento della redazione della scheda, il testatore sia anziano e malato, e i nipoti ancora in tenera età: in consimile evenienza, l'unica possibilità concessa all'ereditando per dar voce alla propria volontà, è il ricorso alla *relatio* formale. Così, non appena si verifichi il fatto, obiettivo, della laurea in Giurisprudenza per prima conseguita da nipote, questi conseguirà il lascito stabilito dal testatore. Del pari, è a dirsi riguardo alla determinazione della quota ereditaria: il testatore potrà stabilire che al nipote spetti una quota avente, al numeratore, l'unità e, al denominatore, il numero di anni impiegato per conseguire la laurea.

La *relatio* può avere ad oggetto, altresì, un evento passato, purché oggettivamente identificabile, di cui il *de cuius* non sia a conoscenza, non potendosi, in tal modo, negare validità alla disposizione, con cui il testatore disponga un lascito a favore dello studente che abbia conseguito la media più alta in un trascorso anno accademico.

Le considerazioni, fin qui svolte, evidenziano come la *relatio* formale non costituisca affatto eccezione al principio della personalità del testamento, ponendosi, di converso, quale manifestazione della volontà del testatore e, per l'effetto, attuazione del principio.

La *relatio* sostanziale, a sua volta, consente di determinare la persona dell'erede o del legatario, non già mediante il rinvio a un fatto esterno, bensì alla decisione di un terzo. Sicché, ad una prima lettura dell'art. 628, essa dovrebbe ritenersi generalmente ammissibile, rendendo determinabili i beneficiari delle disposizioni testamentarie. In realtà, sono posti significativi limiti alla figura della *relatio* sostanziale. È vietato, infatti, il rinvio al mero arbitrio del terzo, in quanto incompatibile con il carattere personalissimo del negozio di ultima volontà⁽¹¹⁾.

Una contraria opinione è nel senso che è nulla la *relatio* sostanziale, per incompletezza del testamento, mancando un elemento essenziale, vale a dire la volontà del testatore nell'indicazione della persona del beneficiario⁽¹²⁾. Si

⁽¹¹⁾ In tal senso: A. GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relationem. Contributo alla teoria del negozio per relationem*, Milano, 1966, p. 143; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 24 ss.; L. GARDANI CONTURSI LISI, *Dell'istituzione di erede e dei legati. Disposizioni generali. Artt. 624-632*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1983, p. 139 ss.

⁽¹²⁾ Ritengono che la *relatio* sostanziale comporti la nullità del testamento, per difetto della volontà del testatore: A. CICU, *Testamento*, cit., p. 30; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. I, Milano, 2002, II ed., p. 406.

è obiettato, al riguardo, che non vi è affatto difetto della volontà del testatore, il quale, in siffatta ipotesi, ha inteso rimettere la scelta dell'erede, della quota ereditaria o del legatario, al terzo. Allo stesso modo, neppure vi è indeterminatezza del beneficiario o dell'oggetto della liberalità, questi essendo individuati dal terzo⁽¹³⁾.

La determinazione del beneficiario della disposizione avviene, sia nella *relatio* formale, sia in quella sostanziale, mediante il rinvio ad una fonte esterna, la nullità di quest'ultima non potendo, per l'effetto, attribuirsi all'incompletezza del testamento⁽¹⁴⁾. Neppure il divieto è riconducibile ad un vizio formale, mal comprendendosi, in tal guisa, l'ammissibilità, in circoscritte ipotesi, della *relatio* sostanziale⁽¹⁵⁾. Piuttosto, l'inammissibilità della *relatio* sostanziale nella determinazione dell'erede e, di contro, la circoscritta validità nella determinazione del legatario e dell'oggetto del legato (come si esporrà, più articolatamente, nelle pagine successive) è dovuta all'ontologica differenza, che corre tra eredità e legato, nonché all'esigenza di assicurare tutela al principio della personalità del testamento.

Così argomentando, si comprende la validità della disposizione, con cui il testatore rimetta al terzo la scelta di quello, fra i suoi nipoti laureati in Giurisprudenza, cui attribuire un legato, la volontà dell'ereditando consistendo nel beneficiare uno fra i suoi nipoti che abbiano conseguito il titolo. Di converso, deve ritenersi nulla, per difetto della volontà del testatore, la disposizione che rimetta all'arbitrio del terzo la facoltà di disporre di un legato a favore di chi vorrà.

In definitiva, occorre rilevare che l'art. 628 generalizza il principio della determinabilità del beneficiario delle disposizioni testamentarie, mediante rinvio ad una fonte esterna, senza distinguere tra *relatio* formale e sostanziale. In consimile prospettiva, «il ricorso a fatti o ad atti esterni trae la sua validità, per la *relatio* formale e quella sostanziale, da un motivo comune: la *relatio* quale unico strumento di manifestazione della volontà del testatore,

⁽¹³⁾ I rilievi critici all'opinione che individua la nullità della *relatio* sostanziale nell'incompletezza del testamento, sono mossi da G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 21 s.

⁽¹⁴⁾ Si veda G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 21.

⁽¹⁵⁾ Se la *relatio* sostanziale comportasse la nullità del negozio di ultima volontà, per difetto di forma, non sarebbe possibile ritenere il rinvio alla volontà del terzo in alcuni casi nullo (*id*: determinazione dell'erede o della quota di eredità) e in altri valido (*id*: determinazione del legatario o dell'oggetto del legato): così, G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 24 s.

L'Autore specifica, tuttavia, che può ipotizzarsi la nullità della *relatio* per difetto di forma. Si pensi al rinvio, da parte del testatore, a quanto scriverà nella propria agenda. In consimile ipotesi, il testamento è nullo per difetto di volontà, l'espressione equivalendo a: «dispongo quel che disporrò in seguito», mentre il foglio di agenda, che è effettivamente qualificabile come testamento, può essere nullo per difetto di forma.

strumento che perciò è legittimo (se non c'è divieto legislativo) entro il concetto dell'autonomia negoziale»⁽¹⁶⁾. Il principio della personalità del testamento, nondimeno, è fatto salvo dalla limitazione della volontà del terzo entro parametri posti dal testatore o, se vuolsi, dalla previsione della nullità delle disposizioni che rinviano all'incondizionato arbitrio del terzo.

Le considerazioni, fin qui svolte, permettono di inquadrare, all'interno della sistematica del Codice civile, le norme racchiuse negli artt. 631 e 632. La determinabilità del beneficiario attraverso la *relatio* si pone quale principio generale, al quale fa eccezione il primo comma dell'art. 631, che vieta la *relatio* sostanziale nell'indicazione dell'erede, della quota ereditaria e del legatario. Il capoverso di tale norma, nonché il successivo art. 632, nel ritenere ammissibile, entro i limiti indicati, la determinazione del beneficiario e dell'oggetto del legato ad opera del terzo, si pongono quale «eccezione dell'eccezione», vale a dire affermazione della regola generale⁽¹⁷⁾. Siffatta impostazione non è scevra di risvolti concreti, la qualificazione di tali disposizioni come specificazione del principio generale consentendone un'interpretazione estensiva, non limitata alle ipotesi ivi previste.

3. Determinazione dell'erede e della quota ereditaria rimesse all'arbitrio del terzo. Indicazione del legatario secondo l'arbitrio del terzo: rinvio.

Il primo comma dell'art. 631 sancisce la nullità della disposizione testamentaria che rimetta all'arbitrio del terzo l'indicazione dell'erede, della quota ereditaria, nonché del legatario. Trattasi, come dianzi accennato, di un'eccezione alla generale ammissibilità della *relatio* testamentaria. Il divieto, assoluto e incondizionato con riferimento all'istituzione di erede, soffre di rilevanti eccezioni con riguardo all'indicazione del legatario, in ordine alla quale, riaffiora la regola dell'ammissibilità della *relatio* testamentaria. Pare, dunque, opportuno trattare le due fattispecie partitamente.

L'indicazione dell'erede o della quota non può essere rimessa all'arbitrio di un terzo, sia esso mero (o assoluto) o, al contrario, prudente (o equo)⁽¹⁸⁾. Il requisito della personalità nella determinazione dell'erede e della quota

⁽¹⁶⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 27.

⁽¹⁷⁾ L'inquadramento delle norme racchiuse negli artt. 631 e 632, come delineato nel testo, è proposto da G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 23.

⁽¹⁸⁾ È pacifico, in dottrina, che il divieto colpisca la determinazione ad opera di un terzo, senza distinguere a seconda che questi effettui la scelta secondo un mero, piuttosto che un equo, arbitrio. Si richiamano i contributi di C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente*

ereditaria è tanto avvertito, da comportare la nullità delle disposizioni che ne rimettano l'indicazione alla scelta del terzo⁽¹⁹⁾, così ponendo un'eccezione al principio della determinabilità contenuto nell'art. 628⁽²⁰⁾. Tale divieto, nondimeno, incontra una deroga, nel capoverso dell'art. 630, il quale, sia pure implicitamente, riconosce validità alle disposizioni a favore dei poveri, la cui individuazione sia rimessa all'arbitrio del terzo⁽²¹⁾.

Non sfuggirà come il primo comma dell'art. 631, nel porre il divieto delle disposizioni rimesse all'arbitrio del terzo⁽²²⁾, contenga un'apparente lacuna, rispetto al capoverso e all'ultimo comma del medesimo articolo, il quale ricomprende, nel divieto, anche la scelta dell'onerato. La Relazione al Codice civile si dilunga nel precisare che la diversità di dizione non è affatto casuale, rilevando che «sarebbe quanto mai strano far dipendere dall'arbitrio dell'erede l'indicazione dell'erede stesso, ciò che si verificerebbe se nel primo comma, oltre che del terzo, si facesse menzione dell'onerato». Si precisa, inoltre, che «in verità, nel primo comma la previsione dell'arbitrio dell'onerato sarebbe giustificata solo in relazione all'ipotesi dell'indicazione del legatario, in quanto è concepibile che la nomina del

diritto italiano, I, Milano, 1964, rist. II ed., p. 477 ss. e G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 15 ss.

⁽¹⁹⁾ La costante dottrina individua il divieto in esame nel principio della personalità del testamento: A. CICU, *Testamento*, cit., p. 29 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 733 s.; G. BONILINI, *Il testamento*, cit., pp. 32 s. e p. 62.

⁽²⁰⁾ Che il comma in esame racchiuda l'eccezione al principio di determinabilità, contenuto nell'art. 628, il quale riconosce la generale validità della *relatio* testamentaria, è evidenziato da G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 23 e L. GARDANI CONTURSI LISI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., p. 138.

⁽²¹⁾ Tale deroga al divieto di rimettere alla volontà del terzo l'istituzione di erede e la determinazione della quota ereditaria, che non ammette altre eccezioni, si giustifica «per ragioni umanitarie», onde sia evitata la nullità delle disposizioni generiche a favore dei poveri, qualora non sia indicato dal testatore il beneficiario dell'elargizione. Così, C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Le successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, Utet, II, 2, Torino, 1978, II ed., p. 194 ss.

Medesima *ratio* ha ispirato una Costituzione di Valentiniano e Merciano (L. 24 *Cod. de episcop. et clericis*): *Id quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat, sed omnibus modis ratum firmiterque consistat.*

La tematica relativa alle disposizioni a favore dei poveri è oggetto di espressa trattazione; v., *infra*, Sezione XIII, cui si rinvia, limitandoci, in questa sede, a richiamare il contributo di L. GARDANI CONTURSI LISI, *Dell'istituzione di erede e dei legati. Disposizioni generali*, cit., p. 134.

⁽²²⁾ Né potrebbe sostenersi che la dizione *terzo* ricomprenda, altresì, la persona istituita erede, in senso contrario deponendo la giurisprudenza di legittimità, la quale evidenzia che «l'art. 631, primo comma, cod. civ. [...], non comprende nella nozione di terzo la persona istituita erede, come risulta confermato anche dagli altri due commi del medesimo articolo nei quali, alludendosi alla persona nominata nel testamento, cui sia stato demandato il compito di scegliere il soggetto a favore del quale il *de cuius* abbia disposto a titolo particolare, è espressamente adottato il termine onerato»: Cass., 21 aprile 1979, n. 2228, in *Giust. civ. Mass.*, 1979.

legatario sia rimessa all'arbitrio dell'erede o di altro legatario, nel caso di sublegato. Ma per tali ipotesi la nullità della disposizione risulta indirettamente dal secondo comma dell'articolo, il quale, stabilendo, entro certi limiti, la validità del legato in favore di persona da scegliersi dall'onerato o da un terzo, lascia argomentare la nullità del legato fuori di tali limiti»⁽²³⁾.

Non mi pare opportuna la scelta del Codificatore, introducendo inutili complicazioni in una materia già di per sé tutt'altro che lineare. Al contempo, ritengo che le articolate e ridondanti precisazioni contenute nella Relazione al Codice civile non valgano a risolvere talune questioni connesse alla diversa formulazione dei due commi. Non è dato comprendere, invero, per quale ragione il legislatore ritenga «quanto mai strano far dipendere dall'arbitrio dell'erede l'indicazione dell'erede stesso». Non mi pare da escludere, *a priori*, che il testatore possa istituire erede Tizio nella metà del proprio patrimonio, rimettendo allo stesso la scelta di chi succederà nella quota ereditaria residua. *Quid iuris* in tal caso? Consimile disposizione è da ritenersi valida? Ancóra: quale sorte è riservata alla disposizione con cui il testatore istituisce Tizio e Caio eredi universali, attribuendo a quest'ultimo la determinazione della quota di Tizio? Ipotesi, certo, di non frequente verifica; nondimeno, astrattamente ipotizzabili. Non mi pare arduo negare la validità di siffatte disposizioni, le quali si pongono in conflitto con il principio della personalità del testamento, rimettendo la scelta dell'erede o della quota ereditaria alla volontà di un soggetto diverso dal testatore, vale a dire all'erede. Tuttavia, la possibilità della rimessione all'erede della facoltà di determinazione della quota ereditaria o di istituire altro coerede, non rende giustificata la diversa formulazione dei due commi.

Non può non porsi un ulteriore interrogativo: per quale ragione il legislatore ha vietato, *tout court*, l'indicazione dell'erede da parte di un terzo, di converso consentendola, sia pure all'interno di limiti ben specificati, con riguardo al legato? Si è rilevato che il principio della personalità è più avvertito riguardo all'istituzione di erede, piuttosto che alla determinazione del legatario, attesi i tratti che distinguono le due figure. Invero, il legato è un lascito a contenuto meramente patrimoniale, «poco più personale dei negozi tra vivi», così prevedendosi, sia pure entro confini più angusti rispetto all'art. 1349, la determinazione dell'oggetto e del destinatario da parte di un terzo⁽²⁴⁾. L'istituzione di erede, di converso, è un fenomeno che trascende una logica meramente patrimoniale, il

⁽²³⁾ Si veda la Relazione al Codice civile, n. 308.

⁽²⁴⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 23.

titolo di erede comportando, altresì, attribuzioni prive del requisito della patrimonialità⁽²⁵⁾. Trattasi di un atto personalissimo, il rinvio all'arbitrio del terzo contrastando con l'esigenza di una pregnante personalità. Di tal guisa, è giustificata l'eccezione al principio della determinabilità, contenuta nel primo comma dell'art. 631.

Tali considerazioni hanno portato un attento interprete a distinguere tra istituzione di erede e determinazione della quota di eredità, quest'ultima ritenuta deferibile alla volontà di un terzo⁽²⁶⁾. In consimile prospettiva, si reputa valida la disposizione che preveda l'attribuzione di una quota a Tizio di un mezzo o di un terzo, a scelta di Caio, il quale deciderà, nell'uno o nell'altro senso, a seconda che il reddito di Tizio sia inferiore o superiore a diecimila Euro annui. Trattasi, all'evidenza, di una scelta vincolata da fatti oggettivi, l'arbitrio del terzo non rilevando affatto⁽²⁷⁾. Di converso, la personalità dell'istituzione di erede renderebbe nulla la disposizione con cui il testatore istituisca erede Tizio o Caio, a scelta di Sempronio, che eleggerà quello con il reddito annuo inferiore.

Altri⁽²⁸⁾, invece, ritiene che il divieto, incondizionato con riferimento all'erede, a differenza del legatario, si spieghi con la diversità di effetti (soltanto favorevoli per il legatario, anche sfavorevoli per l'erede) che producono eredità e legato. La teorica si fonda sull'assunto che il legatario non è mai tenuto ad onorare i debiti oltre il valore della cosa legata, a differenza dell'erede. Mi pare agevole obiettare, tuttavia, che all'erede è riservata la facoltà di rifiutare l'eredità o di accettarla con beneficio di inventario, così rispondendo, del pari, dei debiti entro il valore dei beni ricevuti. Anzi,

⁽²⁵⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 22. Si richiamano, al riguardo, le articolate e acute considerazioni di A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1998, p. 98 ss., il quale evidenzia come l'erede non sia titolare soltanto di situazioni caratterizzate dal requisito della patrimonialità, ma, di converso, altresì di situazioni prive di tale requisito, quali, a mero titolo esemplificativo, la legittimazione all'esercizio delle azioni di stato (disconoscimento di paternità, azione di reclamo dello stato di figlio legittimo, etc.), nonché la tutela dei diritti della personalità della *de cuius*. Trattasi di situazioni giuridiche o, se vuoi, di poteri familiari, che spettano soltanto all'erede, con esclusione, per l'effetto, del legatario.

⁽²⁶⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 12 ss.

⁽²⁷⁾ Nonostante il tenore dell'art. 631, ritengo condivisibile l'autorevole opinione che ritiene valida la determinazione della quota ereditaria da parte di un terzo, sulla base non già di un arbitrio assoluto o prudente, bensì di parametri meramente oggettivi, il terzo di tal guisa risultando «assolutamente e obiettivamente» vincolato a indicare un certo erede. Si tratta, come acutamente rilevato, di una fattispecie assai simile alla *relatio* formale testamentaria, per la cui validità depono, senza dubbio, l'art. 628: G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 12 ss.

⁽²⁸⁾ L'opinione, autorevolmente sostenuta da C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 476, è ripresa da G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., p. 401.

affatto deteriore è la condizione dell'erede, questi essendo generalmente titolare, nel caso di rifiuto di altro coerede, del diritto di accrescimento, riconosciuto, eccezionalmente, soltanto al legatario di usufrutto.

Deve ritenersi, parimenti, nulla, la disposizione con cui il testatore subordini l'istituzione di erede di un soggetto alla condizione «se Tizio vorrà» o «a meno che Tizio non voglia», espressa dai giureconsulti romani con il noto brocardo *Titius heres esto, si Caius voluerit*. Un'isolata opinione della dottrina, tuttavia, ritiene valida tale disposizione, giusta l'applicazione dell'art. 634, espressione del principio *vitiatur sed non vitiat*. L'esigenza di salvaguardia della volontà testamentaria importa la *fictione iuris* della non apposizione della condizione sospensiva, di tal guisa conservando validità alla disposizione⁽²⁹⁾.

La dottrina prevalente, al contrario, ritiene la disposizione nulla, per difetto di una seria e decisa volontà del testatore di disporre⁽³⁰⁾. Ritengo preferibile, invero, l'opinione di autorevole interprete, il quale ha ricondotto la nullità di consimile condizione al divieto di cui all'art. 631⁽³¹⁾. Mi pare, infatti, che tale condizione costituisca un negozio in frode alla legge, aggirando il divieto di determinazione dell'erede da parte del terzo, ritenendosi, per l'effetto, applicabile la sanzione della nullità. Analoga sanzione è riservata alla disposizione che subordini la determinazione dell'erede, della quota ereditaria o del legatario alla condizione che il terzo compia un'azione che è nella sua mera potestà compiere, e al cui compimento il testatore non ha il pur minimo interesse. Trattasi, all'evidenza, di disposizione rimessa all'arbitrio del terzo, sanzionata dal primo comma dell'art. 631⁽³²⁾. Non si confonda consimile fattispecie con la *relatio* formale: quest'ultima, invero, rinvia a fatti oggettivi, la prima, di converso, ad una fonte esterna soggettiva, vale a dire alla volontà di un terzo.

Né miglior sorte è riservata alla disposizione che rimetta l'istituzione di erede all'arbitrio dello Stato, tale considerandosi la disposizione che

⁽²⁹⁾ Si rinvia a M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1934, p. 112 e, in applicazione del principio della conservazione del negozio testamentario, G. BERNARDI, *La disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio del terzo*, in AA.VV., *Le successioni testamentarie*, a cura di C. M. Bianca, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1983, p. 76.8

⁽³⁰⁾ Si richiamano i contributi di: A. CICU, *Testamento*, cit., p. 301 ss.; GIUS. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 495; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 19 ss.

⁽³¹⁾ Si veda G. BONILINI, *Il testamento*, cit., p. 33, il quale ritiene che «non può avere qui applicazione detta norma, dovendo operare, invece, l'art. 631 cod. civ.».

⁽³²⁾ Si veda la trattazione di C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 524 ss., il quale distingue a seconda che il testatore abbia un qualche interesse alla verificazione dell'evento rimesso all'arbitrio del terzo. In consimile ipotesi, invero, la disposizione dovrebbe ritenersi valida, l'efficacia della stessa essendo riconducibile alla volontà del testatore.

condiziona l'acquisto dello *status* di erede all'assunzione del cognome del testatore entro un termine fissato dal *de cuius*, stabilendosi che, in caso contrario, l'eredità sia devoluta allo Stato. Trattasi di disposizione nulla, ai sensi del primo comma dell'art. 631, in quanto rimette l'istituzione di erede «alla mera discrezione della pubblica amministrazione, senza alcun obbligo a carico di quest'ultima di attivarsi per la realizzazione dell'evento dedotto in condizione»⁽³³⁾.

Si ritiene valida, di converso, la disposizione a favore dell'erede sottoposta alla condizione «se lo vorrà», tale previsione riproducendo il disposto normativo degli artt. 470 e 519, che attribuiscono al chiamato, rispettivamente, il diritto di accettare o rifiutare l'eredità. Analogamente è a dirsi per il legato, giusta la formulazione degli artt. 650 ss.⁽³⁴⁾.

Si è precisato che è ammissibile la convalida della nullità delle disposizioni rimesse all'arbitrio del terzo, ai sensi dell'art. 590, sia mediante atto unilaterale di conferma, sia mediante esecuzione della disposizione nulla⁽³⁵⁾.

Il primo comma dell'art. 631 sancisce, altresì, la nullità dell'indicazione del legatario rimessa all'arbitrio del terzo. Trattasi, tuttavia, di divieto affatto incondizionato, il capoverso della norma (come si esporrà nel prossimo paragrafo) riconoscendo validità alla determinazione della persona del legatario ad opera del terzo.

4. La determinazione del legatario ad opera del terzo tra regola ed eccezione.

Con formulazione univoca, l'art. 631, dopo aver sanzionato con la nullità, al primo comma, le disposizioni che rimettano all'arbitrio del terzo la determinazione del legatario, prevede, al capoverso, ipotesi di validità delle stesse, all'interprete rimettendosi il compito di enucleare il principio e l'eccezione.

⁽³³⁾ Consimile situazione è stata affrontata da Cass., 29 marzo 1982, n. 1928, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1916, la quale ha stabilito la nullità della disposizione che faccia dipendere l'assunzione del titolo di erede dal comportamento della Pubblica Amministrazione.

⁽³⁴⁾ Un approfondimento sulla validità di tale condizione è svolto da C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 526 ss.

⁽³⁵⁾ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., p. 402. Quanto alla conferma delle disposizioni testamentarie nulle, si vedano, almeno, i contributi di: M. FRANZONI, *La conferma del testamento invalido*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1607 ss.; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger e dir. da F. D. Busnelli, Milano, 2005, p. 251 ss.

Un orientamento della dottrina⁽³⁶⁾ individua, nel primo comma, la regola generale, che vieta l'individuazione del legatario rimessa alla volontà del terzo, cui fanno eccezione le ipotesi previste al capoverso. Il secondo comma, per l'effetto, ha tenore di norma eccezionale, «di stretta interpretazione, non applicabile al di là delle ipotesi in essa specificamente contemplate»⁽³⁷⁾, l'elenco in esso contenuto avendo carattere tassativo. Sicché, esemplificando, deve ritenersi nulla, in quanto non espressamente contemplata, la disposizione testamentaria che rimetta «all'esecutore testamentario la facoltà di procedere a suo libito ad imprecisati e generici cambiamenti delle disposizioni testamentarie già indicate»⁽³⁸⁾.

Di converso, si ritiene che il capoverso sia espressione del principio generale, il primo comma ponendo l'eccezione. Tale interpretazione trae conferma dal disposto dell'art. 628, che riconosce validità alla disposizione testamentaria, qualora il beneficiario sia determinabile. Ne consegue, come dianzi esposto, che la *relatio* testamentaria è, di norma, ammissibile, questa individuando il destinatario della liberalità. In consimile prospettiva, il capoverso dell'art. 631, nel riconoscere la validità della *relatio* nell'indicazione della persona del legatario, conferma la regola; il primo comma, nel porre la sanzione della nullità, l'eccezione⁽³⁹⁾. L'elenco contenuto nel capoverso, per tanto, ha carattere meramente esemplificativo, né è consigliabile, rientrando nella regola generale, un'interpretazione restrittiva⁽⁴⁰⁾.

Non si è ancora individuato, né la dizione normativa è d'aiuto, il coordinamento tra i due commi dell'art. 631. Non si può, invero, non individuare una antinomia: il primo comma vieta l'individuazione della persona del legatario, rimessa all'arbitrio di un terzo, il capoverso indicando, al contrario, significative ipotesi in cui la scelta del terzo è valida. Per attribuire un significato alla norma, nel complesso, autorevole dottrina ha evidenziato come sia nulla la disposizione che rimetta all'arbitrio del terzo, sia esso mero o prudente, l'indicazione della persona del legatario, ritenendosi valida soltanto la scelta rimessa all'arbitrio limitato dell'onerato o del terzo⁽⁴¹⁾. È, per l'effetto, ammissibile la disposizione che rimetta alla volontà del terzo o dell'onerato la scelta del legatario «tra più persone

⁽³⁶⁾ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 734; v. anche C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 480, il quale ritiene giustificata l'eccezione, in quanto il legatario non succede nei debiti e, per tanto, la rimessione della scelta ad un terzo non pregiudica i diritti dei creditori ereditari.

⁽³⁷⁾ Cass., 15 marzo 1993, n. 3082, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 152.

⁽³⁸⁾ La nullità di consimile disposizione è affermata da Cass., 15 marzo 1993, n. 3082, cit., p. 152.

⁽³⁹⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 23.

⁽⁴⁰⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 18 ss.

⁽⁴¹⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 14 ss.

determinate dal testatore o appartenenti a famiglie o categorie di persone da lui determinate», o «a favore di uno tra più enti determinati del pari dal testatore». Il terzo o l'onere, vale a dire l'erede, potrà effettuare la scelta del legatario in base al mero arbitrio, purché elegga uno fra i soggetti indicati dal testatore⁽⁴²⁾. Per quale ragione non è dato comprendere, la validità della scelta del legatario è sottoposta a requisiti affatto diversi rispetto alla determinazione dell'oggetto del legato, quest'ultima ben potendo avvenire sulla base del prudente arbitrio del terzo, come si esporrà nel prosieguo.

Ai fini della validità della disposizione, con cui il testatore rimetta al terzo l'indicazione del legatario, non è necessario che il *de cuius* indichi nominativamente le persone o gli enti tra cui operare la scelta, né che si raffiguri la persona del legatario nella sua individualità, l'indicazione della categoria o del gruppo essendo, al contrario, sufficiente⁽⁴³⁾. Deve, altresì, ritenersi ammissibile la disposizione relativa ad enti ancora da costituire, o ad enti di fatto, stante l'abrogazione dell'art. 600, il quale stabiliva, come è noto, la nullità delle disposizioni a favore di enti non riconosciuti, se, entro un anno a far data dal giorno in cui il testamento è eseguibile, non sia avanzata istanza per ottenere il riconoscimento⁽⁴⁴⁾.

La disposizione, che rimette l'indicazione del legatario alla scelta del terzo, è qualificabile come *relatio* sostanziale – secondo parte della dottrina, generalmente vietata – in quanto contrastante con il principio della personalità⁽⁴⁵⁾. Si è, tuttavia, autorevolmente obiettato, che la disposizione del capovero in esame non collide affatto con il principio della personalità. La disposizione del testatore, che individua le categorie di persone o di enti tra cui il terzo o l'onere deve effettuare la scelta, comporta, invero,

⁽⁴²⁾ La formulazione del capovero dell'art. 631 autorizza il terzo ad effettuare la scelta in base al mero arbitrio, purché essa riguardi uno dei soggetti indicati dal testatore: A. CICU, *Testamento*, cit., p. 193; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 482.

⁽⁴³⁾ G. BERNARDI, *La disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio del terzo*, cit., p. 76. In tal senso depone, altresì, il più recente orientamento della Suprema Corte, stabilendo che, «ai fini dell'applicazione dell'art. 631, cpv., cod. civ., il quale riconosce validità al legato a favore di uno fra più enti determinanti dal testatore, non si richiede che tali enti siano nominativamente indicati essendo sufficiente la specificazione delle loro caratteristiche, e, quindi, delle loro categorie, di modo che la scelta possa essere effettuata nell'ambito di tali categorie»: Cass., 11 novembre 1992, n. 12132, in *Giust. civ. Mass.*, 1992.

In senso contrario, tuttavia, si veda l'autorevole opinione di A. CICU, *Testamento*, cit., p. 194, il quale ritiene necessario che il testatore si raffiguri la persona del legatario, per la quale sussista, altresì, un particolare interesse a beneficiarla mediante l'attribuzione del legato.

⁽⁴⁴⁾ Si rimanda alle considerazioni di C. GANGI, *op. ult. cit.*, p. 481, le quali, giova segnalarlo, sono state formulate anteriormente all'abrogazione dell'art. 600.

⁽⁴⁵⁾ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., p. 410; A. PALAZZO, *Le successioni*, t. II, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, II ed., p. 735.

un'attribuzione patrimoniale potenzialmente a favore di tutti i soggetti determinati dal testatore, sicché «il terzo, più che eleggere il soggetto, fa un'inversa operazione di eliminazione tra soggetti già scelti»⁽⁴⁶⁾. Il testatore, in altre parole, ha espresso la propria volontà di attribuire, a titolo di legato, un bene a una persona o ad un ente, da scegliersi all'interno di categorie dallo stesso determinate, tale disposizione attribuendo, potenzialmente, quel bene a tutti i soggetti o enti menzionati.

Trattasi – si è aggiunto – di un'attribuzione patrimoniale in favore di tutte le persone indicate dal testatore, sottoposta alla condizione, non più di diritto ma propriamente di fatto, che manchi la scelta»⁽⁴⁷⁾. Il terzo, per tanto, non effettua una manifestazione di volontà positiva, bensì, di converso, compie un'operazione meramente negativa, di eliminazione tra soggetti già determinati dal testatore. Sicché, «la disposizione, nell'ipotesi ove sussistano più indicazioni (di persone determinate), resta priva di efficacia (ed allo stato potenziale), per le persone determinate dal testatore (mediante indicazione), ma non scelte dal terzo»⁽⁴⁸⁾.

Si è evidenziata una profonda analogia tra la disposizione in esame e quella contenuta nell'art. 778, cpv., il quale, com'è noto, riconosce validità alla donazione a favore di una persona, che sceglierà il terzo, tra più persone designate dal donante. Chi ha approfondito la tematica, ha evidenziato come, in consimile fattispecie, non vi sia affatto una deroga al principio della personalità, o, se vuoi, all'*intuitus personae*, essenziale nella determinazione del donatario. Invero, «la designazione di più persone da parte del donante attua già, direttamente ad opera del donante, quella “scelta” del donatario [...], anzi: si tratta di più scelte fatte dal donante, per quante sono le “più persone designate”, ovvero una scelta, parimenti ben segnata dal donante, il quale ha determinato la categoria»⁽⁴⁹⁾. Se, di converso, il donante rimetta, *tout court*, la scelta del donatario o dell'oggetto della donazione ad un terzo, sussiste una grave violazione del principio della personalità, sanzionata, con la nullità, dal primo comma dell'art. 778.

La *relatio* sostanziale, se contenuta all'interno dei limiti fissati dal testatore, non si pone in contrasto né con il principio di determinabilità, né con il principio della personalità. Di converso, la disposizione, che rimette al mero arbitrio del terzo la scelta del legatario, risulta inconciliabile

⁽⁴⁶⁾ L. GARDANI CONTURSI LISI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., p. 143, la quale ha derivato il proprio pensiero dalla teorica di F. SANTORO-PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 763.

⁽⁴⁷⁾ L. GARDANI CONTURSI LISI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., p. 149.

⁽⁴⁸⁾ L. GARDANI CONTURSI LISI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., p. 149.

⁽⁴⁹⁾ L. GARDANI CONTURSI LISI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., p. 143.

con la personalità del negozio testamentario, alla volontà del testatore sostituendosi l'arbitrio del terzo, risultando, per l'effetto, nulla, ai sensi del primo comma dell'art. 631.

A complicare ulteriormente una materia tutt'altro che lineare, si pone la fervida fantasia dell'uomo. Si ipotizzi che il testatore disponga della propria autovettura a favore del soggetto che Tizio sceglierà tra tutti i lavoratori dipendenti, o fra i cittadini del suo comune natale: *quid iuris?* Formalmente, certo, i requisiti, di cui al capoverso dell'art. 631, sono rispettati, sebbene, non è meno certo, non si sia lontani dal mero arbitrio. Non mi pare negabile, come autorevolmente evidenziato, un contrasto tra legge e logica. La prima, invero, legittima tutte le ipotesi di arbitrio limitato, anche se, in realtà, si rivelano mero arbitrio, come evincesi dagli eloquenti esempi riportati. La logica, di converso, vorrebbe ammissibili soltanto i casi di arbitrio realmente limitato o, se vuoi, prudente⁽⁵⁰⁾. Alla domanda se risulti giustificabile la scelta del legislatore di sanzionare con la nullità la determinazione effettuata dal terzo in base al suo prudente arbitrio e di ritenere valida l'individuazione entro limiti tanto ampî da ritenersi *tamquam non essent*, è stata fornita una risposta negativa, soprattutto alla luce della formulazione dell'art. 632, il quale, come si esporrà nel prosieguo, ritiene ammissibile la determinazione dell'oggetto del legato rimessa al prudente (e non limitato) arbitrio del terzo. Opportuno sarebbe stato, probabilmente, prevedere che il terzo dovesse determinare il legatario, entro le categorie poste dal testatore, sulla base del suo prudente arbitrio, al fine di circoscrivere la sua facoltà di scelta, esigenza, questa, tanto più avvertita, quanto più l'ereditando indichi categorie dei beneficiari particolarmente ampie.

Si ritiene che la scelta possa essere affidata anche ad un terzo che appartenga alla categoria indicata dal legislatore, nulla risultando soltanto la scelta di se stesso⁽⁵¹⁾. Mi pare opportuno, anzi, che il terzo appartenga alla categoria indicata dal testatore, in tal guisa disponendo delle competenze necessarie per effettuare la scelta. Così, se il testatore rimetta ad un terzo l'indicazione del più abile artigiano di Murano nella lavorazione del vetro, qualora questi sia, a sua volta, un artigiano del settore, potrà effettuare una scelta consapevole. Altri, tuttavia, ritiene che il terzo non possa appartenere alla categoria, così ponendo un ulteriore divieto, per altro neppure ricavabile dal disposto normativo⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ L'opinione è esposta da G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., pp. 16 ss., al quale si rimanda, altresì, per una ricca e articolata esemplificazione.

⁽⁵¹⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 16.

⁽⁵²⁾ N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 256.

Ove siano indicate più persone, in modo alternativo tra loro, e non sia stabilito chi debba effettuare la scelta, questa si considera rimessa all'onerato. Prevede, infine, la norma dell'ultimo comma, con disposizione innovativa rispetto all'abrogato Codice civile, che, ove l'onerato o il terzo non possa o non voglia fare la scelta, questa è effettuata, con decreto, dal presidente del tribunale dell'aperta successione. Nei Lavori preparatorii al vigente Codice civile, si è, autorevolmente, criticata tale innovazione, sostenendo che comporti una grave vulnerazione del principio della personalità⁽⁵³⁾. Tale obiezione non mi pare condivisibile, il presidente del tribunale dovendo ricercare e interpretare le possibili ragioni di preferenza del testatore, tra i soggetti dallo stesso indicati, anche mediante assunzione di informazioni, al fine di effettuare una scelta quanto più conforme alla sua volontà. Nell'impossibilità di ricostruire la volontà del testatore, potrà ricorrersi a criteri oggettivi, quali lo stato di bisogno, escludendosi, pur tuttavia, un'attribuzione *pro quota* a tutti i possibili chiamati⁽⁵⁴⁾. Può sostenersi, di converso, che la scelta giudiziale dia maggiore garanzia di quella effettuata dal terzo.

Il legislatore ha disatteso la proposta di rimettere la scelta al tribunale del luogo dell'aperta successione, il quale avrebbe dovuto decidere mediante sentenza, sentito il parere del pubblico ministero. Solo la materia di carattere contenzioso, si è precisato, può esigere che i provvedimenti ad essa relativi siano presi con sentenza, la funzione di arbitratore potendo essere esercitata mediante decreto⁽⁵⁵⁾.

5. La determinazione dell'oggetto del legato.

L'art. 632 disciplina la determinazione dell'oggetto, o della quantità del legato, rimessa all'arbitrio del terzo. I criteri indicati dal legislatore per la validità della determinazione dell'oggetto del legato da parte del terzo sono affatto diversi, rispetto a quelli indicati dall'articolo precedente per l'elezione del legatario. Se questi può essere scelto dal terzo anche sulla base del suo mero arbitrio, purché all'interno di una categoria di soggetti indicati dallo stesso testatore, l'oggetto del legato può essere determinato dal prudente arbitrio del terzo, come si ricava dalla lettura, *a contrario*, dell'art. 632, primo comma, che sanziona, con la nullità, la disposizione

⁽⁵³⁾ L'opinione è formulata da: F. SANTORO-PASSARELLI, *Osservazioni al progetto del libro terzo del codice civile*, Padova, 1936, p. 42; S. PUGLIATTI, *Della istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da M. D'Amelio, Firenze, 1941, p. 522.

⁽⁵⁴⁾ A. TRABUCCHI, voce *Legato (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, p. 611.

⁽⁵⁵⁾ Si vedano le ampie considerazioni contenute nella Relazione al Codice civile, al n. 308.

che rimette al mero arbitrio del terzo la specificazione dell'oggetto o della quantità del legato. Trattasi di una formulazione profondamente differente, rispetto a quella contenuta nel capoverso dell'art. 631, come evidenziato nella Relazione al Codice civile, al paragrafo n. 308.

L'intenzione del legislatore, che sembra ricavarsi dalla formulazione testuale della norma, consiste nel riconoscere validità alla determinazione dell'oggetto del legato, a prescindere dall'indicazione di parametri e limiti da parte del testatore, ritenendosi sufficiente che il terzo effettui la scelta secondo il suo prudente arbitrio, al contrario di quanto avviene con riguardo alla persona del legatario. Così, se il testatore rimetta al prudente arbitrio di un terzo la determinazione dell'oggetto del legato a favore di Tizio, dovrebbe, *in thesi*, ritenersi valido il legato pari alla metà del valore ricompreso tra un euro e un milione, ove a tale somma ammonti il patrimonio ereditario. Al contrario, consimile decisione è stata ritenuta, a ragione, nulla, rilevandosi come la determinazione sia, in realtà, rimessa all'arbitrio mero e non prudente del terzo⁽⁵⁶⁾. Affinché sussista prudente arbitrio, occorre che «dal testamento o da situazioni di fatto si ricavi un criterio, un parametro a cui il terzo si possa affidare⁽⁵⁷⁾. Non basta, per tanto, che il testatore disponga un legato, il cui oggetto o la cui quantità sia determinato secondo il prudente arbitrio di un soggetto incaricato, giacché tale disposizione non indica al terzo alcun criterio cui attenersi nella scelta e, per l'effetto, rimette la decisione al suo mero arbitrio. Di converso, soltanto «se il testatore ha predisposto dei criteri più o meno generici cui l'onere o il terzo si deve attenere, la determinazione non dipende più dalla volontà esclusiva di quest'ultimo ed è quindi rimessa all'*arbitrium boni viri*»⁽⁵⁸⁾. La distanza fra le due norme, in definitiva, appare minore di quanto possa ricavarsi dal dato testuale, pur risultando non condivisibile, in quanto foriera di inutili complicazioni e possibili fraintendimenti, la diversa formulazione delle stesse. Il principio di personalità, invero, impedisce che, anche nella scelta dell'oggetto del legato, la volontà del terzo possa sostituirsi a quella del testatore.

Il terzo, si è detto, non può determinare l'oggetto secondo il suo mero arbitrio. Il capoverso dell'art. 631, al contrario, prevede che il testatore debba determinare le categorie di persone o gli enti tra cui il terzo potrà effettuare l'*electio*, anche in base al suo mero arbitrio. Così, se il testatore disponga di lasciare la propria casa di Cortina a quello fra gli abitanti

⁽⁵⁶⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 15.

⁽⁵⁷⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 15.

⁽⁵⁸⁾ C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 196.

del suo comune natale che non disponga di un immobile in Cortina, tale disposizione, come si è riferito, per quanto lasci un'ampia discrezionalità al terzo, è valida. *Quid iuris* nel caso in cui il testatore indichi un criterio per determinare l'oggetto e il terzo agisca secondo il proprio mero arbitrio? Si consideri che il testatore disponga un legato a favore del nipote, che il terzo quantificherà tra mille e dieci mila euro, in base all'impegno profuso negli studi. Sarà valida l'attribuzione di mille, pur se il nipote abbia conseguito la laurea in corso e con il massimo dei voti? Pare scontata una risposta negativa, la decisione del terzo rivelandosi arbitraria, pur se contenuta entro i parametri indicati dal testatore. Non sfuggirà come l'art. 632 possa, talora, maggiormente limitare la scelta del terzo, ritenendo ammissibile il solo prudente arbitrio, a differenza del capoverso dell'art. 631, il quale, nell'ambito delle categorie, sia pure assai ampie, indicate dal testatore, riconosce validità alla scelta effettuata dal terzo, anche sulla base del suo mero arbitrio.

Se fosse consentito rimettere la determinazione dell'oggetto del legato al mero arbitrio del terzo, si è osservato che, oltre a venir a mancare la personalità, requisito essenziale del testamento, si attribuirebbe all'onerato un agevole strumento per vanificare il legato, ben potendo eseguire una prestazione simbolica o *nummum unum*⁽⁵⁹⁾. Ne consegue che sarebbe rimessa all'arbitrio del terzo non solo la quantità del legato, ma anche l'esistenza del legato stesso. In consimile prospettiva, si comprende la nullità della disposizione che obblighi il terzo o l'onerato a dare «qualche cosa» a Tizio, in quanto il testatore non ha indicato alcun criterio cui l'onerato debba attenersi, la determinazione dell'oggetto avvenendo sulla base del suo mero arbitrio. Si assiste, invero, alla sostituzione della volontà del terzo a quella del testatore, sanzionata, per patente violazione del principio della personalità, con la nullità. Di converso, è valida la disposizione con cui l'ereditando disponga un legato di quanto è necessario al terzo per la conduzione di una data impresa o lavoro, o per vivere, il criterio cui il terzo deve attenersi consistendo nella prestazione necessaria, per il terzo, al raggiungimento del fine indicato dal testatore⁽⁶⁰⁾.

Il legislatore non disciplina l'ipotesi in cui il terzo non effettui la scelta, oppure la effettui in modo arbitrario, contrariamente a quanto avviene con

⁽⁵⁹⁾ L'osservazione, secondo cui la rimessione dell'oggetto del legato all'arbitrio del terzo è idonea a vanificare non soltanto il *quantum*, ma, sostanzialmente, anche l'*an* del legato, è ampiamente svolta da C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 520 e N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 252 ss.

⁽⁶⁰⁾ I casi riportati sono proposti ed esaminati da: G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. I, cit., p. 402 ss.; A. PALAZZO, *Le Successioni*, t. II, cit., p. 736 s.

riguardo all'individuazione della persona del legatario, laddove è espressamente previsto, all'ultimo comma dell'art. 631, il ricorso all'autorità giudiziaria. La dottrina, ritenendo la diversa formulazione delle due norme frutto di una lacuna legislativa, ha esteso, in via interpretativa, la facoltà di adire il giudice, in caso di scelta arbitraria del terzo, o di mancanza *tout court* di scelta. Si è richiamato, da taluno, l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, che giustifica l'applicazione analogica dell'ultimo comma della norma precedente, in forza del principio di conservazione degli atti e dei negozi giuridici⁽⁶¹⁾. Altri ha ricondotto l'operato del terzo, al quale è rimessa la determinazione dell'oggetto o della quantità del legato, nello schema dell'arbitraggio. Secondo tale teorica, per tanto, in caso di mancanza di scelta, o di scelta arbitraria, il legatario ha facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria, secondo il disposto dell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 1349⁽⁶²⁾.

6. Le fattispecie di legato rimesse al prudente arbitrio del terzo.

Il primo comma dell'art. 632 non contiene un'elencazione dei legati, il cui oggetto possa essere rimesso alla prudente decisione del terzo o dell'onerato, limitandosi a stabilire, di converso, la nullità della determinazione del legato, che sia stata rimessa al suo mero arbitrio. Scelta condivisibile, ove

⁽⁶¹⁾ Sull'ammissibilità del ricorso all'autorità giudiziaria, in forza del disposto dell'art. 12 delle così dette preleggi, si vedano: F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ e GIUS. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni. Appendice di aggiornamento*, Padova, 1977, VI ed., p. 480; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 198 ss. e, secondo il Codice civile abrogato, M. ALLARA, *Il testamento*, p. 134 ss.

⁽⁶²⁾ Ritengono ammissibile il ricorso al giudice, sulla base del disposto dell'art. 1349: G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. I, cit., p. 403; G. GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 803 ss.

La riconduzione, all'arbitraggio, della scelta del terzo è sostenuta, altresì, da R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 387, il quale specifica che l'affidamento alla determinazione dell'onerato o del terzo è ammesso entro certi limiti, vale a dire ad esclusione del mero arbitrio. Per tanto, la scelta di questi sarà sempre soggetta al controllo del giudice, non essendo ammissibile una determinazione meramente arbitraria, come tale esclusa dal sindacato giurisdizionale, secondo la disposizione contenuta nel capoverso dell'art. 1349.

Si è affermato, inoltre, che le norme in tema di interpretazione del contratto e, quanto meno, gli artt. 1363, 1365 e 1367, risultano applicabili, altresì, al testamento: R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 64. Dall'art. 1367, espressione, come è noto, del principio della conservazione del negozio giuridico, potrebbe ricavarsi l'ammissibilità del ricorso all'autorità giudiziaria, ogni qual volta la mancanza della scelta del terzo, o la sua manifesta iniquità, rischi di privare di ogni effetto la disposizione testamentaria.

si consideri che tale norma riconosce validità generale alle disposizioni che rimettano all'arbitrio, non mero, ma prudente, del terzo o dell'onerato, la determinazione dell'oggetto del legato, in quanto non confliggano con il principio della personalità. Il capoverso del medesimo articolo, invero, non costituisce un'eccezione al divieto di cui al primo comma, giacché la misura dei beni a titolo di legato remuneratorio non è rimessa al mero arbitrio del terzo, bensì all'*arbitrium boni viri*, questi dovendo effettuare la scelta tenendo conto della natura e della misura dei servizi effettuati dal beneficiario⁽⁶³⁾.

Trattasi di un'esemplificazione⁽⁶⁴⁾, o, se vuoi, di una norma soltanto apparentemente pleonastica⁽⁶⁵⁾, volta ad attribuire al legato remuneratorio, in considerazione della particolare causa dell'attribuzione, una più immediata rilevanza attraverso una espressa presunzione di validità, la quale è superata dalla prova che il terzo è andato oltre la semplice remunerazione. Tale considerazione evidenzia come la norma rimetta la determinazione dell'oggetto al prudente arbitrio del terzo. Questi, infatti, è vincolato, nella scelta, dalla funzione stessa del legato, che consiste, come è noto, nel remunerare il beneficiario dei servizi resi al testatore. L'oggetto e la quantità del legato, per l'effetto, dovranno essere determinati, *tempore mortis*, dal terzo, in considerazione della natura e del valore, nonché dell'affetto e della premura con cui sono stati resi⁽⁶⁶⁾, dei servizi prestati al *de cuius*, secondo i criteri d'uso vigenti in una determinata cerchia sociale⁽⁶⁷⁾. In difetto di consimile proporzione, il legato deve intendersi nullo. Se il legato remuneratorio

⁽⁶³⁾ Esclude che la scelta dei beni nel legato remuneratorio sia rimessa al mero arbitrio del terzo, il quale, di converso, è tenuto a determinare l'oggetto della liberalità sulla base dei servizi resi al testatore, G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 14. Si veda, altresì, l'opinione, argomentata sulla base di analoghe considerazioni, di GIUS. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 232. Tale teoria è recepita da un arresto della Suprema Corte: Cass., 8 dicembre 1978, n. 5775, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1012.

⁽⁶⁴⁾ Giova richiamare, al riguardo, il paragrafo n. 308 della Relazione al Codice civile, il quale stabilisce: «l'ipotesi contemplata nel capoverso dell'art. 632 (legato per remunerazione di servizi) non è un'eccezione al principio affermato nel primo comma, ma è appunto un cospicuo esempio di determinazione affidata all'*arbitrium boni viri* dell'onerato o del terzo». Condividono la natura esemplificativa del capoverso dell'art. 632: G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 14; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 520; G. GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, cit., p. 811 ss.

⁽⁶⁵⁾ L'opinione riportata nel testo, secondo cui il legislatore ha inteso sottolineare tale figura di legato, per la causa di remunerazione dei servizi resi al testatore, che lo contraddistingue, è formulata da L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 37 ss.

⁽⁶⁶⁾ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. I, cit., p. 404.

⁽⁶⁷⁾ C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 520; G. GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, cit., p. 811 ss.

è viziato da errore sul presupposto del motivo retributivo, esso è annullabile, ai sensi dell'art. 624, che attribuisce rilevanza all'errore sul motivo⁽⁶⁸⁾.

Secondo una contraria opinione, il capoverso dell'art. 632 conterrebbe una disposizione ultronea e superflua, se il primo comma ponesse il principio della generale validità dei legati rimessi al prudente arbitrio del terzo. Per recuperare un significato a quest'ultima disposizione, occorre, *in thesi*, ritenere il primo comma espressione della nullità dei legati rimessi al prudente arbitrio del terzo, con la tassativa eccezione del legato remuneratorio. Anzi, è proprio dall'espresso riconoscimento della validità del legato remuneratorio che deve ricavarsi il principio della nullità del legato rimesso all'equo e prudente arbitrio del terzo o dell'onerato⁽⁶⁹⁾. Trattasi – si è osservato – di argomento troppo formalistico per essere condiviso, tanto più che si pone in contrasto con il disposto del capoverso dell'art. 631, il quale, come è noto, riconosce validità alla disposizione che rimetta al terzo la determinazione del legatario. All'evidenza, appare contraddittorio riconoscere la validità dell'individuazione del legatario da parte del terzo, il quale, entro la categoria indicata dal testatore, potrà decidere anche in base al suo mero arbitrio e, di converso, ritenere nulla la determinazione dell'oggetto rimessa all'equo e prudente arbitrio del terzo⁽⁷⁰⁾.

Il ricorso alla figura del legato remuneratorio consente al testatore di attribuire una liberalità a chi lo abbia assistito, proporzionata ai servizi resi, rimettendone la quantificazione a un terzo, giacché, all'evidenza, non potrebbe effettuarla il *de cuius*, ignoto essendogli il protrarsi dell'estrema malattia e le spese che si riveleranno occorrenti. Trattasi di rinvio a una fonte esterna, non lungi, tuttavia, dalla *relatio* formale, il terzo dovendo quantificare la liberalità sulla base delle spese sostenute dal beneficiario, sebbene, come si è opportunamente specificato, tale legato rimanga, pur sempre, un atto liberale, non ponendosi quale retribuzione dell'attività del terzo⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁸⁾ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. I, cit., p. 404; G. GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, cit., p. 803; A. PALAZZO, *Le Successioni*, cit., p. 738.

⁽⁶⁹⁾ N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 252 ss.

⁽⁷⁰⁾ Un'articolata critica all'opinione dell'Irti è mossa da L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 38, la quale evidenzia il paradosso dell'anzi detta teorica, secondo la quale deve ritenersi, al contempo, valida la determinazione del legatario rimessa all'arbitrio, anche mero, del terzo, purché questi effettui l'*electio* entro la categoria indicata dal testatore e nulla, invece, la determinazione dell'oggetto del legato, rimessa al prudente arbitrio del terzo, al di fuori della circoscritta ipotesi del legato remuneratorio.

⁽⁷¹⁾ A. PALAZZO, *Le successioni*, t. II, cit., p. 737.

Il legislatore ha riconosciuto, espressamente, agli artt. 653 e 665, la validità del legato di genere e del legato alternativo⁽⁷²⁾. Trattasi, come si è autorevolmente osservato, di legati riconducibili alle disposizioni testamentarie con oggetto successivamente determinabile o, se vuoi, espresse *per relationem*⁽⁷³⁾. Al terzo, non di meno, non è concessa la facoltà di determinare l'oggetto del legato secondo il proprio mero arbitrio, risultando, di converso, vincolato all'osservanza dei precetti posti dalla legge o dal testatore.

Il legato di cosa determinata soltanto nel genere, stabilisce l'art. 653, è valido anche se di tali cose non ve ne era alcuna nel patrimonio del testatore, né al tempo della redazione del negozio di ultima volontà, né alla sua morte⁽⁷⁴⁾. La determinazione delle cose, secondo l'art. 664, spetta al soggetto indicato dal testatore, sia esso il legatario o un terzo, o, in difetto, all'onerato, senza prevedersi, per altro, che questi debba effettuare la scelta sulla base dell'*arbitrium boni viri*. Tuttavia, è da escludersi che la norma intenda riconoscere validità al mero arbitrio del terzo, la facoltà di scelta di questi essendo circoscritta dall'art. 1178, il quale dispone che l'onerato debba corrispondere «cose di qualità non inferiore alla media». L'arbitrarietà della scelta del terzo, per tanto, è esclusa dal dato normativo, il quale riconosce validità soltanto alla scelta di cose di qualità non inferiore alla media. La dottrina ritiene, inoltre, che debba trattarsi di cose appartenenti a un genere limitato, così delimitando, ancora più puntualmente, la scelta del terzo⁽⁷⁵⁾. Esula dalla fattispecie in esame il legato di tutte le cose fungibili, di un determinato genere appartenente al testatore, tale essendo un

⁽⁷²⁾ V., *infra*, Sezioni XCI e CVIII; giova richiamare anche i contributi di: G. BONILINI, *La disposizione testamentaria di legato*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 417 ss.; G. BONILINI, *Dei legati*. Artt. 649-673, in *Comm. Cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger e dir. da F. D. Busnelli, Milano, 2006, II ed.; A. MASI, *Dei legati*. Artt. 649-673, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979.

⁽⁷³⁾ Riconduce, *expressis verbis*, i legati in parola nell'ambito delle disposizioni testamentarie «espresse *per relationem*»: G. BONILINI, *Dei legati*, cit. p. 235. Si veda, altresì, A. GIORDANO MONDELLO, voce *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 719 ss.

⁽⁷⁴⁾ E. PEREGO, *I legati*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, 6, *Successioni*, II, Torino, 1997, II ed., p. 219 ss. A opposte conclusioni, la giurisprudenza perviene qualora risulti, dall'interpretazione della scheda testamentaria, che il testatore intendesse riferirsi soltanto alle cose esistenti nel suo patrimonio al momento della morte: Cass., 22 gennaio 1995, n. 7082, in *Corriere giur.*, 1995, p. 914 ss.

⁽⁷⁵⁾ La dottrina è costante nel ritenere che, al fine di evitare la nullità del legato per indeterminatezza, occorra l'indicazione di un genere limitato. In caso contrario, invero, si avrebbe la sostituzione della volontà del terzo a quella del testatore, con conseguente nullità della disposizione. Si vedano G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 544 e A. MASI, *Dei legati*, cit., p. 57; E. PEREGO, *I legati*, cit., p. 238.

legato di cosa certa e determinata⁽⁷⁶⁾, al pari di altre figure di legato, la cui determinazione dell'oggetto può essere rimessa, per espressa statuizione del legislatore, o per interpretazione giurisprudenziale, alla scelta di un terzo.

Analogamente, deve riconoscersi validità al legato alternativo⁽⁷⁷⁾, disciplinato dall'art. 665, laddove la scelta, fra uno o più beni eterogenei, sia rimessa, in mancanza di espressa indicazione del testatore, all'onerato. Questi, all'evidenza, dovrà effettuare la scelta entro i beni indicati dal testatore. Trattasi della figura del così detto arbitrio limitato, previsto dal capoverso dell'art. 631, con riguardo alla determinazione della persona del legatario. Per tanto, tale figura di legato non pone nel nulla il principio della personalità, che è dato rinvenirsi nella determinazione delle diverse prestazioni da parte dell'ereditando, entro le quali il soggetto indicato dovrà effettuare la scelta.

L'ammissibilità delle disposizioni rimesse alla volontà del terzo riguarda, non soltanto, l'ambito dei legati, essendo, altresì, consentito al testatore di rimettere a un terzo la determinazione dei criterî, in base ai quali effettuare la divisione della comunione ereditaria, salva la facoltà dei coeredi di ricorrere all'autorità giudiziaria in caso di manifesta iniquità⁽⁷⁸⁾.

Ha suscitato l'interesse di dottrina⁽⁷⁹⁾ e giurisprudenza⁽⁸⁰⁾, sebbene non espressamente disciplinata dal testatore, l'ammissibilità del legato di

⁽⁷⁶⁾ La condivisa osservazione è proposta da G. BONILINI, *Dei legati*, cit., p. 236.

⁽⁷⁷⁾ La dottrina, pur riconducendo sia il legato di cosa generica, sia il legato alternativo, nell'ambito delle disposizioni testamentarie espresse *per relationem*, individua il tratto distintivo delle due figure nel rilievo che, nel legato di genere, le cose vengono in considerazione per le loro qualità o caratteristiche comuni, mentre, in quello alternativo, rilevano in quanto ontologicamente diverse: A. GIORDANO MONDELLO, voce *Legato (dir. civ.)*, cit., p. 762; A. MASI, *Dei legati*, cit., p. 123. Legato alternativo, per tanto, è quello avente ad oggetto due prestazioni determinate e diverse, disposte, alternativamente, a beneficio del legatario.

⁽⁷⁸⁾ Sulla divisione del testatore e sulle norme da questi poste a tal fine, v., *infra*, Sezioni CXXXI e CXXXII; in questa sede, ci si limita a richiamare il contributo di A. MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995.

⁽⁷⁹⁾ La tematica è esposta, in forma articolata ed esaustiva, da L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 37, testo e, spec., nota 54; nonché da G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 15 e G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. I, cit., p. 403.

⁽⁸⁰⁾ Cass., 23 ottobre 1958, n. 3426, in *Giust. civ. Mass.*, 1958; Cass., 18 maggio 1957, n. 1793, in *Giust. civ. Mass.*, 1957, p. 703; App. Roma, 29 luglio 1957, in *Giust. civ. Rep.*, voce *Successione test.*, n. 65; Cass., 8 novembre 1956, n. 4210, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1374, con nota di G. CASSISA, *Legato di usufrutto con facoltà di vendere in caso di bisogno*; App. Catania, 4 maggio 1956, in *Giust. civ. Mass.*, 1956, n. 18; App. Firenze, 2 aprile 1955, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1186; Trib. Terni, 29 luglio 1953, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, XXXII, V, n. 3251, p. 732, con nota di A. FACCHIANO, *Usufrutto con facoltà di vendere in caso di bisogno e legato di alimenti*.

Secondo altra giurisprudenza, l'attribuzione del diritto di usufrutto con facoltà di vendere o ipotecare in caso di bisogno, deve essere intesa come vera e propria istituzione di erede, qualora la facoltà di vendita fosse rimessa all'incontrollato arbitrio dell'usufruttuario, o

usufrutto sull'intero patrimonio, con facoltà di alienare o ipotecare singoli beni, in caso di bisogno, demandandosi ad un terzo la facoltà di stabilire, d'accordo con l'erede onerato, l'effettiva esistenza del bisogno, nonché l'indicazione dei singoli beni da vendere o sottoporre ad ipoteca.

Tale disposizione, come si è osservato⁽⁸¹⁾, dispone due legati: l'uno, incondizionato, di usufrutto dell'intero patrimonio e l'altro, condizionato al sorgere dello stato di bisogno, che ha per oggetto le utilità che potranno essere realizzate con l'alienazione dei cespiti ereditari o con la loro sottoposizione ad ipoteca.

Affinché quest'ultimo legato, così detto condizionato, sia valido, occorre, secondo il disposto dell'art. 632, primo comma, che la determinazione dello stato di bisogno, nonché l'indicazione dei beni da alienare od ipotecare, non sia lasciata al mero arbitrio del legatario o del terzo⁽⁸²⁾. Ogni qual volta, invero, la decisione sia rimessa alla prudente valutazione del terzo o dell'onerato, il quale dovrà attenersi ai criterî posti dal testatore, è soddisfatto il requisito dell'art. 632, il quale, com'è noto, consente la determinazione dell'oggetto del legato rimessa all'*arbitrium boni viri* del terzo⁽⁸³⁾. Questi, all'evidenza, effettuerà la propria scelta, non già in base al proprio mero arbitrio, bensì in applicazione dei criterî posti dal testatore, così recuperandosi il principio della personalità delle disposizioni testamentarie.

In caso contrario, qualora la decisione di vendere o ipotecare sia rimessa al mero arbitrio del terzo, dell'onerato o del legatario, la disposizione è nulla, giusta il divieto posto dal primo comma dell'art. 632⁽⁸⁴⁾.

7. Considerazioni conclusive.

Principî di fondo della materia testamentaria sono la personalità del negozio di ultima volontà e la determinabilità delle disposizioni testamentarie, il primo imponendo che le disposizioni liberali provengano dal testatore, il secondo ammettendo il rinvio ad una fonte esterna. Trattasi di

il riferimento allo stato di bisogno costituisce una semplice raccomandazione morale: App. Cagliari, 31 ottobre 1957, in *Giust. civ. Mass.*, 1957, p. 35; Cass., 20 novembre 1950, n. 2024, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, XXIX, III, n. 3489, p. 974, con nota di A. FACCHIANO, *Fedecommesso del residuo*; App. Firenze, 24 marzo 1942, in *Giust. civ. Mass.*, 1942.

⁽⁸¹⁾ L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 37, testo e nota 54; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 214.

⁽⁸²⁾ L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 37, nota 54.

⁽⁸³⁾ L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 37, nota 54.

⁽⁸⁴⁾ L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 37, testo e nota 54.

principi soltanto all'apparenza confliggenti. Le disposizioni, che rimettano alla volontà del terzo la determinazione del legato o del legatario, invero, non sono ammissibili senza limiti, richiedendosi, di converso, che il testatore circoscriva la facoltà di scelta del terzo, o che questi effettui la scelta sulla base del suo prudente arbitrio. Di tal guisa, l'indicazione della persona del legatario, entro categorie di persone o enti indicati dal testatore, o la determinazione dell'oggetto del legato, rimessa all'arbitrio non mero, ma prudente, del terzo, non sacrificano il principio della personalità, che è dato rinvenirsi nei limiti, posti dal testatore, all'*electio* del terzo. Di converso, il divieto dell'istituzione di erede, che non può essere rimessa al terzo, neppure entro soggetti determinati dal testatore, si giustifica in considerazione del carattere personalissimo e delle attribuzioni di ordine non patrimoniale connesse al titolo di erede.

Se questo è il portato del disposto degli artt. 628, 631 e 632, raramente si assiste a una formulazione normativa che si distingua per un siffatto difetto di logica sistematica. Basti segnalare, rimandando alla precedente trattazione, l'apparente contrasto tra il capoverso dell'art. 631 e quello dell'art. 632, i quali pongono criteri affatto diversi per l'indicazione del beneficiario e dell'oggetto del legato, conflitto sanabile soltanto in seguito ad una interpretazione sistematica delle norme, nonché la discutibile formulazione del primo comma dell'art. 631, che non ricomprende nel divieto, a differenza del comma successivo, la rimessione della facoltà di scelta all'onerato. Inoltre, è rimesso alla dottrina il compito di estendere, anche con riguardo alla determinazione dell'oggetto del legato, il controllo dell'autorità giudiziaria, così colmando una ingiustificata lacuna del legislatore.

Al fine di evitare inutili complicazioni, opportuna sarebbe l'adozione di un criterio uniforme, per la determinazione sia dell'oggetto sia del beneficiario del legato, da parte di un terzo, idoneo a un'effettiva e non soltanto formale salvaguardia del principio della personalità, nonché l'espressa previsione della facoltà di ricorso al giudice, nel caso di mancata determinazione dell'oggetto del legato, o di scelta iniqua, da parte del terzo e dell'onerato. Invero, la vigente formulazione dell'art. 631, per quanto formalmente restrittiva, porta a riconoscere validità all'indicazione, da parte del testatore, di categorie del tutto indeterminate, quali, si ricorderà, «i lavoratori dipendenti», «gli abitanti di un comune», entro cui il terzo possa decidere in base al suo mero arbitrio.

L'evidenziato paradosso potrebbe, se non risolversi, quanto meno attenuarsi, prevedendo che il terzo debba effettuare l'*electio* della persona del legatario, e la determinazione dell'oggetto del legato, entro i criteri posti dal testatore e in base al suo prudente arbitrio. Di tal guisa, a fronte dell'indicazione di un'ampia categoria da parte del testatore, spetta al terzo

effettuare una scelta affatto arbitraria, cercando di individuare, in base al suo prudente arbitrio, le possibili ragioni di preferenza del testatore, in base a un'interpretazione della volontà dello stesso, desumibile dal negozio di ultima volontà. Richiedere che anche la determinazione dell'oggetto del legato debba avvenire entro limiti posti dal testatore, non significa, in realtà, porre un ulteriore vincolo alla facoltà di scelta del terzo, se è vero, come si è autorevolmente osservato, che il concetto stesso di prudente arbitrio presuppone che il testatore abbia posto criteri o parametri, cui il terzo debba attenersi. In caso contrario, la scelta sarebbe effettuata sulla base non già del prudente, sebbene del mero arbitrio del terzo⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁵⁾ Si veda G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 15, il quale ritiene che si sia in presenza di prudente arbitrio, soltanto qualora la scelta del terzo avvenga entro parametri posti dal testatore, così avvicinando, nonostante la diversa formulazione normativa, le previsioni degli artt. 631 e 632, relative, rispettivamente, alla determinazione del beneficiario e dell'oggetto del legato.